

CONCILIACIÓN Y CORRESPONSABILIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COMUNITARIO

CONCILIATION AND RESPONSIBILITY IN THE COMMUNITY LEGAL ORDERING

MARÍA JOSÉ LÓPEZ ÁLVAREZ*

Profesora Ordinaria Derecho del Trabajo y Seguridad social
Universidad Pontificia Comillas (Madrid)
mjlopez@comillas.edu

RESUMEN

La Directiva 2019/1158/UE supone un espaldarazo para las políticas de conciliación en el ámbito comunitario y busca alinearse con la evolución social y jurídica que esta cuestión ha experimentado en los Estados miembros. Con apoyo en la jurisprudencia del TJUE, la norma formula los derechos de conciliación desde una perspectiva más amplia, que engloba tareas de cuidado de hijos, mayores y dependientes. Y articula la protección a partir de dos hilos conductores: el fomento de la corresponsabilidad en las tareas de cuidado y la articulación de fórmulas de trabajo flexible.

Palabras clave: conciliación, corresponsabilidad, trabajo flexible.

ABSTRACT

Directive 2019/1158/EU supports work-life balance policies in EU and pursues to side with social and legal treatment for this problem in Member States. Based on EU-case law, Directive drafts work-life balance rights from a large view, so that they implies caring responsibilities with children,

* 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".

sick or dependent relatives. And regulation provides a special protection for equal share of caring responsibilities and flexible working arrangements.

Keywords: Work-life balance, equal share of caring responsibilities between men and women, flexible working hours.

RESUMO

A Directiva 2019/1158/UE supón un respaldo para as políticas de conciliación no ámbito comunitario e busca aliñarse coa evolución social e xurídica que esta cuestión experimentou nos Estados membros. Con apoio na xurisprudencia do TXUE, a norma formula os dereitos de conciliación dende unha perspectiva máis ampla, que engloba tarefas de coidado de fillos, maiores e dependentes. E articula a protección a partir de dous fíos condutores: o fomento da corresponsabilidade nas tarefas de coidado e a articulación de fórmulas de traballo flexible.

Palabras chave: conciliación, corresponsabilidade, traballo flexible.

1. EL LENTO AVANCE DE LAS POLÍTICAS DE CONCILIACION

La reciente 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 cuidadores¹, se ha estrenado como una iniciativa ambiciosa, que escenifica la voluntad de impulsar las políticas de conciliación en el ámbito comunitario y que, es de esperar, suponga un avance significativo para las mismas.

Es la primera vez que la conciliación se visibiliza con tanta contundencia y obtiene un reconocimiento autónomo dentro del acervo comunitario. La preocupación por los problemas que suscita la conciliación no es nueva, sin embargo, y ya aparece recogida en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea² cuyo art. 33, bajo la rúbrica *Vida familiar y vida profesional* establece lo

¹ DO L 188 de 12.7.2019, p. 79.

² LCEur 2000/3480, DOC 18 diciembre 2000, núm. 364.

siguiente: "con el fin de poder conciliar vida familiar y vida profesional, toda persona tiene derecho a ser protegida contra cualquier despido por una causa relacionada con la maternidad, así como el derecho a un permiso pagado por maternidad y a un permiso parental con motivo del nacimiento o de la adopción de un niño". Se trata, con todo, de una referencia descomprometida, incluida en el apartado de *Solidaridad*, que poco aporta a lo ya previsto en ese momento en las normas comunitarias³. Se percibe, así, una cierta renuencia a hacer un reconocimiento amplio de estos derechos de conciliación, debido probablemente, entre otras razones, al impacto económico que los mismos tienen para la empresa. Y ello explica el tratamiento fragmentado y reduccionista que se ha venido realizando de esta cuestión, en el que la conciliación aparece relegada a un segundo plano, vinculada a la protección de la maternidad⁴, la igualdad de género⁵ o el cuidado de los hijos⁶.

Con la aprobación del Pilar Europeo de Derechos Sociales en 2017⁷ se produce un cambio de tono en el discurso comunitario, al recoger 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

³ En ese sentido, BALLESTER PASTOR, M.A. Conciliación y corresponsabilidad en la Unión Europea, en Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad entre sexos, CABEZA PEREIRO, J.-FÉRNÁNDEZ DOCAMPO, B. (dir), Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 23.

⁴ Directiva 2006/54/CE de 5 de julio de 2006 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).

⁵ Directiva 92/85/CEE de 19 de octubre de 1992, 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 período de lactancia (DO L 348 de 28.11.1992, p. 1).

⁶ Directiva 2010/18/UE de 8 de marzo de 2010, 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).

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

cumplir con sus responsabilidades asistenciales y debe animárseles a utilizarlos de forma equilibrada”.

La declaración trasluce el deseo de ajustarse a la evolución jurídica y social que los problemas de conciliación han experimentado en los Estados miembros en estos años y que, como luego se verá, ha quedado reflejada también puntualmente en las decisiones del Tribunal de Luxemburgo. Se hacen, así, extensivas las necesidades de conciliación no sólo a los padres, sino a las “personas con responsabilidades asistenciales”, sugiriendo un ámbito más amplio para la conciliación, que abarca no sólo la crianza de los hijos, sino igualmente la atención a mayores, enfermos y dependientes. Los derechos de conciliación no se circunscriben ya a permisos parentales o por maternidad, sino que comprenden de igual forma condiciones de trabajo flexibles- asumiendo que las tareas de conciliación se prolongan más allá del momento del nacimiento de los hijos- y servicios de asistencia- recordando que nos encontramos ante una cuestión que requiere un abordaje transversal para obtener una respuesta satisfactoria. Y, en fin, hay una llamada a la igualdad de hombres y mujeres en el acceso y disfrute de estos derechos, invitando a una utilización equilibrada que favorezca la corresponsabilidad y retomando, así, la dimensión de género indisociable de las políticas de conciliación.

Poco tiempo después de la aparición del Pilar Europeo de Derechos Humanos se presenta la propuesta de Directiva relativa a la Conciliación de la vida familiar y la vida profesional, que finalmente ha quedado aprobada este verano, y que recoge, como se expondrá, estos y algunos otros aspectos novedosos. No ha sido fácil, sin embargo, llegar a este punto y vencer las resistencias que han propiciado la inacción de los órganos comunitarios en esta materia. La propuesta de Directiva nace con la intención de dar un enfoque más amplio a los problemas de conciliación, una vez se constata el fracaso del proceso de revisión de la Directiva 92/85/CEE sobre la licencia por maternidad. Por ello, aunque desde su rúbrica apuesta por esta perspectiva más generalista, lo cierto es que su contenido estaba ya lastrado desde el inicio, puesto que no recoge, como

hubiera sido deseable, una regulación unitaria de los derechos de conciliación, al dejar fuera a la licencia por maternidad.

Por otra parte, la Directiva 2019/1158/UE sustituye a la Directiva 2010/18/UE sobre permisos parentales, a la que deroga formalmente. A diferencia de esta última, sin embargo, la norma actual no tiene su origen en un Convenio Marco negociado por los interlocutores sociales, que, si bien fueron consultados durante el proceso de elaboración, no alcanzaron un acuerdo para negociar sobre estos asuntos, ni siquiera sobre el permiso parental. Ello refleja las tensiones en torno a esta materia, centradas principalmente en el coste económico que la ampliación de las medidas de conciliación trae consigo, lo que se agudiza en un contexto de crisis económica como el que vivimos. Y, en este sentido, el texto de la Directiva 2019/1158/UE aprobado finalmente rebaja significativamente algunas de las propuestas iniciales: el disfrute del permiso parental y las fórmulas de trabajo flexible que en un principio habrían de garantizarse hasta que el hijo alcanzara una edad de doce años, quedan finalmente circunscritos a los hijos menores de 8 años; la intransferibilidad de los permisos parentales pasa de cuatro a dos meses, y no se garantiza un mínimo para la prestación económica durante el permiso parental, sino que ésta queda a expensas de la regulación interna de cada Estado miembro.

