

La adaptación de la directiva de conciliación de la vida familiar y profesional al ordenamiento español*

Impact of the new directive on work-life balance in Spanish System

MARÍA JOSÉ LÓPEZ ÁLVAREZ
Catedrática Derecho del Trabajo y SS
Universidad Pontificia Comillas (Madrid)
ORCID ID: 0000-0002-5004-1607

Recibido: 21-03-2022
Aceptado: 27-03-2022
doi: <https://doi.org/10.20318/femeris.2022.6943>

María José Dilla Catalá in memoriam

Resumen. La nueva Directiva de Conciliación de la vida familiar y profesional trata de impulsar cambios en las políticas de conciliación para combatir la discriminación laboral de la mujer. Para ello, adopta una visión amplia de las necesidades de conciliación, incluyendo el cuidado de mayores y dependientes. Y apuesta por la corresponsabilidad y la flexibilidad en el ejercicio de los derechos de conciliación. En nuestro sistema, algunas de estas novedades han quedado incorporadas tras el Real Decreto-Ley 6/2019, por lo que la Directiva no impone modificaciones normativas de calado a corto plazo. Sin embargo, las líneas marcadas por la Directiva obligan a revisar la aplicación de algunas de las medidas en vigor que tienen, por ejemplo, un llamativo sesgo de género, como la excedencia por cuidado de hijo que prevé el art. 46.3 ET. E igualmente exigen una mayor profundización en la regulación de derechos que permitan una conciliación efectiva y equilibrada en un escenario laboral complejo y con estructuras familiares cada vez más diversas y heterogéneas.

Palabras clave: conciliación familiar y laboral, igualdad de género, permiso parental.

Abstract. The new Work-Life Balance Directive includes provisions for changes in work-life balance policies to fight against women discrimination in labour market. The Directive introduces an open scope and provides a new right to carers' leave to support relatives that need assistance for a serious medical reason. Besides, EU law promotes equal sharing of child care and flexible working arrangements. In our system, Royal Decree Law 6/2019 has introduced some of these initiatives, so the Directive is not going to have an important impact in our national legislation. However, the new rules of the Directive are only minimum requirements and they should force the revision of some measures that have a negative impact in equal treatment, as parental leave according article 46.3 of the workers' Statute. In the same way, it is necessary to make an effort to ensure work-life balance in a complex labour market and with a very different family models..

Keywords: work-life balance; equal treatment; parental leave.

* Este trabajo se enmarca dentro de los resultados del proyecto de investigación RTI2018-097917-B-100 "Retos del Derecho del Trabajo español ante la doctrina del Tribunal de Justicia en materia de política social y derechos fundamentales" mjlopez@comillas.edu

1. La Directiva (UE) 2019/1158: entre la novedad y el continuismo

El 2 de agosto de 2022 finaliza, con alguna excepción a la que luego se hará referencia, el plazo de transposición de la Directiva de Conciliación de la vida familiar y profesional¹, por lo que parece un buen momento para hacer un repaso de la misma y valorar su encaje en nuestro sistema. La nueva norma se presenta a priori como una iniciativa ambiciosa, destinada a impulsar las políticas de conciliación en los Estados de la Unión. No es la primera vez que estas cuestiones atraen la atención del legislador comunitario, pero sí se aprecia un esfuerzo por visibilizar y conferir autonomía a los problemas de conciliación, que hasta entonces se habían regulado de forma dispersa, vinculados a la protección de la maternidad², la igualdad de género³ o el cuidado de los hijos e hijas⁴. La progresiva relevancia de la conciliación familiar y laboral en el contexto social y económico ha llevado a una mayor implicación de las instancias comunitarias, venciendo una tenaz renuencia a tomar posiciones en esta materia. Así, en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁵ la referencia a la Vida familiar y vida profesional se circunscribe a una escueta mención a la protección de la maternidad y el permiso parental por motivo de nacimiento o adopción de hijo o hija⁶. En el Pilar Europeo de Derechos Sociales de 2017⁷, sin embargo, se recoge ya de forma explícita entre sus principios el derecho de los ciudadanos al equilibrio entre vida profesional y vida privada, precisando que “los padres y las personas con responsabilidades asistenciales tienen derecho a los permisos adecuados, a unas condiciones de trabajo flexibles y a servicios de asistencia. Las mujeres y los hombres deben tener igualdad de acceso a permisos especiales para cumplir con sus responsabilidades asistenciales y debe animárseles a utilizarlos de forma equilibrada”.

Pese a este cambio de tono en el discurso comunitario, no puede decirse que la Directiva 2019/1158 sea rupturista, ni en la forma ni en el fondo. Formalmente, aunque esta Directiva deroga y sustituye a la Directiva 2010/18 sobre permisos parentales y parece adoptar un enfoque más amplio, no proporciona, ni aspira a ello, una regulación sistemática y unitaria de los derechos de conciliación, puesto que la licencia de maternidad se mantiene en el ámbito de la Directiva 92/85. Difícilmente podría haber sido de otra manera, ya que la propuesta de la Directiva de Conciliación surge como respuesta a la tentativa frustrada de reforma de la Directiva de maternidad 92/85. Haciendo de la necesidad vir-

¹ Directiva 2019/1158/UE, de 20 de junio relativa a la Conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, DO L 188 de 12.7.2019, p. 79.

² Directiva 92/85/CEE, de 19 de octubre, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia (DO L 348 de 28.11.1992, p. 1).

³ Directiva 2006/54/CE de 5 de julio relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (DO L 204 de 26.7.2006, p. 23).

⁴ Directiva 2010/18/UE de 8 de marzo, por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental y se deroga la Directiva 96/34/CE (DO L 68 de 18.3.2010, p. 13).

⁵ LCEur 2000/3480, DOC 18 diciembre 2000, núm. 364.

⁶ En el art. 33, ubicado en el apartado de *Solidaridad* junto con materias tan heterogéneas como la protección de los consumidores o del medio ambiente.

⁷ Proclamado en la cumbre social de Gotemburgo por el Parlamento europeo, el Consejo y la Comisión el 17 de noviembre de 2017.

tud, la Comisión Europea realizó entonces una apuesta por una regulación más abierta de los derechos de conciliación. Un primer aspecto positivo es que, con ello, se hace posible superar la óptica excesivamente reduccionista de la Directiva de maternidad, centrada en la seguridad y salud en el trabajo (Cabeza Pereiro, Jaime, 2020, p. 44). No obstante, esta propuesta normativa termina saliendo adelante sin el respaldo de los agentes sociales que, si bien fueron consultados, no alcanzaron un acuerdo para negociar, siquiera sobre el permiso parental. La oposición, principalmente empresarial, es una muestra más de las reticencias a consolidar en el ámbito comunitario unos derechos que pueden tener un importante impacto económico. Pero el fracaso de la negociación es también indicativo de una cierta apatía por parte de los sindicatos a la hora de afrontar estas cuestiones, algo que, por cierto, está muy patente en nuestro sistema interno.

En el texto finalmente aprobado se hacen visibles estas vicisitudes. Si bien la ausencia de acuerdo con las partes sociales ha podido tener un efecto indirecto beneficioso, permitiendo avances en algunos aspectos que de otra forma no se habrían producido, las previsiones de la Directiva rebajan las expectativas de la propuesta inicialmente presentada, así como de algunas de las formulaciones que se recogen en los Considerandos previos (Ballester Pastor, María Amparo, 2019, p. 1110). De esta forma, no se garantiza un mínimo en la prestación económica del permiso parental, que queda a expensas de la regulación interna de cada Estado; el carácter intransferible del permiso parental se limita a dos meses y no a los cuatro inicialmente previstos. Y el disfrute del permiso parental y las fórmulas de trabajo flexible, que en principio habrían de garantizarse hasta que el hijo alcanzara la edad de doce años, se rebaja a los hijos menores de ocho años. Aun así, la Directiva 2019/1158 merece, sin duda, un voto de confianza, por cuanto marca un camino de avance en una materia en la que existen todavía divergencias muy significativas entre los Estados miembros, con muy diferentes “velocidades” en su regulación.

