

LA INCIDENCIA DE LA INSTITUCIÓN FAMILIAR SOBRE LA LEGISLACIÓN LABORAL

*Jesús Cruz Villalón**

1. LA INCIDENCIA RELATIVA DE LA FAMILIA EN LAS RELACIONES LABORALES

Inicialmente las conexiones entre trabajo y familia son escasas, cuando no directamente inexistentes. Indiscutiblemente, el ordenamiento jurídico va a tener presente el fuerte impacto social que tienen ambas realidades, tanto la familia como el trabajo, cada una de ellas en sus respectivas esferas. Pero, precisamente por ello, por desenvolverse en esferas diferenciadas, en sus orígenes no se establecen puentes de conexión entre ambas. Y ello, al menos aparentemente, tiene explicaciones bastante sencillas, pero de igual forma, bastante contundentes.

Ante todo ha de tenerse presente que una y otra se mueven en momentos diferenciados, por cuanto que el tiempo de trabajo es el tiempo de no familia y viceversa. La atención a la familia y la actuación como miembro del grupo familiar se verifica en el tiempo de ocio, por mucho que cada vez más se presente también como un momento de responsabilidades y de obligaciones; en todo caso, se presume que el tiempo dedicado a la familia comienza cuando termina la jornada laboral y concluye cuando el trabajador se reincorpora a su centro de trabajo. Desde el punto de vista laboral, la contractualización de la relación de trabajo por cuenta ajena deriva en un tratamiento del trabajador como mero suministrador de mano de obra, pretendiendo independizarlo de sus circunstancias privadas, entre las que se encuentra obviamente la primera la relativa a sus vínculos familiares; el trabajador presta sus servicios a la empresa, para la que resulta indiferente que se mantenga o no una convivencia con otros sujetos con los que forma una unidad familiar.

No obstante, ese punto de partida inicial inmediatamente comienza a relativizarse, desde el instante en que resulta materialmente imposible establecer espacios

* Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla.

estancos en la persona del trabajador. Desde el momento en que el trabajador compromete a su persona en la ejecución de la prestación de servicios resulta inviable cualquier pretensión de establecer una separación tajante del mismo como sujeto privado y como parte de las obligaciones laborales asumidas a través del contrato de trabajo. Particularmente inviable resulta ese intento en el contexto de las sociedades de la Europa mediterránea, donde tanta fuerza tiene la institución familiar dentro de la estructura social, al extremo que la institución familiar misma impacta sobre el funcionamiento del sistema económico. Tan es así, que en nuestra cultura secular llega a incidir sobre la significación etimológica de la denominación que recibe la clase social trabajadora durante la revolución industrial que da lugar a las formas actuales de regulación del trabajo subordinado; así, se apelará al término latino de *proletarius*, que en la antigua Roma indicaba al ciudadano pobre que únicamente con su prole podía servir al Estado, trasladado con la Revolución burguesa para definir al proletario como grupo social que carecía de bienes y solamente estaba comprendido en las listas vecinales por su persona y prole. A ello no es ajeno, ni mucho menos, el impacto ideológico del pensamiento cristiano en toda Europa, con valores de defensa de la institución familiar en el conjunto de la sociedad, con una voluntad de toma en consideración transversal de la familia en cuantos hechos sociales pueda tener influencia directa o indirecta.

Incluso desde la perspectiva económica, la familia va a tener una presencia relevante en la estructura general de la producción de bienes y servicios, y la va a tener desde perspectivas múltiples y bien diferenciadas.

De un lado, por cuanto que los fuertes lazos familiares hacen que los mismos desborden el estricto ámbito privado de lo doméstico, siendo así que las mismas relaciones familiares se trasladan al ámbito de la actividad laboral, de forma que la familia es el canal inmediato de incorporación al mercado de trabajo: bien constituye la forma de conformación del negocio que proporciona el sustento económico para el conjunto de la familia, dando lugar a formas variadas de empresa familiar, bien es la red tupida a través de la cual los miembros de la familia se integran en el mercado de trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia.

De otro lado, una vez establecida una determinada relación laboral, la familia influye directamente sobre las condiciones de vida y, por ende, de trabajo del miembro de la misma. En efecto, la pertenencia a la familia puede en unos casos establecer un reparto de roles en su seno, de forma que quien se incorpora al mercado de trabajo tiene atendida otras necesidades de consumo y vitales, que son resueltas por aquellos otros miembros del grupo familiar que quedan al margen de la actividad productiva remunerada, incrementando así su disponibilidad para cumplir con los intereses de la empresa en la que trabaja y, por tanto, de forma indirecta beneficia también a los propios intereses empresariales. En otros casos, en un modelo inicialmente antagónico, quien tiene que atender, simultáneamente, a sus obligaciones profesionales y a sus responsabilidades familiares, requiere de un modelo de regulación diverso de su inserción al mercado de trabajo, que cuando menos tenga en cuenta esa doble función social y, por ende, procure la conciliación entre unas y otras.

Todo ello, desemboca en problemas múltiples, a los que necesariamente debe dar respuesta el ordenamiento laboral, donde no resulta fácil lograr el equilibrio en intereses en juego y, sobre todo, donde resulta compleja la intervención normativa

por cuanto que en muchas ocasiones los efectos de la misma producen efectos contradictorios a corto y a largo plazo, de igual forma que su regulación ha de adecuarse a un modelo general de respeto a principios generales fundamentales que se encuentran en las raíces mismas de nuestro ordenamiento jurídico.

La materia se presenta particularmente delicada para las sociedades mediterráneas, caracterizadas por un modelo de familia en el que los lazos de apoyo mutuo tienden a ser más intensos a los existentes en otras sociedades y, por ende, donde se desea mantener esa situación sin demérito de las aspiraciones de plena incorporación de la mujer al trabajo. Por ello, el equilibrio en este tipo de sociedades resulta mucho más difícil de lograr, pues parece que se desea alcanzar lo que a veces se puede presentar como la cuadratura del círculo: un objetivo de plena incorporación de la mujer al trabajo, un reparto más coherente de responsabilidades entre hombre y mujer y, a su vez, todo ello, sin alterar la pervivencia de estrechos lazos de cooperación dentro del núcleo familiar. De este modo la funcionalidad práctica de la norma debe aquilatarse y matizarse notablemente, pues de lo contrario puede producir efectos que, al menos explícitamente, no son los inicialmente deseados. Por ejemplo, la introducción de medidas en orden a permitir una más fácil conjunción entre las responsabilidades familiares y profesionales, aunque formalmente se presenten como neutras, de hecho van a ser utilizadas prevalentemente por la mujer, lo que puede desembocar en que sea ésta quien siga desempeñando el rol prevalente de asunción del grueso de responsabilidades familiares, particular en situaciones de dedicación más intensa: cuidado de menores con minusvalías, de personas ancianas, de familiares que han sufrido un accidente o enfermedad, etc.; situación que a la postre puede fomentar el mantenimiento de una situación de mera incorporación parcial y en cierto modo precaria de la mujer a la actividad profesional asalariada. En definitiva, buscándose bienintencionadamente determinados efectos en el corto plazo con ciertas reformas legislativas los resultados en la práctica cotidiana a largo plazo pueden llegar a ser de signo diverso.

Sólo a título ilustrativo y orientativo de los aspectos que deberemos afrontar inmediatamente a continuación se pueden apuntar los siguientes asuntos. Esa presencia de la unidad familiar como instrumento de inserción en el mercado de trabajo va a dar lugar a formas diferentes de lo que coloquialmente denominaríamos trabajo familiar, que a su vez va a constituir uno de los focos tradicionales de fricción en las fronteras grises de separación entre el trabajo autónomo y el trabajo subordinado. Cuando se trata de incorporación al mercado de trabajo asalariado a través de las redes familiares se van a suscitar importantes aspectos relacionados con la actuación de la familia como institución de intermediación en el mercado de trabajo, o bien si se permite la expresión el papel de la familia como «servicio de colocación» dentro del mercado de trabajo. De otro lado, cuando se trata del modelo más tradicional de familia en sus relaciones con la actividad productiva, de reparto de roles en el que la mujer permanece al margen del mercado de trabajo, formando parte de la población adulta no activa, ello indiscutiblemente provoca mayores costes económicos de quien como trabajador ha de mantener a un grupo familiar, frente a quien sólo debe mantenerse a sí mismo, panorama que obliga a preguntarse si es oportuno tratar de forma diferente a unos y otros desde el punto de vista contractual laboral, particularmente desde el punto de vista retributivo. Como efecto derivado de lo anterior, la repercusión que todo ello puede tener sobre la configuración del sistema público de

Seguridad Social: en la medida en que el Sistema de Seguridad Social en nuestro país tiene sus orígenes en los sistemas de seguros sociales, que a su vez parte de una atención a los estados de necesidad de la población en razón de su vinculación profesional, la protección social se dirige inicialmente a quienes se encuentra integrados en el mercado de trabajo por vía de su cotización a tales seguros sociales; por ello, son unos sistemas que en sus orígenes dejarían fuera de su protección a los miembros del grupo familiar que permanecen atendiendo a las necesidades familiares, salvo que se extienda el ámbito subjetivo de protección del Sistema «rescatando» a esos otros miembros de la unidad familiar por vía de establecer un puente de conexión con el «cabeza de familia»; «cabeza de familia» que no sólo aporta tradicionalmente los medios de subsistencia económica sino también la consideración como beneficiarios del régimen público de Seguridad Social al conjunto de miembros de la unidad familiar.

Finalmente, sin voluntad de presentar un panorama exhaustivo, sino meramente contextual orientativo, las importantes transformaciones sociales que se han producido en las últimas décadas en la forma de concebir la familia y de organizarse las relaciones de convivencia entre sus miembros va a plantear nuevos retos, que no sólo se desenvuelven en el estricto ámbito del Derecho de familia, sino que trascienden a muchos otros ámbitos, entre ellos los relativos a la repercusión de estos fenómenos sobre las relaciones laborales. Ante todo, el irreversible proceso de plena incorporación de la mujer al mercado de trabajo provoca un nuevo modo de distribuir las responsabilidades familiares y con ello la necesidad de una nueva forma de enfocar la legislación laboral: unas vinculaciones cada vez más estrechas entre el mundo del trabajo y el mundo familiar, que obliga cuando menos a adaptar la organización productiva a esa nueva realidad para hacerla más compatible, si se quiere en terminología acuñada recientemente, a hacer más conciliable vida familiar y obligaciones laborales. En igual medida, la extensión de nuevas formas de convivencia en pareja, tanto por vía de las denominadas parejas de hecho como de las parejas homosexuales, determina que reglas hasta el presente sólo concebidas para el matrimonio tradicional hayan de ampliarse en sus destinatarios para abarcar también a estas nuevas formas sociales de convivencia.

