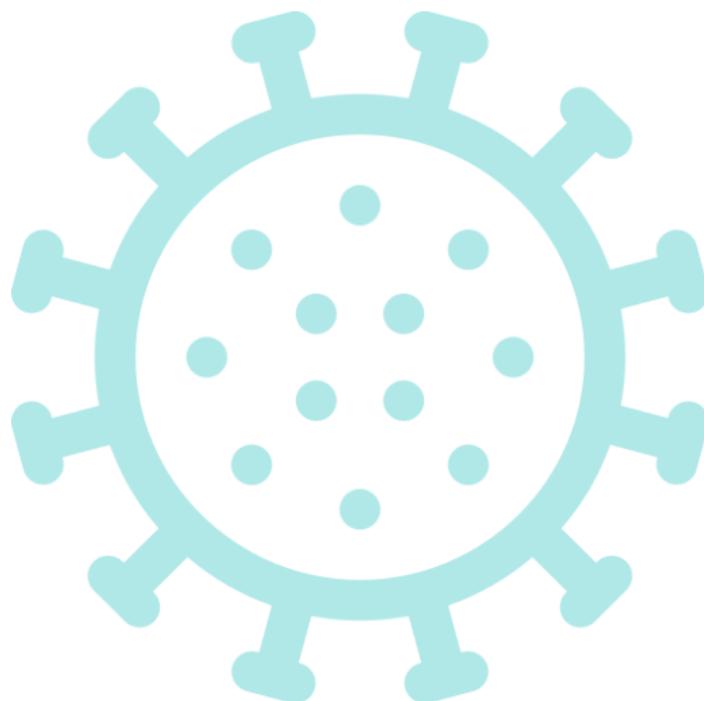


MEDIDAS LABORALES COYUNTURALES DE CONCILIACIÓN FAMILIAR

ANTE LA SUSPENSIÓN TEMPORAL
DE LA ACTIVIDAD EDUCATIVA



Informe elaborado por:

JESÚS LAHERA FORTEZA,
CONSULTOR DE ABDÓN PEDRAJAS.
PROFESOR TITULAR DE DERECHO DEL TRABAJO DE LA UCM.

Introducción

El **cierre de los centros educativos por motivos sanitarios** a causa de la epidemia de coronavirus que ha sido decretado desde la autoridad pública debe ser considerado como un **supuesto de fuerza mayor**. Ello puede implicar, en caso de dificultad para implementar un teletrabajo educativo, la previsible presentación, en el sector privado y ante la autoridad laboral, de **expedientes de suspensión contractual** por fuerza mayor regulados recogidos en el art. 47.3 ET, coincidentes con el cierre de los colegios. Los trabajadores, profesores y resto del personal pasarán a situación legal de desempleo durante ese tiempo.

Pero el problema laboral más importante se va a plantear, sobre todo, en los padres y madres trabajadores que van a tener a sus hijos sin colegio durante el tiempo en el que se prolongue la situación de cierre de los centros. Es previsible que, sobre todo los que tengan hijos pequeños -la referencia puede ser menores de 12 años, pero no exclusivamente-, soliciten **medidas laborales a sus empresas para afrontar esta situación coyuntural, en principio prevista para 15 días, de conciliación laboral y familiar**.

Dichas medidas pueden ser las que exponemos a continuación, junto con las soluciones jurídicas diferenciadas para cada una de ellas.

1.

Adaptación de la duración y distribución de la jornada por conciliación familiar en el marco del art.34.8 ET, con mismo salario.

El art.34.8 ET reconoce un derecho del trabajador de solicitud a la empresa de esta adaptación por este motivo, que aparece ahora especialmente ante esta situación coyuntural. Ante esta solicitud habrá que aplicar, en primer lugar, lo que establezca el **convenio** o, en su caso, **acuerdo colectivo**, pues la negociación colectiva regula los términos del ejercicio del derecho. Si están previstas medidas convencionales de adaptación y distribución de la jornada para padres y madres, **no necesariamente sólo de hijos menores de 12 años**, porque el ámbito de titulares del derecho lo puede ampliar el pacto colectivo, serán aplicadas estos días de cierre educativo ante la solicitud de trabajadores/as. Serán medidas convencionales que pueden prever **preavisos** que tendrán que ser valorados por la empresa ante esta situación de necesidad urgente.