A estos efectos, varias son las novedades que pueden encontrarse en la norma, eso sí, con un grado desigual de desarrollo:

- El objetivo prioritario y confesado de la Directiva es promover la igualdad efectiva entre hombres y mujeres. A lo largo de los considerandos previos, se hace especial énfasis en la necesidad de combatir la discriminación en el empleo y la infrarrepresentación femenina en el mercado de trabajo. Y se identifica como una de las principales causas de esa situación, la dificultad para conciliar adecuadamente las obligaciones laborales y familiares, debido a la inexistencia de políticas adecuadas de conciliación que impliquen a los hombres en las tareas de cuidado. Las mujeres, cuando tienen hijos, se ven obligadas a trabajar menos horas en empleos retribuidos y a pasar más tiempo ocupándose de responsabilidades en el cuidado de familiares por las que no reciben remuneración. La Exposición de Motivos de la propuesta de Directiva (26/4/2017) señala que la brecha salarial en algunos Estados miembros alcanza el 28%, y su acumulación a lo largo de la vida laboral da lugar a una brecha de género en materia de pen-

siones del 40% de media en la UE, generando un riesgo más elevado de pobreza y exclusión social para las mujeres⁸.

Con ello, se apunta a la corresponsabilidad como un factor corrector a introducir en la ecuación de la conciliación, en aras de la consecución de esa deseada igualdad. Se recalca, así, la baja frecuencia con la que los padres hacen uso de los derechos de conciliación, y los escasos incentivos que el ordenamiento jurídico comunitario ofrece para modificar esa situación y procurar que los varones asuman la misma cantidad de responsabilidades en el cuidado.

La Directiva da, en este sentido, un paso más, al defender el carácter intransferible de los permisos o las fórmulas de trabajo flexible para implicar a los padres en las labores de crianza y educación de los hijos e hijas. Parece, pues, que se supera la perspectiva de normas precedentes de reducir las cuestiones de conciliación a la necesidad de los trabajadores y trabajadoras de compaginar su vida personal y profesional, obviando las connotaciones de género del problema (Cabeza Pereiro, Jaime, 2010, p. 4). Se echa en falta, no obstante, y sobre ello se volverá más adelante, alguna referencia a otros aspectos relevantes, como el propio derecho de los padres a asumir las tareas de cuidado; derecho que, aunque formalmente se reconozca sobre el papel, no siempre es fácil de ejercitar, cuando el contexto social, económico y empresarial resulta adverso y no se reconocen incentivos suficientes que rompan las inercias asentadas.

Por otra parte, la Directiva toma distancias, de esta forma, con la posición más tradicional en el ámbito comunitario que, a raíz de la sentencia Hoffman⁹, ha venido defendiendo la protección de la madre trabajadora sobre la base de las “especiales relaciones entre la mujer y su hijo en el período que sigue al embarazo”. En la sentencia se concluye que las normas comunitarias no pueden entrar a “regular cuestiones relativas a la organización de la familia o modificar el reparto de responsabilidades dentro de la pareja”. Aun con matices, esta postura se mantendrá en resoluciones posteriores como el asunto Abdoulaye¹⁰, el asunto Lommers¹¹ o, incluso en fechas más recientes, el asunto Betriu Montull¹².

Esta doctrina ha sido revisada parcialmente por el propio TJUE en decisiones posteriores como el asunto Roca Álvarez¹³ o el asunto Maïstrellis¹⁴. En ellas se constata cómo la concesión a las mujeres de derechos vinculados a la crianza de los hijos e hijas puede tener efectos negativos, al contribuir a perpetuar roles y estereotipos de género que mantienen a los hombres en una función subsidiaria respecto a las funciones parentales. Se aboga, sin embargo, fundamentalmente, por un reconocimiento neutro de los derechos de conciliación a ambos progenitores, sin ahondar en medidas más incisivas que fomenten

⁸ En España, el informe reciente de CC.OO sobre brecha salarial, sitúa ésta en el 24% <https://www.ccoo.es/76c5b5ec2de4237255da2ecd9da0e499000001.pdf>

⁹ STJUE 12 julio 1984, C-184/83.

¹⁰ STJUE 16 septiembre 1999, C-218/98.

¹¹ STJUE 19 marzo 2002, C-476/99.

¹² STJUE 19 septiembre 2013, C-5/12.

¹³ STJUE 30 septiembre 2010, C-104/09.

¹⁴ STJUE 16 julio 2015, C-222/14.

el ejercicio de estos derechos por los trabajadores varones, como las que ahora plantea la Directiva. Y, con todo, estos pronunciamientos no han sido óbice para que, en fechas recientes, el Tribunal vuelva sobre la doctrina Hoffman. La STJUE 18 noviembre 2020, asunto *Syndicat CFTC*¹⁵ admite que un permiso “adicional” que se concede tras la maternidad, con una duración de entre mes y medio y dos años y tres meses, puede reservarse en exclusiva a las mujeres si tiene por objeto “la protección de la madre tanto en relación con las consecuencias del embarazo como en relación con su maternidad”. La sentencia, dictada tras la entrada en vigor de la Directiva, pone en cuestión el recorrido de ésta y arroja sombras sobre su capacidad efectiva para generar avances significativos en esta materia.

- Por primera vez, una norma comunitaria formula un reconocimiento más amplio de las necesidades de conciliación, que no se circunscriben ya únicamente a las tareas de crianza y educación de los hijos e hijas, sino que incluyen el cuidado de mayores, enfermos y dependientes. La Directiva insiste en este punto en que las políticas de conciliación han de tener en cuenta los cambios demográficos, incluidos los efectos del envejecimiento de la población. El reto demográfico al que se enfrenta Europa, junto con la presión sobre el gasto público que conlleva para algunos Estados miembros, hacen previsible un aumento de la necesidad de cuidados no profesionales, que recaerán sobre familiares y allegados. Se otorga, pues, relevancia a esta circunstancia desde el propio título de la norma, que se refiere a la conciliación laboral y familiar de *progenitores y cuidadores*. En relación a estos últimos regula, como se verá más adelante, un nuevo permiso para cuidadores, y hace extensivos a los mismos el disfrute de fórmulas de trabajo flexible. Debe advertirse, con todo, que la conciliación para la atención y cuidado de los hijos e hijas sigue siendo preferente para el legislador comunitario, y así se pone de manifiesto en la muy diferente duración de los permisos parentales y de cuidadores, o en el carácter retribuido de unos y otros.
- La Directiva, en fin, apuesta, en la línea seguida por algunos Estados miembros, por dar protagonismo a los *derechos de presencia* (aquellos que permiten al trabajador o la trabajadora compaginar su esfera familiar y profesional sin limitar su presencia en ésta última) frente a los tradicionales *derechos de ausencia* (permisos, licencias, excedencias). Asumiendo que las labores de conciliación no se concentran ya en etapas puntuales, sino que tienden a ocupar buena parte del ciclo vital del trabajador o la trabajadora, parece oportuno buscar alternativas que favorezcan la atención a las responsabilidades familiares de forma estable y regular, como un elemento más del entramado que conforma la relación jurídico-laboral. Es necesario transitar desde un modelo en el que prima la idea de trabajar menos para conciliar, a otro en el que se facilite el trabajar diferente, ofreciendo mayores márgenes de flexibilidad (Jurado Segovia, Angel, 2018, p. 118). Y es que, por otra parte, el abandono, aunque sea temporal, del puesto de trabajo se ha demostrado

¹⁵ C-463/19.

que perjudica las carreras profesionales de los trabajadores, especialmente las mujeres, que pueden encontrar dificultades para regresar a su empleo o sufrir otros efectos negativos, como la reducción de cotizaciones, que se traducirá en pensiones menguadas o inexistentes. De ahí que la Directiva aliente las fórmulas de trabajo flexible como una herramienta que puede facilitar el ajuste trabajo-familia, y que, al resultar más atractiva, pueda animar a los trabajadores varones a asumir más responsabilidades en el entorno doméstico.

