

Problemas y retos pendientes en el ejercicio de los derechos de conciliación

Carolina Blasco Jover



Derecho del Trabajo
y Seguridad Social

**PROBLEMAS Y RETOS PENDIENTES EN EL EJERCICIO
DE LOS DERECHOS DE CONCILIACIÓN**

COLECCIÓN DE DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

Director de la Colección

Antonio V. Sempere Navarro

Catedrático de Universidad. Magistrado del Tribunal Supremo

Secretaria del Consejo

Yolanda Cano Galán

Catedrática de Universidad (Rey Juan Carlos)

Vocales del Consejo Asesor

María Emilia Casas Baamonde, Catedrática de Universidad (Complutense). Presidenta de la AEDTSS y de la SIDTSS. Presidenta Emérita del Tribunal Constitucional.

Joaquín García Murcia, Catedrático de Universidad (Complutense)

Lourdes López Cumbre, Catedrática de Universidad (Cantabria)

Antonio Ojeda Avilés, Catedrático de Universidad (Sevilla).

Susana Rodríguez Escanciano, Catedrática de Universidad (León)

Eduardo Rojo Torrecilla, Catedrático de Universidad (Autónoma de Barcelona)

Carmen Sánchez Trigueros, Catedrática de Universidad (Murcia)

PROBLEMAS Y RETOS PENDIENTES EN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE CONCILIACIÓN

CAROLINA BLASCO JOVER

35

COLECCIÓN DE DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

**AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
MADRID, 2025**

Primera edición: agosto de 2025.

En la página web de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, www.boe.es, apartado de *publicaciones*, se incluyen las instrucciones para envío de originales, normas para su presentación y modelo de solicitud de publicación en esta colección que el autor deberá cumplimentar.

La AEBOE no se solidariza con las opiniones sostenidas por los autores de los originales publicados.

© De la obra, su autora.
© Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado para esta edición.



Esta obra está sujeta a licencia Creative Commons-Atribución-NoComercial-SinDerivadas 4.0 Internacional-CC BY-NC-ND 4.0

<https://cpage.mpr.gob.es>

NIPO: 144-25-110-9 (edición en papel)
144-25-111-4 (edición en línea, PDF)
144-25-109-6 (edición en línea, ePUB)
ISBN: 978-84-340-3086-2
Depósito legal: M-16036-2025

IMPRENTA NACIONAL DE LA AGENCIA ESTATAL
BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
Avenida de Manoteras, 54. 28050 Madrid

A mis padres, por enseñarme a dar lo mejor de mí y a no rendirme nunca.

A José Manuel, mi brújula. A Carla, mi mayor logro en esta vida.

ÍNDICE

	Páginas
CAPÍTULO I. A MODO DE INTRODUCCIÓN	13
CAPÍTULO II. DE LA CONCILIACIÓN A LA CORRESPONSABILIDAD: NAVEGANDO ENTRE ACIERTOS Y DESACIERTOS	15
1. La suspensión por nacimiento y cuidado del menor	20
1.1 Propuesta de alternativas al diseño actual del derecho para fomentar la corresponsabilidad	20
1.2 La corresponsabilidad en sentido amplio: el supuesto del fallecimiento prematuro del hijo	29
1.3 La «corresponsabilidad» en el caso de las familias monoparentales: la controvertida ampliación de la suspensión/pres-tación por nacimiento de hijo	38
A. Las familias monoparentales: definición y datos estadís-ticos	39
B. Origen del debate judicial: argumentos a favor y en con-traria de la acumulación	44
C. La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 2 de marzo de 2023 (Rec. n.º 3972/2020)	47
D. La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Conten-cioso-Administrativo, de 15 de octubre de 2024 (Rec. n.º 5372/2022)	51
E. La sentencia del Tribunal Constitucional 140/2024, de 6 de noviembre	53
F. Apuntes personales al hilo del argumentario previo	58

	Páginas
1.4 Algunos desajustes en materia de permisos y otras suspensiones	64
A. La retribución del «permiso parental»	64
B. Otros desajustes e inacciones	86
1) La llamada a la corresponsabilidad en las excedencias para el cuidado de hijos y familiares	86
2) El ejercicio corresponsable del permiso para el cuidado del lactante y de la reducción de jornada por cuidado de menor afectado por enfermedad grave	92
3) Ejemplo de inacción legislativa: los parientes por afinidad	98
CAPÍTULO III. PERMISOS EN MATERIA DE CONCILIACIÓN: CÓMPUTO DE DÍAS Y FECHA DE INICIO	101
1. Primera etapa: la necesaria inmediatez entre el hecho causante y el disfrute del permiso	102
2. Segunda etapa: el día inicial del permiso se corresponde con el primer día laborable desde el inicio del hecho causante	105
3. Tercera etapa: el favor por los días hábiles o de trabajo	107
4. Días hábiles o de trabajo. ¿Es posible apostar por otra opción interpretativa?	113
CAPÍTULO IV. CONCILIACIÓN Y FACULTADES EMPRESARIALES	117
1. Mecanismos de flexibilidad laboral que pueden confrontar con los derechos de conciliación	118
1.1 La distribución irregular de la jornada y la modificación de condiciones de trabajo	118
1.2 Las horas extraordinarias y las horas complementarias	127
2. El contrapeso de las necesidades empresariales en los derechos de conciliación	131
2.1 El derecho a la adaptación por conciliación	131
A. La razonabilidad y proporcionalidad	135
B. La negociación con el trabajador	147
C. El regreso a la situación anterior	153
2.2 La reducción de jornada diaria y la concreción de la fecha de disfrute de los derechos contemplados en los artículos 37.4, 5 y 6 ET	154

	Páginas
2.3 La limitación del ejercicio simultáneo de los derechos de conciliación por el mismo sujeto causante cuando los trabajadores pertenecen a la misma empresa	164
CAPÍTULO V. PROPUESTAS PARA LA REORDENACIÓN Y REDEFINICIÓN DE LOS DERECHOS DE CONCILIACIÓN	167
1. La reordenación de los derechos de conciliación	167
2. La redefinición de los derechos de conciliación: la aclaración (o no) de ciertos conceptos indeterminados, de imprecisiones, de omisiones y de incoherencias	168
BIBLIOGRAFÍA	185

CAPÍTULO I

A MODO DE INTRODUCCIÓN

A todas, absolutamente a todas las empresas –las de pequeño, mediano o gran tamaño y hasta a las microempresas– las une el interés común por unos mismos temas, que me atrevería a concretar en dos: el coste del trabajador (incluyendo aquí el coste del despido y sus consecuencias) y el tiempo de trabajo, entendido éste en su más amplia expresión. Ambos son temas cruciales del Derecho del Trabajo y aunque tradicionales, no por ello necesitados de menor investigación y de menor transferencia de resultados a la sociedad. Pues bien, incidiendo en ambos se sitúan los derechos de conciliación, cuyo ejercicio afecta al día a día de las empresas (que ven condicionadas sus necesidades organizativas) y de las personas trabajadoras (que los utilizan para atender cuestiones fundamentales de la vida) y que, por ello, pueden causar potenciales estragos en el mantenimiento de la paz social de la empresa.

La investigación sobre este tema sigue, en consecuencia, necesitándose para ofrecer soluciones a los problemas prácticos de la realidad cotidiana de las organizaciones empresariales y de los trabajadores. Porque responder al reto de la conciliación no es tarea fácil, sin duda, en tanto que las dos partes de la relación laboral tienen, de forma legítima, una distinta vara de medir sus intereses (emocional unos y coste-beneficio, otros); pero entiendo que hay que buscar y encontrar la vía más adecuada para que la conciliación se perciba, por todos, como un elemento que permita incrementar la competitividad de la empresa sin poner en riesgo su supervivencia a medio plazo y para que, al tiempo, se ponga en el sitio que les corresponde el tema de la igualdad, la conciliación y los cuidados a las personas cercanas a la esfera íntima del trabajador. Porque quien ha pasado por ahí, quien ha padecido ciertas circunstancias o quien ha tenido determinadas vivencias sabe perfectamente, más allá de lo que indique

■ PROBLEMAS Y RETOS PENDIENTES EN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS...

cualquier análisis que desde el campo jurídico se pueda realizar, lo que es la realidad de lo cotidiano y lo difícil que es compaginar, especialmente para las mujeres, el trabajo y la familia.

Este trabajo se alinea con esta filosofía. Desde la certeza de que existe una frágil dialéctica entre los intereses de ambas partes de la relación laboral y de que a la misma cabe tratarla de la forma más armoniosa y cuidadosa posible, las páginas que siguen tratan de abordar algunas de las problemáticas que plantea el ejercicio de los derechos de conciliación y los retos pendientes que faltan por alcanzar. No se pretende realizar, por tanto, un análisis en profundidad e individualizado de todos y cada uno de los derechos de conciliación. De lo que se trata, más bien, es de abordar algunas de las cuestiones que generan mayor conflictividad o divergencia para realizar, a partir de ahí, propuestas de mejora y afrontar los retos venideros en esta materia.

CAPÍTULO II

DE LA CONCILIACIÓN A LA CORRESPONSABILIDAD: NAVEGANDO ENTRE ACIERTOS Y DESACIERTOS

Veintiséis años han pasado ya –que se dice pronto– desde la aprobación de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras¹. Fue ésta una norma que marcó un hito en el ordenamiento jurídico al plasmar en un texto legal una necesidad básica de toda persona trabajadora y, de modo particular, de las mujeres: la necesidad de conciliar vida laboral con la familiar, de compatibilizar el desarrollo de su vida profesional con la posibilidad de disponer de tiempo para el cuidado de las personas a cargo, objetivo éste con un marcado anclaje constitucional². Mucho ha sido el camino recorrido desde entonces, dando pasos lentos pero firmes en la consecución de este objetivo, pero también de otro mayor: la efectiva igualdad real de oportunidades entre mujeres y hombres. Ciertamente ninguna objeción se le puede realizar a la idea motriz, a la causa

¹ Esta Ley viene a completar, como señala su Exposición de Motivos, la transposición de las Directivas del Consejo 92/85/CEE, de 19 de octubre y 96/34/CE, del Consejo, de 3 de junio. La primera de ellas contempla la maternidad desde el punto de vista de la salud y seguridad en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia. La segunda, relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental, celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES, prevé el permiso parental y la ausencia del trabajo por motivos de fuerza mayor como medio importante para conciliar la vida profesional y familiar y promover la igualdad de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres.

² Entre la doctrina, se ha dicho que la virtud de la Ley 39/1999 fue «extraer el problema de la conciliación del núcleo privado y familiar para lograr que se incorporara y penetrara con fuerza en el debate público y social, reconociéndose la implicación de derechos y bienes constitucionales de primer orden (arts. 14, 35 y 39 CE) frente a cuya existencia el legislador debía de intervenir, promoviendo medidas que facilitaran dicho objetivo (artículo 9.2 CE)». Al respecto, MOLERO MARAÑÓN, M.^a L., «Los desafíos de una genuina conciliación de la vida profesional y familiar en la sociedad española del siglo XXI», *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, n.^o extra 1, 2019 (Ejemplar dedicado a: Mujer en el futuro del trabajo), p. 158.

■ PROBLEMAS Y RETOS PENDIENTES EN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS...

social que inspira la hoja de ruta que se ha seguido desde entonces. La temporalidad, los cuidados, la segmentación laboral y la precariedad en el empleo acentúan las situaciones de discriminación laboral que sufren las mujeres frente a los hombres. Ello es fruto de la pervivencia, incluso en la época actual, del modelo clásico de reparto de tareas entre ambos sexos, según el cual mientras a las mujeres les corresponde afrontar las labores domésticas y de cuidado de niños y mayores y, por ello, optan por empleos en los que la conciliación es más sencilla, los hombres asumen el papel de proveedores económicos de la familia y de estar disponibles para la empresa. Y es que suele suceder que la conciliación en el hogar termina o se aminora cuando llegan los hijos o cuando llega la enfermedad del ascendiente (sea por consanguinidad o por afinidad), recayendo sobre la mujer la mayor parte del peso de la crianza y/o del cuidado sobre sus hombros por exigírselas, como se ha dicho, ciertas pautas de comportamiento a modo de roles socialmente construidos que les requieren la atención directa y exclusiva del menor o del familiar de que se trate³. Este hecho, agravado, además, por la circunstancia de que los derechos de conciliación descansan primordialmente –que no exclusivamente– sobre la premisa de la ausencia del puesto de trabajo, sobre la idea, por decirlo de otro modo, de que para conciliar hay que restar tiempo de la jornada laboral, termina por acarrear gravámenes muy serios no sólo en la situación laboral de muchas madres trabajadoras (se las aparta, se las invisibiliza), sino también y, al límite, en su protección social.

Debido a este incontestable hecho, han sido innumerables los esfuerzos (acelerados señaladamente a partir de la aprobación de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres)⁴ que tanto quien legisla como los tribunales han realizado para intentar reducir (o, incluso, revertir) tal desajuste. Buenos ejemplos de ello han sido facilitar la acumulación del permiso por lactancia, otorgar este derecho tanto a la madre como al otro progenitor⁵, instaurar un derecho de presencia como es el de adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo el derecho

³ Por ello se ha dicho que la conciliación es percibida como un problema con rostro de mujer.

⁴ Esta Ley supone la transposición al ordenamiento español de dos directivas en materia de igualdad de trato: la 2002/73/CE, de reforma de la Directiva 76/207/CEE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo; y la Directiva 2004/113/CE, sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y su suministro.

⁵ Además, la STS de 10 de marzo de 2020 (Rec. n.º 221/2018) confirmó el derecho al disfrute del permiso por lactancia de forma acumulada por parte de los trabajadores varones hasta que el hijo tuviera un año de edad, «calculándose en relación al periodo que transcurra desde el final del permiso de paternidad y hasta que la hija o hijo tenga un año de edad» y ello aunque la madre tuviera suspendido el contrato por maternidad.

a la conciliación⁶, el establecimiento de ficciones de cotización para determinados períodos en los que se está al cuidado de hijos o familiares, la implantación del permiso y de la prestación por paternidad, el reconocimiento de la posibilidad de prestar servicios por cuenta ajena o propia durante la situación de excedencia por cuidado de hijos, la concreción de los perfiles de la reducción de jornada por guarda legal, la resolución de la problemática ligada a la coincidencia de las vacaciones con determinados acontecimientos ligados al embarazo, al parto o a la maternidad o, sin ir más lejos, las medidas implementadas el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, que inciden, algunas de ellas, no tanto en la conciliación, sino en la corresponsabilidad. Y ello porque, como indica la abundante literatura que existe al respecto, lo que se requiere para superar el citado modelo tradicional de reparto de roles no es tanto medidas de conciliación que tengan como finalidad que los cuidadores (por lo tanto, las cuidadoras) logren compatibilizar los tiempos dedicados a la familia y al trabajo, sino, más bien, instrumentos para que mujeres y hombres se responsabilicen por igual de las tareas domésticas, del cuidado de los hijos y de las personas que tengan a cargo.

Con este objetivo, con ese necesario paso de la conciliación a la corresponsabilidad para fomentar la participación masculina en el ejercicio de los derechos conciliatorios, el Real Decreto 6/2019, en una muy esquemática síntesis y por señalar lo que a efectos de este trabajo interesa, instaura por vez primera (y hay que reconocer que esto no dice mucho a favor de quien legisla) la equiparación en su duración de las suspensiones por maternidad y por paternidad (ahora suspensión por nacimiento y cuidado del menor), modifica el permiso por lactancia (ahora por cuidado del lactante) para, entre otros aspectos, introducir una suerte de «reducción de jornada corresponsable» que puede llegar hasta el año de vida del menor y a la que también como novedad se le anuda una prestación económica a cargo de la Seguridad Social, y dibuja nuevos contornos al derecho de adaptación de jornada para que pueda existir una mejor y mayor utilización de este derecho por parte de las personas trabajadoras.

Aunque sea difícil porque lo cierto es que los hombres, por muy corresponsables que intenten ser, no viven por igual el peso de la crianza y de los cuidados, la idea fuerza que subyace en el trasfondo de estas medidas viene a

⁶ Y es que, frente a otros derechos conciliatorios de ausencia, se ha dicho de la adaptación de jornada que es un mecanismo más eficaz, «al configurarse como un derecho de presencia que no desvincula al trabajador del mundo laboral ni le hace perder habilidades laborales». Así, BALLESTER PASTOR, M.^a A., «De cómo la reforma operada por el Real Decreto-ley 3/2012 ha degradado el derecho fundamental a la conciliación de responsabilidades», *Revista de Derecho Social*, n.^o 57, 2012, p. 104.

■ PROBLEMAS Y RETOS PENDIENTES EN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS...

ser la búsqueda del «padre comprometido»: un progenitor proveedor económico y cuidador a la vez –como lo es la madre– más involucrado en la crianza que la figura tradicional del *paterfamilias*, proveedor único de la familia y cabeza al mando de ésta. Ahora bien, estas medidas, junto con el resto de las contempladas en el Estatuto, pivotan fundamentalmente –aunque no exclusivamente– sobre el eje progenitor/progenie/familia. Y qué duda cabe que la necesidad de cuidados puede trascender de este triángulo. Por ello, la siguiente intervención normativa, la que deriva del Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio y que supone la transposición de la Directiva 2019/1158, de 20 de junio, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, viene a actualizar las medidas de conciliación ya existentes para incluir a nuevos sujetos causantes, pero también para introducir nuevos matices en los derechos de conciliación ya existentes y para crear otros a fin de seguir avanzando por la senda de la igualdad, la conciliación y la corresponsabilidad⁷. De este modo y de nuevo en apretada síntesis, se amplían los sujetos causantes de los derechos de conciliación incluyendo a cónyuges y parejas de hecho –sin necesidad, ya por tanto, de realizar esfuerzo interpretativo alguno– y a los convivientes en el mismo domicilio que la persona trabajadora, se amplía la duración del permiso por infortunios familiares que se separa formalmente del permiso por fallecimiento⁸, se hace especial hincapié en las necesidades de cuidado efectivo, se amplían los supuestos de nulidad del despido al incluir, en el ámbito de la nulidad objetiva, el ejercicio del derecho a la adaptación de la forma y del modo de la prestación y del permiso por infortunios familiares⁹, se amplían las obligaciones empresariales en el caso de

⁷ Se ha llegado a afirmar que la Directiva 2019/1158 introduce una auténtica revolución de los derechos de conciliación. Así, MANEIRO VÁZQUEZ, Y., *Cuidadores, igualdad y no discriminación y corresponsabilidad: la (r)evolución de los derechos de conciliación de la mano de la Directiva (UE) 2019/1158*, Bomarzo, Albacete, 2023, p. 23.

⁸ Como se conoce, tras la aprobación de esta norma, por fin se opta por efectuar toda una remodelación de este permiso, de tal modo que queda desglosado en dos supuestos separados, independientes uno de otro. Así, la letra b) del artículo 37.3 ET se refiere al permiso por accidente, enfermedad grave, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización de determinados parientes, mientras que en el nuevo apartado b) bis aparece el permiso por fallecimiento de familiares. La reubicación supone todo un acierto en tanto que mejora la sistematica de la norma.

⁹ Avance éste eliminado, muy sorpresivamente, por la Disposición final novena de la Ley Orgánica 2/2024, de 1 de agosto, de representación paritaria y presencia equilibrada de mujeres y hombres. Se recupera por la Disposición final vigesimosexta de la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia. Por cierto, sobre este tema, interesante por lo que supone en cuanto al ejercicio abusivo de los derechos de conciliación es la STSJ Madrid, de 23 de septiembre de 2024 (Rec. n.º 363/2024) en la que un trabajador solicita reducción de jornada por guarda legal dos minutos antes de ser cesado. La resolución apunta que se está ante un «ejercicio abusivo o anormal del derecho legítimo del actor a su solicitud, cuya finalidad, visto el desarrollo de los hechos, no era la protección de los menores y la conciliación de la vida laboral y familiar sino la de obtener unas consecuencias favorables, ante la posible decisión extintiva que la empresa ya le había comunicado. Este supuesto, por

que se pretenda limitar el ejercicio de algunos derechos, se crea un permiso por fuerza mayor para atender necesidades familiares urgentes que requieran la presencia inmediata de la persona trabajadora, aparece una nueva causa de suspensión contractual que es el permiso parental y se les concede a las familiares monoparentales un cierto y exiguo derecho en el supuesto de la suspensión por nacimiento de hijo con discapacidad o por parto múltiple¹⁰.

Por lo demás, en fin, no debe concluirse esta breve síntesis de las acciones legislativas que se han ido implementando a lo largo del tiempo para fomentar la conciliación y favorecer la corresponsabilidad en la tarea de los cuidados sin reseñar la modificación que se ha introducido en fechas recientes en el permiso para el cuidado del lactante por el Real Decreto Ley 2/2024, de 21 de mayo. Es éste un derecho cuyo ejercicio acumulado quedaba condicionado a las previsiones de la negociación colectiva o al acuerdo al que se llegase con la empresa. La nueva modificación del artículo 37.4 ET elimina esta restricción, convirtiendo, como señala la Exposición de Motivos de la norma, «todas las posibilidades de disfrute, incluida la acumulación de las horas retribuidas de ausencia, en un derecho de todas las personas trabajadoras». Con ello y como ya se explicará más adelante, quien legisla ha pretendido compensar la falta de retribución de la que adolece el permiso parental contemplado en el artículo 48 bis ET y completar así la transposición de la Directiva 2019/1158, que justo había dejado en el aire este tema. Cuestión distinta será que se haya cumplido el objetivo pretendido.

Pero, dejando este tema ahora a un lado y expuestas muy resumidamente las líneas de actuación que se han seguido a lo largo de este tiempo, es momento de preguntarse si se puede hacer algo más, si existen medidas respecto de las

tanto, no puede ser objeto del amparo previsto en el artículo 55.5.b) ET, al haber sido buscada por el trabajador la situación que se ha producido con el objeto de blindarse ante un despido incipiente».

¹⁰ Y es que el Real Decreto 5/2023 corrige, por fin, un desajuste en la suspensión por nacimiento de hijo que afectaba a las familias monoparentales. Como es conocido, tradicionalmente las diecisésis semanas de suspensión se venían ampliando en dos semanas más en caso de discapacidad del hijo o de parto múltiple. Pero el Real Decreto 6/2019 incorporó una matización: que esas dos semanas se distribuyeran entre cada progenitor, de tal forma que una sería para la madre biológica y la otra para el progenitor distinto de la madre biológica. Pues bien, no hace falta agotar muchos argumentos para sostener que era ésta una previsión que favorecía el modelo de familia biparental en el que ambos progenitores pueden asumir el cuidado del menor y que excluía o, al menos, no parecía tener en cuenta la existencia de hogares con un único cabeza de familia que asume él solo la responsabilidad en el cuidado del hijo. Afortunadamente, la redacción de la norma fue rectificada por criterio técnico del INSS (criterio de gestión 16/2019, de 31 de julio) en el sentido de conceder las dos semanas de más cuando existiera la suspensión de un único contrato de trabajo, la del único progenitor existente, dejando sin efecto, en estos casos, el inciso que introduce el reparto entre los dos progenitores. Felizmente, esta solución se incorporó al texto del Real Decreto 5/2023 y ahora el redactado del apartado seis del artículo 48 ET matiza que, en caso de existir una única persona progenitora, ésta podrá disfrutar de la ampliación de dos semanas adicionales.

■ PROBLEMAS Y RETOS PENDIENTES EN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS...

cuales se podría plantear otro diseño para que incidieran de forma más eficiente en la corresponsabilidad o si se podrían plantear otras nuevas. Veamos.

1. LA SUSPENSIÓN POR NACIMIENTO Y CUIDADO DEL MENOR

1.1 **Propuesta de alternativas al diseño actual del derecho para fomentar la corresponsabilidad**

Como se ha comentado anteriormente, no fue hasta el Real Decreto 6/2019 cuando se equiparó en su duración las suspensiones por maternidad y por paternidad. Hasta ese momento y muy resumidamente, existía un permiso de paternidad de dos días y una suspensión y prestación por paternidad (cuya duración se fue ampliando con el tiempo)¹¹ y una suspensión por maternidad de diecisésis semanas, de las cuales seis después del parto las tenía que disfrutar la madre de forma obligatoria para recuperar su salud y «una parte determinada e ininterrumpida del periodo de descanso posterior al parto» podía ser transferido por la madre al otro progenitor para que las pudiese disfrutar «bien de forma simultánea o sucesiva con el de la madre» a la que se le anudaba la correspondiente prestación de la Seguridad Social. Cabe recordar que este diseño, muy cuestionable desde el punto de vista de la corresponsabilidad al estar reproduciendo y fomentando los estereotipos de género y las consabidas brechas en el empleo y de pensiones, fue legitimado por la STC 111/2018, de 17 de octubre. De este modo, en la resolución citada se parte de la premisa de que «la finalidad que persigue el legislador en la protección laboral y de seguridad social dispensada en el supuesto de parto es diferente en atención a que se trate de la madre o del padre». Así, se advierte que, en el caso de la madre, la «finalidad primordial que persigue desde siempre el legislador al establecer el descanso por maternidad y el correspondiente subsidio económico de la seguridad social es la protección de la salud de la mujer trabajadora, durante el embarazo, parto y puerperio. Este descanso es obligatorio como mínimo en las seis semanas inmediatamente siguientes al alumbramiento; por eso el legislador, cuando permite a la madre ceder al padre, cuando ambos trabajen, una parte determinada de su periodo de descanso por maternidad, excluye en todo caso la parte de descanso obligatorio posparto, que resulta así

¹¹ De trece días de duración, ampliable en caso de parto múltiple en dos días más por cada hijo o hija a partir del segundo (Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo) a cinco semanas (Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para 2018).

indisponible para la madre. Distinto es el permiso por paternidad y la correlativa prestación de la Seguridad Social que se reconocen en nuestro ordenamiento social a partir de 2007 a los padres; inicialmente con una duración de trece días y sucesivamente ampliada a cuatro semanas y luego a cinco semanas. Tienen, como es obvio, una finalidad distinta, que no es otra que la de favorecer la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, fomentando la corresponsabilidad de madres y padres en el cuidado de los hijos». Corolario de lo expuesto es que «de la premisa indiscutible de que los progenitores deben corresponsabilizarse en el cuidado de los hijos comunes, conforme exige el artículo 39.3 CE, no se sigue la conclusión de que los permisos laborales en caso de parto y las correlativas prestaciones económicas de la Seguridad Social deban tener el mismo contenido, ni, por tanto, que la diferente duración de los permisos por maternidad y por paternidad lesione el derecho a la igualdad ante la ley reconocido en el artículo 14 CE».

La lógica de la sentencia puede entenderse, pero no comprenderse desde la óptica que aquí se trata. Certo es que la protección de la salud de la madre se encuentra subyacente en la concesión de las seis semanas posteriores al parto; pero cierto es también que ello no debería ser óbice para que el otro progenitor tuviera derecho también a suspender su contrato con derecho a prestaciones durante ese mismo período y más allá de que la madre le ceda o no parte de su derecho. Una cosa no debe empañar la otra si lo que realmente se quiere es fomentar una conciliación más corresponsable y no tanto –me atrevo a decirlo– el ahorro en prestaciones económicas.

Sea como fuere, el Real Decreto 6/2019 terminó con esta tendencia legislativa e instauró el disfrute de una suspensión (y prestación) por nacimiento y cuidado del menor¹² para ambos progenitores de dieciséis semanas de duración¹³ e intransferible, algo esto último que eliminaba de raíz los múltiples problemas anteriores de carácter práctico e, incluso, interpretativo que ocaſionaba la cesión del derecho de la madre en favor del otro progenitor. El detalle de la regulación se conoce. Por lo pronto, la norma recalca la obligatoriedad del disfrute y a jornada completa de las seis semanas posteriores al parto para ambos progenitores, para la madre para asegurar la protección de su salud y para el otro progenitor para dar cumplimiento a los deberes de cuidado previstos en el artículo 68 CC¹⁴. Por lo que atañe a las diez semanas restantes, el

¹² Quedaba derogado el permiso por paternidad de dos días del artículo 37.3.b) ET.

¹³ Si bien la equiparación en la duración se produjo de forma gradual en el tiempo, alcanzándose las dieciséis semanas en 2021.

¹⁴ Y ello con la idea, como indica la STS de 5 de julio de 2022 (Rec. n.º 906/2019), de que los cónyuges compartan las responsabilidades de atención a los descendientes. Igualmente, la STC 140/2024,

■ PROBLEMAS Y RETOS PENDIENTES EN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS...

derecho, sorprendente y muy criticablemente habida cuenta de la finalidad que informa la norma, se convierte en potestativo, puesto que, si hay que atender al redactado del precepto, la obligatoriedad sólo se predica de las seis primeras semanas. Esas diez semanas, además, pueden disfrutarse, a elección de la persona trabajadora, de forma ininterrumpida o fraccionada en períodos semanales¹⁵, y desde la finalización de la suspensión obligatoria posterior al parto hasta que el hijo cumpla doce meses¹⁶. Se flexibiliza así el disfrute de este período para una mejor adaptación a las condiciones familiares que en cada momento concurren, aunque bien es verdad que este fraccionamiento ocasiona mayores inconvenientes a nivel de organización empresarial y, al límite, puede dificultar tanto el rendimiento laboral como una verdadera desconexión del trabajo¹⁷.

La decisión, en fin, sobre el disfrute de cada período semanal o, en su caso, de la acumulación de los períodos, deberá comunicarse a la empresa con una antelación mínima de quince días, previsión ésta con el claro propósito de lidiar con esos problemas de organización a nivel empresarial a los que antes

de 6 de noviembre, que más tarde se comentará con detalle, llega a reconocer que «ese permiso [el correspondiente al otro progenitor] persigue también favorecer la conciliación de la vida familiar y laboral, así como fomentar la corresponsabilidad en el cuidado de los hijos. No cabe interpretar de otro modo una norma que reconoce a ambos progenitores por igual un derecho a disfrutar de un período de suspensión de su contrato de trabajo con reserva de puesto, así como la correspondiente prestación económica, tras el nacimiento de su hijo. Debemos reconocer que la modificación introducida por el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, en el panorama normativo descrito introduce una finalidad adicional entre las perseguidas por el legislador al regular los ahora denominados permisos por nacimiento y cuidado de menor. Tal y como reconoce la exposición de motivos de la norma, la finalidad primordial de la equiparación de permisos entre progenitores que esta realiza es ubicar en pie de igualdad a hombres y mujeres en el ámbito laboral, introduciendo una medida dirigida a favorecer el acceso y permanencia de la mujer en el mercado de trabajo, y, por tanto, a evitar la peculiar incidencia que respecto de la situación laboral de aquellas tiene el hecho de la maternidad, en línea con lo subrayado en numerosas ocasiones por este tribunal (por todas, SSTC 214/2006, de 3 de julio, FJ 6, y 108/2019, de 30 de septiembre, FJ 2). El legislador persigue alcanzar tal objetivo por la vía de arbitrar mecanismos que faciliten la conciliación de la vida familiar y laboral de ambos progenitores y promuevan la corresponsabilidad en la asunción de las tareas de cuidado de los hijos, estimulando cambios en la cultura familiar que eviten que las mujeres trabajadoras, al ser las que principalmente venían asumiendo el cuidado de los hijos de corta edad, sufran también mayores dificultades para su inserción laboral, su permanencia y su promoción en el empleo».

¹⁵ Que no necesariamente tendrán que ser de lunes a domingo, pudiendo empezar ese período semanal en otro día de la semana. Lo que debe importar, a mi entender, es que sea un lapso de siete días consecutivos.

¹⁶ El esquema en la suspensión por adopción es básicamente el mismo. Las seis primeras semanas se cuentan, como se conoce, desde la «resolución judicial por la que se constituye la adopción o bien de la decisión administrativa de guarda con fines de adopción o de acogimiento». El resto puede disfrutarse «dentro de los doce meses siguientes a la resolución judicial por la que se constituya la adopción o bien a la decisión administrativa de guarda con fines de adopción o de acogimiento», siguiendo un diseño idéntico al de la suspensión por nacimiento de hijo biológico (semanas alternas o ininterrumpidas y de disfrute a tiempo completo o parcial).

¹⁷ LÓPEZ RODRÍGUEZ, J, «La suspensión del contrato de trabajo por nacimiento: ¿hacia una efectiva corresponsabilidad?», *Lan Harremanak*, n.º 45, 2021, p. 23.

se aludía. Además, debe existir, según dispone la norma, un previo acuerdo con la empresa en el que se determine si el tiempo restante (las diez semanas ininterrumpidas o sus fracciones) se disfruta a jornada completa o a jornada parcial¹⁸. Por lo demás, de esas diez semanas, se concede la posibilidad a la madre de anticipar su ejercicio hasta cuatro semanas antes de la fecha previsible del parto. Esta previsión tiene una finalidad muy clara: mitigar a la madre del esfuerzo que supone prestar servicios en la recta final de embarazo, lo que redundaría, indudablemente, en una mejora de su salud física. Con todo, cierto es que acogerse a esta posibilidad implica que, tras el parto, la madre dispondrá de un menor número de semanas para el cuidado del hijo, porque algunas de ellas (hasta cuatro) ya las habrá disfrutado previamente¹⁹.

Ciertamente, el nuevo diseño legal tiene todo lo necesario para fomentar, al menos potencialmente, una responsabilidad en el cuidado del hijo absolutamente igual entre los progenitores y sobre la que, en teoría, ya no pesaría estereotipo de género alguno. De hecho, del reciente estudio «Cómo incide el nuevo diseño de los permisos de nacimiento en la corresponsabilidad. Un análisis con registros administrativos de la Seguridad Social de 2016 a 2023»²⁰, se evidencia que el porcentaje de padres (entiéndase, otros progenitores) que utiliza la suspensión es cada vez mayor, pasándose en 2016 de un 60,8% hasta

¹⁸ Se puso de manifiesto, muy certeramente, que se ha perdido la oportunidad de configurar el disfrute a tiempo parcial de esa suspensión como un auténtico derecho de la persona trabajadora, sin necesidad de que su disfrute dependa de una negociación (siempre difícil) con la empresa. Sobre ello, MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA, R., «Un paso más hacia la corresponsabilidad real: la suspensión del contrato de trabajo por nacimiento de hijo o hija, por adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento tras el Real Decreto-Ley 6/2019», *Revista de Derecho social y de la empresa*, n.º 12, 2020, p. 19.

¹⁹ Se ha apuntado, al respecto de estas cuatro semanas que la madre puede adelantar de su período de suspensión, que podría haberse concedido igualmente esta posibilidad al otro progenitor, máxime en supuestos en los que éste se encontrase desplazado por motivos laborales, facilitando de este modo que pudiera estar junto con aquélla en el momento del parto. Así, LOUSADA AROCHENA, J. F., «Maternidad y conciliación en el trabajo por cuenta ajena tras el Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo: una primera aproximación», *Revista de Derecho Social y de Empresa*, n.º 11, 2019, p. 6. A mi modo de ver, sin embargo, si de lo que se trata es de velar por el bienestar de la salud de la madre en unas semanas de tanta exigencia física, es totalmente coherente que tal prerrogativa se conceda en exclusiva a la madre que, a la postre, es la que está realizando el esfuerzo que conlleva el embarazo. En cualquier caso, sin embargo, esta previsión y su finalidad ya no tiene mucho sentido, al habilitar la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo una suerte de incapacidad temporal especial por contingencias comunes desde el día primero de la semana trigésima novena de gestación. Por lo demás, en el Proyecto de Ley de Familias, BOCG, Congreso de los Diputados, de 8 de marzo de 2024 (en adelante, Proyecto de Ley de Familias) se contempla que, además de la madre, el otro progenitor pueda adelantar el ejercicio de su derecho hasta diez días antes de la fecha previsible del parto.

²⁰ RECIO ALCÁIDE, A., CASTELLANOS SERRANO, C. y ANDRÉS JIMÉNEZ, J., «Cómo incide el nuevo diseño de los permisos de nacimiento en la corresponsabilidad: Un análisis con registros administrativos de la Seguridad Social de 2016 a 2023», *Papeles de trabajo del Instituto de Estudios Fiscales, Ministerio de Hacienda*, n.º 2, 2024. Disponible en https://www.ief.es/docs/destacados/publicaciones/papeles_trabajo/2024_04.pdf.

■ PROBLEMAS Y RETOS PENDIENTES EN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS...

llegar a un 73,4% en 2022²¹. Además, la diferencia estimada entre los padres que tienen derecho al uso de la suspensión y los que efectivamente lo usan se ha reducido en más de diez puntos porcentuales entre 2016 y 2021, lo que parece indicar que el diseño de esta institución está teniendo un efecto positivo en el ejercicio que hacen aquéllos del derecho, que se ha incrementado y es generalizado. El hecho de que la suspensión sea intransferible y remunerada al 100% propicia que se use masivamente por los padres que han generado derecho a usarla. También se indica en el estudio que, de los padres que utilizan su derecho, un 89,5% utilizó todas las semanas en 2021, un 91,2% en 2022 y un 91,6% en el primer trimestre de 2023, lo que evidencia que los padres cada vez usan el derecho de forma mayoritaria prácticamente todos los días que tienen disponibles para el cuidado²².

Ahora bien, con ser óptimos los datos que se acaban de comentar, otros, también reflejados en el mismo informe, recalcan en el hecho de que aún queda margen para la mejora si de verdad se quiere contribuir a fomentar la corresponsabilidad. Por lo pronto, resulta que la gran mayoría de los progenitores toma las semanas restantes de suspensión a tiempo completo, pues sólo cerca del 10% de los padres y del 2% de las madres las usan a tiempo parcial. Además, del total de madres que disfruta de la suspensión, un 98,9% en 2022 (mismo porcentaje en 2021) utiliza las dieciséis semanas que le corresponden y, además, de forma seguida (un 94,6% en 2022 y un 95,9% en 2021). Por lo que atañe al otro progenitor, de todos los que disfrutan de la suspensión (ya sea a tiempo completo o a tiempo parcial), el 91,2% en 2022 utilizan todos los días que tienen disponibles (el 89,5% en 2021) y sólo un 3,1% en 2022 utiliza únicamente las seis semanas obligatorias (un 4,1% en 2021). Análogamente, una mayoría de padres (un 49,2% en 2022 y un 50,1% en 2021) utilizan las dieciséis semanas seguidas. Es decir, una gran proporción de padres utiliza las dieciséis

²¹ Por aportar datos más recientes, en 2024 se tramitaron 471.644 prestaciones por nacimiento y cuidado de menor, de las que 220.367 correspondieron al primer progenitor, habitualmente la madre, y 251.277, al segundo progenitor, normalmente el padre. La duración media de las prestaciones por nacimiento y cuidado de menor activas entre enero y diciembre de 2024 fue de 102,7 días para las mujeres y 92,5 días para los hombres. En fin, el gasto asociado a esta prestación entre enero y diciembre de 2024 fue de 3.613 millones de euros, cuando, en 2023, esta cifra se situó en 3.423 millones, lo que supuso un incremento del 5,6%. Fuente: Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones.

²² En su momento, BALLESTER PASTOR, M.ª A. («El Real Decreto-ley 6/2019 para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación: Dios y el diablo en la tierra del sol», *Temas Laborales*, n.º 146, 2019, p. 29) manifestó su temor en que el uso obligatorio de las seis semanas no podía tener el impacto potencial sobre la corresponsabilidad que pretende la norma, puesto que ningún control o si quiera sanción se anuda a su incumplimiento, por lo que pudiera suceder que especialmente el otro progenitor decidiera, por los motivos que fueren, no hacer uso de la suspensión. Con los datos en la mano, parece que este temor, de momento, es inexistente. Otra cosa será si se utilizan las semanas correspondientes para el cuidado efectivo del menor o para otros menesteres.

semanas de suspensión y las usa simultáneamente con las madres. Por otro lado, un grupo de padres (un 19,9% en 2022 y un 18,5% en 2021) usa toda la suspensión fraccionable después de que lo hayan hecho las madres, es decir, usan las dieciséis semanas separándolas en seis (que usan obligatoriamente al principio) y en las diez semanas restantes, que usan una vez han pasado las primeras dieciséis semanas de la madre. Por lo tanto, menos de un 20% de los padres utiliza la suspensión de una forma potencialmente corresponsable que permita alargar al máximo el cuidado del hijo (16+10), cuidándolo en solitario tras las dieciséis semanas de las madres, permitiendo que éstas puedan regresar al trabajo²³. A mayor abundamiento, con otra combinación de datos, el análisis muestra sólo dos comportamientos mayoritarios en los padres: el de aquellos que no usan ninguna semana después de la dieciséis (56% en 2022 y 58% en 2021) y el de aquellos que fraccionan la suspensión en seis más diez, usando esas diez últimas semanas después de las dieciséis de la madre.