Si, como suele ser habitual, la negociación colectiva no ha desarrollado el art.34.8 ET, ante una solicitud por conciliación familiar, se abre un **período de negociación individual de máximo de 30 días** entre empresa y trabajador/a solicitante. Se puede aceptar la propuesta del trabajador/a, plantear alternativas para alcanzar un acuerdo o manifestar una negativa sustentada en razones objetivas empresariales. Las **discrepancias se pueden judicializar** por la vía del art.139 LJS con solución final en sentencia

Este procedimiento individual, dados los plazos de máximo 30 días de negociación, no parece vaya a ser operativo en este escenario de cierre educativo. Pero el plazo es máximo y puede ser reconducido a una negociación rápida y urgente si ello resulta posible. Si hay voluntad de las partes, por esta vía y con urgencia, se pueden aceptar o modular solicitudes de padres y madres, adaptando y distribuyendo la jornada para afrontar este problema coyuntural de conciliación familiar y laboral.

2.

Adaptación de la forma de prestación de trabajo, incluido el teletrabajo, por conciliación familiar en el marco del art.34.8 ET, con mismo salario.

El marco referencial es el mismo que en adaptaciones y distribuciones de jornada del art.34.8 ET antes expuesto. Si el convenio o acuerdo colectivo prevé ya medidas de teletrabajo por conciliación familiar, en desarrollo del precepto y con el ámbito delimitado por las partes negociadoras, se aplicarán ante solicitudes de trabajadores/as por este motivo coyuntural.

Si no resulta aplicable ninguna regulación convencional se abre esta vía negociadora individual que, como se ha expuesto, se enfrenta, en situación urgente, a un plazo máximo de 30 días de negociación entre empresa y trabajador. Pero, de igual modo, se puede reducir el plazo al mínimo y con urgencia aceptar propuestas de teletrabajo o acordarlas con el trabajador con requisitos y condiciones si ello resulta posible.

Es, en todo caso, discutible que la solicitud de teletrabajo abra esta negociación individual porque, literalmente, el art.34.8 ET se refiere a adaptación de jornada, lo que concuerda con la **voluntariedad de esta modalidad contractual** del art.13 ET. Se puede defender por la empresa esta interpretación que descartaría incluso una negociación individual. Es un criterio que no tiene, hoy por hoy, ratificación judicial significativa.

Cabe subrayar que el art.13 ET exige voluntariedad en el **teletrabajo** y que la jurisprudencia así lo ratifica (STS 11 Abril 2005). Parece difícil de admitir que un trabajador/a pueda imponer a la empresa, por la vía del art.34.8 ET, el teletrabajo, al igual que una empresa no puede hacerlo a su plantilla, salvo, y también es discutible, por motivos de prevención de riesgos laborales. Por tanto, por esta vía se pueden alcanzar acuerdos de teletrabajo entre trabajador y empresa, motivados por la conciliación familiar en esta situación coyuntural, pero **ninguna de las partes puede imponer a la otra esta forma de trabajar.**

3.

Acuerdos de teletrabajo por iniciativa de la empresa, con mismo salario

Es previsible, en cualquier caso, que se alcancen acuerdos de teletrabajo en las empresas, donde resulte posible técnicamente esta opción, y no necesariamente en el marco de este tipo de solicitudes del art. 34.8 ET. Puede ser la propia empresa la que ofrezca a los trabajadores esta posibilidad para garantizarles la conciliación familiar y laboral en esta situación coyuntural.

La recomendación de las autoridades políticas a las empresas está siendo ésta, aplicar planes de **teletrabajo** manteniendo en lo posible la actividad laboral y facilitando a los padres y madres atender a sus hijos ante este cierre escolar. Si la empresa tiene medios para ello y voluntad, puede ser una buena solución para mantener la actividad, **sin pérdida salarial de los trabajadores**, y atender esta situación coyuntural de cierre de colegios.

Puede ser la propia empresa la que ofrezca a los trabajadores esta posibilidad para garantizarles la conciliación familiar y laboral en esta situación coyuntural.

4.

Reducción de la jornada por cuidado de hijo menor de 12 años, entre un octavo y la mitad, con disminución proporcionada de salario, del art.37.6 y 7 ET.