2. La transposición de la Directiva al Derecho español

Nuestro ordenamiento no ha sido ajeno a los problemas que suscita la conciliación y cuenta ya con un notable bagaje en la materia. La primera iniciativa de calado es la Ley 39/99 de Conciliación¹⁶. Además de la carga simbólica que representa una norma dedicada específicamente a la Conciliación, la Ley 39/99 supuso un impulso notable para la regulación de estas cuestiones, y fue pionera en algunos aspectos, como la atención al cuidado de familiares enfermos o dependientes. Tras ella, la LO 3/2007 Igualdad¹⁷ refuerza la dimensión de género en la protección de los derechos de conciliación y articula un permiso de paternidad de carácter intransferible. La evolución de nuestro sistema es, pues, claramente satisfactoria y anticipa algunas de las novedades que, como se ha visto, la Directiva 2019/1158 incorpora al acervo comunitario. A ello debe añadirse, ya en fechas recientes, la publicación del Real Decreto-Ley 6/2019¹⁸, que toma como referencia los trabajos ya muy avanzados en ese momento de la Directiva, y realiza importantes progresos en corresponsabilidad y trabajo flexible. El balance es positivo y nuestras disposiciones internas están alineadas con el rumbo emprendido por la Directiva, por lo que la labor de transposición habrá de focalizarse en extremos concretos, sin que se aprecien divergencias de fondo sustanciales. Lo cual no equivale a renunciar a vías de mejora que amplíen y profundicen la implementación de estos derechos, evitando el estancamiento en un ámbito en el que buena parte de los objetivos que se propugnan están todavía lejos de alcanzarse.

2.1. *Ámbito de aplicación de la Directiva: progenitores y cuidadores*

La norma comunitaria aborda la conciliación de la vida familiar y profesional de los trabajadores *progenitores y cuidadores*. En su artículo 3 proporciona definiciones de varios conceptos clave y, entre ellos, recoge el de cuidador como aquel trabajador “que dispensa cuidados o presta ayuda a un familiar o a una persona que viva en el mismo

¹⁶ Ley 39/99, 5 de noviembre para promover la conciliación laboral y familiar de las personas trabajadoras.

¹⁷ Ley Orgánica 3/2007, 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

¹⁸ Real Decreto-Ley 6/2019, 1 de marzo de medidas urgentes para garantía de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación.

hogar que el trabajador y que necesite asistencia o cuidados importantes por un motivo médico grave”; mientras que debe entenderse como familiar: “hijo, hija, padre, madre o cónyuge del trabajador, o pareja de hecho”. Varias reflexiones pueden hacerse a partir de esta delimitación:

- El cuidador lo es únicamente en supuestos que requieren atención por un “motivo médico grave”, lo que excluye el cuidado cotidiano de menores por quien no ostenta la condición de progenitor (Cabeza Pereiro, Jaime, 2020, p. 51). La heterogeneidad y paulatina complejidad de las estructuras familiares y unidades de convivencia habrían justificado, seguramente, una acotación más amplia para dar cabida a situaciones que empiezan a darse con cierta frecuencia (piénsese en familias reconstituidas o en padres divorciados que vuelven a convivir con su familia de origen) y para las cuales no se otorga protección desde la Directiva, como tampoco se hace en nuestro ordenamiento interno.
- La noción de familiar que ofrece la Directiva resulta considerablemente restringida, si bien en el preámbulo se anima a los Estados miembros a considerar familiares adicionales, como abuelos o hermanos. En este punto, nuestro sistema maneja un concepto más amplio y así tanto el art. 37.3 ET, cuando contempla permisos retribuidos, como el 37.6 ET, en los supuestos de reducción de jornada, se refieren a familiares “hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad”. Otra cuestión es la conveniencia de incluir a los afines, ante el peligro de que ello facilite que el peso de las labores de cuidado se mantenga sobre las mujeres y no se favorezca un reparto corresponsable (Ballester Pastor, María Amparo, 2019, p. 1126).

En cambio, no existe ninguna referencia en nuestras normas a las parejas de hecho, algo que deberá corregirse ya que, como se ha señalado, la Directiva sí lo menciona explícitamente.

- La definición comunitaria de cuidador se construye no sólo sobre los vínculos de parentesco, sino también sobre los de convivencia en el mismo hogar. Es este último un elemento desconocido en nuestras normas, que a la hora de regular derechos de conciliación se remite siempre a los “familiares” como sujetos pasivos de los mismos. Aunque habrá que esperar al alcance que la jurisprudencia del TJUE conceda a este requisito de convivencia, es una referencia de interés, que puede dar respuesta a determinadas situaciones en una sociedad donde los modelos clásicos de familia se difuminan (las unidades familiares no son extensas, el número de hijos se reduce y con frecuencia vive lejos, las personas solteras son cada vez más numerosas) y las relaciones de cuidado se organizan sobre la base de estructuras informales y privadas que, no por ello, tienen por qué resultar insatisfactorias. Se trata, por tanto, de un aspecto que, en todo caso, tendrá que ser incorporado a nuestras previsiones internas y en esta dirección apuntan informes recientes como el Libro Blanco para un nuevo marco nacional de apoyo y protec-

ción a las familias en España publicado por la OCDE en 2022, en el que se propone una definición más amplia de familia como “unidad económica o funcional” de personas que viven juntas y comparten recursos¹⁹.

2.2. Permiso de paternidad

Sin duda, una de las novedades llamativas de la Directiva es la concesión de un permiso de paternidad de diez días laborables, que el trabajador habrá de disfrutar con ocasión del nacimiento de su hijo o hija. Los padres deben acogerse a dicho permiso en torno al momento del nacimiento de un hijo o hija, y debe estar claramente vinculado al nacimiento con el fin de prestarle asistencia. Con ello, la Directiva parece marcar distancias con el permiso parental. Los perfiles borrosos de ambas figuras se han puesto de manifiesto en distintos momentos y así, por ejemplo, en la STJUE 19 septiembre 2013, C-5/12, asunto *Betriu Montull*, los litigantes defienden que las diez semanas voluntarias de la licencia por maternidad del art. 48.4 ET podrían considerarse como un permiso parental. En la Directiva, el permiso de paternidad se ciñe al momento del nacimiento, alineándose con la licencia por maternidad que regula la Directiva 92/85; mientras que el permiso parental se destinaría a labores de cuidado y crianza más allá del nacimiento. Se busca, así, reforzar el papel del padre en las tareas de cuidado y fomentar la corresponsabilidad, superando el rol subordinado e instrumental que habitualmente asumen los padres en las obligaciones domésticas. Sin embargo, la reducida duración que se contempla para el permiso de paternidad- diez días- frente a la establecida para la maternidad- catorce semanas- desvirtúa de inicio este objetivo bienintencionado. En este punto, la norma comunitaria sigue lo que constituye la tónica habitual en los Estados miembros que, con la excepción del nuestro, mantienen una duración notablemente desigual entre las licencias por maternidad y paternidad. Así, por ejemplo, en Bélgica la licencia por maternidad tiene una duración de 3,3 meses frente a los 15 días que se reconocen por paternidad; en Italia, 4,7 meses frente a 10 días; y en Dinamarca, 3,3 meses frente a dos semanas (Koslowskla et al, 2021). Probablemente, eso obedece tanto a consideraciones económicas como a la propia realidad social y cultural, todavía reticente a que los padres interrumpen su trabajo para asumir estas tareas (Cabeza Pereiro, Jaime, 2010, p. 6). La experiencia demuestra, no obstante, que el mantenimiento de una regulación diferenciada para ambos permisos hace muy difícil alcanzar un equilibrio en la asunción de responsabilidades familiares entre hombres y mujeres y, en consecuencia, impide avanzar en la lucha contra la discriminación laboral que sufren éstas. En este escenario, la equiparación que lleva a cabo el Real Decreto-Ley 6/2019 resulta claramente mucho más ambiciosa y atrevida, y se sitúa un paso por delante a la hora de promover un cambio social que haga efectiva la corresponsabilidad (Perán Quesada, Santiago, 2019, p. 190). El tratamiento paritario de nuestro sistema, que establece una suspensión contractual de dieciséis semanas para cada progenitor, se enfatiza,

¹⁹ https://www.oecd-ilibrary.org/social-issues-migration-health/evolving-family-models-in-spain_c27e63ab-en

además, al refundir ambos permisos en un único “permiso por nacimiento de hijo o hija”. Un repaso de la regulación de la Directiva permite identificar algunos otros aspectos que muestran la fortaleza de nuestras normas en esta cuestión:

- El permiso por paternidad se reconoce en la norma comunitaria a los padres o, cuando así esté previsto en la legislación nacional, a un *segundo progenitor equivalente*. En esa dirección apunta la referencia al *progenitor distinto de la madre biológica* que efectúa el art. 48.4 ET, que permite proteger a las uniones no heterosexuales. La norma comunitaria, sin embargo, guarda silencio sobre la paternidad por adopción. Dado que, en las previsiones relativas al permiso parental, sí existe una referencia explícita a esta circunstancia, parece que la omisión, en el caso del permiso por paternidad, es deliberada y trata de mantener coherencia con la regulación comunitaria de la licencia por maternidad, limitada a la madre biológica. Se trata, con todo, de un tema pendiente en el derecho comunitario (De la Corte Rodríguez, Miguel, 2020, p. 92), que en nuestro ordenamiento lleva ya tiempo resuelto dado que, como es sabido, los padres por adopción gozan a estos efectos de idénticos derechos que los biológicos.
- En lo tocante a las condiciones de ejercicio del derecho, la Directiva configura el permiso de paternidad con carácter intransferible y posibilidad de disfrute en parte antes, o únicamente después del nacimiento del hijo o hija, así como en fórmulas de disfrute flexible. El Real Decreto-Ley 6/2019 contempla igualmente permisos intransferibles para cada uno de los progenitores, de los cuales las seis primeras semanas habrán de disfrutarse ininterrumpidamente a jornada completa tras el nacimiento con carácter obligatorio; y las diez restantes podrán distribuirse de forma flexible hasta que el menor cumpla doce meses. Se ha discutido, por un lado, acerca de la obligatoriedad de la primera fase del permiso que, en el caso del padre, nuestra norma ampara en el “cumplimiento de los deberes de cuidado previstos en el artículo 68 del Código Civil”. Ciertamente, puede cuestionarse la conveniencia de una imposición de esta naturaleza, que incide en opciones personales y familiares y, en este sentido, la Directiva parte de un presupuesto distinto, esto es, la voluntariedad. A nuestro juicio, la preceptividad legal ha de entenderse en un contexto de promoción e impulso, para obtener una extensión del permiso que asegure su eficacia y el cumplimiento de su objetivo como medida de corresponsabilidad. Y desde esa perspectiva, difícilmente podrá considerarse que entre en confrontación con la regulación comunitaria, salvo en el hipotético- y no muy probable- caso de que se llegara a sancionar a las personas que no ejercieran su derecho al permiso de paternidad (Ballester Pastor, María Amparo, 2019, p. 1121).

Por otra parte, la Directiva 2019/1158 se abre a la posibilidad de un disfrute flexible del permiso por paternidad que incentive la utilización del mismo, y en esa línea el art. 48.4 ET permite, una vez transcurridas las seis primeras semanas, el disfrute de forma acumulada o interrumpida, por períodos semanales, a tiempo completo o parcial, del per-

miso por nacimiento de hijo o hija. Debe advertirse, no obstante, que la Directiva 92/85 establece el disfrute de catorce semanas *ininterrumpidas* para la licencia por maternidad. Tampoco ello ha de resultar, sin embargo, problemático, atendiendo a la apuesta que hace la Directiva 2019/1158 por la flexibilidad como instrumento para favorecer la conciliación. La jurisprudencia comunitaria también se ha manifestado en este sentido, y así la STJUE 22 octubre 2009, C-116/08, asunto Meers señala que “las medidas dirigidas a conciliar la vida profesional y la vida familiar deben fomentar la introducción en los Estados miembros de nuevos modos flexibles de organización del trabajo y del tiempo, más adaptados a las necesidades cambiantes de la sociedad”.

- La Directiva 2019/1158 establece, en paralelismo con lo dispuesto para la licencia por maternidad, que el permiso de paternidad habrá de ser retribuido con una remuneración o prestación económica equivalente, al menos, a los ingresos que percibiría el trabajador en caso de interrupción de su actividad por motivos relacionados con su estado de salud. Y aunque el permiso no puede supeditarse a una antigüedad previa, la compensación económica por el mismo sí puede condicionarse a períodos de trabajo previos, que no podrán superar los seis meses inmediatamente anteriores al nacimiento del hijo o hija. También en este extremo nuestra normativa supera lo dispuesto por la Directiva, ya que garantiza una prestación económica del 100% de la base reguladora para el permiso por nacimiento de hijo o hija²⁰, en función de unos períodos previos de cotización atendiendo a la edad del progenitor que no superan, en ningún caso, los seis meses²¹.

2.3. Permiso parental

El permiso parental ya se recogía en la Directiva 2010/18 pero, aunque no es una figura novedosa en sí misma, incorpora algunos extremos de interés en la nueva norma comunitaria. Conceptualmente, como se ha señalado, la Directiva 2019/1158 delimita con algo más de nitidez este permiso- que se reconoce para el cuidado del hijo o hija y puede proyectarse durante los primeros años de crianza- frente a la licencia por maternidad o por paternidad- que se concede vinculado al momento concreto de nacimiento del hijo o hija y cuenta con una particular protección. Sigue sin estar clara, pese a todo, la distinción entre ambos derechos porque tampoco se establece un período mínimo a partir del nacimiento para disfrutar el permiso parental, y así la reciente STJUE 18 noviembre 2020, asunto Syndicat CFTC, a la que ya se ha hecho referencia, se ocupa de un permiso de maternidad *adicional* previsto por un convenio colectivo que, por sus características- duración variable que puede llegar a ser muy prolongada, ausencia de retribución cuando se supera un límite temporal- bien parece que podría encajar mejor como un permiso parental.

²⁰ Art. 179 Real Decreto Legislativo 8/2015, 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS).

²¹ Art. 178 LGSS.

En nuestro ordenamiento, se han identificado como figuras que pueden entrar dentro del concepto de permiso parental la excedencia por cuidado de hijos, en primer término, y eventualmente el permiso por lactancia o la reducción de jornada por cuidado de hijos²². Sin embargo, a diferencia de su predecesora, la Directiva 2019/1158 menciona expresamente la reducción de horas de trabajo como una fórmula de trabajo flexible; y configura el permiso parental como un permiso “de ausencia”. Ello parece alejarlo tanto de la lactancia como de la reducción de jornada, lo que dejaría a la excedencia por cuidado de hijo o hija como la única alternativa, a priori, válida para responder al cumplimiento de la Directiva. En este punto, se hace necesario repasar los rasgos principales del permiso parental en la regulación comunitaria:

- Es un derecho individual y se mantiene la duración mínima del mismo de cuatro meses que ya se preveía en la Directiva 2010/18; pero se amplía el carácter intransferible del permiso de uno a dos meses.
- A diferencia del permiso por paternidad, el permiso parental se reconoce tanto a los progenitores biológicos como adoptivos.
- El permiso ha de disfrutarse antes de que el hijo o hija alcance una determinada edad, como máximo, de ocho años. No prosperó finalmente la propuesta inicial de elevar a doce años la edad del hijo o hija a efectos de fijar el límite de ejercicio del derecho.
- Puede condicionarse el derecho a disfrutar el permiso a un período de trabajo o antigüedad previo que no podrá exceder de un año. Esta previsión ya se contemplaba en la Directiva 2010/18 y, como puntualiza la STJUE 25 febrero 2021, asunto XI²³, es un requisito que, de exigirse, debe hacerse tomando como referencia el momento en el que se pretende disfrutar el permiso y no el de nacimiento del hijo o hija.
- El permiso puede disfrutarse de forma flexible en las modalidades que se establezcan internamente. A estos efectos, el preámbulo de la Directiva ofrece algunas posibilidades de disfrute flexible: a tiempo completo, a tiempo parcial, en períodos alternos, por ejemplo, un cierto número de semanas consecutivas de trabajo separadas por períodos de permiso... El empleador deberá valorar sus necesidades y las de sus trabajadores a la hora de acceder a estas peticiones, y habrá de justificar por escrito y dentro de un plazo razonable cualquier denegación.
- El trabajador o la trabajadora ha de cumplir con un plazo razonable de preaviso para ejercer su derecho y habrá de indicar en su solicitud la fecha de inicio y de fin del período de permiso.
- Los empleadores podrán aplazar la concesión del permiso parental por un período razonable, cuando el disfrute del permiso en ese momento pueda alterar seriamente el buen funcionamiento de la empresa. En todo caso, el empresario habrá de justificar por escrito cualquier aplazamiento.