Por lo demás, también se ha evidenciado que, a medida que aumentan los salarios y mejoran las condiciones laborales, aumenta el uso corresponsable de la suspensión. Si bien el nivel de ingresos o tipo de contrato no parece alterar significativamente la proporción de otros progenitores que usan todo el tiempo de suspensión que tienen disponible, sí existen diferencias significativas en la proporción de aquéllos que se turnan con las madres según su nivel de ingresos y tipo de contrato. El menor poder de negociación de los otros progenitores con rentas más bajas y contratos temporales parece estar provocando, según el estudio, que no utilicen su derecho a fragmentar la suspensión y usarla a conveniencia para turnarse con la madre y extender el cuidado del hijo.

Puestos sobre la mesa los datos estadísticos, se observa de su análisis cómo el diseño y estructura legal de la suspensión conforma un patrón de comportamiento en la sociedad. La norma marca dieciséis semanas y establece dos bloques de seis y de diez, lo que se incorpora al comportamiento generalizado.

²³ Concluye el estudio que entre quienes no se incluyen en alguno de los dos comportamientos mayoritarios descritos, se encuentra el resto (aproximadamente un 30% de los padres). De estos, alrededor del 8% usan entre una y cinco semanas sueltas más allá de las dieciséis primeras semanas, hecho éste que evidencia que los padres no están largos períodos cuidando sin mediación de la madre. Otro 15% de los padres usa una parte significativa del período fraccionable (entre seis y nueve semanas sueltas) tras el período en el que las madres disfrutan de su suspensión, pero no maximizan el tiempo de cuidados, seguramente debido a las demandas laborales u otras preferencias personales más allá del cuidado estricto del bebé. El resto hasta el 30% son padres que no disfrutan de la suspensión por completo y que, la parte que usan, la usan antes de que acaben las dieciséis primeras semanas. En definitiva, para los autores del estudio, estas otras pautas minoritarias de uso no están alargando el cuidado al máximo y puede haber diferentes razones para el fraccionamiento del permiso, por lo que convienen en la necesidad de un estudio más exhaustivo de las pautas de fraccionamiento y uso en los diferentes meses del año y en la correspondencia con vacaciones estivales y de otro tipo.

■ PROBLEMAS Y RETOS PENDIENTES EN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS...

Una inmensa mayoría de los padres usa la suspensión y, además, de forma completa, lo que supone una mayor implicación de los hombres en el cuidado. Con todo, alrededor del 50% de los otros progenitores asume el uso simultáneo total y sólo una minoría (aproximadamente un 20%) separa las diez semanas finales de las dieciséis de la madre, cuidando de forma autónoma al hijo. Y esta forma de disfrute de la suspensión, simultánea con la de la madre, genera un problema a nivel de corresponsabilidad: la aparición del rol del «padre ayudante», pues es un hecho incontestable que, en presencia de ambos progenitores, las madres siguen cubriendo mayoritariamente el papel de cuidadora principal y los otros progenitores, el de ayudante. Por el contrario, la figura del «padre corresponsable» (esto es, el padre que cumple un rol de cuidador principal similar a la madre, que utiliza la suspensión para maximizar el cuidado del hijo en el hogar y estar presente y activo en el cuidado) es minoritaria, pues como máximo un 20% de otros progenitores se turna con la madre para cuidar. Y fíjese que la situación inversa sería la ideal, pues el hecho de que aquéllos usen la suspensión en períodos distintos de la madre (es decir, de forma no simultánea) desplegaría una serie de consecuencias en absoluto desdeñables en materia de igualdad y corresponsabilidad: las madres podrían volver al mercado de trabajo con la tranquilidad de que el otro progenitor se queda al cuidado, optimizándose, por ello, el uso de los recursos públicos en la atención infantil, y se modificarían, quizá de una forma más eficaz, los roles sociales en materia de cuidados, pues el peso de la crianza ya no recaería principalmente sobre uno de los progenitores, sobre la madre, sino sobre ambos de forma igualitaria.

Así las cosas, se abren, pues, dos alternativas. La primera supondría mantener el diseño de la institución tal cual está ahora (o introduciéndole ciertas modificaciones) pues con ello se ha conseguido un objetivo que hasta ahora no se había alcanzado: la mayor incorporación de los otros progenitores a la tarea de los cuidados y, en correlación, una, en teoría, menor discriminación en el acceso al empleo de las mujeres, en su continuidad y en su promoción profesional al disponer los hombres de las mismas semanas de suspensión y, por ende, del mismo tiempo de ausencia que ellas. La segunda, por su parte y visto el asunto desde otra perspectiva, implicaría plantear la reconfiguración de la suspensión por nacimiento y cuidado del menor de un modo tal que fomente la figura del padre cuidador en solitario y amplíe verdaderamente el tiempo de atención al hijo. Con los datos en la mano, optaría por esta segunda opción. Pero, evidentemente, la pregunta que deriva a continuación es cuál podría ser ese nuevo diseño del derecho.

Alternativas hay varias. Me voy a inclinar por dos, tomando como referencia las dieciséis semanas en la primera y las veinte semanas en la segunda, por encontrarnos en un momento político en el que se han hecho anuncios favorables a la ampliación de esta suspensión hasta esa cifra, pero que, a mí personalmente, no me termina de agradar por el tiempo tan prolongado de ausencia que implica. No obstante, creo que esta propuesta saldrá adelante más pronto que tarde y no por los motivos correctos, sino, más bien, por intereses electoralistas de unos o de otros.

De este modo y, en primer lugar, podría plantearse, como ahora, una suspensión por nacimiento y cuidado del menor de dieciséis semanas para ambos progenitores y, por lo tanto, intransferibles. Dieciséis semanas, sin embargo, que serían de uso obligatorio, es decir, que no tendrían parte obligatoria ni parte voluntaria. La madre disfrutaría de sus dieciséis semanas, divididas en dos fracciones. De un lado, las seis semanas después del parto a tiempo completo para recuperar su salud y atender al hijo en esos primeros instantes de vida y, de otro, las diez semanas restantes. De estas últimas, ocho las disfrutaría a tiempo completo y de modo sucesivo a las seis de después del parto, sumando así catorce en total y dando, con ello, cumplimiento al artículo 8.1 de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, 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 lactancia²⁴. Las dos semanas restantes las disfrutaría de forma sucesiva y, sin necesidad de alcanzar un acuerdo con la empresa, a tiempo completo o a tiempo parcial, asegurándose, si es de este último modo, una paulatina vuelta al trabajo. Por su parte, en esta primera hipótesis de trabajo, el otro progenitor disfrutaría a tiempo completo de dos semanas después del parto, tiempo suficiente para atender la nueva realidad de la familia y contribuir en esas primeras y tan críticas semanas al cuidado del hijo. Las catorce restantes las disfrutaría cuando la madre concluyera su suspensión, con la particularidad de que las dos últimas, como en el caso de la madre, las pudiera disfrutar a tiempo completo o parcial. Cabe, aun con todo, una matización a este planteamiento, pues las dos semanas que la madre y el otro progenitor podrían disfrutar a tiempo completo o parcial cabría que las utilizaran en régimen de alternancia siempre con el debido preaviso a la empresa (de, al menos, quince días tal y como se contempla ahora). De este modo, la madre disfrutaría de catorce semanas ininterrumpi-

²⁴ Como se conoce, este precepto dispone que «los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para que las trabajadoras a que se refiere el artículo 2 disfruten de un permiso de maternidad de como mínimo catorce semanas ininterrumpidas, distribuidas antes y/o después del parto, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales».

■ PROBLEMAS Y RETOS PENDIENTES EN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS...

das y a tiempo completo y coincidiría en dos tras el parto con el otro progenitor. Tras ellas, comenzaría la suspensión de doce semanas a tiempo completo del otro progenitor. Y, finalmente, las cuatro semanas restantes (2+2) las disfrutarían tras la suspensión del otro progenitor²⁵, de forma sucesiva (uno detrás de otro) y sin posibilidad de fraccionamiento en períodos semanales para evitar desajustes innecesarios en la organización empresarial.

La descrita sería una posible alternativa de regulación. Otra es la que tendría como premisa, como se dijo, una modificación legislativa que aumentara la duración de la suspensión a veinte semanas. En este panorama, me inclinaría por repetir parte del esquema anterior. De este modo, la madre disfrutaría a tiempo completo de dieciséis semanas (6+10). El otro progenitor, tras el parto, disfrutaría de dos semanas a tiempo completo, compartiendo, así, tiempo de cuidados con la madre. El resto, las catorce semanas restantes, las disfrutaría, también a tiempo completo, tras la suspensión de la madre, por concretar, tras las diez semanas siguientes a las seis tras el parto. A ambos les restarían, en esta hipótesis, cuatro semanas, que serían en total ocho (4+4). Pues bien, como en el caso anterior, se podría plantear que las disfrutarán a continuación de la suspensión del otro progenitor²⁶ y de forma sucesiva (uno detrás de otro), pero aquí, por ser un período de tiempo mayor, con posibilidad de fraccionamiento en dos tramos de dos semanas cada uno y en régimen de tiempo completo o de tiempo parcial, siempre con el debido preaviso a la empresa.

En fin, alternativas hay muchas y variables sobre las alternativas también. Aquí se han planteado dos que, tal vez y salvo opinión más autorizada, podrían encajar con los objetivos planteados²⁷. Con todo, sea una, otra o la actual, lo cierto es que no puede desconocerse que del diseño de esta suspensión depende mucho, incluso, como se ha visto, la creación de pautas de comportamiento en la sociedad. Por ello, se ha de ser muy cauto y pensar bien lo que se quiere hacer y, especialmente, conseguir (en ésta y en otras materias) a fin de atajar de raíz (si es que es posible) problemas como la conciliación, la corresponsabilidad o la brecha de género en el mercado laboral.

²⁵ Incluso podría plantearse que las pudieran utilizar en cualquier momento hasta que el menor cumpliera un año, pero hay que tener en cuenta que esta posibilidad tiene un reverso que no debe obviarse: que los progenitores se vean obligados a disfrutar del tiempo restante de la suspensión en las semanas que resulten más convenientes para la empresa.

²⁶ Me reitero en la nota anterior.

²⁷ Y que podrían servir igualmente para la suspensión por adopción, evidentemente, respetando sus particularidades.

1.2 La corresponsabilidad en sentido amplio: el supuesto del fallecimiento prematuro del hijo

Existe otra controversia en relación con la suspensión por nacimiento de hijo a la que me quiero referir. Se trata de qué ocurre con la prestación del otro progenitor en caso de muerte intrauterina del hijo. Es éste un debate que, si bien ya ha sido resuelto por el Tribunal Supremo, creo, a mi modo de ver, que podría solventarse de otra manera.

Por lo pronto, hay que partir del hecho de que, desde el Real Decreto 6/2019, la suspensión (y la prestación) para ambos progenitores tiene la misma duración y, además, pasa a denominarse «por nacimiento y cuidado del menor», algo esto último que, al menos interpretado en sentido literal, supone que el hecho en sí del nacimiento con vida del hijo debe haberse producido para disfrutar del derecho y lucrar la correspondiente prestación. Ello en concordancia con lo que dispone el artículo 30 CC sobre que «la personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno».

Con todo, el derecho no desaparece por el deceso del hijo, pues, como también se indica por el artículo 48.4 ET, «en el supuesto de fallecimiento del hijo o hija, el periodo de suspensión no se verá reducido, salvo que, una vez finalizadas las seis semanas de descanso obligatorio, se solicite la reincorporación al puesto de trabajo». Al no aludirse, como se hacía antes de la entrada en vigor del Real Decreto 6/2019, a la suspensión de la madre, lo cierto es que puede pensarse que tanto a ella como al otro progenitor debe dispensárseles el mismo tratamiento cuando acaece el deceso del menor, a saber, la conservación de la suspensión y de la correspondiente prestación, por mucho que, al hacerse la distinción entre las seis primeras semanas y las diez restantes, quien legisla parece estar pensando más en la madre y en su recuperación postparto, que en los deberes de cuidado suministrados por el otro progenitor, que decaerían al no existir sujeto al que atender.

Ahora bien, lo que ocurre es que, además de esta previsión, existe otra que, en línea de principio, entra en conflicto con la anterior. Así, el artículo 26.7 Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural dispone que «no podrá reconocerse el subsidio por paternidad si el hijo o el menor acogido fallecen antes del inicio de la suspensión o permiso. Sin embargo, una vez reconocido el subsidio, éste no se extinguirá aunque fallezca el hijo o menor

■ PROBLEMAS Y RETOS PENDIENTES EN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS...

acogido»²⁸. Esta previsión, sin embargo, no aparece en el caso de la madre, pues el artículo 8.4 de la misma norma dispone que «en el supuesto de fallecimiento del hijo, la duración de la prestación económica no se verá reducida, salvo que, una vez finalizadas las seis semanas posteriores al parto, la madre solicitará reincorporarse a su puesto de trabajo». Y se añade –y aquí está el *quid* de la cuestión– que esta misma solución «será de aplicación aun cuando el feto no reúna las condiciones establecidas en el artículo 30 del Código Civil para adquirir la personalidad²⁹, siempre que hubiera permanecido en el seno materno durante, al menos, ciento ochenta días». Por lo tanto, para la madre es indiferente si el fallecimiento del hijo se produce de manera intrauterina o en un momento posterior al nacimiento, pues en ninguno de los dos casos perderá el derecho a la prestación. No ocurre lo mismo con el otro progenitor. En su caso, el fallecimiento intrauterino o el alumbramiento de un hijo muerto provocará que no pueda acceder a la prestación, mientras que si el hijo fallece tras el nacimiento con vida sí tendrá derecho a ella.

Llegados a este punto es cuando hay que plantearse si esa diferenciación que se acomete entre la madre y el otro progenitor en la norma reglamentaria es acorde o no con el marco normativo actual y con la idea de la corresponsabilidad que impregna todo el redactado actual del artículo 48.4 ET. O, dicho de otro modo, se trata de determinar si la creación de una suspensión y de una prestación unitaria para ambos progenitores conlleva que se cuestione si para el otro progenitor sigue siendo de aplicación lo establecido en el artículo 26.7 Real Decreto 295/2009 o si, por el contrario, procedería aplicar para ambos lo preceptuado en el artículo 8.4 Real Decreto 295/2009 –en concordancia con lo

²⁸ Esta previsión fue interpretada en su momento por el criterio de gestión del INSS 2/2019, de fecha 4 de enero de 2019 (antes, pues, de la aprobación del Real Decreto 6/2019), que dispuso que «en los casos en que el hijo o menor fallezca cuando el trabajador ya se haya incorporado al trabajo y antes del disfrute de la quinta semana de descanso por paternidad, no procede el disfrute de la misma. En efecto, una interpretación finalista de los derechos afectados conduce a la referida conclusión, atendiendo al objetivo de la circunstancia excepcional de continuación de la prestación por paternidad que regula el artículo 26.7 del Real Decreto 295/2009, que no es otro que permitir que el trabajador no tenga que retomar inmediatamente su actividad profesional si, disfrutando del descanso por paternidad, se produce el desgraciado suceso del fallecimiento del hijo o menor. Por el contrario, no se encuentra fundamento alguno para el mantenimiento del disfrute del descanso de la última semana independiente del primer periodo y su correspondiente subsidio cuando el fallecimiento se produce una vez que el trabajador ya se ha incorporado al trabajo tras el disfrute del primer periodo y antes del disfrute de la última semana del descanso. No obstante, si el fallecimiento tiene lugar durante el disfrute del descanso independiente de la última semana, se permite al trabajador agotar el mismo por ser de aplicación la circunstancia excepcional de continuación de la prestación por paternidad prevista en el citado artículo 26.7 del Real Decreto 295/2009».

²⁹ En el año 2009, la redacción de este artículo 30 CC era la siguiente: «para los efectos civiles, sólo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno». La redacción actual de la norma («la personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno») deriva de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil.

dispuesto en el vigente artículo 48.4 ET– de forma tal que, en aquellos casos en los que el hijo nazca muerto con gestación de más de seis meses, el periodo de suspensión/prestación no se vea reducido tampoco para el otro progenitor, salvo que una vez finalizado el descanso obligatorio se solicite la reincorporación al trabajo.

Si atendemos al criterio de gestión del INSS 10/2020, la respuesta pasa por considerar que, en los casos de fallecimiento del hijo antes de su nacimiento, no procederá reconocer el derecho a la prestación por nacimiento y cuidado de menor al progenitor distinto a la madre biológica. Y ello porque «no parece que el artículo 26.7 del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, se oponga al contenido del artículo 48.4 del TRLET ni, consecuentemente, que haya perdido su virtualidad, puesto que regula un supuesto no previsto por la ley, tanto en su actual redacción como en la redacción anterior al Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, respecto de la cual en ningún momento se ha dudado que fuera acorde con la misma, y puesto que en el nuevo texto legal el permiso por nacimiento y cuidado de hijo se reconoce al progenitor distinto de la madre biológica «para el cumplimiento de los deberes de cuidado previstos en el artículo 68 del Código Civil», que no pueden ser otros que los de cuidado del hijo, habiendo fallecido éste antes de reconocerse el correspondiente permiso y la prestación el citado artículo 26.7 mantiene su vigencia, por lo que procede denegar a su amparo la prestación al progenitor distinto de la madre biológica en los supuestos regulados por dicho artículo». Por lo tanto, «no se encuentra fundamento jurídico a que el artículo 26.7 del Real Decreto 295/2009 no pueda aplicarse en la actualidad dado que regula un supuesto no previsto por el TRLET. En consecuencia, al mantener dicho precepto su vigencia y en base a las distintas finalidades previstas para la prestación de nacimiento y cuidado de menor para la madre biológica y para el otro progenitor, no procede conceder la prestación a este último en los supuestos previstos en el mismo.»

Idéntica respuesta ha ofrecido el Tribunal Supremo. De este modo y para un supuesto anterior a la fecha de entrada en vigor del Real Decreto 6/2019, la sentencia de 5 de julio de 2022 (Rec. n.º 906/2019) parte de la base de la diferenciación establecida por la ya citada en este trabajo STC 111/2018 entre la finalidad de la suspensión y prestación por maternidad y la correspondiente a la suspensión y la prestación por paternidad. Recordemos: mientras que la primera tiene como finalidad tanto preservar la salud de la mujer trabajadora durante su embarazo y después de éste y también proteger las particulares relaciones entre la madre y su hijo durante el periodo de puerperio, la segunda «obedece a una finalidad tuitiva diferente, como es favorecer la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, fomentando la corresponsabilidad de ma-

■ PROBLEMAS Y RETOS PENDIENTES EN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS...

dres y padres en el cuidado de los hijos comunes». De ahí que, «siendo diferentes las situaciones que se traen a comparación, no puede reputarse como lesiva del derecho a la igualdad ante la ley (artículo 14 CE) la diferente duración de los permisos por maternidad o paternidad y de las correspondientes prestaciones de la seguridad social». *Ergo*, «la atribución del permiso por maternidad, con la correlativa prestación de la seguridad social, a la mujer trabajadora, con una duración superior a la que se reconoce al padre, no es discriminatoria para el varón [en tanto que] la maternidad, el embarazo y el parto son realidades biológicas diferenciadas de obligatoria protección, derivada directamente del artículo 39.2 CE, que se refiere a la protección integral de las madres».

Evidentemente, el salto lógico de este supuesto al que ahora nos ocupa era claro: siendo las finalidades distintas de una y otra suspensión (la recuperación y protección de la salud de la madre biológica frente al fomento de la corresponsabilidad en el cuidado de la descendencia), «el legislador no está obligado a dar el mismo tratamiento a las prestaciones por maternidad y por paternidad en el extraordinariamente doloroso trance del nacimiento [del hijo] sin vida». Y no lo está porque, «así como en estos casos sigue existiendo la necesidad de recuperar y proteger la salud de la madre biológica, deja desgraciadamente de existir la necesidad de que el progenitor distinto a la madre biológica se haga corresponsable de la atención al descendiente. Dejan de existir, lamentablemente, los deberes de cuidado a los descendientes que impone el artículo 68 CC y a los que expresamente se refiere la redacción vigente del artículo 48.4 ET, deberes que emanan, en último término, como expresara la STC 111/2018, del artículo 39.2 CE». Otra cosa sería, como también señala la sentencia, que «el legislador, en el legítimo ejercicio de su libertad de configuración del sistema de seguridad social, apreciando las circunstancias socioeconómicas concurrentes en cada momento a la hora de administrar recursos económicos limitados para atender a un gran número de necesidades sociales, pueda establecer que, en estos desgraciadísimos casos, también son posibles la suspensión del contrato y prestación por nacimiento en favor del progenitor distinto de la madre biológica».

Por su parte, la STS de 19 de octubre de 2023 (Rec. n.º 292/2022) viene a reproducir los argumentos dados por la resolución precedente y efectúa, además, un análisis del marco normativo que regula la situación de la concesión de la prestación para el otro progenitor en caso de muerte anteparto. De esta forma, pone el acento, en primer lugar, en que la Directiva 2019/1158 ofrece la posibilidad a los Estados de conceder el permiso de paternidad en caso de muerte fetal y tal derecho no es algo que se pueda extraer de la redacción ac-

tual del artículo 48.4 ET, por mucho que se haya eliminado la alusión a la madre y que se hayan igualado la duración de las suspensiones, máxime «cuando pervive el texto del Real Decreto 295/2009 que veta el reconocimiento del subsidio (por paternidad) si el hijo o el menor acogido fallecen antes del inicio de la suspensión o permiso». A mayor abundamiento –sigue explicando la sentencia– «incide en esa insuficiencia el propio tenor del párrafo señalado (*in fine*) de artículo 48.4 ET, cuando establece la referencia que sigue: «salvo que, una vez finalizadas las seis semanas de descanso obligatorio, se solicite la reincorporación al puesto de trabajo», pues el inicio de dicho descanso obligatorio se ubica a partir del nacimiento del hijo, sin contemplar ni definir en modo alguno las eventuales situaciones previas a tal nacimiento, así como el que le sigue: «la suspensión del contrato de cada uno de los progenitores por el cuidado de menor, una vez transcurridas las primeras seis semanas inmediatamente posteriores al parto, podrá distribuirse a voluntad de aquellos...», de los que se deduce un lapso siempre posterior al parto». Finalmente, se insiste en que «el derecho a la suspensión por nacimiento y cuidado del menor del padre biológico, en el caso de fallecimiento intrauterino del feto que hubiera permanecido en el seno materno durante más de ciento ochenta días, y, por consiguiente, el derecho al subsidio por nacimiento y cuidado del menor del artículo 178 de la LGSS, tampoco podríamos sustentarlo en el principio de corresponsabilidad, dado el deceso acaecido, ni en el objetivo de conciliación de la vida familiar y laboral. Y, en todo caso, abundando en la interpretación sistemática del cuerpo normativo en liza, se observaría un desigual tratamiento respecto de aquellas situaciones en las que se produce la muerte de un hijo cuando ya han vencido los períodos especialmente protegidos».

Con estos argumentos, la conclusión no podía ser otra que la negativa a extender al otro progenitor el derecho que se le confiere a la madre en caso de muerte intrauterina, pues, de lo contrario, «estaríamos diseñando una prestación en contra de una norma que la proscribe y que no ha sido derogada. [Y es que] una intervención de tal calibre dista mucho de lo que la organización constitucional del Estado encomienda a los jueces y tribunales. Su función es la aplicación e interpretación de la norma, pero no la creación del derecho. La intervención en el ordenamiento jurídico que exige una pretensión como la que se sostiene en el presente procedimiento sólo le corresponde al legislador, sin que la misma pueda ser suplida a través de resoluciones judiciales que vayan más allá de sus propias funciones jurisdiccionales, entre las que no se encuentran, desde luego, la modificación del régimen prestacional de la Seguridad Social, ni la modificación de la organización de la suspensión del contrato de trabajo por causas previstas en la ley, a través de la aplicación de criterios in-

■ PROBLEMAS Y RETOS PENDIENTES EN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS...

terpretativos concretos previstos legalmente que no se circunscriben a la aplicación de la norma en supuestos fácticos que, razonablemente, no parecen claramente delimitados en el ámbito de afectación de la norma interpretada».

Siendo tal el planteamiento administrativo y el judicial, creo, sin embargo, que otra solución es posible. Por lo pronto, estoy de acuerdo con dos ideas. La primera, que no cabe inferir, de la nueva redacción del artículo 48.4 ET por lo que atañe al fallecimiento del hijo, que el otro progenitor también tenga derecho a la prestación en caso de muerte intrauterina, porque, para ello, hubiera sido necesario que tal matiz se especificara expresamente, máxime cuando de la redacción del precepto y de su ligazón con el artículo 30 CC parece inferirse que la suspensión, también en este supuesto, debe ir ligada al alumbramiento de un hijo vivo³⁰. La segunda, que debe ser el legislador quien modifique, en la medida en que considere, el régimen prestacional de la Seguridad Social. De ahí la necesidad de haber cumplido con el mandato de la Disposición final primera del Real Decreto 6/2019 para aprobar, en un plazo de seis meses, las normas reglamentarias de desarrollo que correspondieran. Ello, evidentemente, hubiera supuesto sustituir el Reglamento 295/2009 por otro más acorde con el espíritu y la finalidad de la nueva normativa en vigor. A día de hoy, sin embargo, esta tarea aún está pendiente y, por ello, la confusión generada, pues, de un lado, tenemos una norma legal, el artículo 48.4 ET, que no sólo equipara la suspensión para la madre y para el otro progenitor, sino que, además, ya ni cuenta con la referencia exclusiva a la madre en caso de fallecimiento del hijo y, de otro lado, una disposición reglamentaria, el artículo 26.7 Real Decreto 295/2009, que contempla una diferenciación en el régimen prestacional para el otro progenitor ante el supuesto de deceso intrauterino del hijo.

Ahora bien, particularmente, tengo mis dudas de que el artículo 26.7 Real Decreto 295/2009 siga en vigor. Primero, por su conflicto con el artículo 14 CE³¹, al estar tratándose de forma desigual a situaciones que, tras la entrada del vigor del Real Decreto 6/2019, son de naturaleza comparable. Desde mi punto de vista, no me parece oportuno seguir sosteniendo que las finalidades de la suspensión que corresponde a la madre y de la suspensión que corresponde al otro progenitor son distintas, porque si bien tienen elementos diferentes por razo-

³⁰ A mi modo de ver, no se está dando cumplimiento con ello al considerando 19 de la Directiva que dispone, entre otras cosas, que «los Estados miembros también pueden conceder el permiso de paternidad en caso de muerte fetal». Como he dicho arriba, creo que la piedra sobre la que se construye la suspensión por nacimiento y cuidado del hijo se sitúa en el alumbramiento de un hijo vivo, y ello es extensible también al supuesto contemplado por la norma del mantenimiento de la suspensión cuando aquél fallece –se entiende– en momentos posteriores al parto.

³¹ Puesto en conexión con el artículo 9.2 CE.

nes evidentemente biológicas, también tienen otros comunes: en ambas se hace patente la necesidad de la conciliación de la vida laboral y familiar y la corresponsabilidad en la atención a las necesidades familiares, entendiendo por tales, desde luego, el cuidado de menor, pero también la adaptación a la nueva situación familiar, y en ambas se busca ubicar en pie de igualdad a hombres y mujeres en el ámbito laboral para que éstas no sean las únicas que se separan del mercado laboral durante el prolongado período de tiempo que son diecisésis semanas³². De ahí que crea que debe dejar de utilizarse esa pretendida distinción entre las suspensiones y las prestaciones de la madre y del otro progenitor para justificar ciertas diferencias de trato que, ciertamente, han dejado de tener sentido.

Recuérdese, además, que la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, impide la diferencia de trato basada, entre otros factores, en el sexo, salvo en los supuestos en los que tal diferencia se base en criterios razonables y objetivos, y no parece que ello sea lo que ocurra en el supuesto de fallecimiento intrauterino del hijo. Hay que reconocer, en este sentido, que se abre para ambas partes de la pareja en este supuesto un período de duelo, un período de oscuridad, tal vez más intenso en la madre por razones biológicas evidentes, pero que requiere que ambos, la madre y el otro progenitor, encuentren el tiempo necesario, un tiempo alejado de las obligaciones laborales, para superar tal difícil tesitura³³. No sólo la madre pasa por ese trance; también lo hace el otro progenitor y no reconocerle la suspensión y la correspondiente prestación en ese momento parece que no obedezca más que a razones de tipo economicista o, al límite, a razones en las que subyacen ciertos estereotipos fundamentados en la protección de la parte más débil (la madre) frente a la parte más fuerte (el otro progenitor) que debe

³² Recuérdese, a este respecto, que la STC 140/2024, de 6 de noviembre llega a reconocer que «la modificación introducida por el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo introduce una finalidad adicional entre las perseguidas por el legislador al regular los ahora denominados permisos por nacimiento y cuidado de menor (...), ubicar en pie de igualdad a hombres y mujeres en el ámbito laboral, introduciendo una medida dirigida a favorecer el acceso y permanencia de la mujer en el mercado de trabajo, y, por tanto, a evitar la peculiar incidencia que respecto de la situación laboral de aquellas tiene el hecho de la maternidad. (...) El legislador persigue alcanzar tal objetivo por la vía de arbitrar mecanismos que faciliten la conciliación de la vida familiar y laboral de ambos progenitores y promuevan la corresponsabilidad en la asunción de las tareas de cuidado de los hijos, estimulando cambios en la cultura familiar que eviten que las mujeres trabajadoras, al ser las que principalmente venían asumiendo el cuidado de los hijos de corta edad, sufran también mayores dificultades para su inserción laboral, su permanencia y su promoción en el empleo».

³³ Y es que se ha llegado a apuntar que «la obligada hermenéutica con perspectiva de género derivada de la Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres impide considerar que un derecho conciliatorio sea reconocido a una mujer frente al varón, en idéntica situación, lo que vulneraría aquel derecho». Así, STSJ Cataluña, de 17 de octubre de 2022 (Rec. n.º 2706/2022).

■ PROBLEMAS Y RETOS PENDIENTES EN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS...

volver, sin ni siquiera cuidar su salud mental, al mercado laboral a fin de seguir sustentando económicoamente a la familia³⁴.

Por cierto, esto dicho, a mi modo de ver el argumento de la inexistencia de corresponsabilidad en los cuidados en el supuesto de fallecimiento intrauterino debe ser convenientemente matizado. Porque, en verdad, ya no será necesario prestar tales cuidados al hijo; pero resulta que, si leemos con atención el artículo 68 CC al que cita el artículo 48.4 ET, éste no se refiere únicamente al hecho de compartir entre los cónyuges las responsabilidades en el cuidado de descendientes (y ascendientes), sino también a otro deber igual de trascendente: el de socorro mutuo que pesa sobre aquéllos. Y es de reconocer que, en el caso del deceso anteparto del hijo, se abre para ambas partes de la relación ese período de duelo al que antes me refería que requiere que ambos, la madre y el otro progenitor, se dispensen cuidados mutuos para superar tal difícil tesitura. Visto el asunto desde esta perspectiva³⁵, si se trata de dispensar cuidados y de compartir esta tarea, no pensemos en que ello pueda suceder únicamente por el nacimiento con vida del hijo, sino también por su muerte, pues la pareja tendrá que compartir la tarea de apoyo y cuidados para superar, ambos, la difícil tesitura de la pérdida de un hijo tras ciento ochenta días de gestación. Quizá este planteamiento sea controvertido porque supone desplazar el eje sobre el que pivota la suspensión (la atención y cuidado de los hijos) hacia un escenario de contornos más amplios en el que se lleva hasta el extremo la noción de corresponsabilidad. Con todo, si ésta supone, según la RAE, una «responsabilidad compartida», es evidente que la misma nace cuando existe un menor al que cuidar, pero también cuando éste ha fallecido y ambos miembros de la relación necesitan auxiliarse mutuamente, compartiendo los cuidados ante el dolor por la pérdida³⁶.

³⁴ Recuérdese que un argumento similar se utilizaba en la STJUE de 30 de septiembre de 2010 (asunto Roca Álvarez) sobre la titularidad del permiso por lactancia. En concreto, en esta sentencia se indicaba que «el hecho de considerar que sólo la madre que tenga la condición de trabajadora por cuenta ajena es titular del derecho a disfrutar del permiso controvertido en el litigio principal, en tanto que el padre que tenga la misma condición únicamente podría disfrutar de ese derecho, sin ser su titular, puede contribuir a perpetuar un reparto tradicional de funciones entre el hombre y la mujer al mantener a los hombres en una función subsidiaria de las mujeres respecto al ejercicio de su función parental». Y se añadía que «el hecho de denegar el disfrute del permiso controvertido en el litigio principal a los padres que tengan la condición de trabajadores por cuenta ajena, por el único motivo de que la madre del niño no tenga esa condición, podría dar lugar a que una mujer, que es trabajadora por cuenta propia, se viera obligada a limitar su actividad profesional, y soportar sola la carga derivada del nacimiento de su hijo, sin poder recibir la ayuda del padre del niño». Sobre este tema, vid., también, STS de 11 de julio de 2023 (Rec. n.º 3532/2019).

³⁵ Constitucional incluso, por la conexión evidente con el artículo 39 CE.

³⁶ Esta idea de unir a los parámetros propios del interés y cuidado del menor las exigencias del cuidado y conciliación entre los progenitores se puede encontrar en varias resoluciones judiciales. Así, por ejemplo, en la SSTSJ Cataluña, de 21 de febrero de 2023 (Rec. n.º 5532/2022), Andalucía, Sevilla, de 12

Y, por si todo ello fuera poco, resulta que la Disposición adicional única del Real Decreto 6/2019, respecto a la «adaptación normativa» señala que «todas las referencias realizadas en textos normativos a las prestaciones y permisos de maternidad y paternidad se entenderán referidas a las nuevas prestaciones y permisos contemplados en este real decreto-ley». Y la Disposición derogatoria única de la misma norma preceptúa que «quedan derogadas cuantas normas de igual o inferior rango se opongan o contradigan lo dispuesto en el presente real decreto ley» y lo sería, a mi modo de ver, una norma como la discutida que no se encuentra alineada con la finalidad que impregna el Real Decreto 6/2019 y que se traslada al Estatuto de los Trabajadores.

Motivos, pues, para considerar desfasado y derogado el artículo 26.7 Real Decreto 295/2009 existen³⁷. Ciento es que el Tribunal Supremo ya le ha marcado el camino a seguir a los tribunales inferiores; pero ello no debe ser óbice para una actuación clarificadora del legislador que logre la armonización entre el contexto laboral y el propio de la Seguridad Social, esto es, para que se cumpla de una vez con el mandato contenido en la Disposición final primera del Real Decreto 6/2019 y se apruebe una norma reglamentaria que equipare las situaciones de la madre y del otro progenitor en el supuesto del fallecimiento del hijo tras ciento ochenta días de gestación. Ahora mismo, el precepto cuestionado es una disposición con visos de ser *contra legem*, al plasmarse en ella una regla en la que subyacen las anteriores diferencias de las antiguas prestaciones de maternidad y paternidad basadas en el propio hecho biológico del embarazo y el parto; unas diferencias que, por expreso mandato legal, ya no existen. Por lo tanto, si el nacimiento con vida del hijo merece idéntico tratamiento para la madre y para el otro progenitor y si su deceso tras haber nacido con vida merece ese mismo tratamiento, no parecen existir motivos de peso alguno para introducir una diferencia significativa entre uno y otro cuando del fallecimiento intrauterino se trata³⁸.

de enero de 2023 (Rec. n.º 1171/2021) y País Vasco, de 18 de enero de 2022 (Rec. n.º 1901/2021). Entre la doctrina, acogen este razonamiento, DÍAZ MORDILLO, M.ª A., «¿Es posible hablar de corresponsabilidad en el supuesto de fallecimiento prematuro del hijo? La equiparación de los permisos por nacimiento y cuidado del menor», *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, n.º 482, 2024, p. 142 y VELASCO PORTERO, M.ª T., «Permiso parental en caso de nacimiento de un hijo sin vida», *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, n.º 479, 2024, p. 173.

³⁷ Se ha considerado, en este sentido, la aplicación del principio de jerarquía normativa. Así, STSJ Cantabria, de 10 de diciembre de 2021 (Rec. n.º 783/2021).

³⁸ Supuesto similar de no equiparación entre la madre y el otro progenitor, que no idéntico al del fallecimiento prematuro del hijo, es el del artículo 181 LGSS, en el que se concede el subsidio por nacimiento de hijo a la madre y no al otro progenitor. Se conoce que esta disposición es trasunta del artículo 6.6 Convenio n.º 183 OIT, pero, ciertamente y en la actualidad, no parece que haya motivo alguno para seguir manteniendo esta diferenciación, más allá del estrictamente presupuestario. De hecho, en el Proyecto de Ley de Familias desaparece, concediéndose el subsidio a ambos progenitores.

1.3 **La «corresponsabilidad» en el caso de las familias monoparentales: la controvertida ampliación de la suspensión/prestación por nacimiento de hijo**

Comentando la STS, Sala de lo Social, de 2 de marzo de 2023 (Rec. 3972/2020) sobre la ampliación de la prestación por nacimiento y cuidado de hijo en familias monoparentales³⁹, ya tuve ocasión de señalar que el Pleno de la Sala de lo Social había zanjado el debate sobre el tema resolviendo que «1+0 no es igual a 2» o, lo que es lo mismo, que no cabía el reconocimiento doble de la prestación en estos casos. Y es que si se entiende que el objetivo del artículo 48.4 ET –en su redacción dada por el Real Decreto 6/2019– al convertir a la suspensión por nacimiento de hijo en un derecho individual e intransferible es fomentar la corresponsabilidad entre los progenitores en el cuidado del hijo, cuando estamos en presencia de una familia monoparental ninguna corresponsabilidad puede existir al no haber un segundo progenitor con el que poder compartir las tareas de cuidado y atención. *Ergo*, si no existe un segundo progenitor, al que es progenitor solo únicamente le resta utilizar su tiempo de suspensión y no añadirle el de otra persona.

Sucede, sin embargo, que, desde esa sentencia hasta la actualidad, la situación ha dado un giro de 180 grados, pues, tomando como base una perspectiva distinta (básicamente fundamentada en el principio del interés superior del menor), resulta que, por un lado, la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo ha reconocido el derecho de las familias monoparentales a ampliar de dieciséis a veintiséis semanas la suspensión por nacimiento de hijo biológico para empleados públicos y, por otro lado, el Tribunal Constitucional ha declarado la inconstitucionalidad de la regulación legal de la suspensión por nacimiento y cuidado de menor que omite la posibilidad de que las madres biológicas de familias monoparentales, trabajadoras por cuenta ajena, puedan ampliar su suspensión, disfrutando de la que le correspondería al otro progenitor, caso de existir⁴⁰. Como se ha generado controversia sobre el tema, conviene repasar

³⁹ BLASCO JOVER, C., «El Tribunal Supremo sentencia que 1+0 no es igual a 2: se zanja el debate en torno al reconocimiento doble de la prestación por nacimiento y cuidado del menor en familias monoparentales». Brief de la AEDTSS, n.º 23, 2023.

