

La labor creadora de Derecho del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: una aproximación al tema a partir del Derecho del Trabajo Español*

Creative work of law of the court of the European Union: an approach to the topic of the Spanish Law Work

Dr. Guillermo L. BARRIOS BAUDOR

Dra. Ana I. PÉREZ CAMPOS

Universidad Rey Juan Carlos

Madrid

Resumen: El objetivo de este estudio se sitúa en analizar la reciente jurisprudencia comunitaria europea y su incidencia inmediata en la aplicación, interpretación y efectividad del Derecho del Trabajo español. Se pretende dejar clara constancia de la importantísima labor creadora de Derecho llevada a cabo por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Abstract: This study profess in analyzing the recent European Community law and its immediate impact on the implementation, interpretation and effectiveness of Spanish Labour Law. It is intended to provide a clear record of the important creative work of law carried out by the Court of Justice of the European Union.

Palabras Clave: Unión Europea. Derecho del Trabajo. Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

* Este artículo obtuvo, el pasado año académico 2014-2015, el Premio Reina María Cristina, en su tercera edición, en la modalidad de Derecho, patrocinado por el Banco Santander. El jurado calificador estuvo conformado por: D. Raúl Canosa Usera, decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, D. Ignacio Ortega Álvarez, magistrado del Tribunal Constitucional, D. Luis Ignacio Ortega Álvarez (+), Magistrado del Tribunal Supremo, y D. Alfredo Muñoz García, decano de Derecho del Real Centro Universitario Escorial María Cristina.

Keywords: European Union. Labour Law. Court of Justice of the European Union.

Sumario:

I. Introducción.

II. La influencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el Derecho del Trabajo Español.

III. En materia de tiempo de trabajo.

3.1. *Consideraciones previas.*

3.2. *Vacaciones y maternidad.*

3.2.1. Marco jurídico preexistente.

3.2.2. La interpretación del TJUE.

3.2.3. Efectos en el Derecho del Trabajo español.

3.3. *Vacaciones e Incapacidad Temporal.*

3.3.1. Marco jurídico preexistente.

3.3.2. La interpretación del TJUE.

3.3.3. Efectos en el Derecho del Trabajo español.

3.4. *Vacaciones y retribución.*

IV. En materia de igualdad.

4.1. *Consideraciones previas.*

4.2. *Discriminación por asociación.*

4.2.1. Marco jurídico preexistente.

4.2.2. La interpretación del TJUE.

4.2.3. Efectos en el Derecho del Trabajo español.

4.3. *Discriminación por enfermedad.*

4.3.1. Marco jurídico preexistente.

4.3.2. La interpretación del TJUE.

4.3.3. Efectos en el Derecho del Trabajo español.

4.4. *Discriminación y protección social de los trabajadores a tiempo parcial.*

4.4.1. Marco jurídico preexistente.

4.4.2. La interpretación del TJUE.

4.4.3. Efectos en el Derecho del Trabajo español.

V. Titularidad del derecho de lactancia.

5.1. *Marco jurídico preexistente.*

5.2. *La interpretación del TJUE.*

5.3. *Efectos en el Derecho del Trabajo español.*

VI. Conclusiones.

VII. Bibliografía.

Recibido: octubre 2015.

Aceptado: diciembre 2015.

I. INTRODUCCIÓN

A través del presente trabajo se pretende dejar clara constancia de la relevante labor creadora de Derecho llevada a cabo por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Labor que, al implicar una continua reinterpretación de los ordenamientos jurídicos nacionales a la luz del Derecho Comunitario, puede llegar incluso a derivar en importantes reformas legislativas internas de muy diferente alcance y contenido. De hecho, tal y como podrá apreciarse a lo largo de este trabajo, así ha ocurrido con muy diferentes aspectos del Derecho del Trabajo español.

El objetivo de este estudio se sitúa, por tanto, en analizar la reciente jurisprudencia comunitaria europea y su incidencia inmediata en la aplicación, interpretación y efectividad del Derecho del Trabajo español. No en vano, los criterios de la jurisprudencia social comunitaria se imponen a la doctrina que pudieran venir aplicando los distintos órganos jurisdiccionales nacionales (incluido el propio Tribunal Supremo) y, en todo caso, fijan un criterio de interpretación que habrá de ser necesario tomar en consideración a la hora de resolver los conflictos laborales. En ocasiones, también, dichos criterios constituyen el antecedente remoto de una determinada reforma legislativa interna; reforma que la mayoría de las veces no hubiera tenido lugar de no ser, precisamente, por la actuación en una u otra materia concreta del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

En todo caso ha de precisarse que, por razones de limitación de espacio, se ha tenido que efectuar una selección de materias laborales. De ahí que el objetivo del presente trabajo no haya sido el de agotar todos y cada uno de los supuestos en los que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha fijado un pronunciamiento relevante para el Derecho del Trabajo español, sino tan solo alguno de los más recientes y/o relevantes.

A su vez, desde el punto de vista metodológico se ha prescindido del análisis sistemático de las distintas instituciones implicadas, centrándonos directamente en la materia objeto de controversia, así como en la repercusión que esta doctrina ha tenido y/o debería tener en la propia configuración de las relaciones laborales

en España. En cualquier caso, a la hora de analizar la incidencia de la jurisprudencia social comunitaria en el Derecho de Trabajo español, se ha seguido una estructura específica que se reitera en la práctica totalidad de los temas tratados.

Así, en primer lugar, se pone de relieve el marco jurídico preexistente en España con carácter previo a la actuación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea; en segundo lugar, se procede a dar cumplida cuenta de la interpretación que ha adoptado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en los diversos temas tratados; para, finalmente y en tercer lugar, exponer la concreta transposición del criterio jurisprudencial de que se trate al ordenamiento jurídico español.

II. LA INFLUENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA EN EL DERECHO DEL TRABAJO ESPAÑOL

La actuación de la jurisprudencia comunitaria en el fortalecimiento de la política social en la Unión Europea ha sido esencial y tiene una incidencia fundamental en el ordenamiento español, propiciando que se cambien criterios judiciales españoles tradicionales¹; esto es, se han puesto las bases para una reinterpretación del Derecho Comunitario existente, garantizándose de manera sólida derechos laborales que las jurisdicciones nacionales no concebían².

Un somero repaso al Derecho del Trabajo de las últimas décadas pone de relieve con suma claridad las afirmaciones anteriores. En la tarea de impulso, renovación y crecimiento de la materia laboral, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha llegado a convertirse en una de las instituciones más relevantes en la conformación social y jurídica del espacio comunitario, “jugando un papel insustituible en la difusión y penetración del Derecho europeo”³. En fin, no cabe duda de que el Derecho laboral vigente hoy en día en España ha experimentado un salto cualitativo respecto de la situación reinante décadas atrás y ello se debe, principalmente, al papel del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Aunque el Derecho Social Comunitario trata de penetrar en los sistemas nacionales por diversos cauces, el estudio que aquí se presenta se ha querido

¹ GARCÍA MURCIA, J., *La transposición del Derecho Social Comunitario al Ordenamiento Español*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid 2005, p. 15.

² GÓMEZ MUÑOZ, J. M., y RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., “25 años de jurisprudencia laboral del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, en *Relaciones Laborales*, 23 (2010) (LA LEY 15172/2010).

³ GARCÍA MURCIA, J., *La transposición del Derecho Social Comunitario*, o.c.

circunscribir a la labor jurisprudencial de recepción del citado Derecho y de canalización de sus principios y reglas, hacia el interior del ordenamiento jurídico español. Se pretende efectuar, en definitiva, una especie de diagnóstico actual acerca de la influencia de la jurisprudencia comunitaria en el ordenamiento jurídico-laboral en España para constatar su adaptación y, en su caso, poner de relieve eventuales deficiencias en el cumplimiento del derecho social europeo.

En el análisis del papel jugado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y su incidencia en el Derecho español, se ha optado por realizar una selección de sentencias especialmente relevantes tanto por su actualidad como por el impacto normativo producido en España. Con independencia de la materia tratada y sin perjuicio de remitirnos a un análisis más profundo de los muy diversos temas abordados, el denominador común a todos ellos es aquí el del extraordinario impacto que la doctrina del citado Tribunal ha tenido en nuestro país. Y ello no solo para reconducir la interpretación correcta de una u otra materia sino, incluso, para provocar un inmediato cambio legislativo. De ahí, precisamente, que debamos reconocer la labor creadora de Derecho llevada a cabo por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea; muy especialmente, por lo que refiere al Derecho del Trabajo español.

III. EN MATERIA DE TIEMPO DE TRABAJO

3.1. *Consideraciones previas*

La conquista por conseguir una limitación de la jornada laboral que garantice para todos los trabajadores un mínimo descanso para la recuperación física y psíquica de sus aptitudes de trabajo, ha constituido una de las reivindicaciones más proclamadas y defendidas para asegurar la mejora de calidad de vida del trabajador asalariado. A ello debe añadirse, que se trata de una de las materias laborales sobre las que mayor incidencia ha tenido la jurisprudencia comunitaria en la modificación de la normativa española⁴.

La articulación del derecho a vacaciones retribuidas parecía que se asentaba sobre sólidas construcciones normativas; sin embargo, en los últimos años hemos asistido a la controversia de algunos de los aspectos de su régimen jurídico, sobre todo por la vía de la interpretación efectuada por la jurisprudencia comunitaria.

⁴ Un estudio exhaustivo puede verse en AA. VV., *Cuestiones actuales sobre derecho social comunitario*, (Dir. Marena Martínez y A. V. Sempere Navarro), Laborum, Murcia 2010, pp. 141-185.

Para analizar adecuadamente el alcance de los pronunciamientos judiciales sobre el derecho a vacaciones en la Unión Europea, conviene llamar la atención sobre aspectos concretos del derecho a vacaciones que han sido interpretados por el alto tribunal y que han provocado, en el ordenamiento jurídico español, el cuestionamiento de criterios jurisprudenciales hasta ahora sólidamente consolidados, tales como la interrelación de las vacaciones con los supuestos de maternidad e incapacidad temporal (IT) y su retribución⁵.

De forma previa a lo que se analizará a continuación cabe destacar, como criterios generales acuñados por la jurisprudencia comunitaria sobre el alcance general del derecho a vacaciones, los siguientes⁶:

- Se considera este derecho como un principio de derecho social comunitario de especial relevancia y respecto del cual no podían establecerse excepciones y cuya aplicación por parte de las autoridades nacionales competentes únicamente puede efectuarse respetando los límites establecidos expresamente por la Directiva⁷.
- Corresponde a los Estados Miembros la obligación de adoptar las medidas necesarias para que todos los trabajadores dispongan de un período, de, al menos, cuatro semanas de vacaciones anuales retribuidas, para alcanzar una protección eficaz de su seguridad y salud”⁸.
- Una trabajadora tiene derecho a disfrutar de sus vacaciones anuales durante un período distinto al de su permiso de maternidad⁹; el permiso parental no puede menoscabar el disfrute de las vacaciones anuales completas; no puede reducirse el permiso parental cuando se haya interrumpido como consecuencia de otro permiso que persigue un objetivo distinto¹⁰.
- El trabajador tiene derecho a percibir una retribución de las vacaciones anuales adicional a la que se le abona por el trabajo efectuado, sin que ningún

⁵ SEMPERE NAVARRO, A. V., y CHARRO BAENA, M. P., “El régimen jurídico de las vacaciones desde la perspectiva del derecho social comunitario”, en AA.VV., *Cuestiones actuales...*, o.c., pp. 145 y ss.

⁶ Una obra general sobre los criterios del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, véase, AA.VV., *Prontuario de Jurisprudencia Social Comunitario* (Dir. A. V. Sempere Navarro), Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008.

⁷ STJCE de 26 de junio de 2001, *The Queen*, asunto C-173/99; de 16 de marzo de 2006 *Robinson-Steele y otros*, asuntos acumulados C-131/04 y C-257/04, y de 20 de enero de 2009, *Schultz-Hoff*, asuntos acumulados C-350/06 y C-520/06.

⁸ STJCE de 26 de junio de 2001, *The Queen*, asunto c- 173/99; STJCE de 5 de octubre de 2004, *Pfeifer* asuntos acumulados C-379/01 a C-403/01. STJCE de 7 de septiembre de 2006, *Comisión/Reino Unido*, asunto C-484/04.

⁹ STJCE de 18 de marzo de 2004, *Merino Gómez*, asunto C- 342/01.

¹⁰ STJCE de 14 de abril de 2005, *Comision/Ducado de Luxemburgo*, asunto C-519/03.

contrato pueda establecer excepciones a este derecho¹¹. No se permite que las vacaciones mínimas anuales retribuidas se sustituyan por una indemnización económica en el caso de que sean transferidas a un año posterior¹².

La jurisprudencia comunitaria y su interpretación del disfrute del derecho a vacaciones anuales retribuidas han propiciado la modificación de diversos aspectos en el ordenamiento español. La consideración del derecho a vacaciones como un principio de Derecho social comunitario de especial relevancia respecto del que no cabe establecer excepciones, así como la prohibición de imponer requisitos que impidan el surgimiento del derecho y la garantía del disfrute del descanso anual retribuido, constituyen algunos de los criterios comunitarios a los que nuestro ordenamiento jurídico ha tenido que adaptarse; aunque, como se expondrá más adelante, su recepción en el Derecho español no ha sido inmediata¹³.

3.2. Vacaciones y maternidad

3.2.1. Marco jurídico preexistente

Ante la coincidencia en el tiempo de los períodos de baja por maternidad y vacaciones, la respuesta dada por los jueces y tribunales españoles ha sido prácticamente uniforme, decantándose por la de pérdida del tiempo de vacaciones que se solapa con la baja por maternidad. Tres han sido los argumentos principales que han fundamentado este criterio jurisprudencial:

- La aplicación de la teoría del caso fortuito del artículo 1105 del Código Civil, según la cual el trabajador habría de ser el único que debiera soportar los perjuicios provocados por el evento fortuito. En otros términos, considera como caso fortuito -suceso imprevisible o inevitable- la coincidencia de las vacaciones con el denominado permiso de maternidad, con consecuencias directas para el trabajador que verá perdido su derecho al disfrute efectivo del descanso anual.
- Se recoge también en ocasiones el argumento de que exigir al empresario un cambio de las fechas de vacaciones para permitir su disfrute íntegro equivaldría

¹¹ STJCE de 16 de marzo de 2006, *Robinson-Steele*, asuntos C-131/04 y C-257/04.