²² Así lo admite la STJUE 18 septiembre 2019, asunto Ortiz Mesonero, C-366/18.

²³ C-129/20.

- La remuneración es un aspecto importante, por cuanto es un elemento que condiciona especialmente el que los padres, que habitualmente son la fuente principal de ingresos familiares, accedan al disfrute de este permiso. La Directiva 2010/18 utilizaba una fórmula descomprometida, exhortando a los Estados miembros a tomar en consideración “el papel que desempeñan los ingresos-entre otros factores- en la utilización del permiso parental”. En la nueva norma, se aprecia una evolución por cuanto se establece que, al menos los dos meses intransferibles del permiso, habrán de ser retribuidos. No se ha conseguido, sin embargo, incluir un mínimo para esa retribución como se ha hecho para el permiso por paternidad (que recuérdese habrá de contar con una remuneración equivalente, al menos, a la que percibiría el trabajador en caso de baja por enfermedad). Pero la Directiva sí apostilla que esa compensación económica habrá de articularse “de manera que se facilite el que ambos progenitores puedan disfrutar del permiso parental”, lo que, en principio, supone tener que tomar en cuenta el nivel de ingresos ordinario de los titulares del derecho y prever una cobertura razonable para posibilitar el disfrute. A partir de esta previsión, pues, puede plantearse un criterio de *adecuación*, que oriente la actuación de los legisladores internos y la labor interpretativa del TJUE (Cabeza Pereiro, Jaime, 2020, p. 65). Debe advertirse, no obstante, que, para este punto en concreto, la Directiva establece un plazo de transposición más amplio, hasta el 2 de agosto de 2024, lo que evidencia las dificultades para obtener un mínimo consenso en esta materia.

Habida cuenta de lo expuesto, parece que la excedencia por cuidado de hijos que actualmente regula nuestro ordenamiento no se acomoda plenamente a las exigencias que para el permiso parental impone la Directiva 2019/1158. Se abren, por tanto, varias posibilidades para cumplir con el mandato comunitario:

- Articular un permiso *ex novo* para dar respuesta a las previsiones de la Directiva en relación con el permiso parental, que se adicione a los ya existentes en nuestro ordenamiento.
- Impulsar cambios en la regulación de la excedencia por cuidado de hijo para atender a los requerimientos de la Directiva. Probablemente, el ajuste de mayor calado que debería realizarse sería el relativo a la retribución dado que, como es sabido, la excedencia no contempla actualmente ninguna prestación económica durante su disfrute, sin que pueda entenderse como retribución, a estos efectos, el beneficio actualmente aplicable de considerar el período de excedencia como cotizado de cara a futuras prestaciones de la Seguridad Social (Ballester Pastor, María Amparo, 2019, 1124). Debe recordarse, no obstante, que el plazo para la transposición de estos aspectos retributivos no finaliza hasta el 2 de agosto de 2024.

Igualmente, algunos otros extremos de la regulación del art. 46.3 ET habrían de modificarse: así las previsiones de disfrute flexible- que ahora se limitan al disfrute fraccio-

nado- y que la Directiva recoge con un alcance más amplio; el período de preaviso exigible al trabajador; o las opciones a disposición del empleador para posponer la concesión del permiso (actualmente se contempla únicamente el supuesto, poco habitual por otra parte, de que si dos trabajadores de la empresa generasen el derecho por el mismo sujeto causante, el empresario podría limitar el ejercicio simultáneo por razones de funcionamiento de la empresa). Si efectivamente se optara por esta vía, sería una buena oportunidad también para reflexionar sobre esta institución y su finalidad. La excedencia por cuidado de hijo tiene un sesgo de género muy significativo, el 88,99% de las que se solicitaron en 2020 lo fueron por mujeres²⁴, y su impacto negativo en el empleo femenino es más acusado debido a su larga duración. Parece oportuno, pues, replantear su configuración para atenuar estos efectos no deseados y favorecer un ejercicio corresponsable de este derecho en la línea propugnada por la Directiva.

- Hacer uso de la cláusula pasarela que prevé el art. 20.6 de la Directiva. Considerando la heterogeneidad de las medidas de conciliación existentes en los diferentes Estados miembros, la norma comunitaria intenta no imponer cargas adicionales a aquellos sistemas que ya cuentan con derechos a nivel interno que facilitan la conciliación. Por ello, contempla que cualquier ausencia del trabajo relacionada con la familia y cualquier remuneración por ésta pueda tomarse en cuenta para cumplir lo dispuesto por la Directiva en lo referente al permiso de paternidad, el permiso parental y el permiso para cuidadores, siempre que se superen los estándares mínimos previstos en la Directiva 2019/1158 y la Directiva 92/85, y no se reduzca el nivel general de protección garantizado a los trabajadores en el ámbito de esas Directivas. En nuestro caso, la aplicación de esta cláusula permitiría, entonces, que el permiso por nacimiento de hijo de dieciséis semanas que reconoce al padre el art. 48.4 ET, en la medida en que excede holgadamente el mínimo de diez días previsto por la Directiva, pudiera utilizarse a efectos de cumplir con la exigencia de un permiso parental retribuido de una duración mínima de dos meses. Este “trasvase”, sin embargo, no podría operarse en relación con la licencia por maternidad, dado que, como ya se ha indicado, la Directiva 92/85 prevé para ella una duración mínima de catorce semanas, y nuestro ordenamiento sólo mejoraría en dos semanas ese mínimo. Parece, por tanto, más conveniente optar por alguna de las soluciones anteriores, ya que la aplicación de la cláusula pasarela no evitaría la necesidad de una reforma legal para garantizar el permiso parental mínimo retribuido de dos meses a las trabajadoras. Y, en cambio, provocaría una asimetría en la regulación de los derechos de conciliación de hombres y mujeres, muy poco recomendable desde una perspectiva de corresponsabilidad (De la Corte Rodríguez, Miguel, 2020, p. 90).

Ahora bien, de prosperar la ampliación del permiso por nacimiento de hijo a seis meses que, al parecer, se planea incluir en el anteproyecto de Ley de diversidad familiar

²⁴ www.inmujeres.gob.es/MujerCifras/Conciliación

y apoyo a las familias, la utilización de la cláusula pasarela pasaría a ser una opción mucho más plausible. Aunque puede cuestionarse la conveniencia de concentrar todos los permisos retribuidos que se reconocen al trabajador y a la trabajadora en el momento del nacimiento, marginando el período de crianza más allá del primer año de vida.