⁴⁰ Y entremedias, una cuestión prejudicial ante el TJUE que se inadmitió (sentencia de 16 de mayo de 2024, asunto C-673/22) básicamente por no estar bien planteada. La petición de decisión prejudicial tenía por objeto que el TJUE se pronunciara sobre si el hecho de no posibilitar acumular dos períodos suspensivos por «maternidad» en el caso de familias monoparentales podía ser contrario al artículo 5 Directiva 2019/1158, que contempla el permiso parental. Para el Tribunal, suspensión por maternidad y permiso parental son derechos distintos y, por ello, hace constar que el juzgado remitente no explica por qué solicita la interpretación del artículo 5 Directiva 2019/1158. Pedida la debida explicación, aquél indicó que «la naturaleza del permiso parental del artículo 5 de la Directiva 2019/1158 y la del permiso de

todos los argumentos que se han empleado hasta llegar al momento actual. Con todo, veamos antes qué se entiende por familia monoparental, pues, de entrar en vigor la Ley de Familias, tendremos, por fin, en el ámbito nacional, una definición de este tipo de situaciones familiares.

A. LAS FAMILIAS MONOPARENTALES: DEFINICIÓN Y DATOS ESTADÍSTICOS

En el imaginario colectivo, la familia monoparental es la formada por una madre soltera y su progenie biológica. No obstante, lo cierto es que la situación como estructura de la familia monoparental puede derivar de múltiples condicionantes: la maternidad en solitario, el fin de la relación entre la pareja (separación de hecho o de derecho, viudedad, divorcio, abandono familiar, anulación del matrimonio), la adopción o el acogimiento por solteros o la ausencia de la convivencia por otras circunstancias como la hospitalización de un miembro de la pareja o su encarcelamiento o la emigración⁴¹. Los perfiles, pues, del progenitor solo pueden ser muy distintos y, por ello, tal vez, aún a día de hoy, el concepto de familia monoparental en el ámbito estatal no ha sido objeto de una definición y de una sistematización legal. Sí que existen, sin embargo, algunas normas que se aproximan a esta noción con ocasión de la reglamentación de ciertas obligaciones o derechos, como así sucede con la tributación familiar contemplada en el artículo 82 Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas⁴², con la presta-

maternidad retribuido que se regula en los artículos 177 y siguientes de la LGSS guardan evidente similitud y que el permiso de maternidad dispensa una protección jurídica privilegiada de la maternidad» y que «su petición de decisión prejudicial tiene como finalidad determinar si la legislación española en materia de seguridad social se ajusta a la Directiva 2019/1158 en tanto en cuanto esa legislación no regula ni prevé la situación particular de las familias monoparentales, con independencia de la cuestión de la retribución de los permisos de que se trata». Sin embargo, para el TJUE «esta respuesta del juzgado remitente no aclara la relación entre, por un lado, el litigio principal, que versa sobre una solicitud de ampliación de un permiso de maternidad, regulado en el artículo 48.4 del Estatuto de los Trabajadores y los artículos 177 a 179 de la LGSS, y, por otro lado, la interpretación del artículo 5 de la Directiva 2019/1158, que reconoce a cada progenitor un derecho individual a un permiso parental y concreta su régimen. El artículo 5 de esta Directiva no se refiere al permiso de maternidad y, por tanto, no regula la cuestión de la ampliación de este permiso debido a que una madre forme con su hijo una familia monoparental. No desvirtúan esta conclusión las similitudes alegadas entre el permiso parental y el permiso de maternidad ni el riesgo de que se realice una aplicación estricta de la normativa española que pudiera no tener en cuenta la situación particular de las familias monoparentales». Por lo tanto, concluye que «no se ha acreditado que el artículo 5 de la Directiva 2019/1158 sea aplicable *ratione materiae* al litigio principal».

⁴¹ IGLESIAS DE USSEL, J, *La familia y el cambio político en España*, Tecnos, Madrid, 1998, p. 28.

⁴² Señala este precepto que «podrán tributar conjuntamente las personas que formen parte de alguna de las siguientes modalidades de unidad familiar: 1.^a La integrada por los cónyuges no separados legalmente y, si los hubiera: a) Los hijos menores, con excepción de los que, con el consentimiento de los padres, vivan independientes de éstos; b) Los hijos mayores de edad incapacitados judicialmente sujetos a

■ PROBLEMAS Y RETOS PENDIENTES EN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS...

ción económica no contributiva por nacimiento del artículo 182 LGSS⁴³, con la prestación económica por nacimiento o adopción de hijo en supuestos de familias monoparentales y de madres o padres con discapacidad del artículo 357 LGSS⁴⁴ o con el complemento de monoparentalidad del Ingreso Mínimo Vital⁴⁵.

Por su parte, también hay normas autonómicas que intentan acometer un constructo de este tipo de familia. Así, por ejemplo, el Decreto 19/2018, de 9 de marzo, del Consell, por el que se regula el reconocimiento de la condición de familia monoparental en la Comunitat Valenciana distingue entre familia monoparental y en situación de monoparentalidad. La primera «está conformada de alguna de las maneras siguientes: a) aquella formada por una persona y su descendencia, que esté inscrita en el Registro Civil solo con ella como progenitora; b) aquella formada por una persona viuda o en situación equiparable y la descendencia que hubiera tenido con la pareja desaparecida; c) aquella formada por una persona y las personas menores de edad que tenga en acogida por tiempo igual o superior a un año, y las mayores de edad que hayan estado en acogida permanente; o aquella formada por una persona que tenga la

patria potestad prorrogada o rehabilitada. 2.º En los casos de separación legal, o cuando no existiera vínculo matrimonial, la formada por el padre o la madre y todos los hijos que convivan con uno u otro y que reúnan los requisitos a que se refiere la regla 1.º de este artículo».

⁴³ Según este artículo, la duración de la prestación será «de cuarenta y dos días naturales a contar desde el parto», pudiendo incrementarse en catorce días naturales más en determinados supuestos, siendo uno de ellos el «nacimiento de hijo en una familia monoparental, entendiendo por tal la constituida por un solo progenitor con el que convive el hijo nacido y que constituye el sustentador único de la familia».

⁴⁴ Señala el número 2 de este precepto que «se entenderá por familia monoparental la constituida por un solo progenitor con el que convive el hijo nacido o adoptado y que constituye el sustentador único de la familia».

⁴⁵ El artículo 13.2.c) Ley 19/2021, de 20 de diciembre, por la que se establece el ingreso mínimo vital cifra ese complemento en un 22% en el supuesto de que la unidad de convivencia sea monoparental, entendiendo la norma por tal unidad la «constituida por un solo adulto que conviva con uno o más descendientes hasta el segundo grado menores de edad sobre los que tenga la guarda y custodia exclusiva, o que conviva con uno o más menores en régimen de acogimiento familiar permanente o guarda con fines de adopción cuando se trata del único acogedor o guardador, o cuando el otro progenitor, guardador o acogedor se encuentre ingresado en prisión o en un centro hospitalario por un periodo ininterrumpido igual o superior a un año. En el supuesto de que los descendientes o menores referidos en el párrafo anterior convivan exclusivamente con sus progenitores o, en su caso, con sus abuelos o guardadores o acogedores, se reconocerá el mismo complemento, cuando uno de estos tenga reconocido un grado 3 de dependencia, la incapacidad permanente absoluta o la gran invalidez. También se entenderá como unidad de convivencia monoparental, a efectos de la percepción del indicado complemento, la formada exclusivamente por una mujer que ha sufrido violencia de género, de acuerdo con la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, y uno o más descendientes hasta el segundo grado, menores de edad, sobre los que tenga la guarda y custodia o, en su caso, uno o más menores en régimen de acogimiento familiar permanente o guarda con fines de adopción». Los requisitos, sin embargo, para la consideración de familia monoparental cuando la mujer ha sufrido violencia de género han sido reinterpretados de forma más flexible por la STSJ Islas Canarias, Las Palmas, de 30 de enero de 2025 (Rec. n.º 1355/2023).

consideración de familia acogedora de urgencia-diagnóstico; y d) aquella formada por una persona y su descendencia sobre la que tenga en exclusiva la patria potestad».

Por su parte, en situación de monoparentalidad, se encuentra la familia que está constituida de alguna de las maneras siguientes: «a) aquella formada por una persona y su descendencia sobre la que tiene la guarda y custodia exclusiva si los ingresos anuales de la unidad familiar, incluidas las pensiones de alimentos, divididos por el número de unidades de consumo son inferiores al 150% del IPREM vigente calculado en doce mensualidades; b) aquella formada por una mujer que ha sufrido violencia de género, de acuerdo con la Ley orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, y la descendencia sobre la que tiene la guarda y custodia; c) aquella formada por una pareja y su descendencia, en la que una de las personas progenitoras esté en situación de ingreso en la prisión o de hospitalización en un centro hospitalario, por un período ininterrumpido durante un tiempo igual o superior a un año, si los ingresos anuales de la unidad familiar, incluidas las pensiones de alimentos, divididos por el número de unidades de consumo son inferiores al 150% del IPREM vigente calculado en doce mensualidades; y d) aquella formada por una pareja que convive y la descendencia, en la cual una de las personas progenitoras tenga reconocido un grado 3 de dependencia, la incapacidad permanente absoluta o la gran invalidez si los ingresos anuales de la unidad familiar, incluidas las pensiones de alimentos, dividido por el número de unidades de consumo son inferiores al 150% del IPREM vigente calculado en doce mensualidades».

Ahora bien, como se ha adelantado, de aprobarse la Ley de Familias, por fin existirá en el ámbito nacional una definición legal y una regulación completa y estructurada de las familias monoparentales. Así, es el artículo 33 del texto del Proyecto el que tutela las denominadas «situaciones familiares en que exista una sola persona progenitora», entendiendo incluidas aquí a: «a) la familia formada por una sola persona progenitora y uno o más descendientes menores de edad sobre los que tenga la guarda y custodia; b) la familia formada por una sola persona que ostente la tutela exclusiva de uno o más menores de edad o que conviva con una o más personas menores de edad en régimen de acogimiento familiar permanente o guarda con fines de adopción; y c) la familia formada por una sola persona con uno o más descendientes mayores de edad sobre los que tenga curatela representativa o medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad análogas».

De igual modo y casi a imagen y semejanza de la norma valenciana, el precepto señala que gozarán de la misma protección las «unidades familiares

■ PROBLEMAS Y RETOS PENDIENTES EN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS...

en las que, aunque haya dos personas progenitoras, se produzca alguna de las siguientes situaciones: a) cuando la guarda y custodia sea exclusiva de una persona progenitora y sin derecho a percibir anualidades por alimentos; b) cuando la progenitora haya sido víctima de violencia de género por parte del otro progenitor, de acuerdo con lo establecido en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, y ejerza la patria potestad y la guardia y custodia, tutela o curatela representativa o medidas de apoyo similares sobre sus hijas o hijos; y c) en caso de ausencia temporal forzada de una de las dos personas progenitoras que le impida ejercer las responsabilidades parentales (ingreso en prisión, ingreso en centros sanitarios u otras razones análogas) por un periodo de tiempo previsible igual o superior a un año, en cuyo caso formarán la unidad familiar la otra persona progenitora junto con las hijas e hijos que dependan de ella»⁴⁶.

Como se ha comprobado, el concepto de familia monoparental puede abarcar más situaciones familiares que la propia de una madre soltera que no convive más que con su descendencia. Por ello convenía plasmar aquí tanto un ejemplo de regulación autonómica como la que está proyectada en el ámbito nacional que coinciden en lo básico: la existencia de un único progenitor responsable que asume las tareas de cuidado de los hijos, provee sus necesidades materiales y afectivas y toma las decisiones que les afectan. Ahora bien, sea como fuere, sea más o menos amplia la noción por la que termine apostando el legislador en la Ley de Familias, ¿constituye la familia monoparental en España una realidad lo suficientemente importante como para ser tutelada por las normas laborales?⁴⁷ Pues con los datos en la mano la respuesta sólo puede ser positiva.

Tomando como referencia las cifras que proporciona el INE del año 2021 (último año con datos del Censo de Población y Viviendas), el número medio de hogares fue de 18.539.223 y los hogares monoparentales llegaron a los 2.165.016⁴⁸. Y lo cierto es que esta cifra no ha parado de crecer. Si en el año 2000, los hogares monoparentales eran en torno a los 182.000, en el 2021, como se ha apuntado, existían más de dos millones de hogares en esa situación y no sería extraño que, en la actualidad, ese número hubiese aumentado. Su peso porcentual sobre el total de hogares que conviven con hijos es, además, de entidad, pues representa aproximadamente una cuarta parte de esos hogares⁴⁹.

⁴⁶ El artículo 35 del Proyecto de Ley de Familias complementa lo antedicho, exigiendo que los hijos cumplan determinados requisitos para el reconocimiento o mantenimiento de la condición de familia monoparental.

⁴⁷ Como, por cierto, así lo son las familias numerosas.

⁴⁸ La estadística diferencia entre los hogares con hijos menores de 25 años, que son 1.240.647, y los hogares con hijos de más de 25 años, que son 924.369.

⁴⁹ Por hacer otra comparativa, los hogares con parejas homosexuales son menos del 1% del total.

Además, en los hogares monoparentales –también conviene apuntarlo– se observa un evidente sesgo de género, pues son las mujeres las que mayoritariamente están al frente de los mismos. En concreto, en el año 2020 (último año con datos de la Encuesta Continua de Hogares), había 1.582.100 (el 81,4% del total), frente a 362.700 de padre con hijos. Y en un 37,6% de los hogares de madres con hijos ésta era viuda, en un 40,2% separada o divorciada, en un 15,8% soltera y en un 6,4% casada. Tal abrumadora mayoría de madres a cargo ha representado una tendencia a lo largo de estos años⁵⁰ y conduce a pensar, desde luego, en la necesidad de avanzar hacia políticas de empleo y conciliación que tengan en cuenta esta realidad y que faciliten a las mujeres –que son las más proclives a padecer cierto tipo de discriminaciones o inconvenientes de otra índole en el ámbito laboral– poder compatibilizar trabajo y familia de la mejor forma posible. Muchos estudios e informes, de hecho, ya advierten que el triple factor de vulnerabilidad por el que atraviesan estos hogares (género, responsabilidades no compartidas y edad) no hace más que situar a las mujeres a su cargo en un serio riesgo de exclusión social⁵¹. La falta de oportunidades laborales que se adapten a sus especiales circunstancias, la ausencia prolongada de ingresos, las inferiores posibilidades de promoción o las dificultades para conciliar por la falta del otro progenitor y la mayor carga en la crianza colocan a muchas madres solas ante el abismo del desempleo de larga duración o, en el mejor de los casos, ante la tesitura de aceptar trabajos de escasa cualificación o, incluso, no regulados, que igualmente las conducen hacia la precariedad.

Ante la particular situación de estas familias encabezadas mayoritariamente por mujeres, no era de extrañar, por lo tanto, que, más tarde o más temprano, surgieran voces proclives a apostar por el establecimiento de medidas de acción positiva o por la mejora de los mecanismos de conciliación (que tienen en mente a la familia tradicional) como maneras, entre otras, de abordar la vulnerabilidad de estos hogares. Y es, precisamente, en este escenario en el que se dicta la sentencia que da origen a la controversia sobre la ampliación de

⁵⁰ Tomando como referencia el arco temporal de 2013 a 2020, se constata cómo el número de hogares monoparentales con mujeres al cargo se mantiene en torno al millón y medio, mientras que el de hogares con hombres al frente se sitúa en una horquilla de entre trescientos mil a casi trescientos sesenta mil aproximadamente.

⁵¹ Según el informe para 2024 de la Red Europea de Lucha contra la Pobreza y la Exclusión Social, el indicador de pobreza AROPE (*At Risk Of Poverty and/or Exclusion*) para los hogares monoparentales es en España del 45% (42,9%, en 2019), cifra que es más del doble de la tasa media de todos los hogares y 20,6 puntos porcentuales superior a la que soportan las familias nucleares (dos personas adultas con una o más menores dependientes). Esta notable diferencia con el resto de tipos de familia se han mantenido, además, sin interrupción, en el período comprendido entre los años 2014 y 2023.

■ PROBLEMAS Y RETOS PENDIENTES EN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS...

la suspensión/prestación por nacimiento de hijo: la STSJ País Vasco, de 6 de octubre de 2020 (Rec. n.º 941/2020).

B. ORIGEN DEL DEBATE JUDICIAL: ARGUMENTOS A FAVOR Y EN CONTRA DE LA ACUMULACIÓN

Fue, como se acaba de señalar, la STSJ País Vasco, de 6 de octubre de 2020 (Rec. n.º 941/2020) la primera sentencia que reconoció a una progenitora sola la suspensión y la prestación por nacimiento y cuidado de hijo que le hubiera correspondido al otro progenitor. La sentencia de instancia desestima la demanda de ampliación del período tomando como base la intención del Real Decreto 6/2019 de convertir a la suspensión/prestación en un derecho de titularidad individual e intransferible para fomentar la igualdad entre sexos y la corresponsabilidad en la tarea de cuidados. Por lo tanto, si cada uno de los progenitores cuenta con dieciséis semanas, los cálculos salen fácilmente: cuando existen dos progenitores, el período de suspensión/prestación será de treinta y dos semanas, mientras que, si existe un único progenitor, el período será de dieciséis semanas. Y no por este hecho –señala la sentencia– la norma se torna en discriminatoria porque ni de la letra de los preceptos implicados ni de la propia finalidad del Real Decreto 6/2019 y ni tan siquiera de los trabajos parlamentarios previos⁵² se puede extraer como conclusión que a las familias monoparentales haya que reconocerles un derecho ampliado a la suspensión/prestación por nacimiento de hijo.

Ocurre, sin embargo, que la sentencia dictada en suplicación consideró que, además de la igualdad y la conciliación, había un tercer elemento en juego: el interés superior del menor, principio reconocido en la Convención sobre los Derechos del Niño, que implica un mandato dirigido a las instituciones públicas y a los tribunales para tener en cuenta el bienestar del niño y la prevención de situaciones de vulnerabilidad. Así, señala la resolución que «desde el paraguas general de no discriminación, si se deniega la prestación a la beneficiaria, en los términos que lo pide, existe una conculcación del derecho de igualdad que consagra la Convención sobre los Derechos del Niño ya indicada de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989, por cuanto que la atención, cuidado y desarrollo del menor afectado va a sufrir

⁵² Durante la tramitación parlamentaria, hubo quejas de ciertos partidos políticos por el hecho de que el Real Decreto 6/2019 dejaba fuera a las familias monoparentales. Es decir, aunque se criticaba, se reconocía que la norma no incluía en la protección a las familias monoparentales.

una clara merma respecto a aquellos otros que en situación semejante, encuadrados dentro de un modelo familiar biparental, van a recibir». Y ello porque «cuando introducimos un período de cuidado y atención para el grupo de hijos o hijas monoparentales, (...) introducimos [también] un sesgo que quebranta el desarrollo del niño, al quedar atendido menos tiempo y con menor implicación personal de quien ha sido considerado progenitor».

La salvaguarda del interés general del menor es, pues, la pieza clave sobre la que gira la argumentación de la Sala. Pero aún hay más porque el segundo argumento que se baraja es la proscripción de toda discriminación por razón de filiación y sexo. De un lado, porque el hijo nacido en una familia monoparental disfruta, como se ha dicho, de un menor tiempo de cuidado que el nacido en una biparental, lo que puede suponer la introducción de un factor discriminatorio hacia ese hijo por su condición o por el estado civil o situación de su progenitor. De otro, porque resulta que son las mujeres las que más conforman hogares monoparentales. Y si esto es un dato incontestable, una legislación que no reconoce el exceso en la carga de la crianza que conlleva para el progenitor solo hacerse cargo del hijo termina perjudicando, aunque indirectamente, a la mujer: si ésta opta por la monoparentalidad, se encuentra con que el mayor tiempo de cuidado que debe prestar al hijo (que, a su vez, desgasta su carrera profesional) no es tenido en cuenta por unas normas que priorizan un determinado modelo de familia, el biparental, con dos progenitores al frente que pueden sumar sus períodos de suspensión y sus prestaciones⁵³.

Este planteamiento, pionero en la materia, fue acogido por algunas resoluciones posteriores, resaltándose en todas ellas el mismo argumentario. Primero, que la inexistencia de un único progenitor responsable no puede fundar un menor número de semanas como derecho a reconocer, pues «sería tanto como afirmar que un menor con un único progenitor precisa de menor número de semanas de cuidados y atención que un menor nacido con dos progenitores,

⁵³ La sentencia razona concretamente que existe una discriminación indirecta por razón de sexo hacia las mujeres pues «el mayor bloque de integrantes en el rango de progenitores de las familias monoparentales es el de la mujer. Cuando se establece el disfrute de la suspensión del contrato de trabajo en el artículo 48, números 5 a 7 ET, incorporando al varón u otro progenitor de forma indirecta se está perjudicando a la mujer. El tiempo de dedicación al menor por parte de ella es superior, porque no lo comparte, ni simultanea ni diacrónicamente lo bifurca; el tiempo de dedicación a la formación y promoción profesional también se merma; la promoción en el empleo y al desarrollo personal se reduce. La situación de la mujer vuelve a peyorizarse y en la buena apariencia, sin embargo, se vuelve a favorecer a un colectivo, pero aparte del mismo se le perjudica. Se ha pretendido una igualdad entre el hombre y la mujer, pero se ha introducido una nueva brecha que nos sitúa no ante el techo de cristal sino ante el suelo pegajoso, y ante una concepción de la igualdad funcionalista, que obvia el que las distintas manifestaciones de la misma se desarrollan dentro de los hábitat o estructuras sociales. Es por ello que los hogares monoparentales, e indirectamente la mujer, queda discriminada».

■ PROBLEMAS Y RETOS PENDIENTES EN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS...

tesis que no soporta el test de razonabilidad, concurrentemente con la discriminación que se evidencia». Y, segundo, que el número de familias monoparentales formadas por mujeres es significativamente mayor que el integrado por hombres y que, por ello, «al privarse de ese derecho a la acumulación del permiso a las familias monoparentales, no se está operando neutralmente una interpretación de la norma, sino que dicha interpretación se proyecta negativamente sólo o mayoritariamente sobre las mujeres»⁵⁴.

De forma complementaria, incluso hay sentencias, dictadas en el orden contencioso, que advierten de que opera concurrentemente en el supuesto una discriminación directa porque el artículo 49 EBEP, al regular la suspensión por nacimiento de hijo, contempla un supuesto especial referido al fallecimiento de la madre biológica. Para estos casos, la norma indica, tal y como se conoce, que «en caso de fallecimiento de la madre, el otro progenitor podrá hacer uso de la totalidad o, en su caso, de la parte que reste de permiso»⁵⁵, lo que permite, a la postre, al otro progenitor acumular ambos períodos de suspensión, el de la madre fallecida y el suyo propio. Pues bien, la explicación que se le ha dado a esta previsión, desde la perspectiva de la posible ampliación de la duración de la suspensión, es que existe en estos casos «la necesidad de que el menor precise de las treinta y dos semanas de atención y cuidado», lo que justificaría la afirmación de «que la negativa del derecho a dicha ampliación/acumulación de ambos permisos en familias monoparentales priva al menor de ese derecho y discrimina a la mujer, bien sea una familia monoparental *ab initio*, esto es, nunca ha existido otro progenitor, bien lo sea de forma sobrevenida, por fallecimiento del otro progenitor». Y es que «no se contempla idéntico reconocimiento para un supuesto inverso en el plano factico, siendo aquí evidente la discriminación directa, porque la madre biológica solo puede ser mujer, a la que se le priva en todos los casos de la posibilidad de disfrutar del permiso del otro progenitor en caso de fallecimiento de éste, sea este otro progenitor hombre o mujer. El beneficio se produce, pues, en favor de hombre o mujer, pero la negación del derecho a esa ampliación o acumulación sólo alcanza a las mujeres»⁵⁶.

⁵⁴ Por citar algunas, SSTSJ Castilla y León, Burgos, de 21 de julio de 2022 (Rec. n.º 446/2022) y Aragón, de 27 de octubre de 2021 (Rec. n.º 141/2021) y SSJS n.º 16 Valencia, de 10 de mayo de 2021 (Proc. n.º 168/2021), n.º 3 Ourense, de 24 de marzo de 2021 (Proc. n.º 236/2021), n.º 1 Ibiza, de 30 de agosto de 2021 (Proc. n.º 378/2021), n.º 1 Zamora, de 1 de julio de 2021 (Proc. n.º 166/2021) y n.º 2 A Coruña, Contencioso-Administrativo, de 17 de febrero de 2022 (Proc. n.º 228/2021).

⁵⁵ Una previsión no idéntica, pero similar, fue eliminada del Estatuto tras la reforma introducida por el Real Decreto 6/2019.

⁵⁶ SJS n.º 2 A Coruña, Contencioso-Administrativo, de 17 de febrero de 2022 (Proc. n.º 228/2021). La sentencia también añade que no puede argumentarse como justificación que «tal acumulación por fallecimiento pretenda auxiliar o atender a una situación de duelo, [porque] igual duelo existe en la madre biológica que pierde al otro progenitor sea hombre o mujer, o aun razonarse la carga excesiva derivada del

Ahora bien, dicho esto, también hay que reconocer que otras resoluciones judiciales rechazaron la tesis propuesta por la sentencia del Tribunal vasco por contravenir las finalidades para las que están previstas las suspensiones y las prestaciones por nacimiento de hijo. Si como muestra un botón, la STSJ Comunidad Valenciana, de 30 de noviembre de 2021 (Rec. n.º 2089/2021) construye su argumentación sobre el carácter contributivo de la prestación, pues su concesión «supone que el progenitor distinto de la madre necesariamente se halle afiliado a la Seguridad Social, en alta o en situación asimilada y cubra un periodo mínimo de cotización, de ahí que la inexistencia de un progenitor que cumpla estos requisitos legales no puede ser suplida como una ficción por la propia madre integrante de la familia monoparental». Por ello, el reconocimiento de la prestación al progenitor solo responsable plantearía una «situación de desigualdad para la familia biparental cuando uno de ellos no tuviera acceso a la prestación». A mayor abundamiento, se niega, además, que exista un pretendido interés del menor que tutelar pues «no existe una supuesta vulneración de un teórico derecho del menor de las familias monoparentales a ser cuidado en condiciones de igualdad con respecto a las biparentales». A partir de aquí, la conclusión se tercia clara: las propuestas que se realicen para ampliar el período de la suspensión/prestación son sólo propuestas *de lege ferenda* que «cabalmente no pueden ser empleadas como sustento de una decisión jurisdiccional». Por este motivo, en ausencia de una regulación explícita al respecto, no cabe otorgar un «trato diferenciado que supone que el progenitor de la familia monoparental tenga acceso a una prestación superior y distinta a la que se reconoce a cada uno de los que conforman la familia biparental».

C. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA DE LO SOCIAL, DE 2 DE MARZO DE 2023 (REC. N.º 3972/2020)

Constatada, pues, la existencia de razonamientos dispares en suplicación, se hacía necesario que el Tribunal Supremo zanjara el debate en casación. Y así lo hizo, al menos en el orden social. La STS de 2 de marzo de 2023 (Rec. n.º 3972/2020), dictada en Pleno y con el voto discrepante de dos magistrados, resolvió anular y casar la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco antes mencionada y, con ello, denegar el reconocimiento del derecho a una doble prestación.

nacimiento en cuanto a la atención y cuidados, pero dicha carga es igual para uno u otro progenitor, salvo que se mantenga y perpetúe socialmente una capacidad y dedicación extraordinaria de la mujer, perpetuando así una asignación social de la función de cuidadora a la mujer, tesis que ha de rechazarse».

■ PROBLEMAS Y RETOS PENDIENTES EN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS...

La piedra angular sobre la que se sustenta la sentencia resulta ser una afirmación que ya había empleado el Tribunal Supremo en otras ocasiones, como aquí también se ha podido comprobar en otra parte de este trabajo: corresponde a quien legisla –no a los jueces y Tribunales– modificar el régimen de la suspensión contractual y el régimen prestacional y más si ello puede «potencialmente afectar a la economía del sistema contributivo de protección social». Pues bien, desgranar este argumento supone que la Sala deba entrar a recordar que la prestación por nacimiento de hijo es una prestación contributiva del sistema que «precisa como condición inexcusable el encuadramiento y alta en la Seguridad Social y cubrir un período mínimo de carencia», por lo que puede suceder que «en las familias biparentales solo uno de los progenitores pueda disfrutar de la prestación» o que «el disfrute de la suspensión contractual no lleve aparejado necesariamente el acceso a la prestación». Y, suponiendo que se creara, por ministerio de quien juzga, una nueva prestación ésta «quedaría estrictamente limitada a la duplicación de la duración de la misma, sin modificar los condicionantes específicos en materia de período de cotización previa o del régimen jurídico de su propia concesión o subsistencia», lo que, «sin duda de clase alguna, afectaría al otro sujeto de la relación contractual que se vería obligado a soportar una duración mayor de la suspensión contractual prevista expresamente en la ley, algo que le afectaría en sus previsiones de sustitución o de reorganización de la empresa y que, a salvo de una intervención normativa ulterior, no le eximiría del cumplimiento de las obligaciones de cotización en materia de Seguridad Social». Comoquiera, pues, que el Tribunal entiende que «una intervención de tal calibre dista mucho de lo que la organización constitucional del Estado encomienda a los jueces y tribunales», concluye que no es su labor «la modificación del régimen prestacional de la Seguridad Social, ni la modificación de la organización de la suspensión del contrato de trabajo por causas previstas en la ley, a través de la aplicación de criterios interpretativos concretos previstos legalmente que no se circunscriben a la aplicación de la norma en supuestos fácticos que, razonablemente, no parecen claramente delimitados en el ámbito de afectación de la norma interpretada».

Por lo que respecta a la llamada que otras resoluciones realizan a normas europeas o internacionales para fundamentar la pretensión de la ampliación del período suspensivo y de la prestación, se argumenta que, en verdad, no existe mandato de tal calibre que obligue «a establecer un concreto o específico nivel de protección social de las familias monoparentales» o a «interpretar una regulación estatal homologada con las previsiones» de ciertas Directivas y normas internacionales. Y ello porque, «aunque es cierto que dichas normas y los principios que contienen aconsejan dedicar especial atención a colectivos

que, objetivamente, puedan ser socialmente vulnerables⁵⁷, tales requerimientos están dirigidos al legislador que es quien tiene la capacidad y la responsabilidad de organizar el sistema de protección social con el alcance y la concreción de medidas que elija en atención a la delimitación de las necesidades que en cada momento considere más acutantes y relevantes»⁵⁸.

En cuanto al argumento del interés superior del menor, se apunta que éste debe coherir con la corresponsabilidad en el cuidado del hijo. Porque lo que ha hecho el legislador es ponderar todos los intereses en juego, incluyendo aquí también el del interés del menor, y resulta que, en esa ponderación, se ha querido dar prioridad al objetivo de lograr la corresponsabilidad en los cuidados para evitar perpetuar «roles de género que no se corresponden con la situación social actual ni mucho menos con el principio de igualdad que sustenta todo el ordenamiento jurídico». Entre otras posibles, tal ha sido, pues, la perspectiva pretendida y deseada por quien legisla «en función de los recursos financieros disponibles y en atención a la prioridad de las necesidades que un estado social y democrático de derecho tiene que atender»; perspectiva que no puede «ser obviada por el intérprete y aplicador de la ley», máxime cuando «no existe una supuesta vulneración de un teórico derecho del menor de las familias monoparentales a ser cuidado en condiciones de igualdad con respecto a las biparentales».

Finalmente, la Sala aprecia que no existe discriminación hacia la mujer, sino un «eventual déficit de protección concreto querido y consentido por el legislador» para fomentar la mencionada corresponsabilidad, hecho éste que impide aplicar la perspectiva de género como «canón hermenéutico para la

⁵⁷ Como el considerando 37 de la Directiva 2019/1158 que anima a los Estados miembros a que valoren si las condiciones y las modalidades detalladas de ejercicio del derecho al permiso parental, el permiso para cuidadores y las fórmulas de trabajo flexible deben adaptarse a las necesidades específicas de, entre otros supuestos, las familias monoparentales.

⁵⁸ Así, por lo que respecta al Derecho de la Unión, se señala que «la normativa vigente en la materia cumple sobradamente con las exigencias de la Directiva 2019/1958, en cuyo preámbulo «se anima a los Estados miembros a que valoren si las condiciones y las modalidades detalladas de ejercicio del derecho al permiso parental, el permiso para cuidadores y las fórmulas de trabajo flexible deben adaptarse a necesidades específicas, por ejemplo, familias monoparentales, padres adoptivos, progenitores con discapacidad, progenitores que tienen hijos con discapacidad o enfermedades graves o crónicas o progenitores en circunstancias particulares, tales como las relacionadas con nacimientos múltiples o prematuros». Previsión del preámbulo que va dirigida específica y concretamente a los Estados, sin que, respecto a lo en ella contenido, se establezca una regulación común o mínima que obligue a los estados miembros ni que determine lo que al respecto puedan decidir y mucho menos condicione la interpretación que de la regulación estatal homologada con las previsiones de la Directiva tengan que realizar los órganos de justicia». En cuanto al Derecho Internacional, se concluye que «la legislación española se adecúa perfectamente (...) a las previsiones de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) que contiene previsiones (artículo 21 –prohibición de discriminación–; artículo 24 –especial atención al interés del menor–; artículo 33 –derecho de toda persona a un permiso pagado por maternidad y un permiso parental por nacimiento o adopción de un niño–)».

■ PROBLEMAS Y RETOS PENDIENTES EN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS...

comprensión del derecho que consiste en rechazar cualquier inteligencia de la norma que conduzca a una discriminación de la mujer, utilizando, en cambio, las que conduzcan a erradicar cualquier situación de discriminación». Se asevera, de este modo, que no es posible utilizar tal criterio de interpretación cuando «el legislador, como es el caso, es consciente de la situación que regula y de las consecuencias de la misma y establece una normativa que tiende a corresponsabilizar al varón en la educación y crianza de los hijos, como la fórmula elegida para corregir y evitar una discriminación ancestral de la mujer en este terreno que resultaba urgente remediar».

Los argumentos empleados son, pues, meridianos y se pueden resumir en que de la intención del legislador de fomentar la corresponsabilidad no puede derivarse que quepa realizar una interpretación de las normas tan extensiva como para desbordar los márgenes impuestos a los jueces y Tribunales en el desempeño de su labor. Ahora bien, la sentencia cuenta, como se adelantó, con un voto particular discrepante en el que se aboga por otorgar la protección reforzada a las familias monoparentales. Los firmantes basan su postura en la interpretación integradora de las normas en liza con otras concurrentes, como el artículo 39 CE⁵⁹, el artículo 24.2 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁶⁰, el artículo 3.1 Convención sobre los Derechos del Niño⁶¹, el artículo 2.1 Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor⁶² y el artículo 3 CC; pero también en la necesidad de evaluar la controversia con una deseable perspectiva de género, pues es algo que ya se ha testado en otras ocasiones sin mayores inconvenientes, extendiéndose «la protección del sistema y la percepción de las correspondientes prestaciones a supuestos no expresamente contemplados por la normativa de Seguridad Social»⁶³.

⁵⁹ Que obliga a los poderes públicos a asegurar la protección de la familia y «la protección integral de los hijos» y dispone, además, que «los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos».

⁶⁰ Que declara que «en todos los actos relativos a los menores llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del menor constituirá una consideración primordial».

⁶¹ Que preceptúa que «en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño».

⁶² Que señala que «todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir».

⁶³ Sin realizar ahora mayores precisiones y, entre otros supuestos, «al extinguido régimen del SOVI a determinados efectos; al momento del ejercicio de la opción de la madre de cesión al otro progenitor; a las prestaciones en favor de familiares; al cómputo del periodo de realización del servicio social de la mujer; a la consideración como accidente no laboral (y no como enfermedad común) de las lesiones sufridas en el parto; a la pensión de viudedad de parejas de hecho, eximiendo del requisito de la unión y con-

D. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO, DE 15 DE OCTUBRE DE 2024 (REC. N.º 5372/2022)

Como se ha tenido la ocasión de comentar anteriormente, el debate en torno a la acumulación de la suspensión/prestación no surgía sólo en el orden social. También existían resoluciones de los Tribunales menores del orden contencioso que intentaban dirimir el conflicto suscitado, otorgándole una solución u otra según pusieran más el acento en unos u otros argumentos. Se hacía necesario, pues, como en el orden social, que la Sala Tercera del Tribunal Supremo se pronunciara al respecto. Y lo hizo, en la sentencia de 15 de octubre de 2024 (Rec. n.º 5372/2022)⁶⁴, y de un modo tal que sorprendió a propios y a extraños al ofrecer un fallo en sentido contrario al que había llegado la Sala Cuarta⁶⁵.

vivencia con el causante en el momento de su fallecimiento en casos de violencia de género; o, en fin, para calificar de profesionales las dolencias de una limpiadora de profesión, aun cuando la citada profesión no aparece en la enumeración de actividades que pueden generar enfermedad profesional».

⁶⁴ Que casa la STSJ Castilla y León, Valladolid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 10 de mayo de 2022 (Rec. n.º 584/2021). Razona, de forma muy contundente, esta sentencia que «la actora está pidiendo que se le añada a su derecho por parte el del otro progenitor regulado en el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, es decir, está dando por supuesto que el otro progenitor es un empleado público al que se le aplica el régimen funcional y que el derecho por paternidad que regula dicho texto legal le es aplicable. En autos no consta que el otro progenitor sea un empleado público de ese tipo y que le sea de aplicación el régimen de licencias y permisos de tal condición. Es evidentemente patente que la actora tiene derecho a la intimidad de no desvelar el nombre del otro progenitor, eso es indiscutible. Pero también lo es que para que la administración confiera al otro progenitor el derecho por paternidad, se debe tener derecho al mismo, pues en otro caso el lapso de tiempo que le correspondería no debería concedérselo la administración, ni sufragarlo, pues estaría disponiendo de dinero público en favor, por ejemplo, de un trabajador privado y no tiene razón de ser tal planteamiento. Por lo tanto, carece, también por este camino, de razón de ser la pretensión de la parte demandante. Si en su legítimo derecho a la intimidad guarda silencio sobre el otro progenitor, es evidente que debe soportar las consecuencias de su actuar. Piénsese que los derechos derivados del nacimiento de una persona a que nos venimos refiriendo, por más que estén determinados por dicho hecho, no se conceden al recién nacido; éste no puede dirigirse a su empleador solicitando –lógicamente a través de su representante legal– que se le conceda a él el permiso que regula la ley a raíz de ver la luz; el recién nacido no es empleado de la entidad donde trabajan sus o su progenitor; la empresa concede el permiso a su empleado, no a su hijo, y mucho menos al progenitor que puede serlo de otra empresa, que será quien deba hacer frente a tal evento. Podría ser que el legislador, por ejemplo, para favorecer la natalidad, determinase que fuese la administración pública a través de la seguridad social, por vía de ejemplo, corriese con tales eventualidades y por un plazo más largo; sería, quizás, algo comprensible en medio de una determinada tarea de fomento de la demografía y podría ser que la administración otorgase ese derecho al recién nacido para que él lo distribuyese –o no– entre sus padres. El problema es que, hoy por hoy ello no es así en nuestro sistema. El permiso por el nacimiento de un hijo se concede al empleado, no al hijo del empleado, y se otorga por el empleador, no por el Estado y sobre esas bases ha de resolverse la controversia, no sobre hipotéticas realidades que pueden llegar a darse o no».

⁶⁵ De hecho, la Sala de lo Contencioso defiende su alejamiento de los postulados de la Sala de lo Social básicamente por el tiempo transcurrido desde la indicada sentencia (lo que resulta sorpresivo, pues, tras ella, se dictaron muchas otras, más recientes, que reiteraban doctrina) y por las peculiaridades existentes en el empleo público.

■ PROBLEMAS Y RETOS PENDIENTES EN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS...