¹² STJCE 6 de abril de 2006, *Federatie Nederlandse Vakbeweging*, asunto C-124/05. SEMPERE NAVARRO, A. V., y CHARRO BAENA, M. P., “El disfrute de las vacaciones laborales es transferible a un año posterior al que se devengo, pero no compensable económicamente”, *Aranzadi Social*, 1 (2006) (BIB 2006/699).

¹³ ALZAGA RUIZ, I., “El derecho al disfrute de vacaciones anuales retribuidas a la luz de la jurisprudencia comunitaria”, *Actualidad Laboral*, 11, (2014).

a exigir una exorbitante obligación empresarial de no sólo reconocer un período de disfrute determinado, sino también de garantizarlo con buena salud¹⁴.

- El razonamiento utilizado con mayor frecuencia cuando la fecha de las vacaciones ha sido fijada por convenio o acuerdo colectivo es el de la imposibilidad de modificar esta norma por la autonomía individual. Por todas merece ser destacada la STS 30 de noviembre de 1995 en la que se afirmaba que lo “*decisivo a estos efectos es el respeto al pacto colectivo amparado expresamente por la ley*”; esto es, se plantea como una cuestión formal de fuentes.

En definitiva, la respuesta de nuestros tribunales ante las reclamaciones de cambio de fechas de vacaciones cuando coinciden con el período de baja por maternidad ha sido negativa, es decir, ha llevado a un resultado de pérdida del derecho de vacaciones por el tramo temporal de coincidencia con el período de baja. Esta visión restrictiva de la tutela del derecho de vacaciones reconoce la naturaleza de esta práctica como una mejora voluntaria no consolidable y no la de un derecho adquirido.

3.2.2. La interpretación del TJUE

A diferencia del Derecho español, la jurisprudencia comunitaria, reiterando la doctrina judicial de la STJCE de 26 de junio de 2001, *Bectu*, asunto C-173/1999 que consideraba las vacaciones como un principio del Derecho social comunitario de especial importancia, sobre el que no cabe establecer excepción alguna, señala que el trabajador tiene derecho a disfrutar de un descanso efectivo de las vacaciones, aun cuando coincida en el tiempo con la suspensión del contrato por maternidad.

No obstante lo anterior, el pronunciamiento jurisprudencial de máxima relevancia sobre esta cuestión se aborda en la Sentencia de 18 de marzo de 2004, *Merino Gómez*, asunto C-342/2001, a raíz de la presentación de dos cuestiones prejudiciales por el Juzgado de lo Social nº 33 de Madrid, relativas a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia y la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo.

¹⁴ SAN 22 de marzo de 2000 y STCT 26 de abril de 1984 (entre otras muchas).

Esta importante sentencia contempla como supuesto de hecho la reclamación de una trabajadora del derecho a disfrutar sus vacaciones a continuación de la finalización de su período de baja, petición que fue rechazada por la empresa. El Juzgado de lo Social español analiza la doctrina jurisprudencial de nuestro país, que aboga -en ese momento- por la imposibilidad del disfrute de las vacaciones en los supuestos de solapamiento con la baja por maternidad, cuando las fechas de disfrute de las vacaciones anuales se hubieran fijado en acuerdo colectivo y decide plantear cuestión prejudicial.

En esa sentencia el Tribunal comunitario entiende que una trabajadora tiene derecho a disfrutar de su permiso de maternidad y del período de vacaciones en períodos distintos cuando se haya producido su disfrute simultáneo. El argumento para tal consideración se centra en la distinta finalidad perseguida tanto por las vacaciones como por la maternidad. Así pues, mientras el permiso por maternidad pretende la recuperación de la mujer y su relación con el hijo recién nacido, las vacaciones tienen como objetivo la recuperación física y el esparcimiento de la trabajadora.

En consecuencia, en los supuestos de coincidencia temporal del derecho al disfrute de vacaciones y de la baja por maternidad, ambos habrán de respetarse. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea trata de evitar que un permiso protegido por el Derecho Comunitario -permiso de maternidad- pueda menoscabar el disfrute de otro derecho garantizado por el Derecho Comunitario -derecho a vacaciones-. Ello implica el reconocimiento del derecho al cambio de fechas pactadas para el disfrute de las vacaciones en el caso de que se superponga con la baja de maternidad, con independencia, además, de que dichas fechas se hayan negociado vía autonomía colectiva.

3.2.3. Efectos en el Derecho del Trabajo español

El criterio de la jurisprudencia comunitaria sobre la conservación del período de vacaciones durante las situaciones de baja por maternidad se ha transpuesto tanto a la normativa como a la jurisprudencia española.

Esta nueva interpretación judicial fue recogida en nuestro país por el Tribunal Supremo en su sentencia de 10 de noviembre de 2005¹⁵ que consideró que:

¹⁵ En el mismo sentido, entre otras, véase la STS de 20 de noviembre de 2006. Véase también CES GARCÍA, E., “Vacaciones anuales: influencia del Tribunal de la doctrina judicial del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 77 (2008) 213 y ss.

“la coincidencia en el tiempo de una baja por incapacidad temporal, devenida bien sea de enfermedad común o por maternidad, con el período preestablecido en la empresa para el disfrute de vacaciones, responde a la protección y defensa de un interés jurídico, completamente distinto al que es propio del descanso por vacación anual”.

En el primer caso, lo que se pretende es la atención médica y la curación de un determinado proceso patológico, singularizándose la baja por maternidad por el necesario descanso que la mujer precisa después del parto y en la obligada atención que se ha de prestar al recién nacido. Finalidad u objetivo diferente es el que se persigue con las vacaciones anuales, que no es otro que el de propiciar una recuperación, tanto física como psíquica, tras la prestación de servicios durante todo el año en la empresa.

La evolución jurisprudencial que se acaba de describir también se trasladó a nuestro ordenamiento jurídico, a través de una modificación del artículo 38.3 del Estatuto de los Trabajadores, introducida por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que añadía un segundo párrafo a dicho precepto, en los siguientes términos:

“Cuando el período de vacaciones fijado en el calendario de vacaciones de la empresa al que se refiere el párrafo anterior coincida en el tiempo con una incapacidad temporal derivada del embarazo, el parto o la lactancia natural o con el período de suspensión del contrato de trabajo previsto en el artículo 48.4 de esta Ley, se tendrá derecho a disfrutar las vacaciones en fecha distinta a la de la incapacidad temporal o a la del disfrute del permiso que por aplicación de dicho precepto le correspondiera, al finalizar el período de suspensión, aunque haya terminado el año natural a que correspondan”.

En consecuencia, desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica 3/2007, 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, se produce una distinción entre la suspensión del contrato derivada de embarazo, parto o lactancia natural y el resto de supuestos de incapacidad temporal.

Por otra parte, en un análisis más exhaustivo, cabría señalar que la normativa española es más favorable que la contenida en la denominada doctrina *Merino Gómez*, al permitir además el cambio de fechas de disfrute de vacaciones en alguna de las siguientes situaciones:

- Para los casos de adopción y acogimiento, sobre todo teniendo en cuenta que el disfrute de estas suspensiones depende de una resolución judicial o administrativa, sin que pueda conocerse a priori cuándo se dictará.

- Para la suspensión o permiso por paternidad que se incorporó a nuestro ordenamiento también a través de la Ley Orgánica 3/2007¹⁶. Sin embargo, conviene precisar que el legislador olvidó incorporar al artículo 38.3 del Estatuto de los Trabajadores la coincidencia de este nuevo derecho con las fechas de vacaciones; lo que en la práctica suponía un trato peyorativo para los trabajadores que acudían al permiso de paternidad (48 *bis* Estatuto de los Trabajadores, en la actualidad, art. 48.7¹⁷) respecto de los que disfrutaban del permiso de maternidad (48.4 Estatuto de los Trabajadores). La cuestión se resuelve por la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.
- Para la suspensión del contrato de trabajo por incapacidad temporal derivada de embarazo, parto o lactancia natural.

Finalmente, cabría precisar que lo que no aborda expresamente la jurisprudencia comunitaria es como se fijan las nuevas fechas de disfrute de las vacaciones cuando coincidan con periodos de descanso por maternidad. Habría que estar a la regla general en materia de fijación de fechas de las vacaciones, que no sería otra que la del acuerdo entre las partes y de conformidad a las reglas que pueda establecer la negociación colectiva.

3.3. *Vacaciones e incapacidad temporal*

3.3.1. Marco jurídico preexistente.

Sin lugar a dudas, la cuestión relativa a si un trabajador tiene derecho al cambio de fecha de vacaciones, cuando las fijadas coinciden con un período de incapacidad temporal, ha sido una de las que más pronunciamientos jurisprudenciales ha suscitado en el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea -hoy Tribunal de Justicia de la Unión Europea-, habiendo generado una importante evolución normativa y una corrección de la jurisprudencia tradicional del Tribunal Supremo de nuestro país.

¹⁶ Sobre los permisos parentales, ampliamos y corregimos la anterior reseña bibliográfica: PÉREZ CAMPOS, A., “La titularidad del permiso de maternidad en la Unión Europea” publicada en el *Anuario Jurídico y Económico Escorialense* XLVII (2014) donde no incluimos a DE LA CORTE RODRÍGUEZ, M., “El permiso parental en la Unión Europea: de la antigua a la nueva Directiva”, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 28 (2012) 199. También, véase, FLAQUER, L., ESCOBEDO, A., “Licencias parentales y política social de la paternidad en España”, en *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 1 (2014) 69-99.

¹⁷ Del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

Para precisar el efecto que ha tenido es necesario referirnos, en primer lugar, a cuál era la doctrina del Tribunal Supremo con anterioridad a las correcciones que ha supuesto la jurisprudencia comunitaria; en segundo lugar, examinar el criterio de la jurisprudencia comunitaria y; en tercer lugar, analizar el alcance de los cambios normativos y jurisprudenciales en España, en cumplimiento del mandato comunitario.

Pues bien, tanto la doctrina científica¹⁸ como la jurisprudencia¹⁹, inicialmente, han sido bastante reacias a la idea del cambio de fechas de las vacaciones cuando se produce su coincidencia con una baja médica del trabajador; posicionamiento que ha sido defendido sobre la base de diferentes argumentos tales como: el propio ordenamiento establece la necesidad de un acuerdo entre empresario y trabajador para especificar las fechas de disfrute de las vacaciones y las circunstancias personales de un concreto trabajador no pueden imponerse al acuerdo alcanzado; o la similitud de las finalidades perseguidas, en la medida en que en ambos casos existe una conexión esencial con la defensa de la salud del trabajador. Incluso se ha utilizado un argumento recurrente al afirmar que permitir el cambio facilitaría situaciones de fraude por parte de los trabajadores, que podrían obtener fácilmente un incremento del período de descanso²⁰.

3.3.2. La interpretación del TJUE

La efectividad en el disfrute de las vacaciones cuando coincide con un período de baja por enfermedad se plantea, con independencia de la situación de maternidad ya analizada, en la STJCE de 20 de enero de 2009, *Schultz-Hoff*, asuntos acumulados C-350/06 y C-520/06 que, tomando como base la STJCE Merino Gómez, afirma que el trabajador no tiene derecho a disfrutar las vacaciones “durante un período que coincida con su baja por enfermedad, siempre que dicho trabajador tenga, no obstante, la posibilidad de ejercitar en un período distinto el derecho que le confiere la citada Directiva”; es decir, cuando se produzca la concurrencia, debe tener la posibilidad de cambiar las fechas de sus vacaciones.

¹⁸ GARCIA-PERROTE, I., y MERCADER UGUINA, J. R., “Incapacidad temporal y vacaciones: las plurales interpretaciones por el Tribunal Supremo de la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el Asunto Merino”, en *Justicia Laboral*, 28 (2006) 7.

¹⁹ La STS de 11 de julio de 2006 denegaba el derecho al disfrute de las vacaciones y la incapacidad temporal por tener diferente objeto o finalidad. En similares términos la STS de 20 de diciembre de 2007

²⁰ RABANAL CARBAJO, P., “Incapacidad temporal y vacaciones”, *Aranzadi Social*, 16, (2010) (BIB 2009\1870); LLORENTE ALVAREZ, A., “Vacaciones e incapacidad temporal: una tensión permanente. Jurisprudencia comunitaria y nacional”, en *Aranzadi Social*, 5 (2010) (BIB 2010\670).

En septiembre de ese mismo año 2009, el alto tribunal vuelve a insistir sobre su doctrina, esta vez, en respuesta a una cuestión prejudicial planteada por juez español. Se trata de la STJCE de 10 de septiembre de 2009, *Pereda* asunto C-277/08 que resuelve una cuestión prejudicial relativa a la compatibilidad del artículo 7.1 de la Directiva 2003/88CE con la regulación española. Concretamente, el supuesto de hecho refiere a la reclamación de un trabajador del derecho a vacaciones no disfrutadas, como consecuencia de un accidente de trabajo sufrido escasos días antes del inicio de las vacaciones, que le originó una baja médica que se prolongó hasta el penúltimo día de disfrute de sus vacaciones; reclamación que fue denegada por la empresa.

La citada sentencia analiza la cuestión a la luz de su propia jurisprudencia anterior, resaltando que el derecho a las vacaciones es un principio de Derecho social comunitario de especial importancia. Insiste en la finalidad de las vacaciones que implica permitir el descanso y disponer de un período de ocio y esparcimiento y, finalmente, reitera que es conforme a la Directiva que se pierda el derecho a las vacaciones cuando este no se ejerce dentro del período de referencia, siempre y cuando el trabajador haya tenido efectivamente la posibilidad de ejercerlo, de manera que en caso contrario ese derecho no se extingue al finalizar el período de devengo.

Haciendo un escueto recorrido sobre los puntos que más habían llamado la atención en anteriores pronunciamientos, la sentencia *Pereda* nos recuerda:

- En primer lugar, que la finalidad del derecho a vacaciones no es sólo el descanso, sino también la posibilidad de disponer de un periodo de ocio y esparcimiento.
- En segundo lugar, el derecho a vacaciones no se extingue al finalizar el período de referencia fijado por el Derecho nacional para el caso de baja por enfermedad cuando coincida que el trabajador ha estado en incapacidad temporal durante la totalidad o parte del período de vacaciones, y sólo se permite su compensación económica en caso de extinción del contrato de trabajo.
- En tercer lugar, se permite que un trabajador de baja por enfermedad disfrute durante ese tiempo de sus vacaciones, pero también ofrece la posibilidad de que éste ejercite, siempre que lo solicite de mutuo propio, su derecho a vacaciones en un período posterior, incluso agotado el año en curso.