2. CONSTITUCIÓN, FAMILIA Y TRABAJO: PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN Y TRATAMIENTO PREFERENTE

Los contenidos que venimos apuntando presentan tal relevancia que necesariamente tienen el correspondiente engarce constitucional. Eso sí, la respuesta constitucional no es expresa respecto de los variados aspectos que puede presentar la conexión entre la familia y el trabajo. En gran medida por esta circunstancia, los pronunciamientos al respecto por parte del Tribunal Constitucional son bien escasos, a pesar del ya dilatado tiempo transcurrido en su actuación en muy diversos campos de las relaciones laborales. Ello, con seguridad, hace más difícil, presentar un panorama sistematizado y completo del impacto del texto constitucional sobre la materia.

Sin embargo, si se va más allá de la lectura aislada de los correspondientes preceptos del texto constitucional, resultado de una lectura sistemática y contextual del conjunto del texto constitucional, podemos descubrir la efectiva influencia que

pueden tener los diversos mandatos contenidos en nuestra Constitución considerados en su conjunto, con respuestas precisas al fenómeno que venimos comentando.

Por otra parte, a pesar de tratarse de un texto relativamente reciente —con este estudio apenas se conmemora su 25 aniversario—, el tiempo transcurrido ha venido acompañado de transformaciones profundas en ciertas vertientes de nuestra sociedad, particularmente cambios intensos en la concepción social de la familia, que obligan a dar respuesta en estos momentos a realidades que difícilmente pudieron estar presentes en toda su extensión en la mente de quienes en su día redactaron el texto constitucional.

Para empezar, esa diversificación de esferas a la que aludíamos anteriormente entre el mundo de la familia y el mundo del trabajo, se traslada al ámbito jurídico y particularmente se traslada al texto constitucional, de forma que son preceptos diferenciados los que atienden a la institución familiar, de una parte, y a las relaciones laborales, de otro lado, sin que se pueda encontrar una referencia expresa al impacto que la familia deba tener sobre la regulación del trabajo asalariado: más aún, la única referencia directa de vinculación que podemos encontrar no sólo es la menos influyente, sino que puede incluso inducir a error, pues como veremos en su momento es de la que menos consecuencias se pueden extraer.

De este modo, ese silencio del legislador en el establecimiento del posible puente de conexión entre trabajo y familia no puede interpretarse como mero olvido del constituyente, sino como consciente voluntad de establecer una regla inicial de separación de esferas. Ese panorama inicial de separación de campos aludido en el arranque de este trabajo se eleva en el primer principio inspirador de toda la regulación laboral al efecto. Comporta la consideración de que los vínculos laborales pertenecen al ámbito de la esfera privada sea del trabajador o del empleador, que como tales refieren a elementos de privacidad que no deben tener repercusión alguna sobre el empleo y las condiciones de trabajo.

Con carácter general, en el método de reconocimiento de los derechos fundamentales y libertades públicas, el texto constitucional atribuye su titularidad a los ciudadanos como personas físicas, por tanto con independencia de su situación familiar. El conjunto del elenco de derechos y deberes de los ciudadanos recogido a partir del art. 15 CE se reconoce en unas ocasiones a favor de «todos», en otras ocasiones «los españoles», «los individuos», «toda persona», «los ciudadanos», bien con redacciones prohibitivas con utilización de términos igualmente son omnicomprensivos desde el punto de vista subjetivo por ejemplo empleado referencias a «nadie» o bien con una redacción con frase reflexiva genérica e indiferenciada dirigida a cualquiera, en todo caso sin acotarlo en relación con la situación familiar del ciudadano en cuestión.

Por ello, todo el conjunto de los denominados derechos fundamentales laborales inespecíficos vienen reconocidos a favor de todo trabajador, si se quiere también de cualquier empleador, sin tomar en consideración como elemento que propicie o habilite para establecer una diferencia de tratamiento por razón del vínculo familiar que puede tener el sujeto en cuestión.

Incluso los preceptos constitucionales expresamente dirigidos al ámbito de la legislación social presentan esa impronta omnicomprensiva: la libertad sindical se

reconoce a favor de todos (art. 28.1 CE); el derecho de huelga respecto de los trabajadores (art. 28.2); el deber de trabajar y el derecho al trabajo en relación con todos los españoles (art. 35.1); el propio sistema de Seguridad Social se contempla como un régimen público de atención a las situaciones de necesidad a favor de «todos los ciudadanos» (art. 41).

Más aún, el texto constitucional no solo se limita a este tratamiento igualitario, sin diferenciaciones por razones familiares, sino que eleva a regla básica de nuestro ordenamiento jurídico el mandato de tratamiento igualitario, prohibiendo cualquier tipo de tratamiento discriminatorio tanto por razón de sexo, nacimiento, como en virtud de cualquier otra condición social, elementos los tres que tienen directa repercusión sobre los lazos familiares. Por mucho que ello pueda pasar inadvertido, el principio de no discriminación, capital en cualquier modelo constitucional basado en un Estado democrático de Derecho, la prohibición de discriminación supone que en el ámbito de las relaciones laborales, de principio, no es admisible el establecimiento de diferencias en el empleo y en las condiciones de trabajo por razón de los vínculos familiares que puedan existir. Como es obvio, se trata de un principio general, que admitirá las correspondientes excepciones, siempre y cuando, aplicando la teoría general al efecto, exista una justificación objetiva, razonable y proporcionada que constituya fundamento oportuno para incorporar en casos concretos las correspondientes diferencias de tratamiento. Eso sí, partiendo de la premisa de que tales supuestos de diferenciación lícitos tendrán ese carácter de excepcionales, pues el punto de partida será el relativo a la necesaria igualdad de todos los trabajadores y empleadores.

El único elemento de contraste de todo lo anterior se ubicaría en el art. 39.1 CE, cuando se establece que «los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia»; siendo obligado también citar el propio artículo 35.1 CE, cuando respecto del régimen retributivo viene a establecer el derecho de todos los españoles a percibir una remuneración suficiente para satisfacer «sus necesidades y las de su familia»; sin olvidar tampoco que en la regulación del genérico derecho a la intimidad ésta se vincula a la intimidad «personal y familiar» (art. 18.1 y 4 CE) y, sobre todo, teniendo presente que la regulación de la convivencia en pareja se efectúa en principio exclusivamente con respecto al matrimonio entre hombre y mujer (art. 32.1 CE).

En todo caso, centrándonos en el art. 39.1 CE, como precepto más influyente sobre la materia, debemos comenzar por resaltar cómo su capacidad de impacto en la materia que venimos tratando es reducida, y ello en atención a las siguientes consideraciones. En primer lugar, por tratarse de un precepto ubicado dentro del capítulo tercero, relativo a los principios rectores de la política social y económica, por tanto dentro del elenco de reglas de menor vinculabilidad en el listado de los derechos y libertades del título II del texto constitucional. En segundo lugar, por tratarse de un precepto de aplicación general a la actuación normativa en relación con la familia, sin que en el mismo se observe una expresa mención a las implicaciones o consecuencias que ello pueda tener sobre las relaciones laborales. En tercer lugar, por ser un precepto cuyos destinatarios directos y casi exclusivos son los poderes públicos, de modo que difícilmente podríamos aplicar en esta materia la regla de la *drittwirkung*, en atención a la cual este tipo de mandatos vincularía

también a los poderes privados, lo que comporta en definitiva que no puede hacerse recaer sobre los empresarios las obligaciones de protección de la familia; el deber de protección a la institución familiar corresponde a los poderes públicos, sin que ello se pueda derivar sobre las espaldas de los empresarios como sujetos privados; naturalmente ello no significa negar que el legislador ordinario pueda imponer algunos deberes de atención a la familia sobre los particulares, pero que no es en modo alguno el empleador un destinatario del mandato constitucional de atender a las necesidades familiares en el contexto del desenvolvimiento de las relaciones laborales. Más aún, incluso en esa esfera concreta de la atención por parte exclusivamente de los poderes públicos, el texto constitucional lo hace en precepto diferenciado de la regulación del Sistema público de Seguridad Social, en términos tales que viene a marcar una decisiva pauta en el sentido de que la política social de atención a la familia ha de procurarse directamente por el Estado, en atención a las instituciones públicas 'ad hoc' que considere necesario constituir, pero sin que ello se pueda hacer recaer sobre las espaldas del sistema de Seguridad Social, que está concebido en otra clave, una clave universalista y de atención individual frente a situaciones de necesidad con independencia de la causa de esa situación de precariedad, sin pretender en modo alguno prefigurar un mecanismo de protección familiar.

No obstante, lo anterior tampoco puede ser interpretado en el sentido de que la previsión constitucional de protección social de la familia caiga en saco roto respecto del ámbito de las relaciones laborales y en el concreto ámbito de la Seguridad Social. Por el contrario, el art. 39.1 CE ha de ser un título legitimador de cierto tipo de intervenciones por parte de los poderes públicos, insistimos dentro de una concepción transversal, que prevea intervenciones allí donde sea necesario para garantizar la calidad de vida de los ciudadanos que se integran dentro de una familia.

Más aún, en la medida en que, en términos comparativos, la pertenencia a determinada familia o, mejor dicho, en función de las responsabilidades asumidas en el seno de la unidad familiar, se encuentre con mayores dificultades de integración plena en el mercado de trabajo, los poderes públicos deberán adoptar las medidas precisas para garantizar la compatibilidad del cumplimiento de tales responsabilidades familiares con el ejercicio de las obligaciones de carácter laboral. El mandato dirigido a los poderes públicos en orden a la realización de una política orientada al pleno empleo (art. 40.1 CE) no es una regla abstracta y descontextualizada, sino que específicamente comporta poner el acento en aquellos grupos sociales que mayores dificultades presentan de incorporación plena y estable en el mercado de trabajo; de forma que si determinadas responsabilidades familiares se presentan como un freno a esa incorporación y, por ende, a esa política de pleno empleo, los poderes públicos están obligados a ejecutar políticas selectivas de preferente atención a tales colectivos que por razones familiares encuentran mayores *handicaps*. Todo esto es lo que explica y legitima el conjunto de medidas de conciliación de la vida familiar y profesional, que si bien tienen sus raíces más directas e inmediatas en las políticas sociales y de empleo que provienen de la Unión Europea, también encuentran su fundamento jurídico en el propio texto constitucional. Y naturalmente, en el abanico de medidas políticas posibles y necesarias, aunque arrancan de una intervención de los poderes públicos, su contenido puede y debe consistir en ocasiones en la imposición de cargas sobre los empresarios, particularmente de carácter organizativo en orden a propiciar la referida conciliación.