Con independencia de ello, la Directiva ofrece algunas novedades de interés:

-. Es relevante, en primer término, el reconocimiento más extenso de las necesidades de conciliación, de forma que comprendan no sólo las tareas de crianza y educación de los hijos, sino igualmente la atención de familiares mayores, enfermos o dependientes. Desde el preámbulo de la norma se insiste en que las políticas de conciliación deben de tener en cuenta los cambios demográficos, incluidos los efectos del envejecimiento de la población. Y el reto demográfico, unido a la presión creciente sobre el gasto público, hace esperar un incremento de la necesidad de cuidados no profesionales, por parte de familiares, para dar respuesta al aumento de la prevalencia de las deficiencias relacionadas

con la edad. Desde esta perspectiva, pues, la Directiva se refiere a la conciliación de “progenitores y cuidadores”. Define estos últimos como aquellos trabajadores que “dispensan cuidados o prestan ayuda a un familiar o a una persona que viva en el mismo hogar que el trabajador y que necesite asistencia o cuidados importantes por un motivo médico grave” (art. 3.1.d). A su vez, entiende por familiar, “hijo, hija, padre, madre o cónyuge del trabajador, o pareja de hecho de éste cuando las uniones de hecho estén reconocidas en el Derecho nacional” (art. 3.1.e). El legislador comunitario es consciente, sin embargo, de la acotación restrictiva que realiza de este término, por lo que en el preámbulo de la Directiva se anima a los Estados miembros para que reconozcan el ejercicio de algunos de estos derechos con respecto a otros familiares adicionales, como abuelos y hermanos.

Se articula, así, un nuevo permiso para cuidadores, de cinco días laborables⁸, independiente del derecho a ausentarse del trabajo por causa de fuerza mayor, por motivos familiares urgentes, que ya se recogía en la Directiva 2010/18/UE. Y, como veremos, se reconoce a los cuidadores el derecho a solicitar fórmulas de trabajo flexible, así como los derechos laborales y la protección frente al despido que establece la norma.

En nuestro derecho interno, el permiso para cuidadores puede subsumirse en la licencia retribuida por motivos familiares prevista en el art. 37.3.b) ET, si bien deberá valorarse la conveniencia de revisar algunos puntos concretos⁹. Así, nuestra norma reconoce únicamente, como se sabe, dos días laborables de permiso para las contingencias previstas, que podrán ampliarse a cuatro cuando se precise desplazamiento. Y aunque se maneja una noción de familiar con un alcance más amplio que el previsto en la Directiva, nuestra norma parte en todo caso de un vínculo previo de parentesco con el trabajador,

⁸ El permiso se reconoce por trabajador, pero la Directiva permite que los Estados miembros distribuyan el permiso sobre la base de períodos de un año, por persona necesitada, o por caso (art. 6.2).

⁹ El plazo general de transposición de la Directiva finaliza el 2 de agosto de 2022 (art. 20).

mientras que la comunitaria reconoce igualmente el derecho para la atención de personas con las que se conviva.

-. En cuanto a los objetivos de las políticas de conciliación, llama la atención que, en el preámbulo de la Directiva, se haga referencia, en primer lugar, a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las personas con discapacidad de 2006 y a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989. En el primer caso, la mención se justifica por la necesidad de garantizar que los niños con discapacidad gocen de sus derechos en igualdad de condiciones con los demás niños. La Directiva advierte, así, acerca de las necesidades específicas de estos niños, que pueden requerir una adaptación de las medidas de conciliación, al igual que otras situaciones particulares contempladas en el preámbulo: familias monoparentales, padres con discapacidad, padres adoptivos o con nacimientos múltiples o prematuros.

Por otra parte, la Convención sobre los Derechos del Niño dispone que ambos padres tienen responsabilidades comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño, y que su preocupación fundamental debe ser el interés superior del niño (art. 18.1). Con ello, se apunta a la necesaria corresponsabilidad y a los beneficios que reporta al menor la implicación del padre en las tareas de cuidado. Tanto en un supuesto como en otro, resulta, en cualquier caso, muy positivo un enfoque de las políticas de conciliación que toma en consideración de forma explícita el bienestar y los derechos de los menores. Habitualmente, las medidas de conciliación se diseñan priorizando la consecución de la igualdad entre hombres y mujeres y la promoción del trabajo femenino, y se presume el beneficio que las mismas generarán a los menores. La realidad¹⁰

¹⁰ Diversos estudios apuntan ya los efectos que la reducida presencia de los progenitores en el hogar está provocando en el bienestar físico de los menores (los niños se cansan en interminables actividades extraescolares y reducen sus horas de sueño porque la hora de la cena se retrasa al llegar los padres tarde a casa), sobre el bienestar emocional (sensación de abandono, baja autoestima, inseguridad por falta de modelos paternos) o sobre el rendimiento escolar (el cansancio interfiere en su actividad cotidiana, los padres no se implican en la vida académica y escolar de sus hijos), vid. LÓPEZ ALVAREZ, M.J. "La protección de los menores como

indica, sin embargo, que esta premisa no siempre se cumple, por lo que parece adecuado recordar que existen otros bienes jurídicos atendibles en esta materia y darles el protagonismo que merecen.

-. Sin perjuicio de lo anterior, la Directiva no oculta que su finalidad principal es abordar la infrarrepresentación femenina en el empleo y respaldar la trayectoria profesional de las mujeres a través de la mejora de las condiciones para conciliar la vida profesional y familiar. Para ello, hace una apuesta decidida por la corresponsabilidad, entendiendo que en los desequilibrios en la utilización de estas medidas por parte de hombres y mujeres se encuentra la causa del incremento de los estereotipos y las diferencias de género. Este planteamiento no es nuevo, puesto que en la Directiva 2010/18/UE sobre permisos parentales ya se constata que las iniciativas para animar a los hombres a participar por igual en las tareas familiares no han dado resultado, y es preciso adoptar disposiciones más efectivas para lograrlo. Pero sí se aprecia una mayor resolución, hasta el punto de convertir la corresponsabilidad, como vamos a ver, en uno de los hilos conductores de toda la norma. Parece, así, que se supera definitivamente una posición predominante durante años en el ámbito comunitario, que reducía los problemas de conciliación a la necesidad de los trabajadores de compaginar su vida personal y profesional, ignorando la dimensión de género que se esconde tras ellos y las implicaciones que conlleva para la consecución de la igualdad¹¹.

-. La flexibilidad es el otro concepto clave sobre el que se construye la Directiva. Se ha demostrado que la disponibilidad de permisos y fórmulas de trabajo flexible reduce sustancialmente el efecto de las responsabilidades familiares en los resultados del trabajo femenino. Y ello por dos motivos: el hecho de contar con un abanico más amplio

objetivo de las políticas de conciliación laboral" en MARTÍNEZ GARCÍA, C. (coord.) Tratado del menor, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, p. 838.

¹¹ V. CABEZA PEREIRO, J. "¿En qué debe cambiar el Derecho Español para adaptarse al acuerdo marco revisado sobre el permiso parental?", Revista Doctrinal Aranzadi Social, núm. 6, 2010, p. 4.

de posibilidades para organizar las tareas laborales y familiares, evita que las mujeres abandonen completamente el mercado de trabajo. Pero, a su vez, esta mayor flexibilidad puede constituir un incentivo para que los hombres, que hacen un menor uso de estas medidas, se acojan a las mismas. De esta forma, como se verá, se fomenta una configuración flexible del disfrute de los distintos permisos. Además, frente a la tímida previsión de la Directiva 2010/18, la nueva norma regula y desarrolla con mayor extensión las fórmulas de trabajo flexible que los trabajadores pueden solicitar para ocuparse de sus obligaciones de cuidado.

A continuación, pues, se repasan algunos de estos aspectos centrales de la nueva Directiva, a la luz de la jurisprudencia elaborada por el TJUE en materia de conciliación.

2. HACIA UN EJERCICIO CORRESPONSABLE DE LOS DERECHOS DE CONCILIACIÓN.

Como ya se ha señalado, las previsiones comunitarias en materia de conciliación han tenido como epicentro, durante mucho tiempo, la maternidad. No es de extrañar, pues, que, en la jurisprudencia comunitaria, los problemas de conciliación se plantearan inicialmente a partir de los derechos reconocidos a la madre trabajadora, desde la óptica de la igualdad y la no discriminación por razón de género. Así, en la STJUE 12 de julio de 1984, asunto Hoffman¹², encontramos ya una primera toma de postura, que condicionará la línea seguida con posterioridad por el Tribunal comunitario. En el análisis del alargamiento de un permiso por maternidad que beneficia exclusivamente a la madre, el Tribunal establece que la Directiva 76/207 de Igualdad¹³ -aplicable en ese momento-, al permitir el mantenimiento de disposiciones destinadas a la protección de la mujer "en lo que se refiere al embarazo y la maternidad" persigue un doble objetivo. Se trata de asegurar la protección de la condición biológica de la mujer durante el embarazo y con posterioridad, hasta que se

¹² C-184/83.