2.4. Permiso para cuidadores

Otro de los elementos novedosos que incorpora la Directiva 2019/1158 es el permiso para cuidadores. Se trata de una ausencia del trabajo a la que pueden acogerse los trabajadores o trabajadoras para prestar cuidados a un familiar o conviviente que necesite asistencia o cuidados importantes por un “motivo médico grave”. La Directiva reconoce cinco días laborables al año por trabajador, pero otorga a los Estados miembros una amplia capacidad para establecer el ámbito de aplicación del permiso, las condiciones de ejercicio del derecho o la distribución de los permisos en base a otros parámetros diversos a la periodicidad anual, por ejemplo, por persona necesitada de asistencia o apoyo, o por caso. No se estipula, en este caso, tampoco una retribución mínima para los trabajadores o trabajadoras que disfruten del permiso. Como ya se ha adelantado, el legislador comunitario introduce con este permiso una perspectiva más amplia de las labores de conciliación, no limitadas a la crianza y cuidado de los hijos o hijas. Es un primer paso, sin duda positivo, pero se aprecia una cierta cautela regulatoria que lleva a configurar un derecho de mínimos, con un nivel de protección sensiblemente inferior al previsto para el permiso de paternidad o el parental. Esta relativa indefinición provocará con seguridad problemas interpretativos, pero favorece, además, la confusión entre este nuevo permiso y el de ausencia por fuerza mayor, que ya se recogía en la Directiva 2010/18 y se mantiene, sin cambios significativos, en la Directiva 2019/1158. Este permiso garantiza al trabajador el derecho a ausentarse por causa de fuerza mayor, por motivos familiares urgentes, en caso de enfermedad o accidente que hagan indispensable la presencia inmediata del trabajador. La clave para la diferenciación entre ambas figuras puede estar en la delimitación que hace la propia Directiva, que se refiere a *motivos médicos graves* en el permiso para cuidadores, frente a los *motivos familiares urgentes* que justificarían la ausencia del trabajo por fuerza mayor (Ballester Pastor, María Amparo, 2019, p. 1125). La gravedad es un elemento para valorar la necesidad de atención y cuidado que precisa el familiar o conviviente, pero no tiene por qué implicar urgencia o inaplazabilidad (por ejemplo, acompañar a una revisión médica a un familiar dependiente o de mayor edad). En cambio, la urgencia sugiere inmediatez y respuesta rápida por parte del trabajador, pero no presupone necesariamente gravedad (una indisposición repentina de un familiar o una incidencia durante el horario escolar). Con todo, los términos de la norma son tan ambiguos que resulta difícil precisar con exactitud su alcance y, en este sentido, no es descartable que la labor de transposición de los Estados miembros termine de borrar las fronteras ya de por sí difusas entre uno y otro permiso.

Nuestro ordenamiento contempla desde hace tiempo algunas fórmulas para la atención de mayores y dependientes y, en este punto, la Directiva 2019/1158 no va a supo-

ner cambios sustanciales. Una cuestión, sin embargo, a considerar es que, como ya se ha adelantado, nuestras previsiones internas reconocen estos derechos únicamente para el cuidado de familiares, sin atender al dato de la convivencia al que sí se refiere la Directiva. Por lo demás, de las figuras con las que actualmente contamos en nuestro sistema, la excedencia para el cuidado de familiar del art. 46.3 ET, la reducción de jornada por cuidado de familiar del art. 37.6 ET y los permisos retribuidos del art. 37.3 ET podrían dar respuesta a los requerimientos del permiso para cuidadores de la Directiva. Debe advertirse, no obstante, que el permiso de la norma comunitaria se configura como un derecho de *ausencia*, por lo que la reducción de jornada tendría un encaje más forzado. La excedencia, por su parte, presupone una ausencia prolongada del trabajador, mientras que el permiso para cuidadores parece destinarse más bien a la atención puntual que pueda requerir un familiar o conviviente dependiente. Pero los términos de la norma comunitaria son tan amplios que permitirán, seguramente, considerar sin mucha incomodidad a la excedencia, a efectos de dar cumplimiento a lo dispuesto en relación con el permiso de cuidadores. Respecto al permiso retribuido que el art. 37.3 b) ET reconoce por accidente o enfermedad grave de parientes, tiene un carácter puntual que puede ofrecer una cobertura más idónea para el permiso por cuidadores que contempla la Directiva; si bien hasta el momento, este permiso se ha venido vinculando con la ausencia por causa de fuerza mayor también prevista por la Directiva pese a que, como ya se ha indicado, este último derecho parece anudarse a situaciones de urgencia que no tienen por qué implicar gravedad. Ello pone de manifiesto la cercanía entre ambos permisos comunitarios y sus perfiles borrosos, a los que ya se ha hecho referencia. En todo caso, lo que no parece contemplarse en nuestra normativa es la concesión de permisos para la atención de familiares y convivientes por motivos urgentes puntuales no graves; algo que, como se ha comprobado durante la pandemia, resulta imprescindible para la conciliación, y a lo que iría dirigido el permiso retribuido de siete días anunciado recientemente como parte del anteproyecto de ley de Diversidad familiar.

2.5. Fórmulas de trabajo flexible

La flexibilidad laboral es uno de los aspectos en los que incide con más insistencia la norma comunitaria, tanto en lo relativo al ejercicio de los permisos (permitiendo que puedan disfrutarse a tiempo completo, a tiempo parcial, en períodos alternos...), como en la implantación de fórmulas de trabajo flexible (trabajo a distancia, horarios flexibles, reducción de horas de trabajo) que favorezcan que el trabajador adapte su calendario laboral a sus necesidades y circunstancias particulares. Con ello se pretende que los progenitores y cuidadores no tengan que abandonar, aunque sea temporalmente, el mercado de trabajo, lo que facilita su continuidad en el mismo y su progresión profesional. Se refuerzan, así, como ya se señaló, los *derechos de presencia*, que enfocan la conciliación como una necesidad cotidiana, que se proyecta de forma sostenida en el tiempo (Molero Marañón, María Luisa, 2019, p. 173). Además, la flexibilidad es un incentivo para que, especialmente los hombres, accedan al disfrute de los derechos de conciliación, lo que redundará en una mayor corresponsabilidad.

La Directiva 2019/1158 mejora sensiblemente en este punto las previsiones de su predecesora, que se limitaba a instar la adopción de medidas de flexibilidad tras la reincorporación del permiso parental. La jurisprudencia comunitaria había venido haciendo una interpretación rigurosa de esta disposición, denegando las peticiones de flexibilidad en otras circunstancias que no estuvieran directamente conectadas con la vuelta tras el permiso parental²⁵. La nueva regulación, en cambio, concede de forma más abierta el derecho a todos los cuidadores y progenitores con hijos o hijas de, como mínimo, ocho años que tengan que ocuparse de sus obligaciones de cuidado. El régimen jurídico para la concesión de estas medidas de flexibilidad es también más detallado. El trabajador o la trabajadora tiene derecho a plantear una solicitud, que habrá de ser estudiada por el empresario atendiendo tanto a sus propias necesidades como a las de los trabajadores. La denegación de la solicitud, así como el aplazamiento de las fórmulas de flexibilidad, habrá de justificarse por parte del empleador. La duración de estas medidas podrá estar sujeta a límites razonables, y puede condicionarse el ejercicio del derecho a una antigüedad mínima en la empresa que no podrá ser superior a seis meses. En contrapartida, se garantiza al trabajador el derecho a volver a su modelo de trabajo original al término del período solicitado, así como un derecho de reversión anticipado si se produce un cambio en las circunstancias.

Nuestra normativa interna cuenta con algunas medidas específicas de trabajo flexible por razones de conciliación- la reducción de jornada por cuidado de hijos o familiares del art. 37.6 ET o la reducción de jornada por cuidado de lactante del art. 37.4 ET- y contempla la posibilidad de que el trabajador solicite otras adaptaciones de su prestación de trabajo a través del art. 34.8 ET. Tras la reforma llevada a cabo por el Real Decreto-Ley 6/2019, el art. 34.8 ET se sitúa en la senda de la Directiva comunitaria. La previsión estatutaria había tenido hasta entonces una eficacia muy reducida. La excesiva vaguedad de sus términos, que se limitaban a reconocer al trabajador una mera “expectativa de derecho”²⁶ condicionada a lo que estipulara la negociación colectiva o al acuerdo alcanzado con el empresario, resultaron claramente insuficientes para dotar de contenido práctico a las demandas de flexibilidad planteadas por los trabajadores (Lahera Forteza, Jesús, 2014, p. 45, Velasco Portero, Teresa, 2015, p. 83). Con la redacción actual, la posición del trabajador se fortalece significativamente, si bien hay algunos extremos que habrán de tenerse en cuenta a la luz de lo dispuesto por la Directiva 2019/1158:

- La titularidad del derecho recae sobre las *personas trabajadoras* que precisen una medida adaptativa para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida familiar y profesional. En el caso de los progenitores, éstos tienen derecho a realizar la solicitud hasta que los hijos o hijas cumplan doce años de edad. Nuestra disposición interna mejora, pues, en este punto lo previsto por la Directiva, que, si bien en las propuestas iniciales contemplaba igualmente la edad de doce años como referencia para el ejercicio del derecho, finalmente rebajó el límite a los

²⁵ STJUE 16 junio 2016, asunto Rodríguez Sánchez C-351/14, STJUE 18 septiembre 2019, asunto Ortiz Mesonero, C-366/18.