La reducción de jornada por cuidado de hijo del art.37.6 y 7 ET puede ser ejercida, con especial intensidad, ante esta situación coyuntural. Aunque el **art. 37.7** prevé un **preaviso** a la empresa de 15 días o el previsto en convenio colectivo para el ejercicio de este derecho del padre y madre, **contempla la excepción de "fuerza mayor"**. El cierre de colegios por razones sanitarias puede ser contemplado como supuesto de fuerza mayor que excepciona este preaviso, de tal modo que los trabajadores/as pueden solicitar, sin preaviso, estas reducciones de jornada para atender este tiempo las necesidades de conciliación familiar. **El período de disfrute lo determina el trabajador y se puede hacer coincidir con la duración del cierre educativo.**

La concreción horaria pertenece también al trabajador, dentro de su jornada ordinaria y en el marco de criterios convencionales. Las discrepancias por razones organizativas de la empresa se pueden judicializar también por la vía del art.139 LJS.

Resulta previsible que en estos días los padres y madres de hijos menores de 12 años pidan **reducciones de jornada por cuidado de hijo** en estas condiciones y en conexión con el cierre educativo. **La empresa tendrá que respetar el ejercicio de este derecho** y, tan sólo podrá cuestionar las razones organizativas, asumiendo un posible riesgo de judicialización del problema.

5.

Excedencia por cuidado de hijo del art. 46.3 ET, sin salario ni prestación social.

No se prevé preaviso a la empresa en el art.46.3 ET y por tanto, la excedencia podría ser solicitada de inmediato, teniendo la empresa que respetar el ejercicio de este derecho de conciliación familiar y laboral.

Ante la situación de cierre de colegios, el padre o la madre puede solicitar una **excedencia por cuidado de hijo** del art.46.3 ET.

La duración máxima de esta excedencia es de **tres años**, desde la fecha de nacimiento o adopción, pero no se establece un mínimo, de tal modo que **cabría suspender así el contrato de trabajo, con reserva del puesto de trabajo, por decisión unilateral del trabajador** padre o madre de **hijo entre 0-3 años**.

La excedencia en estos supuestos podría coincidir con el cierre de los colegios. **No se prevé preaviso a la empresa** en el art.46.3 ET y por tanto, podría ser solicitada de inmediato, teniendo la empresa que respetar el ejercicio de este derecho de conciliación familiar y laboral. **No se cobraría salario** durante la suspensión contractual por este motivo, **ni tampoco prestación social**. El coste económico lo asume el trabajador. El primer año se reserva el mismo puesto de trabajo y el segundo y tercer año un puesto de mismo grupo profesional.

Podría plantearse que la **excedencia por cuidado de familiar** del art.46.3 ET, con dos años de duración, se utilizara **para cuidado de hijos mayores de 3 años** en esta situación. No es claro que pueda ser así, la empresa podría contestar que su supuesto de hecho es una excedencia por cuidado de hijo delimitada a 3 años, pero podría ser problemática la denegación. Tendrían que ser los jueces los que resolvieran la duda ante una reclamación. La SAN 13 Noviembre 2017 y doctrina judicial en suplicación mayoritaria descarta esta interpretación de extender la excedencia por cuidado familiar a hijos, aunque existe la STJS Navarra 23 Febrero 2006 que permite este disfrute.

6.

¿Permiso retribuido del art. 37.3.d ET por cumplimiento de deber inexcusable público y personal?, inactividad con salario

Se puede plantear si los trabajadores afectados por el cierre de los centros educativos pueden solicitar **permiso retribuido** del art. 37.3.d ET **por cumplimiento de deber inexcusable público y personal**. Se podría interpretar que este deber inexcusable y público se corresponde con el ejercicio de la patria potestad de los hijos menores de edad que van a estar en casa los días sin colegio.

No parece que se esté contemplando este supuesto en el art. 37.3.d ET que se refiere a deberes públicos, como asistencia a jurados o juicios o voto en elecciones, o ejercicio de cargos públicos que no conllevan excedencia por cargo público del art. 46.1 ET. De ahí que se afirme que la superación de 20 por 100 de horas laborales en tres meses por este permiso conlleve pasar a excedencia por cargo público del art. 46.1 ET, con la consiguiente suspensión del contrato.