Así, se parte de la base de que, ante la ausencia de regulación específica que contemple la realidad de las familias monoparentales, le «corresponde [a la Sala] interpretar, según los criterios hermenéuticos que establece nuestro ordenamiento jurídico, las normas que contiene el artículo 49 EBEP, sobre los permisos de maternidad, para inferir una respuesta a la cuestión de interés casacional que determinó la admisión de presente recurso de casación, y que resulte acorde con nuestra Constitución, el derecho de la UE, las normas supranacionales, y las leyes de aplicación». Acometiendo tal interpretación, resulta que se constatan tres hechos. De un lado, que el precepto cuestionado, el artículo 49 EBEP, «no autoriza, ni impone, ni prohíbe, que al permiso de maternidad del apartado a) pueda añadirse, o no, el permiso del otro progenitor que regula el apartado c) del mismo precepto legal, siempre en la parte que resulta aplicable, es decir, excluyendo las seis primeras semanas de descanso obligatorio, que son las posteriores al parto o al hecho causante». De otro, que el sistema está pensado para la familia tradicional, la formada por dos progenitores, en tanto en cuanto «los recién nacidos en las familias biparentales estarán acompañados por un progenitor y recibirán sus cuidados y atenciones durante 26 semanas (6 semanas por ambos progenitores y 20 semanas según la voluntad de los mismos cuando ambos trabajen), mientras que, respecto de las familias monoparentales, el permiso se extenderá únicamente a 16 semanas». Y, en fin, también se observa que en la regulación de la suspensión sí se ha tenido en cuenta el interés del menor, aunque para un supuesto muy específico y singular: efectivamente, el del fallecimiento de la madre. Señala la Sala que en el caso del progenitor viudo, «la duración del permiso sí se extiende hasta el límite de las familias biparentales produciéndose la suma o adición que [se postula] para la familia monoparental», lo que evidencia no sólo que la acumulación es posible, sino también que ésta se hace primordialmente para ofrecerle más tiempo de cuidados al hijo, justo uno de los motivos por los que se reclama la ampliación del período de la suspensión y de la prestación para las familias monoparentales.

Por lo que atañe, en concreto, a ese principio del interés superior del menor, señala la Sala que, aunque existen en la norma cuestionada varios intereses en juego⁶⁶, «el interés del menor destaca sobre todos ellos, es un interés

⁶⁶ Así, se advierte que «en la caracterización y ordenación de estos permisos convergen una serie de intereses variados, todos dignos de protección, como son, ante todo, la protección de la madre: su salud y bienestar (1); el interés de la familia que exige la presencia de ambos progenitores en las seis primeras semanas con el menor recién nacido, para hacer efectivo el cuidado a los descendientes del artículo 68 del Código Civil, fortaleciendo el vínculo familiar (2); el interés del menor que precisa una constante e intensa protección, atención y cuidados durante los primeros meses de vida (3); la promoción de la igualdad

superior, que se erige por encima de todos los demás, a los efectos ahora examinados, situándose en un plano destacado y preferente». Y se razona que esto es así porque «en todo caso, lo que está en juego es la igualdad entre los menores recién nacidos, evitando la aparición de cualquier forma de discriminación por razón de nacimiento, y por cualquier otra condición o circunstancia personal o social según haya nacido en un tipo u otro de familia». La igualdad y la no discriminación son motivos, pues, que también se aducen porque «el tipo de familia no puede determinar la diferencia de trato, de modo que el nacido en una familia monoparental disfrutará del cuidado, atención y protección familiar por un tiempo muy inferior, 16 semanas, que tendría si hubiera nacido en una familia biparental, 26 semanas». Para el Tribunal, es muy evidente que «nos encontramos ante una discriminación entre menores que se cualifica por el perjuicio indudable que padecen quienes se ven privados tempranamente de los cuidados que dispensan con su presencia constante alguno de sus progenitores». Perjuicio, por cierto, que iría en contra de ciertas normas nacionales, europeas e internacionales, los ya citados artículos 39 CE, 24 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 2.1 Convención sobre los derechos del niño de Naciones Unidas y 2 Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, así como del también ya citado considerando 37 de la Directiva 2019/1158, que anima, como se dijo, a los Estados miembros a que valoren si las condiciones y las modalidades detalladas de ejercicio del derecho al permiso parental, el permiso para cuidadores y las fórmulas de trabajo flexible deben adaptarse a las necesidades específicas de, entre otros supuestos, las familias monoparentales⁶⁷.

E. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 140/2024, DE 6 DE NOVIEMBRE

Poco menos de un mes después de aparecer la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, se dicta por el Tribunal Constitucional otra en la que se declara la inconstitucionalidad de los artículos 48.4 LET y 177 LGSS, esto es, «de la regulación legal de los permisos por nacimiento y cuidado de menor

entre los progenitores respecto de los deberes derivados del cuidado de los hijos (4); y en fin, el favorecimiento la conciliación familiar y profesional (5)».

⁶⁷ Para la Sala, tales mandatos han de ser tenidos en cuenta habida cuenta de que el ordenamiento jurídico «es una estructura organizada que constituye un verdadero sistema, en el que además del conjunto de normas, están los principios constitucionales y los criterios hermenéuticos mediante los que se materializa la interpretación normativa, a través de la vinculación y ensamblaje que proporciona la necesaria coherencia y racionalidad a esa estructura, según el correspondiente sistema de fuentes del Derecho».

■ PROBLEMAS Y RETOS PENDIENTES EN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS...

que omite la posibilidad de que las madres biológicas de familias monoparentales, trabajadoras por cuenta ajena, puedan ampliar su permiso por nacimiento disfrutando del permiso que correspondería al otro progenitor, caso de existir». En este caso, se parte de la libertad de quien legisla «para modular la acción protectora del sistema de seguridad social en atención a las circunstancias socioeconómicas concurrentes en cada momento y a la necesidad de administrar recursos económicos limitados para atender a un gran número de necesidades sociales». En base a ello, se señala que «el legislador español podía decidir equiparar en duración el permiso por nacimiento y cuidado de menor que el artículo 48.4 LET reconoce al otro progenitor y el que reconoce a la madre biológica o, por el contrario, podía prever un período de suspensión del contrato de trabajo de extensión diferente para ambos progenitores». Pero, con todo, se advierte que «en la configuración del concreto modelo a seguir, el legislador está sometido al texto constitucional, al necesario respeto de los principios constitucionales y, por ende, a las exigencias del principio de igualdad y no discriminación».

Y es tal aseveración la que conduce al Tribunal a plantearse si existe un trato discriminatorio de los menores nacidos en familias monoparentales por recibir un tiempo de cuidados inferior que el que les correspondería a los nacidos en familias biparentales. Sobre este eje se construye toda la argumentación posterior. Y toda vez que se tiene reconocido que un trato desigual a los iguales es discriminatorio, la respuesta que iba a ofrecer a la pregunta planteada no podía ser más que positiva. De este modo, partiendo de que son idénticas las necesidades de cuidado de unos y de otros, se razona que las normas cuestionadas, la propia del Estatuto y las correspondientes al ámbito prestacional, incurren en tacha de inconstitucionalidad por provocar un diferente trato contrario a los postulados del artículo 14 CE⁶⁸.

En efecto, se observa –sigue argumentando la sentencia– una discriminación «por razón de nacimiento, que constituye una de las categorías expresamente prohibidas de discriminación previstas en el artículo 14 CE». Esta prohibición de discriminación «persigue que el contexto que rodea el nacimiento, que nunca depende de la voluntad del nacido, sino de la voluntad o las circunstancias de sus progenitores o de cuestiones puramente aleatorias, determine un tratamiento diferenciado de la persona». Y esto es algo que se deduce, no sólo del artículo 14 CE, sino también de otras normas presentes en el sistema jurídico.

⁶⁸ Por ello, se insiste en que no se está ante un supuesto de discriminación por indiferenciación, puesto que «lo propio de la discriminación por indiferenciación es la exigencia de un trato normativo desigual entre supuestos desiguales», algo que aquí no ocurriría.

dico, como el artículo 2 Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño que «no solo prohíbe expresamente la discriminación de los niños y niñas por razón de su nacimiento en el ejercicio de los derechos reconocidos en el Convenio, sino que también subraya que éstos no pueden ser discriminados por la condición, las actividades, las opiniones o creencias de sus padres; lo que incluiría la condición de progenitora única de la madre biológica». De igual modo, se señala que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha interpretado la prohibición de discriminación por razón de nacimiento «en el sentido de incluir no solo diferencias de trato por razón de la modalidad de filiación, sino también otras diferencias de trato relacionadas con las circunstancias que rodearon el nacimiento, como por ejemplo, la fecha en que este se produjo, (...) lo que abona un entendimiento amplio de la discriminación por razón de nacimiento, en línea con la interpretación del artículo 14 CE que postulamos».

Esta discriminación, por otra parte, no encuentra, en opinión del Tribunal, justificación alguna posible habida cuenta de «la especial vulnerabilidad de los niños y niñas nacidos en familias monoparentales; familias en las que la tasa de riesgo de pobreza o exclusión social es muy superior a la que presentan el resto de los hogares españoles». De este modo, se entiende que no es argumento que pueda habilitar la diferencia de trato la finalidad pretendida por el legislador con las normas cuestionadas de fomentar la corresponsabilidad y facilitar la conciliación, pues la primera, en el caso de las familias monoparentales, «no es sino una quimera al no existir un segundo progenitor con el que poder compartir las tareas de cuidado y atención» y la segunda es igualmente predecible de ambos tipos de familia. Tampoco se considera razón de peso el argumento de que «la extensión del permiso de nacimiento y cuidado de menor a la trabajadora, madre biológica de familia monoparental, por el tiempo que habría correspondido al otro progenitor, en caso de existir este, iría en detrimento de la igualdad de trato y oportunidades de mujeres y hombres, [porque] aun siendo conscientes de que la maternidad tiene una peculiar incidencia respecto de la situación laboral de las mujeres y puede incidir negativamente en su acceso y permanencia en el empleo, [lo cierto es que] en un contexto normativo de equiparación de los derechos de ambos progenitores en lo que se refiere a los permisos de nacimiento y cuidado de menor, [ello] presupone reconocer a los empleadores un conocimiento de aspectos íntimos de la vida de sus empleados; conocimiento que, en principio, les está vedado *ex artículo 18 CE*»⁶⁹.

⁶⁹ No logra entenderse este razonamiento del Tribunal Constitucional porque la petición de la acumulación del período suspensivo y de la correspondiente prestación llevará de suyo, primero, que la persona trabajadora demuestre que es familia monoparental y, segundo, que el empresario tenga que conocer

■ PROBLEMAS Y RETOS PENDIENTES EN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS...

La tesis defendida con base en todos los argumentos que preceden conduce a la declaración de inconstitucionalidad de los artículos 48.4 ET y 177 LGSS, porque el legislador, mediante «omisión», ha introducido «una diferencia de trato por razón del nacimiento entre niños y niñas nacidos en familias monoparentales y biparentales que no supera el canon más estricto de razonabilidad y proporcionalidad aplicable en estos casos, al obviar por completo las consecuencias negativas que produce tal medida en los niños y niñas nacidos en familias monoparentales»⁷⁰. Ahora bien, es una inconstitucionalidad podríamos denominarla «en diferido». Y es que como «tal declaración no solo no repararía la lesión del artículo 14 CE (...) sino que determinaría la expulsión de nuestro ordenamiento jurídico de las normas que reconocen a todos los progenitores los permisos y prestaciones por nacimiento y cuidado de menor», la apreciación de la inconstitucionalidad «de la insuficiencia normativa de los preceptos cuestionados exige el mantenimiento de su vigencia». Con todo, el Tribunal va un paso más allá y señala que, mientras que el legislador no actúe, en las familias monoparentales «el permiso a que hace referencia el artículo 48.4 LET, y en relación con él el artículo 177 LGSS, ha de ser interpretado en el sentido de adicionarse al permiso del para la madre biológica (dieciséis semanas) el previsto para progenitor distinto (diez semanas, al excluirse las seis primeras)»⁷¹.

esta situación ya que deberá organizar su actividad productiva de acuerdo a un período suspensivo de uno de sus empleados más extenso que el habitual.

⁷⁰ Tal y como se argumenta, «una cosa es que, conforme a nuestra doctrina, no pueda declararse la inconstitucionalidad de una norma por la circunstancia de que incurra en la vulneración del artículo 14 CE en supuestos puntuales (...) y otra muy distinta es que deba declararse la conformidad con la Constitución de una norma que establece, en la generalidad de los casos, una diferencia de trato que podría ser discriminatoria».

⁷¹ Aunque se añade que «por exigencias del principio de seguridad jurídica (artículo 9.3 CE), no pueden considerarse situaciones susceptibles de ser revisadas con fundamento en la presente sentencia aquellas que, a la fecha de dictarse esta, hayan sido decididas definitivamente mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada o mediante resolución administrativa firme. También tendrán la consideración de situaciones consolidadas aquellas respecto de las que, a la fecha de dictarse esta sentencia, no se haya presentado la correspondiente solicitud». Tras esta sentencia y para clarificar la situación a nivel administrativo, se ha dictado criterio de gestión del INSS 20/2024, de 18 de diciembre para señalar lo siguiente: 1) se reconoce «el derecho a ampliar en diez semanas la prestación en aquellos supuestos en que exista un solo progenitor, adoptante, acogedor o guardador, siempre que se disfrute del correspondiente periodo de descanso y se acredite el cumplimiento del resto de los requisitos previstos en la ley»; 2) se reconoce «el derecho a las diez semanas adicionales de prestación, además de a los hechos causantes acaecidos con posterioridad a la publicación de la sentencia a las solicitudes presentadas después de la publicación de la sentencia por personas interesadas que ya hubiesen disfrutado de una parte o la totalidad de las dieciséis semanas ordinarias y a aquellas solicitudes y reclamaciones previas pendientes de resolver en la fecha de publicación de la sentencia, es decir el 6 de diciembre de 2024»; 3) se reconocerá, «a través del procedimiento de revisión de oficio, el derecho a disfrutar de las diez semanas adicionales, en supuestos de solicitudes que, habiendo sido denegadas se encuentren en plazo de presentación de reclamación previa o, aquellas reclamaciones previas que, habiendo sido desestimadas, se encuentren en plazo de presentación de la demanda»; 4) los efectos de la sentencia del Tribunal Constitucional «no se extenderán a los supues-

La sentencia –que ya ha sido seguida por otras dictadas en suplicación y en casación⁷²– cuenta, sin embargo, con dos votos particulares. El primero se manifiesta en contra del fallo pues considera que se ha errado en la manera de enfocar el asunto. Así, se advierte que «la piedra basilar de la sentencia es la consideración de que el permiso (y la correspondiente prestación) por nacimiento y cuidado de menor es un mecanismo de protección del hijo de la trabajadora o del trabajador, niño o niña, que se erige así en *tertium comparationis*». Planteamiento éste incorrecto «por desconocer el objeto y contenido de las normas controvertidas, así como su finalidad tuitiva, [porque] lo que regulan los artículos 48.4 LET y 177 LGSS no son derechos del hijo, sino derechos estrictamente individuales e intransferibles del trabajador por cuenta ajena por más que se reconozcan y ejerzan con motivo del nacimiento de un hijo». Ello explica que «el reconocimiento del derecho al permiso y a la prestación dependa de elementos no ligados al niño o a su núcleo familiar, sino a la naturaleza de la relación laboral y al régimen de seguridad social que resulte aplicable a cada progenitor». Por tal motivo cabe entender que «los preceptos enjuiciados no regulan un derecho del menor introduciendo una diferencia de trato en función del número de progenitores, sino que se limitan a regular el acceso del progenitor trabajador por cuenta ajena a un determinado mecanismo de protección laboral en función de sus condiciones individuales». A mayor abundamiento, además, se recuerda cierta doctrina, precisamente del propio Tribunal Constitucional, que indica que «si bien la cobertura de las situaciones de necesidad de colectivos sociales vulnerables es un ideal claramente deseable a la luz de los principios rectores de la política social y económica que nuestra Constitución asume en sus artículos 41 y 50 y que han de informar la legislación positiva, sin embargo, el Tribunal no debe interferir con decisiones singularizadas susceptibles de alterar el equilibrio económico financiero del conjunto del sistema, salvo que la diferencia de tratamiento controvertida esté desprovista de toda justificación objetiva y razonable».

tos particulares sobre los que ya haya recaído resolución administrativa firme o sentencia con fuerza de cosa juzgada, sin perjuicio de que, en estos casos, se pueda presentar una nueva solicitud». Este criterio de gestión se complementa con el publicado en fecha 23 de junio de 2025 (criterio 11/2025) que, resumidamente, señala que, cualquiera que sea la instancia judicial en que se declaró el derecho, se abonará la cuantía que proceda por las diez semanas adicionales (o las que correspondan si hubiera sido posible descansar parte de las mismas dentro del plazo máximo de los doce meses) pese a que el interesado no haya suspendido la relación laboral (o disfrutado del permiso) durante las citadas diez semanas.

⁷² Por ejemplo y entre otras, SSTSJ Castilla y León, Valladolid, de 27 de noviembre de 2024 (Rec. n.º 1408/2023) y Madrid, de 8 de noviembre de 2024 (Rec. n.º 443/2024). Por su parte, las SSTSJ Murcia de 9 de enero de 2025 (Rec. n.º 288/2023) y Madrid, de 21 de noviembre de 2024 (Rec. n.º 562/2024) van en la misma línea, pero conceden, en vez de veintiséis semanas, treinta y dos (16+16). También SSTS de 19 de febrero de 2025 (Rec. n.º 878/2022) y de 21 de febrero de 2025 (Rec. n.º 1562/2023).

■ PROBLEMAS Y RETOS PENDIENTES EN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS...

El segundo voto particular, por su parte, discrepa no tanto en los argumentos utilizados, sino en el alcance del fallo, pues «supone un entendimiento del control abstracto de constitucionalidad de las leyes que desborda la obligada contención que desde sus primeras resoluciones este tribunal viene imponiéndose, y sitúa de hecho a este en una posición de legislador que no le corresponde en modo alguno, pues lo que hace la sentencia es ampliar el permiso de maternidad de las madres biológicas en el caso de familias monoparentales, lo que, obviamente, por más que pueda juzgarse deseable, no es una tarea que competa al Tribunal Constitucional». Y, para reforzar esta tesis, se añade que «el Tribunal Constitucional, como intérprete supremo de la Constitución, al ejercer su control abstracto de constitucionalidad de las leyes está obligado a no traspasar su papel de legislador negativo. Si todos los poderes públicos, y muy particularmente el legislativo, están siempre obligados a respetar escrupulosamente lo resuelto por el Tribunal Constitucional, este órgano está igualmente obligado a no injerirse en el funcionamiento de los poderes del Estado, y de modo singular a no suplantar al legislador, convirtiéndose en una suerte de legislador positivo». Por todo ello, la decisión sobre la ampliación o no ampliación de la suspensión/prestación «compete al legislador, no al Tribunal Constitucional, pues es al legislador a quien corresponde ponderar cuál de los intereses relevantes y legítimos en juego debe prevalecer, en el ejercicio de su libertad de configuración normativa, que no puede ser desconocida ni sustituida por este tribunal».

F. APUNTES PERSONALES AL HILO DEL ARGUMENTARIO PREVIO

La cuestión sobre el disfrute doble del período suspensivo y de la prestación es, como ha podido comprobarse, controvertido y vidrioso y en él no parece existir término medio. Ofreciendo mi particular punto de vista, entiendo que una cosa es lo que se desprende del Real Decreto 6/2019 y de la modificación que introduce en la suspensión por nacimiento de hijo y otra que tal régimen regulatorio desborde los postulados propios del principio de igualdad y no discriminación. O, dicho de otro modo, me sitúo en la línea de aquellos pronunciamientos que niegan la acumulación por atender a la literalidad de las normas en liza y a su fundamentación, pero, a la vez, me muestro favorable a considerar que existe un supuesto de discriminación en la configuración legal (no necesariamente por filiación).

En efecto, si atendemos a la Exposición de Motivos de la norma antes citada, puede leerse que la equiparación de la duración de la suspensión por

nacimiento de hijo de ambos progenitores «responde a la existencia de una clara voluntad y demanda social, [dándose] un paso importante en la consecución de la igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres, en la promoción de la conciliación de la vida personal y familiar, y en el principio de corresponsabilidad entre ambos progenitores, elementos ambos esenciales para el cumplimiento del principio de igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres en todos los ámbitos». La finalidad, pues, que se persigue es evidente: fomentar la corresponsabilidad en la tarea de cuidados introduciendo, como precisamente apunta la STC 140/2024, de 6 de noviembre, una medida dirigida a «favorecer el acceso y la permanencia de la mujer en el mercado de trabajo y destinada a evitar la peculiar incidencia que respecto de la situación laboral de aquellas tiene el hecho de la maternidad». Éste es el objetivo que inspira la trascendental reforma legal del año 2019, es el que se traslada al artículo 48.4 ET y, correlativamente, al artículo 177 LGSS, y es el que impide, a la postre, aplicar la perspectiva de género en esta controversia pues, realmente, en las normas cuestionadas, por cómo están diseñadas y por el propósito al que sirven, no está comprometida la igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres, no existe en ellas un impacto de género como consecuencia de estereotipos o perjuicios sociales imperantes que sea preciso nivelar⁷³.

Y, en mi opinión, todo ello en nada empece a que en estos preceptos pueda entenderse como subyacente el interés del menor porque, al fin y al cabo, gracias al paraguas de la suspensión y de la prestación que lleva aparejada aquélla, se cuida y se atiende al hijo en sus primeros meses de vida y se afianzan los lazos familiares. Pero una cosa es esto, que, además, resulta acorde con el mandato del artículo 39 CE⁷⁴, y otra que tal interés sea la razón prioritaria y

⁷³ CAVAS MARTÍNEZ, F., *La perspectiva de género como canon de enjuiciamiento en la jurisprudencia social*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021, p. 58.

⁷⁴ Así, SSTS 379/2023, de 25 de mayo y 310/2023, de 26 de abril. Al respecto, también señala la STS de 16 de noviembre de 2016 (Rec. n.º 3146/2014) que «tanto el artículo 48.4 del Estatuto de los Trabajadores como los referentes a la protección que se dispensa en las normas de Seguridad Social a las situaciones reguladas en el precepto estatutario, en especial los artículos 133 bis (actual artículo 177) y 133 ter (actual artículo 178) forman parte del desarrollo del mandato constitucional –artículo 39 de la Constitución– que establece la protección a la familia y a la infancia». Es ésta una sentencia que se dicta con ocasión de una gestación por subrogación. En este caso, se hace jugar el interés superior del menor para conceder el derecho a la prestación a la madre comitente y, por ello, se añade por la Sala que la finalidad de la protección a la familia y a la infancia que tienen las normas cuestionadas «ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa». Con todo, no creo que esta misma solución sea la que deba imperar cuando de la acumulación de la prestación en las familias monoparentales se trata. En el caso de la gestación por sustitución, el juego del interés superior del menor sirvió para reconocer la prestación habida cuenta de que ésta resultaba ser un medio idóneo (aunque creo que cuestionable) para proteger el núcleo familiar ya formado con los padres comitentes. Por el contrario, en el caso de las familias monoparentales, el cuidado del menor ya se encuentra tutelado con la suspensión/prestación del progenitor único y lo que se pretende es algo distinto, un mayor tiempo de disfrute.

■ PROBLEMAS Y RETOS PENDIENTES EN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS...

principal de que contemos con unos derechos de suspensión por nacimiento de hijo iguales e intransferibles. Además, es que creo que hay que darle la vuelta al planteamiento porque los titulares de los derechos a la suspensión y a la prestación son los progenitores, no el hijo en sí. Éste será el beneficiado del tiempo de cuidados, cierto, pero evidentemente no es sujeto principal del disfrute de la suspensión porque no es persona empleada de la empresa, ni quien debe cumplir con los requisitos para lucrar la correspondiente prestación⁷⁵. Y, justamente, al hilo de esto último, resulta que las normas de Seguridad Social son bien claras: para lucrar la prestación se requiere cumplir con unos requisitos previos de cotización, alta y afiliación. Pues bien, puede que el progenitor solo los cumpla por el tiempo que le corresponda de su período suspensivo, pero creo que es entrar en el terreno de la ficción considerar que el otro progenitor, si existiera, cumpliría también con tales condicionantes.

Por los motivos expuestos, creo que lo que se busca cuando se aboga por la ampliación del tiempo de disfrute de la suspensión/prestación no es tanto el interés del menor como el reconocimiento de un determinado estatus privilegiado al progenitor solo, cuya razonabilidad debe evaluar el legislador. Acierta, pues, la Sala Cuarta del Tribunal Supremo cuando advierte que la tarea de quien juzga es, precisamente, juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, no legislar. Déjese esta tarea al legislador, que es a quien se le ha conferido tal potestad, aunque en ocasiones –todo hay que decirlo– no esté o no haya estado muy acertado. Pero esa es su labor y, cuando la acometa, se le podrá criticar por sus acciones o por sus omisiones, como es el caso. Por eso tampoco se entiende el fallo del Tribunal Constitucional, que no es que señale al legislador el camino a seguir, sino que supone una intromisión en la tarea de legislar. Si se desea declarar la inconstitucionalidad de los preceptos cuestionados, hágase, pero no de un modo tal que se interfiera en la tarea de otro poder del Estado, suplantándolo. El Tribunal se podía haber limitado a exponer sus razones a favor de la posible ampliación de la protección social a las familias monoparentales y a declarar la nulidad de las normas en liza, lo que habría supuesto, dada la enver-

⁷⁵ Las razones anteriores me conducen, igualmente, a declinar la aplicación a la controversia de las normas que se consideran concurrentes, en concreto, el artículo 24.2 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el artículo 3.1 Convención sobre los Derechos del Niño y el artículo 2.1 Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor. Y no porque entienda que realicen un llamamiento al legislador, sino porque, como se ha dicho, no creo que en este caso deba barajarse el interés del menor como interés legítimo que deba prevalecer frente a otros. Llevado al extremo, este planteamiento supondría aplicar este canon de interpretación sobre cualquier norma estatutaria o de Seguridad Social que estuviera relacionada con el hijo, lo que creo que conduciría al absurdo de entender que el dilema de la conciliación es un problema concreto relacionado con la protección de los menores, cuando evidentemente es mucho más que eso y abarca muchas más cuestiones.

gadura del fallo, un revulsivo al legislativo para que actuara de forma inmediata sobre el tema, ofreciendo una solución al respecto. Pero ha decidido determinar el alcance y la intensidad con la que deben ser interpretadas unas normas que, a la postre, afectan «a la economía del sistema contributivo de seguridad social», lo que implica, de suyo, un exceso de jurisdicción.

A mi modo de ver, es, pues, el legislador quien debe asumir la tarea de determinar las condiciones de disfrute de la suspensión y de acceso a la prestación en las familias monoparentales. Si no lo ha hecho hasta ahora habrá sido por olvido, consciente y deliberado o no; pero olvido que debe corregirse (esperemos que con la aprobación de la Ley de Familias)⁷⁶. Porque lo cierto es que el diseño de la prestación y de la suspensión propicia, efectivamente, una fractura del principio de no discriminación y ello habida cuenta de la diferenciación que, indirectamente, se realiza no entre los hijos de una familia biparental y de otra monoparental, sino entre los progenitores de uno y otro tipo de familia, que son, como se dijo, los verdaderos sujetos de los derechos en liza. No existe motivo alguno que la justifique, ni siquiera la libertad que cada cual tiene para elegir formar una familia en pareja o estando solo o las dificultades presupuestarias del sistema. La monoparentalidad, por la mayor carga en la crianza que recae sobre un único progenitor que dispone de unos únicos ingresos, es una situación jurídica distinta, de mayor vulnerabilidad y en absoluto comparable a la biparentalidad, que necesita de un trato desigual fundado en razones objetivas⁷⁷. No contemplar esta realidad supone introducir un factor discriminatorio hacia este tipo de hogares. Indudablemente, la labor de quien legisla es fundamental, pues ha de determinar las condiciones de disfrute de la suspensión y de acceso a la prestación para adaptarlas a las necesidades del momento, por lo que el trato diferenciado que supone que el progenitor solo tenga derecho a una suspensión/prestación distinta por nacimiento de hijo reclama una regulación que así lo establezca explícitamente. Como así ocurre, precisamente, en el supuesto del fallecimiento de la madre que contempla el artículo 49 EBEP. Debe recordarse, en este punto, que la matización que se introduce en ese precepto sobre que el otro progenitor podrá hacer uso de la suspensión de la madre fallecida era uno de los argumentos que se barajaban en el orden contencioso para considerar que el legislador había tenido en cuen-

⁷⁶ También en este sentido y por ejemplo, VALDEOLIVAS GARCÍA, Y., «El permiso y subsidio por razón de nacimiento y cuidado de menor en las familias monoparentales. Comentario a la STC 140/2024, de 6 de noviembre», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n.º 70, 2025, p. 630.

⁷⁷ De hecho, ya contemplé en otro trabajo la necesidad de revisar los derechos de conciliación del Estatuto para adaptarlos a otros modelos de familia distintos al tradicional. Así, BLASCO JOVER, C., «La necesidad de adaptar ciertos derechos personales y familiares a parejas de hecho y núcleos monoparentales», *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, n.º 451, 2020, pp. 109-148.

■ PROBLEMAS Y RETOS PENDIENTES EN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS...

ta en este contexto el interés del menor y las necesidades de la familia monoparental por viudedad. *Ergo*, si ello así se consideraba, ningún problema debía existir para realizar una interpretación extensiva de aquel precepto y ampliar el período de suspensión a veintiséis semanas por norma general para todo tipo de familias monoparentales. Ciertamente, no creo que quien legisla estuviese pensando ni en el interés del menor ni en las familias monoparentales cuando siguió manteniendo en el texto del EBEP tal matización tras la aprobación del Real Decreto 6/2019, norma que también igualó en el empleo público el período de suspensión para ambos progenitores. Más que nada porque, si así hubiera sido, es lógico pensar que también habría preservado tal especificación en el caso del empleo privado tras la aprobación de aquella norma y lo que hizo, como se conoce, fue eliminarla del artículo 48.4 ET en coherencia con el diseño de unos derechos iguales e intransferibles. No obstante y a mi juicio, ello no es óbice para conceder que en el artículo 49 EBEP existe un supuesto de reconocimiento *ex lege* de familia monoparental al que el legislador –y aquí está el *quid* de la cuestión– le ha dotado, sea de forma intencionada o no lo sea, de una especial y singular reglamentación.

Por lo tanto y en mi opinión, las normas cuestionadas incurren en lo que el Tribunal Constitucional ha negado, pero que, en mi opinión, hay que considerar relevante, la discriminación por indiferenciación, que consiste en dispensar un trato normativo desigual entre supuestos desiguales⁷⁸. Creo que éste es el modo correcto de enfocar el problema y no el de la discriminación por filiación. Y, aunque es clásica ya la tesis de que «el artículo 14 CE no ampara ningún derecho subjetivo al trato normativo desigual»⁷⁹ y que, por ello, tam-

⁷⁸ Conviene apuntar que este tipo de discriminación ha sido admitida por la STEDH de 6 de abril de 2000 (Thlimmenos c. Grecia) que la ha incluido en el ámbito del artículo 14 CEDH. Señala así la resolución: «*the Court has so far considered that the right under article 14 not to be discriminated against in the enjoyment of the rights guaranteed under the Convention is violated when States treat differently persons in analogous situations without providing an objective and reasonable justification. However, the Court considers that this is not the only facet of the prohibition of discrimination in article 14. The right not to be discriminated against in the enjoyment of the rights guaranteed under the Convention is also violated when States without an objective and reasonable justification fail to treat differently persons whose situations are significantly different*

⁷⁹ STC 16/1994, de 20 de enero. En concreto, las SSTC 86/1985, de 10 de julio y 19/1988, de 16 de febrero se señala que «el principio constitucional de igualdad reconocido en el artículo 14 de la Constitución reconoce el derecho a no padecer discriminaciones o diferencias carentes de justificación objetiva y razonable, pero no ampara la falta de distinción entre supuestos desiguales, esto es, el hipotético derecho a imponer o exigir diferencias de trato». Hay propuestas doctrinales, con todo, que intentan integrar la discriminación por indiferenciación en el ámbito del artículo 14 CE utilizando, para ello, el concepto de laguna axiológica, es decir, «un supuesto en el que, de hecho, no se ha tenido en cuenta una propiedad que tendría que haber sido considerada y recogida, por ser ello una exigencia de una norma superior (el principio constitucional de igualdad). No se trata de una laguna normativa, porque existe una regulación y porque ésta incluye todos los casos; pero la podemos calificar de laguna axiológica porque el legislador no ha tenido en cuenta una propiedad que consideramos constitucionalmente relevante». Así, COBREROS

poco «puede fundamentar un reproche de discriminación por indiferenciación»⁸⁰, en algunos casos puede ser necesaria una flexibilización de esta doctrina para evitar que se produzcan situaciones de igualdad injustificada, de indiferenciación ante la desigualdad, que puedan lesionar los mandatos constitucionales, señaladamente el artículo 9.2 CE⁸¹ o, incluso, el artículo 9.3 CE⁸².

Con todo, de no aceptarse este planteamiento por la sombra de duda que se cierre sobre este constructo de la discriminación por indiferenciación, creo que aún existiría otro modo de tachar de inconstitucional el trato a los progenitores de una familia monoparental. La «pista» se encontraría en lo que dispone el artículo 4.2.c) ET en su redacción dada por el Real Decreto 5/2023. Como se conoce, en este apartado, se incluye, entre los derechos de las personas trabajadoras en la relación laboral, a no ser discriminadas, introduciéndose como un supuesto de discriminación por razón de sexo «el trato desfavorable dispensado a mujeres u hombres por el ejercicio de sus derechos de conciliación o corresponsabilidad de la vida familiar y laboral»⁸³. A mi modo de ver, es ésta una previsión destinada a ensanchar los márgenes de la denominada garantía de indemnidad, por lo que encuentra su ámbito de aplicación en el seno de la relación laboral, tutelando a los trabajadores frente a conductas empresariales que les supongan un perjuicio por el hecho de pretender hacer uso

MENDAZONA, E., «Discriminación por indiferenciación: estudio y propuesta», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 81, 2007, p. 90.

⁸⁰ STC 164/1995, de 13 de noviembre.

⁸¹ En coherencia ello con lo que también dispone la STC 86/1985, de 10 de julio sobre que «el legislador puede, en el respeto al canon de razonabilidad que le impone el artículo 14, diferenciar entre supuestos y hasta debe hacerlo, en obediencia a otros preceptos constitucionales, cuando su acción se orienta a la adjudicación de prestaciones a particulares». Es lo que se denomina «examen abstracto de la constitucionalidad de la Ley». Entre la doctrina, haciendo referencia a la igualdad material del artículo 9.2 CE, MONTILLA MARTOS, J. A., «Principio de igualdad y Estado social. La discriminación positiva en la justicia europea y en la justicia constitucional española», AA.VV., *El constitucionalismo en la crisis del Estado social*, Universidad del País Vasco, 1987, p. 94

⁸² Señala la STC 181/2000, de 29 de junio que «cuando la norma enjuiciada no produzca esa imprescindible diversidad de trato entre los ciudadanos, estableciendo una distinción perjudicial en la posición jurídica de unos respecto de los otros, es del todo innecesario continuar con el examen de la ley desde la óptica del principio de igualdad. La medida legislativa podrá, en su caso, ser contraria al principio de interdicción de la arbitrariedad (artículo 9.3 CE), mas nunca podrá estimarse vulnerado el derecho a la igualdad *ex artículo 14 CE*».

⁸³ Se indica en la Exposición de Motivos del Real Decreto 5/2023 que, con la introducción de esta especificación, «se da cumplimiento a lo establecido en el artículo 11 de la Directiva (UE) 2019/1158, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, que establece la obligación de que los Estados miembros configuren mecanismos para que no sufran perjuicio alguno ni trato discriminatorio las personas que ejerzan sus derechos de conciliación. Esta formulación es consecuente con la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE de 8 de mayo de 2019, C-486/18, asunto Praxair) y del Tribunal Constitucional (STC 79/2020, de 2 de julio de 2020) en las que se ha establecido que, sobre la base de una mayor afectación femenina, la discriminación por ejercicio de derechos de conciliación puede ser constitutiva de discriminación indirecta por razón de sexo».

■ PROBLEMAS Y RETOS PENDIENTES EN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS...

de sus derechos de conciliación o, mismamente, por haber hecho uso de los mismos. Por ello, creo que tomarla como base en la controversia de la acumulación de la suspensión/prestación por nacimiento de hijo en las familias monoparentales supondría tanto como ensanchar en demasiada sus límites. Ello no obstante, es de reconocer que la formulación de la redacción legal es consecuente con el nervio central de la doctrina que emana de la STC 3/2007, de 15 de enero y que conecta los derechos de conciliación con este tipo de discriminación. En esta sentencia, se advierte que se debe valorar correctamente la dimensión constitucional que poseen las medidas tendentes a favorecer la conciliación de la vida familiar y laboral, ponderando el derecho fundamental al que van anudadas, en concreto, la no discriminación por razón de sexo del artículo 14 CE⁸⁴. Por ello, entiendo que tal vez la solución a la controversia de la ampliación o no de las familias monoparentales podría haberse enfocado, si no se deseaba utilizar la noción de la discriminación por indiferenciación, desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo de las personas trabajadoras, sean hombres o mujeres; una argumentación ésta creo que más acertada que la de la discriminación por razón de filiación por los argumentos antes expuestos⁸⁵.

1.4 Algunos desajustes en materia de permisos y otras suspensiones

A. LA RETRIBUCIÓN DEL «PERMISO PARENTAL»

Una de las novedades estrella que contemplaba el Real Decreto 5/2023 fue la inclusión de una nueva causa suspensiva del contrato, el denominado «permiso parental», como modo de transponer lo previsto en el artículo 5 Directiva 2019/1158⁸⁶. Para ello, se modificaba el redactado del artículo 45.1 ET

⁸⁴ Aunque hay sentencias que conectan los derechos de conciliación también con una prohibición de discriminación por circunstancias familiares. Así, SSTC 379/2023, de 25 de mayo y 310/2023, de 26 de abril, que siguen la línea de la STC 26/2011, de 14 de marzo.

⁸⁵ Sosteniendo también esta argumentación, aunque anclándola a la redacción del artículo 4.2.c) ET, MARTÍNEZ MORENO, C., «¿Han dejado de ser los obstáculos a la conciliación familiar una discriminación por razón de sexo? A propósito de la sentencia del Pleno del TC sobre la protección por nacimiento y cuidado de hijos en familias monoparentales». Brief de la AEDTSS, n.º 105, 2024 (recuperado el 1 de diciembre de 2024)

⁸⁶ Señala este precepto, en su apartado primero, que «los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que cada trabajador tenga un derecho individual a disfrutar de un permiso parental de cuatro meses que debe disfrutarse antes de que el hijo alcance una determinada edad, como máximo ocho años, que se especificará por cada Estado miembro o por los convenios colectivos. Los Estados miembros o los interlocutores sociales determinarán dicha edad de modo que se garantice que cada progenitor pueda ejercer efectivamente su derecho a un permiso parental de manera efectiva y en condi-

a fin de insertar tanto una nueva letra o) en el precepto, como un nuevo artículo 48 bis ET que regula el régimen jurídico de esta causa suspensiva.

Muy resumidamente, porque no se trata de diseccionar ahora su reglamentación, cabe recordar que es éste un derecho que se concede «para el cuidado de hijo, hija o menor acogido por tiempo superior a un año, hasta el momento en que el menor cumpla ocho años». Su duración no será superior a ocho semanas «continuas o discontinuas y podrá disfrutarse a tiempo completo, o en régimen de jornada a tiempo parcial conforme a lo establecido reglamentariamente». Se configura como intransferible para ambos progenitores, correspondiéndoles «especificar la fecha de inicio y fin del disfrute o, en su caso, de los períodos de disfrute, debiendo comunicarlo a la empresa con una antelación de diez días o la concretada por los convenios colectivos, salvo fuerza mayor, teniendo en cuenta la situación de aquella y las necesidades organizativas de la empresa».