¹³ Sustituida por la Directiva 2006/54.

normalicen sus funciones fisiológicas y psíquicas después del parto. Pero, por otro lado, también se intenta proteger "las especiales relaciones entre la mujer y su hijo durante el período que sigue al embarazo". Es ésta, pues, la referencia principal a tomar en consideración ya que, como se concluye, el objeto de la Directiva "no es regular las cuestiones relativas a la organización de la familia o modificar el reparto de responsabilidades dentro de la pareja". De esta forma, el Tribunal renuncia a entrar a valorar cuál haya de ser el papel del padre en las tareas de cuidado y crianza; pero justifica el particular protagonismo de la madre en las mismas y, en consecuencia, la atribución a ésta de derechos y prerrogativas en exclusiva.

Este criterio se mantendrá en decisiones posteriores, si bien con una argumentación más matizada, partiendo de que la concesión de determinadas ventajas a las mujeres, vinculadas al nacimiento y crianza de los hijos, aun en apariencia discriminatoria, puede contribuir a eliminar las desigualdades de hecho que las mismas sufren en el ámbito profesional¹⁴. Desde esta perspectiva, la STJUE 16 de septiembre de 1999, asunto Abdoulaye¹⁵, admite el establecimiento de una asignación a tanto alzado, aplicable tan solo a las mujeres que inicien sus permisos por maternidad. Y la STJUE 19 de marzo de 2002, asunto Lommers¹⁶, considera adecuada la reserva de plazas de guardería exclusivamente para el personal funcionario femenino. Esta última, no obstante, realiza un examen más detallado de las circunstancias concurrentes (la infrarrepresentación femenina en el Ministerio, la exclusión sólo parcial de los funcionarios masculinos, que podrían acceder a ese beneficio en caso de urgencia) para asegurar

¹⁴ Criterio que, por otra parte, no se aleja demasiado del que, por esas fechas, defendía nuestro TC al señalar que "a efectos laborales la diferencia entre hombres y mujeres con hijos de corta edad no es únicamente de sexo, y reside en que existe una innegable y mayor dificultad para la mujer con hijos de corta edad para incorporarse al trabajo o permanecer en él y en tanto esa realidad perdure, no pueden considerarse discriminatorias las medidas tendentes a favorecer el acceso al trabajo de un grupo en situación de clara desigualdad social" (STC 128/1987, 109/1993).

¹⁵ C-218/98.

¹⁶ C-476/99.

el respeto al principio de proporcionalidad. E incluye una reflexión de interés que apunta en una dirección distinta, al señalar que una medida que pretende abolir una desigualdad de hecho podría, sin embargo, "contribuir del mismo modo a perpetuar un reparto tradicional de funciones entre el hombre y la mujer".

Hay que esperar, no obstante, hasta la STJUE 30 de septiembre de 2010, asunto Roca Álvarez¹⁷, para apreciar un punto de inflexión claro en esta cuestión. La sentencia examina el permiso por lactancia previsto por el art. 37.4 ET que, en ese momento, se reconocía como un derecho de titularidad exclusiva de la trabajadora, si bien permitiendo la cesión al padre. La desvinculación progresiva del permiso con respecto a su finalidad originaria de facilitar el amamantamiento por parte de la madre, que hace que pueda ser disfrutado indistintamente por ambos progenitores, marca las distancias, a juicio del Tribunal, con respecto al asunto Hoffman, puesto que el derecho de lactancia no tendría ya por objeto proteger la condición biológica de la madre después del embarazo o la protección de las particulares relaciones entre la madre y el hijo, sino simplemente dedicar un tiempo al cuidado del hijo. Por otra parte, ahondando en la aseveración de la sentencia del asunto Lommers, se estima que una previsión como ésta podría favorecer a las mujeres, permitiéndoles conservar su empleo a la vez que dedican tiempo a su hijo; pero puede contribuir, igualmente, a perpetuar roles tradicionales y a mantener a los hombres en una función subsidiaria de las mujeres respecto al ejercicio de su función parental. Y se advierte que, el hecho de denegar el permiso a los padres trabajadores por cuenta ajena por el único motivo de que la madre no tenga tal condición, podría redundar en perjuicio de ésta última ya que, si es trabajadora por cuenta propia, se vería obligada a limitar su actividad profesional y soportar sola la carga del cuidado del hijo.

Este cambio de tendencia se ha consolidado en otras resoluciones como la STJUE 16 de julio de 2015, asunto

¹⁷ C-104/09.

Maîstrellis¹⁸. La sentencia aborda la controversia en torno a un permiso remunerado de nueve meses para el cuidado de un hijo, que se reconoce a las jueces que sean madres, pero que sólo podrá ser disfrutado por los jueces varones si su esposa ejerce una actividad profesional o presenta alguna enfermedad grave o discapacidad que le impide asumir el cuidado del hijo. Se recuerda, en primer término, que, cuando se trata de la educación de los hijos, los trabajadores y trabajadoras que tengan la condición de progenitor se encuentran en una situación comparable. En este caso, sin embargo, la condición de progenitor no es suficiente para que los jueces varones se beneficien del permiso, mientras que sí lo es con respecto a las mujeres. Ante ello, y tras rechazar una vez más que este tipo de medidas afirmativas puedan garantizar la plena igualdad entre hombres y mujeres, se concluye que esta disposición constituye una discriminación directa por razón de sexo respecto de los funcionarios que son padres en relación con la concesión de un permiso parental.

Como puede apreciarse, hay una evolución significativa en la doctrina del Tribunal, que le ha llevado a aceptar paulatinamente el hecho de que las ventajas y beneficios reconocidos a las mujeres trabajadoras para facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral pueden tener efectos contraproducentes en sus carreras profesionales, y en el acceso y mantenimiento del empleo. A partir de ahí, la implicación del padre en las labores de crianza y cuidado se postula, pues, como un instrumento para la consecución de la igualdad laboral entre hombres y mujeres, si bien se silencian otros aspectos relevantes, como el bienestar familiar y de los menores o el propio derecho del padre a asumir esas tareas de cuidado de los hijos. En todo caso, la promoción de la corresponsabilidad se realiza en términos cuando menos prudentes, defendiendo un reconocimiento neutro de los derechos de conciliación a los trabajadores en su condición de progenitores, pero sin aventurar, siquiera *obiter dicta*, la conveniencia de adoptar medidas más

¹⁸ C-222/14.

incisivas para fomentar el ejercicio de estos derechos por los trabajadores varones.

Pese a todo, las decisiones del Tribunal han abierto una vía, que ha servido para impulsar reformas legales que aboguen por un reparto equitativo de las obligaciones familiares en términos más amplios.

A este respecto, es significativo el diagnóstico de partida que realiza la Directiva 2019/1158/UE, donde se reconoce explícitamente la baja frecuencia con la que los hombres 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 de familiares. Sobre esa base, la nueva norma profundiza en la línea emprendida por la Directiva 2010/18/UE sobre permisos parentales, para promocionar la corresponsabilidad en distintos aspectos:

- . Por vez primera se regula en las normas comunitarias un permiso de paternidad de diez días laborables que el trabajador habrá de disfrutar con ocasión del nacimiento de su hijo. Como puntualiza el preámbulo de la Directiva, los padres han de acogerse al permiso en torno al nacimiento del hijo, y debe estar claramente vinculado al nacimiento, con el fin de prestarle asistencia y permitir que se cree un vínculo temprano entre padres e hijos.

Para evitar cualquier confusión, el permiso de paternidad se establece, además, de forma autónoma y diferenciada frente al permiso parental, y en claro paralelismo con la licencia por maternidad. Es ésta una precisión importante, ya que, si bien en algunos ordenamientos la distinción entre el permiso de paternidad y el parental está claramente delimitada, en otros, como el nuestro, existe una mayor ambigüedad. En este punto, la jurisprudencia comunitaria ha marcado con claridad la distinción entre la licencia por maternidad y el permiso parental, si bien justificándolo en la finalidad tradicional atribuida a la licencia de maternidad de procurar la recuperación física de la madre y salvaguardar las "especiales relaciones entre la mujer y su hijo" (STJUE

19 de septiembre de 2013, asunto *Betriu Montull*¹⁹). Y, a estos efectos, se considera que es indiferente que la duración de la licencia por maternidad sea superior al mínimo de catorce semanas fijado por la Directiva 92/85 o que, como ocurría en nuestro sistema, una parte de esa licencia fuera de disfrute voluntario y pudiera cederse al padre. En todo caso, y dado que a nivel interno no existe un permiso parental nominado como tal, no ha sido infrecuente que se haya tratado de reconducir al mismo el permiso por paternidad²⁰. Por ello, la previsión de la Directiva resulta oportuna y sienta las bases para, como veremos, establecer un estatus diferenciado para ambas figuras.