²⁶ SsTS 13 junio 2008, RJ 4227, 20 octubre 2010, RJ 8447.

ocho años. Fuera de este supuesto, habría muchas situaciones potenciales en las que los trabajadores podrían beneficiarse de esta flexibilidad laboral: trabajadores con familiares o allegados enfermos, dependientes o de edad avanzada, con hijos o hijas mayores de doce años con necesidades particulares, trabajadores que, sin ser progenitores (abuelos, tíos), precisan atender a menores de edad... Parece razonable que sea la negociación colectiva la encargada de acotar las condiciones subjetivas para el ejercicio del derecho, y que esa acotación se haga sobre la base de lo previsto en la Directiva 2019/1158. Como ya se ha señalado, las fórmulas de trabajo flexible se conceden en la norma comunitaria a progenitores con hijos o hijas de hasta ocho años y cuidadores. Y la noción de cuidador se refiere a trabajadores con necesidad de asistir a familiares o convivientes que requieren asistencia por un motivo médico grave. Ello obligaría a atender a vínculos de convivencia y no exclusivamente de parentesco. Pero, por otra parte, podría amparar una delimitación más estricta en otros supuestos, como el cuidado de menores por quien no ostenta la condición de progenitor o la atención ordinaria de menores mayores de doce años. En este sentido parece que apunta la STS 5 febrero 2021 cuando establece que la excedencia para cuidado de familiares del art. 46 ET no comprende el cuidado de hijos mayores de tres años, salvo en situaciones particulares de enfermedad o accidente. Otras sentencias, STJ Galicia 5 octubre 2020, en el marco del art. 34.8 ET, también rechazan la petición de adaptación de jornada para mayores de doce años sin que concurren necesidades especiales (De la Puebla Pinilla, Ana, 2021, p. 217).

- En lo tocante al ejercicio del derecho, el art. 34.8 ET prevé, en sentido amplio, adaptaciones en la ordenación del tiempo de trabajo y en la forma de prestación. Se abre, así, un amplio abanico de iniciativas posibles para favorecer la conciliación: horarios flexibles, bancos de horas de libre disposición, cambios de turno, elección de períodos de vacaciones, distribución irregular de la jornada por causas familiares, así como trabajo a distancia o, incluso, cambios de centro o de puesto de trabajo. En sintonía con lo dispuesto por la Directiva, la previsión estatutaria articula, una vez presentada la solicitud por el trabajador, un período de negociación con la empresa de una duración máxima de treinta días. Finalizado el mismo, la empresa comunicará por escrito la aceptación de la petición, las posibles alternativas a la propuesta del trabajador o bien la denegación de la solicitud, indicando en este último caso, las razones objetivas en las que se sustenta esa decisión. Además, la disconformidad del trabajador con el resultado le permite recurrir en vía judicial ex art. 139 LJS. Ello ha supuesto un notable incremento de la litigiosidad en torno a esta cuestión, obligando a los órganos jurisdiccionales a terciar en un conflicto de intereses en el que han de ponderar, conforme a criterios de equidad, las posturas encontradas de las partes. En este marco, se ha planteado hasta qué punto debe exigirse al trabajador desvelar aspectos íntimos de su vida privada y de su organización familiar para tratar de justificar su petición. Se ha alertado, así, del peligro de caer en un “activismo judicial”, que investigue las

circunstancias privadas de cada familia, haciendo juicios de valor o de oportunidad sobre las mismas (Casas Baamonde, María Emilia, 2018, p. 1068). Nuestros tribunales están poniendo límites a esta práctica, que no tiene amparo en la Directiva ni en el art. 34.8 ET, en la medida en que las peticiones de adaptación no tienen por qué quedar condicionadas a la valoración de las decisiones personales y familiares que adopte el trabajador. La STSJ Galicia 28 mayo 2019 señala, así, que el derecho del art. 34.8 ET es un derecho personalísimo de la trabajadora y no procede valorar si el padre puede adaptar la jornada, los abuelos ayudar, si hay comedor en el colegio...

Por otra parte, el art. 34.8 ET hace un llamamiento para que, a través de la negociación colectiva, se establezcan condiciones de ejercicio del derecho que garanticen la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, por razón de sexo entre las personas trabajadoras. La Directiva insiste igualmente en la importancia de la corresponsabilidad y estima que la flexibilidad laboral puede ser un incentivo para que los padres soliciten derechos de conciliación. Sin embargo, si bien los hombres están recurriendo cada vez con mayor frecuencia a las fórmulas del art. 34.8 ET, la mayoría de las peticiones de flexibilidad provienen todavía de mujeres. Un estudio que analiza 109 sentencias dictadas en los dos años siguientes a la aparición del Real Decreto-Ley 6/2019, indica que el 74% de las solicitudes de adaptación de jornada se efectúan por mujeres trabajadoras²⁷. Es, por tanto, necesario que se fomente un uso equilibrado que evite la feminización de esta figura.

2.6. Protección de los trabajadores en el ejercicio de sus derechos de conciliación

Al igual que sus predecesoras, la Directiva 2019/1158 establece garantías para asegurar el cumplimiento efectivo de los derechos de conciliación. En concreto, la protección se articula en una triple vía:

- **Derechos laborales:** los trabajadores y trabajadoras conservan los derechos adquiridos o en curso de adquisición a la fecha de inicio de los permisos familiares, que se aplicarán tras la finalización de los mismos. Se garantiza, además, la reincorporación del trabajador o trabajadora a su puesto de trabajo o a un puesto equivalente en unas condiciones que no le resulten menos favorables, así como a beneficiarse de cualquier mejora de las condiciones laborales a la que hubieran tenido derecho si no hubieran disfrutado el permiso (art. 10).

La jurisprudencia comunitaria ha afrontado esta cuestión con algunas vacilaciones. La STJUE 21 octubre 1999, asunto Lewen²⁸, admite que se excluya de la percepción de una

²⁷ <https://www.cuatrecasas.com/es/spain/articulo/gestion-adaptacion-jornada-claves-tras-dos-anos-nuevo-art-34-8-retos-pospandemia>

²⁸ C-333/97.

paga extraordinaria de Navidad a una trabajadora embarazada por no encontrarse en activo en el momento del pago; y más recientemente la STJUE 4 octubre 2018, asunto Dicu²⁹ establece que el período de permiso parental no puede asimilarse a un período de trabajo efectivo a efectos del devengo del derecho a vacaciones. Pero en otras ocasiones ha contribuido a defender la posición del trabajador o trabajadora en el ejercicio de estos permisos familiares, reconociendo, por ejemplo, el derecho a percibir los incrementos retributivos que se generen durante el período del permiso³⁰, el cómputo de la antigüedad durante la baja³¹ o el derecho a que las indemnizaciones por extinción se calculen sobre la base de la retribución completa del trabajador y no sobre la reducida que hubiera venido percibiendo durante el permiso parental³². Es esta también la línea seguida por nuestros Tribunales, pese a la inexistencia de una previsión normativa en nuestro ordenamiento similar a la que recoge la Directiva³³.

- Protección contra el despido: la norma comunitaria insta a adoptar las medidas necesarias para prohibir el despido del trabajador o trabajadora por haber solicitado o disfrutado de estos permisos, y establece un mecanismo de inversión de la carga probatoria, haciendo recaer sobre el empresario la necesidad de acreditar que el despido obedece a motivos distintos del ejercicio de los derechos de conciliación (art. 12). Nuestro sistema cumple satisfactoriamente en principio con este requerimiento, a tenor de la presunción de nulidad del despido que recoge el art. 55.5 ET³⁴. Ha de advertirse, con todo, que algunos supuestos no se benefician de esta protección, en particular en lo que se refiere a aquellos trabajadores que solicitan medidas adaptativas al amparo del art. 34.8 ET, lo que habrá de tenerse en cuenta de cara a futuras modificaciones normativas.
- Discriminación. Bajo este epígrafe, el art. 11 de la Directiva prevé que se adopten las medidas necesarias para prohibir que los trabajadores reciban un *trato menos favorable* por haber solicitado o disfrutado alguno de los permisos familiares. Los términos excesiva- y parece que deliberadamente- ambiguos de la norma en este punto, hacen que no se pueda establecer con rotundidad una vinculación entre conciliación y discriminación por razón de sexo (Ballester Pastor, María Amparo, 2019, p. 1112). Pero tampoco parece estar en la intención de la Directiva el configurar la conciliación como una causa autónoma de discriminación. La jurisprudencia comunitaria no mantiene un criterio uniforme, y si bien en algunos supuestos adopta una perspectiva antidiscriminatoria conectada con el principio de igualdad y la situación de desventaja que sufre la mujer en el ámbito profesional³⁵, en otros,

²⁹ C-12/17.