En definitiva, la sentencia de tribunal europeo se opone a que mediante una disposición nacional o convenio colectivo se establezca que un trabajador no pueda disfrutar de sus vacaciones en un período distinto del fijado inicialmente antes de la baja por IT; ofreciéndose la opción al trabajador de que elija cuando

desea disfrutar de sus vacaciones, si durante la incapacidad temporal o una vez recuperado de sus dolencias incapacitantes.

Teniendo en cuenta lo anterior, jurisprudencia española y comunitaria resultaban contrarias en relación a la concurrencia entre vacaciones e incapacidad temporal, lo que obligó a cambiar y actualizar la doctrina jurisprudencial española. Dicho cambio se inició a través de la STS de 24 de junio de 2009, que teniendo en cuenta los criterios de la jurisprudencia comunitaria, desmantela alguno de los argumentos que él mismo había sostenido en su doctrina jurisprudencial sobre la materia. Así pues, frente al principio “*pacta sunt servanda*” que deriva de la fijación por acuerdo de las fechas de vacaciones, esgrime ahora la cláusula “*rebus sic stantibus*”; frente a la afirmación de que la obligación empresarial es una obligación de medios y no de resultado, se afirma ahora que dicha obligación no se limita a fijar una fecha, sino a modificarla en los supuestos en que surja un hecho obstativo posterior (la incapacidad temporal) que debilita la posibilidad de disfrute efectivo de las vacaciones; frente a la afirmación de que maternidad e incapacidad temporal son situaciones diversas, ahora se afirma su similitud.

No obstante lo anterior, conviene precisar que la citada sentencia de 24 de junio de 2009 no supuso la aplicación plena de la jurisprudencia comunitaria; prueba de ello es que estableció un matiz de distinción en función de si la incapacidad temporal se origina en un momento anterior o posterior al inicio del disfrute de las vacaciones. Así pues, a juicio del Tribunal Supremo, el derecho al cambio de fechas de vacaciones sólo procedería si la incapacidad temporal era previa al inicio del disfrute de las vacaciones. A tenor de esta jurisprudencia, el trabajador que enfermaba durante las vacaciones, sólo tenía derecho a un nuevo período de vacaciones cuando se hubiese reconocido ese derecho en el convenio colectivo.

La resistencia del Tribunal Supremo a renunciar a la doctrina tradicional resultaba evidente, pero este planteamiento que condiciona el derecho del trabajador al disfrute efectivo de sus vacaciones en función de si la incapacidad temporal se haya producido antes o durante las vacaciones se ha mantenido sólo temporalmente. En efecto, en la STJUE de 21 de junio de 2012, *Anged* asunto C-78/11, el alto tribunal establece que de la finalidad del derecho a las vacaciones anuales retribuidas, se deduce el derecho del trabajador que está de baja por enfermedad durante un período de vacaciones prefijado a disfrutar las mismas en fecha distinta a la baja por enfermedad, careciendo de pertinencia el momento en que sobrevive dicha incapacidad²¹.

²¹ Un estudio exhaustivo véase en LÓPEZ INSÚA, B., “Vacaciones e IT: perspectiva comunitaria y española”, en *Aranzadi Social*, 10 (2013) 243-263.

Por consiguiente, el trabajador tiene derecho a disfrutar de sus vacaciones anuales retribuidas coincidentes con un período de baja por enfermedad en un período posterior, con independencia del momento en que haya sobrevenido esa incapacidad temporal, en la medida en que sería aleatorio y contrario a la finalidad del derecho a las vacaciones anuales retribuidas, conceder ese derecho al trabajador únicamente a condición de que este último ya se encuentre en situación de incapacidad laboral cuando se inicie el período de vacaciones anuales retribuidas.

Por otra parte, la jurisprudencia comunitaria también plantea otra cuestión relacionada con el disfrute efectivo de las vacaciones y es la relativa a qué ocurre cuando no sólo coinciden las vacaciones con la incapacidad temporal, sino que, además, la duración de la situación de incapacidad temporal se prolonga durante el resto del período que genera el derecho a las vacaciones. Conviene recordar que el derecho a las vacaciones es periódico, siendo esa periodicidad anual. Esta doctrina ya se planteó en la STJCE de 20 de enero de 2009, *Schultz-Hoff* y ha tenido ajustes posteriores, especialmente a través de la STJUE de 22 de noviembre de 2011, *KHS*, asunto *C-214/10*, donde el tribunal alemán se cuestionaba bien la posibilidad de acumular ilimitadamente períodos vacacionales cuando el trabajador se encuentre percibiendo una IT de larga duración o, por el contrario, consentir que mediante una norma de derecho interno se limite.

Se trata de una resolución importante donde se debate, en definitiva, si el trabajador tiene un derecho ilimitado a la acumulación de períodos anuales de vacaciones no disfrutados por estar de baja médica o, por el contrario, ese disfrute debe limitarse a un período de tiempo máximo tras la finalización del período anual de devengo. La respuesta por la que opta el Tribunal de Justicia de la Unión Europea es la segunda, de manera que considera conforme al artículo 7 de la Directiva que un ordenamiento nacional establezca un límite temporal para el mantenimiento del derecho a las vacaciones una vez agotado el período de devengo, se excluye así que de la Directiva derive una acumulación ilimitada de los períodos de vacaciones.

A modo de recapitulación de los principales criterios del Tribunal de Justicia de la Unión Europea cabe destacar los siguientes: 1) para permitir que se posponga el período vacacional han de tenerse en cuenta las circunstancias específicas en las que se encuentra el trabajador de baja de larga duración; 2) la finalidad de dicho aplazamiento no es otra que la de ofrecer al trabajador una posibilidad adicional de disfrute de las vacaciones que debe ser sustancialmente mayor que la del período de devengo; 3) no se opone a que la normativa nacional fije una limitación a cuyo término se extingue el derecho al descanso por

acumulación consecutiva de incapacidad temporal y 4) la fijación de un período de este tipo compete a los Estados miembros.

3.3.3. Efectos en el Derecho del Trabajo español

La abundante jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha obligado al legislador español a modificar tanto la regulación española sobre vacaciones como a reinterpretar los criterios jurisprudenciales consolidados para adecuarlos a los comunitarios.

De acuerdo con tal cambio de rumbo, como se ha señalado anteriormente, el artículo 38 del Estatuto de los Trabajadores ha sufrido algunas alteraciones a lo largo de su texto, que fundamentalmente han traído su causa en dos importantes pronunciamientos: 1) la sentencia de 18 de marzo de 2004, *Merino Gómez*, por la que se incorporó al Estatuto de los Trabajadores las situaciones coincidentes entre el derecho a vacaciones y la maternidad (a través de la promulgación de la Ley Orgánica 3/2007) y; 2) la sentencia de 20 de enero de 2009, *Pereda* que ha influido notablemente en la nueva redacción que ha otorgado la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, al mencionado precepto del Estatuto de los Trabajadores, según la cual:

“cuando el período de vacaciones fijado en el calendario de vacaciones de la empresa al que se refiere el párrafo anterior coincida en el tiempo con una incapacidad temporal derivada del embarazo, el parto o la lactancia natural o con el período de suspensión del contrato de trabajo previsto en el artículo 48.4 y 48.bis de esta Ley, se tendrá derecho a disfrutar las vacaciones en fecha distinta a la de la incapacidad temporal o a la del disfrute del permiso que por aplicación de dicho precepto le correspondiera, al finalizar el período de suspensión, aunque haya terminado el año natural a que correspondan”.

El cambio de fechas con el fin de facilitar el disfrute de las vacaciones debe permitirse, en consecuencia, en todos los supuestos de coincidencia (se produzcan durante el período de devengo natural de las vacaciones o posteriormente; e, impliquen el disfrute total o parcial de las vacaciones en función de si la coincidencia con la situación de baja por incapacidad ha sido total o parcial). El disfrute efectivo de las vacaciones debe respetarse en todo caso. El empresario está ahora obligado a facilitar no sólo el disfrute efectivo de las vacaciones, sino también su cambio de fechas en los supuestos de coincidencia total o parcial con una baja por incapacidad temporal y tanto si

la incapacidad temporal se ha iniciado antes de las vacaciones como si surge durante su disfrute²².

Por último, en lo que refiere a la determinación de las nuevas fechas de vacaciones establece un límite: podrá cambiar las fechas “*siempre que no hayan transcurrido más de 18 meses a partir del final del año en que se hayan originado*”. Es decir las nuevas fechas deben estar comprendidas dentro de este período, sin que pueda fijarse un disfrute posterior a tales 18 meses. Con ello nuestro legislador hace suya la doctrina afirmada por la ya citada STJUE de 22 de noviembre de 2011, *KHS*, asunto C-asunto C-214/10.

3.4. Vacaciones y retribución

El derecho a la retribución de las vacaciones no ha generado especiales problemas en la jurisprudencia comunitaria, siendo la necesidad de retribución una cuestión asumida con generalidad. A pesar de ello, la jurisprudencia comunitaria ha establecido criterios interpretativos sobre el derecho a la compensación económica por las vacaciones no disfrutadas y que también han tenido cierta incidencia en el Derecho español.

El ordenamiento jurídico español -art. 38.1 Estatuto de los Trabajadores- es contundente al establecer que el período de vacaciones retribuidas no es sustituible por una compensación económica, salvo como se ha especificado por vía convencional y jurisprudencial de admitir su compensación por finalización de la relación laboral. En el mismo sentido la normativa comunitaria -Directiva 2003/88/CE- impone que el período mínimo de vacaciones anuales retribuidas no podrá ser sustituido por una compensación financiera, establecida como excepción su compensación económica por conclusión de la relación laboral.

Dicho lo anterior y admitida la compensación económica de las vacaciones por extinción de la relación laboral, ni la normativa comunitaria ni la española alude al modo de cálculo de la misma; quedando su interpretación determinada por vía jurisprudencial. Así pues, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia de 6 de abril de 2006 *Federatie Nederlandse Vakbeweging*, asunto C-124/05, estableció que la compensación económica de las vacaciones debe servir para mantener el precedente nivel de ingresos, por lo que el trabajador ha de percibir la retribución ordinaria y deben utilizarse los mismos criterios que se utilicen para fijar la retribución vacacional, esto es la ordinaria del trabajador.

²² RABANAL CARBAJO, P., “Incapacidad temporal y vacaciones”, en *Aranzadi Social*, 16 (2010) 111 y ss., y GORELLI HERNÁNDEZ, J., “El derecho al disfrute efectivo de las vacaciones: de la jurisprudencia comunitaria a la regulación estatutaria”, *Relaciones Laborales*, 1 (2014) 28.

Por su parte, la STJCE de 20 de enero de 2009 *Schultz-Hoff* ya citada, ha puesto en tela de juicio la doctrina jurisprudencial acerca de los conceptos retributivos a que tiene derecho el trabajador durante las vacaciones y, por ende, los que ha de comprender compensación económica, cuando se produce la extinción del contrato.

Más recientemente se ha pronunciado el alto tribunal sobre el pago sustitutorio de las vacaciones en la STJUE de 3 de mayo de 2012, *Neidel, asunto C-337/10*, donde se cuestiona el derecho a la compensación económica de las vacaciones no disfrutadas por un funcionario que, después de un largo período de baja por enfermedad, se jubila. La consecuencia es que si tiene derecho a tal compensación. No obstante, las cuestiones prejudiciales planteadas ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea referían a si la compensación alcanzaba no sólo al período mínimo de vacaciones de cuatro semanas, sino si alcanzaba también a las vacaciones adicionales que pudiese establecer el ordenamiento nacional. Pues bien, sobre esta cuestión, la STJUE consideró conforme al artículo 7 de la Directiva 2003/88/CE que en caso de regulación de derechos adicionales que superen las cuatro semanas, no se prevea el pago de compensación económica cuando no se hayan disfrutado las vacaciones y se produzca la extinción por jubilación

La cascada de pronunciamientos sobre el alcance del artículo 7 de la Directiva 2003/88/CE continua siendo relevante y de máxima actualidad. Prueba de ello es el último pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de junio de 2014, *Bollacke*, asunto C-118/13, donde se cuestiona si el derecho al cobro de la compensación económica está vinculado exclusivamente a la persona del trabajador, más específicamente si en caso de fallecimiento del trabajador sin haber disfrutado de las vacaciones se mantiene el derecho a la retribución de las mismas. El alto tribunal considera que el derecho a dicha compensación no puede supeditarse a una solicitud previa del interesado.

En consecuencia, nuestros tribunales habrán de abandonar el criterio hasta ahora mantenido sobre la soberanía retributiva de los convenios colectivos, éstos fijarán la cuantía que deseen, en la medida en que la compensación económica por vacaciones debe servir para mantener el precedente nivel de ingresos y esa misma retribución es la que corresponde abonar en concepto de compensación económica por vacaciones no disfrutadas.

IV. EN MATERIA DE IGUALDAD

4.1. Consideraciones previas

La igualdad de trato y la prohibición de discriminación es otra de las materias donde la jurisprudencia comunitaria ha actuado como vía de adaptación y creación del Derecho español. En efecto, el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación constituyen uno de los temas más importantes de la política social comunitaria²³, en sus diversas manifestaciones, tales como género, edad, discapacidad, etc. y donde el Tribunal de Justicia de la Unión Europea continúa teniendo un papel esencial como creador de derecho, siendo uno de los materiales sobre las que se ha pronunciado con mayor frecuencia.

Resulta enormemente difícil elegir algunas de entre las numerosísimas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictadas en relación con el principio de no discriminación por razón de sexo, una de las políticas comunitarias más incisivas y exitosas, y en las que el papel del alto tribunal ha sido muy relevante. Continuando líneas jurisprudenciales anteriores, y abriendo otras nuevas, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha actuado de motor tanto para el legislador comunitario como para el nacional, dirigiendo a las jurisdicciones nacionales y, en general, operando como un factor de progreso en el reconocimiento de derechos para los hombres y las mujeres de la Unión.