La introducción de este permiso representa, por lo demás, un avance significativo y refleja la voluntad de buscar fórmulas efectivas para reforzar el papel del padre en las tareas de cuidado de los hijos y superar, a la vez, el carácter instrumental y subordinado con respecto a la madre que éste ha asumido en las mismas. Tal y como se articula, parece claro que su disfrute se atribuye en exclusiva al padre, o en su caso a un segundo progenitor equivalente, y que no se contempla la posibilidad de transferencia a la madre. Es positivo, igualmente, que se haya previsto el mantenimiento de una remuneración o prestación económica durante el permiso en términos similares a los recogidos para la licencia por maternidad en la Directiva 92/85²¹. En cambio, sorprende la reducida duración del permiso por paternidad, en comparación con las catorce semanas que se reconocen para los supuestos de maternidad. Como ya se ha dicho, la frustrada revisión de la Directiva 92/85 ha impedido una regulación unitaria de ambos derechos, que hubiera resultado sin duda más adecuada. Es cierto, en cualquier caso, que no es éste el único medio a través del cual se potencia la

¹⁹ C-5/12.

²⁰ CABEZA PEREIRO, J. "¿En qué debe cambiar...", cit.

²¹ El art. 11.1 de la Directiva 92/85 establece que habrá de garantizarse una remuneración o prestación adecuada a la trabajadora que disfruta la licencia por maternidad; tal prestación, según el art. 11.3, ha de garantizar unos ingresos equivalentes, como mínimo, a los que recibiría la trabajadora en caso de interrupción de sus actividades por motivos de salud.

corresponsabilidad en la Directiva 2019/1158/UE, y parece que el legislador comunitario ha optado deliberadamente por la cautela, con una implantación progresiva del permiso por paternidad. Pueden haber pesado en ello no sólo consideraciones económicas, sino la propia realidad social y laboral de los Estados miembros, en los que se perciben todavía muchas resistencias a que los padres interrumpen su trabajo para realizar estas tareas²².

Con todo, la experiencia indica que, en tanto se mantenga una regulación diferenciada para ambos permisos, será difícil que pueda alcanzarse un equilibrio adecuado en la asunción de responsabilidades por hombres y mujeres y, por ende, erradicar el estigma de la discriminación laboral que sufren estas últimas. Sólo desde un reconocimiento legal paritario parece posible evitar que la duración más prolongada de la baja por maternidad acabe condicionando la reincorporación de la mujer a su puesto, limite sus expectativas de ascenso profesional, genere desigualdades retributivas o provoque la retracción del empresario en el momento de la contratación, ante la perspectiva de asumir un mayor coste cuando sobrevengan estas situaciones.

Nuestro sistema se encuentra, en este punto, un paso por delante y, como es sabido, después del establecimiento de un permiso de paternidad en la LO 3/2007 Igualdad de trece días, que fue ampliándose posteriormente hasta llegar a las cinco semanas²³, el Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 marzo, procede a la equiparación de los permisos por paternidad y maternidad, refundiéndolos en un único "permiso por nacimiento y cuidado del menor", que reconoce dieciséis semanas a cada progenitor. Debe advertirse, no obstante, que la diferente duración de los permisos había sido reputada legítima por el Tribunal

²² En este sentido, CABEZA PEREIRO, J. "¿En qué debe cambiar...", cit.

²³ La Ley 9/2009, 6 octubre elevaba la duración del permiso por paternidad a cuatro semanas, estando previsto que entrara en vigor el 1 de enero de 2011, si bien finalmente, debido a la situación económica desfavorable, la medida fue posponiéndose hasta que se aprobó por la D.F. 11ª Ley 48/2015, 29 octubre. Posteriormente, la D.F. 38ª Ley 6/2018, 3 julio fijó el permiso por paternidad en cinco semanas.

Constitucional²⁴, que ha entendido que existe una justificación objetiva y razonable para la misma, toda vez que la licencia por maternidad tiene por finalidad primordial la protección de la salud de la trabajadora durante el embarazo, el puerperio y el parto; mientras que el permiso por paternidad trata de incentivar la conciliación y la corresponsabilidad con el establecimiento de vínculos tempranos entre los padres y sus hijos. Con independencia de ello, el tratamiento paritario de ambas figuras es, para el Tribunal, una opción plausible que entra dentro de la libertad del legislador.

La reforma legal interna merece, así pues, una valoración positiva. Y es de destacar, además, que la equiparación no se ha producido exclusivamente en lo tocante a la duración de los permisos, sino igualmente en lo relativo al régimen jurídico aplicable a los mismos y a las condiciones de disfrute. De esta forma, se establece que, de las dieciséis semanas, seis de ellas habrán de disfrutarse obligatoriamente tanto por el padre como por la madre de forma ininterrumpida tras el parto, a jornada completa. En el caso de la madre, el carácter indisponible de las primeras semanas de licencia es algo común tanto en nuestra regulación como en la normativa comunitaria, y se ha justificado atendiendo a la salvaguarda de la salud y seguridad de la trabajadora y la necesidad de su recuperación física tras el alumbramiento. La preceptividad del disfrute en el caso del otro progenitor, que no aparece en la Directiva 2019/1158, resulta, en cambio, novedosa y se ampara en el "cumplimiento de los deberes de cuidado previstos en el artículo 68 del Código Civil". Se ha discutido la conveniencia de la imposición de una obligación de esta naturaleza, que incide en el complejo entramado de las opciones personales y familiares y que puede tener, según el caso, efectos no deseados (piénsese, por ejemplo, en aquellos supuestos en los que la relación afectiva y/o de convivencia se ha roto entre la pareja en el momento del nacimiento del hijo; o bien cuando la madre no trabaja y el

²⁴ STC 2/2019, 14 enero con cita de resoluciones anteriores, SsTC 117/2018, 29 octubre, 111/2018.

disfrute del permiso por el padre supone una pérdida de ingresos para la familia). Pese a ello, la obligatoriedad de los permisos ha sido defendida desde la doctrina en diversas ocasiones como una medida para lograr la igualdad efectiva²⁵. Y en este contexto de promoción e impulso creemos que debe ser entendida la previsión legal, habida cuenta de la acogida favorable y del uso mayoritario que ha tenido hasta el momento el permiso por paternidad.

-. Por otra parte, y desde esta óptica de corresponsabilidad, la Directiva 2019/1158 refuerza el permiso parental que ya se regulaba en la Directiva 2010/18. Se establece como un derecho individual de los trabajadores, con una duración mínima de cuatro meses, que deberá disfrutarse antes de que el hijo alcance, como máximo, la edad de ocho años. Para incentivar la utilización equilibrada de este permiso por ambos progenitores se mantiene el carácter intransferible de una parte del mismo, que se amplía a dos meses frente al mes que recogía la Directiva 2010/18, aunque se ha frustrado la pretensión inicial de establecer la intransferibilidad para la totalidad del permiso.

Y se promueve, igualmente, el disfrute del permiso en modalidades flexibles, algo que ha sido expresamente amparado por la jurisprudencia comunitaria. Así, la STJUE 22 de octubre de 2009, asunto Meers²⁶, destaca 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...". En la misma línea, la STJUE 27 de febrero de 2014, asunto Lyreco Belgium²⁷, estima que, cuando se permite a los trabajadores escoger entre el disfrute del permiso parental a tiempo completo o a tiempo parcial, los que opten por esto último no pueden verse desfavorecidos- por ejemplo, a efectos de cálculo de una

²⁵ Vid. MARTÍN HERNÁNDEZ, M^a L. "El tratamiento convencional de la conciliación de la vida familiar y laboral: estado de la cuestión y propuestas de futuro" en SANGUINETI RAYMOND, W. (dir.) *Propuestas para la igualdad de género en la negociación colectiva*, Bomarzo, Albacete, 2011, p. 157.

²⁶ C-116/08.

²⁷ C-588/12.

indemnización por despido- ya que ello supondría un desincentivo y menoscabaría el objetivo de flexibilidad postulado desde la norma comunitaria.

Se establece, además, el derecho de los trabajadores que disfruten de este permiso a percibir una remuneración o prestación económica, si bien, a diferencia del permiso de paternidad, no se fija una cuantía mínima para el mismo, sino que se deja su determinación en manos de los Estados miembros. En la propuesta inicial de la Directiva se establecía una equiparación en este punto entre el permiso de paternidad, el parental y el de cuidadores. Con la redacción definitiva, la protección de estos dos últimos es claramente inferior, y ello marca las distancias con respecto al permiso de paternidad, en el que, como ya se ha dicho, se busca la mayor equiparación posible con la maternidad.