Pues bien, de los muchos problemas que plantea la redacción del precepto, me quedo con uno aplicativo de suma importancia: su retribución. Y es que nada se previó en su momento, en el Real Decreto 5/2023, sobre una posible retribución o prestación económica en el ejercicio de este derecho. Recuérdese, a estos efectos, que el artículo 8.1 Directiva 2019/1158 apunta que «de conformidad con las condiciones nacionales, como la legislación, los convenios colectivos o los usos nacionales, y teniendo en cuenta los poderes delegados en los interlocutores sociales, los Estados miembros garantizarán que los trabajadores que ejerzan su derecho a disfrutar de uno de los permisos contemplados en el artículo 4, apartado 1 o en el artículo 5, apartado 2, reciban una remuneración o una prestación económica con arreglo a los apartados 2 y 3 del presente artículo», siendo que el artículo 5.2 se refiere al permiso parental y, más en concreto, a que dos meses de los cuatro que corresponderían no pueden ser transferidos y que serían los que llevarían aparejada una suerte de compensación económica. Esta cuestión surgió durante las negociaciones conducentes a la *non nata* Ley de Familias⁸⁷ e, incluso, desde el Ministerio de Seguridad Social, en la consulta que se le realizó, se indicó que no sería posible crear una prestación económica anudada al ejercicio de este derecho por motivos estrechamente presupuestarios. El texto del artículo 48 bis ET que vio la luz con la aprobación del Real Decreto 5/2023 se olvidó –pues no tenía otro remedio, habida cuenta de la tesitura política en la que nació– de la cuestión retributiva o compensatoria. De hecho, en un ejercicio de sinceridad, en la Disposición

ciones equitativas». Sobre el permiso parental en la Directiva, vid. BALLESTER PASTOR, M.^ºA., «La conciliación de responsabilidades: estado de la cuestión a la luz de la propuesta de Directiva de la Comisión Europea de 26 de abril de 2017», *Lan Harremanak*, n.^º 38, 2017-II, pp. 79-85

⁸⁷ Proyecto de Ley de Familias, BOCG, Congreso de los Diputados, de 14 de abril de 2023.

■ PROBLEMAS Y RETOS PENDIENTES EN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS...

adicional octava del Real Decreto 5/2023 se puede leer que se ha transpuesto la Directiva 2019/1158 de forma parcial, en tanto que no se ha dado aplicación a lo dispuesto «en su artículo 5 y su artículo 8, apartado 3, respecto de la remuneración o la prestación económica del permiso parental»⁸⁸.

Con el diseño actual del derecho sin remuneración alguna, es obvio que, desde el punto de vista del fomento de la corresponsabilidad, se le resta eficacia y trascendencia práctica a esta causa suspensiva⁸⁹. Y es que es un hecho cierto y ya muy contrastado por la evidencia empírica que el otro progenitor acepta de mayor grado el rol de cuidador principal cuando se mantienen los recursos económicos en el ejercicio de los derechos conciliatorios, mientras que, si no se mantiene la remuneración o no existe prestación, ese rol lo termina asumiendo la mujer, generándose un círculo vicioso en materia de cuidados que perpetúa los roles de género. Y siendo tal el problema, ¿se ha hecho algo para solventarlo? Pues, si se permite la expresión, ni si, ni no, ni todo lo contrario, pues lo único que se ha acometido desde entonces es una reforma en el permiso para el cuidado del lactante⁹⁰ que, a pesar de lo pretendido y de lo

⁸⁸ Por ello, ya puede encontrarse alguna sentencia, en el orden contencioso, que admite la pretensión del trabajador-funcionario de retribuir el permiso parental disfrutado. Así, la SJS n.º 1 Barcelona, de 28 de noviembre de 2024 (Proc. n.º 299/2024) hace jugar la eficacia directa vertical de las Directivas no transpuestas o transpuestas incorrectamente (aludiendo a las SSTJUE de 19 de diciembre de 2019, asunto Pensions-Sicherungs-Verein, C168/18 y de 6 de septiembre de 2018, asunto Hampshire, C17/17) para señalar que procede el pago del permiso por parte del Ayuntamiento demandado. A mayor abundamiento, subraya, igualmente, que el permiso parental se encuentra ubicado en el EBEP en el artículo 49, un precepto que recoge toda una serie de derechos en materia de conciliación que están retribuidos a pesar del silencio del legislador en este punto. Finalmente, también aduce que la entidad demandada inició la práctica, tras el Real Decreto 5/2023, de retribuir el permiso para, posteriormente, negar tal carácter, siendo así que «es innegable que este permiso ha desplegado efectos retributivos por el Ajuntament de Barcelona, por lo que, el Consistorio no puede ir ahora en contra del carácter retribuido del permiso parental que ha reconocido previamente, frustrando las expectativas legítimas de los funcionarios públicos del Ajuntament de Barcelona, en definitiva, causando perjuicios de imposible reparación, especialmente en los casos en los que los menores de 8 años adquieran esa edad de forma inminente». Un comentario sobre esta sentencia en RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., «Derecho de un empleado público a la retribución del permiso parental por cuidado de hijo menor de ocho años: Comentario a la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 1 de Barcelona 299/2024, de 28 de noviembre», *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, n.º 485, 2025. En el orden social, se ha publicado, a la fecha de cierre de este trabajo, la SJS n.º 1 Barcelona, de 30 de junio de 2025 (n.º 168/2025) que también falla a favor de la pretensión del trabajador de retribuir el disfrute del permiso parental.

⁸⁹ De igual parecer, GASCÍA TESTAL, E., «Conciliación entre la vida profesional y la vida familiar: un análisis de la no discriminación, la corresponsabilidad y la flexibilidad como elementos para la igualdad laboral de las mujeres en la Directiva (UE) 2019/1158 y en su transposición al ordenamiento español», *Lan Harremanak*, n.º 51, 2024, p. 158.

⁹⁰ Bien es verdad que podría parecer dudosa la distinción entre el permiso parental y el permiso para el cuidado del lactante en su redacción, configuración y finalidad actual, pues, por un lado, ambos están destinados al cuidado del hijo nacido, adoptado o acogido y, por otro, no se establece un período mínimo a partir del nacimiento o adopción para disfrutar del permiso parental, sino que sólo se contempla un límite para su disfrute, fijado en una determinada edad tope del menor. No obstante, a mi modo de ver, existen diferencias entre ambos que conducen a sostener que entre ellos no existe solapamiento, ni uno (el del cuidado del lactante) es trasunto del otro (el permiso parental). En concreto, dos. El primero, que el per-

publicitado, no ha solucionado la controversia derivada de la falta de retribución del permiso parental del artículo 48 bis ET. Veamos.

A través del Real Decreto Ley 2/2024, de 21 de mayo se pretendía, entre otras cuestiones, culminar («completar») la transposición de la Directiva 2019/1158 para «reforzar y complementar el permiso parental». Es decir, se trataba de corregir el olvido –ya se ha dicho que intencionado– de no anudarle a este derecho una compensación económica. Corregirlo de alguna manera, de acuerdo. Pero, ¿cómo? Pues para explicarlo hay que empezar por el principio, por los plazos de transposición de la Directiva. Recuérdese, a estos efectos, que el artículo 20.1 de la norma europea refiere que «los Estados miembros pondrán en vigor, a más tardar el 2 de agosto de 2022, las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva»; plazo que evidentemente no llegó a cumplirse pues la norma de transposición databa de fecha 28 de junio de 2023. No obstante, el apartado segundo del mismo precepto europeo concedía otra fecha límite «para la remuneración o la prestación económica correspondiente a las últimas dos semanas del permiso parental previsto en el artículo 8, apartado 3»: a más tardar el 2 de agosto de 2024. Como el tiempo pasaba y no había que arriesgarse a un incumplimiento (con su correspondiente sanción), a través de la norma ómnibus que es el Real Decreto 2/2024 parece que se encontró la fórmula para dar cumplimiento al mandato europeo. Pero, como se suele decir, las prisas no son buenas, pues el resultado, a todas luces, no es el óptimo ni jurídicamente ni matemáticamente hablando.

Pero, sigamos, y veamos qué señala el apartado primero del Preámbulo del Real Decreto 2/2024 para comprender lo que se ha hecho⁹¹. Se dice ahí que «las políticas de conciliación deben servir para contrarrestar la desventajosa

miso para el cuidado del lactante es un permiso a corto plazo, concluye a los nueve meses de vida del menor (o, a lo sumo, a los doce meses), mientras que el permiso parental puede disfrutarse a largo plazo, hasta los ocho años de vida de menor. El segundo, que el permiso para el cuidado del lactante tiene una finalidad de cuidado muy específica, complementaria si se quiere a la que se anuda al permiso parental, pero distinta: atender al hijo en sus primeros compases de vida, en sus primeros meses y asegurar los vínculos entre los progenitores y el menor en una fase tan especial y delicada de su vida y de tanta dependencia a los adultos, evitando que la actividad profesional perturbe ese fortalecimiento.

⁹¹ Sobre el valor del Preámbulo de las normas, la STC 36/1981, de 12 de noviembre afirma que, aunque «no tiene valor normativo», es «un elemento a tener en cuenta en la interpretación de las leyes». Por su parte, la STC 90/2009, de 20 de abril argumenta que «en la búsqueda de las razones que puedan abonar la legitimidad constitucional de las disposiciones legales adoptadas, resulta necesario acudir tanto a la propia exposición de motivos de la norma impugnada como a su tramitación parlamentaria, a efectos de concretar la verdadera voluntad del legislador». Por ello, «los preámbulos y exposiciones de motivos constituyen un elemento importante de interpretación para desentrañar el alcance y sentido de las normas» (STC 15/2000, de 20 de enero) y «acompañan al texto legal para la búsqueda de la voluntad del legislador» (STC 222/2006, de 6 de julio).

■ PROBLEMAS Y RETOS PENDIENTES EN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS...

situación de las mujeres en el mercado de trabajo, así como los efectos nocivos derivados de la perpetuación de los roles de cuidado». Para conseguir este objetivo se requiere que «sea cual fuere la denominación de los permisos entendidos como derechos de ausencia por motivos familiares» es preciso que éstos atiendan «a tres circunstancias: que se promueva de manera efectiva la participación de las mujeres y el mantenimiento de sus carreras profesionales; que se establezca una auténtica garantía del ejercicio corresponsable de las tareas de cuidado que evite la perpetuación de roles; y, por último, que para todo lo anterior se atienda el coste económico asociado a los permisos de cuidado». Para el legislador, «este es el caso del nuevo permiso parental, que se concibe como un permiso de atención a los hijos e hijas distinto de los permisos vinculados al nacimiento, permiso que se configura de titularidad exclusiva e intransferible de cada progenitor y con el mantenimiento de una prestación compensatoria del salario dejado de percibir durante su disfrute para cambiar las pautas de comportamiento del progenitor varón». De igual modo, también se subraya que «el nuevo permiso parental, para corregir esa situación de desventaja profesional provocada por la atención de las responsabilidades de cuidado, también requiere que su disfrute pueda hacerse de manera flexible a voluntad de la persona trabajadora y en atención a sus necesidades y durante un periodo que va más allá del nacimiento». Teniendo en cuenta todo lo anterior, se estima que «la regulación del nuevo permiso parental en el artículo 48 bis del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, incorpora todas estas exigencias estableciendo un derecho de ausencia de la persona trabajadora –progenitora– por motivos familiares del que puede hacerse uso hasta los ocho años del menor».

Y ahora viene el salto de fe que acomete el legislador español: quizá pensando que no es el momento ni económico ni político apropiado para crear una prestación económica que sufrague la pérdida de ingresos durante el ejercicio del permiso parental y/o que las empresas no estarán por la labor de costear estas ausencias como si de otra licencia retribuida se tratara, se acomete una modificación del permiso para el cuidado del lactante con la finalidad –se dice– de «mejorar los términos del ejercicio del derecho y [con la que] a la vez se refuerza y complementa el recientemente reconocido permiso parental». En particular, se modifica el artículo 37.4 ET que, si se recuerda, permitía, en su redacción anterior, una hora de ausencia al día, que podía dividirse en dos fracciones de media hora, o en una reducción de la jornada en media hora, y que podía acumularse en días completos previa previsión en convenio colectivo.

vo o acuerdo individual con la empresa⁹². Pues bien, lo que se hace ahora es eliminar estas últimas limitaciones y establecer que todas las posibilidades de disfrute –incluida la acumulación de horas de ausencia en jornadas completas– son un derecho de la persona trabajadora, sin necesidad de pacto previo ni convencional. Ciertamente, se puede estar de acuerdo con esta modificación, pues, de este modo, la opción por la acumulación ya no dependerá de una negociación. Ahora bien, ¿cómo influye ello en la retribución del permiso parental del artículo 48 bis ET?

Para dar respuesta a esta pregunta, hay que seguir leyendo el Preámbulo de la norma, pues en él hay un párrafo sumamente interesante a efectos jurídicos: «en el ordenamiento español existen una pluralidad de derechos de conciliación: permiso por lactancia, reducción de jornada por guarda legal, reducción o distribución de jornada y excedencias por el cuidado de los hijos –artículos 37.4, 6 y 8 y 46.3 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores–». Esta es la pista definitiva para entender lo que ha hecho el legislador: utilizar la denominada «cláusula pasarela» que se contempla en el artículo 20.6 Directiva 2019/1158. Concretamente, en este precepto se indica que «a efectos del cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 4, 5, 6 y 8 de la presente Directiva y en la Directiva 92/85/CEE, los Estados miembros podrán tener en cuenta cualquier período de ausencia del trabajo relacionada con la familia y cualquier remuneración o prestación económica por esta, entre otros por permisos de maternidad, paternidad, parental o para cuidadores a que pueda acogerse el trabajador en el ámbito nacional y que supere los estándares mínimos previstos en la presente Directiva o en la Directiva 92/85/CEE, siempre que se respeten los requisitos mínimos para dichos permisos y que no se reduzca el nivel general de protección garantizado a los trabajadores en los ámbitos de aplicación de dichas Directivas». O, dicho de otro modo, la Directiva concede a los Estados un amplio margen de flexibilidad para dar cumplimiento, a efectos de lo que ahora importa, a las previsiones que regulan el permiso parental (artículo 5, puesto en relación con el artículo 8.3), posibilitando acumular o computar cualquier tiempo de ausencia retribuido derivado del ejercicio del derecho a la conciliación que supere los mínimos marcados tanto por esta norma europea como por la Directiva 92/85/CEE y siempre que con ello no se reduzca el nivel de protección ya otorgado por el marco supranacional. Y aquí es donde entra el permiso para el cuidado del lactante, pues, tanto por su carácter retribuido (a costa del empresario) como por su

⁹² De tal forma que, si no existía previsión convencional o acuerdo con el empresario, no cabía la acumulación. De igual modo, el convenio también disponía de la posibilidad de fijar la duración de la lactancia acumulada. Así, STS de 11 de noviembre de 2009 (Rec. n.º 133/2008).

■ PROBLEMAS Y RETOS PENDIENTES EN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS...

duración (ahora ya «ampliada» legalmente concediendo a la posibilidad de acumulación el estatus de derecho pleno), puede sumarse a otras ausencias también retribuidas que se contemplan en el sistema interno español para dar cumplimiento, de este modo, a los mandatos europeos.

La maniobra legislativa es innegable. La idea que se traslada es que España cumple con las previsiones europeas al utilizar los derechos de conciliación existentes en su ordenamiento jurídico que contemplen una ausencia al trabajo de carácter retribuido para complementar, de este modo, aspectos del permiso parental que no se habían transpuesto a la legislación nacional, especialmente en lo que respecta a su duración (ocho semanas frente a cuatro meses) y a su remuneración. Sin embargo, los cálculos han fallado. Por dos motivos.

Primero. Porque a pesar de que se ha introducido aquella modificación en el permiso para el cuidado del lactante, nada se dice respecto de la duración de éste. Realmente, esta licencia nunca ha tenido una duración concreta y ni tan siquiera la tiene ahora con la universalización de la posibilidad de acumulación, por mucho que, desde el Gobierno, se haya insistido en que, gracias a esta modificación, los progenitores disfrutarán de veintiocho días de permiso por lactancia acumulada; veintiocho días que, sumados al resto de ausencias por conciliación, permitirían salvar las exigencias de la Directiva 2019/1158 en cuanto al permiso parental en ella contemplado. No obstante, señalar esto es faltar a la verdad jurídica.

En efecto, los días acumulados del permiso para el cuidado del lactante dependerán, como es conocido, de muchas variables. A nivel judicial, se ha declarado que ha de partirse de dos premisas. De un lado, que lo acumulable es la ausencia de una hora, no la reducción de media hora. De otro, que su resultado debe referirse a días hábiles, no a naturales, siendo ello coherente con la doctrina que se sigue al respecto del inicio y cómputo de los permisos, como después se verá. A partir de ahí, la fórmula que debe utilizarse para cuantificar los días laborables acumulados de permiso es la de dividir el número total de días laborables que restan hasta la fecha en la que el menor cumple los nueve meses (o la mayor edad que, en su caso, pueda fijar el convenio) por las horas de trabajo que se corresponden con la jornada de la persona trabajadora⁹³.

⁹³ Sobre ello, SSTS de 21 de noviembre de 2023 (Rec. n.º 2978/2022) y de 19 de abril de 2018 (Rec. n.º 1286/2016). Por cierto, al respecto de los trabajadores a tiempo parcial, acierta la primera resolución al señalar que «estamos de esta forma ante un permiso retribuido ciertamente peculiar, en la medida en que su total duración, en número de horas de trabajo, es exactamente la misma para los trabajadores a tiempo completo y a tiempo parcial, sin que para estos últimos se vea reducido proporcionalmente a la menor duración de su jornada.» Y sigue: «si los trabajadores a tiempo parcial tienen derecho a una hora de ausencia del puesto de trabajo, su acumulación en días completos de trabajo debe necesariamente sujetarse a ese mismo parámetro cuantitativo, de tal forma que bajo esa modalidad de ejercicio del permiso acaben final-

Siendo ello así, es evidente que el resultado del cálculo no será siempre y en todo caso de veintiocho días. Y es que, como se ha explicado doctrinalmente⁹⁴, la duración de la acumulación va a depender del número de hijos (pues la duración de esta licencia se incrementa proporcionalmente en caso de parto o adopción múltiples), de la jornada diaria que tenga el trabajador según convenio o contrato, de la fecha de incorporación a la empresa tras la suspensión por nacimiento y cuidado y, en su caso, tras el disfrute de las vacaciones, de los concretos días laborables que median entre la fecha de la reincorporación y el *dies ad quem* del período del cómputo del permiso y, finalmente, de si ambos progenitores deciden disfrutar del permiso con la misma duración y régimen, en cuyo caso el *dies ad quem* no se situaría en la fecha en la que el menor cumple los nueve meses de edad, sino en el momento en el que cumple doce meses⁹⁵.

Segundo. Porque el sumatorio de las ausencias retribuidas por conciliación no supera los estándares mínimos europeos, al menos, no para todos. Hagamos los cálculos. El permiso parental de la Directiva 2019/1158 tiene una duración de cuatro meses, de los cuales dos han de ser retribuidos. Si se suman esos dos meses retribuidos (en días, 60,83) a las catorce semanas que la Directiva 92/85/CEE concede por la suspensión por maternidad da un total de 158,83 días (catorce semanas es igual a 98 días). Por lo tanto, el estándar mínimo europeo de protección retribuida para las madres biológicas arroja ese resultado y es el que el marco nacional tendría que superar para que pueda activarse la «cláusula pasarela» de la Directiva 2019/1158. ¿Es así? Sumemos. En España, la suspensión por nacimiento de hijo alcanza las dieciséis semanas de duración. Eso hace un total de 112 días, que deben sumarse, a su vez, con la duración acumulada del permiso para el cuidado del lactante, sea la que sea ésta según las variables antes indicadas. Pongamos por caso los veintiocho días que publicitó en su momento el Gobierno. La cifra que arroja esta operación es de 140 días, por debajo, por lo tanto, del estándar europeo, que ni siquiera se superaría de sumar también los cinco días del permiso por infortunios familiares

mente disponiendo del mismo número total de horas que les hubiere correspondido de haberlo disfrutado diariamente». En consecuencia, para los trabajadores a tiempo parcial los días de permiso acumulado se van a hacer depender de su concreta jornada de trabajo ya que, aunque se «liberen» más días, lo relevante es que disfruten del permiso con la misma duración en horas que los trabajadores a tiempo completo. En contra, STS, Sala de lo Contencioso, de 20 de mayo de 2025 (Rec. n.º 7255/2022).

⁹⁴ ARAGÓN GÓMEZ, C., «El permiso por lactancia acumulada de ¿28 días de duración?», *El Foro de Labos*, de 22 de diciembre de 2023 (recuperado el 26 de noviembre de 2024).

⁹⁵ La incidencia de todas estas variables podía haber llevado a pensar al legislador que quizás era más fácil, como después se propondrá, fijar una concreta duración al permiso para el cuidado del lactante que se pudiera adicionar, ya sin mayor problema, a la duración de otras ausencias por cuidado del hijo.

■ PROBLEMAS Y RETOS PENDIENTES EN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS...

del artículo 37.3.b) ET (transposición del permiso para cuidadores de la Directiva) o, incluso, los cuatro días del permiso por fuerza mayor del artículo 37.9 ET (trasunto del artículo 7 de la norma europea)⁹⁶. Ello arrojaría un resultado de 149 días⁹⁷. Por lo tanto, resulta que, para las madres biológicas, la transposición de la norma europea seguiría sin completarse pues, siempre tomando como referencia esos teóricos veintiocho días acumulados, restarían aún por retribuir 9,83 días (esto es, 10 días si redondeamos al alza o 1,42 semanas). Otro cálculo posible es tomar como referencia catorce días de acumulación⁹⁸, pero, desde luego, tampoco saldrían los números. De este modo, restarían por retribuir 23,83 días (esto es, 24 días redondeando al alza o 3,42 semanas).

El panorama es bien distinto para el otro progenitor. El artículo 4.1 Directiva 2019/1158 prevé una duración del permiso por paternidad de diez días laborales. A esos diez días se le sumarían los dos meses de permiso parental retribuido. En total, 70,83 días. Teniendo en cuenta que nuestra legislación le concede un período de suspensión/prestación de dieciséis semanas (112 días), es evidente que, aquí sí, se sobrepasa el mínimo europeo de protección. Y con

⁹⁶ Técnicamente, el precepto estatutario hace referencia a «horas de ausencia (...) equivalentes a cuatro días al año». Por lo tanto, no estamos ante un permiso de cuatro días, sino, más bien, ante una bolsa de horas retribuida que se podrá utilizar hasta que se llegue a los cuatro días de trabajo.

⁹⁷ Se opta por sumar el permiso por infortunios familiares del artículo 37.b) ET porque, como se ha dicho, es ésta una licencia que es trasunta del permiso para cuidadores contemplado en la Directiva y resulta que tal permiso para cuidadores, según la «cláusula pasarela», puede computarse («los Estados miembros podrán tener en cuenta cualquier período de ausencia del trabajo (...) entre otros por permisos de maternidad, paternidad, parental o para cuidadores»). Además, siguiendo las instrucciones de aquella cláusula, lo que se adicione debe respetar los mínimos europeos y, además, superarlos. El permiso por infortunios familiares tiene una duración que iguala, pero no supera, al permiso para cuidadores, cierto. Pero éste, en la norma europea, tiene una limitación, es anual. Y esa limitación no la contempla la norma interna española, por lo que, como ya se comentará en otro momento, cabe entender que quien legisla ha preferido seguir construyendo el derecho sobre la base de un «mero darse o producirse» (la enfermedad, el accidente, la hospitalización o la intervención quirúrgica). En consecuencia, existe una mejora en la norma española, pues siempre que concurren las causas y se cumplan los requisitos formales precisos (preaviso cuando sea posible y justificación posterior), el empresario está obligado a conceder el permiso de cinco días cada vez que se produzca el infortunio, entendido éste sin condicionantes temporales. Por su parte, también se incluye en el sumatorio al permiso por fuerza mayor por su evidente paralelismo con el permiso para cuidadores de la Directiva y porque el artículo 37.9 ET construye un derecho de ausencia por motivos familiares urgentes que supera el «estándar mínimo» europeo que marca el redactado del artículo 7 Directiva 2019/1158 (puesto en relación con el artículo 8 de la misma norma) al anudarle una retribución económica. Por lo demás, no se incluyen las reducciones de jornada ni las reducciones de las horas de trabajo de los permisos para el cuidado del neonato y para el cuidado del lactante porque, tal y como está redactado el artículo 1.b) Directiva 2019/1158 puesto en relación con el artículo 3.1.f) del mismo cuerpo normativo, pueden catalogarse como «fórmulas de trabajo flexible», separadas, por tanto, de los derechos de ausencia propiamente dichos que, como se ha visto, son los únicos que se pueden acumular conforme a la «cláusula pasarela». Y, en cuanto atañe a la excedencia por cuidado de hijos del artículo 46.3 ET, si bien ésta puede considerarse, como después se dirá, una manifestación del permiso parental, lo cierto es que no es retribuida, sin que, desde luego, pueda considerarse como retribución los beneficios en la cotización que lleva aparejada.

⁹⁸ Normalmente la acumulación se encontrará en una franja de doce a catorce días.

tan sólo esa cifra, pues, de igual forma, se deberían sumar los días correspondientes por cuidado del lactante acumulados, los días por el permiso por infortunios familiares y los días del permiso por fuerza mayor. Finalmente, también se sobrepasa el mínimo europeo en el caso de la adopción del hijo. En el marco de la Directiva 2019/1158, se les concede a los adoptantes el permiso parental de, ya lo sabemos, cuatro meses de duración, de los cuales dos (60,83 días) han de ser retribuidos. Pues bien, en el ámbito nacional a cada adoptante, acogedor o guardador se le reconocen las diecisésis semanas de suspensión con su correspondiente prestación, que, si se suman al permiso por cuidado del lactante acumulado, al permiso por infortunios familiares y al permiso por fuerza mayor se obtiene como resultado que también en este supuesto la Directiva se puede dar por traspuesta⁹⁹.

Por lo tanto, si los cálculos realizados son correctos, resulta que el objetivo pretendido por quien legisla para «reforzar y complementar» el permiso parental no se ha cumplido o, si se quiere ver de otro modo, sólo se ha cumplido en parte o parcialmente, pero con el contrasentido de dejar en peor posición a las madres biológicas. Y, por otro lado, no creo que el mejor modo de interpretar normas, de llenar vacíos de regulación o de cumplir con los compromisos adquiridos sea realizar un sumatorio de derechos destinados, en efecto, a la conciliación, pero con finalidades distintas (el cuidado del hijo al inicio o con posterioridad al nacimiento). De hecho, algún Estado podría, intencionalmente o no, dejarse alguno por el camino o computar más de lo que se requiere¹⁰⁰. Las normas, en Derecho, deberían ser claras y estar sujetas a las mínimas interpretaciones posibles; pero parece que es éste un objetivo tan deseable como imposible de alcanzar.

Dicho esto, ¿pasa la solución por dejarse de maniobras¹⁰¹ y prever en la norma estatutaria o en la Ley General de Seguridad Social la correspondiente

⁹⁹ En extenso, sobre este tema y entre la doctrina, MOLINA NAVARRETE, C., «La enigmática «cláusula pasarela» y el «fantasma» permiso de lactancia acumulada de «28 días»: «¿gato por libre?»», *CEF Laboral Social*, enero de 2024 (recuperado el 26 de noviembre de 2024) y MÉNENDEZ SEBASTIÁN, P., «Ofelia y el permiso parental español», *Brief de la AEDTSS*, n.º 26, 2024 (recuperado el 26 de noviembre de 2024).

¹⁰⁰ Como advierte CABEZA PEREIRO, J. («La Directiva de conciliación de la vida familiar y laboral», *Revista de Derecho Social*, n.º 92, 2020, p. 73), «debería establecerse, al menos, como recomendación, un principio de equiparación formal entre los Estados miembros, que identificara denominaciones y armonizara estructuras». Se evitaría, de este modo, «conformar una auténtica Torre de Babel, en este caso, no lingüística, sino regulatoria».

¹⁰¹ Que podrían provenir, incluso, de los propios trabajadores afectados al pretender la aplicación de la tan controvertida y cuestionada eficacia horizontal de las Directivas en las relaciones entre particulares, bien directamente, o bien a través del recurso a la interpretación conforme de la norma nacional con la europea.

■ PROBLEMAS Y RETOS PENDIENTES EN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS...

contraprestación económica por el ejercicio de este derecho?¹⁰² Veamos. Podría pensarse, en primer lugar, en una alternativa menos gravosa a nivel económico. Así, podría, de un lado, emplearse la «cláusula pasarela», pero esta vez con una suspensión por nacimiento de hijo de veinte semanas, ampliación ésta de cuatro semanas más que, como se dijo, es una propuesta que está sobre la mesa de los diferentes partidos políticos. A este respecto, se ha estimado que transponer la Directiva 2019/1158 extendiendo la suspensión por nacimiento resulta más económico presupuestariamente hablando que transponerla retribuyendo los permisos parentales. Así, remunerar las ocho semanas del permiso parental al 100% para los menores de hasta ocho años tendría un coste estimado que podría variar entre los 1.600 y 11.200 millones de euros según el número de usuarios, cifra muy superior a los 800 millones que requeriría la ampliación en cuatro semanas de la suspensión por nacimiento y cuidado del menor¹⁰³. A su vez, dos semanas adicionales de permiso parental remunerado al 100% supondrían un coste de entre 400 y 2.800 millones de euros, asumiendo que, en el momento actual, no lo recibirían los menores de doce meses¹⁰⁴. Con todo, dando por ciertas estas estimaciones, ¿se llegaría a superar el estándar mínimo de protección europeo fijado, como se ha dicho antes, en los 158,83 días? Pues si a veinte semanas, que son 140 días, le sumamos, pongamos, los veintiocho días publicitados por la acumulación, ese sumatorio ya arroja un resultado de 168 días, cifra ya por sí sola muy por encima del margen mínimo europeo. Con todo, ya se ha dicho que esos veintiocho días son más teóricos que reales, porque el cálculo de la acumulación bien podría arrojar una cifra distinta, tal vez entre doce y catorce días. Siendo así, sólo sería posible alcanzar la frontera de los 158,83 días si el acumulado del permiso por cuidado del lactante fuera de diecinueve días ($140+19=159$ días) o, de ser una cifra menor (aunque nunca inferior a 9,83 días), si se adicionaran los nueve días correspondientes al permiso por infortunios familiares y al permiso por fuerza mayor ($140+9+9,83=158,83$ días).

Siendo esta una opción, la alternativa pasaría por la solución contraria: anudar a nuestro permiso parental una retribución o una prestación de la Segu-

¹⁰² De hecho, en fecha 13 de marzo de 2025, el propio Congreso –aunque sin los votos a favor del Grupo Parlamentario Socialista– aprobó instar al Gobierno a retribuir las ocho semanas del permiso parental con cargo a la Seguridad Social. A fecha de cierre de este trabajo, esta moción aún no se ha hecho efectiva. Fuente: Congreso.es.

¹⁰³ Por aportar un dato que antes se comentó, el gasto anudado a la prestación por nacimiento y cuidado de menor en 2024 fue de 3.613 millones de euros. En 2023, esta cifra se situó en 3.423 millones, lo que supone un incremento del 5,6%. Fuente: Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones.

¹⁰⁴ RECIO ALCAIDE, A., CASTELLANOS SERRANO, C. y ANDRÉS JIMÉNEZ, J., «Cómo incide el nuevo diseño de..., *op. cit.*

ridad Social¹⁰⁵. Lo que ocurre es que, si es lo primero, su coste se hará recaer sobre el empleador con lo que ello supone y, si se opta por la segunda opción, su coste lo sobrellevarán las arcas públicas, también con lo que ello implica. Las dos opciones son problemáticas; pero el legislador, al haber configurado este derecho como una suspensión, parece haberse decantado por la segunda de las posibilidades¹⁰⁶. Evidentemente, utilizar la «cláusula pasarela» es un

¹⁰⁵ La fórmula que se aplica a la excedencia para el cuidado de hijos (entender como cotizado el tiempo disfrutado) entiendo que no sería suficiente para atender al mandato europeo. En cualquier caso, hay que reconocer que existe entre la doctrina quien considera que el permiso parental de la Directiva ya quedaría cubierto con la suspensión/prestación por nacimiento y cuidado del hijo (pues la norma europea anuda a este permiso una causa muy concreta, el nacimiento o adopción del hijo y los cuidados que hay que prestarle) y que el permiso parental recogido en el Estatuto sería algo distinto al de la norma europea, una suerte de excedencia voluntaria de corta duración por motivo de cuidado del menor a la que no debería anudarse prestación pública alguna, exceptuando las posibles mejoras convencionales que pudieran pactarse. Así, QUÍLEZ MORENO, J. M.^a, «El permiso parental del artículo 48 bis del Estatuto de los Trabajadores: análisis interpretativo en torno a su finalidad de conciliación laboral y familiar», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n.º 69, 2024, pp. 405 y ss. Con todo, esta fórmula supondría, a mi modo de ver, que la suspensión por nacimiento y cuidado del hijo integra, para la madre biológica, dos derechos, a saber, el permiso por maternidad de la Directiva 92/85/CEE y el permiso parental de la Directiva 2019/1158, cuando el propio TJUE ha señalado que son dos derechos distintos. Así, la STJUE de 16 de junio de 2016 (asunto Rodríguez Sánchez) señala que «es preciso observar que el Derecho de la Unión realiza una distinción entre el concepto de «permiso de maternidad», tal como se regula, en particular, en la Directiva 92/85, y el de «permiso parental», tal como se emplea en el Acuerdo marco revisado. (...) En efecto (...) el permiso parental se concede a los padres para que puedan ocuparse de su hijo y puede accederse a él hasta una edad determinada del hijo, que puede ser de hasta ocho años. El permiso de maternidad, por su parte, persigue un objetivo diferente. Su finalidad consiste en asegurar la protección de la condición biológica de la mujer y las especiales relaciones entre la mujer y su hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto, evitando que la acumulación de cargas que deriva del ejercicio simultáneo de una actividad profesional perturbe dichas relaciones (véase la sentencia de 14 de abril de 2005, Comisión/Luxemburgo, C-519/03, EU: C:2005:234, apartado 32). Por otro lado, debe recordarse que, en su sentencia de 19 de septiembre de 2013, Betriu Montull (C-5/12, EU: C:2013:571), el Tribunal de Justicia ya hubo de pronunciarse acerca de la calificación en Derecho de la Unión de un permiso disfrutado por una madre, al nacer su hijo, sobre la base del artículo 48, apartado 4, del Estatuto de los Trabajadores. En relación con tal permiso, el Tribunal de Justicia puso de manifiesto que la Directiva 92/85 garantizaba concretamente, en su artículo 8, el derecho a un permiso de maternidad de como mínimo catorce semanas ininterrumpidas, incluido un período obligatorio de como mínimo dos semanas distribuidas antes y/o después del parto, con arreglo a las legislaciones o prácticas nacionales, y recordó que el hecho de que una normativa conceda a las mujeres un permiso de maternidad de duración superior a catorce semanas no impide considerar que dicho permiso es, no obstante, uno de los contemplados en el mencionado artículo 8. Del mismo modo, el Tribunal de Justicia precisó a este respecto que un permiso como el previsto en el artículo 48, apartado 4, del Estatuto de los Trabajadores no se refería al «permiso parental», en el sentido de la Directiva 96/34».

¹⁰⁶ Con todo, de permiso lo tilda la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, que, en fecha 30 de junio de 2023, advirtió que las empresas deberán mantener en alta y cotizando a los empleados que disfruten a tiempo completo del permiso parental de ocho semanas para el cuidado de hijos menores de ocho años. Ello porque «pese a ser incluido el permiso parental en el apartado 1.o) del artículo 45 del ET como una causa de suspensión del contrato, por lo que el apartado 2 exonerá de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo, no por ello pierde la naturaleza de permiso, resultando, por lo tanto, de aplicación el artículo 69, sobre situaciones de permanencia en alta sin retribución, cumplimiento de deberes de carácter público, permisos y licencias, del Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros derechos de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 2064/1995, y, en consecuencia, la obligación de cotizar. Se recuerda que en este artículo se establece que «para las contingencias comunes

■ PROBLEMAS Y RETOS PENDIENTES EN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS...

modo, si se me permite la expresión, de no ponerle el cascabel al gato. Pero aquí ya se ha visto que este modo de actuar, al menos actualmente, no arroja óptimos resultados para la madre biológica. Por lo tanto, en la hipótesis de tener que ligar a esta causa de suspensión una prestación, ¿cómo hacerlo conjugando todos los intereses en juego, incluidos los económicos?

Tal vez el modo haya que encontrarlo en el propio texto de la norma europea. El artículo 8.3 de la Directiva estipula que «en lo que respecta al permiso parental a que se refiere el artículo 5, apartado 2, el Estado miembro o los interlocutores sociales definirán dicha remuneración o prestación económica, y lo harán de manera que se facilite el que ambos progenitores puedan disfrutar el permiso parental», siendo así que el artículo 5.2 se refiere a los dos meses de los cuatro del permiso parental que no pueden ser transferidos. Por lo tanto, la norma no liga al permiso parental una retribución mínima, como sí lo hace con el permiso paternal, pues dispone el artículo 8.2 de la norma europea que «en lo que respecta al permiso de paternidad a que se refiere el artículo 4, apartado 1, dicha remuneración o prestación económica garantizará unos ingresos al menos equivalentes a los que percibiría el trabajador de que se trate en caso de interrupción de sus actividades por motivos relacionados con su estado de salud, supeditado a cualquier límite que establezca la legislación nacional». Con todo, de lo que sí se advierte es de que la contraprestación económica debe facilitar que ambos progenitores disfruten del permiso parental, lo que parece estar recomendando que el monto económico que se establezca ha de ser lo suficientemente elevado como para incentivar que el otro progenitor haga uso del derecho¹⁰⁷.

Pues bien, desde esta perspectiva, en tanto que la norma no obliga a que el salario del trabajador sea, durante el permiso parental, el mismo que mientras está prestando servicios y tampoco obliga a que sea equivalente a lo que percibiría por una interrupción de la relación laboral por motivos de salud (lo

se tomará como base de cotización la mínima correspondiente en cada momento al grupo de la categoría profesional del trabajador y para las contingencias profesionales la base de cotización estará sujeta a los topes mínimos establecidos en el apartado 2 del artículo 9». Por lo que atañe al permiso parental disfrutado a tiempo parcial, tan sólo se indica que «el inicio de la vigencia del permiso parental disfrutado a tiempo parcial se encuentra pendiente de desarrollo reglamentario».

¹⁰⁷ Así lo contempla también el considerando 31 de la Directiva, que señala que «los Estados miembros deben fijar en un nivel adecuado la remuneración o prestación para el período mínimo no transferible de permiso parental que se prevé en la presente Directiva. Al determinar el nivel de la remuneración o prestación económica prevista para el período mínimo no transferible de permiso parental, los Estados miembros deben tener en cuenta que disfrutar el permiso parental conlleva a menudo pérdidas de ingresos para la familia y que el perceptor principal de ingresos de una familia solo va a poder acogerse a su derecho de disfrutar un permiso parental si este está suficientemente bien remunerado, para poder mantener un nivel de vida digno».

que nos lleva al terreno de la incapacidad y a sus reglas), podría pensarse en, al menos, tres alternativas. Una, la más obvia y acorde con los fines de la corresponsabilidad (y, por ello, la opción más políticamente correcta), pasaría por anudar a esta suspensión el pago del 100% de la base reguladora. Con todo, ello supondría obviar el alto coste económico de esta medida y su fuerte impacto en los contribuyentes y en las arcas públicas del Estado, que, por cierto, ya están «alimentando» otras necesidades, sin ir más lejos la protección al 100% de la ausencia por el nacimiento del hijo en sus primeros meses de vida. Otra alternativa, si se descarta la anterior, como personalmente haría, sería ligar la suspensión al pago de un porcentaje menor de la base reguladora; porcentaje que podría fijarse entre el 60% y el 75%. El primer tope no sería en modo alguno irrisorio y, en cierto modo, sería hasta equilibrado al constituir más de la mitad de la base y el segundo sería lo suficientemente elevado como para contribuir a alcanzar esa meta de la corresponsabilidad que se pretende en el disfrute de este derecho. En fin, la tercera alternativa pasaría por fijar en la Ley de Presupuestos Generales del Estado una determinada cuantía económica por día (o semana) disfrutado, que no fuera trivial, pero tampoco tan elevada como para suponer un excesivo despilfarro público. Sería algo similar a lo que ocurre con el complemento para reducir la brecha de género en pensiones (simplificándolo mucho, la idea última es la misma: el pago de una cantidad por el cuidado de un hijo cuando este cuidado genera una afectación a la carrera profesional), sólo que tal complemento va ligado al pago de una determinada prestación y en el permiso parental iría ligado a los días de disfrute que utilizasen cada uno de los progenitores¹⁰⁸. Por lo demás, incluso podría pensarse en una variable sobre las tres alternativas. Tal vez para incentivar su correcto uso por parte de los trabajadores y evitar abusos, podría barajarse la idea de que la cuantía fuese decreciendo hasta un determinado tope (nunca inferior a la mitad de la base reguladora en las dos primeras opciones por las razones ya expuestas) en función de los días que se utilizasen en un período, por ejemplo, anual, siendo que cada año se repetiría el ciclo¹⁰⁹.