En todo caso, todo este conjunto de actuaciones dirigidas a otorgar un tratamiento preferencial de determinados miembros de la familia en orden a tutelar la institución familiar misma, encuentra su más fuerte legitimación constitucional no tanto en el mencionado art. 39.1 CE cuanto en el mandato contenido en el art. 9.2 CE, precepto que explica mucho mejor la lógica de tutela constitucional de la posición de los ciudadanos en un Estado de Derecho, cuando establece que los poderes públicos han de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, a cuyo efecto han de remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida económica y social. En efecto, ha de tenerse en cuenta que tales medidas de tratamiento diferencial de tutela se presentan como una fuerte excepción a la vertiente formal del principio de igualdad, para ofrecer un enfoque alternativo de tutela del más débil que como tal necesariamente tendrá un carácter unilateral, con vistas a lograr un objetivo de igualdad sustancial. Son el contrapeso al tradicional principio de no discriminación, concebido como mera acción de eliminación de las posiciones de privilegio de ciertos grupos sociales, a las que se le adicionan medidas de acción positiva en orden a favorecer a los grupos marginados. De este modo, el objeto de tutela no es cualquier tipo de familia, sino aquellas que como grupo se encuentran en peor situación; así como tampoco se trata de tutelar a cualquier sujeto por el hecho de pertenecer a un grupo familiar, sino de aquellos miembros de la familia que por el rol asumido se encuentren en desventaja a la hora de la búsqueda del empleo o del cumplimiento de sus obligaciones profesionales.

Más aún, desde la perspectiva del art. 9.2 CE lo que preocupa es la posición de determinados ciudadanos dentro de ciertos grupos sociales, y no tanto de forma específica dentro de la institución familiar, dado que la misma no es mencionada específicamente como tal, sino que entra dentro de la genérica mención a los «grupos» dentro del precepto. Por tanto, desde el punto de vista de este precepto todos los grupos merecen igual consideración, pues lo relevante es la situación social en la que queda el concreto ciudadano por la pertenencia a un grupo, cualquiera que sea éste. En concreto, con ese enfoque para el precepto la finalidad de la igualdad sustancial se ha de procurar cualquiera que sea la idea de familia que tenga cada individuo y, en particular, cualquiera que sea la forma de convivencia por la que éste haya optado; de este modo las medidas de fomento de la igualdad sustancial han de realizarse con independencia de que nos refiramos a la institución familiar en el sentido clásico del término, como a otras formas emergentes y ya bastante consolidadas de convivencia estable entre individuos, de las que puedan derivar similares *handicaps* a los advertidos precedentemente en orden a la conciliación de un tipo y otro de responsabilidades.

Como matización a todo lo dicho con anterioridad, también ha de partirse de que el texto constitucional contempla en diversos pasajes una mención expresa a la familia (art. 39.1 CE) e incluso una referencia explícita a la pareja constituida a través del matrimonio (art. 32.1 CE). Sin desmentir lo anterior, también debe advertirse que con esas menciones directas tanto a la institución familiar como a la figura del matrimonio, se abren las puertas a que el legislador ordinario opte por un tratamiento específico y diferenciado de una y otro, sin que se vea abocado a tratar necesariamente por igual a todas las formas de convivencia. Dicho de otro modo, ello legitima un tratamiento propio de la familia y del matrimonio, sin que el mismo

pueda ser tachado *a priori* de inconstitucional por discriminatorio. Ello va a avalar tratamientos diferenciados del matrimonio respecto de otras formas de convivencia en pareja, así como de la familia respecto de otros grupos sociales. Lo cual tampoco supone que tales reglas específicas escapen al test de la tutela antidiscriminatoria, por cuanto que siempre cabrá indagar hasta qué punto tales reglas específicas, que pueden comportar un tratamiento preferente y de favor, están justificadas y rodeadas de las obligadas exigencias de razonabilidad, objetividad y proporcionalidad, pues de lo contrario sí que podrían llegar a ser tachadas de discriminatorias. Precisamente en ese ámbito de lo discutible se inserta la doctrina del Tribunal Constitucional, que viene interpretando que la obtención de la pensión de viudedad puede quedar condicionada por la legislación vigente a la existencia de un vínculo matrimonial entre el causante y la persona beneficiaria, negándosele por el contrario a los que convivían *more uxorio* como pareja de hecho (STC 184/1990, de 15 de noviembre, BOE 3 de diciembre); conforme van cambiando los valores sociales y se generalizan estas formas de convivencia de hecho en nuestra realidad, más difícil resulta mantener la inicial doctrina constitucional, pues no se alcanza a comprender porque razón la opción por esta forma de convivencia ha de ser penalizada desde el ámbito de protección de la Seguridad Social, cuando desde la perspectiva constitucional el elemento determinante es el surgimiento de un estado de necesidad económica del beneficiario de las prestaciones de Seguridad Social.

Para concluir con estas consideraciones de carácter general, conviene indicar también que desde esta perspectiva el principio constitucional orientador es exclusivamente, insistimos, el de la búsqueda de la igualdad sustancial, sin pretender con ello influir sobre las concepciones o valores familiares de cada uno de los ciudadanos, ni siquiera de la mayoría de ellos. Dicho en otros términos, la filosofía del texto constitucional desde este enfoque no es el de la conservación y defensa de determinada concepción de la familia. Por el contrario, si el objetivo es el de propiciar la igualdad plena de los ciudadanos en los diversos ámbitos de las relaciones sociales, puede que ello requiera adoptar determinado tipo de medidas que vayan dirigidas a alterar el reparto de roles tradicionales en el seno de la familia. Naturalmente, en unos casos las medidas deben desenvolverse en el ámbito de lo que calificáramos como la regulación de las relaciones laborales, particularmente en la dirección de limitar las facultades de organización del trabajo del empleador y, por tanto imponerle cargas a éste, para que la incorporación al trabajo de los diversos miembros de la familia sea compatible con la atención a sus responsabilidades familiares. Pero, con seguridad también, otras medidas habrán de actuar fuera del ámbito de la legislación laboral, puede que incluso se trate de las medidas más incisivas e innovadoras a largo plazo, pues se tratará de fomentar la alteración de esos roles familiares tradicionales, en la medida que serán estas las actuaciones que con mayor contundencia irán a la raíz del problema y permitirán superar las tradicionales dificultades de incorporación en pie de igualdad de la mujer y del hombre en el mercado de trabajo. Por el contrario, las medidas de tratamiento de favor de la mujer con responsabilidades familiares puede que sean un aliciente a corto plazo, pero que a la larga produzca un indeseable efecto boomerang, en el sentido de que acabe por petrificar y reforzar el tradicional reparto de roles familiares. Dicho con simplicidad, las medidas desde la perspectiva constitucional no tienen que ser necesariamente de tutela de la familia o, mejor dicho, de una determinada concepción de la familia,

cuanto del individuo en el seno de una concreta familia, que puede llegar a constituir un *handicap* para su pleno desenvolvimiento como ciudadano.

Formuladas las precedentes consideraciones de carácter general, procede a partir de este instante descender al terreno de lo concreto, para comprobar de qué forma tales principios constitucionales se plasman en el régimen jurídico específico de las diversas instituciones propias de la legislación laboral.

3. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA NORMATIVA LABORAL Y SOCIAL: EL TRABAJO FAMILIAR

Para el ordenamiento laboral la inclusión o exclusión del mismo se efectúa conforme a criterios de ajenidad y subordinación (art. 1.1 ET), por tanto siendo indiferente la existencia o no de relaciones familiares entre los mismos. No obstante, la presencia de un grupo familiar en la actividad empresarial puede ser exponente de ausencia de la realización del trabajo en régimen de ajenidad. En concreto, tradicionalmente la ejecución de un trabajo en el seno de un grupo familiar ha constituido una regla de exclusión del ámbito de aplicación de la legislación laboral. Así se prevé actualmente en el art. 1.3.e ET, cuando excluye del ámbito de la propia Ley, y por extensión de otras normas laborales, los trabajos familiares, salvo que se demuestre la condición de asalariados de quienes los llevan a cabo, considerando como familiares a quienes convivan con el empresario y tengan una relación de parentesco con el mismo de hasta el segundo grado, sea por consanguinidad, afinidad o adopción. Se trata de relaciones familiares entre el titular de la empresa y el trabajador, que da lugar a la prestación de servicios en el seno de lo que denominaríamos para entendernos una empresa familiar, lo que justifica la exclusión de la aplicación de la legislación laboral; utilizando categorías clásicas, afirmaríamos que en el trabajo familiar la prestación de servicios no lo es por cuenta ajena, desde el instante en que la utilidad patrimonial del trabajo realizado se produce en beneficio del conjunto del grupo familiar por mucho que patrimonialmente los beneficios vayan a parar formalmente a uno de los miembros de la familia, el titular del negocio, se considera que la unidad familiar posee también un valor económico unitario, que hace que esté ausente la nota de la ajenidad.

Desde la perspectiva constitucional poca incidencia poseen estas reglas tradicionales de exclusión, pues se residencian básicamente en el terreno de la libertad de ordenación de que goza el legislador ordinario. Ello explica, a su vez, la existencia de un muy reducido número de pronunciamientos por parte de nuestro Tribunal Constitucional sobre el particular, aunque merece también dejar constancia de las pocas sentencias dictadas al respecto. Es cierto que el art. 35.2 contiene un mandato dirigido al legislador ordinario a los efectos de que apruebe un Estatuto de los Trabajadores, si bien no se concreta casi nada desde la perspectiva constitucional respecto de cual haya de ser el contenido de la referida norma, más allá de la denominación que la misma recibe, con lo que el margen de opción normativa por parte del legislador ordinario es significativamente amplio; entre otras cosas, ello comporta que la precisión de quienes se encuentran dentro o fuera del ámbito de aplicación del Estatuto de los Trabajadores, es cuestión que de principio remite a la libre opción de política legislativa de

la mayoría parlamentaria de turno. La limitación principal proviene del principio de igualdad de todos los ciudadanos ante la ley y, en particular, la prohibición de discriminaciones específicamente vedadas por el art. 14 CE. Es cierto también que nuestro Tribunal Constitucional ha estimado que el texto constitucional tiene en mente una norma de tutela de los trabajadores asalariados, de modo que ese objetivo no puede ser burlado por la vía de excluir a determinados grupos o segmentos profesionales del ámbito aplicativo de la Ley, de modo que, por laxa que sea, la Constitución impide ciertos conceptos de trabajadores subordinados que deriven en exclusiones que, a la postre, lo expulsen de esa perspectiva tuitiva propia del Derecho del Trabajo (STC 227/1998, de 26 de noviembre, BOE de 30 de diciembre).