En nuestro ordenamiento, como ya se ha dicho, esta figura del permiso parental no se recoge expresamente como tal, y ello ha suscitado una cierta confusión. Despejadas las dudas con respecto al permiso de paternidad, parece que habría de reconducirse a la excedencia por cuidado de hijos. Si bien es cierto que en algún momento la jurisprudencia comunitaria (STJUE 18 de septiembre de 2019, asunto Ortiz Mesonero²⁸) ha admitido explícitamente que pueda considerarse como parte del permiso parental la reducción de jornada del art. 37.6 ET, el preámbulo de la Directiva 2019/1158 menciona expresamente, a nuestro juicio con acierto, esta medida como una fórmula de trabajo flexible.

En este punto, parece conveniente una revisión de las condiciones de ejercicio de este derecho de excedencia para adaptarse a las previsiones comunitarias. No cuenta, como es sabido, con cuotas de reserva para los hombres y, pese a que se articula como un derecho individual de los trabajadores, es utilizado en la práctica mayoritariamente por las mujeres. Tampoco se contempla hasta el momento ninguna prestación económica que mitigue la pérdida de ingresos. Esta circunstancia ha propiciado que sean las mujeres precisamente las que soliciten estos permisos, dado que son también habitualmente las que cuentan con

²⁸ C-366/18.

los salarios más bajos dentro de la unidad familiar. Por otra parte, en fin, la duración de este permiso en nuestra regulación- tres años- difiere notablemente de la recogida en la norma comunitaria. Si bien, como se ha señalado, la Directiva se limita a fijar en este punto una duración mínima, la configuración de unos permisos muy prolongados puede suponer una dificultad añadida para la reincorporación posterior del trabajador. Ello tiene particular incidencia en el caso de la excedencia y, por lo ya dicho, compromete especialmente la carrera profesional de las mujeres. En otros Estados miembros, así, la duración del permiso parental se sitúa en torno al año, con un período de disfrute exclusivo por el padre, por lo que puede ser conveniente abrir, al menos, una reflexión sobre la posibilidad de hacer cambios en nuestra excedencia para situarla en esta línea²⁹.

3. TRABAJO FLEXIBLE COMO INSTRUMENTO DE CONCILIACIÓN.

La Directiva 2019/1158/UE apunta como objetivo específico la flexibilidad en el ejercicio de los derechos de conciliación y ello tanto en lo concerniente al disfrute de los permisos (permitiendo, por ejemplo, un régimen de trabajo a tiempo parcial durante el mismo o en períodos alternos, con un cierto número de días consecutivos del permiso separados por períodos de trabajo), como en la implantación de fórmulas de trabajo flexible, que faciliten la adaptación de la prestación a las circunstancias particulares del trabajador. Se da carta de naturaleza, así, a la evolución seguida en muchos Estados miembros en los que las políticas de conciliación, centradas durante mucho tiempo en los *derechos de ausencia* (excedencias, suspensiones, permisos), han pasado a conceder un mayor protagonismo a los *derechos de presencia*, aquellos que permitirían al trabajador compaginar adecuadamente su esfera familiar y laboral sin limitar su presencia en esta última³⁰. Para

²⁹ CABEZA PEREIRO, J. "¿En qué debe cambiar...", cit.

³⁰ En este sentido, vid. JURADO SEGOVIA, A. "Flexiseguridad y conciliación de la vida laboral y familiar", RMESS, núm.extraord. 2018, p. 118, que recoge esta distinción y subraya la necesidad de transitar de un modelo en

alcanzar esta meta, resultan claves las fórmulas de gestión flexible del tiempo de trabajo, que amplían el margen de disponibilidad del trabajador para que éste pueda acompañar su prestación laboral en función de sus concretas circunstancias personales y familiares: distribución irregular de la jornada, preferencia en la elección de turnos, flexibilidad de horarios, bolsas de horas, entre otras.

Con respecto a su precedente, pues, la norma comunitaria afronta ahora la regulación de esta cuestión de forma más clara y comprometida. En la Directiva 2010/18/UE, se instaba a los Estados miembros a tomar las medidas necesarias para que “velaran” porque los trabajadores pudieran adaptar sus regímenes de trabajo tras la reincorporación del permiso parental. La redacción actual señala, en cambio, que se habrá de “garantizar” el derecho del trabajador a solicitar estas fórmulas de trabajo flexible. Y se desvincula este derecho del permiso parental, lo que es razonable, en primer término, considerando que las necesidades de conciliación tienen un ámbito más amplio que se extiende ya no sólo al cuidado de hijos sino igualmente al de mayores y dependientes. Además, es importante esta precisión porque la jurisprudencia comunitaria había venido haciendo una interpretación rigurosa del precepto de la Directiva, de tal forma que entendía que no quedaban comprendidas dentro del mismo aquellas peticiones de adaptación del trabajador que se produjeran tras la incorporación de una baja por maternidad (STJUE 16 de junio de 2016, asunto Rodríguez Sánchez)³¹, o sin conexión directa con el momento de reincorporación tras el permiso parental (STJUE 18 de septiembre de 2019, asunto Ortiz Mesonero³²). Se trata de una posición ciertamente exigente, sobre todo si se tiene en cuenta que la necesidad que el trabajador pueda tener de adaptar sus condiciones de trabajo está presente tanto si se reincorpora de un permiso parental, como si lo hace de una baja

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.

³¹ C-351/14.

³² C-366/18.

maternal o, simplemente, tiene circunstancias familiares que así lo exigen. Es una muestra más del tono cauteloso que, en esta materia, mantiene la jurisprudencia comunitaria y que, en este punto en concreto, puede estar justificado por la carga que, para la empresa, suponen estas medidas.

El régimen jurídico para la concesión de estas adaptaciones es también más preciso en la Directiva 2019/1158/UE, que reconoce el derecho a solicitar fórmulas de trabajo flexible, a los trabajadores con hijos de hasta como mínimo ocho años y a los cuidadores. El empleador habrá de estudiar y atender las peticiones en un plazo razonable de tiempo, teniendo en cuenta tanto sus propias necesidades como las de los trabajadores. Y deberá justificar cualquier denegación o aplazamiento de estas solicitudes.

En nuestro sistema, estas medidas de trabajo flexible han tenido un recorrido muy limitado hasta el momento. No obstante, el Real Decreto-Ley 6/2019, 1 de marzo se anticipa a la aprobación de la Directiva, modificando el art. 34.8 ET en la dirección marcada por la misma. El precepto estatutario había resultado ineficaz para atender las demandas de flexibilidad de los trabajadores por motivos familiares. La vaguedad e imprecisión de sus términos, unido a la lógica que lo inspira, que deja en manos de la negociación colectiva o el arbitrio empresarial la implantación de estas medidas, habían lastrado en buena parte su efectividad práctica³³. La reforma fortalece significativamente la posición del trabajador que, con anterioridad, disponía únicamente, como había remarcado el TS, de una mera "expectativa de derecho"³⁴. Sin entrar a analizar en profundidad el nuevo art. 34.8 ET sí pueden hacerse algunas consideraciones a la luz de lo previsto por la Directiva 2019/1158:

³³ Vid. LAHERA FORTEZA, J. "Organización flexible del tiempo de trabajo y conciliación familiar", DL, núm. 100, 2014, p. 45; VELASCO PORTERO, T. "El conflicto entre conciliación y necesidades empresariales en la organización del tiempo de trabajo: regulación legal, doctrina judicial e importancia de la negociación", RGDTSS, núm. 41, 2015, p. 83.

³⁴ SsTS 13 junio 2008, RJ 4227, 20 octubre 2010, RJ 8447.

-. La titularidad del derecho recae sobre las *personas trabajadoras* que requieran una medida adaptativa para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral. Y se realiza una acotación adicional: en caso de que tengan hijos o hijas, las personas trabajadoras tienen derecho a efectuar dicha solicitud hasta que los "hijos o hijas cumplan doce años de edad". La norma comunitaria, por su parte, como ya se ha indicado, reconoce el derecho a los trabajadores con hijos, hasta que éstos tengan como mínimo una edad de ocho años, y a los cuidadores. En el caso de los trabajadores con hijos, nuestra previsión interna mejora lo previsto por la Directiva, que en la propuesta presentada inicialmente también contemplaba una edad de doce años, que al final quedó rebajada a ocho.