La actuación comunitaria en el derecho laboral español, se produciría por una doble dimensión tanto normativa como jurisprudencialmente. Ambas dimensiones están íntimamente relacionadas, de modo que bien puede decirse que la evolución y los desarrollos normativos se deben, en buena medida, a las polémicas doctrinales que han provocado las sucesivas interpretaciones por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

La doctrina del alto tribunal que aplicó el principio de no discriminación, configuró un marco conceptual muy avanzado, que ha dado lugar a importantes cambios en los ordenamientos internos y que inspiró la configuración actual de un principio de no discriminación comunitario considerablemente más abierto²⁴.

²³ PÉREZ DEL RÍO, T., “El principio de igualdad de trato y la prohibición de discriminación por razón de sexo en el derecho comunitario”, en AA.VV., *Una aproximación al derecho social comunitario*, (Dir. J. Cruz Villalón y T. Pérez del Río), Tecnos, Madrid 2000, pp. 87 y ss.

²⁴ BALLESTER PASTOR, M^a. A., “Los elementos conceptuales de la Ley para la igualdad y la herencia comunitaria”, *Temas laborales*, 9 (2007) 87.

La incidencia de la jurisprudencia comunitaria en materia de igualdad se circunscribe a diferentes aspectos: el primero relacionado con la igualdad por razón de género a través de las denominadas acciones positivas, la discriminación indirecta y la discriminación por discapacidad con vinculo de parentesco, conocida como discriminación por asociación y más recientemente, la discriminación por enfermedad. Así, conceptos tan fundamentales como el de discriminación indirecta o acción afirmativa cuyos aspectos esenciales se pueden encontrar en la normativa comunitaria proceden de la construcción realizada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

A pesar de que la mayor parte de los esfuerzos del Derecho antidiscriminatorio de la Unión Europea se ha centrado tradicionalmente en el colectivo femenino, durante los últimos años han destacado otros motivos de discriminación como la discapacidad, la enfermedad. Precisamente, atendiendo a un criterio de actualidad y teniendo en cuenta las limitaciones de espacio exigidas, sólo se abordarán estas últimas, por ser las de máxima actualidad.

4.2. *Discriminación por asociación*

4.2.1. Marco jurídico preexistente

La complejidad del fenómeno de la discapacidad ha derivado en la identificación de nuevas formas de discriminación que han dado lugar a la aparición de novedosos enfoques y estrategias dirigidas a combatir las mismas. Especialmente relevante es el caso de la discriminación refleja o por asociación²⁵.

A diferencia de otros supuestos se trata de una figura de construcción jurisprudencial que aún no tiene reflejo expreso en la normativa comunitaria, aunque sí en el ordenamiento español. El ejemplo de lo señalado se encuentra, una vez más, a través de la jurisprudencia comunitaria que refiere a que el riesgo de discriminación no sólo es padecido por los discapacitados, sino también por aquéllos que les prestan cuidados o asistencia.

²⁵ No existe unanimidad por parte de la doctrina científica en la denominación de esta nueva figura, siendo denominada tanto discriminación transferida, MUÑOZ RUÍZ, A. B., “El caso Coleman: un paso más en la construcción del modelo social de discapacidad de la unión europea y su extensión a los cuidadores”, en *Temas Laborales*, 101 (2009) 322, como discriminación refleja, SEMPERE NAVARRO, A. V., “Discriminaciones reflejas (El caso de la Sra. Coleman)”, legaltoday.com.

4.2.2. La interpretación del TJUE

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la sentencia de 4 de noviembre de 2008, *Coleman*, asunto C-303/06 analiza el alcance de la discriminación por razón de discapacidad en un supuesto donde una trabajadora se considera discriminada por razón de discapacidad, aunque no es ella la discapacitada, sino su hijo. Se trata del primer pronunciamiento judicial que proyecta la tutela antidiscriminatoria no sólo hacia el sujeto discapacitado, sino sobre un tercero que se encuentra estrechamente asociado con aquél (le presta cuidados y asistencia) y que también es víctima de exclusión en el empleo²⁶.

Hasta este momento no se había planteado, al menos en el ámbito de la Unión Europea, qué ocurre en la situación en la que un sujeto experimenta discriminación no por sus propias características, tales como su discapacidad, origen étnico o religión, sino debido a la relación que mantiene con alguien que posee tales características.

A este respecto, la jurisprudencia comunitaria resulta muy relevante porque es la primera vez que entiende que se ha discriminado a la trabajadora por razón de la discapacidad de su hijo y sienta dos grandes criterios interpretativos: 1º) Que constituye discriminación directa el trato menos favorable dispensado a trabajador como consecuencia de la discapacidad padecida por su hijo. 2º) Que la prohibición de discriminación no opera sólo cuando el trabajador es, él mismo, discapacitado sino que también lo hace cuando la discapacidad afecta a su hijo.

Por otra parte hay que tener en cuenta que el concepto de discapacidad no está definido en el Derecho Comunitario. La Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, se limita a señalar en su artículo 1 que su objetivo es luchar contra la discriminación por diversos motivos relacionados con el empleo, entre los que se encuentra la discapacidad. En consecuencia, los beneficiarios de las medidas recogidas en el marco de la Directiva ni están especificados, ni limitados y se permite a los Estados miembros adoptar una definición de discapacidad y fijar los contornos de la misma.

²⁶ MUÑOZ RUIZ, A. B., “El caso Coleman: un paso más en la construcción del modelo social de discapacidad de la unión europea y su extensión a los cuidadores”, *Temas Laborales*, 101 (2009) 322.

Sobre esta base, el tribunal comunitario apoya su tesis en una concepción amplia del ámbito subjetivo protegido por la Directiva Comunitaria que no sólo comprende a la persona efectivamente discapacitada, sino que también puede afectar a otros que forman parte del entorno del afectado por la discapacidad y que se vinculan con el motivo de la discriminación. A este respecto señala que, de las disposiciones de la Directiva 2000/78/CE no se desprende que el principio de igualdad de trato que ésta pretende garantizar se circunscriba a las personas que padezcan ellas mismas una discapacidad en el sentido de dicha Directiva.

Esta sentencia tiene una transcendencia esencial en la medida en que consolida el modelo social de discapacidad y su implantación en los Estados Miembros y contribuye a la delimitación de la noción y alcance de la discapacidad, introduciendo una novedosa categoría jurídica como es la discriminación refleja o por asociación. En fin, la interpretación formulada constituye un avance muy significativo del modelo social de discapacidad que traslada la tutela antidiscriminatoria a los cuidadores de las personas discapacitadas. Se amplía el ámbito de protección de la norma comunitaria a los cuidadores que se ven afectados negativamente en el empleo por la discapacidad de las personas a las que prestan cuidados y asistencia.

4.2.3. Efectos en el Derecho del Trabajo español

La adaptación normativa a la jurisprudencia comunitaria derivada del caso *Coleman* ha tenido reflejo en el RDLeg. 1/2013 de 29 de noviembre que aprueba el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad²⁷. Su principal novedad es que amplía la definición de la discriminación por discapacidad con el reconocimiento de nuevos tipos. Con esta legislación, el Gobierno y el sector de la discapacidad esperan seguir avanzando hacia una igualdad real o efectiva.

A los efectos de este análisis, se debe prestar una especial atención a la noción de discriminación adoptada por la norma nacional con el propósito de verificar si se ha incluido expresamente la discriminación por asociación. Así pues, el apartado e) del artículo 2 de la citada norma sobre los derechos de las personas con discapacidad incluye la discriminación por asociación y la define como

“cuando una persona o grupo en que se integra es objeto de un trato discriminatorio debido a su relación con otra por motivo o por razón de discapacidad”.

²⁷ BOE 3-12-2013.

Como puede observarse el legislador español se ha limitado a transponer el supuesto de hecho contemplado en la jurisprudencia comunitaria. Aunque hubiese sido deseable que el legislador hubiera profundizado en la delimitación conceptual de este nuevo supuesto de discriminación, su regulación, al menos, pone de manifiesto el interés del legislador por actualizarse y luchar contra de la discriminación en sus distintas manifestaciones y en un sentido mucho más amplio.

Al margen de este precepto normativo cabe señalar que la legislación española no ha reconocido de forma explícita la doctrina de la discriminación por asociación, pero tampoco ha optado por restringir el principio de igualdad de trato y no discriminación a las personas discapacitadas. Por el contrario, la norma española utiliza la fórmula amplia al igual que la Directiva comunitaria, prohibiendo la discriminación que tenga su causa en una discapacidad.

En cualquier caso, lo que resulta indudable es que a partir del fallo comunitario debe prevalecer una interpretación amplia de esta normativa que comprenda los tratamientos peyorativos que se fundamenten no sólo en la pura y simple constatación de la discapacidad de la víctima, sino en la concurrencia de razones o circunstancias que tenga con la discapacidad de una persona una conexión directa e inequívoca²⁸.

Finalmente, cabría aludir, al menos sumariamente, a los posibles interrogantes futuros que plantean esta nueva figura de construcción jurisprudencial y su posterior reflejo en la normativa española.

En primer lugar, cabría plantear si la doctrina de este supuesto es trasladable al resto de las causas de discriminación (por origen racial o étnico, religión, orientación sexual, etc.) o por el contrario limita su campo de aplicación a la discapacidad. A pesar de que Tribunal de Justicia de la Unión Europea no ha aclarado nada al respecto, podría presuponerse que los argumentos expuestos en la sentencia comunitaria son perfectamente trasladables al resto de las causas de discriminación; ello teniendo en cuenta que la Directiva 2000/43/CE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, emplea la misma fórmula amplia en la definición de la discriminación objeto de tutela.

²⁸ MUÑOZ RUIZ, A. B., “El caso Coleman: un paso más en la construcción del modelo social de discapacidad de la unión europea...”, o.c., p. 339. En parecidos términos, véase también, CORDERO GORDILLO, V., “Discriminación por asociación con una persona con discapacidad. Comentario de la STJCE de 17 de julio de 2008, Coleman, asunto C- 303/06”, en *Revista de Derecho Social*, (2008) 157.

En segundo lugar, también quedaría abierta la incertidumbre sobre el grado de parentesco que debe existir entre quien alega trato discriminatorio y la persona discapacitada. La doctrina científica ha venido señalando que “aunque la discriminación tiene su origen en una vinculación por asociación, al momento de valorar la existencia de la discriminación, el mayor o menor nexo entre las personas implicadas será uno de los tantos indicios que ayudará al juez a tener la convicción de la existencia de discriminación del empresario”, esto es, lo que debe interesar, más allá de la relación de parentesco, es la existencia de un vínculo real²⁹.

4.3. *Discriminación por enfermedad*

En la práctica judicial han sido frecuentes los supuestos en que los tribunales tienen que calificar la decisión de la empresa de prescindir de los servicios de un trabajador mediante el despido, sin más razón que sus bajas laborales por enfermedad. En muchos de estos supuestos la empresa reconoce la improcedencia de su decisión y está dispuesta a asumir el coste económico del despido en la cuantía indemnizatoria que corresponda, en función de la antigüedad y el salario del trabajador afectado.

No obstante lo anterior, y a raíz de una nueva interpretación de la jurisprudencia comunitaria, la enfermedad se tipifica como nueva causa de discriminación, revelándose como una importante novedad en nuestro sistema de relaciones laborales, distinta como veremos, del concepto de discriminación por discapacidad y cuya presencia en nuestro ordenamiento jurídico tiene su origen, una vez, más en la jurisprudencia comunitaria.

4.3.1. Marco jurídico preexistente

Hace ya algunos años que en el ordenamiento español se cuestionó si esa práctica empresarial es “solo” un despido sin causa que se puede resolver con el pago de la indemnización correspondiente; o si, por el contrario, introduce un factor de discriminación que merece el máximo reproche previsto en nuestro ordenamiento jurídico para tales despidos, pues de conformidad con lo dispuesto en el artículo 55.5 del Estatuto de los Trabajadores son nulos los despidos que

²⁹ CRISANTO CASTAÑEDA, A. C., “El caso Coleman: la discriminación por asociación y el fundamento de su protección”, en AA.VV., *Cuestiones actuales sobre Derecho Social Comunitario...*, o. c., p. 250, y SEMPERE NAVARRO, A. V., “Cinco casos recientes sobre colectivos vulnerables (prostitutas, extranjeros, víctimas de violencia de género, discapacitados, jubilados forzosos)”, *Aranzadi Social*, 14 (2008), (BIB 2008, 2447).

tengan por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley, o bien se produzcan con violación de derechos fundamentales y libertades públicas³⁰.

Para el análisis de esta cuestión conviene recordar que el artículo 14 de la CE establece el principio de igualdad de los españoles ante la ley

“sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

En el marco de la legislación europea la prohibición de discriminación por motivos de discapacidad en materia de despido se expresa en el artículo 3.1.c) de la Directiva 2000/78 /CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, que establece el alcance del principio de igualdad respecto de “las condiciones de empleo y trabajo, incluidas las de despido y remuneración”.

En consecuencia, está fuera de toda duda que la discapacidad tiene una protección reforzada en cuanto constituye una condición o circunstancia por la que una persona podría ser discriminada. Ahora bien, lo que resulta jurídicamente más controvertido es establecer si se puede incluir el término enfermedad en la noción de discapacidad, teniendo en cuenta que ni el Derecho Comunitario ni el español concretan que es lo que debe entenderse por discapacidad a efectos de trato discriminatorio.

La primera vez que el Tribunal Supremo afrontó esta cuestión fue en la sentencia de 29 de febrero de 2001. Se trataba de un trabajador que en el periodo comprendido entre marzo de 1998 y enero de 1999 había permanecido más de nueve meses en situación de incapacidad temporal y que fue despedido con alegación de una causa falsa y sustituido por otro trabajador contratado después del despido para realizar las mismas tareas. Se le plantea al Tribunal Supremo si este despido puede suponer una vulneración del artículo 14 Constitución española, en relación con el párrafo final de dicho precepto que refiere a una fórmula abierta de supuestos discriminatorios al aludir a la prohibición de “cualquier otra condición o circunstancia personal”.

Entiende el Alto Tribunal que lo que caracteriza a la prohibición de discriminación es que

³⁰ LLUCH CORELL, F. J., “El despido por enfermedad: una nueva lectura de la noción de discriminación por discapacidad”, en *Revista de Jurisprudencia*, 1 (2014) 27.

“en ella se utiliza un factor de diferenciación que merece especial rechazo por el ordenamiento y provoca una reacción más amplia, porque para establecer la diferencia de trato se toman en consideración condiciones que históricamente han estado ligadas a formas de opresión o de segregación de determinados grupos de personas.”. Y a partir de esta idea se afirma que “la enfermedad, en el sentido genérico que aquí se tiene en cuenta desde una perspectiva estrictamente funcional de incapacidad para el trabajo, que hace que el mantenimiento del contrato de trabajo del actor no se considere rentable por la empresa, no es un factor discriminatorio en el sentido estricto que este término tiene en el inciso final del artículo 14 de la Constitución Española”.