Ahora bien, por lo que refiere al caso concreto de la exclusión del trabajo familiar, la posibilidad de formular objeciones al respecto son bien limitadas. Ante todo conviene llamar la atención sobre la circunstancia de que el juego de posiciones de las partes en esta ocasión es diverso, cuando no opuesto al habitual en el resto de los supuestos de exclusión, al extremo que el enfrentamiento se verifica entre sujetos diversos. En la mayoría de los supuestos en los que se dirime entre la exclusión y la inclusión, la posición empresarial es la de defender, con mayor o menor fundamento el carácter extralaboral del vínculo jurídico que le une a quien ejecuta un trabajo en su favor, en tanto que el trabajador viene a defender el carácter laboral de la relación; por contraste, en el caso de los trabajos familiares, ambas partes, incluido el empresario, defienden el carácter laboral de la relación, pues en tales casos es más fuerte el vínculo laboral que une a las partes y, precisamente lo que van buscando es la tutela pública derivada de la calificación como laboral de su relación jurídica. De este modo, lo que se discute no es tanto las obligaciones superiores asumidas por el empleador por el hecho de calificarse la relación como laboral, cuanto las consecuencias que para los poderes público tiene esa calificación jurídica. En concreto, la mayoría de los litigios judiciales en estos supuestos deriva de que el carácter laboral de la relación puede pretender exclusivamente integrar al trabajador dentro del régimen general de la Seguridad Social, siendo la Tesorería General de la misma la que se opone a ello, bien entendiéndose que se trata de un trabajador autónomo que debe integrarse en el correspondiente régimen especial o incluso un sujeto que ni siquiera merece la consideración de población activa, en ningún caso como asalariado, por lo que no puede darse de alta en el régimen general. Los litigios, pues, se establecen entre el trabajador-familiar y la Tesorería General de la Seguridad Social. En definitiva, el juego de intereses resulta bien diferenciado, por lo que ello repercute también en la perspectiva constitucional.

Desde el punto de vista constitucional, pues, la única cuestión a dilucidar es el posible tratamiento discriminatorio de la diferencia de tratamiento entre unos y otros familiares, por cuanto que en atención a lo antes referido y en concreto a la vista de la regulación de las circunstancias concurrentes que determinan para el legislador la exclusión de la legislación laboral, ninguna objeción se puede formular al efecto: la exclusión en ningún caso es absoluta, pues se trata de una mera presunción legal, de forma que prevalece la laboralidad, caso de que efectivamente se trate de un trabajador asalariado que presta sus servicios en régimen de subordinación.

Precisamente en el caso más señalado analizado por nuestro Tribunal Constitucional se trataba de una situación conforme a la cual un trabajador recibía un trata-

miento distinto en materia de Seguridad Social que el resto de los trabajadores en razón única y exclusivamente del vínculo matrimonial. Como criterio general de partida, nuestro Tribunal Constitucional afirmará que «la concurrencia de una relación familiar con otra de carácter laboral permite al legislador el establecimiento de particularidades en el régimen de esta última sin que, por esta sola circunstancia, se viole el derecho fundamental a la igualdad»: «no hay entre parientes del empleador y personas ajenas a todo vínculo familiar situaciones equivalentes que permitan una comparación. Y ello en atención a que la existencia de relaciones familiares puede evidenciar una diferente situación real entre los unidos por tales vínculos y los que no lo están». No obstante, ello no excluye que en determinados supuestos pueda verificarse un tratamiento discriminatorio, pues la diferencia de tratamiento resulte injustificada. Y eso es lo que desemboca en el caso concreto enjuiciado a otorgar el amparo constitucional solicitado, pues interpreta que «la imposibilidad de que una persona pueda encontrarse de alta en la Seguridad Social en razón exclusivamente de la existencia de un vínculo matrimonial con el empleador para el que presta sus servicios resulta contraria al art. 14 CE»: «conduce a una absoluta desprotección por parte de la Seguridad Social de quien, sin embargo, puede concluir, al amparo de la legislación laboral, un contrato de trabajo. El resultado es además, manifiestamente desproporcionado respecto a la finalidad perseguida por la norma» (STC 2/1992, de 13 de enero, BOE 13 febrero).

Desde otro punto de vista, resulta curioso que el requisito legal de la exclusión de la laboralidad se fija en la legislación ordinaria en atención, entre otros datos, a un requisito formal consistente en la presencia de una determinada relación de parentesco. De este modo, para que concorra tal formalidad, debe existir un vínculo matrimonial, de modo que en ningún caso se verifica cuando las dos partes conviven de hecho, es decir con convivencia *more uxorio*; para estos supuestos, no será de aplicación la exclusión del art. 1.3.e ET, de modo que la misma sólo se podrá verificar si se demuestra la ausencia de ajenidad y subordinación, si bien partiéndose de un régimen en el que se trataría de un fraude de ley que no se presume conforme a las reglas fenerales del Código Civil. Así lo ha entendido precisamente nuestro Tribunal Supremo: «cuando el art. 1.3.e) del ET habla de parientes se está refiriendo a los que tienen su origen en uniones matrimoniales, en ningún caso se comprende a las uniones estables de hecho» (STS 24 febrero 200, Ar. 2236). Por lo que se refiere a la perspectiva constitucional, de principio habrá que interpretar que esta diferenciación de tratamiento entre matrimonio y convivientes de hecho, en esta ocasión en beneficio de los segundo, no merece tacha de discriminación, por mucho de que desde una perspectiva de *lege ferenda* no resulta la solución ideal a proponer.

Puede advertirse también la presencia de algunas modalidades contractuales, actualmente en fuerte desuso, pero que en algunos momentos tuvo la funcionalidad de tomar en consideración particulares lazos familiares entre algunos trabajadores. Nos referimos en concreto al trabajo en común, el contrato de grupo e incluso al auxiliar asociado (art. 10 ET). En estos casos, el tipo de relación establecida entre el empresario y quienes le ejecutan una obra o servicio determinado se aproxima más a la realización de un trabajo autónomo por cuenta propia que a un trabajo de carácter asalariado, pero por las peculiaridades del caso el legislador ha estimado oportuno incorporarlos al ámbito protector típico de la legislación laboral, introduciendo incluso en algunos casos una opción que podríamos calificar de inclusión

constitutiva. En un tiempo estuvo muy extendido en el sector primario que el grupo familiar constituyera una «cuadrilla» a los efectos de realizar determinadas actividades agrícolas, de forma que el empresario se entendía con el cabeza de familia respecto de la contratación del conjunto de la familia. Sin perjuicio de que pueda hacer uso de esta modalidad contractual al margen de que entre los trabajadores exista o no una relación familiar, una de las hipótesis es esta, de forma que en tales relaciones se entrelazan los vínculos profesionales con los de carácter familiar. De igual forma, la figura del auxiliar asociado ha servido en ocasiones para mantener dentro del ámbito de lo laboral cierto tipo de relaciones profesionales, a pesar de que en algunos momentos desaparezcan algunos de sus rasgos típicos; por ejemplo, se suele considerar que la prestación de trabajo es de ejecución personal por parte del trabajador, de forma que resulta insustituible la persona del trabajador, de modo que lo contrario determina una extinción contractual; a pesar de ello, en determinadas ocasiones se acepta la sustitución del trabajador por algún familiar, a través de la figura del auxiliar asociado, sin que ello desemboque en la negación del carácter laboral que une a las partes (STS 20 julio 1999, Ar. 6839). Desde la perspectiva constitucional, nada hay que objetar a este tipo de fórmulas, que una vez más se desenvuelven en el ámbito del amplio margen de regulación que ostenta el legislador ordinario.

Finalmente, conviene también traer a colación, por ser situaciones a caballo entre la inclusión total y la parcial, la presencia de alguna relación laboral especial que aparentemente toma como referente la presencia de la institución familiar. Me refiero, en concreto, a la relación laboral especial al servicio del hogar familiar (RD 1424/1985, de 1 de agosto, BOE 13 de agosto). En esta ocasión, la referencia familiar proviene de la parte empresarial, que es la que determina las especialidades tanto del lugar de ejecución del servicio como del tipo de actividades laborales a desempeñar por el trabajador. La propia denominación de la relación especial alude expresamente al fenómeno familiar y, sin embargo, a mi juicio se trata de un calificativo poco acertado, pues esta relación especial ni se concierne exclusivamente en relación con una unidad familiar, ni la familia constituye el único grupo que puede llegar a celebrar este tipo de contratos, ni siquiera puede entenderse que sea la familia el elemento que a la postre determina las especialidades de esta concreta relación laboral. En realidad, habría que afirmar que es la ejecución del trabajo en el seno del hogar doméstico la que marca la seña de identidad de la relación especial, sin desconocer que la inmensa mayoría de tales hogares son de carácter familiar. Claramente, la relación especial se aplica también respecto de actividades doméstica efectuadas para una persona que vive sola en su domicilio, sin mantener vínculo familiar alguno; de otra parte, la existencia de relaciones no matrimoniales de convivencia no puede excluir la aplicación de la normativa sobre trabajo doméstico: ni siquiera, por ejemplo, un piso de estudiantes se entiende que escaparía a tal regulación. Por ello mismo, no es la presencia de una familia la que determina las especialidades, sino las acentuadas relaciones de confianza que se dan entre las partes de la relación laboral y el tipo de actividades particulares o privadas a realizar las que determinan las especialidades.

En todo caso, desde la perspectiva constitucional lo que se ha planteado al efecto es la corrección de la diferencia reguladora de este tipo de relaciones laborales, particularmente el presunto carácter discriminatorio o no de aquellos aspectos

que reducen la tutela normativa del trabajador. Con carácter general el Tribunal Constitucional interpreta que la mera existencia de relaciones laborales especiales no contradice el art. 14 CE, por cuanto que lo que esa norma impide es un tratamiento diferenciado en situaciones iguales, siendo la igualdad precisamente lo que está ausente en el caso de las relaciones especiales (STC 49/1983, de 1 de junio, BOE 17 junio; 79/1983, de 5 octubre (BOE 7 noviembre; 26/1984, de 26 de febrero, BOE 9 marzo). En concreto, el asunto más sensible es el relativo a la libertad de desistimiento por parte del empleador, que como tal suprime todas las garantías de causalidad de la decisión resolutoria por parte del empleador, que es precisamente el régimen recogido en la disposición reguladora del trabajo en el hogar doméstico. A estos efectos, el Tribunal Constitucional también ha avalado la conformidad de este régimen con las exigencias del texto constitucional (STC 26/1984, de 24 de febrero, BOE de 9 de marzo).