Creo que con cualquiera de estas propuestas se podría dar por resuelto el problema de la retribución del permiso parental contemplado estatutariamente, ello en el bien entendido de que las ocho semanas que se prevén en nuestro

¹⁰⁸ En tanto que el permiso parental es un derecho intransferible, no vería correcto, desde el punto de vista de la corresponsabilidad, establecer limitaciones o incompatibilidades en el pago por el hecho de que lo utilizasen ambos. Otra cosa sean los argumentos economicistas.

¹⁰⁹ Por ejemplificar lo antedicho. Si la alternativa escogida por el legislador fuese la de fijar como contraprestación el 75% de la base reguladora, el disfrute, en un año, de los días uno a siete se compensaría con ese porcentaje y del día ocho en adelante con, pongamos, un 60%. Concluido el año, la fórmula se volvería a repetir.

■ PROBLEMAS Y RETOS PENDIENTES EN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS...

sistema interno se corresponden con los dos meses de permiso parental retribuido de la norma europea. Pero ¿y qué ocurriría entonces con los dos meses restantes que prevé la Directiva? Lo que está claro es que sobre ellos no pesa la obligación de la contraprestación económica. Y si esto es así me inclino por pensar que esos dos meses ya estarían cubiertos con la excedencia por cuidado de hijos del artículo 46.3 ET, al ser éste un derecho de conciliación y de ausencia a largo plazo, para el cuidado del hijo más allá de su nacimiento, intransferible, de disfrute flexible e, incluso, con una limitación específica por su ejercicio simultáneo por los dos progenitores, características todas ellas que también concurren en el permiso parental¹¹⁰. Aceptar esta propuesta supone, desde luego, admitir que para el cuidado de larga duración del hijo no recién nacido o no recién adoptado coexisten dos derechos, uno que, en principio, debería tener carácter retribuido y otro al que no se le anuda retribución alguna; pero creo que también implica admitir que al régimen jurídico de la excedencia se le deberían realizar los correspondientes retoques o ajustes para acompasar las previsiones europeas con las nacionales y también para que el artículo 48 bis ET y el artículo 46.3 ET guardasen entre ellos la debida coherencia¹¹¹.

Por lo pronto, habría que modificar la edad tope del menor. Fíjese que, en la excedencia, cuando se trata del cuidado de un hijo biológico, la duración se fija en los tres años «a contar desde la fecha de nacimiento», lo que pone de manifiesto que el tope de edad del hijo biológico lo marcan, precisamente, sus tres años de vida. Más allá de esa edad, no podría solicitarse este tipo de excedencia. Ello no obstante, tal límite temporal no juega cuando se trata de un menor adoptado o acogido, pues aquí el *dies a quo* se fija en la fecha de la resolución judicial o administrativa y ésta no tiene por qué coincidir con el hecho del nacimiento. La edad del menor en este supuesto no va, entonces, a importar, por lo que el cuidado del menor mayor de tres años adoptado o acogido generará la solicitud de la excedencia por parte de sus padres o tutores.

Se podría argumentar que si el legislador ha silenciado la edad del menor en este caso es por un motivo, que podría traducirse en el hecho de que no importa tanto aquí el cuidado del menor como su integración social en el ámbito social y familiar. Y esta necesidad existe sea cual sea la edad del menor. Con todo, esta es una forma de verlo que intenta soslayar, entiendo, ciertos

¹¹⁰ Apostaba ya por esta idea BALLESTER PASTOR, M.ª A., «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*, n.º 11, 2019, p. 1124.

¹¹¹ Todo ello a salvo de que se acometa una refundición de ambos derechos, creando uno solo para el propósito que se pretende y que tuviera una parte retribuida y otra sin retribuir.

visos de inconstitucionalidad en la norma. Idénticas razones de cuidado y protección, conciliatorias incluso, existen cuando se trata de un hijo biológico que cuando se trata de un hijo adoptado o acogido¹¹². Que con estos últimos exista, además, otro condicionante, puede admitirse, pero ello no debería servir para abogar por una interpretación del precepto por la que resulte indiferente aquí la edad del menor.

Por lo tanto y en mi opinión, también en los supuestos de adopción importa la edad del hijo para poder acogerse a la excedencia. La cuestión estriba ahora en determinar cuál sea la edad tope de ese menor. Y aquí, por razones de coherencia con el permiso parental que contempla la Directiva 2019/1158 del que es trasunta la excedencia por cuidado de hijos, y con el permiso parental del artículo 48 bis ET, entiendo aplicable la edad de los ocho años. El asunto, no obstante, es que llevar a sus últimas consecuencias este planteamiento implica admitir que, cuando el hijo es biológico, los tres años de edad del menor se antojan ciertamente escasos. A mi modo de ver, desde la similitud que anuda ambos supuestos, la edad tope de los ocho años es la que también habría de mantenerse cuando de la excedencia por hijo biológico se tratase, de tal modo que los tres años de excedencia no deberían contarse desde la fecha del nacimiento del hijo, sino, más bien, desde que se cursara la solicitud al empresario. Lo contrario resultaría un contrasentido ya que los mismos intereses están en juego cuando el menor es hijo biológico que cuando es adoptado o acogido. Por ello, entiendo que una futura modificación normativa del texto del artículo 46.3 ET debería entrar en esta cuestión y fijar los ocho años del menor como límite máximo para solicitar la excedencia y ello con independencia de la naturaleza del vínculo de filiación que se haya constituido.

Esta propuesta, además, tendría la ventaja de que el hijo biológico menor, pero mayor de tres años pudiera ser tutelado por este tipo de excedencia. Ahora mismo, con la redacción actual del precepto, no lo está. Y tampoco lo está por la excedencia para el cuidado de familiares. Ciertamente, la letra del redactado legal («también tendrán derecho a un periodo de excedencia, de duración no superior a dos años, salvo que se establezca una duración mayor por negociación colectiva, los trabajadores para atender al cuidado de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad no pueda valerse por sí mismo, y no desempeñe actividad retribuida») puede generar cierta duda interpretativa, porque un

¹¹² El mismo razonamiento sigue LÓPEZ TERRADA, E., «Corresponsabilidad y permisos parentales: la menor edad protegida por el ordenamiento español», FERNÁNDEZ PRIETO, M. y CABEZA PEREIRO, J. (Coords.), *Políticas de conciliación, permisos parentales y empleo*, Bomarzo, Albacete, 2012, p. 288.

■ PROBLEMAS Y RETOS PENDIENTES EN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS...

menor mayor de tres años es un familiar que, por razón de su edad, no puede valerse por sí mismo y requiere de la vigilancia y cuidado de otra persona. No obstante, bien es verdad que, desde sus orígenes, la excedencia por razones familiares está pensada básicamente para familiares mayores y enfermos, que no pueden valerse por sí mismos ni desempeñan actividad retribuida alguna. El cuidado del hijo menor pero mayor de tres años sólo podría tener cabida aquí –y con reparos– si estuviera enfermo, accidentado o discapacitado. Pero, no siendo el caso, su atención a través de la excedencia no podría tener lugar, ni por la correspondiente al cuidado de hijos, ni por la correspondiente al cuidado de familiares, con el contrasentido añadido en este último caso de que exigir la condición invalidante de enfermedad, accidente o discapacidad para la concesión de esta excedencia supondría, en una interpretación *a sensu contrario*, que no existiendo tal enfermedad, el menor podría valerse por sí mismo y esto puede ser así en algunos casos, pero no en otros por la cortísima edad del menor.

De igual modo y más allá de lo anterior, debería concretarse un tanto el régimen de disfrute de la excedencia¹¹³. Así, no estaría de más fijar un determinado período de preaviso (los diez días, por ejemplo, que marca el artículo 48 bis ET o los que, en su caso, pudiera prever el convenio), teniendo que especificar la persona trabajadora la fecha de inicio y de fin del disfrute del derecho. Con todo, es de observar que en la redacción actual del permiso parental en la norma estatutaria se hace referencia a que, efectivamente, es decisión de aquélla especificar la fecha de inicio y fin del disfrute o, en su caso, de los períodos de disfrute, pero «teniendo en cuenta la situación [de la persona trabajadora] y las necesidades organizativas de la empresa». A mi modo de ver, hay dos posibles interpretaciones de esta matización. La primera supondría entender que la concreción de la fecha de inicio y fin de disfrute debería pasar por el previo consenso con el empresario o, al límite, por su judicialización (como ocurre con la reducción de jornada), habida cuenta de que las necesidades organizativas empresariales también habrían de ser salvaguardadas. Si ello así fuera y por coherencia, a la excedencia por cuidado de hijos se le debería añadir una limitación adicional, pues razones organizativas pudieran impedir el disfrute del derecho en el período deseado por el trabajador. La segunda

¹¹³ Aunque la excedencia por cuidado de familiares no puede verse, en mi opinión, como trasunta del permiso parental porque en ella no se trata de cuidar al hijo, lo cierto es que no creo que haya obstáculo alguno para considerar aplicables a esta excedencia las modificaciones que ahora se van a comentar. Y ello por dos motivos: primero, porque, a fin de cuentas, el Estatuto, por lo que atañe a su modo de ejercicio, les otorga tanto a la excedencia por cuidado de hijos como a la excedencia por cuidado de familiares el mismo tratamiento o estatus; y segundo, porque las propuestas que se plantean no suponen merma alguna de derechos para el trabajador.

interpretación, que es por la que me inclino, supone realizar una lectura armonizada del artículo 48 bis ET y del artículo 5.3 Directiva 2019/1158.

En efecto, dispone concretamente este último precepto que «los Estados miembros establecerán un plazo razonable de preaviso que debe cumplir el trabajador de cara al empleador al ejercer su derecho al permiso parental. Para ello, los Estados miembros tendrán en cuenta las necesidades tanto de los empleadores como de los trabajadores. Los Estados miembros se asegurarán de que en la solicitud de permiso parental del trabajador se indique la fecha prevista de inicio y de fin del período de permiso». Es decir, para la norma europea el hecho de tener en cuenta las necesidades de la empresa y de la persona trabajadora se anudan a la concreción del plazo de preaviso, de tal modo que los Estados miembros no pueden establecer un preaviso ni excesivamente extenso ni excesivamente breve para no causar perjuicios innecesarios a ambas partes de la relación. Es más, la otra ocasión en la que se alude a las necesidades empresariales y a las propias del trabajador es cuando se hace referencia a la posibilidad de ejercitar el derecho, pero de una forma flexible («los Estados miembros (...) estudiarán y atenderán las solicitudes [de permiso parental en formas flexibles] teniendo en cuenta tanto sus propias necesidades como las de los trabajadores»). Por lo tanto y más allá de las enunciadas, no aparece previsión alguna en la Directiva que contemple una modulación en la concreción de la fecha de disfrute del permiso parental en base a criterios organizativos empresariales.

Por su parte, indica literalmente el segundo párrafo del artículo 48 bis ET, número dos, que «corresponderá a la persona trabajadora especificar la fecha de inicio y fin del disfrute o, en su caso, de los períodos de disfrute, debiendo comunicarlo a la empresa con una antelación de diez días o la concretada por los convenios colectivos, salvo fuerza mayor, teniendo en cuenta la situación de aquella y las necesidades organizativas de la empresa». Ciertamente, la redacción del precepto induce a confusión porque podría pensarse, como antes se ha dicho, que motivos, por ejemplo, de índole organizativa deberían ser tenidos en cuenta para fijar la fecha de disfrute. Ello no obstante, de la lectura global del precepto, se desprende, a mi entender, que la intención de quien legisla es construir un derecho de disfrute directo, que no se haga depender (obsérvese que, en el artículo 48 bis ET, se utiliza el verbo «comunicar» y no «solicitar») de una previa negociación con la empresa. O, dicho de otra forma, el empresario no podrá aceptar o rechazar la concreta petición. Únicamente, le quedará aceptarla, siempre, eso sí, que se le hubiese avisado con la antelación debida, a salvo de los supuestos de fuerza mayor, que deberán ser convenientemente valorados.

■ PROBLEMAS Y RETOS PENDIENTES EN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS...

Por lo tanto, de aceptarse esta interpretación, creo que podría convenirse que la referencia a que deben tenerse en cuenta las necesidades de la empresa y de la persona trabajadora es una previsión que –en coherencia con lo señalado en el artículo 5.3 de la norma europea– implica una llamada de atención a la negociación colectiva, que deberá fijar plazos de preaviso adecuados, equilibrados, teniendo en cuenta los intereses de una y de otra parte de la relación¹¹⁴. Y ello desde luego tendría que ser así en el marco del permiso parental del artículo 48 bis ET, pero también debería serlo en la excedencia por cuidado de hijos si se sigue la línea interpretativa que aquí se propone de acompañar su régimen jurídico a las previsiones europeas y nacionales que regulan aquel derecho.

Interesa destacar también, a efectos de lo que aquí importa, la posibilidad que se le concede al empresario en el permiso parental de la norma europea de «aplazar» su concesión «por un período razonable»¹¹⁵ y por escrito cuando el momento de disfrute elegido altere «seriamente el buen funcionamiento de la empresa»; circunstancia ésta que en el artículo 48 bis ET se ha concretado en el hecho de que «dos o más personas trabajadoras generasen este derecho por el mismo sujeto causante o en otros supuestos definidos por los convenios colectivos en los que el disfrute del permiso parental en el período solicitado altere seriamente el correcto funcionamiento de la empresa». Pues bien, como se conoce, en la excedencia hay una previsión similar, aunque no idéntica, pues señala el tercer párrafo del artículo 46.3 ET que «si dos o más personas trabajadoras de la misma empresa generasen este derecho por el mismo sujeto causante, la empresa podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones fundadas y objetivas de funcionamiento debidamente motivadas por escrito debiendo en tal caso la empresa ofrecer un plan alternativo que asegure el disfrute de ambas personas trabajadoras y que posibilite el ejercicio de los derechos de conciliación». Las diferencias, como se puede observar, son sutiles, pero importantes.

Por lo pronto, conviene advertir sobre lo que creo que es una errata en el redactado correspondiente al permiso parental del artículo 48 bis ET. Si se

¹¹⁴ Entre los intereses empresariales para concretar el plazo de preaviso podrían estar aspectos tales como la dimensión de la corporación o a la cualificación o posición estratégica de la persona trabajadora dentro de la organización. Sobre ello, MONEREO PÉREZ, J. L., RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. y RODRÍGUEZ INIESTA, G., «Conciliación laboral y familiar de los progenitores y los cuidadores en el Real Decreto-ley 5/2023: Panorámica general», *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo. Laborum*, n.º 9, 2023, p. 28.

¹¹⁵ Se ha indicado que hubiese sido razonable fijar una duración máxima al aplazamiento para evitar malograr el efecto útil de la norma o, lo que es lo mismo, para evitar retrasos en los cuidados contrarios a su propia finalidad. Así, CABEZA PEREIRO, J., «La Directiva de conciliación de ..., *op. cit.*, p. 61.

observa, la limitación acontece cuando dos (o más)¹¹⁶ trabajadores generen el derecho por el mismo sujeto causante, sin más. Pues bien, si se tuviera que aceptar que esta redacción es la correcta, debería, del mismo modo, aceptarse que el empresario estaría legitimado para preguntar al progenitor que está trabajando en su organización si el otro, que, a su vez, estaría prestando servicios para otra empresa, hará uso o estando haciendo uso ya del derecho al permiso parental, pues no de otro modo podría saberlo. Por decirlo con otras palabras, la norma así leída estaría habilitando al empleador a inmiscuirse en la forma en que los progenitores deciden utilizar sus derechos de conciliación, lo que supondría, a la postre, vulnerar el derecho a la intimidad de las personas trabajadoras¹¹⁷. Pero, por si ello no fuera poco, piénsese que limitar su ejercicio a uno de los progenitores implicaría no sólo refutar la titularidad indistinta e indiferenciada del derecho, sino también obstaculizar el camino hacia la corresponsabilidad, que es, precisamente, la meta que se quiere alcanzar. Por todo ello, entendiendo que tal interpretación, en buena lógica, no es la más acertada, me inclino por pensar que quien legisla ha cometido un error involuntario en la redacción del precepto: pretendiendo trasladar al texto del permiso parental una fórmula ya utilizada precisamente en las excedencias para el cuidado de hijos y de familiares, se ha olvidado de añadir la importante matización de que ambos progenitores trabajen en la misma empresa. Matización, además, que sería coherente con la exigencia de que el disfrute del derecho por ambos al mismo tiempo, siendo los dos trabajadores de la misma organización, debe tener el potencial necesario para alterar seriamente el correcto funcionamiento de la empresa¹¹⁸.

Dejando aclarado esto, creo que una posible reforma del régimen de esta limitación empresarial en el contexto de la excedencia debería pasar por matizar tanto la causa que motiva este tipo prerrogativa como la actuación del empleador. De este modo, por lo que respecta a la primera cuestión, obsérvese

¹¹⁶ No se logra entender el motivo de esta adición. Si el permiso parental se ha diseñado para conferirlo a los progenitores y éstos son dos o, a lo sumo, uno si es progenitor solo, ¿cómo puede haber más personas?

¹¹⁷ En contra de esta actuación empresarial a efectos del ejercicio de los derechos de conciliación en general, vid., entre otros, GASCÍA TESTAL, E., «Conciliación entre la vida profesional y ..., *op. cit.*», p. 169 y CASTRO ARGÜELLES, M.ª A., «Conciliación de la vida familiar y laboral de progenitores y cuidadores: la transposición de la Directiva (UE) 2019/1158 por el Real Decreto-ley 5/2023», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 271, 2024, p. 21.

¹¹⁸ A mi modo de ver, de la redacción del último párrafo del artículo 48 bis ET, número dos, se deriva que el disfrute simultáneo del derecho por trabajadores de la misma empresa es uno de los supuestos que, según las circunstancias concurrentes, podrían provocar una alteración seria en el funcionamiento de la entidad. No sería, por lo tanto, un supuesto distinto y diferenciado de aquellos que tuvieran el potencial de ocasionar tal desajuste.

■ PROBLEMAS Y RETOS PENDIENTES EN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS...

que, en la excedencia, la limitación deriva de «razones fundadas y objetivas de funcionamiento debidamente motivadas por escrito». Mientras, en el permiso parental, tanto en el contexto europeo como nacional, la limitación deriva del hecho de que la solicitud de disfrute en un determinado período altera «seriamente el correcto funcionamiento de la empresa». Esta causa podría subsumirse en la primera sin ningún problema, pero creo que no deja de ser una especie dentro del género, porque lo que exigiría, a mi entender, es un plus, una real e importante gravosidad. Por lo tanto, el ajuste legislativo pasaría por establecer un nivel de exigencia mayor, una razón cualificada, en la posible limitación empresarial: únicamente la alteración «sería» y no tan sólo «objetiva» en el funcionamiento de la entidad –que habría que valorar caso por caso– justificaría el ejercicio por el empresario de su potestad de limitar el uso y disfrute de la excedencia para el cuidado de hijos.

En cuanto a las posibilidades de actuación del empresario, cierto es que el permiso parental y la excedencia coinciden cuando de ofrecer un plan alternativo se trata. Es decir, el empresario, de darse –como se ha dicho– las circunstancias para ello, estará habilitado para ofrecer una propuesta alternativa de disfrute, porque lo que se pretende es que tenga una actitud constructiva y no se limite a negar sin más el ejercicio de cualquiera de los dos derechos a causa de la concurrencia de determinados motivos. Ahora bien, en lo que difieren es que, en el permiso parental del artículo 48 bis ET y también en el contemplado en la Directiva, primero se ofrece la alternativa y, si no fructifica, se aplica la limitación del aplazamiento razonable. Siendo coherente con el discurso que aquí se trae, lo cierto es que en la excedencia debería ocurrir lo mismo: la solución última debería ser el aplazamiento razonable. Es decir, de tal y como está ahora redactada la norma («la empresa podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones fundadas y objetivas de funcionamiento debidamente motivadas por escrito debiendo en tal caso la empresa ofrecer un plan alternativo que asegure el disfrute de ambas personas trabajadoras y que posibilite el ejercicio de los derechos de conciliación»), no se desprende de ella la posibilidad del aplazamiento, sino sólo la de denegar el derecho, no pudiéndose entender, además, que el ofrecimiento del plan alternativo consista, precisamente, en ese aplazamiento, porque ello no es lo que busca el legislador. Por este motivo, lo que se propone es darle la vuelta al planteamiento: que, ante la petición de disfrute de la excedencia por ambos progenitores, siendo los dos empleados de la misma entidad, y en un contexto de alteración seria del funcionamiento de la organización, se ofrezca el plan alternativo que se considere y que, en su defecto, esto es, si la alternativa de disfrute no satisface las nece-

sidades de conciliación de la persona trabajadora, se aplace el ejercicio del derecho por un tiempo razonable, siendo ésta la única limitación posible.

Precisamente al hilo de lo anterior, creo, en fin, que debería acometerse otra modificación por la cual el derecho a la excedencia pudiera disfrutarse a tiempo parcial porque, con ello, se alcanzaría el objetivo de una mejor y más óptima conciliación de los intereses familiares y se lograría occasionar un menor agravio en la carrera profesional de la persona trabajadora que se coloca en este tipo de excedencia. Sería ésta una modificación que podría implementarse de dos formas. La primera supondría introducir, junto con el disfrute fraccionado de la excedencia¹¹⁹, la posibilidad del disfrute a tiempo parcial. Pudiera decirse, no obstante, que ya existen para estos fines las reducciones de jornada y el derecho de adaptación por motivos de conciliación que ofrecen flexibilidad en el modo de conciliar a la persona trabajadora; pero, a mi modo de ver, no creo que haya obstáculo alguno en trasformar un derecho de ausencia completo en uno que permita una presencialidad parcial, tal y como, por cierto, ya se permite con la suspensión por nacimiento y cuidado del hijo o, precisamente, con el permiso parental del artículo 48 bis ET.

La segunda forma consistiría, justamente, en anudar el disfrute a tiempo parcial de la excedencia al plan alternativo que ofrecería la empresa, dando con ello cumplimiento a lo previsto en el número siete del artículo 5 Directiva 2019/1158 que conmina a los Estados miembros a adoptar «las medidas necesarias para garantizar que, al examinar las solicitudes de permiso parental a tiempo completo, los empleadores, antes de aplicar cualquier aplazamiento (...) ofrezcan, en la medida de lo posible, formas flexibles de disfrutar el permiso parental». Se trataría, entonces y por decirlo de otro modo, de que, ante una alteración seria en el funcionamiento de la organización debido a la petición de ambos progenitores de hacer uso de la excedencia, siendo los dos trabajadores de la misma entidad, el empresario pudiera ofrecer, como alternativa a la solicitud del derecho a tiempo completo, su disfrute en régimen a tiempo parcial para uno o para ambos, acompañando de este modo el tiempo de trabajo y el tiempo de cuidados de una forma equilibrada para las dos partes de la relación laboral.

¹¹⁹ El fraccionamiento del derecho supone que podrá ejercitarse de forma continuada e ininterrumpida por una sola vez o, por el contrario, en más de una ocasión en atención a las necesidades que concurren. Esta posibilidad fue introducida por la LO 3/2007, de 22 de marzo. Hasta ese momento, el asunto se había debatido tanto en sede doctrinal como judicial, en esta última con posiciones contrarias. Así, a favor del fraccionamiento, SSTSJ Asturias, de 30 de diciembre de 2014 (Rec. n.º 2600/2014), Castilla-La Mancha, de 6 de julio de 2006 (Rec. n.º 641/2005), Castilla y León (Burgos), de 21 de enero de 2002 (Rec. n.º 3/2002) y Murcia, de 12 de marzo de 2001 (Rec. n.º 1080/2000), entre otras. En contra y por ejemplo, STSJ País Vasco, de 11 de octubre de 2005 (Rec. n.º 1647/2005).

B. OTROS DESAJUSTES E INACCIONES

1) *La llamada a la corresponsabilidad en las excedencias para el cuidado de hijos y familiares*

Retomando el tema de las excedencias, existe en el último párrafo del artículo 46.3 ET la siguiente previsión incluida por el Real Decreto 5/2023: «en el ejercicio de este derecho se tendrá en cuenta el fomento de la corresponsabilidad entre mujeres y hombres y, asimismo, evitar la perpetuación de roles y estereotipos de género». La introducción de esta matización¹²⁰ no deja de ser, en mi opinión, un brindis al sol, si se permite la expresión, una afirmación carente de efectividad práctica, en tanto que ninguna sanción o previsión negativa alguna se impone de no darle cumplimiento. Cierto es, no obstante, que el legislador se afana en animar a los titulares del derecho a que disfruten del mismo de forma corresponsable cuando, en el régimen de la reserva de puesto de trabajo, se añade la matización –incluida también en el permiso para el cuidado del lactante– de que «cuando la persona ejerza este derecho con la misma duración y régimen que el otro progenitor, la reserva de puesto de trabajo se extenderá hasta un máximo de dieciocho meses». Ahora bien, siendo

¹²⁰ También referenciada en las reducciones de jornada del artículo 37.6 ET. Por lo demás, tan sólo se deja apuntado que en el artículo 34.8 ET parece existir igualmente otra llamada a la corresponsabilidad, aunque esta vez el redactado es más claro y el destinatario también lo es. Así, se señala que «en la negociación colectiva se podrán establecer, con respeto a lo dispuesto en este apartado [la adaptación de la forma y tiempo de prestación por motivos de conciliación], los términos de su ejercicio, que se acomodarán a criterios y sistemas que garanticen la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre personas trabajadoras de uno y otro sexo». Se ha considerado, al respecto, que esta previsión podría coadyuvar a fomentar la corresponsabilidad si, por ejemplo, el convenio o el plan de igualdad regulasen beneficios o ventajas para los trabajadores varones que los indujesen a solicitar la adaptación de su jornada. Así, GORELLI HERNÁNDEZ, J., «La nueva regulación de la adaptación de jornada: de la melancolía a una esperanza contenida», *Derecho de las relaciones laborales*, n.º 2, 2020, p. 113. Idea ésta, por lo demás, que iría en la línea de la previsión que aparecía en la Proposición de Ley de Familias (BOCG, Congreso de los Diputados, de 1 de marzo de 2024) para introducir un nuevo apartado 10 en el artículo 34 ET, que rezaba así: «la empresa recogerá datos desagregados por sexo relativos al disfrute de los derechos de conciliación, que deberán incluir al menos lo establecido en los apartados 4 y 5 del anexo del Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad y su registro y se modifica el Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo, e incluirá en su plan de igualdad medidas encaminadas a eliminar los desequilibrios existentes». Evidentemente, cabe plantearse que medidas correctoras habría que introducir en los planes de igualdad si los datos reflejasen el uso mayoritario por mujeres de los derechos de conciliación: ¿conceder prebendas a los hombres y no a las mujeres (o sólo parcialmente a ellas) para incentivarles en el uso de estos derechos? Pues parece que sí, si atendemos ahora a la modificación que se pretendía introducir en el texto de la reducción de jornada: «para fomentar el ejercicio corresponsable este derecho, las medidas que adopten las empresas para evitar cualquier tipo de discriminación entre mujeres y hombres conforme lo establecido en el artículo 45 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, deberán promover la distribución equilibrada de los derechos de conciliación entre mujeres y hombres, impulsando medidas de corresponsabilidad que fomenten su utilización por parte de los hombres».

de agradecer la previsión legal, creo que quien legisla debería haber sido más concreto en los términos utilizados. Porque ¿qué es misma duración? Y, especialmente, ¿qué es mismo régimen? *A priori*, parece fácil convenir que el período extra de reserva de puesto de trabajo sólo se podrá generar cuando ambos progenitores hayan acordado acogerse al mismo tiempo de excedencia. En cuanto a qué sea exactamente el «mismo régimen», es éste un asunto menos claro. En las excedencias el único parámetro que existe para identificar un mismo régimen es el del disfrute fraccionado, pues no hay otro al que acogerse con el redactado actual de la norma. Si ello así se considera, podría decirse que el mismo régimen se identificaría con el hecho de que ambos progenitores hubiesen decidido o bien disfrutar del período de excedencia de forma completa e ininterrumpida o bien disfrutarlo de forma fraccionada, aunque, en este caso, cierto es que habría que ponderar también si por mismo régimen cabe entender igualmente mismos períodos de fraccionamiento.

En cualquier caso, las cifras demuestran que esta matización que se introduce en el texto de la norma estatutaria no ataja el problema de fondo del que adolece la institución: su ejercicio mayoritario por mujeres¹²¹. Con todo lo que ello implica, pues se trata de un derecho de ausencia de larga duración, que supone, por lo tanto, la separación del mercado de trabajo durante prolongados períodos de tiempo y que, por ello, ocasiona graves secuelas en la carrera profesional de la mujer, en su cualificación profesional y en su progresión en materia de pensiones. Para paliar de alguna forma tales desgravios, este tipo de excedencias incorporan una suerte de tutela protectora que se traduce, resumidamente, en el mantenimiento de la antigüedad, en el derecho a participar en cursos de reciclaje profesional y en la consideración como cotizado del tiempo durante el que se esté disfrutando del derecho para futuras prestaciones. Sin embargo, todas estas medidas no amilan tampoco la falta de corresponsabilidad en el uso de este derecho. ¿Se podría hacer algo más al respecto?

Evidentemente, se puede argumentar que la falta de compensación económica durante este período agrava el problema, pues de mantenerse los recursos económicos habituales, los que se perciben por el trabajo realizado, la tendencia sería distinta, con una mayor participación de los varones, tal y como se ha comprobado con la suspensión por nacimiento y cuidado del menor. La solución, entonces, pasaría por retribuir el tiempo de excedencia. Sería la solución más fácil, la que socializaría el ejercicio del derecho y la que con-

¹²¹ De hecho, según los datos del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, en los primeros nueve meses del 2024, el 84,5% de las excedencias las solicitaron y las disfrutaron mujeres.

■ PROBLEMAS Y RETOS PENDIENTES EN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS...

tribuiría de mejor forma a alcanzar la meta de la corresponsabilidad. Ahora bien, también es la solución más costosa y, por mucho que cueste admitirlo (o decirlo en voz alta) no todo ejercicio de un derecho de conciliación puede ser retribuido por el Estado¹²² y más cuando éste debe preocuparse por sufragar otras necesidades incluso más acuciantes (véase el caso –sangrante– de la dependencia) o servicios públicos que sean capaces de atender a toda la población y que consumen muchos recursos del sistema.

Descartada por mi parte, entonces, la opción por anudar a la excedencia una retribución económica¹²³, ¿qué se puede hacer para intentar revertir la situación? Por lo pronto, se me ocurre la posibilidad, ya planteada anteriormente, de introducir –conforme a los artículos 5.6 y 5.7 Directiva 2019/1158– el disfrute a tiempo parcial de este derecho de ausencia, que complementaría, a su vez, a la posibilidad de disfrute fraccionado que ya se prevé en la norma estatutaria. Y es que, si en la suspensión por nacimiento y cuidado del menor ello ya es viable, no parece existir motivo alguno para negarlo cuando de la excedencia se trata. De este modo, quien solicitara el derecho no se vería apartado totalmente del mercado laboral y podría compatibilizar los cuidados con la prestación laboral. No obstante, esta medida tendría un coste, materializado en el impacto negativo que un trabajo a tiempo parcial ocasiona en cualquier carrera prestacional; impacto, no obstante, en cierta forma mitigado por la equiparación que se ha realizado del trabajo a tiempo parcial con el trabajo a

¹²² Con todo, es de advertir que existen subvenciones autonómicas destinadas a compensar la pérdida de ingresos. Si como muestra un botón, puede verse la Orden FAM/1454/2023, de 18 de diciembre, por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de subvenciones destinadas a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en Castilla y León: líneas de reducción de jornada laboral y excedencia.

¹²³ La opción por la retribución, no obstante, aparecía reflejada en la Proposición de Ley de Familias, pues en ella se contemplaba el carácter retribuido tanto de la excedencia como de la reducción de jornada. Así, se preveía que «la prestación económica consistirá, en el caso de la excedencia, en un subsidio equivalente al setenta por ciento de la base reguladora a tiempo completo o, en el caso de la reducción de la jornada, el equivalente aplicado sobre el tiempo parcial trabajado». Se añadía, además, que, «con carácter general, la duración de la prestación será de un máximo de treinta y dos semanas a tiempo completo por cada hija o hijo causante, en el caso de la excedencia. En el caso de la reducción de jornada, la prestación se incrementará en proporción al porcentaje de dicha reducción, de forma que, por ejemplo, si la reducción de jornada fuese de un 50%, la prestación podrá cobrarse durante 64 semanas. El derecho a esta prestación tendrá la misma duración para las familias monoparentales o monomarentales que para las familias biparentales. Adicionalmente, en el caso de concurrir necesidades singulares de cuidado, como, entre otras, discapacidad de la persona menor de edad o partos, adopciones o acogimientos múltiples, se podrán reconocer hasta dieciséis semanas más de prestación económica, o el equivalente a tiempo parcial». También se contemplaba que «en el supuesto del cuidado de personas menores de edad, cuando concurran en ambos progenitores, adoptantes, guardadores con fines de adopción o acogedores de carácter permanente, las circunstancias necesarias para tener la condición de beneficiarios de la prestación, el derecho a percibirla se repartirá entre ambos progenitores a partes iguales, sin que sea transferible entre ellos total o parcialmente dicho derecho».

tiempo completo a efectos del cómputo de los períodos de cotización necesarios para el reconocimiento de determinadas prestaciones¹²⁴.

Ahora bien, este retoque que se propone me temo que no contribuiría a que la excedencia se utilizara de forma corresponsable. Como creo que tampoco lo haría introducir como posibilidad un reparto del tiempo de excedencia entre los progenitores o los cuidadores para que a cada uno de ellos le correspondiera una determinada cuota de tiempo destinada a prestar los cuidados¹²⁵, a salvo de que el legislador fuera más incisivo y acompañara esta medida de algún tipo de beneficio o, incluso, perjuicio que potenciase este uso a prorrata. Y es que, a mi modo de ver, tal vez no haya solución para un problema que tiene una sólida base cultural, más allá de anudarle a la excedencia, como se ha dicho antes, una cuantiosa (y jugosa) retribución capaz de cambiar la tendencia. Por ello, creo que habría que tener amplitud de miras, cambiar el foco del debate y entender que este derecho de ausencia de larga duración debería ser el último (ultimísimo) recurso posible de la mujer (o del hombre) para poder conciliar. El enfoque debe ser potenciar otras políticas esenciales que tienen la llave para evitar el deterioro del estatus laboral. Si de cuidados y atención de larga duración se trata, promociónese la universalización de la educación infantil de calidad de cero a tres años y la ampliación de las jornadas escolares para que se puedan acompañar a los tiempos de trabajo¹²⁶ y otórguese una mejor subvención al Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (SAAD), pues las ayudas que se perciben por la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia o llegan con retraso¹²⁷ o no son lo suficientemente

¹²⁴ El Real Decreto Ley 2/2023, de 16 de marzo modificó el artículo 247 LGSS para darle la siguiente redacción: «A efectos de acredecir los períodos de cotización necesarios para causar derecho a las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, incapacidad temporal y nacimiento y cuidado de menor se tendrán en cuenta los distintos períodos durante los cuales el trabajador haya permanecido en alta con un contrato a tiempo parcial, cualquiera que sea la duración de la jornada realizada en cada uno de ellos».

¹²⁵ La idea ya es posible encontrarla, aunque para la reducción de jornada, en el artículo 48.i) EBEP.

¹²⁶ Se ha dicho al respecto que «la incompatibilidad del horario laboral del sector privado, escolar, comercio, hostelería, restauración y de administración pública es uno de los obstáculos más grandes a la hora de conciliar la vida profesional, personal y laboral. Habría que intentar seguir un horario más europeo y, en la medida de lo posible, homogeneizar los horarios de diferentes ámbitos, respetando sus particularidades». Así, FERNÁNDEZ-CREHUET SANTOS, J. M.^a, «El mercado laboral español y la conciliación de la vida profesional, familiar y personal: necesidad de un cambio de modelo económico, social y cultural», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, n.º 133, 2017, p. 382. Es ésta una idea –la de ampliar la jornada escolar– que puede confrontar con otras provenientes de otros sectores académicos, pero que, en la práctica, ya se está llevando a cabo y sin mayores complicaciones por varios colegios españoles, al permitirse cursar en ellos primero y segundo de la ESO y no en los Institutos de Educación Secundaria donde la jornada concluye más pronto.

¹²⁷ Es acuciante la necesidad de reducir tanto la carga burocrática que implica la tramitación de la dependencia, como los tiempos de espera para poder obtener el servicio solicitado de forma inicial o tras una modificación.

■ PROBLEMAS Y RETOS PENDIENTES EN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS...

importantes en cuantía para cubrir el gasto que supone una plaza en centros de día o residenciales (escasos en algunas poblaciones) o una atención domiciliaria suficiente y de calidad por un cuidador profesional¹²⁸.

Evidentemente, todo ello conlleva un gasto económico importante en plantillas, mantenimiento o infraestructuras, pero los beneficios de estas medidas en materia de conciliación y hasta de generación de empleo serían incalculables. Hasta podrían tener ese enfoque transformador de la sociedad y de las pautas de comportamiento que se busca cuando se acometen reformas en las medidas laborales al permitir construir un modelo de cuidados y de atención a niños y mayores profesionalizado, accesible y capaz de involucrar a todas las personas, sean hombres o mujeres. Por ello, debería existir un compromiso de financiación no fluctuante, sino estable, priorizando objetivos por etapas, que garantizara la sostenibilidad de todo el sistema y que supusiera tal vez redirigir fondos de una partida presupuestaria a otra. Se puede pensar que quizá sea fácil plantear este desafío sin los datos económicos sobre la mesa, pero lo cierto es que parece evidente que el coste de no realizar esta inversión nos sitúa en el momento actual, con un alto número de mujeres utilizando, porque no tienen más remedio, el margen de tiempo que les concede la excedencia para poder cuidar o atender a niños y mayores y que, a la postre, las conduce al abandono temporal del mercado laboral o, al límite, a su expulsión definitiva del mismo¹²⁹.

¹²⁸ Todo ello en la línea de la Resolución del Parlamento Europeo, de 5 de julio de 2022, sobre el fomento de una acción europea común en materia de cuidados (2021/2253(INI)). Conviene dejar apuntado que, en materia de dependencia, existe un Fondo de apoyo para la promoción y desarrollo de infraestructuras y servicios del Sistema de Autonomía y Atención a la Dependencia, creado por la Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2009. Dispónia, para ese ejercicio, de una dotación de 17.000 miles de euros. El Fondo ha sido prorrogado hasta el 30 de septiembre de 2034 y cuenta con los recursos aportados hasta la fecha al Fondo y las dotaciones adicionales que puedan preverse en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado

¹²⁹ Sugerir un modo de financiar lo que se propone requeriría de un estudio en profundidad de la materia fiscal. Evidentemente, la vía más fácil pasa por la financiación vía impuestos o vía cotizaciones, pero con todo lo que ello supone. Al respecto, una de las alternativas que se han planteado es la creación de un Fondo específico para los Cuidados, que cuente con recursos procedentes de diversas fuentes, entre ellas, los ingresos tributarios (se trataría de establecer la contribución de un porcentaje de la recaudación de ciertos impuestos, como los impuestos especiales, el impuesto a la renta o el Impuesto sobre sociedades y desarrollar una estrategia para fortalecer los ingresos tributarios que contribuyan de forma progresiva y eficaz al financiamiento del Fondo y del Sistema, explorando nuevas fuentes de ingresos, tales como impuestos Medioambientales, impuestos a las actividades digitales o impuestos a los beneficios extraordinarios de las empresas), los recursos procedentes de fuentes de financiación europea y los recursos procedentes de la Seguridad Social (estudiando la posibilidad de establecer una cuantía en los aportes a la Seguridad Social que vaya destinado a financiar el fondo, emulando lo que en la actualidad es el aporte al FOGASA). Sobre ello, Documento de Bases por los Cuidados, Ministerio de Igualdad-Instituto de las Mujeres, 2023, pp. 194 y 196.