En fin, el Tribunal Supremo no niega que en determinadas circunstancias la enfermedad pueda relacionarse con un elemento de segregación, pero niega que la enfermedad, de por sí y por derecho, se integre en la prohibición de constitucional de no discriminación.

Esta posición jurisprudencial se ha mantenido invariable en sentencias posteriores del propio Tribunal Supremo³¹, y se insiste en la idea de que la enfermedad es *“una contingencia inherente a la condición humana y no específica de un grupo o colectivo de personas o de trabajadores”*, por lo que no puede ser considerada como un factor discriminatorio en el ámbito del contrato de trabajo.

Así pues, como se acaba de señalar, desde la STS 29 de febrero de 2001 se ha venido consolidando en nuestros tribunales de justicia una posición que, prácticamente, rechazaba de plano que el despido fundado exclusivamente en la enfermedad del trabajador se pudiera calificar como nulo por discriminatorio. Este principio general solo podría ser excepcionado en el supuesto de que concurrieran condiciones o circunstancias que han estado ligadas a formas de opresión o segregación de determinados grupos de personas; o en el caso de enfermedades derivadas del embarazo que están ligadas a la condición de mujer³².

En definitiva, la enfermedad quedaba fuera de la noción de discapacidad y, por consiguiente, el despido del trabajador enfermo no gozaba de la protección reforzada que el ordenamiento jurídico otorga a los que tienen un móvil discriminatorio.

³¹ Entre otras véanse las SSTs de 23 de septiembre de 2003 (Rec. 449/2002), 12 de julio de 2004 (Rec. 4646/2002; 23 de mayo de 2005 y 27 de enero de 09 (Rec. 602/2008).

³² LLUCH CORELL, F. J., “El despido por enfermedad..., o.c., p. 34.

4.3.2. La interpretación del TJUE

En el ámbito comunitario se trata de una doctrina que, inicialmente contaba con el respaldo de la jurisprudencia comunitaria. Así pues, la sentencia de 11 de julio de 2006, *Chacón Navas*, asunto C-13/2005 confirmaba el carácter no discriminatorio del despido por motivo de enfermedad y la compatibilidad con el Derecho Comunitario, primario y derivado de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la no asimilación, en principio, de la discapacidad y la enfermedad³³. En definitiva, una primera lectura de esta sentencia, daba pie para rechazar cualquier equiparación entre enfermedad y discapacidad.

En estado de cosas y después de una década de doctrina consolidada, se dicta por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea la sentencia de 11 de abril de 2013, *Danmark*, asuntos C-335/2011 y C-337/2011 que vuelve a analizar el alcance de la discriminación por razón de enfermedad y matiza el criterio consolidado.

Los supuestos de hecho que tenía que resolver este tribunal son muy reveladores por lo que merece la pena exponerlos, aunque sea de forma muy resumida. En uno de ellos, consta que la demandante -la Sra. Ring- fue despedida en el mes noviembre de 2005 tras permanecer de baja en diversos periodos entre junio y noviembre de ese año por dolores lumbares para los que no se previa tratamiento, ni se podía efectuar ningún diagnóstico en cuanto a la perspectiva de reanudar una actividad profesional a tiempo completo. En el otro supuesto, la Sra. *Skouboe* sufrió un latigazo cervical que le mantuvo de baja -primero de forma parcial y después total- durante varios periodos hasta que fue despedida mediante carta comunicada en abril de 2005. Asimismo ha quedado probado que en el último informe médico emitido a finales de febrero de ese mismo año, se indicaba que no era posible prever la duración de la incapacidad laboral de la Sra. *Skouboe*.

Con estos antecedentes, el tribunal danés pregunta al comunitario, entre otras cuestiones, si puede estar comprendida en el concepto de discapacidad una condición causada por una enfermedad, tanto si está diagnosticada como curable o como incurable; y si ese concepto también abarca una reducción

³³ Se resuelve en ella la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social núm. 33 de Madrid y se declara que “una persona que haya sido despedida por su empresario exclusivamente a causa de una enfermedad no está incluida en el marco general establecido por la Directiva 2000/78/CE para lucha contra la discriminación por motivos de discapacidad” -apartado. 52; que “ninguna disposición del Tratado CE contiene prohibición de discriminación por motivos de enfermedad en cuanto tal” -aptdo. 54-; y que “la enfermedad en cuanto tal no puede considerarse un motivo que venga a añadirse a aquellos otros motivos en relación con los cuales la Directiva 2000/78/CE prohíbe toda discriminación”.

permanente de la capacidad funcional que no origina la necesidad de medios auxiliares especiales, sino que consiste, esencialmente, en que la persona afectada no es capaz de trabajar a tiempo completo.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea recuerda que la Directiva 2000/78/CE no da un concepto de discapacidad, y que ese concepto debe interpretarse en el sentido de que comprende una condición causada por una enfermedad diagnosticada médicamente como curable o incurable, cuando esta enfermedad acarrea una limitación derivada, en particular, de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores.

A partir de ese concepto, la sentencia contiene tres criterios de interés:

- Que no se aprecia que la Directiva 2000/78/CE sólo pretenda comprender las discapacidades de nacimiento o debidas a accidentes, excluyendo las causadas por una enfermedad;
- Que procede estimar que si una enfermedad curable o incurable acarrea una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores y si esta limitación es de larga duración, tal enfermedad puede estar incluida en el concepto de “discapacidad” en el sentido de la Directiva 2000/78/CE;
- Que, en cambio, una enfermedad que no suponga una limitación de esta índole no estará comprendida en el concepto de “discapacidad” en el sentido de la Directiva 2000/78/CE.

Por otra parte, no puede dejarse de mencionar aquí también la STJUE de 18 de diciembre de 2014 que contempla la obesidad como causa de discriminación por enfermedad de un cuidador infantil. El alto tribunal, haciendo alusión expresa al caso *Danmark*, señala que la obesidad de un trabajador puede considerarse como “discapacidad” cuando acarree una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas, a largo plazo, que, al interactuar con diversas barreras, pueda impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores. Al margen de lo señalado, el alto tribunal especifica que corresponderá al tribunal nacional comprobar la concurrencia de dichos requisitos.

En consecuencia estos pronunciamientos suponen un cambio de criterio y propician la necesaria revisión de la doctrina que han venido aplicando nuestros tribunales. Así pues, no es posible seguir manteniendo un concepto reduccionista que limite la noción de discapacidad a la que se reconoce oficialmente mediante una determinada declaración administrativa; y que aunque discapacidad y enfermedad no son conceptos sinónimos y que, por consiguiente, no todo despido que tenga su causa en la enfermedad del trabajador se puede calificar de discriminatorio, habrá que examinar con cuidado las circunstancias que concurren en cada caso concreto para comprobar si el despido por enfermedad es o no discriminatorio.

4.3.3. Efectos en el Derecho del Trabajo español

El reconocimiento legal de la enfermedad como un motivo de discriminación encuentra su antecedente normativo en el anteproyecto de Ley de Igualdad de Trato y no Discriminación que aprobó el Consejo de Ministros el 27 de mayo de 2011³⁴ y que no siguió su tramitación parlamentaria por disolución de las Cortes Generales en noviembre de 2011. Su objetivo, era ofrecer garantías para combatir la discriminación en muy distintas vertientes incorporando, entre otras medidas, dos nuevos motivos de discriminación, los de identidad sexual y enfermedad³⁵.

No obstante lo anterior, a pesar de este intento fallido de regular la enfermedad como un motivo más de discriminación, la noción amplia de discapacidad, elaborada por la jurisprudencia comunitaria, también cuenta ahora con cierto reconocimiento del legislador español que se produce con el RDLeg. 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, que define en su artículo 2 la discapacidad como

“una situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

Por tanto, ya no es posible exigir una situación permanente de minusvalía física, psíquica o sensorial, que altera de manera sustancial las condiciones de la vida de la persona, o el reconocimiento de la situación de discapacidad mediante

³⁴ BOE 1-6-2011.

³⁵ SEPÚLVEDA SÁNCHEZ, A., “Anteproyecto de Ley Integral de igualdad de trato y no discriminación: Discriminación por enfermedad”, en *Revista doctrina Aranzadi Social*, 21 (2011) 21.

una declaración administrativa, sino que basta con que exista una deficiencia previsiblemente permanente que al interactuar con distintas barreras puedan impedir la participación plena y efectiva de la persona en la vida profesional.

En este sentido en el artículo 4.2 del citado RD Ley 1/2013 reconoce la titularidad de los derechos establecidos en él, tanto a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento, como a quienes sin tener ese expreso reconocimiento administrativo, presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás.

En esta nueva línea interpretativa también destacan algunos pronunciamientos de la doctrina judicial española como, por ejemplo, la STSJ Valencia 8 de abril de 2014 donde se enjuicia el despido de un trabajador producido con causa en la disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal y pactado. Según el relato de hechos probados de la sentencia, el demandante prestaba servicios como operario y en el ejercicio de sus tareas debía levantar pesos superiores a 10 kilos y realizar continuos encorvamientos. Pues bien, su despido se produjo cuando tras una baja por lumbalgia de tres meses y ser declarado apto con limitaciones, solicitó el cambio de puesto de trabajo. Se razona en la sentencia que

“estamos, por consiguiente, ante el concepto de discapacidad que contempla la Directiva 2000/78/CE en la interpretación dada por la STJUE de 11 de abril de 2013, por lo que la calificación de nulidad del despido del demandante que hace la sentencia recurrida se ajusta a lo previsto en el artículo 55.5 del ET”.

4.4. *Discriminación y protección social de los trabajadores a tiempo parcial*

4.4.1. Marco jurídico preexistente

La protección social de los trabajadores a tiempo parcial también ha sido objeto de reinterpretación por la jurisprudencia comunitaria, con especial incidencia en el Derecho español.

El cómputo de las cotizaciones necesarias en el trabajo a tiempo parcial para acceder a las prestaciones de la Seguridad Social es una cuestión largamente discutida en el Derecho español y que se ha visto recientemente modificada a través de la entrada en vigor del RD Ley 11/2013, de 2 de agosto, para la

protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social –actual Ley 1/2014 de 28 de febrero tras la tramitación parlamentaria del citado Real Decreto-; modificación que tiene su origen en los pronunciamientos judiciales comunitarios, que han declarado que la normativa nacional no se ajusta a las exigencias del Derecho Comunitario, ni a las exigencias del principio de igualdad y de prohibición de la discriminación por razón de sexo.

Pues bien, la disposición adicional séptima de la Ley General de la Seguridad Social estableció como principio general, el de asimilación del trabajador a tiempo parcial al trabajador a tiempo completo en materia de protección social, pero limitado a cuatro reglas que se refieren, respectivamente, a la cotización, a los períodos de cotización, a las bases reguladoras de las prestaciones y a la protección por desempleo.

Con la regulación que resulta del RD Ley 15/1998, de 27 de noviembre, se pretendió hacer compatibles el principio de contribución propio del sistema de Seguridad Social con los de igualdad de trato y proporcionalidad en el trabajo a tiempo parcial. La regulación de esta materia se establecía en el artículo 12.4 del Estatuto de los Trabajadores que en relación con el contrato a tiempo parcial disponía que para determinar los períodos de cotización y de cálculo de la base reguladora de las prestaciones de Seguridad Social se computarán exclusivamente las horas trabajadas.

La disposición adicional 10ª de la ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad se limitó a establecer que las reglas de protección social del trabajo a tiempo parcial serán de aplicación a los trabajadores con contrato a tiempo parcial, contrato de relevo a tiempo parcial y contrato de trabajo fijo-discontinuo, que estén incluidos en el campo de aplicación del Régimen General y del Régimen especial de minería del carbón, y a los que, siendo trabajadores por cuenta ajena, estén incluidos en el Régimen especial de trabajadores del mar.

En definitiva como ha señalado la doctrina científica, “el trabajo a tiempo parcial constituye una de las asignaturas pendientes de nuestro mercado de trabajo, con un nivel de contratación muy inferior al de la Unión Europea”³⁶.

A nivel jurisprudencial, la STC 253/2004, de 22 de diciembre declaró inconstitucional y nulo el párrafo segundo del artículo 12.4 de la Ley del Estatuto

³⁶ SEMPERE NAVARRO, A. V., “Actualidad del TTP”, en *Actualidad jurídica Aranzadi*, 858 (2013) (BIB 2013\258).

de los trabajadores, en cuanto establece que para determinar los períodos de cotización de las prestaciones de Seguridad Social, incluida la de protección por desempleo, se computarán exclusivamente las horas trabajadas. Consideró que la aplicación del criterio de proporcionalidad estricta para obtener la carencia que permite el acceso a las prestaciones vulneraba el artículo 14 de la CE y que la diferencia de trato respecto del trabajador a tiempo completo no estaba justificada, al tiempo que estimó que también generaba una discriminación indirecta por razón de sexo al afectar la regulación predominantemente a las mujeres trabajadoras³⁷.

4.4.2. La interpretación del TJUE

La regulación de la protección social del trabajo a tiempo parcial se ha visto afectada por la STJUE de 22 de noviembre de 2012 que ha resuelto la cuestión suscitada por un Juzgado de lo Social barcelonés que consideró discriminatoria

“una normativa de un Estado miembro que exige a los trabajadores a tiempo parcial, (que) en su inmensa mayoría (son) mujeres, en comparación con los trabajadores a tiempo completo, un período de cotización proporcionalmente mayor para acceder, en su caso, a una pensión de jubilación contributiva en una cuantía proporcionalmente reducida a la parcialidad de su jornada”³⁸.

En una sucinta referencia a los hechos del caso cabría señalar que se trata de una trabajadora de 66 años que presentó solicitud ante el INSS para obtener pensión de jubilación y que le deniegan por no haber reunido el período mínimo de cotización de quince años exigido para tener derecho a la pensión de jubilación, en virtud de lo dispuesto en el artículo 161.1 de la Ley General de la Seguridad Social. Había trabajado como limpiadora en una comunidad de propietarios durante 18 años, a jornada parcial de 4 horas a la semana (10% de la jornada legal de 40 horas semanales). Como dato de interés también destaca el hecho de que se admitió que en España, al menos el 80% de los trabajadores a tiempo parcial, son mujeres.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea señala que la normativa española perjudica a los trabajadores a tiempo parcial que durante mucho tiempo han

³⁷ En la misma línea interpretativa, también, STC 49/2005 (RTC 2005, 49) y 50/2005, de 14 de marzo (RTC 2005, 50).