En los restantes supuestos, el abanico es muy amplio, ya que, en principio, abarcaría a cualquier trabajador que, en función de sus circunstancias particulares, pueda precisar de estas fórmulas de flexibilidad: trabajadores con familiares enfermos, dependientes o de edad avanzada, con hijos mayores de doce años con necesidades específicas, trabajadores que sin ser progenitores (abuelos, tíos) han de hacerse cargo de menores de edad, trabajadores que precisan atender a personas enfermas o mayores con quienes conviven o con quienes mantienen vínculos de afectividad aunque no tengan relación directa de parentesco, por citar algunos de ellos. Y a estos efectos, deben tenerse en cuenta, como la propia Directiva señala en su preámbulo, los diferentes modelos de familia y las necesidades particulares que pueden presentar: familias monoparentales, padres adoptivos, progenitores con discapacidad...

Parece razonable, así, que sea la negociación colectiva la que realice la concreción de algunos de estos extremos. Una opción para ello puede ser tomar como referencia el marco legal interno para el disfrute de otros derechos de conciliación, si bien, como se ha dicho³⁵, puede resultar en exceso restrictiva, dados los términos amplios del art. 34.8

³⁵ IGUARTUA MIRO, M.T. Conciliación y ordenación flexible del tiempo de trabajo. La nueva regulación del derecho de adaptación de jornada ex artículo 34.8 del Estatuto de los Trabajadores, RGDTSS, núm. 53, 2019.

ET y las diferencias en cuanto a requerimientos y finalidad que presenta con respecto a otras facultades reconocidas legalmente. En todo caso, no ha de perderse de vista, a nuestro juicio, el marco diseñado por la Directiva que, como se ha visto, refiere el derecho a padres con hijos menores de ocho años y cuidadores. Y considera a éstos últimos como, aquellos trabajadores que dispensan cuidados o prestan ayuda a un familiar o persona con la que conviven y que necesita asistencia o cuidados importantes por un motivo médico grave. Frente a nuestro régimen interno, lo más llamativo es que la Directiva no limita la atención en estos casos por razones de parentesco, sino que la extiende también a personas con las que se mantienen vínculos afectivos por convivencia. Una previsión convencional que excluya tajantemente esta posibilidad podría, desde esta perspectiva, chocar con los términos de la norma comunitaria.

-. En lo que se refiere al contenido del derecho, la Directiva 2019/1158 enumera, sin carácter exhaustivo, posibles alternativas de trabajo flexible, como el trabajo a distancia, los calendarios laborables flexibles o la reducción del horario laboral. En esta línea, la nueva formulación del art. 34.8 ET también tiene un alcance más amplio que el previsto con anterioridad. Se mencionan, en primer lugar, las adaptaciones de la duración y distribución del tiempo de trabajo y, con carácter más general, todas aquellas relativas a la "ordenación del tiempo de trabajo". Tendrían cabida, así, horarios flexibles diarios de entrada y salida al trabajo, bancos de horas de libre disposición por causas familiares, permisos recuperables, cambios de turno, elección de períodos de vacaciones, redistribución del tiempo de trabajo para evitar la prestación en festivos o períodos coincidentes con vacaciones escolares, entre otros³⁶. Junto con ello, el

³⁶ La previsión legal queda abierta, así, a innumerables alternativas para favorecer la conciliación familiar: fijar límites para los horarios de las reuniones de trabajo, reducir viajes y desplazamientos utilizando las nuevas tecnologías, configurar una flexibilidad horaria puntual y circunstancial para atender a obligaciones familiares imprevistas y sobrevenidas (consultas médicas, reuniones escolares)... E, igualmente, parece que cabe recurrir a esta vía para "blindar" a los trabajadores con responsabilidades familiares frente a medidas de flexibilidad por razones

art. 34.8 ET añade ahora también una referencia a las adaptaciones en la "forma de prestación, incluida la prestación del trabajo a distancia". El teletrabajo, o las fórmulas de trabajo a distancia, aparecen, como ya se ha dicho, como una de las modalidades de trabajo flexible que recoge explícitamente la Directiva. La mención a posibles cambios en la "forma de la prestación de trabajo" puede, sin embargo, interpretarse de manera más extensa y podría llegar a amparar eventualmente peticiones del trabajador de cambio de centro de trabajo (por encontrarse el actual demasiado alejado del domicilio del trabajador, lo que obliga a éste a invertir un excesivo tiempo en desplazamientos diarios, por ejemplo) o de puesto (debido a que las características del que se ocupa imponen unas condiciones de trabajo que interfieren en la atención a las obligaciones familiares).

- . El régimen de ejercicio del derecho es, con todo, el punto más controvertido. Tanto la Directiva como el reformado art. 34.8 ET conceden al trabajador el "derecho a solicitar" medidas adaptativas por lo que, pese a la evidente voluntad de reforzar la posición del trabajador en estas situaciones, no puede defenderse un derecho automático e incondicionado de éste a obtener la flexibilidad que propone. La norma comunitaria sí reconoce, en cambio, la obligación empresarial de estudiar y atender las solicitudes del trabajador, dentro de un plazo de tiempo razonable, justificando, en su caso, la denegación de tales solicitudes.

El RDL 6/2019, por su parte, dota al art. 34.8 ET de una mayor concreción en los términos de ejercicio del derecho, para tratar de dar respuesta a la falta de efectividad que ha marcado la andadura del precepto. Pese a la pasividad demostrada hasta el momento por la negociación colectiva, nuestro legislador sigue apostando por la misma para determinar las condiciones en las que el trabajador puede acceder a las distintas medidas de flexibilidad. El convenio colectivo conserva, pues, un papel privilegiado, y parece lógico que así sea, por cuanto el ámbito colectivo resulta el

marco más adecuado para propiciar un equilibrio razonable entre los intereses empresariales y las necesidades del trabajador. En este sentido, el preámbulo de la Directiva hace una referencia expresa a las pequeñas y medianas empresas, y exhorta a buscar fórmulas, que permitan garantizar los derechos de los trabajadores, pero que no entrañen una carga desproporcionada para estas empresas. Es éste, pues, uno de los elementos que habrán de valorarse para la regulación de esta cuestión, así como el tipo y condiciones de la actividad o la composición de la plantilla, entre otros. De igual forma, el convenio puede ser el instrumento idóneo para la delimitación de otros aspectos relevantes que, como se ha visto, la norma legal deja abiertos, como el colectivo de potenciales beneficiarios de estas medidas o las alternativas específicas de adaptación. Y, a estos efectos, sólo una regulación excesivamente escueta o restrictiva, que en la práctica imposibilite el acceso del trabajador a cualquier medida adaptativa, podría considerarse reprochable o contraria a las directrices marcadas por la Directiva.

En ausencia de previsión convencional, el art. 34.8 ET articula ahora un proceso de negociación en toda regla entre el trabajador y la empresa, alineándose con las disposiciones de la Directiva. Así, recibida la solicitud del trabajador, deberá abrirse un período de negociación de una duración máxima de treinta días, durante el cual las partes habrán de dialogar para tratar de alcanzar un acuerdo. Finalizado el mismo, la empresa comunicará, por escrito: la aceptación de la petición; la posible oferta de propuestas alternativas a la presentada por el trabajador; o bien, la denegación de la solicitud indicando, en este último caso, las razones objetivas en las que se sustenta la decisión. La disconformidad del trabajador con el resultado de este proceso, permite acudir a la vía judicial a través del procedimiento previsto en el art. 139 LJS. Es previsible, pues, y así está ocurriendo ya desde la entrada en vigor de la reforma, un aumento importante de la litigiosidad en torno a esta cuestión. Las características particulares del proceso establecido para la revisión judicial (sin conciliación previa y sin acceso, salvo excepciones, al recurso de

suplicación) auguran dispersión y disparidad en los criterios de los órganos jurisdiccionales. Ello se agrava teniendo en cuenta que nos encontramos ante una materia en la que el juez debe dirimir, a la postre, un conflicto de intereses conforme a criterios de equidad, para lo cual habrá de entrar a valorar, de forma seguramente discutible, aspectos que pertenecen a la estricta privacidad del trabajador y su familia³⁷. Parece, en consecuencia, especialmente conveniente que la negociación colectiva afronte de manera decidida la regulación de las condiciones de ejercicio de este derecho, lo que contribuirá a minimizar los conflictos, incluyendo, eventualmente, cauces alternativos para la resolución de discrepancias, como procesos de mediación, que pueden resultar más adecuados en esta materia.