4. LA FAMILIA COMO INSTANCIA DE INTERMEDIACIÓN EN EL MERCADO DE TRABAJO

La familia ha constituido y sigue constituyendo hoy en día un canal esencial de colocación en el mercado de trabajo. La actitud generalizada de solidaridad entre los miembros de la familia les lleva a que ésta se extienda también al ámbito de la obtención de los medios de subsistencia; por tanto, la familia tiende con notable naturalidad en nuestra sociedad a ser instrumento de consecución de trabajo para sus miembros, de forma que aquellos que están en condiciones de propiciarlo, habitualmente por razones de edad y experiencia, actúan como servicio de colocación de los otros miembros particularmente de los más jóvenes y aún no integrados en el mercado de trabajo. Pero no es solamente que ello venga favorecido por las características propias del núcleo familiar, sino que adicionalmente la propia empresa otorga valor significativo y positivo a la utilización de este tipo de mecanismos familiares. Junto a los valores objetivos de titulación y profesionalidad de los posibles candidatos a ser contratados, la empresa también concede una importancia destacada a la relación de confianza, si se quiere incluso el grado de «fidelidad» que pueda establecerse entre la dirección y sus asalariados, factores estos otros que pueden verse reforzados cuando el canal de ingreso en la empresa lo es a través de lazos familiares. De este modo, el acceso al mercado de trabajo a través de las relaciones familiares del trabajador no solamente se verifica en microempresas que podríamos calificar de familiares, sino que también llega a extenderse en empresas de mayores dimensiones donde el elemento de la confianza entre las partes alcanza un valor de cambio elevado.

Desde el punto de vista jurídico, los servicios públicos de colocación y las agencias de colocación, e incluso si se quiere las empresas de trabajo temporal y las empresas de servicios, se configuran como instancias que facilitan la intermediación en el mercado de trabajo. Sin embargo, en un contexto de una actividad cada vez más liberalizada y excluido por completo desde hace tiempo el monopolio de la intermediación en el mercado de trabajo, nada obsta a que fenómenos menos institucionalizados jurídicamente sigan teniendo un papel relevante y, en todo caso, no se puedan poner obstáculos directos a su actuación como auténticos instrumentos de

colocación de la población laboral. La libertad de contratación por parte del empleador, consustancial a un sistema de economía de mercado, permite a éste que pueda seleccionar libremente a la persona a la que decide contratar, pudiendo para ello utilizar cualquier sistema que considere oportuno que facilite la intermediación del mercado de trabajo, entre ellas por supuesto la institución familiar.

Más aún, los condicionantes constitucionales que pueden limitar al empleador a indagar sobre aspectos privados que comporten ingerencia en la intimidad personal del trabajador, otorgan un plus de efectividad a la utilización de los contactos familiares pues éstos bien proporcionan una información adicional de enorme utilidad o bien ofrecen un elemento que incrementa la relación fiduciaria que hace innecesario indagar más acerca de las condiciones personales del candidato a contratar.

En todo caso, esa aceptación de principio de la familia como vehículo de contratación no puede considerarse absoluta, por cuanto que una vez más las reglas prohibitivas de la discriminación puede limitar las reglas que pudieran institucionalizarse al efecto. En efecto, las relaciones familiares, al propio tiempo que instrumento útil de contratación para unos, particularmente respecto de aquellas personas que tienen la ventaja de pertenecer a grupos familiares con fuerte poder económico, presenta también el lado negativo de que dificulta el acceso al mercado de trabajo de aquellos otros sujetos que carecen de tal tipo de lazos familiares o simplemente pertenecen a familias sin ese tipo de poder fáctico en la actividad económica.

Desde esta perspectiva, el ordenamiento jurídico y en particular los poderes públicos, sin poder atacar directamente la capacidad de influencia de la familia como servicio de colocación, sí que deben adoptar las debidas medidas de contrapeso para garantizar una vez más la igualdad sustancial, en particular por medio de la constitución de los correspondientes servicios públicos de empleo o agencias de colocación sin fines lucrativos que favorezcan la contratación de quienes con titulación y profesionalidad acreditada carezcan de los referidos canales familiares que pueden allanarle el camino para una más fácil incorporación al mercado de trabajo.

Más aún, esa tendencia preferencial del empleador a contratar, por ejemplo, a los miembros de su propia familia justifica que los poderes públicos no tengan porque tratarlos de forma igualitaria al resto de los trabajadores que no gozan de ese tipo de lazos familiares con el empresario. Tal es la justificación de que la normativa de incentivos a la contratación laboral, por vía de la reducción de las cotizaciones sociales, excluya de tales incentivos las contrataciones que afecten al cónyuge, ascendientes, descendientes y demás parientes, por consanguinidad o afinidad, hasta el segundo grado inclusive (en su última versión en el art. 47.5.1.b de la Ley 53/2002, de 30 diciembre, BOE 31 diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.); desde luego, ningún tipo de objeción se puede formular a este tipo de exclusiones desde el punto de vista constitucional ni siquiera de legalidad ordinaria.

Desde la perspectiva constitucional que estamos analizando, insisto, el principio clave de limitación, es una vez más la prohibición de discriminación. En esta materia, se produce un juego cuando menos curioso, aparentemente contradictorio, entre la libertad de empresa y la tutela antidiscriminatoria. En atención a la libertad de empresa, como hemos indicado antes, el empresario goza de libertad para utilizar el canal que desee de selección del personal, pudiendo otorgar más relevancia al dato

familiar que a cualquier otro, por cuanto que jurídicamente nada le obliga a contratar al trabajador más idóneo profesionalmente. Al propio tiempo, en atención a la prohibición de discriminación, no se pueden establecer reglas generales, ni estatales ni vía convenio colectivo, por medio de la cual se institucionalicen criterios de carácter familiar a los efectos de limitar la libertad de contratación empresarial. Así pues, cada una de las reglas actúa en planos diversos, por lo que su aparente contradicción, termina siendo complementaria: el empresario puede utilizar criterios de carácter familiar a la hora de seleccionar la persona a ser contratada, pero no se le puede imponer jurídicamente que utilice tales criterios.

Como es bien conocido, en muchas empresas desde bien atrás en el tiempo se han venido institucionalizando sistemas de preferencia en la contratación a los miembros de la familia de los propios trabajadores de la plantilla de la empresa, de forma que los hijos y parientes de los trabajadores en activo o jubilados tenían deberían ser contratados por la empresa antes de acudir a personas ajenas a ese tipo de vínculos familiares. Se trata de sistemas de incorporación en la empresa, que perviven hoy en día, en la medida en interesan desde luego a los trabajadores ya contratados en esas empresas, pero que igualmente pueden ser favorecidos por la dirección de la empresa si ésta desea establecer en su seno un determinado ambiente familiar en la cultura de la empresa. Eso sí, desde el punto de vista constitucional esas fórmulas pueden resultar discriminatorias respecto del resto de los trabajadores, razón por la cual ha de entenderse como contrario al art. 14 CE imponerlo como criterio a la dirección de la empresa. Desde luego, ello no pueden hacerlo los textos de los convenios colectivos, por ser contrario al art. 17.2 ET, pero incluso la prohibición es de rango superior, por atender como indicamos a prohibiciones de carácter constitucional.

El principio de no discriminación va a tener un impacto mayor, pues entiendo que no solamente juega a la hora de imposibilidad de imponerle condiciones de este tenor al empleador, sino que incluso le llega a limitar en su libre decisión de contratación y de selección de las personas a contratar. Desde este punto de vista podríamos afirmar que las características familiares de los candidatos a ser contratados pueden ser utilizados en positivo por el empleador, en el sentido de que pueden ser valoradas ciertas circunstancias familiares a favor de la contratación de un concreto sujeto. Pero que, a la inversa, la prohibición de discriminación le impide al empresario utilizar rasgos familiares como elementos excluyentes de la contratación de ciertas personas. Así, a título de ejemplo, habría que calificar de inconstitucional por discriminatoria, cualquier tipo de política empresarial de contratación que procediera a excluir entre los candidatos a las personas divorciadas, a las que mantiene una convivencia con parejas de hecho, a quienes simplemente no están casadas o a quienes sí lo están o bien tienen determinado tipo de responsabilidades familiares que suponen superiores cargas o bien lo pueden suponer en el futuro inmediato. Incluso aceptando que ese tipo de circunstancias pueden tener una repercusión directa sobre la actividad laboral, por ejemplo en la medida en que con ello se manifiesta una menor predisposición a aceptar ofertas de movilidad geográfica, de disponibilidad horaria para la ejecución del trabajo, de forma directa este tipo de situaciones familiares no pueden, por sí solas determinar una exclusión para ser contratadas en ciertas empresas. El caso más directamente analizado por nuestro Tribunal Constitucional refiere a aquellos supuestos en los que el empresario se ha negado a contratar a una trabajadora, mejor dicho, en aquellos casos en los que no se le ha

prorrogado su contrato temporal, por diferencia al resto de los que estaban en su misma situación, por el mero hecho de encontrarse embarazada (STC 173/1994, de 7 de junio, BOE 9 julio; 3/1995, de 10 de enero, BOE 11 febrero; 17/2003, de 30 enero, BOE 5 marzo).

Siendo esto así, si estos factores familiares no pueden ser tomados en consideración por el empleador a la hora de contratar a su personal, habrá que estimar que tampoco el empresario podrá indagar sobre los mismos en las entrevistas y cuestionarios que exija a las personas a contratar; lo contrario, no sólo incidiría sobre el precedente principio de no discriminación (art. 14 CE), sin también sobre la esfera de privacidad del trabajador amparada por su derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18 CE).

Con todo, habrá que reconocer la presencia de supuestos excepcionales en los que las circunstancias familiares podrán influir en la contratación, particularmente en actividades de tendencia en empresas que defienden determinados postulados ideológicos. Naturalmente, tratándose de una excepción singular a una tajante prohibición de diferencia de tratamientos por razones de carácter ideológico, las mismas han de ser interpretadas de forma excepcional y bien restrictiva.

Eso sí, lo que no resulta razonable es, bajo capa de defensa de determinados postulados ideológicos, incurrir en flagrantes tratamientos discriminatorios. Ello explica, por ejemplo, el fuerte debate suscitado en nuestro país en torno a la selección de los profesores de religión católica por parte del Ordinario del lugar, donde en ocasiones la situación matrimonial o familiar de los candidatos ha sido tomada en consideración a la hora de excluirlos de la contratación. Parece difícil de justificar en estos casos que las circunstancias familiares del sujeto puedan influir de manera inmediata sobre las enseñanzas impartidas, cuando el sujeto en cuestión mantiene cierta reserva acerca de su vida privada. Pero, sobre todo, el elemento más contradictorio del caso en cuestión deriva del hecho de que tales docentes lo sean en el ámbito de la enseñanza pública, de una enseñanza curricular dentro de la formación reglada de los estudiantes, al extremo que el sujeto contratante del profesorado va a ser una Administración Pública, por mucho que quien ostente la facultad de seleccionar al profesor a contratar sea el Obispo de la diócesis. Las consideraciones que formularemos posteriormente respecto de la contratación en la Administración Pública no tienen por qué excluirse en el presente caso.