³⁸ Véase, al respecto, GONZÁLEZ GONZÁLEZ, C., “La protección social de los trabajadores a tiempo parcial en el Real Decreto Ley 11/2013, de 2 de agosto”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, 6 (2013), (BIB 2013\1949), y LOUSADA AROCHENA, J.F., “Protección social del trabajo a tiempo parcial según el RD Ley 11/2013, de 2 de agosto”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, 7 (2013), (BIB 2013\2139).

efectuado un trabajo a tiempo parcial reducido, puesto que, a causa del método empleado para calcular el período de cotización exigido, esa normativa priva en la práctica a esos trabajadores de toda posibilidad de obtener la pensión.

A su vez, al afectar la normativa a una proporción mayor de mujeres que de hombres, es contraria al artículo 4.1 de la Directiva 79/7/CE, y el Tribunal no aprecia que se justifique por factores objetivos ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo, ni tampoco considera acreditado que la forma de cálculo constituya una medida efectivamente necesaria para alcanzar el objetivo de salvaguardar el sistema de seguridad social de tipo contributivo.

En consecuencia, los pronunciamientos jurisprudenciales exigen proporcionalmente un mayor tiempo de cotización para causar derecho a una pensión de jubilación al trabajador a tiempo parcial, la cual será también proporcionalmente reducida en su salario regulador en razón de la parcialidad de la jornada. A ello hay que añadir que esta medida se considera discriminatoria, toda vez que el porcentaje de mujeres que trabajan a tiempo parcial es mucho más numeroso.

4.4.3. Efectos en el Derecho del Trabajo español

El legislador español, obligado por la doctrina emanada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Constitucional aprobó el RDL 11/2013 de 2 de agosto -Ley 1/2014, de 28 de febrero³⁹- para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y con la finalidad de integrar la laguna que la anulación de la regla mencionada produjo en orden al cómputo de los periodos de carencia⁴⁰. En especial, según la propia exposición de motivos del Real Decreto-ley, cuatro son los objetivos generales que se persiguen: dar cobertura adecuada a todas las personas que realiza una actividad laboral; mantener los principios de contributividad, proporcionalidad y equidad que caracterizan el Sistema Español de Seguridad Social; mantener la equidad respecto a los trabajadores a tiempo completo y; evitar irregularidades y la desincentivación de la cotización al Sistema.

Más específicamente, la regulación de la Seguridad Social aplicable al acceso a las prestaciones por parte de los trabajadores a tiempo parcial es objeto de un nuevo análisis para valorar su adecuación a las exigencias constitucionales en la STC de

³⁹ Dicha norma refleja una redacción muy similar a la contenida en el RD Ley 11/2013.

⁴⁰ PANIZO ROBLES, J. A., “Las nuevas reglas de seguridad social para los trabajadores a tiempo parcial. (Comentario de urgencia al contenido del RD Ley 11/2013, de 2 de agosto para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social”, www.laboral-social.com.

14 marzo 2013⁴¹ que en total sintonía con la jurisprudencia comunitaria citada declaró inconstitucional una parte de la disposición adicional séptima de la Ley General de la Seguridad Social, al entender que la regulación reseñada vulneraba el artículo 14 CE tanto por lesionar el derecho a la igualdad, como por provocar una discriminación indirecta por razón de sexo.

Para el Tribunal Constitucional las diferencias de trato en cuanto al cómputo de los períodos de carencia, exigidos a los trabajadores a tiempo parcial, respecto de los trabajadores a tiempo completo, en el acceso a las prestaciones económicas de la seguridad social, no contienen una justificación razonable y proporcionada que justifique la diferencia de trato y, por tanto, lesiona el derecho a la igualdad y, aún más, por tener una mayor incidencia en el empleo femenino se considera objeto de discriminación indirecta por razón de sexo, en la misma línea interpretativa ya trazada por la STJUE de 22 de noviembre de 2012.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional a través de la sentencia de 25 Septiembre 2014, resuelve la cuestión inconstitucionalidad, formulada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, sobre la regla de integración de lagunas en el contrato a tiempo parcial [Disp. Adicional 7ª apartado b) Regla 3ª del núm. 1]. En contra de lo sostenido por el Tribunal Supremo, el Tribunal Constitucional entiende que la regla de integración de lagunas prevista en la Ley General de Seguridad Social en los contratos a tiempo parcial, con arreglo a la base mínima reducida en proporción a la jornada del contrato anterior al cese, no es una regla arbitraria contraria a la igualdad.

Asimismo, tanto el RD Ley 11/2013 como la Ley 1/2014 tienen como finalidad llevar al ordenamiento jurídico de la Seguridad Social, el contenido del Acuerdo para la mejora de las condiciones de acceso a la protección social de los trabajadores a tiempo parcial⁴².

Por tanto, la nueva regulación pretende equiparar a los trabajadores con independencia de su régimen de jornada, pero no de modo implícito, sino

⁴¹ En el mismo sentido, también, SSTC 71/2013 y 72/2013, de 8 de abril; 116/2013 y 117/2013, de 20 de mayo.

⁴² El 31 de julio de 2013 los agentes sociales más representativos (CCOO y UGT; CEOE y CEPYME) y el Gobierno suscribieron un acuerdo para la protección social del trabajo a tiempo parcial y fijo-discontinuo. Queriendo asumir los principios de la expuesta jurisprudencia, se postula una nueva regulación que facilite el reconocimiento de derechos a este colectivo.

Resumidamente se establecían: 15 años en alta, con independencia del porcentaje de jornada que se tenga, para reunir el periodo de carencia que da derecho a la pensión de jubilación. Para las pensiones de jubilación e incapacidad permanente se mantiene el coeficiente multiplicador del 1,5 por cada día cotizado a tiempo parcial o como fijo-discontinuo. El acceso a los complementos a mínimos en sus pensiones se garantiza en los mismos términos que a los trabajadores a tiempo completo.

mediante el establecimiento de “una fórmula para exigir el mismo esfuerzo a un trabajador a jornada completa y a un trabajador a jornada parcial”. La citada norma recoge, así, una compleja fórmula para exigir el mismo esfuerzo a un trabajador a jornada completa y a un trabajador a jornada parcial, atendiendo a los periodos de tiempo con contrato vigente a tiempo parcial de igual modo que cuando se trata de trabajadores a tiempo completo, procurando evitar que se produzcan efectos desproporcionados entre las cotizaciones realmente efectuadas por el trabajador y la cuantía de la prestación que recibe⁴³.

En definitiva, la nueva regulación debe flexibilizar el número de años requeridos para el acceso a las prestaciones, garantizando el principio de igualdad. Para ello introduce reglas novedosas con la pretensión de exigir un mismo esfuerzo a un trabajador a jornada completa y a un trabajador a jornada parcial, evitando que se produzcan efectos desproporcionados entre las cotizaciones realmente efectuadas por el trabajador y la cuantía de la prestación que recibe.

La doctrina científica ha cuestionado la viabilidad de la reforma y la consecución del objetivo señalado en la exposición de motivos del RD Ley 11/2013 referido a la necesidad de “*integrar la laguna*” en la medida en que subsisten situaciones no resultas donde persiste la desigualdad y la discriminación sexista. Así, por mencionar algunos ejemplos, quedan fuera de la atención normativa quedan aspectos relacionados con el desempleo a tiempo parcial, la reducción de jornada por vía de la modificación sustancial del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores; o cuando se establece que, para las pensiones de jubilación e incapacidad permanente, derivada de enfermedad común, la integración de los periodos durante los que no haya habido obligación de cotizar se llevará a cabo con la base mínima de cotización de entre las aplicables en cada momento correspondiente al número de horas contratadas en un último término⁴⁴.

Junto a lo ya señalado cabe destacar que el RD Ley 11/2013 establece un peculiar régimen transitorio y de reconocimiento de las prestaciones a los trabajadores, a quienes se les denegó en aplicación de la normativa declarada inconstitucional y nula por el Tribunal Constitucional, si cumplen, lógicamente, los requisitos de carencia conforme a la nueva normativa. Prevé la disposición transitoria primera, en su primer apartado, que la nueva regulación será de aplicación “para causar derecho a todas aquellas prestaciones que con anterioridad a su entrada en vigor hubiesen sido denegadas por no acreditar el período mínimo

⁴³ PANIZO ROBLES, J. A., “Las nuevas reglas de seguridad social para los trabajadores a tiempo parcial...”, ob. cit., www.laboral-social.com.

⁴⁴ LOUSADA AROCHENA, J. F., “Protección social del trabajo a tiempo parcial según el RD Ley 11/2013, de 2 agosto”, o. c., (BIB 2013\2139).

de cotización exigido en su caso”⁴⁵. En estos casos y en el supuesto de cumplirse el período mínimo exigido con arreglo a la nueva regulación, se considera que se entenderá producido en la fecha originaria, sin perjuicio de que los efectos económicos del reconocimiento tengan una retroactividad máxima de tres meses desde la nueva solicitud, con el límite en todo caso de la fecha de entrada en vigor.

V. TITULARIDAD DEL DERECHO DE LACTANCIA

5.1. Marco jurídico preexistente

Por cuanto ahora interesa y tras sus sucesivas reformas, el artículo 37.4 del Estatuto de los Trabajadores venía a establecer lo siguiente⁴⁶: “Las trabajadoras, por lactancia de un hijo menor de nueve meses, tendrán derecho a una hora de ausencia del trabajo, que podrán dividir en dos fracciones. La duración del permiso se incrementará proporcionalmente en los casos de parto múltiple. La mujer, por su voluntad, podrá sustituir este derecho por una reducción de su jornada en media hora con la misma finalidad o acumularlo en jornadas completas en los términos previstos en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso, lo establecido en aquélla. Este permiso podrá ser disfrutado indistintamente por la madre o el padre en caso de que ambos trabajen”.

Pues bien, centrándonos en el tema que nos ocupa (titularidad del derecho de lactancia) y tal y como se encontraba entonces redactada la norma, titular originaria del derecho parecería serlo en exclusiva la mujer trabajadora por cuenta ajena que fuera madre de un menor de nueve meses⁴⁷. Atribución que,

⁴⁵ Cabe considerar lógico que el mismo tratamiento legal debe darse a los supuestos en que se hubiera denegado el reconocimiento de la prestación de seguridad social por sentencia firme. Aquí la cosa juzgada de la sentencia quedaría desplazada en virtud del reconocimiento legal a que se refiere la disposición transitoria primera del Real Decreto-ley 11/2013. GONZÁLEZ GONZÁLEZ, C., “La protección social de los trabajadores a tiempo parcial en el Real Decreto Ley 11/2013, de 2 de agosto”, o. c.

⁴⁶ La redacción transcrita parte de la disposición adicional 11ª.5 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. La redacción del precepto con anterioridad era la siguiente: “Las trabajadoras, por lactancia de un hijo menor de nueve meses, tendrán derecho a una hora de ausencia del trabajo, que podrán dividir en dos fracciones. La mujer, por su voluntad, podrá sustituir este derecho por una reducción de su jornada en media hora con la misma finalidad. Este permiso podrá ser disfrutado indistintamente por la madre o el padre en caso de que ambos trabajen”. En relación a los trabajadores de las Administraciones Públicas *vid.*, en similar sentido, el artículo 48.1 f) de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público.

⁴⁷ En extenso, sobre la evolución normativa de la titularidad femenina de este permiso *vid.* CORDERO GORDILLO, V., “La titularidad paterna del permiso por lactancia”, *Derecho*

por lo demás, se ha entendido en España acorde a la Constitución Española de 1978 no reputándose, por tanto, discriminatoria⁴⁸. Es más, esta titularidad originaria se concedía a la madre trabajadora con absoluta independencia de cuál fuera su concreto estado civil (casada, separada, divorciada) y, lo que ahora resulta más importante, de si el padre trabajaba o no (ya sea por cuenta ajena o por cuenta propia). Siendo ello así, solo de forma subsidiaria o derivada la trabajadora por cuenta ajena podía transmitir ese derecho al padre del menor si es que también era trabajador por cuenta ajena (o funcionario)⁴⁹. En todo caso, aunque ambos trabajaran, sólo uno de ellos podía disfrutar el permiso; bien la madre de forma originaria o bien el padre de forma subsidiaria (por transmisión de su titular femenina).

En definitiva, “con la regulación... del permiso por lactancia en lo que respecta a su titularidad, resulta que si la madre trabaja y el padre no, la madre puede disfrutar del derecho con independencia de la situación laboral del padre, mientras que en la situación inversa, si el padre trabaja y la madre no, el padre no tendría ningún derecho al permiso por lactancia”; pero es que, además, “para que la madre pueda ceder el derecho al padre debe ser titular del mismo y ello sólo ocurre cuando se trata de trabajadoras por cuenta ajena a las que resulte aplicable el ET o de funcionarias a las que les resulte de aplicación la legislación sobre funcionarios públicos”⁵⁰. De hecho, así lo venía entendiendo

Social, núm. 53, 2011, pág. 176 y siguientes, así como la bibliografía por ella citada. En concreto *vid.*, especialmente por su específico enfoque a los efectos que ahora interesan, LOUSADA AROCHENA, J. F., “El permiso de lactancia”, en *Relaciones Laborales*, 2 (1996); RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “El permiso por lactancia: dificultades para el disfrute paterno (Comentario a la STSJ Canarias/Las Palmas, de 22 de septiembre de 2003)”, en *Revista de Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, 255 (2004); DILLA CATALÁ, M. J., “El permiso por lactancia de un menor de nueve meses y otros permisos relacionados con la conciliación de la vida laboral y familiar”, en VALDÉS DAL-RÉ, F. y QUINTANILLA NAVARRO, B. (Dirs.), *Igualdad de género y relaciones laborales*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid 2008; GARCÍA TESTAL, E., *La protección de la lactancia en el ordenamiento laboral español*, Tirant lo Blanch, Valencia 2008 y PUEBLA PINILLA, A. M. de la, “La titularidad del permiso de lactancia: razón y voluntad en la interpretación judicial del derecho”, *Diario La Ley*, 6875, (2008). También ESPUNY TOMÁS, M. J., “Los antecedentes históricos al permiso de lactancia”, en *IUSLabor*, 2 (2006).