Finalmente, ha de apuntarse que el art. 34.8 ET recoge, en paralelo con lo previsto por la Directiva, una garantía adicional para los trabajadores que disfruten de estas adaptaciones, al contemplar que éstos "tendrán derecho a solicitar el regreso a su jornada o modalidad contractual anterior una vez concluido el periodo acordado o cuando el cambio de circunstancias así lo justifique, aun cuando no hubiese transcurrido el período previsto". La duración temporal de las medidas adaptativas es uno de los extremos que habrá de negociarse por las partes, atendiendo a las circunstancias concretas de cada caso. No obstante, a efectos del regreso del trabajador a su situación anterior, creemos que ha de distinguirse, como hace la Directiva, entre dos supuestos distintos. Si se ha cumplido el período acordado, el trabajador habrá de tener derecho a recuperar automáticamente sus condiciones de trabajo iniciales. Pero si se solicita el regreso anticipado a las mismas, creemos que ha de tomarse en cuenta igualmente la posición de la empresa y las dificultades objetivas que pueda esgrimir para atender la petición del trabajador; lo

³⁷ Como señala CASAS BAAMONDE, M^ªE." La conciliación de la vida familiar...", cit. p. 1068 no puede caerse en un "activismo judicial" que investigue las circunstancias concretas y privadas de cada familia, haciendo juicios de valor sobre la oportunidad o conveniencia del derecho que se solicita.

que, en definitiva, podría justificar la demora, o incluso, la negativa a tal regreso anticipado.

4. PROTECCIÓN DE LOS TRABAJADORES EN EL EJERCICIO DE SUS DERECHOS DE CONCILIACIÓN.

Una preocupación latente en todas las normas comunitarias que regulan los derechos de conciliación de los trabajadores, es articular las garantías suficientes para asegurar su efectividad y el cumplimiento de los objetivos a los que sirven. A este respecto, la Directiva 92/85 ya contempla para las trabajadoras embarazadas y que estén disfrutando derechos vinculados a la maternidad una prohibición de despido desde el comienzo del embarazo hasta la finalización del permiso por maternidad (art. 10), así como la garantía de los derechos inherentes a su contrato de trabajo, (art. 11).

Estas previsiones se completan con lo dispuesto por la Directiva 2006/54 de Igualdad de trato entre hombres y mujeres, que reconoce el derecho de la mujer en permiso de maternidad, a reincorporarse a su puesto de trabajo o a uno equivalente en términos y condiciones que no le resulten menos favorables, y a beneficiarse de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a que hubiera podido tener derecho durante su ausencia (art. 15). Además, la Directiva extiende la protección que se dispensa a la maternidad a los posibles permisos por paternidad que puedan articularse en los Estados miembros (art. 16). Es esta una referencia interesante por cuanto, en ese momento, el permiso por paternidad no se encontraba expresamente regulado en las normas comunitarias. Por ello, como se ha señalado³⁸, se trata de impulsar la funcionalidad del permiso de paternidad como complemento del de maternidad, de cara a promocionar la corresponsabilidad en el ejercicio de las tareas de cuidado. Y se otorga una protección a estas labores de cuidado más neutra, desconectada de tintes discriminatorios por razón de género.

³⁸ BALLESTER PASTOR, M.A. "Conciliación y corresponsabilidad...", cit. p. 34.

En este marco, la Directiva 2010/18 perfila la protección para los permisos parentales en términos similares a la fijada, si bien de forma dispersa, para la licencia por maternidad. Y la Directiva 2019/1158 profundiza en esta línea estableciendo una triple garantía:

a) Derechos laborales: los trabajadores conservan los derechos adquiridos o en curso de adquisición a la fecha de inicio del permiso, que se aplicarán tras la finalización del mismo. De igual forma, se garantiza la reincorporación del trabajador 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);

b) Discriminación: han de adoptarse las medidas necesarias para prohibir que los trabajadores reciban un trato menos favorable por haber solicitado o disfrutado estos permisos (art. 11);

c) Protección contra el despido: se adoptarán las medidas necesarias para prohibir el despido y cualquier preparación para el despido de un trabajador por haber solicitado o disfrutado de estos permisos. En caso de que el despido llegara a producirse, el empleador habrá de justificar los motivos por escrito. No obstante, si el trabajador presenta ante un tribunal unos hechos que permitan presuponer que ha sido despedido por razones vinculadas con el disfrute de los permisos, corresponderá al empleador demostrar que el despido se ha basado en motivos distintos (art. 12).

La jurisprudencia comunitaria ha tenido un papel significado en esta evolución normativa y en el reforzamiento de la posición del trabajador que ha traído consigo. Si bien inicialmente el Tribunal de Luxemburgo se mostró dubitativo en cuanto a los derechos laborales a reconocer a la trabajadora en situación de baja por maternidad³⁹, con

³⁹ La STJUE 21 de octubre de 1999, asunto Lewen, C-333/97 considera admisible que para la percepción de una paga extraordinaria en Navidad se exija que el trabajador se encuentre en activo en el momento del pago, pese a que ello afecte a las trabajadoras que disfrutan de su baja maternal; no obstante, el período de baja sí habrá de computarse para generar el derecho a dicha paga.

posterioridad se ha posicionado de forma más contundente, lo que ha llevado a conceder a aquella el derecho a percibir los incrementos retributivos que se generen durante la licencia maternal⁴⁰, la posibilidad de posponer las vacaciones cuando coincidan con el disfrute del permiso por maternidad⁴¹ o el cómputo de la antigüedad durante el período de baja⁴². Se ha ampliado, de igual forma, la protección frente al despido al momento posterior a la finalización de la licencia maternal, si se acredita relación causal entre la decisión extintiva y actos preparatorios de la misma iniciados durante la baja⁴³. Y se asegura, en fin, la retribución de la trabajadora en supuestos de cambio de puesto por riesgo durante el embarazo, con la única excepción de aquellos complementos salariales vinculados exclusivamente al puesto de origen⁴⁴.

Esta actitud garantista ha terminado por extrapolarse a los permisos parentales, lo que ha hecho que éstos se beneficien de una protección similar a la dispensada a la maternidad. Así, la STJUE 22 de octubre de 2009, asunto Meerts⁴⁵ enjuicia si la indemnización por despido de un trabajador que se encuentra disfrutando un permiso parental a tiempo parcial puede calcularse con arreglo a la retribución reducida que percibe en el momento de la extinción. Para ello, parte de que la previsión de la Directiva 2010/18 que garantiza al trabajador los derechos adquiridos o en curso de adquisición en la fecha de inicio del permiso parental no puede ser objeto de interpretación restrictiva, puesto que expresa un principio de Derecho social comunitario que reviste especial importancia. El concepto de derechos adquiridos o en curso de adquisición comprende, así, la totalidad de los derechos y ventajas, en dinero o en especie, derivados directa o indirectamente de la relación laboral, a los que el trabajador puede tener derecho frente

⁴⁰ STJUE 13 de febrero de 1996, asunto Gillespie, C-342/93, STJUE 30 de marzo de 2004, asunto Alabaster, C-147/02.

⁴¹ STJUE 18 de marzo de 2004, asunto Merino Gómez, C-342/01.

⁴² STJUE 16 de febrero de 2006, asunto Sarkatzis Herrero, C-294/04.

⁴³ STJUE 11 de octubre de 2007, asunto Paquay, C-460/06.

⁴⁴ STJUE 1 de julio de 2010, asunto Parviainen, C-471/08.

⁴⁵ C-116/08.

al empresario en la fecha de inicio de su permiso parental. Estos derechos, como apunta la sentencia, serían "papel mojado" si se aceptara que un trabajador contratado a tiempo completo pueda ver reducida la indemnización por despido que le corresponde, al encontrarse en el momento del despido en un período de permiso parental a tiempo parcial; ya que, en definitiva, una situación como ésta podría disuadir al trabajador de acogerse a tal permiso, y, correlativamente, incitar al empresario a despedir preferentemente a trabajadores en esas circunstancias⁴⁶.

Este "efecto útil" de la Directiva de permisos parentales ha sido defendido por el Tribunal en numerosas ocasiones con posterioridad y ha llevado, por ejemplo, a entender aplicables las garantías previstas en la norma a todos los permisos parentales regulados en los Estados miembros, con independencia de que superen la duración mínima de cuatro meses establecida por la Directiva (STJUE 7 de septiembre de 2017, asunto H⁴⁷).