En la misma lógica de tutela frente a tratamientos discriminatorios en la contratación, debe leerse el mandato de actuación de las agencias de colocación, que han de seleccionar las demandas y ofertas de trabajo conforme al principio de igualdad en el acceso al empleo (art. 16.2 ET), lo que les impide la toma en consideración de circunstancias de carácter familiar a la hora de efectuar la selección de trabajadores a proporcionar a las empresas demandantes de empleo.

Finalmente, una situación particular, de mayor constricción aún, se presenta en aquellos casos en los que actúa como parte empleadora una Administración Pública. En estos casos, tanto la selección para el ingreso como la promoción profesional han de someterse constitucionalmente a estrictos principios de igualdad, mérito y capacidad (art. 23.2 y 103.3 CE). Al extenderse estos principios a toda relación de empleo público, incluidas aquellas que se articulan por medio de la legislación la-

boral, toda institución pública que seleccione laboral o funcionalmente a su personal tendrá prohibida taxativamente la utilización de criterios de carácter familiar a la hora de efectuar esta actuación. La relativa discrecionalidad de la que goza el empresario privado bajo el amparo de la libertad de empresa, desaparece por completo cuando quien contrata es una Administración Pública.

5. LA FAMILIA COMO FACTOR MODALIZADOR DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO

El intercambio de trabajo por salario, propio de la relación sinalagmática derivada de la celebración del contrato, conduce a que las delimitación del contenido y alcance de las condiciones de cumplimiento de la prestación de servicios vayan funcionalizadas a la satisfacción del interés empresarial a la obtención de su mayor rendimiento y productividad. De este modo, la situación familiar del trabajador, en un principio, será ajena a la determinación de los derechos y deberes de las partes de la relación laboral. A ello coadyuva, una vez más, la prohibición de tratamiento discriminatorio por razón de cualquier condición social, de modo que se presumirá que carece de justificación el establecimiento de diferencias de tratamientos entre unos y otros trabajadores en función de su situación familiar. No obstante, también en esta vertiente será posible que para regulaciones particulares pueda estimarse objetivo y proporcionado establecer este tipo de diferenciaciones. Una vez más, ese equilibrio entre principio general y excepciones fundadas sólo puede recibir una respuesta singularizada para cada institución concreta y respecto de finalidades propias, que obliga a un método de análisis puntual materia por materia, que es lo que procedemos a hacer a continuación.

5.1. Retribución y partidas económicas

La mención más directa y expresa en el texto constitucional aparece en relación con la retribución del trabajador, cuando el art. 35.1 CE reconoce a todos los españoles el «derecho a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia». Parece que con ello se pretende romper con los esquemas contractuales civiles, donde la sinalagmaticidad propia del contrato de trabajo conduce a fijar el quantum de la retribución exclusivamente en función de la calidad y cantidad del trabajo ejecutado. Daría la impresión de que con tal previsión constitucional se rompería la equivalencia de las prestaciones de ambas partes, por cuanto que se habría de tomar en consideración un factor de todo punto ajeno a la prestación de servicios del trabajador: el salario a percibir debería ser superior o inferior en atención a las cargas familiares de cada trabajador, de modo que a igualdad de trabajo entre dos empleados quien tuviera superiores responsabilidades familiares debería percibir una retribución superior.

Sin embargo, a nuestro juicio, la precedente lectura del texto constitucional resulta errónea de todo punto, sin que se puedan extraer del mismo tales conclusiones. Una lectura sistemática y contextualizada del precepto nos muestra el absurdo de tal construcción jurídica, razón por la cual debe rechazarse. El modelo general en

el que se inscribe el precepto, tan sólo permite una lectura débil del mandato constitucional, en el sentido de que la fijación del suelo mínimo de la retribución deberá tener en consideración que el trabajador desde el punto de vista social en muchas ocasiones no sólo deberá hacer frente con sus ingresos a sus necesidades particulares sino también a las de su prole, si bien ello no puede comportar una ruptura del tradicional carácter sinalagmático de los derechos y deberes de la relación laboral. Las razones que avalan tal conclusión se resumirían en los siguientes términos. El texto constitucional implanta un modelo de relaciones laborales basada sobre el principio basilar de la autonomía colectiva, que ante todo comporta la atribución a los representantes de los trabajadores y empresario de un protagonismo decisivo en la fijación de las condiciones de trabajo a través de la negociación colectiva, siendo la expresión más patente de ello que la fijación de la cuantía del salario y por derivación de su estructura se fija a través de los convenios colectivos, de forma que la actuación del poder público en el régimen del salario tiene un valor puramente residual. Siendo diferida a la negociación colectiva, con amplia libertad, tanto la fijación de los elementos cuantitativos como cualitativos del salario, difícilmente se puede concebir que se le pueda imponer la toma en consideración de la situación familiar de un empleado a la hora de cuantificar su retribución. Más aún, si alguna tendencia existe en nuestro ordenamiento jurídico es al establecimiento del principio de igualdad retributiva por trabajo de igual valor, que si bien se formaliza exclusivamente a efectos de igualdad por razón de sexo (art. 28 ET), sin embargo ello es suficiente pista como para rechazar una interpretación del texto constitucional en orden a establecer diferencias retributivas por razones familiares. En segundo lugar, ese tipo de políticas de atención a las mayores necesidades económicas de las personas que deben atender al sostenimiento de los miembros de la familia que no están en condiciones de obtener sus propios medios económicos, en nuestro modelo de Estado Social se le impone a los poderes públicos; ya indicamos que es a los poderes públicos a quienes se le impone constitucionalmente el desarrollo de una política de protección a la familia (art. 39.1 CE), en tanto que si ello se deriva hacia la forma de fijación del salario sería al empresario como sujeto privado a quien se le haría soportar este tipo de costes sociales. Más aún, uno de las prestaciones tradicionalmente incorporada a la acción protectora de la Seguridad Social ha sido la correspondiente a la protección familiar, de forma que si el art. 41 CE incorpora un mandato de «mantenimiento» del régimen público de Seguridad Social, una de las lecturas del precepto es la de acentuar que ese tipo de actuaciones de protección social se residencian en el ámbito de lo público y no de lo privado. Más aún, si el modelo constitucional se inscribe dentro de un sistema económico basado en la economía de mercado y, por ende, en el juego de las reglas de la competitividad y la productividad, serán elementos relacionados con la calidad y la cantidad del trabajo efectuado los que deben orientar la fijación de la retribución de cada empleado.

El resultado final de todo ello va a ser que con naturalidad el Gobierno cuando ha utilizado el único instrumento más directo de incidencia sobre el quantum retributivo nunca ha empleado elementos relacionados con la situación familiar del trabajador. Me refiero en concreto a la fijación del salario mínimo interprofesional, que siempre ha constituido un suelo retributivo común para todas las categorías profesionales, básicamente cuantificado en función del tiempo de trabajo y, por tanto, hoy en día exclusivamente modulado en atención a la duración de la jornada de trabajo.

Si en el pasado existió algún otro factor de ponderación fue el relacionado con la edad del trabajador, con tramos de 16, 17 y 18 años de edad, pero que hace ya algunos años que desapareció, e incluso cuando estuvo presente en modo alguno tomaba en consideración el factor familiar del joven. Más aún, cuando el Tribunal Constitucional en su momento con una fundamentación jurídica alambicada aceptó la constitucionalidad de ese tipo de diferencias de tratamiento por razón de la edad, lo hizo partiendo del principio general de la igualdad de retribución por trabajo idéntico o de igual valor: recuérdese a estos efectos que la diferencia por razón de la edad se declaró en su momento conforme a los postulados constitucionales siempre que la misma se encontrara fundada en una menor productividad o rendimiento del trabajador joven, pero no admitida por el simple hecho de la edad: «cualquier otra condición o circunstancia personal o social»: «el principio de igualdad de remuneraciones implica la eliminación, en el conjunto de los factores y condiciones retributivas, para un mismo trabajo, o para un trabajo al que se atribuye igual valor, de cualquier discriminación, es que el trabajador tiene derecho a igualdad de trabajo, igualdad de salario, no pudiendo operar, partiendo de esta igualdad, la edad como circunstancia diferenciadora» (STC 31/1984, de 7 de marzo, BOE 3 abril).

Al margen de todo lo anterior, debe tenerse en cuenta también que tradicionalmente en los convenios colectivos, dentro de los apartados correspondientes a lo que denominaríamos asistencia social, suelen reconocerse a los trabajadores el derecho a recibir ciertas cantidades económicas para atender gastos singulares de sus hijos, sobre todo relacionados con ayudas al estudio, o bien se crean determinados fondos para atender eventos desgraciados de carácter familiar. Sobre el particular lo primero que ha de indicarse es que conscientemente los negociadores sitúan este tipo de percepciones entre las partidas extrasalariales, con lo cual las mismas quedan al margen por completo de las consideraciones precedentes, siendo imposible vincularlas al mandato contenido en el art. 35.1 CE relativo exclusivamente a la remuneración del trabajador. Corolario principal de todo lo anterior ha de ser que no existe ningún mandato, ni constitucional ni de legalidad ordinaria que imponga a los negociadores la necesidad de incorporar contenidos específicos respecto de la materia que venimos comentando; no sólo otorga un amplio espacio de negociación a las partes integrantes de la mesa negociadora, sino que le concede igualmente libertad para seleccionar qué materias estiman oportuno negociar y cuales no: forma parte de la propia libertad negocial comenzar por decidir cuáles han de ser los contenidos del convenio colectivo. En tercer lugar, caso de que los negociadores opten por mantener en el clausulado del convenio este tipo de contenidos asistenciales, nada se podría objetar de principio, sin que se pueda entender que se vulnera ningún condicionante constitucional, por el hecho de atender vía cargas empresariales determinadas necesidades familiares de los empleados de la empresa. De existir algún condicionante, son los comunes derivados de la tutela antidiscriminatoria, por ejemplo, la imposibilidad de establecer diferencias de tratamiento por razones del tipo de familia constituida, de que los hijos lo sean de un matrimonio o de una convivencia de hecho. Incluso a partir de la extensión desde la perspectiva comunitaria de la discriminación a aquellas que se verifican por razón de la orientación sexual, habría que considerar su alcance sobre la paridad de tratamiento para este tipo de materias (art. 13 TCE; Directiva 2000/78, de 27 de noviembre, DOCE 2 diciembre). Por otro lado, lo habitual es que este tipo de medidas no tomen en consideración el sexo del traba-

jador, si bien cuando en alguna ocasión han sido cantidades exclusivamente reconocidas a las madres y no a los padres, nuestro Tribunal Constitucional las ha avalado como medidas de acción positiva que no contradicen el principio de igualdad constitucional; el caso concretamente se ha presentado respecto de una ayuda por guardaría a favor de las madres que efectuaban determinados turnos de trabajo: «resulta patente que, aun excluyendo que exista una diferencia de obligaciones familiares entre hombre y mujer, la mujer que tiene a su cargo hijos menores se encuentra en una situación particularmente desventajosa en la realidad para el acceso al trabajo, o el mantenimiento del que ya tiene» (STC 128/1987, de 16 de julio, BOE 11 de agosto).