⁴⁸ STC 109/1993, de 25 de marzo (RTC 1993, 109) comentada por CARDONA RUBERT, M^a B. y TARABINI-CASTELLANI AZNAR, M., “Permiso de lactancia ¿Discriminación por razón de sexo o medida de acción positiva? (Comentario a la STC 109/2003, de 25 de marzo)”, en *Tribuna Social*, 37 (1994). En el mismo sentido se mantuvo, asimismo, la STC 187/1993, de 14 de junio (RTC 1993, 187).

⁴⁹ Criticando y reinterpretando la titularidad femenina del permiso de lactancia en el ámbito de la función pública española *vid.* ALFONSO MELLADO, C. L., *Igualdad entre mujeres y hombres en la función pública*, Bomarzo, Albacete, 2008, p. 65.

⁵⁰ CORDERO GORDILLO, V., “La titularidad paterna del permiso por lactancia”, o. c., pp. 179 y 180.

nuestra doctrina judicial⁵¹. Por supuesto, en este mismo marco jurídico nada impedía que el acuerdo individual (contrato) o colectivo (convenio colectivo) aplicable al padre permitiera el disfrute del permiso de lactancia aún en los supuestos en los que la madre no trabajara por cuenta ajena⁵².

5.2. *La interpretación del TJUE*

Pese a la interpretación judicial que en España se venía efectuando en relación al reconocimiento de la titularidad femenina originaria de la madre trabajadora por cuenta ajena en todo caso y solo de forma subsidiaria o derivada a favor del padre, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea procedió a reinterpretar dicho criterio. Y ello en el sentido de señalar que el hecho de denegar el disfrute del permiso de lactancia español a los padres que tuvieran la condición de trabajadores por cuenta ajena por el único motivo de que la madre del menor protegido no tuviera esa condición vulneraba el Derecho Social Comunitario⁵³. En concreto, a través de su Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Segunda) de fecha 30 de septiembre de 2010 (TJCE 2010, 280), se entendió específicamente lo siguiente:

- Las situaciones de un trabajador y una trabajadora, padre y madre, respectivamente de niños de corta edad, son comparables con la necesidad en que pueden encontrarse de tener que reducir su tiempo de trabajo diario para cuidar de ese

⁵¹ Entre otras muchas, *vid.* las SSTSJ Castilla-La Mancha 29 octubre 2009 (JUR 2009, 483086), Comunidad Valenciana 10 noviembre 2009 (JUR 2010, 78127) y Navarra 24 junio 2008 (AS 2008, 1779) así como las anteriores que en ellas se citan. La titularidad femenina del permiso de lactancia español exigía, además, que la madre trabajara efectivamente. De ahí que judicialmente se había entendido que la madre no podía ceder su derecho al padre si tenía su contrato de trabajo suspendido [STSJ Castilla y León 4 diciembre 2008 (AS 2009, 303) para el supuesto de excedencia por cuidado de hijos y STSJ Castilla-La Mancha 25 marzo 1999 (AS 1999, 3204), para un supuesto de maternidad]. Con todo, no faltaba doctrina judicial en contrario; así, por ejemplo, *vid.* la STSJ Madrid 10 octubre 2008 (AS 2009, 763), así como la STSJ Canarias 11 diciembre 2009 (AS 2010, 830). A este respecto *vid.* GONZÁLEZ GONZÁLEZ, C., “Permisos retribuidos por nacimiento de hijo y por lactancia”, en *Aranzadi Doctrinal*, 2 (2011).

⁵² Sobre el particular *cfr.* la STSJ Navarra 15 diciembre 2003 (AS 2004, 2090).

⁵³ Aunque el Tribunal únicamente analizó la Directiva 76/207/CEE, acabó reconociendo que el resultado sería el mismo si las normas a tener en cuenta hubieran sido la Directiva 2002/73/CE, cuyo tenor no resultaba temporalmente aplicable al supuesto debatido (ambas Directivas fueron refundidas en la Directiva 2006/54/CE) y/o la Directiva 96/34/CE del Consejo, de 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES, porque tal norma no se alegó en la cuestión prejudicial planteada (esta última norma se encuentra derogada por la Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo de 2010, por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental celebrado entre BUSINESSSEUROPE, la UEAPME, el CEEP y la CES).

hijo. Por tal motivo, el permiso español de lactancia establece una diferencia de trato por razón de sexo entre las madres que tienen la condición de trabajadoras por cuenta ajena y los padres que tienen esa misma condición.

- El hecho de que la evolución de la normativa nacional y de su interpretación jurisprudencial haya separado poco a poco la concesión del señalado permiso del hecho biológico del amamantamiento natural así como que dicho permiso pueda ser disfrutado indistintamente por la madre o por el padre trabajadores por cuenta ajena no permite considerar que esa medida asegure la protección de la condición biológica de la mujer después del embarazo o la protección de las particulares relaciones entre la madre y su hijo.
- El hecho de considerar que sólo la madre que tenga la condición de trabajadora por cuenta ajena es titular del derecho a disfrutar el permiso español de lactancia en tanto que el padre que tenga la misma condición únicamente podría disfrutar de ese derecho, sin ser su titular, puede contribuir a perpetuar un reparto tradicional de funciones entre el hombre y la mujer al mantener a los hombres en una función subsidiaria de las mujeres respecto al ejercicio de su función parental. En este sentido, el hecho de denegar el disfrute del citado permiso a los padres que tengan la condición de trabajadores por cuenta ajena por el único motivo de que la madre del niño no tenga esa condición podría dar lugar a que una mujer que sea trabajadora por cuenta propia, se viera obligada a limitar su actividad profesional y soportar sola la carga derivada del nacimiento de su hijo, sin poder recibir la ayuda del padre del niño.
- En definitiva, la titularidad femenina del permiso de lactancia español no constituye una medida que tenga como efecto eliminar o reducir las desigualdades de hecho que pudieran existir para las mujeres en la realidad de la vida social, ni una medida tendente a lograr una igualdad sustancial y no meramente formal al reducir las desigualdades de hecho que pueden surgir en la vida social y, de este modo, evitar o compensar las desventajas en la carrera profesional de las personas afectadas.

5.3. Efectos en el Derecho del Trabajo español

Como fácilmente puede deducirse, la importancia de la citada sentencia resulta más que evidente⁵⁴. Fundamentalmente por cuanto corrige la discriminación

⁵⁴ No es de extrañar, por tanto, la extraordinaria atención que la sentencia que ahora se comenta haya despertado entre la doctrina científica española. Además de las obras ya citadas *vid.*, por ejemplo, FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., “Discriminación no justificada basada en el sexo: el caso de la lactante autónoma ante el Tribunal de Justicia”, en *Diario La Ley*, 7499,

que en la práctica suponía el mantenimiento en el ordenamiento jurídico laboral español de la regla de la titularidad femenina del permiso de lactancia⁵⁵. Discriminación que no solo refería a los trabajadores (por cuenta ajena o funcionarios) varones cuyas parejas no trabajaran por cuenta ajena o al servicio de una Administración Pública, sino también a las propias mujeres trabajadoras, titulares o no del derecho discutido. De hecho, mediante el mantenimiento de la regla de la titularidad femenina de este permiso se estaba contribuyendo a “perpetuar estereotipos acerca del reparto de las responsabilidades familiares, considerándolas responsabilidad principal de las mujeres y sólo subsidiariamente de los hombres, con los perjuicios que de ello pueden derivarse para sus carreras profesionales”⁵⁶.

Desde este concreto punto de vista, la sentencia citada constituye el más claro ejemplo de la firmeza del Tribunal de la Unión Europea en contra de toda posible discriminación por razón de género. Como también, una decidida apuesta en favor de la corresponsabilidad familiar entre los progenitores, hombres y mujeres. En ambos casos (perspectiva discriminatoria o conciliatoria) y con absoluta independencia del vínculo jurídico al que se hallen sujetos quienes prestan sus servicios profesionales (trabajadores por cuenta ajena, por cuenta propia o funcionarios). Lo que en el fondo no supone sino promover la idea de que los trabajadores autónomos en general también tienen derecho a conciliar su vida personal, familiar y profesional. “No en vano, uno de los instrumentos para conseguir con plenitud las políticas de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras descansa en que los derechos sean ejercitados

(2010); HIERRO HIERRO, F. J., “La titularidad de la pausa por lactancia”, *Aranzadi Social*, 1 (2011); LOUSADA AROCHENA, J. F.: “El permiso de lactancia es un permiso para el cuidado de hijo/as (a propósito de la STJCE de 30 de septiembre de 2010, caso Roca Álvarez)”, en *Diario La Ley*, 7536, (2010), o RODRÍGUEZ CARDO, I., “El trabajador varón como titular del permiso de lactancia: situación tras la STJCE de 30 de septiembre de 2010”, en *Actualidad Laboral*, 22 (2010).

⁵⁵ Aplicando la doctrina del Tribunal *vid.* ya la STSJ Galicia 12 noviembre 2010 (AS 2011, 73).

⁵⁶ CORDERO GORDILLO, V., “La titularidad paterna del permiso por lactancia”, o. c., pp. 179 y 180, pág. 184, siguiendo a GARCÍA RUBIO, M^a. A., y LÓPEZ BALAGUER, M., “Conciliación de la vida laboral y familiar: propuestas a favor de la corresponsabilidad de mujeres y hombres”, en CAMPS RUIZ, L. M., RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M., y SALA FRANCO, T. (Coords.), *Crisis, reforma y futuro del Derecho del Trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia 2010. En similar sentido *vid.* también, comentando esta sentencia, FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., “Discriminación no justificada basada en el sexo: el caso de la lactante autónoma ante el Tribunal de Justicia”, o. c., HIERRO HIERRO, F. J., “La titularidad de la pausa por lactancia”, *Aranzadi Social*, 1 (2011); LOUSADA AROCHENA, J. F., “El permiso de lactancia es un permiso para el cuidado de hijo/as (a propósito de la STJCE de 30 de septiembre de 2010, caso Roca Álvarez)”, en *Diario La Ley*, 7536, (2010), o RODRÍGUEZ CARDO, I., “El trabajador varón como titular del permiso de lactancia: situación tras la STJCE de 30 de septiembre de 2010”, en *Actualidad Laboral*, 22 (2010).

indistintamente y en las mismas condiciones por trabajadores y trabajadoras⁵⁷; que no solo, por trabajadores y trabajadoras por cuenta ajena o funcionarios.

A su vez, la expresa alusión a la actividad profesional de la trabajadora autónoma y, más concretamente, a la posibilidad de que dicha actividad pueda verse limitada de interpretarse el derecho controvertido de otro modo, conlleva implícito un extraordinario alegato a favor del autoempleo femenino. Y es que, como señala la propia sentencia comentada, “el hecho de denegar el disfrute del permiso controvertido en el litigio principal a los padres que tengan la condición de trabajadores por cuenta ajena, por el único motivo de que la madre del niño no tenga esa condición, podría dar lugar a que una mujer ..., que es trabajadora por cuenta propia, se viera obligada a limitar su actividad profesional, y soportar sola la carga derivada del nacimiento de su hijo, sin poder recibir la ayuda del padre del niño”⁵⁸. En realidad, cualquier reducción del tiempo destinado a la actividad autónoma de la madre puede redundar, de no establecerse algún mecanismo de compensación pública y/o privada, en una disminución de los ingresos y, por tanto, en un perjuicio a la familia en su conjunto. Y este último sentido recuérdese cómo el propio Tribunal señala que las situaciones de un trabajador y una trabajadora, padre y madre, respectivamente de niños de corta edad, son comparables con la necesidad en que pueden encontrarse de tener que reducir su tiempo de trabajo diario para cuidar de ese hijo. Todo ello, se insiste, con independencia de la naturaleza del vínculo jurídico que regule sus respectivas prestaciones profesionales.

No es de extrañar, por tanto, que el controvertido artículo 37.4 del Estatuto de los Trabajadores acabara siendo modificado para adaptarse a la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En concreto a través de la disposición final primera del RDLey 3/2012, de 10 de febrero, primero y de la disposición final primera de la Ley 3/2012, de 6 de julio. Básicamente para

⁵⁷ FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., “Discriminación no justificada basada en el sexo: el caso de la lactante autónoma ante el Tribunal de Justicia”, o. c., p. 5, siguiendo a PUEBLA PINILLA, A. M. de la, “La titularidad del permiso de lactancia: razón y voluntad en la interpretación judicial del derecho”, en *Diario La Ley*, 6875, (2008).

⁵⁸ “De este modo se estaría frustrando la finalidad favorecedora de la igualdad que persigue la norma, al hacer recaer sobre las mujeres trabajadoras por cuenta propia toda la responsabilidad del cuidado al hijo lactante, impidiendo el concurso de los padres y forzándolas a compatibilizar de la forma que les sea posible sus obligaciones profesionales con la responsabilidad familiar. De forma paralela, los padres trabajadores estarían viendo frustrado su propio derecho a la conciliación de la vida laboral y familiar, al serles imposible acceder al cuidado del hijo recién nacido y auxiliar en esa responsabilidad a la madre, en el caso en que ésta no fuera trabajadora por cuenta ajena. Solamente se podría salvar esta laguna en los casos en que la negociación colectiva habilitara el disfrute directo del permiso por el padre, independientemente de la condición laboral de su cónyuge o pareja”, CUBERO ROMEO, V., “El «permiso por lactancia» y la igualdad efectiva entre mujeres y hombres: una insospechada contradicción”, en *Aranzadi Social*, 3 (2011).

señalar que, en lo que ahora nos importa, “Este permiso constituye un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres, pero sólo podrá ser ejercido por uno de los progenitores en caso de que ambos trabajen”.

Así las cosas, y frente a lo previsto con anterioridad a las modificaciones introducidas por las citadas normas, titulares del permiso de lactancia lo son hoy en igualdad de condiciones tanto las mujeres como los hombres trabajadora/es. Y ello, se insiste, aunque solo uno de ellos trabaje efectivamente. En tal caso, será éste quien pueda solicitar el ejercicio del derecho con absoluta independencia de su sexo, masculino o femenino.