Pero la transición hacia otro modelo, uno por el cual la excedencia por cuidado de hijos y familiares sea el último recurso a contemplar, debe permear también al modelo laboral, a las empresas. Tengo mis dudas de que la reducción de jornada sin pérdida de retribución que se propone desde el Gobierno¹³⁰ sea una buena medida para alcanzar el resultado, básicamente porque, primero, la reducción que se plantea ya la contemplan muchos convenios colectivos y los problemas anudados a la conciliación y la corresponsabilidad persisten; segundo, porque no hay una relación causal entre un menor tiempo de trabajo y una mayor dedicación al tiempo de los cuidados; y tercero, porque no todas las actividades cuentan con la misma flexibilidad ya que, desde luego, no es lo mismo actualmente en España en materia de horarios pertenecer al equipo de una consultora informática que trabajar como camarero o dependiente en una zona de gran afluencia turística. Y lo mismo ocurre con el teletrabajo o el trabajo a distancia, pues en algunos sectores se puede implantar con facilidad, pero en otros, no.

Ahora bien, lo cierto es que el trabajador, como persona que es, no está libre de la tarea de los cuidados (no puede estarlo si vive en sociedad). La total disponibilidad y presencialidad son características, predicadas fundamentalmente del varón, que deberían mutar en el entorno empresarial para permitir el tránsito hacia la figura del trabajador-cuidador, sea hombre o mujer. Por ello, me atrevería a señalar, para favorecer que el uso de la excedencia sea, en verdad, el último recurso a utilizar, la implementación de medidas vía convenio colectivo (para que no haya que acudir a la negociación interpersonal y siempre complicada del artículo 34.8 ET) que favorezcan la flexibilidad en el horario y la jornada de trabajo (horarios de entrada y salida flexibles, jornadas intensivas o continuas durante todo el año y no sólo en determinados meses, jornada intensiva en determinados días, distribución personalizada de la jornada, ofrecer la posibilidad de reducir el tiempo de la comida y adelantar la hora de salida, bancos de horas para que los trabajadores puedan concentrar más número de horas de trabajo en un determinado período y cambiarlas, llegado el momento, por tiempo de libre disposición), que supongan la introducción de mejoras a las normas legales (creación de una excedencia de verano para la atención de hijos hasta la edad escolar obligatoria que compute a efectos de antigüedad y mantenga reservado el puesto de trabajo, ampliación del tramo de edad para la reducción de la jornada por guarda legal, permisos, retribuidos

¹³⁰ Proyecto de Ley para la reducción de la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo y la garantía del registro de jornada y el derecho a la desconexión (BOCG, Congreso de los Diputados, n.º 58-1, de 16 de mayo de 2025).

■ PROBLEMAS Y RETOS PENDIENTES EN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS...

o no, para acudir a consultas médicas y pruebas diagnósticas tanto propias como de familiares, otorgar la posibilidad de disfrutar de un número de días adicionales a los de vacaciones sin percibir retribución por ellos pero computándose como días cotizados, añadir días en los permisos por infortunios familiares, fuerza mayor y parental, crear reducciones de jornada sin disminución de salario y con horario flexible de entrada y salida para cuidar a un familiar dependiente) o que posibiliten, por ejemplo, compartir responsabilidades trabajando en equipo siempre que sea posible o el cambio de turno o la movilidad geográfica con el objetivo de atender situaciones relacionadas con el régimen de visitas de los hijos.

Son medidas todas ellas, en efecto, de las que podría decirse que inciden más en la conciliación que en la corresponsabilidad; pero es que no hay que verlas de forma estanca, sino de modo complementario. Esto es, combinadas con la creación de un verdadero sistema estatal de cuidados y con el arsenal de medidas legislativas del que ya se dispone (intentando fomentar la corresponsabilidad), podrían aportar su granito de arena para visibilizar la importancia del trabajo de los cuidados, para sensibilizar a las empresas sobre el tema, para disminuir la hiper responsabilización de las mujeres en esta labor y para evitar, que es de lo que aquí se trata, que la mujer tenga necesariamente y de forma irremediable que acudir a la excedencia para poder cuidar, apartándose de forma temporal o indefinida del mercado laboral y malogrando así su carrera profesional.

2) *El ejercicio corresponsable del permiso para el cuidado del lactante y de la reducción de jornada por cuidado de menor afectado por enfermedad grave*

El Real Decreto 6/2019 introdujo, entre otras cuestiones, ciertas modificaciones en el anteriormente denominado permiso por lactancia y ahora por cuidado del lactante. De ellas, la que ahora importa es esta previsión: «cuando ambos progenitores, adoptantes, guardadores o acogedores ejerzan este derecho [en la modalidad de reducción de jornada] con la misma duración y régimen, el período de disfrute podrá extenderse hasta que el lactante cumpla doce meses, con reducción proporcional del salario a partir del cumplimiento de los nueve meses». Indudablemente estamos ante la concesión de un período de gracia del permiso que intenta favorecer la corresponsabilidad entre ambos progenitores. Ejercitándose por los dos el derecho con «la misma duración y

régimen»¹³¹, su disfrute se podrá extender hasta el año de vida de menor. Correlativamente, a esta posibilidad de disfrute corresponsable se le anudó una prestación de Seguridad Social cuya finalidad es paliar la reducción salarial que se sufrirá a causa de la reducción de horas de trabajo durante esos tres meses de más que se conceden más allá de los nueve meses de vida del lactante. De este modo, el artículo 183 LGSS aclara que «se considera situación protegida la reducción de la jornada de trabajo en media hora que, de acuerdo con lo previsto en el párrafo cuarto del artículo 37.4 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, lleven a cabo con la misma duración y régimen los dos progenitores, adoptantes, guardadores con fines de adopción o acogedores de carácter permanente, cuando ambos trabajen, para el cuidado del lactante desde que cumpla nueve meses hasta los doce meses de edad». Por su parte, el artículo 185 LGSS dispone que esta prestación «consistirá en un «subsidió equivalente al 100% de la base reguladora establecida para la prestación de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes y en proporción a la reducción que experimente la jornada de trabajo» y se extinguirá cuando el menor cumpla los doce meses de edad.

Ahora bien, si lo que se pretende es incentivar el ejercicio masculino del derecho y promover la corresponsabilidad, no se entiende el motivo (a menos, de nuevo, que sea estrictamente económico) por el que la prestación sólo podrá ser reconocida a uno de los progenitores cuando en ambos concurren las circunstancias necesarias para tener la condición de beneficiarios (artículo 184.2 LGSS). Si el derecho es individual y esa configuración lo hace ser más compatible con los fines que pretende, quizá hubiera resultado más coherente que ambos sujetos pudiesen tener acceso a la prestación. Pero el que antecede no es un caso aislado. Porque si nos fijamos ahora en la reducción de jornada para el cuidado de un menor que padece una enfermedad grave, resulta que idéntica previsión se contempla en el artículo 191.2 LGSS. De este modo, se reconocerá «un subsidio equivalente al 100 por ciento de la base reguladora establecida para la prestación de incapacidad temporal deri-

¹³¹ La norma, como ocurría en el caso de la excedencia, abre cierto margen de duda ya que ¿qué significa misma duración? ¿y mismo régimen? En mi opinión y por lo que atañe a la primera cuestión, parece que se tiene en cuenta que el convenio colectivo puede mejorar la media hora que legalmente se concede de reducción de jornada, por lo que el período extra de disfrute sólo podrá acontecer, desde este punto de vista, cuando ambos progenitores hayan acordado reducir su jornada el mismo tiempo, ya sea éste media hora o el tiempo de más que se hubiera establecido convencionalmente. En cuanto a qué sea exactamente ese «mismo régimen», podría entenderse que se alude a la distribución de tiempo de trabajo y tiempo de reducción de jornada, de tal forma que sólo cuando ambos progenitores hubiesen optado por reducir su jornada en base al mismo parámetro temporal (diario, semanal, mensual) podrá disfrutarse de tres meses más de reducción hasta llegar a los doce meses.

■ PROBLEMAS Y RETOS PENDIENTES EN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS...

vada de contingencias profesionales, y en proporción a la reducción que experimente la jornada de trabajo» (artículo 192.1 LGSS), pero resulta que «cuando concurren en ambos progenitores, guardadores con fines de adopción o acogedores de carácter permanente las circunstancias necesarias para tener la condición de beneficiarios de la prestación, el derecho a percibirla solo podrá ser reconocido a favor de uno de ellos». Por su parte, concreta el artículo 4.3 Real Decreto 1148/2011, de 29 de julio, para la aplicación y desarrollo, en el sistema de la Seguridad Social, de la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave que el reconocimiento de la prestación a uno sólo de los progenitores se realizará de común acuerdo y que, a falta de éste, «será persona beneficiaria aquella que lo solicite en primer lugar»¹³².

A mi modo de ver y en la línea de propuestas que desde este trabajo se están realizando, creo que habría que acometer un reajuste en ambas prestaciones. Tal y como están ahora diseñadas no fomentan la corresponsabilidad porque el reconocimiento tan limitado de la prestación termina por alejar el objetivo a alcanzar. O, dicho de otro modo, si uno de los progenitores no tiene acceso a ningún beneficio económico derivado de la Seguridad Social y ve, además, reducido su salario, lo más probable es que queden difuminados los efectos beneficiosos que pudieran poseer este tipo de reducciones de jornada para la corresponsabilidad. Por ello, me inclino por equilibrar un tanto la balanza. Equilibrio que pasaría, primeramente, por repesar el diseño del permiso para el cuidado del lactante.

En efecto, creo que la primera medida que debería adoptar el legislador es extender esta licencia hasta los doce meses de vida del menor¹³³. La propuesta que se realiza no sólo aseguraría la siempre necesaria coherencia interna entre normas, pues tanto la suspensión por nacimiento de hijo en su redacción actual como el permiso para el cuidado del lactante en la redacción que se

¹³² La diferenciación que existe en las prestaciones no se traslada a la cotización de los días de reducción de jornada ya sea por una u otra causa. Como se sabe, el artículo 237.3 LGSS, segundo párrafo, prevé que «las cotizaciones realizadas durante los períodos en que se reduce la jornada en el último párrafo del apartado 4, así como en el tercer párrafo del apartado 6 del artículo 37 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, se computarán incrementadas hasta el 100 por cien de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido sin dicha reducción la jornada de trabajo, a efectos de las prestaciones por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, nacimiento y cuidado de menor, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural e incapacidad temporal». Visto que no se impone ninguna limitación por número de progenitores, cabe entender que para ambos rige la misma norma, por lo que los dos disfrutarán del 100% de la cotización durante la reducción de jornada.

¹³³ Como ya se hace en el EBEP para los empleados públicos (artículo 48.f).

propone cubrirían ambos el primer año de vida del hijo¹³⁴, sino que, además, tendría la virtud de eliminar la restricción del disfrute del derecho a ciertos progenitores, señaladamente el cabeza de familia de un hogar monoparental o un trabajador autónomo. Y es que fíjese que tal y como están redactadas las normas, tanto la estatutaria como la Ley General de Seguridad Social, deben existir dos progenitores y, además, ambos deben estar trabajando por cuenta ajena, previsión ésta que, muy discutiblemente, limita el acceso a este «premio» de tres meses de más a otros supuestos que, cuanto menos, merecerían idéntica protección¹³⁵.

¹³⁴ Por cierto, nada impediría, dada la flexibilidad que existe en el disfrute de la suspensión por nacimiento de hijo, que se intercalara esta suspensión con el permiso para el cuidado del lactante. Dejando a un lado la opción por la acumulación de las jornadas (pues ésta debe disfrutarse una vez finalizada la suspensión, STS de 21 de noviembre de 2023, Rec. n.º 2978/2022), la madre o el otro progenitor podrían decidir interrumpir el disfrute de aquélla en algún momento de las diez semanas de uso continuo o discontinuo, regresar al trabajo y utilizar, entonces, la reducción de jornada en media hora o la hora de ausencia (se puede hacer valer aquí la argumentación empleada en la STS de 10 de marzo de 2020, Rec. n.º 221/2018, sobre que «el permiso de lactancia implica la ausencia del trabajo para satisfacer obligaciones familiares que competen a los progenitores con independencia del sexo y no puede ser compensado, limitado, condicionado o reducido por la protección que el ordenamiento jurídico dispensa a la maternidad»). Conviene, sin embargo, apuntar que, si atendemos a una norma reglamentaria que, como se dijo en otro momento, debió de haber sido sustituida o actualizada hace ya tiempo, el Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, resulta que el permiso para el cuidado del lactante es incompatible con el ejercicio de la suspensión por nacimiento de hijo disfrutada a tiempo parcial. Así, señala la Disposición adicional primera de esta norma que «el permiso de maternidad y el de paternidad a tiempo parcial serán incompatibles con el disfrute simultáneo por los mismos trabajadores de los derechos previstos en los apartados 4 y 4.bis del artículo 37 del Estatuto de los Trabajadores y de la reducción de jornada por guarda legal prevista en el apartado 5 del mismo artículo». Pues bien, fíjese que lo que implica esta previsión es, a la postre, una pérdida de derechos, puesto que el disfrute de la suspensión a tiempo parcial se puede extender en el tiempo justamente hasta los doce meses de vida del menor, anulándose, si ello fuera así, el ejercicio del permiso por cuidado del lactante. Es decir, como este permiso se tendría que disfrutar, según la norma reglamentaria, tras la suspensión por nacimiento utilizada en régimen de tiempo parcial, es posible que, concluida ésta, ya no diese tiempo a disfrutar de aquél, pues habría decaído tras el cumplimiento de los nueve meses de vida del hijo. Incluso si se activara el uso corresponsable del derecho y se extendiera la licencia hasta los doce meses, nada impediría que se planteara el supuesto de que la suspensión por nacimiento disfrutada a tiempo parcial hubiera agotado el tiempo durante el que se puede utilizar el permiso para el cuidado del lactante. Por ello, considero que la previsión reglamentaria, de entenderse vigente, debería ser replanteada por el legislador para permitir que la reducción de horas de cuidado que supone el disfrute de la suspensión a tiempo parcial se vea incrementada con la hora de ausencia o la reducción de media hora derivadas del permiso para el cuidado del lactante y para no incurrir en incoherencias en la protección de la conciliación que a lo más que llevan es a restringir derechos. Restricción que, por cierto, parece no casar bien con la potestad autoorganizativa que se les confiere a los progenitores tras el reformulamiento de la suspensión por parte del Real Decreto 6/2019 y que podría conferir, de nuevo, a esa disposición reglamentaria la naturaleza de *ultra vires*.

¹³⁵ Es más, fíjese que ambos progenitores deben hacer uso del derecho en las mismas condiciones y términos, algo que puede ser muy difícil de conjugar cuando media un divorcio o una separación no amistosa. En fin, se entiende, como ya se ha dicho, lo que ha pretendido el legislador, pero, ciertamente, no puede evitar pensarse que, con esta configuración del derecho del permiso para el cuidado del lactante, se favorece manifiestamente un determinado modelo de familia, el tradicional formado por ambos progenitores, en detrimento de otras formas de convivencia o de no convivencia. Algo ciertamente criticable en tanto que, a mi modo de ver, mal encaja esta previsión con lo dispuesto en el artículo 39 CE. Situación distinta es la que

En segundo lugar, la siguiente medida que, a mi modo de ver, debería plantearse quien legisla es la eliminación de la prestación pública de cuidado corresponsable del menor. Esta sugerencia, cierto, supone que sea el empresario el que termine abonando la diferencia si se pretendiese, como hasta ahora, seguir sustentando el fomento de la corresponsabilidad en la opción por la reducción de jornada. No obstante, piénsese que, si hacemos los correspondientes cálculos, la reducción de media hora durante tres meses en una jornada de ocho horas ronda las treinta y tres horas de trabajo, lo que implica que la retribución a abonar sería el equivalente aproximado a una semana de trabajo, cuantía ésta que, en línea de principio, no debería ser inasumible¹³⁶. Ahora bien, se podría argumentar que la extensión del período de duración del permiso en su modalidad de reducción de jornada no fomenta *per se* la corresponsabilidad. Y bien es verdad tal aseveración; pero quizás sí lo haría la opción de permitir que la reducción de jornada durante el mes diez y el doce fuera de disfrute sucesivo para fomentar la figura del padre cuidador en solitario, tal y como ya se propuso cuando se trató la suspensión por nacimiento y cuidado del hijo. Además, es indiscutible que los problemas conciliatorios para la madre y los riesgos que para su carrera profesional conllevan aparecen mayormente tiempo después del nacimiento y la lactancia. Precisamente, en tales momentos, por ser el hijo tan pequeño y necesitado de tanta protección, el otro progenitor puede ser más proclive a ejercer la tarea de cuidados de forma corresponsable.

Otra opción de reajuste del permiso, tal vez más revolucionaria, pero que creo que tampoco supondría un gran sacrificio económico para el empresario y podría coadyuvar, además, a mejorar la eficiencia de la dinámica de esta licencia, pasaría por concretar, como ocurre con el resto de los permisos concedidos en días, su período de duración. Hoy por hoy confluyen, como se sabe, en este permiso tres posibilidades de disfrute: la hora de ausencia, la reducción de jornada en media hora y la acumulación en jornadas completas. Posibilidades que son alternativas: o bien se disfruta de la hora de ausencia, o bien de la reducción o bien de la acumulación¹³⁷. Y si esto es así, cabe plantearse si,

acontece con la reducción de jornada para el cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave. Aquí, es la norma reglamentaria, el artículo 4 Real Decreto 1148/2011, en sus apartados uno y dos, la que incluye entre las personas beneficiarias al trabajador autónomo y al progenitor solo.

¹³⁶ Sobre ello, BALLESTER PASTOR, M.ª A., «El Real Decreto-ley 6/2019 para la garantía de..., *op. cit.*, pp. 32 y 33.

¹³⁷ No ocurre lo mismo con otro permiso, el del cuidado del neonato, pues, aunque también se confieren varias posibilidades de disfrute (el derecho a una hora de ausencia y el derecho a reducir la jornada en dos horas), el planteamiento del que parte esta licencia es distinto: los derechos que se confieren son cumulativos, pues no de otra forma puede entenderse la inclusión del adverbio «asimismo» seguido de la plasmación del derecho a la reducción de jornada.

como se ha dicho, una mayor eficiencia del derecho podría conseguirse eliminando alguna de las opciones planteadas.

A mi modo de ver, dada la comúnmente admitida escasa operatividad práctica de la hora de ausencia al trabajo habida cuenta del entorno urbano en el que vivimos y el considerable tiempo que se suele invertir en los desplazamientos desde el domicilio al centro de trabajo y a la inversa, sería conveniente la eliminación de esta modalidad de ejercicio. Realmente, y en otros tiempos, esta previsión tenía su sentido, pero, hoy por hoy, creo que lo ha perdido totalmente, siendo más una reminiscencia de un pasado lejano que una opción por la que apostar actualmente. De hecho, que al permiso por cuidado del lactante se le hayan anudado por el camino otras dos opciones más de ejercicio no hace más que confirmar la inoperatividad de la hora de ausencia habida cuenta de su carácter tan limitado.

En cuanto a la reducción de jornada en media hora, prácticamente se puede decir lo mismo. Ese poco período de tiempo no coadyuva a la finalidad a la que sirve el permiso, salvo que, para una mayor eficacia, se articulara de otro modo. Un modo que podría pasar por extender su duración a una hora y permitir el retraso hasta en media hora de la entrada al trabajo y el adelanto de la salida en otra media hora o el retraso del inicio de la jornada en una hora o bien el adelanto del fin de la misma en una hora.

La acumulación, en fin, parece que, a todas luces, es la mejor opción para tutelar de mejor forma el bien jurídico protegido y permitir un mayor juego de los intereses conciliatorios de los progenitores, toda vez que supone jornadas completas de ausencia que se pueden combinar con la suspensión por nacimiento de hijo. Y si la acumulación es la mejor opción, creo que sería hora de dar un paso más en la configuración de este permiso para precisar, de una vez, su duración. En mi opinión, la mayor eficiencia del permiso pasaría por conceder a sus titulares un determinado período de ausencia del trabajo concretado en días (tal vez los días que, por regla general, salen por el cálculo de la acumulación, aunque no tomando como referencia última los nueve meses de vida del menor, sino los doce meses, como aquí se propone) y que funcionaría como tope mínimo para el convenio. De hecho, si la intención del Gobierno al eliminar el requisito de la negociación en convenio de la acumulación era precisamente facilitar este modo de disfrute del derecho siendo consciente de que ello beneficia a las familias, creo que debería ser fácil, por la misma lógica, establecer una duración específica de la licencia que ofrezca tanto seguridad jurídica por no tener que efectuarse cálculo alguno, como un mayor tiempo de cuidado y atención a un menor que necesita de especiales cuidados por su cortísima edad. Por lo demás, para fomentar la corresponsabilidad, podría pensar-

■ PROBLEMAS Y RETOS PENDIENTES EN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS...

se, de igual modo que anteriormente, en un disfrute sucesivo de los días de permiso para potenciar la figura del padre cuidador en solitario y no tanto la del padre ayudante en esta tarea.

Siendo, pues, tales las propuestas, quedaría por realizar otra que atañe, esta vez, a la reducción de jornada por cuidado del hijo afectado por cáncer u otra enfermedad grave. Creo que la eliminación de la prestación en el permiso para el cuidado del lactante podría revertir en esta reducción de jornada de forma tal que la contraprestación pública alcanzara a ambos progenitores. A mi modo de ver, el plus de gravedad y el carácter extraordinario que subyace en el supuesto de hecho de esta particular reducción de jornada justificaría esta solución, la adopción de un régimen más garantista que pasara por el reconocimiento a ambos progenitores de la prestación correspondiente. Ciento es que el artículo 4.5 Real Decreto 1148/2011, de 29 de julio flexibiliza el requisito del disfrute del subsidio por un único progenitor al contemplar la posibilidad de alternar entre ambos progenitores el percibo de la prestación por períodos no inferiores a un mes mediante acuerdo entre ambos beneficiarios y la empresa o empresas respectiva. Pero la modificación propuesta iría, evidentemente, más allá, trascendería de esta posibilidad –que, al fin y al cabo, implica cierta complejidad burocrática– al suponer el reconocimiento pleno y originario del derecho a la prestación para ambos progenitores sin necesidad de que establezcan un turno entre ellos.

3) *Ejemplo de inacción legislativa: los parientes por afinidad*

Si de lo que se trataba con el Real Decreto 5/2023, como ya se ha dicho, era transponer la Directiva 2019/1158, podría haberse aprovechado la oportunidad para eliminar de determinados derechos que se conceden para cuidar el parentesco por afinidad¹³⁸. Dispone la norma europea, en su artículo 1.e), que familiares del trabajador son el «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». Quedan excluidos, por lo tanto, de su ámbito de aplicación, los parientes por afinidad, lo que no es un desacuerdo desde el punto de

¹³⁸ Como así se hizo, por cierto, en el plan MECUIDA (artículo 6 Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19). Por el contrario, en el plan MECUIDA aprobado por Real Decreto-ley 7/2024, de 11 de noviembre, por el que se adoptan medidas urgentes para el impulso del Plan de respuesta inmediata, reconstrucción y relanzamiento frente a los daños causados por la Depresión Aislada en Niveles Altos (DANA) en diferentes municipios entre el 28 de octubre y el 4 de noviembre de 2024 vuelven a aparecer los familiares por afinidad como posibles sujetos causantes.

vista del impacto de género que tienen los derechos de conciliación, pues, como se viene insistiendo, es un hecho incontestable que son más las mujeres que los hombres las que suelen ocupar el rol de cuidadoras informales respecto de parientes por consanguinidad, pero también por afinidad.

Sin embargo, el parentesco por afinidad se encuentra en tres derechos muy feminizados. Por un lado, en el permiso por infortunios familiares (artículo 37.3.b ET), donde los sujetos causantes pueden ser «el cónyuge, pareja de hecho o parientes hasta el segundo grado por consanguinidad o afinidad, incluido el familiar consanguíneo de la pareja de hecho, así como de cualquier otra persona distinta de las anteriores, que conviva con la persona trabajadora en el mismo domicilio y que requiera el cuidado efectivo de aquella». Por otro lado, en la reducción de la jornada del artículo 37.6 ET para atender al «cuidado directo del cónyuge o pareja de hecho, o un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad y afinidad, incluido el familiar consanguíneo de la pareja de hecho, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo, y que no desempeñe actividad retribuida». Y, finalmente, en la excedencia para el cuidado de familiares (artículo 46.3 ET), ya que su radio de acción está integrado por «el cónyuge o pareja de hecho o un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad y por afinidad, incluido el familiar consanguíneo de la pareja de hecho, que por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad no pueda valerse por sí mismo, y no desempeñe actividad retribuida»¹³⁹.

A mi modo de ver, la eliminación de la afinidad en todas estas figuras podría haberse convertido en otra pieza del engranaje para conseguir el fin mayor, que es contribuir a lograr una mayor corresponsabilidad entre hombres y mujeres en este contexto, potenciando que aquéllos asuman el cuidado de sus propios familiares y eliminando la perpetuación de ciertos roles de género. De hecho, dos apuntes. El primero, no aparece la referencia a los parientes por afinidad en el texto del artículo 34.8 ET, que contempla la adaptación en el tiempo y en el modo de la prestación, lo que, a mi modo de ver, indica que, si se hubiese querido, se podría haber acometido sin mayores reparos la modificación que aquí se postula en el resto de los derechos citados. Y el segundo apunte. Resulta que sí que existió en su momento la previsión de eliminar la

¹³⁹ Fíjese, no obstante, que el espectro de sujetos causantes en el permiso por fuerza mayor es diferente. Se hace referencia a «familiares y convivientes» y, si se parte de la base de que el precepto es transposición del artículo 7 Directiva 2019/1158 y que esta norma europea entiende por «familiar», como se ha dicho *supra*, al «hijo, hija, padre, madre o cónyuge del trabajador, o pareja de hecho de este cuando las uniones de hecho estén reconocidas en el Derecho nacional», habrá que concluir necesariamente que las urgencias familiares a las que se refiere el artículo 37.9 ET deben provenir de la familia nuclear o más cercana o, si acaso, de las personas que convivan en el mismo domicilio que la persona trabajadora. Con todo, nada impediría, es cierto, que, entre esos convivientes, figurara un pariente por afinidad.

■ PROBLEMAS Y RETOS PENDIENTES EN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS...

referencia a los parientes por afinidad. Así, en la *non nata* Ley de Familias, en su versión aprobada por el Consejo de Ministros, los familiares que podían ocasionar que se solicitases los derechos cuestionados eran tan sólo los de hasta segundo grado por consanguinidad, lo cual suponía todo un atino, si de corresponsabilidad estamos hablando. Con todo y para evitar ciertas situaciones límite que pudieran plantearse, la Ley de Familias introducía una previsión adicional por la que se indicaba que «en atención a las mismas circunstancias y con el mismo alcance», podía solicitarse el derecho de que se tratase por «quien precise encargarse del cuidado directo de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad del cónyuge o pareja de hecho siempre que no existieran familiares por consanguineidad hasta el segundo grado».

Era ésta una matización que, desde el punto humano, se entendía y que, por cierto, en Proposición de la Ley de Familias se pretendía repetir. Así, se modificaban en ese texto los redactados del permiso por infortunios familiares, de la reducción de jornada y de la excedencia para señalar que «por las mismas razones y condiciones, la persona trabajadora tendrá derecho al presente permiso [reducción, excedencia] para la atención de un familiar hasta el segundo grado por consanguineidad del cónyuge o pareja de hecho, o para la atención de una persona que viva en el mismo hogar que acredite tanto la convivencia como la efectividad de la asistencia, siempre que no existieran familiares por consanguineidad hasta el segundo grado que pudieran acceder al permiso descrito en el párrafo anterior o prestar esta asistencia». Ahora bien, era inevitable pensar que tal redacción podía contribuir en cierto modo y en tanto que habría que demostrar la no existencia de familiares a, por un lado, tensionar las relaciones entre empresario y persona trabajadora en una situación que, ya de por sí, puede resultar complicada de gestionar por parte de aquélla y, por otro, a producir incertidumbre a causa de la tenencia de los documentos que tendrían que localizarse y mostrarse, documentos no siempre al alcance y no siempre fáciles de hallar. Además, también planteaba otros interrogantes, porque, por ejemplo, ¿qué ocurriría si, existiendo familiares hasta el segundo grado, éstos no quisieran o no pudieran por cualquier circunstancia ofrecer el debido cuidado y atención al sujeto causante? ¿Se le impediría tal vez a la única persona que podría hacerse cargo, pariente por afinidad del sujeto causante, solicitar el disfrute del derecho de que se trate? Y si aquéllos no pudieran o no quisieran hacerse cargo ¿se les iba a obligar o, en su caso, se les iba a exigir algún documento que acreditase su imposibilidad? Posiblemente, tal vez por todos estos inconvenientes, en el Real Decreto 5/2023 no apareció finalmente esta previsión, que ha decaído, incluso, en el actual Proyecto de Ley de Familias.

CAPÍTULO III

PERMISOS EN MATERIA DE CONCILIACIÓN: CÓMPUTO DE DÍAS Y FECHA DE INICIO

A mi modo de ver, no cabe duda de que otro de los problemas en materia de ejercicio de derechos de conciliación que tienen que ser abordados en el marco de esta monografía es el del inicio y cómputo de los permisos retribuidos cuando la duración de los mismos se ha concretado en días. Como se conoce, los términos de la controversia han partido siempre del redactado del número tres del artículo 37 ET, pues, a salvo del permiso por matrimonio en el que se especifica que los días deben ser naturales, en el resto de las licencias cuya duración se fijaba en días nada se señalaba y ello tanto en las relacionadas con la conciliación (permiso por nacimiento de hijo, por accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica de familiares, por fallecimiento) como en el resto (mudanza). El legislador, con su silencio, dejaba abierta aquí la puerta a la interpretación y, por ende, a la controversia, generándose un encendido debate doctrinal y jurisprudencial sobre cuál debía ser el día inicial del cómputo y cómo debía procederse al conteo de días, si por días naturales o hábiles o de trabajo. Silencio de quien legisla al respecto que, por cierto, ha continuado hasta la actualidad, pues la separación del permiso por fallecimiento del permiso por accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica de familiares o convivientes y la introducción del permiso por fuerza mayor que trajo consigo el Real Decreto 5/2023 no supuso la clarificación de este tema, siguiendo los preceptos correspondientes aludiendo a «días», sin más¹. Lo mismo ocurre con el permiso por imposibilidad de acceder al centro de trabajo o transitar por las vías de circulación

¹ En el bien entendido de que, en el caso del permiso por fuerza mayor, esta licencia resulta ser, como se tuvo ocasión de apuntar en otro momento, una bolsa de horas retribuida que puede llegar hasta los cuatro días.

■ PROBLEMAS Y RETOS PENDIENTES EN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS...

necesarias para acudir al mismo, como consecuencia de las recomendaciones, limitaciones o prohibiciones al desplazamiento establecidas por las autoridades competentes, así como cuando concurra una situación de riesgo grave e inminente, incluidas las derivadas de una catástrofe o fenómeno meteorológico adverso. La norma que lo instauró, el Real Decreto Ley 8/2024, de 28 de noviembre, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el marco del Plan de respuesta inmediata, reconstrucción y relanzamiento frente a los daños causados por la Depresión Aislada en Niveles Altos en diferentes municipios entre el 28 de octubre y el 4 de noviembre de 2024, fijaba su duración en «cuatro días», sin hacer referencia alguna a la naturaleza de los mismos.

El debate se resolvió, no obstante, en sede judicial. De esta forma, como se verá con detalle más adelante, se parte de la base de que la concesión del permiso sólo tiene sentido si el acontecimiento que lo activa coincide en día de trabajo, pues será sólo en ese momento cuando el empleado requiera ausentarse de su puesto. Y si ello es así, la conclusiones no pueden mostrarse más evidentes: el día de inicio del permiso debe ser el día hábil siguiente a aquel en que sucede el hecho causante si éste acontece en día festivo o de descanso del trabajador (al límite, en día en que no está llamado a trabajar), los días a computar deben ser solamente los hábiles o de trabajo porque sólo en ellos se prestan servicios y en modo alguno pueden compensarse los días de descanso coincidentes con el acaecimiento del hecho causante argumentando que el trabajador ha dispuesto de tiempo libre para atender la circunstancia que se le haya planteado.

Ahora bien, llegar al criterio interpretativo que se ha expuesto, unívoco para todos los permisos expresados, sin mayor concreción, en días supone, evidentemente, la ruptura con otro criterio sobre el que en sede judicial se ponía el acento: la necesidad de que exista inmediatez entre el acontecimiento que activa el permiso y su disfrute. Por este motivo, entiendo que puede ser objeto de cierta crítica el planteamiento que a nivel judicial se sigue. Pero, para enmarcar de mejor forma los argumentos que después se emplearán para rebatir la línea jurisprudencial, me parece conveniente realizar, si quiera brevemente, un apunte de conjunto sobre los vaivenes judiciales que, hasta llegar a este momento, se han ido sucediendo.

1. PRIMERA ETAPA: LA NECESARIA INMEDIATEZ ENTRE EL HECHO CAUSANTE Y EL DISFRUTE DEL PERMISO

Partiendo del hecho de que el Estatuto no ha perfilado la forma concreta en que deben disfrutarse los permisos, la lógica imperante en un primer mo-

mento fue considerar que aquéllos debían activarse, a salvo de previsión convencional en sentido contrario, justo cuando concurriera la necesidad del asunto en cuestión y siempre que ésta no pudiera ser atendida fuera de las horas de trabajo². Si así fuera, esto es, si no existiera coincidencia horaria entre la prestación de servicios y la concreta necesidad, debía entenderse –puede decirse que por defecto– que el trabajador dispondría de tiempo suficiente, de tiempo libre, para atender al hecho causante³. Así las cosas, desde esta perspectiva resulta del todo punto irrelevante que el día del evento que activa el permiso sea o no laborable para la persona trabajadora. Lo verdaderamente importante es que concurra la necesidad y que la misma tenga que ser atendida en horas de trabajo. Y ello porque, para poder utilizar la licencia por la causa de que se trate, la norma fija como presupuesto la prestación efectiva de servicios. Sólo así podrá tener sentido la petición de la persona trabajadora de ausentarse del trabajo.

En correlación a esto y por lo que se refiere al cómputo de los días de licencia, comúnmente se admitía que éste se realizara por días naturales. De este modo, se entendía que, a pesar de que sólo el permiso por matrimonio venía referenciado en días naturales, la misma regla podía aplicarse al resto de licencias expresadas únicamente en «días». Dos eran básicamente los argumentos que, interconectados entre sí, se barajaban a favor de esta idea. El primero de ellos pivotaba sobre el hecho de que el concreto estado de necesidad que activa el permiso no entiende de días laborales o naturales. Una institución como la de los permisos surge, desde esta óptica, para satisfacer una determinada situación que acontece en un momento también muy concreto, puntual, y cuya atención no puede diferirse en el tiempo. Y si esto así ha de entenderse, la licencia ha de utilizarse entonces cuando resulte necesaria, por lo que, si el período de disfrute llegara a abarcar festivos o sábados y domingos, no podría pretenderse que estos días se descontaran del plazo, pues cada día transcurrido sería día consumido. Dato éste que cobra especial relevancia si se tiene en cuenta que, con este planteamiento inicial, sólo si la concreta incidencia de que se trate se superpone con el horario laboral de la persona trabajadora, será cuando éste habrá de tramitar su ausencia al trabajo. Ahora bien, ¿ve por ello aquélla menoscabados sus derechos? En teoría, no, en tanto que ya sea ese día festivo, día de descanso semanal o de vacaciones, el empresario ha de mante-

² STS de 17 de enero de 2008 (Rec. n.º 24/2007) y SSTSJ Navarra, de 21 de septiembre de 2006 (Rec. n.º 253/2006), Cataluña, de 12 de marzo de 2003 (Rec. n.º 1047/2002) y País Vasco, de 20 de septiembre de 1994 (Rec. n.º 1721/1994).

³ Así, se entendió que una gestión matutina no provoca la necesidad de un permiso a un trabajador del turno de tarde (STCT de 18 de mayo de 1983, RTCT 5032/1983).

■ PROBLEMAS Y RETOS PENDIENTES EN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS...

ner la retribución, por lo que la única diferencia, sin entrar ahora en otras consideraciones, es que ese concreto empleado no tendrá que tramitar en esos días petición alguna de ausencia al trabajo⁴.

Por su parte, el segundo argumento se sustentaba en lo dispuesto en el número dos del artículo 5 CC, norma, como se conoce, de aplicación supletoria en caso de insuficiencia normativa. Pues bien, la letra del precepto mencionado conduce a pensar, igualmente, que, tratándose de computar un plazo en el seno de una relación claramente privada, como es la derivada del contrato de trabajo, debe realizarse el conteo de días por jornadas naturales, sin exclusión de festivos u otros análogos. La consecuencia de aplicar también este razonamiento ha sido la negación de todo derecho de la persona trabajadora a que el disfrute de su permiso se desplazara a los días laborales inmediatamente posteriores al hecho causante si la causa que detonaba la solicitud se desarrollaba durante uno o varios días no laborables⁵.

Con todo, cuestión distinta sería la posibilidad reconocida a la negociación colectiva de mejorar este régimen jurídico legal, estableciendo que el cómputo del día inicial se realice a partir del primer día laborable y que se compute el resto de días como de trabajo. Ahora bien, ello en el bien entendido de que la norma que instaurara este sistema expusiera de forma expresa y clara la posibilidad de disfrute tardío del permiso, acotando siempre un determinado período de tiempo dentro del cual podría llevarse a efecto. Permitir lo contrario supon-

⁴ Se ha dicho al respecto que en el supuesto de no poder disfrutar de los días de permiso en el momento de que se trate constituye «un caso fortuito del artículo 1105 del Código Civil por el que nadie debe responder, perdiéndose por tanto tal derecho». Así, STSJ País Vasco, de 20 de septiembre de 1994 (Rec. n.º 1721/1994).

⁵ SSTCT de 24 de marzo de 1982 (RTCT 1805/1982), de 3 de marzo de 1982 (RTCT 2065/1982) y de 12 de junio de 1980 (RTCT 3457/1980) y SSTSJ Galicia de 30 de mayo de 2008 (Rec. n.º 1276/2008) y Cataluña, de 18 de junio de 2002 (Rec. n.º 7823/2001). Con todo, cabe indicar la presencia entre la doctrina judicial de cierta línea argumentativa más flexible que consistiría en entender que cabe disfrutar del derecho incluso en momentos posteriores a la celebración de las nupcias o al acaecimiento de otro hecho causante, siempre y cuando su ejercicio se produjera acomodándose a los principios de la buena fe y no constituyera abuso de derecho de su titular frente al obligado por el derecho al permiso, el empresario. Es decir, siempre que el derecho continuase vivo (no extinguido por acción de la prescripción), no existiese intención alguna de causar perjuicio a la empresa o a su organización de trabajo y, en todo caso, siempre que se cumpliese con los requisitos formales de preaviso y justificación que se exigen legalmente. Y es que es posible pensar en supuestos en los que, celebrada la boda, no se pueda cumplir la finalidad del permiso, al verse obligados los esposos, por ejemplo, a vivir en casas distintas y no poder iniciar una vida en común. Por todas y en este sentido, pueden verse sobre el disfrute diferido del permiso por matrimonio las SSTSJ Cataluña, de 12 de marzo de 2003 (Rec. n.º 1047/2002) y La Rioja, de 9 de febrero de 2010 (Rec. n.º 31/2010) en la que se admite el disfrute del permiso por matrimonio dos meses y medio después de celebrarse las nupcias y, sobre el permiso por fallecimiento, la STSJ Madrid, de 13 de julio de 2004 (Rec. n.º 2150/2004) que estima el recurso del trabajador para disfrutar, tras su vacaciones, de la licencia aun habiendo transcurrido dos meses después del óbito.

dría, para la praxis judicial de aquel momento⁶, tanto como vaciar al permiso de su contenido por desconectarlo de la finalidad para la que fue creado.