5.2. Tiempo de trabajo

La organización del tiempo de trabajo constituye uno de los elementos que más directamente influyen sobre el reparto de responsabilidades entre el mundo del trabajo y el ámbito familiar, sobre todo por cuanto que exige cada vez más el establecimiento de un régimen que logre un difícil equilibrio entre la toma en consideración de las necesidades empresariales, de un lado, y la atención por parte del trabajador a sus responsabilidades familiares. Es en este ámbito donde se han desarrollado en los últimos tiempo impulsos relevantes desde los poderes públicos de promoción de la conciliación de la vida profesional y familiar de los trabajadores. Tratándose de una política general, la misma se ha plasmado en un amplio abanico de medidas, aunque no es casual que las más concretas y de mayor influencia inmediata se hayan referido al reconocimiento a los trabajadores de derechos de ausencia del trabajo, a través de la extensión de los supuestos contemplados tradicionalmente en lo que refiere a permisos retribuidos, reducción de jornada con correlativa reducción de la cuantía retributiva, suspensión de la relación laboral, o bien adaptación de horario con tiempos de trabajo y tiempos de descanso que otorguen mayor relevancia a las necesidades de atención a miembros de la familia o al conjunto de la unidad familiar. En nuestro ordenamiento, han sido varias las reformas legislativas que se han llevado a cabo en este ámbito, particularmente a impulsos comunitarios, entre las que destaca sobre todo la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, BOE 6 de noviembre, de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras. Comoquiera que ya en otra ocasión me he ocupado del análisis del alcance de esta reforma legislativa (El fomento de la integración plena y estable de la mujer en el trabajo asalariado. Comentario a la Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, número extraordinario, 1999), baste en lo sustancial con remitirme a dicho estudio.

En la perspectiva que estamos analizando en estos momentos lo fundamental es que no existen obstáculos de carácter constitucional al establecimiento de este tipo de reglas que son particularmente sensibles a las superiores dificultades de ciertos trabajadores a la hora de poder atender a sus obligaciones laborales, sin dejar de atender a su familia. Distinta sería la valoración en lo que refiere al diferencial de efectos entre el corto y medio plazo de este tipo de medidas, a las que ya aludimos con anterioridad. Pero, en todo caso, desde el punto de vista constitucional ningún tipo de tacha se puede efectuar sobre el particular, probablemente todo lo contrario,

pues alguna de ellas podríamos afirmar expresamente que vendrían legitimadas desde las propias perspectiva constitucional.

En el ordenamiento español este tipo de medidas tienden a incorporarse con carácter neutro, en el sentido de que tienden a ofrecer ventajas de conciliación de la vida familiar y laboral de forma genérica en favor de cualquier trabajador, con independencia de cual sea su sexo, si bien se es consciente de que van a ser las mujeres trabajadoras quienes con mayor reiteración van a hacer uso de tales facilidades. En todo caso, en las escasas ocasiones en las que se han incorporado estrictas medidas de acción positiva en favor de las mujeres y las correspondientes regulaciones han llegado a ser objeto de valoración por parte de los Tribunales de Justicia, nuestro Tribunal Constitucional en concreto ha aceptado la corrección de las mismas desde el punto de vista del respeto al principio de igualdad recogido en el art. 14 CE, eso sí con las debidas cautelas al respecto. Así ha sucedido, por ejemplo, cuando se ha dado por buena cuando en el pasado la reducción la jornada de trabajo por lactancia se reconocía exclusivamente al padre y no a la madre (STC 109/1993, de 25 marzo, BOE 27 abril; 187/1993, de 14 junio, BOE 19 julio).

Como elemento de contraste conviene también recordar que el legislador estatal ha hecho desaparecer otro tipo de reglas de tratamiento preferente de los trabajadores con responsabilidades familiares. Así, a título de ejemplo, puede recordarse como en un tiempo para la elección del momento de disfrute de las vacaciones legalmente se otorgaba preferencia a quienes tenían responsabilidades familiares frente a quienes no las tenían. El sistema actual, que opta por reforzar los contenidos de los convenios colectivos y, a tal efecto, remitir a la negociación colectiva la regulación del régimen de ejercicio del derecho a las vacaciones anuales, ha determinado la desaparición de la regulación estatal de este tipo de reglas. En todo caso, su omisión de la norma estatal no tiene relación alguna con una imposibilidad constitucional de que pervivan este tipo de fórmulas, en términos tales que sería de todo punto conforme a derecho que las mismas resurgieran por vía de la negociación colectiva o por los acuerdos puntuales de fijación de las fechas a través de los acuerdos anuales de la dirección de la empresa con los representantes de los trabajadores en la misma.

5.3. Vicisitudes de la relación laboral

Dentro del bloque relativo a las vicisitudes de la relación laboral donde se aprecian en nuestro ordenamiento mayor toma en consideración del factor familiar lo es en las causas y régimen jurídico de la suspensión de la relación laboral, particularmente con una cada vez más extensa previsión de la excedencia con reserva de puesto de trabajo para atención a responsabilidades familiares. En todo caso, el panorama se inscribe una vez más en la órbita de la conciliación de la vida familiar y profesional, por lo que baste con efectuar de nuevo una remisión a lo antes dicho.

Aparte de ello, habría que citar el derecho reconocido legalmente al cónyuge del trabajador trasladado para ser trasladado también a la misma localidad, con vistas a favorecer el reagrupamiento familiar. La previsión legal es bastante limitada en su alcance, por cuanto que requiere de dos requisitos de no fácil concurrencia: uno, que sea trabajador de la misma empresa y, dos, que exista puesto de trabajo disponible

en la localidad de destino de su cónyuge (art. 40.3 ET). Desde el punto de vista constitucional, una vez más nada se puede objetar respecto de este tipo de reglas de indudable vinculación con el respeto a la institución familiar. El precepto al utilizar el término «cónyuge» pudiera hacer pensar que con ello está requiriendo una relación de pareja institucionalizada, aunque tampoco es seguro que exista una voluntad consciente por parte del legislador de negar este derecho a las parejas de hecho; desde luego, sí que habrá que estimar discriminatoria la conducta denegatoria del traslado a las parejas homosexuales, por afectar a la orientación sexual en los términos previstos por imperativos de Derecho Comunitario (Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre, DOCE de 2 de diciembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación).

Regla similar se establece en el ámbito de la Administración Pública respecto del personal estatutario de la asistencia sanitaria pública, aunque en este caso no estrictamente vinculado a una decisión previa de traslado del cónyuge, sino a la mera situación fáctica de que el cónyuge presta servicios en otra localidad. En este caso, la norma prevé un derecho preferente, a efectos de adjudicación o provisión de vacantes, a favor de aquel personal estatutario que, por razón del puesto de trabajo que desempeñe resida en localidad distinta a la que constituya la residencia de su cónyuge. El propio Tribunal Constitucional ha llegado a avalar la corrección de este tipo de preferencia, tanto desde el punto de vista del principio general de igualdad (art. 14 CE), como del específico de igualdad en el acceso a los cargos públicos (art. 23.2 CE). Para el Tribunal ese principio de igualdad ha de exigirse más tajantemente en el momento del ingreso a la función pública, que en momentos sucesivos de desarrollo o promoción de la propia carrera administrativa, de forma que en estos otros supuestos admite que la Administración legítimamente pueda tener en consideración otros criterios distintos que no guarden relación con el mérito y la capacidad de los candidatos. Por su claridad argumental, merece la pena transcribir algunas de las afirmaciones de la sentencia: «La desigualdad que en orden a la provisión de vacantes mediante concurso introduce la norma cuestionada se apoya, en efecto, en un derecho específico que encuentra plena justificación y razonabilidad desde la consideración de otros bienes jurídicos, como es la familia, cuya protección social, económica y jurídica debe ser asegurada por los Poderes Públicos (art. 39.1 CE), lo que, entre otras manifestaciones, comporta el que éstos favorezcan, eliminando trabas, el cumplimiento del deber de convivencia al que se refiere el art. 68 del Código Civil. E incluso esa justificación y razonabilidad se aprecia, también, teniendo presente el propio mandato constitucional al que están sujetas las Administraciones Públicas de proceder con eficacia en la prestación de los servicios públicos (art. 103.1 CE), lo que legitima la adopción de aquellas medidas que tiendan precisamente a que el personal al servicio de las Administraciones Públicas se encuentren en las mejores condiciones para el desarrollo de la actividad propia de su cargo» (STC 192/1991, de 14 de octubre, BOE 15 de noviembre).

A la inversa, lo que el precepto no establece es ningún tipo de preferencia para no ser trasladado en caso de que se tengan responsabilidades familiares, frente a quienes no la tienen, a semejanza de lo que sí se prevé respecto de los representantes de los trabajadores; eso sí, en los mismos términos respecto de lo dicho en materia de vacaciones, sería lícito que este tipo de preferencias se incorporaran a través de los convenios colectivos.

Desde el punto de vista sociológico viene a cumplir una función similar el derecho a permisos retribuidos cada tres meses para el trabajador desplazado. No obstante, conviene marcar las diferencias en este caso, pues se trata de un derecho reconocido a todos los trabajadores para ir a su domicilio, de forma que no va vinculado legalmente a la existencia de una determinada situación familiar, de modo que también podrán gozar de éste quienes no tengan familia alguna.