Una interpretación sistemática del art. 37.3.d ET, vinculada al ejercicio público de obligaciones o cargos, **descarta su conexión con la patria potestad en este tipo de situaciones**. Lo contrario llevaría a que, por ejemplo, el tiempo de llevar al médico al hijo sea considerado permiso retribuido, cuando no existe este tipo de permiso tan generalizado -salvadas las especificidades del art.37.3..b ET de hospitalizaciones- y los convenios suelen preverlo, retribuido o no retribuido, sobre la base de no considerarlo permiso del art.37.3.d ET. Es muy forzado ahora tener por tales los días de ausencia del trabajo por cuidado de hijo ante un cierre de colegios. **La empresa tiene razones para denegarlos.**

En cualquier caso, puede ser situación problemática que los jueces tendrán que aclarar si hay reclamaciones. Hay un precedente, la STJ Galicia 14 Julio 2017, que puede ser útil porque deniega este permiso retribuido ante una situación de ir al médico con el hijo porque, en línea de lo expuesto, la patria potestad del art.110 CC es privada, no pública, y el cuidado al hijo -la guardia legal- no es tampoco personal, siendo delegable, al ser la potestad compartida entre los padres o el cuidado asumible por un familiar o profesional de servicio doméstico.

Al no ser público ni personal no encaja en el art.37.3.d ET. Es previsible que los jueces utilicen este criterio, sin descartar lo contrario. Ello no obsta, por supuesto, a que **a través de acuerdo colectivo** se pacten, en esta situación, **permisos retribuidos de padres o madres durante el cierre escolar**. O que el convenio tenga permisos retribuidos por asuntos propios que puedan ser utilizados.

Tampoco obsta que, por pacto individual, se alcance este tipo de acuerdo con el trabajador. Pero **debe ser por acuerdo, colectivo o individual, no en ejercicio de un permiso retribuido no reconocido en la Ley**, salvo que se efectúe esta discutible interpretación del art.37.3.d ET de conexión con la patria potestad de los padres.

Es muy forzado ahora considerar como permisos retribuidos los días de ausencia del trabajo por cuidado de hijo ante un cierre de colegios. La empresa tiene razones para denegarlo.

7.

Permiso no retribuido, inactividad sin salario

El convenio colectivo aplicable puede prever **permisos no retribuidos para cuidado de hijo o asuntos propios** que sean aprovechados en estos días sin colegio. En tal caso, será una vía de solución al problema, pero con coste económico del trabajador, que no cobra esos días de salario. Siempre la empresa puede conceder permisos no retribuidos estos días si son aceptados por el padre o madre.

8.

Cambio de fechas de vacaciones, con salario

De acuerdo con el art. 38.2 ET las fechas de vacaciones son acordadas entre trabajador y empresa en el marco de planificación anual del convenio colectivo.

El trabajador conoce, en virtud de dicho art., las fechas con dos meses de antelación. **La empresa y trabajador pueden acordar unas fechas de vacaciones distintas, excepcionando este preaviso de dos meses, coincidentes con estos días sin colegio.** Tiene que ser siempre por acuerdo entre las partes, son vacaciones retribuidas, y supondrá que los días ahora disfrutados ya no lo puedan ser en las fechas previstas. Teniendo en cuenta el mínimo legal de 30 días naturales del art.38.1 ET, ampliables por convenio colectivo.

9.

Suspensión de los contratos de trabajo, con prestación social

La empresa puede plantear una solicitud de suspensión de contratos de trabajo ante la autoridad laboral por fuerza mayor recogida en el art. 47.3 ET.

Como última medida, una vez exploradas todas estas vinculadas a la conciliación familiar, estaría la **suspensión de contratos** durante estos días sin colegio, lo que implica dejar de trabajar y devengar salario. **Se puede acordar un mutuo acuerdo suspensivo del art. 45 ET, pero, de nuevo, el coste económico lo asume el trabajador.**

La empresa puede plantear una solicitud ante la autoridad laboral por fuerza mayor de los arts. 47.3 ET. Esta opción es clara si es una empresa afectada por el cierre educativo (profesores del centro) o si hay criterio sanitario en una empresa para evitar contagios de coronavirus. Es más difícil de aceptar ante un cierre de colegios que indirectamente, como fuerza mayor, afecta a la actividad laboral de una empresa porque los padres tienen que atender a sus hijos. La autoridad laboral podría descartar la suspensión.

Quedaría entonces la vía de una **suspensión contractual**, previa consulta con representantes trabajadores y decisión empresarial ante desacuerdo, del art. 47 ET, **por causa organizativa o económica.**

Los trabajadores pasarían a suspensión contractual y acceso a prestación de desempleo. El riesgo sería la impugnación judicial, pero es poco probable.

Lo que no existe en nuestro ordenamiento es un procedimiento donde el trabajador pueda suspender el contrato de trabajo por fuerza mayor o causa de conciliación familiar. Como tampoco existe ninguna contingencia social de cuidado de hijo con prestación social o una presunta baja por cuidado.