VI. CONCLUSIONES

Como ha tenido ocasión de comprobarse, diversos han sido los temas en los que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha tenido que pronunciarse a propósito de la adecuación de la normativa española que los regulaba al Derecho Comunitario. Ciertamente, por limitadas razones de espacio, las materias expuestas no agotan ni muchísimo menos la labor desarrollada al respecto por el citado Tribunal. Con todo, lo hasta ahora indicado en relación al Derecho del Trabajo español constituye la mejor de las evidencias posibles acerca del papel transformador del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y de la influencia del Derecho Comunitario en los Derechos nacionales.

Sin lugar a dudas y por cuanto ahora interesa, especialmente relevante es la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en lo que refiere a la política social, configurándose como un verdadero revulsivo en el planteamiento (legal y/o judicial) que se viene haciendo de diversas materias jurídico-laborales como las aquí tratadas. El Tribunal de Justicia ha condicionado de manera directa la labor legislativa del Derecho Comunitario y del Derecho de los Estados Miembros, siendo de la máxima relevancia reformadora algunas de sus más singulares sentencias; especialmente en el ámbito del Derecho Social Comunitario. Así por ejemplo:

- La influencia de la doctrina judicial comunitaria evidencia la necesidad de replantearse una nueva concepción de diversas materias jurídico-laborales que suponga superar concepciones agarrotadas que se han ido repitiendo como cláusulas de estilo en incontables fallos judiciales. Aspectos como la caducidad de las vacaciones, la posibilidad de transferir su disfrute a años posteriores a su devengo o la superposición de vacaciones y diferentes supuestos de suspensión del contrato de trabajo, ponen de manifiesto la existencia de un replanteamiento en la materia que permite apreciar una nueva visión de las

vacaciones, a través de la aportación de una novedosa concepción legal y práctica de las mismas.

- La igualdad de trato y la prohibición de discriminación es otra de las materias donde la jurisprudencia comunitaria ha actuado como vía de adaptación y creación del Derecho español. El derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación constituye uno de los temas más importantes de la política social comunitaria, en sus diversas manifestaciones; tales como género, enfermedad o discapacidad. En todas y cada una de ellas el Tribunal de Justicia de la Unión Europea continúa teniendo un papel esencial como creador de Derecho, siendo uno de las materias sobre las que se ha pronunciado con mayor frecuencia.
- Como no podría ser de otra manera, la incidencia de la jurisprudencia comunitaria en materia de igualdad se circunscribe a diferentes aspectos: el primero relacionado con la igualdad por razón de género, a través de las denominadas acciones positivas, la discriminación indirecta. En los últimos años la actualidad de la materia se circunscribe a la ampliación de los motivos de discriminación como la discriminación refleja o por asociación y la discriminación por enfermedad. Su principal novedad es que amplía la definición de la discriminación por discapacidad con el reconocimiento de nuevos tipos en espera de seguir avanzando hacia una igualdad real o efectiva.
- La discriminación por asociación supone un nuevo supuesto que proyecta la tutela antidiscriminatoria no sólo hacia el sujeto discapacitado, sino sobre un tercero que se encuentra estrechamente asociado con aquél (le presta cuidados y asistencia). A diferencia de otros supuestos se trata de una figura de construcción jurisprudencial que aún no tiene reflejo expreso en la normativa comunitaria, aunque sí en el ordenamiento jurídico español.
- A raíz de una nueva interpretación de la jurisprudencia comunitaria, la enfermedad se tipifica como nueva causa de discriminación, revelándose como una importante novedad en nuestro sistema de relaciones laborales y cuya presencia en nuestro ordenamiento jurídico tiene su origen, una vez más, en la jurisprudencia comunitaria.
- La protección social de los trabajadores a tiempo parcial también ha sido objeto de reinterpretación por parte de la jurisprudencia comunitaria, con especial incidencia en el Derecho español. El cómputo de las cotizaciones necesarias en el trabajo a tiempo parcial para acceder a las prestaciones de la Seguridad Social es una cuestión largamente discutida en el Derecho español y cuya reciente modificación tiene su origen en los pronunciamientos

judiciales comunitarios. Éstos han declarado que la normativa española no se ajusta a las exigencias del Derecho Comunitario, ni a las exigencias del principio de igualdad y de prohibición de la discriminación por razón de sexo. La nueva regulación debe flexibilizar el número de años requeridos para el acceso a las prestaciones, garantizando el principio de igualdad. Para ello introduce reglas novedosas con la pretensión de exigir un mismo esfuerzo a un trabajador a jornada completa y a un trabajador a jornada parcial, evitando que se produzcan efectos desproporcionados entre las cotizaciones realmente efectuadas por el trabajador y la cuantía de la prestación que recibe.

En fin, también en materia del permiso laboral por lactancia el Tribunal de Justicia Europeo ha reconducido a sus justos términos la normativa española. En concreto al declarar que la titularidad del mismo corresponde por igual a mujeres y hombres trabajadores, que no solamente a las mujeres trabajadoras. Con ello no solo se pretenden superar los mayores obstáculos que estas últimas encuentran a la hora de desarrollar su carrera profesional, sino muy especialmente también avanzar hacia la plena corresponsabilidad familiar entre mujeres y hombres.

Sobre la base de cuanto se acaba de señalar y aun siendo plenamente conscientes de que con el presente trabajo no se agotan los muy diversos asuntos por él tratados, ninguna duda debiera haber acerca de la importantísima labor creadora de Derecho llevada a cabo por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Labor que, al implicar una continua reinterpretación de los ordenamientos jurídicos nacionales a la luz del Derecho Comunitario, no se limita, como se dijera en su momento, a interpretar normas nacionales sino que, como ha quedado puesto de manifiesto en las páginas anteriores, puede llegar incluso a derivar en importantes reformas legislativas internas de muy diferente alcance y contenido. Como de hecho así ha ocurrido en relación con el Derecho del Trabajo español.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV., *Cuestiones actuales sobre derecho social comunitario*, (Dir. Mareta Martínez, M. y Sempere Navarro, A. V.), Laborum, Murcia 2010.
- AA.VV., *Prontuario de Jurisprudencia Social Comunitario*, (Dir. Sempere Navarro, A. V.), Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008.
- ALFONSO MELLADO, C. L., *Igualdad entre mujeres y hombres en la función pública*, Bomarzo, Albacete 2008.

- ALZAGA RUIZ, I., “El derecho al disfrute de vacaciones anuales retribuidas a la luz de la jurisprudencia comunitaria”, en *Actualidad Laboral*, 11 (2014).
- BALLESTER PASTOR, M^a. A., “Los elementos conceptuales de la Ley para la igualdad y la herencia comunitaria”, en *Temas laborales*, 9 (2007).
- CARDONA RUBERT, M^a. B., y TARABINI-CASTELLANI AZNAR, M., “Permiso de lactancia ¿Discriminación por razón de sexo o medida de acción positiva? (Comentario a la STC 109/2003, de 25 de marzo)”, en *Tribuna Social*, 37 (1994).
- CES GARCÍA, E., “Vacaciones anuales: influencia del Tribunal de la doctrina judicial del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 77, (2008).
- CORDERO GORDILLO, V., “Discriminación por asociación con una persona con discapacidad. Comentario de la STJCE de 17 de julio de 2008, Coleman, asunto C- 303/06, en *Revista de Derecho Social*, 43 (2008).
- CORDERO GORDILLO, V., “La titularidad paterna del permiso por lactancia”, en *Derecho Social*, 53 (2011).
- CRISANTO CASTAÑEDA, A. C., “El caso Coleman: la discriminación por asociación y el fundamento de su protección”, en AA. VV., *Cuestiones actuales sobre derecho social comunitario*, (Dir. Marena Martínez, M. y Sempere Navarro, A. V.) Laborum, Murcia 2010.
- CUBERO ROMEO, V., “El «permiso por lactancia» y la igualdad efectiva entre mujeres y hombres: una insospechada contradicción”, en *Aranzadi Social*, 3 (2011).
- DE LA CORTE RODRÍGUEZ, M., “El permiso parental en la Unión Europea: de la antigua a la nueva Directiva”, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 28 (2012).
- DILLA CATALÁ, M^a. J., “El permiso por lactancia de un menor de nueve meses y otros permisos relacionados con la conciliación de la vida laboral y familiar”, en VALDÉS DAL-RE, F. y QUINTANILLA NAVARRO, B. (Dir.), *Igualdad de género y relaciones laborales*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid 2008.
- ESPUNY TOMÁS, M. J., “Los antecedentes históricos al permiso de lactancia”, en *IUSLabor*, 2 (2006).
- FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., “Discriminación no justificada basada en el sexo: el caso de la lactante autónoma ante el Tribunal de Justicia”, en *Diario La Ley*, 7499, (2010).
- FLAQUER, L., y ESCOBEDO A., “Licencias parentales y política social de la paternidad en España” en *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 1 (2014).

- GARCÍA MURCIA, J., *La transposición del Derecho Social Comunitario al Ordenamiento Español*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid 2005.
- GARCÍA-PERROTE, I., y MERCADER UGUINA, J. R., “Incapacidad temporal y vacaciones: las plurales interpretaciones por el Tribunal Supremo de la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el Asunto Merino”, en *Justicia Laboral*, 28 (2006).
- GARCÍA RUBIO, M^a. A., y LÓPEZ BALAGUER, M., “Conciliación de la vida laboral y familiar: propuestas a favor de la corresponsabilidad de mujeres y hombres”, en CAMPS RUIZ, L. M.; RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M., y SALA FRANCO, T. (Coords.), *Crisis, reforma y futuro del Derecho del Trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia 2010.
- GARCÍA TESTAL, E., *La protección de la lactancia en el ordenamiento laboral español*, Tirant lo Blanch, Valencia 2008.
- GÓMEZ MUÑOZ, J. M., y RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., “25 años de jurisprudencia laboral del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, en *Relaciones Laborales*, 23 (2010), (LA LEY 15172/2010).
- GONZÁLEZ GONZÁLEZ, C., “Permisos retribuidos por nacimiento de hijo y por lactancia”, en *Aranzadi Doctrinal*, 2 (2011).
- GONZÁLEZ GONZÁLEZ, C., “La protección social de los trabajadores a tiempo parcial en el Real Decreto Ley 11/2013, de 2 de agosto”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, 6 (2013), (BIB 2013\1949).
- GORELLI HERNÁNDEZ, J., “El derecho al disfrute efectivo de las vacaciones: de la jurisprudencia comunitaria a la regulación estatutaria”, en *Relaciones Laborales*, 1 (2014).
- HIERRO HIERRO, F. J., “La titularidad de la pausa por lactancia”, en *Aranzadi Social*, 1 (2011).
- LLORENTE ÁLVAREZ, A.: “Vacaciones e incapacidad temporal: una tensión permanente. Jurisprudencia comunitaria y nacional”, en *Aranzadi Social*, 5 (2010), (BIB 2010\670).
- LLUCH CORELL, F. J., “El despido por enfermedad: una nueva lectura de la noción de discriminación por discapacidad”, en *Revista de Jurisprudencia*, 1 (2014).
- LÓPEZ INSÚA, B., “Vacaciones e IT: perspectiva comunitaria y española”, en *Aranzadi Social*, 10 (2013).
- LOUSADA AROCHENA, J. F., “El permiso de lactancia”, en *Relaciones Laborales*, 2 (1996).

- LOUSADA AROCHENA, J. F., “El permiso de lactancia es un permiso para el cuidado de hijo/as (a propósito de la STJCE de 30 de septiembre de 2010, caso Roca Álvarez)”, *Diario La Ley*, 7536, (2010).
- LOUSADA AROCHENA, J. F., “Protección social del trabajo a tiempo parcial según el RDLEY 11/2013, de 2 agosto”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, 7 (2013), (BIB 2013\2139).
- MUÑOZ RUIZ, A. B., “El caso Coleman: un paso más en la construcción del modelo social de discapacidad de la unión europea y su extensión a los cuidadores”, en *Temas Laborales*, 101 (2009).
- PANIZO ROBLES, J. A., “Las nuevas reglas de seguridad social para los trabajadores a tiempo parcial. (Comentario de urgencia al contenido del RDL 11/2013, de 2 de agosto para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social”); www.laboral-social.com.
- PÉREZ DEL RÍO, T., “El principio de igualdad de trato y la prohibición de discriminación por razón de sexo en el derecho comunitario”, en AA.VV., *Una aproximación al derecho social comunitario*, (Dir. J. Cruz Villalón, y T. Pérez del Río), Tecnos, Madrid 2000.
- PUEBLA PINILLA, A. M. de la, “La titularidad del permiso de lactancia: razón y voluntad en la interpretación judicial del derecho”, en *Diario La Ley*, 6875 (2008).
- RABANAL CARBAJO, P., “Incapacidad temporal y vacaciones”, en *Aranzadi Social*, 16 (2010).
- RODRÍGUEZ CARDO, I., “El trabajador varón como titular del permiso de lactancia: situación tras la STJCE de 30 de septiembre de 2010”, en *Actualidad Laboral*, 22 (2010).
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “El permiso por lactancia: dificultades para el disfrute paterno (Comentario a la STSJ Canarias/Las Palmas, de 22 de septiembre de 2003)”, en *Revista de Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, 255 (2004).
- SEMPERE NAVARRO, A.V., “Actualidad del TTP”, en *Actualidad jurídica Aranzadi*, 856 (2013), (BIB 2013\258).
- SEMPERE NAVARRO, A.V., “Cinco casos recientes sobre colectivos vulnerables (prostitutas, extranjeros, víctimas de violencia de género, discapacitados, jubilados forzosos)”, en *Aranzadi Social*, 14 (2008), (BIB 2008, 2447).
- SEMPERE NAVARRO, A.V., “Discriminaciones reflejas. El caso de la Sra. Coleman”, www.legaltoday.com.

- SEMPERE NAVARRO, A. V. y CHARRO BAENA, M. P., “El disfrute de las vacaciones laborales es transferible a un año posterior al que se devengo, pero no compensable económicamente”, en *Aranzadi Social*, 1 (2006), (BIB 2006/699).
- SEMPERE NAVARRO, A. V. y CHARRO BAENA, M. P., “El régimen jurídico de las vacaciones desde la perspectiva del derecho social comunitario”, en AA. VV., *Cuestiones actuales sobre derecho social comunitario*, (Dir. Mareta Martínez, M. y Sempere Navarro, A. V.), Laborum, Murcia 2010.
- SEPÚLVEDA SÁNCHEZ, A., “Anteproyecto de Ley Integral de igualdad de trato y no discriminación: Discriminación por enfermedad”, en *Revista doctrina Aranzadi Social*, 21 (2011).