Por último, algunas especialidades se establecen también respecto de la subrogación contractual a resultas de una transmisión de empresa. En esta ocasión las diferencias provienen no de la situación familiar del trabajador, sino la correspondiente al empleador. En concreto, en esta ocasión las diferencias de tratamiento afectan a las transmisiones que se verifican *inter vivos* respecto de las que son resultado del fallecimiento del titular de la empresa. El elemento familiar en esta ocasión refiere al hecho de que son los parientes del fallecido los llamados a heredar su patrimonio y, con ello, la posibilidad de continuación de la actividad empresarial por parte de los familiares del fallecido. La primera especialidad establecida al efecto es que a estos familiares no se les impone legalmente la obligación de mantener en funcionamiento la actividad empresarial precedente, de modo que la subrogación contractual no actúa de forma automática al fallecimiento del empleador, sino exclusivamente en la hipótesis de que los herederos decidan libremente continuar con la actividad empresarial. En estos casos la clave constitucional se encuentra en el reconocimiento de la libertad de empresa (art. 38 CE), que tiene como faceta negativa el hecho de que a nadie se le puede obligar a asumir una actividad empresarial que no ha iniciado. Dicho de otro modo, los herederos gozan de plena libertad para continuar o no con la actividad empresarial que abandona el fallecido, jubilado o incapacitado: si optan por no continuar con la actividad empresarial, se actualiza la causa extintiva del art. 49.1.g ET, dando lugar a la terminación de todos los contratos de trabajo en esa empresa; si optan por continuar con la actividad empresarial han de hacerlo subrogándose en los contratos de trabajo precedentes, siendo de aplicación las reglas del art. 44 ET. Otro pequeño matiz diferencial se encuentra en los efectos de la subrogación empresarial, pues si bien con carácter general se establece un principio de subrogación generalizada en los derechos y deberes del cedente, para el caso concreto de la transmisión *inter vivos* se establece una responsabilidad solidaria durante tres años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas, régimen que no se contempla para las transmisiones *mortis causa*.

6. SU INCIDENCIA SOBRE LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

Con carácter general el régimen de extinción de los contratos de trabajo se contempla unitario para todos los trabajadores y para todas las empresas, sin que puedan observarse especialidades por las posibles vinculaciones familiares de unos y de otros. Sin embargo, una lectura más atenta y funcional de la norma permite que emerjan algunas diferencias con cierta conexión al dato familiar.

Por lo que refiere al trabajador, reaparece una vez más la tutela antidiscriminatoria, que veda la utilización de la situación familiar como factor de diferenciación entre los trabajadores. Los ejemplos más señalados que podemos traer a colación serían los siguientes.

En primer lugar, recordar la intensa tradición en el régimen precedente de fomentar el abandono de la actividad laboral de las mujeres que contrajesen matrimonio. A tal efecto, se generalizó en la normativa sectorial la institución de la dote matrimonial, a resultas de la cual se contemplaba la percepción de una importante cantidad a tanto alzado a favor de la mujer que abandonase el trabajo con motivo de su matrimonio. Se trata de cláusulas de todo punto discriminatorias por razón del estado civil del trabajador, por lo que ni siquiera podrían superar el test de constitucionalidad aquellos intentos de pervivencia oculta de la dote, pretendiendo reconocerlos a todos los trabajadores con independencia de su sexo: el elemento discriminatorio en estos casos deriva de presionar al abandono del trabajo a quien contrae matrimonio, sea de uno otro sexo, sin dejar de olvidar que en el fondo se es consciente que de pervivir este tipo de reglas de forma generalizadas serían las mujeres quien se acogerían a esta cláusula, motivo por el que se puede afirmar que la misma también constituiría una discriminación indirecta por razón de sexo (STC 317/1994, de 28 de noviembre, BOE 28 diciembre).

Carácter similar a estos supuestos eran aquellos que forzaban a la excedencia de la mujer que contraía matrimonio, que sólo reconocían en el derecho al reingreso en ciertas circunstancias sobrevenidas y que dio lugar a múltiples pronunciamientos de nuestro Tribunal Constitucional en torno a la posible caducidad del derecho a exigir el correspondiente reingreso tras la entrada en vigor del texto constitucional (STC 67/1982, de 15 de noviembre, BOE 10 diciembre; 13/1983, de 23 de febrero, BOE 23 marzo; de 15/1985, de 5 de febrero, BOE 5 marzo).

En segundo lugar, habría que mencionar el carácter discriminatorio de todas aquellas resoluciones contractuales empresariales —sean desistimientos, despidos o no prórrogas de contratos— motivadas en el fondo por el conocimiento de la situación de embarazo de la mujer trabajadora. Particularmente reiterados han sido los pronunciamientos en este tipo de prácticas empresariales en los casos de extinciones contractuales durante la ejecución del período de prueba, debido a la amplia facultad de desistimiento de la que goza el empleador (STC 166/1988, de 26 de septiembre, BOE 14 octubre; 198/1996, de 3 de diciembre, BOE 3 enero). En definitiva, la doctrina general relativa a la nulidad radical de las extinciones contractuales lesivas de derechos fundamentales y libertades públicas, encuentra uno de sus casos típicos en los despidos que marginan a ciertos trabajadores por razones de sus vínculos familiares o incluso por la ausencia de éstos.

La reforma del Estatuto de los Trabajadores introducida por la Ley 39/1999, de conciliación de la vida familiar, fue más allá del supuesto precedente. En ese contexto se declaran nulas las extinciones que coinciden temporalmente con el ejercicio de ciertos derechos laborales dirigidos a garantizar la compatibilidad entre trabajo y responsabilidades familiares. La medida concretamente incorporada consistió en suprimir la posibilidad de declarar un despido como improcedente cuando el trabajador se encuentra en situación de suspensión de relación laboral, de reducción de jornada o inmediatamente previas a la misma, en todos estos casos pretendiendo interrumpir o habiendo interrumpido su prestación de servicios por algunos de los motivos antes comentados, que le obligan a asumir responsabilidades familiares más intensas (arts. 53.4 y 55.5 ET). En estos casos, la disyuntiva para el órgano judicial es exclusivamente entre la declaración de procedencia o de nulidad del despido: es

decir, caso de que no se aprecie la concurrencia de causas justificativas de la suficiente entidad como para que se considere como lícita la decisión empresarial extintiva, ello conduce inexorablemente a la declaración de nulidad del despido.

Constituye ello un plus, claramente diferenciado, respecto del despido nulo por despido lesivo de derechos fundamentales o libertades públicas. Debe quedar claro que no se trata de vedar las decisiones extintivas que constituyan una medida de retorsión frente al ejercicio por parte del trabajador de derechos subjetivos reconocidos por la legislación laboral, aunque pueda existir algún trasfondo de ello. La práctica totalidad de estos casos de retorsión quedarían integrados dentro de la nulidad radical del despido por atentar a derechos constitucionalizados. Aquí se trata de ir más allá de ello, declarando la nulidad cuando el despido no pueda demostrarse como procedente y éste coincida temporalmente con la fase de suspensión del contrato, de reducción de jornada o inmediatamente precedente a la misma. La diferencia más palpable se sitúa en el terreno de lo procesal, en el sentido de que el objeto de la prueba y del debate procesal es bien diferente: en la nulidad por lesión de derechos fundamentales es obligado aportar pruebas indiciarias de que la conducta empresarial posee un móvil discriminatorio o lesivo de derechos fundamentales, por lo que la resolución judicial debe fundarse en la presencia o no de tales conductas ilícitas; frente a ello, en el caso aquí observado no es preciso aportar elemento indiciario de tal naturaleza, bastando con el dato objetivo de la coincidencia en el tiempo del despido con la situación de ejercicio de los derechos de referencia por parte del trabajador. En el caso de imputación de nulidad por lesión de derechos fundamentales, al empresario le basta con probar que no existió tal lesión, sin que le sea exigido al empleador demostrar que el despido era procedente (STC 180/1994, de 20 de junio, BOE 12 julio). Por el contrario en estos otros casos, al empresario no le basta con demostrar que su actuación fue ajena de todo punto a un entorpecimiento en el ejercicio de los derechos vinculados a la conciliación de la vida familiar y profesional: al empresario en este caso sólo le cabe la demostración de que el despido era procedente. Si se quiere dicho de otro modo, aunque no sea del todo correcto en términos de dogmática jurídica, la Ley viene a establecer una presunción «*iuris et de iure*» de que cuando se da la coincidencia temporal entre despido y ejercicio de tales derechos, si no se aporta prueba suficiente de la procedencia del despido, se considera sin más prueba de contraste que el móvil es discriminatorio o lesivo de derechos fundamentales.

Por ello mismo, en conclusión, la regulación legal es una medida adicional a la que deriva directamente del precepto constitucional, que sólo contempla la nulidad radical anudada a un tratamiento discriminatorio o lesivo de derechos fundamentales.

En otro orden de cosas, al igual que comentamos para el caso de la fijación de las vacaciones o de otras reestructuraciones empresariales, para el caso de los despidos colectivos fundados en causas económicas y empresariales desaparecieron hace tiempo también de la normativa estatal las preferencias a favor de los trabajadores con responsabilidades familiares cuando se trata de seleccionar a quienes han de perder su empleo, mientras que sí se mantienen las preferencias de los representantes de los trabajadores. Ello no impide que el empresario, por propia iniciativa o a resultas de las consultas con los representantes de los trabajadores, opte por atender a este tipo de criterios a la hora de seleccionar a los empleados a despedir. Sin

embargo, al desaparecer como tal preferencia legal, la empresa ostenta una amplia discrecionalidad a la hora de elegir los afectados por el expediente de regulación de empleo. Más aún, en la práctica, su desaparición viene a invertir los resultados: en efecto, como es bien sabido, las reducciones de plantillas en nuestro país en las últimas décadas han arrancado de prescindir por vía de las jubilaciones anticipadas de los trabajadores de mayor edad, permaneciendo en las empresa los más jóvenes; de este modo, aunque en unos y otros grupos pueden encontrarse trabajadores muy diversos, puede presumirse que estadísticamente esos trabajadores de mayor edad pueden coincidir mayoritariamente con los trabajadores con superiores responsabilidades familiares.

Para concluir, dejar constancia de la presencia en nuestro ordenamiento de ciertas reglas especiales que establecen un régimen diferenciado de extinción contractual más liviano para las pequeñas empresas. Recuérdense las especialidades en caso de muerte, jubilación o incapacidad del empresario como persona física (art. 49.1.g ET), los costes inferiores de los despidos por reducción de personal asumidos por el Fondo de Garantía Salarial (art. 33.8 ET), los menores requisitos de procedimiento y de controles previos de los despidos colectivos en las pequeñas empresa (arts. 51 y 52 ET), etc. Aunque las generalizaciones en esta materia no son aconsejables, sí al menos apuntar como hipótesis de trabajo que muchas de esas pequeñas empresas coinciden con lo que sociológicamente se vienen denominando como empresa familiar. Desde luego el elemento familiar no es, ni mucho menos, la razón por la cual el legislador se inclina por reducir las cargas empresariales para cierto tipo de despidos, sino básicamente la menor capacidad económica de este tipo de empresa y las mayores dificultades para este tipo de empresas de cumplir con cierto tipo de trámites y procedimientos. Eso sí, también es cierto que se da la coincidencia de que ese tipo de menores cargas repercuten sobre todo sobre la empresa familiar.