³⁰ STJUE 13 febrero 1996, asunto Gillespie, C-342/93, STJUE 30 marzo 2004, asunto Alabaster, C-147/02.

³¹ STJUE 16 febrero 2006, asunto Sarkatzis Herrero, C-294/04.

³² STJUE 22 octubre 2009, asunto Meerts, C-116/08.

³³ STS 25 abril 2018, Rec. 2152/16,

³⁴ El Real Decreto-Ley 6/2019, 1 marzo modifica el art. 14 ET y amplía esta protección a la resolución del contrato durante el período de prueba para las trabajadoras embarazadas y las que estén disfrutando del permiso de maternidad.

³⁵ STJUE 20 junio 2013, asunto Riezniecie, C-7/12, STJUE 8 mayo 2019, asunto Re-Praxair, C-486/18.

la decisión del Tribunal destila un tono más neutro y se ancla simplemente en la protección específica que ofrecen las Directivas a los trabajadores que disfrutan derechos familiares³⁶. Este debate se ha suscitado también en nuestro sistema, especialmente después de que la STC 26/2011, 14 marzo abriera la puerta a una posible “discriminación por razón de las circunstancias familiares” incardinable en el art. 14 CE. La sentencia cuenta, sin embargo, con un voto particular, que cuestiona la creación de una nueva categoría discriminatoria cuando no se aprecien diferencias históricamente arraigadas que justifiquen una situación de inferioridad y vulnerabilidad. En esa dirección parecen moverse algunas decisiones posteriores, que afrontan la tutela de los derechos de conciliación en clara conexión con la discriminación por razón de género³⁷. Así, la lesión sufrida en este ámbito por la mujer trabajadora se reputaría como una discriminación directa; mientras que si la vulneración va referida a un trabajador varón constituiría una discriminación indirecta, en la medida en que los obstáculos que encuentran los varones para el ejercicio de estos derechos impiden un reparto equitativo e igualitario de las tareas familiares. Las cuestiones de conciliación tienen actualmente un sesgo de género que no es posible ignorar y que condicionan, inevitablemente, su abordaje jurídico. A futuro, no obstante, y a efectos de tutela, puede ser interesante reflexionar sobre otros aspectos de la conciliación que permanecen en la sombra, pero que deberían estar llamados a jugar un papel más relevante: el propio derecho de los trabajadores varones a asumir tareas de cuidado o los derechos de menores, mayores y dependientes a recibir cuidados adecuados y, en definitiva, un trato digno.

3. Conclusiones y propuestas para seguir avanzando

La relativa comodidad con la que, como hemos visto, nuestro ordenamiento afronta la transposición de la Directiva 2019/1158 no puede llevar a crear la falsa impresión de haber alcanzado los objetivos que la propia norma esboza para una conciliación equilibrada y satisfactoria. Queda todavía largo un largo camino por recorrer y será preciso un esfuerzo sostenido y transversal para seguir avanzando. A este respecto, y desde las líneas marcadas por la Directiva, pueden apuntarse algunas propuestas:

- Incluir la conciliación en la agenda de la negociación colectiva. Es decepcionante el escaso interés mostrado por los convenios colectivos en la regulación de los derechos de conciliación, que quedan habitualmente postergados en favor de otras prioridades. Una intervención más activa de la negociación colectiva en esta materia podría resultar, sin embargo, muy positiva para arbitrar fórmulas eficaces que potencien la flexibilidad y la corresponsabilidad en el contexto particular de

³⁶ STJUE 7 septiembre 2017, asunto H, C-174/16.

³⁷ STS 10 enero 2017, RJ 2017/38.

cada empresa, así como para avanzar en la sensibilización de la plantilla y romper inercias que lastran la aplicación de estas medidas.

- Concepción amplia de la conciliación no vinculada exclusivamente a la crianza y cuidado de los hijos. Nuestro sistema recoge desde hace años derechos para el cuidado de mayores y dependientes. Sin embargo, el incremento de las necesidades de conciliación vinculadas a estos colectivos hace aconsejable pensar en plantear otras iniciativas, así como en equiparar el régimen jurídico de estas figuras con las dedicadas a la atención de menores.
- Fomentar la corresponsabilidad en el ejercicio de todos los derechos de conciliación. Si bien nuestro ordenamiento ha dado un importante paso en esta cuestión al equiparar la licencia por maternidad y paternidad, sigue habiendo derechos con significativos desequilibrios de género (como la excedencia por cuidado de hijos o las medidas de flexibilidad en el marco del art. 34.8 ET). Es fundamental propiciar una asunción corresponsable de estas tareas no sólo para revertir la discriminación laboral que sufre la mujer, sino igualmente para dignificar la actividad de cuidado y de aquellos a quienes se dirige.
- Atender a la complejidad y heterogeneidad de las estructuras familiares. Desde la Directiva se insta a tomar en consideración las necesidades particulares de las familias: padres adoptivos, familias monoparentales, partos múltiples o prematuros, familias numerosas, progenitores con discapacidad, progenitores que tienen hijos con discapacidad o enfermedades graves o crónicas. No existe ya un modelo único de familia y es urgente que las medidas de conciliación se articulen teniendo en cuenta la diversidad de situaciones familiares y sus demandas específicas.

Bibliografía

- BALLESTER PASTOR, M^a AMPARO. “De los permisos parentales a la conciliación: expectativas creadas por la Directiva 2019/1158 y su transposición al ordenamiento español”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 11, 2019
- CABEZA PEREIRO, JAIME. “La Directiva de conciliación de la vida familiar y laboral”, *Revista de Derecho Social*, núm. 92, 2020.
- CABEZA PEREIRO, JAIME. “¿En qué debe cambiar el Derecho español para adaptarse al acuerdo marco revisado sobre el permiso parental?”, *Revista doctrinal Aranzadi Social*, núm. 6, 2010.
- CASAS BAAMONDE, M^a EMILIA. “Conciliación de la vida familiar y laboral: Constitución, legislador y juez”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 10, 2018.
- DE LA CORTE RODRÍGUEZ, MIGUEL. “La Directiva relativa a la conciliación de la vida familiar y profesional y su repercusión en la legislación española”, *Revista Ministerio de Trabajo y Economía Social*, núm. 146, 2020.
- DE LA PUEBLA PINILLA, ANA. “Últimos pronunciamientos jurisprudenciales sobre conciliación y corresponsabilidad”, *Femeris*, vol. 6, núm. 2, 2021.

- JURADO SEGOVIA, ANGEL. "Flexiseguridad y conciliación de la vida laboral y familiar", Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, núm. extraord. 2018.
- LAHERA FORTEZA, JESÚS. "Organización flexible del tiempo de trabajo y conciliación familiar", Documentación Laboral, núm. 100, 2014.
- MOLERO MARAÑÓN, M^a LUISA, Los desafíos de una genuina conciliación de la vida profesional y familiar en la sociedad española del siglo XXI, Revista del Ministerio de Trabajo, SS y Migraciones, Mujer en el futuro del Trabajo, núm. extraord., 2019.
- PERÁN QUESADA, SANTIAGO, "La configuración jurídica del principio de corresponsabilidad y su necesaria aplicación efectiva", Revista General del Derecho y de la Seguridad Social, núm. 53, 2019.
- VELASCO PORTERO, TERESA, "El conflicto entre conciliación y necesidades empresariales en la organización del tiempo de trabajo: regulación legal, doctrina judicial e importancia de la negociación", Revista General de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, núm. 41, 2015.