Lo anterior no obsta para que las argumentaciones del órgano comunitario en esta cuestión adopten, con frecuencia, una perspectiva casi exclusivamente antidiscriminatoria. En la STJUE 20 de junio de 2013, asunto Riezniec⁴⁸, se examina la procedencia de los criterios de evaluación utilizados, en el marco de una amortización de puestos, con respecto a una trabajadora que se encuentra disfrutando un permiso parental. El Tribunal toma como punto de partida la necesidad de constatar si efectivamente, en el Estado miembro de que se trata, se acogen al permiso parental un número muy superior de mujeres que de hombres. Sólo bajo esta premisa, pasa a analizar el modo de evaluación utilizado que, al colocar en desventaja a estos trabajadores que disfrutaban un permiso parental, genera una situación de discriminación indirecta. Cabe preguntarse,

⁴⁶ En parecidos términos, reconocen el derecho del trabajador a percibir indemnizaciones y compensaciones por extinción sin reducciones derivadas del ejercicio del permiso parental la STJUE 27 de febrero de 2014, asunto Lyreco Belgium C-588/12 y la STJUE 8 de mayo de 2019, asunto Re-Praxair, C-486/18.

⁴⁷ C-174/16.

⁴⁸ C-7/12.

entonces, si la conclusión alcanzada por el Tribunal habría variado si hubiera sido un trabajador varón el que se encontrara disfrutando del permiso.

A este respecto, no puede olvidarse que, como ya se ha señalado, estos derechos de conciliación se construyen, en buena parte, como instrumentos de corresponsabilidad y como mecanismos activos de igualdad entre hombres y mujeres. No obstante, y sin desconocer las evidentes implicaciones de género que tienen todos los derechos de conciliación, la protección para los permisos parentales puede articularse en muchos casos prioritariamente desde el marco específico diseñado por la propia Directiva para los mismos. Ello permite atender a la configuración de los permisos parentales como derechos individuales del trabajador y poner en valor por sí mismo el objetivo de la conciliación de las responsabilidades familiares y profesionales, evitando una instrumentalización absoluta de la conciliación en aras de la igualdad⁴⁹. Y, en cualquier caso, en ese contexto, la constatación de una práctica o actuación discriminatoria por razón de género vinculada al ejercicio del derecho parental operaría como un plus de antijuridicidad, que añadiría un elemento de reprochabilidad al supuesto que se enjuicia.

En esta dirección avanza la STJUE 7 de septiembre de 2017, asunto H⁵⁰ que analiza la reincorporación de una trabajadora a la plaza de funcionaria que se le ha concedido mientras disfrutaba de un permiso parental. La sentencia sustenta su decisión en la Directiva de permisos parentales,

⁴⁹ En nuestro sistema, la STC 26/2011, 14 de marzo abrió la puerta a una posible discriminación "por razón de las circunstancias familiares" incardinable en el art. 14 CE. La sentencia cuenta, no obstante, con un voto particular que cuestiona esta nueva categoría discriminatoria, dado que no parece que existan en estos casos diferencias históricamente arraigadas que hayan generado una situación de desventaja y vulnerabilidad para el colectivo afectado. Y ésta parece haber sido la línea seguida por la jurisprudencia posterior, que aborda la tutela de los derechos de conciliación desde una perspectiva de discriminación por razón de género; constituyendo discriminaciones indirectas aquellas que van referidas a trabajadores varones, ya que la lesión de su derecho impide un reparto equitativo e igualitario de las tareas familiares (STS 10 de enero de 2017, RJ 2017/38).

⁵⁰ C-174/16.

y concluye que la norma interna que exigía que el candidato seleccionado realizara un período en prácticas de dos años sin ninguna posibilidad de prórroga, atenta contra la garantía de reincorporación del trabajador a su puesto o uno equivalente al finalizar el período de permiso parental. En términos similares, la STJUE 8 de mayo de 2019, asunto *Re-Praxair*⁵¹, enjuicia la procedencia del cálculo de una indemnización por despido, tomando como referencia la retribución reducida que la trabajadora percibe en ese momento, al encontrarse disfrutando de un permiso parental a tiempo parcial. El Tribunal determina que tal práctica resulta contraria a la protección que establece para esta figura la Directiva de permisos parentales. Pero aprecia, seguidamente, y a instancias de las cuestiones prejudiciales planteadas por el órgano remitente, que dado que en Francia el 96% de los trabajadores que toman un permiso parental son mujeres, esta normativa atenta también contra el principio de igualdad, por la diferencia de trato que su aplicación entraña, que no puede explicarse por ningún factor objetivamente justificado.

Finalmente, es interesante apuntar que, si bien como se ha señalado, la protección a los permisos parentales se ha construido en espejo con respecto a la dispensada para la licencia por maternidad, se observa más recientemente una tendencia incipiente en la jurisprudencia comunitaria a marcar distancias entre ambos, al menos en determinados aspectos. Una muestra de ello es la STJUE 4 de octubre de 2018 asunto *Tribunalul Botosani*⁵², que se pronuncia sobre el devengo de vacaciones durante un permiso parental. El Tribunal recuerda, en primer lugar, que el reconocimiento del derecho a vacaciones se basa en la premisa de que el trabajador ha prestado servicios efectivamente durante el período de referencia. En determinadas situaciones concretas- enfermedad, maternidad- se asimilan esos períodos de baja a períodos de tiempo de trabajo efectivo para garantizar el mantenimiento del derecho a vacaciones. Pero se trata, en el caso de la enfermedad, de una situación

⁵¹ C-486/18.

⁵² C-12/17.

imprevisible y ajena a la voluntad del trabajador, lo que no ocurre en el supuesto del permiso parental donde el trabajador, además no está sujeto a limitaciones físicas o psíquicas causadas por una enfermedad. Y tampoco considera que, a estos efectos, el permiso parental resulte asimilable a la licencia por maternidad, dado que ésta última tiene por objeto la protección de la condición biológica de la mujer y la protección de las particulares relaciones entre la mujer y su hijo. En consecuencia, establece que el período de permiso parental no puede asimilarse a un período de tiempo de trabajo efectivo a efectos de determinar el derecho a vacaciones.

En este sentido, la distinción expresa que realiza la Directiva 2019/1158 entre el permiso por paternidad y los permisos parentales puede ser también un indicio de la voluntad de configurar un status singularmente protegido para las licencias por maternidad y paternidad, frente a los permisos parentales y el resto de los derechos de conciliación reconocidos al trabajador.

5. BIBLIOGRAFÍA

- BALLESTER PASTOR, María Amparo (2011) "Conciliación y corresponsabilidad en la Unión Europea", en CABEZA PEREIRO, Jaime-FÉRNÁNDEZ DOCAMPO, Belén (dir) Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad entre sexos, 2011, Tirant lo Blanch, Valencia, 32 pp.
- CABEZA PEREIRO, Jaime "¿En qué debe cambiar el Derecho Español para adaptarse al acuerdo marco revisado sobre el permiso parental?", 2010, Revista Doctrinal Aranzadi Social, núm. 6, 20 pp.
- CASAS BAAMONDE, María Emilia, "Conciliación de la vida familiar y laboral: Constitución, legislador y juez", 2018, Derecho de las relaciones laborales, núm. 10, 12 pp.
- IGUARTUA MIRO, María Teresa, "Conciliación y ordenación flexible del tiempo de trabajo. La nueva regulación del derecho de adaptación de jornada ex artículo 34.8 del Estatuto de los Trabajadores", 2019, Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, núm. 53, 24 pp.

- JURADO SEGOVIA, Angel, "Flexiseguridad y conciliación de la vida laboral y familiar", 2018, Revista Ministerio Empleo y Seguridad Social, núm.extraord, 24 pp.
- LAHERA FORTEZA, Jesús, "Organización flexible del tiempo de trabajo y conciliación familiar", 2014, Documentación Laboral, núm. 100, 16 pp.
- LÓPEZ ÁLVAREZ, María José "La protección de los menores como objetivo de las políticas de conciliación laboral" en MARTÍNEZ GARCÍA, Clara (coord.) Tratado del menor, 2016, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 27 pp.
- Distribución irregular de la Jornada de Trabajo, 2015, Francis Lefebvre, Madrid, 130 pp.
- MARTÍN HERNÁNDEZ, María Luisa, "El tratamiento convencional de la conciliación de la vida familiar y laboral: estado de la cuestión y propuestas de futuro", en SANGUINETI RAYMOND, W. (dir), Propuestas para la igualdad de género en la negociación colectiva, 2011, ed. Bomarzo, Albacete, 35 pp.
- 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", 2015, Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, núm. 41, 27 pp.