2. SEGUNDA ETAPA: EL DÍA INICIAL DEL PERMISO SE CORRESPONDE CON EL PRIMER DÍA LABORABLE DESDE EL INICIO DEL HECHO CAUSANTE

El Tribunal Supremo, en sentencia de 13 de febrero de 2018 (Rec. n.º 266/2016), va a cambiar o, al menos, modular su previa doctrina sobre el inicio del periodo de disfrute de los permisos expresados en días, considerando que comienzan a disfrutarse, no necesariamente en el día en que se produzcan los hechos y en los inmediatos siguientes, sino desde el primer día laborable siguiente al hecho causante cuando tal evento sucede en un día no laborable. Es esta una tesis que ya había encontrado su hueco en lo que concierne al permiso por matrimonio. Y es que, como se conoce, una de las cuestiones que, en su momento, fue objeto de mayor polémica fue la relativa a si el día de la boda debía o no computarse dentro de los quince días que se conceden. En una primera etapa, se contempló la posibilidad de que tal día se computara, con lo que, coincidieran o no las nupcias en jornada hábil o inhábil, ese día ya había que restarlo de los quince puestos a disposición del trabajador con ocasión de su enlace. Pues bien, este criterio interpretativo se modificó tras la aparición de la STS de 12 de mayo de 2009 (Rec. n.º 4/2008), que, adoptando un criterio salomónico, vino a diferenciar entre dos situaciones. Por un lado, si el día de la celebración coincidía con día laborable, había de entenderse que el día de las nupcias se contabilizaría a efectos de la duración del permiso, descontándose, en consecuencia, tal fecha de los quince días de licencia. Ocurriendo la situación contraria, esto es, que la fecha del enlace coincidiera con día libre de la persona trabajadora, se debía entender, en estos casos, que el período de disfrute del permiso habría de iniciarse desde el día hábil siguiente.

Parece poco dudoso, en consecuencia, que la extensión de la tesis que antecede a todas las licencias expresadas en días obedece a la idea de otorgar un tratamiento unitario a la institución que disipe las principales dudas aplicativas al respecto. Para ello, se emplea el mismo argumento que sustenta la doctrina anterior (la norma fija como presupuesto para que pueda activarse el permiso la prestación efectiva de servicios), pero llevándolo al extremo o, si acaso, dándole la vuelta: como el permiso sólo tiene sentido si se emplea cuan-

⁶ STS de 17 de enero de 2008 (Rec. n.º 24/2007).

■ PROBLEMAS Y RETOS PENDIENTES EN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS...

do la persona empleada está en su puesto de trabajo, el día inicial del permiso debe coincidir con día laborable. Entender lo contrario según este discurso, entender que cada día transcurrido es un día consumido, podría llevar al extremo de vaciar de contenido a la institución de darse la circunstancia de que el hecho causante se desencadenase al inicio de varios días no laborales seguidos, pues la persona trabajadora, en estos casos, perdería la licencia, no podría disfrutarla.

Como se observa, aunque se emplea prácticamente la misma premisa que con la anterior doctrina, el enfoque cambia, pues ya no se pone tanto el acento en que deba existir inmediatez entre el hecho causante y el disfrute del permiso, sino en la propia finalidad del permiso: si se concede para que la persona empleada pueda interrumpir su prestación laboral, mal podrá hacerlo cuando no tiene obligación de trabajar. En cualquier caso, sin embargo, lo cierto es que tal criterio interpretativo del día de inicio de disfrute del permiso no ha sido uniforme en la praxis judicial. Así, de forma coetánea a la sentencia del Tribunal Supremo, aparecieron tres resoluciones de la Audiencia Nacional⁷ que vendrían a matizar la tesis del primer día laborable como *dies a quo*. El enfoque parte, de nuevo, de considerar el tenor literal del artículo 37.3 ET, pero poniendo el acento esta vez en la mención «días naturales» y «días». Se argumenta de este modo que, si el legislador ha querido diferenciar entre un permiso, el de matrimonio, y los restantes es porque su voluntad fue la de otorgar a las licencias previstas en el precepto estatutario un distinto tratamiento jurídico. De esta forma, estaría, por un lado, el «permiso largo» por matrimonio en cuyo cómputo se deben incluir por expreso mandato legal (y a salvo de que el convenio estipule algo distinto) días laborales y no laborables empezando a contar desde el día de las nupcias como hecho causante que lo motiva. Por otro lado, estarían los «permisos cortos» o de «corta duración» que, como nada se señala expresamente sobre ellos, habrían de ser computados en días hábiles ya que, pudiendo el legislador haberlos equiparado a la licencia por matrimonio, no optó por ello. La consecuencia lógica de este planteamiento es aplastante por lo que se refiere al *dies a quo* de estas licencias: deben iniciarse en día laborable, por lo que, si el hecho causante acontece en día que no lo es, el disfrute del permiso debe diferirse al primer día laborable desde aquél. Y ello no obstaría, al decir de la Sala, a la finalidad de estas licencias, por cuanto el hecho que las desencadena supone para el trabajador la realización de cier-

⁷ SSAN de 28 de junio de 2018 (Proc. n.º 105/2018), de 20 de junio de 2018 (Proc. n.º 94/2018) y de 13 de junio de 2018 (Proc. n.º 91/2018).

tas gestiones que normalmente no podrá llevarlas a cabo en tiempo inhábil y para las cuales necesitará ausentarse de su trabajo de forma necesaria.

Son, pues, dos los criterios interpretativos que emplean estas resoluciones para basar su fundamentación. Primero, el recurso a la interpretación literal del artículo 37.3 ET a la que se le vincula una pretendida intención del legislador. Segundo, el elemento causal que aparece en los «permisos cortos», una finalidad, la de atender ciertas contingencias acaecidas en tiempo de trabajo, de la que extraer que sólo en ellos el trabajador necesita ausentarse de su puesto. Esta misma finalidad o razón de ser no aparecería en la licencia por matrimonio, similar, al decir de la Sala, a unas vacaciones y cuya finalidad estaría más que cumplida con la concesión de «dos semanas sin trabajo».

3. TERCERA ETAPA: EL FAVOR POR LOS DÍAS HÁBILES O DE TRABAJO

Un paso más en esta línea interpretativa acontece con las SSTS de 11 de marzo de 2020 (Rec. n.º 192/2018) y de 17 de marzo de 2020 (Rec. n.º 193/2018)⁸. En ellas, de nuevo, se parte de las premisas de que los permisos tienen como presupuesto básico que el trabajador deba ausentarse de su puesto de trabajo y de que el empresario debe retribuir esa ausencia. Ese es el eje sobre el que se construye toda la argumentación. Por lo tanto, si el hecho causante acontece en un día no laborable, entendido por la Sala como aquel día que es «festivo o establecido como no laborable en el calendario laboral», el cómputo del permiso debe iniciarse en el día laborable inmediato pues es cuando tendrá sentido solicitar un permiso para dejar de prestar servicios. Y, a la inversa, si el acontecimiento que activa la licencia se desencadena en día laborable, el permiso podrá disfrutarse desde ese mismo día.

¿Y qué ocurre con el resto de días del permiso? Pues lo único que, siguiendo este planteamiento, cabía inferir: todos los días del permiso deben entenderse como laborables, salvo, eso sí, previsión normativa en contrario, que es justo lo que sucede con la licencia por matrimonio⁹. En consecuencia, para el resto de permisos, deben excluirse del cómputo todos aquellos días en

⁸ Que casan y anulan las SSAN de 20 de junio y de 13 de junio de 2018, citadas en la nota anterior.

⁹ O previsión convencional que mejore la configuración legal del permiso, en tanto que «la regulación convencional no puede ser sino una mejora del régimen de descansos, fiestas y permisos que establece el artículo 37.3 ET. Y si el convenio dispone mejoras o ampliaciones respecto del catálogo legal de permisos, el régimen de cada uno de ellos estará determinado por lo estipulado por los negociadores colectivos». Así, SSTS de 7 de junio de 2023 (Rec. n.º 280/2021), de 20 de diciembre de 2022 (Rec. n.º 104/2021) y de 11 de marzo de 2020 (Rec. 188/2018).

■ PROBLEMAS Y RETOS PENDIENTES EN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS...

los que no se trabaje, en los que no exista obligación de prestar servicios y, por ende, de solicitar una licencia¹⁰. Interpretación ésta que, además, encuentra su complemento en la que realiza la SAN de 13 de febrero de 2024 (Rec. n.º 315/2023) sobre el permiso por fuerza mayor familiar, que aborda la obligatoriedad de retribuir las horas de ausencia equivalentes a cuatro días al año. Si tales horas de ausencia deben serle abonadas a la persona trabajadora es porque el evento familiar urgente acaece en el desarrollo de la actividad productiva, siendo justo en ese momento cuando surge para aquélla la necesidad de abandonar el puesto de trabajo. *Ergo*, si ello es así, los cuatro días a los que alude el artículo 37.9 ET y que conforman la bolsa de horas retribuida no pueden entenderse como naturales, sino, antes al contrario, como hábiles o de trabajo, pues otra interpretación contravendría lo pretendido por quien legisla con la plasmación de esta licencia¹¹.

Así las cosas, puede decirse que la ruptura con la tesis tradicional anterior se consolida, yéndose, incluso, un paso más allá. Ahora bien, la duda se abre de inmediato porque ¿dónde queda entonces la relación de causalidad que debe mediar entre el permiso y el hecho que lo activa? De hecho, muy fácilmente pueden pensarse en situaciones en las que, debido al disfrute diferido del permiso, éste ya no sea necesario porque se han cumplido con las exigencias propias de cada evento que origina la licencia. Pues bien, la cuestión queda solventada de esta forma: los permisos se deberán utilizar en días laborables, pero siempre y cuando subsista la necesidad que cubre el permiso, pues, como advierte la STS de 11 de marzo de 2020 (Rec. n.º 192/2018), «como premisa general hay que aceptar que el permiso sólo tiene sentido si sirve para

¹⁰ De este modo, la STS de 14 de enero de 2021 (Rec. n.º 3962/2018) establece, en relación a un permiso de cuatro días por operación de familiar de primer grado previsto en convenio, que debe disfrutarse en días hábiles, sin que quepa su neutralización porque coincidan con el descanso semanal. Concretamente, la resolución indica que «la obligación se cumple concediendo el permiso los días siguientes al descanso semanal hasta cumplir los cuatro días hábiles seguidos».

¹¹ Todavía no ha tenido ocasión de pronunciarse la jurisprudencia sobre el permiso para ausentarse hasta cuatro días por imposibilidad de acceder al centro de trabajo o transitar por las vías de circulación necesarias para acudir al mismo, como consecuencia de las recomendaciones, limitaciones o prohibiciones al desplazamiento establecidas por las autoridades competentes, así como cuando concurra una situación de riesgo grave e inminente, incluidas las derivadas de una catástrofe o fenómeno meteorológico adverso. No obstante, puede utilizarse para esta licencia un argumento similar al empleado judicialmente para el permiso por fuerza mayor. Si de lo que se trata es de evitar que los trabajadores se desplacen al centro de trabajo para prestar sus servicios, debe entenderse, en lógica correlación, que esos cuatro días que se conceden serán laborables o de trabajo. Cosa distinta, en mi opinión, es la previsión que también contempla la letra g) del artículo 37.3 ET sobre que «transcurridos los cuatro días, el permiso se prolongará hasta que desaparezcan las circunstancias que lo justificaron, sin perjuicio de la posibilidad de la empresa de aplicar una suspensión del contrato de trabajo o una reducción de jornada derivada de fuerza mayor en los términos previstos en el artículo 47.6». A mi modo de ver, los días que vayan transcurriendo hasta que desaparezcan las circunstancias ya cabe entenderlos como naturales, pues aquí se trata simplemente de que pase el tiempo hasta que se pueda volver a acudir al centro de trabajo.

atender a la causa que lo permite, de ahí que se exija cierta inmediatez entre la necesidad que cubre el permiso y el efectivo disfrute de éste».

Necesidad de ausentarse del trabajo y exigencia de cierta correlación temporal entre el hecho causante y el disfrute del permiso son, pues, los dos criterios que, en un delicado equilibrio, parece que son los que deben conjugarse para no obstar a la finalidad a la que sirven las licencias retribuidas¹². Y criterios que, desde esta perspectiva aplicados, son los que sirven para zanjar otra cuestión polémica en la materia: la superposición entre el hecho causante del permiso y las vacaciones o cualquier otro supuesto suspensivo de la relación laboral. ¿Existiría un pretendido derecho del trabajador a disfrutar del permiso desde el primer día hábil siguiente al trascurso de tales situaciones? Evidentemente, tras lo expuesto, la respuesta negativa se torna, ahora ya sí, clara porque, tras los días de asueto o del período suspensivo, ninguna necesidad subsistiría¹³. Además, como bien indica la STS de 13 de febrero de 2018 (Rec. n.º 266/2016), la ausencia del trabajo «sólo está justificada cuando efectivamente hay obligación de trabajar, que no en los períodos de vacaciones o suspensión del contrato en los que no existe la obligación de acudir al puesto de trabajo, por lo que tampoco puede diferirse [el ejercicio de los permisos] para un momento posterior en el que se hubiera reanudado la prestación laboral»¹⁴.

¹² Y que se reiteran en varias sentencias posteriores, como las SSTS de 7 de junio de 2023 (Rec. n.º 280/2021), de 25 de enero de 2023 (Rec. n.º 124/2021), de 11 de julio de 2023 (Rec. n.º 141/2021), de 28 de febrero de 2023 (Rec. n.º 99/2021) y de 29 de septiembre de 2020 (Rec. n.º 244/2018).

¹³ Sobre la posibilidad de paralizar el disfrute de las vacaciones cuando acontece el acontecimiento que activa el permiso y reanudarlas posteriormente, vid. SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., «Sobre la superposición de permisos a descansos o vacaciones. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de junio de 2020, asunto C-588/18», *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, n.º 451, 2020, p. 215.

¹⁴ En coherencia ello con lo establecido en la STJUE de 4 de junio de 2020 (asunto C-588/18) en respuesta a la cuestión prejudicial planteada por el auto de la Audiencia Nacional de 3 de septiembre de 2018 (Proc. 113/2018). Según esta resolución, «el disfrute de estos permisos retribuidos está sujeto a dos requisitos acumulativos: el acaecimiento de alguno de los acontecimientos contemplados en dicha normativa, por un lado, y el hecho de que las necesidades u obligaciones que justifican la concesión de un permiso retribuido acaezcan durante un período de trabajo, por otro lado». Por ello, «en la medida en que únicamente tienen por objeto permitir a los trabajadores ausentarse del trabajo para atender a ciertas necesidades u obligaciones determinadas que requieren de su asistencia personal, los permisos retribuidos contemplados en las disposiciones controvertidas en los litigios principales están indisociablemente ligados al tiempo de trabajo como tal, de modo que los trabajadores no pueden reclamarlos en períodos de descanso semanal o de vacaciones anuales retribuidas». Y, por lo que atañe al disfrute en diferido de estos permisos, el TJUE advierte que «no puede sostenerse que, puesto que los períodos de descanso semanal o de vacaciones anuales retribuidas están comprendidos en los artículos 5 y 7 de esta Directiva, estas disposiciones obligan a un Estado miembro cuya normativa nacional contempla el disfrute de permisos retribuidos a concederlos por el mero hecho de que alguno de los acontecimientos contemplados en esta normativa acaezca en alguno de estos períodos, y por lo tanto haciendo caso omiso de los demás requisitos de obtención y concesión establecidos por dicha normativa. En efecto, consagrar tal obligación supondría

■ PROBLEMAS Y RETOS PENDIENTES EN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS...

Por lo demás, y más allá de este planteamiento general, resoluciones recientes han tenido que entrar a dilucidar ciertas dudas interpretativas que genera un permiso en concreto estrechamente vinculado con la conciliación, el de cinco días por infortunios familiares reconocido en el artículo 37.3.b) ET en su nueva redacción introducida por el Real Decreto 5/2023. De nuevo aquí, a pesar de que quien legisla tuvo oportunidad de resolver la controversia sobre días hábiles o naturales, nos encontramos, como ya se apuntó, con la misma falla que arrotran el resto de permisos computados en días, salvo, claro está, el de matrimonio. Y así, a pesar de haberse aumentando la duración de esta licencia, pasando de dos días –más otros dos en caso de desplazamiento– a cinco en total, nada se matiza al respecto de la naturaleza de los mismos. La duda puede resolverse, obviamente, aplicando a este permiso la doctrina de los días hábiles o de trabajo anteriormente explicada¹⁵. Con todo, se ha encontrado, por la SAN de 25 de enero de 2024 (Proc. n.º 9/2024), otra razón para entender justificable que estos cinco días se cataloguen como días hábiles o laborables. Y es que, según esta resolución, si la nueva letra b) del artículo 37.3 ET resulta ser la transposición del artículo 6.1 de la Directiva 2019/1158 y si en tal precepto se prevé que «los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que cada trabajador tenga derecho a disfrutar de un permiso para cuidadores de cinco días laborables al año por trabajador», la conclusión que debe extraerse es meridiana: aunque nada haya especificado el legislador español, en este concreto supuesto los días de licencia por contratiempos familiares deben ser hábiles y no naturales¹⁶.

pasar por alto que (...) estos permisos retribuidos, así como el régimen que se les aplica, se sitúan fuera del régimen establecido por dicha Directiva».

¹⁵ STSJ Asturias, de 23 de abril de 2024 (Rec. n.º 11/2024).

¹⁶ Afirma la sentencia citada que «es cierto que el artículo 37.3.b) del ET nada dice sobre la naturaleza natural o hábil de los días del permiso en él establecido, pero no debemos olvidar que la actual redacción del mismo es fruto de la transposición a nuestro ordenamiento de la Directiva 2019/1158, llevada a cabo por el Real Decreto-ley 5/2023. De forma meridianamente clara se dice en la Exposición de Motivos de esta última norma que «se modifica el artículo 37.3 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, [...] en su letra b), a efectos de transponer al ordenamiento español el permiso de cuidadores previsto en el artículo 6 de la Directiva (UE) 2019/1158». Pues bien, en el artículo 6 de dicha Directiva se establece que «los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que cada trabajador tenga derecho a disfrutar de un permiso para cuidadores de cinco días laborables al año por trabajador». El mandato de la Directiva resulta claro e incondicionado, los Estados deben garantizar un permiso de cinco días laborables, no pudiendo éstos obviar esta clara obligación. Es verdad que la norma española en la trasposición solo ha procedido a establecer el parámetro cuantitativo de los días -cinco-, obviando el parámetro cualitativo -hábiles-; pero ello no impide concluir que los días de este permiso traspuesto deben ser considerados hábiles, dado que la Directiva es clara, habla de días hábiles; además, respecto al posible margen de configuración otorgado a los Estados miembros, la Directiva no da pie a éstos a que elijan si los días tienen que ser hábiles y naturales. La obligación que a estos se impone, insistimos, es clara y concreta -cinco días laborables-. Obligación que tiene que ser observada por la legislación nacional y por la au-

Cuestiones distintas, pero anudadas a la anterior y que, por ello deben reseñarse, son, por un lado, cuál deba ser el momento concreto en que se inicia el permiso y, por otro, su duración total. Por lo que atañe a la primera, habría que decir que su uso debería hacerse efectivo, *a priori* y aplicando la tesis general, en el mismo día en que tuvo lugar el correspondiente evento causante si fuera un día de trabajo o en el día hábil siguiente en caso contrario, aunque con anterioridad a ese día haya existido un descanso semanal. Ahora bien, ello no obstante, en sede judicial y creo que en buena lógica se ha flexibilizado el disfrute del derecho en supuestos en los que, por ejemplo, la convalecencia de la persona cuidada se alarga en el tiempo y quienes cuidan tienen que turnarse e ir relevándose en lugar de estar todos los primeros días. Para estos casos, en los que subsiste la necesidad de proveer de cuidado y compañía y hay varias personas potencialmente cuidadoras, se ha considerado razonable entender que, en el marco de este permiso, no siempre y en todo caso el *dies a quo* del plazo debe quedar fijado en el mismo momento en que se produzca el concreto infortunio o, en su caso, en el día hábil siguiente. Sería posible, antes al contrario, disfrutar la licencia en momentos posteriores al acaecimiento del hecho causante, siempre y cuando el derecho continuara vivo, su ejercicio se acomodara a los principios de la buena fe y no constituyera abuso de derecho de su titular frente al empresario.

Ciertamente, esta última solución se muestra más acorde con la finalidad del permiso, permitiendo un uso más racional y, en cierto modo, más eficiente del mismo, y es coherente con la perspectiva de género que debe mediar en la interpretación de las normas ya que puede facilitar que la mujer no sea la única que ocupe el rol de cuidadora¹⁷. Pero, fíjese, además, que la posibilidad que se

tonomía colectiva de cada Estado miembro». Doctrina ésta seguida también por la STSJ Castilla y León, Valladolid, de 19 de abril de 2024 (Rec. n.º 3/2024).

¹⁷ La SAN de 12 de septiembre de 2024 (Rec. n.º 167/2024) es muy clara al respecto y argumenta que «la realidad social sobre la que se plasma esta norma [el permiso por infortunios] ha sido puesto de manifiesta por la jurisprudencia, por todas la ya citada STS 9-12-2019, y no es otra que los permisos vinculados a cuidados de familiares y convivientes son ejercitados mayoritariamente por mujeres. Esta misma descripción de la realidad social es la que se deduce de los considerandos de la Directiva 2019/1158 que pretende trasformar la misma favoreciendo mecanismos que faciliten la corresponsabilidad en la asunción de los deberes familiares. Partiendo de lo anterior, cualquier duda interpretativa que pueda surgir debe resolverse efectuando un enjuiciamiento con perspectiva de género, teniendo el carácter informador del Ordenamiento Jurídico del principio de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres conforme proclama el artículo 4 de la LO 3/2007, de forma que dicha igualdad sea verdaderamente efectiva. Pues bien, la interpretación que postula la empresa según la cual el permiso habrá de iniciarse de forma obligatoria a la fecha del hecho causante resulta contraria al referido principio de igualdad real, pues no hace sino perpetuar la denominada brecha laboral de género, ya que implica que el colectivo que tradicionalmente asume los cuidados vea mermados sus derechos por esta causa, a la par, que supone un desincentivo para que los hombres asuman el deber de corresponsabilidad en las cargas familiares. En definitiva, ante la ausencia de previsión normativa en el convenio, el inicio del cómputo del permiso en cuestión no

■ PROBLEMAS Y RETOS PENDIENTES EN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS...

considera resulta también interesante por otra consecuencia que vendría anudada a ella: el fraccionamiento del permiso. En efecto, el interés de sostener la tesis que se viene desarrollando acrece si tenemos en cuenta que, gracias a ella, la persona cuidadora podría, al límite, hacer uso de su licencia en días alternos, no necesariamente continuos. Ante el silencio del legislador al respecto de cualquier impedimento legal que prohíba este modo de ejercicio del derecho, no parece existir obstáculo alguno para que, de buena fe, pudiera posponerse el disfrute de parte de los días del permiso a un momento ulterior en caso de prolongarse la situación de necesidad. Ello, qué duda cabe, resultaría ser un mejor modo de conciliar la vida familiar con la laboral y, a fin de cuentas, de conseguir el objetivo previsto por la norma estatutaria, que si se obligara al trabajador a que la utilización del derecho tuviera que hacerlo en días sucesivos.

En lo que respecta a la duración total del permiso, alguna sentencia ha dictaminado que el permiso es de cinco días laborables al año por persona trabajadora, impidiéndose la reiteración en el período anual tantas veces como situaciones de infortunio se produjeran si los cinco días ya se hubiesen consumido. A mi modo de ver, es ésta una interpretación errónea de la norma estatutaria que deriva de una mala lectura de la transposición que el legislador ha realizado. De nuevo hay que insistir en el artículo 6.1 de la Directiva europea antes mencionada: «los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que cada trabajador tenga derecho a disfrutar de un permiso para cuidadores de cinco días laborables al año por trabajador». Como se observa, en tal redactado sí existe una limitación, la anual por trabajador. No obstante, nada de ello se observa en el tenor del artículo 37.3.b) ET, que tan sólo hace referencia a los cinco días. Pues bien, si ello es así, la única conclusión a la que cabe llegar es que, en un intento de mejorar lo establecido en la norma europea, ninguna limitación temporal se ha contemplado por la norma española¹⁸, por lo que debe entenderse que quien legisla ha preferido seguir construyendo el derecho sobre la base de un «mero darse o producirse» (la enfermedad, el accidente, la hospitalización o la intervención quirúrgica). Por

tiene por qué coincidir con la fecha del hecho causante pues la finalidad del permiso y la realidad del tiempo en el que la norma debe ser aplicada permiten que sean los/as trabajadores/as afectados/as quienes determinen la fecha de inicio en función de sus posibilidades de conciliación y mientras el hecho causante permanezca. Esto es, tal y como sostienen los sindicatos demandantes, las características y finalidad del permiso requieren una disponibilidad de ajuste dentro del período en el que tenga lugar tal hecho causante».

¹⁸ Lo que es coherente, además, con la facultad establecida para los Estados en el apartado segundo del artículo 6 Directiva 2019/1158: «los Estados miembros podrán distribuir los permisos para cuidadores sobre la base de períodos de un año, por persona necesitada de asistencia o apoyo, o por caso». Siendo tal el redactado del precepto europeo, parece que el legislador español ha preferido optar por no imponer la limitación anual que contempla el artículo 6.1 antes citado.

lo tanto, siempre que concurran las causas¹⁹ y se cumplan los requisitos formales precisos (preaviso cuando sea posible y justificación posterior), el empresario está obligado a conceder el permiso de cinco días²⁰ cada vez que se produzca el infortunio, entendido éste sin más condicionantes. Desde luego y aunque éste ya es un tema que desborda los márgenes de este apartado, las mismas razones conducen a aplicar este criterio en el caso de las enfermedades crónicas que padezca un mismo familiar o conviviente. Lo que, en la práctica y a mi entender, supondrá que cada episodio de la enfermedad al que pueda calificarse como grave debería dar derecho al disfrute del permiso.

4. DÍAS HÁBILES O DE TRABAJO. ¿ES POSIBLE APOSTAR POR OTRA OPCIÓN INTERPRETATIVA?

Ciertamente, se entiende la postura jurisprudencial que da cobertura, hoy por hoy, a la cuestión del inicio y del cómputo de los permisos retribuidos. Es del todo punto lógica en su planteamiento: si de lo que se trata es de facultar a la persona trabajadora para ausentarse de su trabajo ante determinados acontecimientos, la derivada más coherente es considerar que tanto el día inicial

¹⁹ La STSJ Cataluña, de 6 de junio de 2024 (Rec. n.º 15/2024) dispone que «del tenor literal del precepto [art. 37.3.b ET] se desprende que el disfrute del permiso de cinco días se condiciona a que la persona trabajadora formule: previo aviso y justificación. Por tanto, no tan solo debe advertirse con la antelación que sea posible al empresario del disfrute de dicha ausencia, sino que además deberá justificarse, justificación que razonablemente ha de entenderse que procederá con posterioridad al goce del permiso retribuido. Y de esta previsión expresa de justificación por parte de la persona trabajadora se deduce que el derecho al permiso retribuido se condiciona a la concurrencia de una de las causas previstas por el legislador, sea la de accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario. Pues bien, si se condiciona la concesión del permiso a la justificación de la causa, es evidente que se está frente a un permiso retribuido causal o finalista, en el que el trabajador está obligado a justificar la concurrencia de los supuestos causales previstos en la norma legal. Y, a sensu contrario, puede afirmarse que no existe derecho al permiso si no concurre causa que justifique su concesión». Y sigue: «de las premisas precedentes, habrá de concluirse que la persona trabajadora tiene derecho a agotar los cinco días de permiso mientras acredite la concurrencia de causa mediante justificación *ex post*, de forma que si las necesidades de atención al familiar tan solo requieren de la disponibilidad de, por ejemplo, tres días laborables, los cuales no necesariamente han de disfrutarse de forma continuada, la interpretación más lógica, razonable y coherente es que la persona empleada pueda disfrutar de estos tres días de permiso retribuido y no de cinco, pues en los dos días de exceso no concurre la causa que justifique la ausencia del puesto de trabajo. Sostener la tesis contraria supone ignorar o eludir la regla de causalidad que rige en este permiso retribuido».

²⁰ Y aunque el ingreso hospitalario dure menos de cinco días, pero exista prescripción facultativa de reposo tras el alta hospitalaria. Al respecto, SAN de 24 de julio de 2024 (Proc. n.º 157/2024). También, declarando que este permiso no se extingue por el alta hospitalaria, pero sí con el alta médica, vid. STS de 6 de mayo de 2025 (Rec. n.º 104/2023). De igual forma, la STS de 12 de marzo de 2025 (Rec. n.º 5/2023) señala que cabe exigir la acreditación de que subsiste la necesidad de reposo mediante certificado médico de hospitalización para poder tener derecho al disfrute de los días de permiso en el caso de que se produzca el alta hospitalaria.

■ PROBLEMAS Y RETOS PENDIENTES EN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS...

como los días subsiguientes deben ser de trabajo efectivo, porque de lo contrario la solicitud y el disfrute posterior del permiso no tendrían sentido. A mayor abundamiento, esta tesis tiene otro punto a su favor: logra reforzar el ejercicio de los derechos de conciliación, concediendo a los trabajadores más días, por así decirlo, para atender las necesidades que sobrevengan.

Ahora bien, al hilo precisamente de esto último, me planteo si no sería posible pergeñar una solución distinta habida cuenta de que, en efecto, el cómputo en días de trabajo de las licencias retribuidas conlleva una ampliación indirecta de las mismas que, además de aumentar el coste económico y organizativo para el empresario, puede terminar por afectar a la causalidad que debe imperar en su concesión. Y es que, en efecto, en algunos permisos puede verse muy claro que la necesidad ya ha decaído (una mudanza realizada un domingo no debería generar derecho al permiso el lunes hábil siguiente), pero quizás no lo sea tanto en otros, generándose una mayor litigiosidad entre empresas y trabajadores a la hora de determinar cuándo sigue subsistiendo la necesidad que motivó el permiso: ¿quién lo decide? ¿en base a qué parámetros? Piénsese, por poner un ejemplo, en el caso del fallecimiento: ¿cuándo debe entenderse que subsiste la necesidad? ¿cuando aún no se han realizado todas las gestiones que conlleva un sepelio o cuando, acometidas éstas, aún, por decirlo así, no se ha llorado la pérdida?²¹

En mi opinión, la mejor forma de poner en un justo equilibrio los intereses en juego, los del trabajador en hacer uso de sus derechos y los del empresario en mantener una correcta y ordenada organización productiva, pasa por volver a los orígenes, esto es, por considerar que debe primar la necesaria relación de inmediatez entre el suceso que sobrevenga y el disfrute del correspondiente permiso. Como se ha dicho anteriormente, el suceso causante, evento de inaplazable atención, no entiende de días de asueto o de días de trabajo, por lo que, si éste acontece en día de trabajo, será de sentido común que la persona trabajadora emplee alguno de los permisos que la norma le confiere para atenderlo, mientras que ello no será necesario si acontece en día no laborable o se extiende a tales días, pues dispondrá de ese tiempo para proveer las necesidades correspondientes. Corolario de lo expuesto es que, iniciado el permiso, éste no habría ni de interrumpirse por el hecho de que los días siguientes coincidieran con días que no fueran laborables para la persona trabajadora ni de desplazarse para un disfrute posterior.

²¹ Resulta que sobre la duración del permiso por fallecimiento aún no se ha puesto el foco, pero, a mi modo de ver, si nos centramos no tanto en las gestiones a realizar, sino en la pérdida sufrida (de una madre, de un hijo, por ejemplo), los dos días que se conceden resultan ser, a todas luces, escasos. Por ello, la propuesta de reformulación de este permiso que después se realizará.

A mi modo de ver, ésta es la forma que más se acompasa con la causa a la que sirven los permisos y su consecuencia es evidente: todos los días de permiso deben ser entendidos como naturales, incluido el día del suceso detonante, pues la inmediatez en la necesidad que lo activa exigiría que, cronológicamente, no pudiesen separarse el hecho causante con el disfrute en sí de la licencia. Conclusión, por cierto, a la que también se llega por la aplicación del artículo 5.2 CC, previsión supletoria ésta que debe marcar las reglas del juego cuando existe una situación de carencia de regulación en las normas que disciplinan una relación privada, como es la laboral. Pues bien, de acuerdo con aquél precepto «en el cómputo civil de los plazos no se excluyen los días inhábiles». *Ergo*, si aplicamos este mandato a los permisos cuya duración viene expresada en días (en días sin más, sin hacer distinción entre hábiles o naturales) no cabe más deducción que la de entender que tales días deben computarse como naturales²². Todo ello, a salvo, obviamente, de que el convenio colectivo previese una mejora de los mínimos legales por la cual se permitiese el cómputo en días laborables, descontándose, por lo tanto, los días no laborables.

Con todo, restaría responder a la pregunta de cuál sería el día inicial del cómputo. Al hilo del razonamiento expuesto, podría pensarse que me inclino por considerar que el *dies a quo* debe situarse en el día en el que acaece el suceso detonante. No obstante, creo que otra solución es posible de atender a lo señalado, esta vez, en el número uno del artículo 5 CC: «siempre que no se establezca otra cosa, en los plazos señalados por días, a contar de uno determinado, quedará éste excluido del cómputo, el cual deberá empezar en el día siguiente». Por lo tanto, partiendo de la necesaria relación de inmediatez que debe existir entre el hecho causante y el disfrute de la licencia de que se trate, la respuesta a la pregunta de cuál debe ser el día inicial del permiso cabría encontrarla en ese primer apartado de la norma civil. De este modo, en tanto que nada se prevé normativamente, cabría fijar el *dies a quo* en el día siguiente (laborable o no) del evento desencadenante. No, por lo tanto, en ese mismo día, pues tal modo de proceder supondría colocar en peor situación de partida, de forma injustificada, a los trabajadores a quienes se les produce el estado de necesidad casi al final de su jornada o, incluso, tras ella, con respecto a los demás. Ello, a salvo de que, de nuevo, vía negociación colectiva, se contemplase que el inicio de la licencia se situara en el primer día laborable tras el acaecimiento del suceso causante.

²² También en este sentido LAHERA FORTEZA, J., «Ejercicio y cómputo de los permisos retribuidos. Comentario a las sentencias del Tribunal Supremo 229/2020 y 257/2020, de 11 y 17 de marzo», *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, n.º 448, 2020, p. 174.

■ PROBLEMAS Y RETOS PENDIENTES EN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS...

Ahora bien, dicho lo anterior, es de reconocer que el planteamiento que aquí se propone queda bastante diluido, porque, si atendemos a lo que se ha comentado anteriormente sobre el permiso por infortunios familiares y sobre el permiso por fuerza mayor²³, resulta que la tesis que se sustenta sólo podría aplicarse sobre dos licencias únicamente: el permiso por fallecimiento y el que corresponde por mudanza. Y en ésta última incluso de forma muy mediatisada, pues cierto es que el trabajador puede situar la fecha de la mudanza y, con ello, la fecha de inicio del permiso, en el día en que desee. Es decir, no se trata de un evento imprevisible, sino, más bien, de uno que lo determinará el propio trabajador con su decisión de acometer la mudanza en un día en concreto, con lo que no podría aplicarse aquí la tesis del inicio del permiso en el primer día siguiente al evento causante.

Y en cuanto a los dos permisos en materia de conciliación a los que se ha aludido, recuérdese, por lo que respecta al de infortunios familiares, que la SAN de 25 de enero de 2024 (Rec. n.º 275/2023) apunta que los cinco días que se conceden deben interpretarse como hábiles o de trabajo, pues hábiles son los cinco días que estipula el artículo 6.1 Directiva 2019/1158. Además, este permiso requiere, como se vio, de un análisis particularizado en tanto que podría permitirse, según los casos y por aplicación de la perspectiva de género en su interpretación, tanto su fraccionamiento como el inicio del cómputo en día distinto al suceso detonante. Por lo que atañe a la licencia por fuerza mayor del artículo 37.9 ET, la aplicación de la analogía con relación al permiso por infortunios familiares –con el que guarda, no cabe duda, una estrecha relación– conduce a considerar, como ya se dejó planteado más arriba, que esos cuatro días que se conceden de utilizarse toda la bolsa retribuida de horas disponible deben ser hábiles o de trabajo. De hecho, fíjese que se hace referencia a «horas de ausencia equivalentes a cuatro días al año» y no, sin más, a cuatro días anuales de permiso, lo que lo acercaría al resto de permisos del artículo 37.3 ET fijados en días. Ésta es una pista más que suficiente para entender que el escenario sobre el que se despliega este permiso sólo puede ser, como ya se adelantó, el de horas laborables del trabajador (días laborables en el acumulado), no activándose ni extendiéndose a horas no laborables. Es más, si se concede esta licencia para satisfacer una urgencia de carácter familiar inaplazable que requiere, de forma indispensable, la presencia inmediata del trabajador, es evidente que su *dies a quo* o, mejor dicho, su momento de inicio, no puede fijarse más allá del instante en el que acontece la necesidad, pues lo contrario sería tanto como pervertir su finalidad.

²³ Y sobre el permiso de cuatro días para ausentarse del trabajo por fenómenos meteorológicos adversos (vid. nota 11 de este capítulo).

CAPÍTULO IV

CONCILIACIÓN Y FACULTADES EMPRESARIALES

A estas alturas, poco o nada cabe dudar ya de que la conciliación requiere de actuaciones contundentes que pongan en el sitio que les corresponde a la igualdad, a la corresponsabilidad y a los cuidados. Porque, como se dijo en la introducción y ahora se insiste en ello, quien ha pasado por ahí, quien ha padecido ciertas circunstancias o quien ha tenido determinadas vivencias sabe perfectamente, más allá de lo que indique cualquier análisis que desde el campo jurídico se pueda realizar, lo que es la realidad de lo cotidiano y lo difícil que es compaginar, especialmente para las mujeres, el trabajo y la familia. Sucede, sin embargo, que la conciliación es un terreno inevitablemente abonado a la conflictividad porque las dos partes de la relación laboral tienen, de forma legítima, una distinta vara de medir sus intereses (emocional unos y coste-beneficio, otros). Y lo es desde dos frentes distintos. Por un lado, por el carácter abierto de determinadas normas laborales en materia de conciliación que, intentando equilibrar los intereses en juego, ponen coto a las pretensiones de la persona trabajadora introduciendo en la ecuación la ponderación de las necesidades organizativas y productivas de la empresa. Por otro, por la concesión a la parte patronal de determinadas medidas de gestión interna de la organización que pueden llegar a confrontar con los derechos de conciliación, señaladamente la distribución irregular de la jornada y la modificación de condiciones de trabajo, pero también la configuración de las horas extraordinarias y complementarias¹.

¹ Como señala CASAS BAAMONDE, M.^a E. («Distribución irregular de la jornada, flexibilidad del tiempo de trabajo y tiempo de vida personal y familiar», *Revista Jurídica de la Universidad de León*, n.^o 4, 2017, p. 7), «se trata de dos distintas perspectivas de flexibilidad en el tiempo de trabajo que se entrecruzan dando lugar a lógicas legislativas antinómicas cuya resolución de salda con soluciones armoniosas o no armoniosas».

■ PROBLEMAS Y RETOS PENDIENTES EN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS...

1. MECANISMOS DE FLEXIBILIDAD LABORAL QUE PUEDEN CONFRONTAR CON LOS DERECHOS DE CONCILIACIÓN

1.1 La distribución irregular de la jornada y la modificación de condiciones de trabajo

Como es conocido, la reforma laboral de 2012 introdujo ciertas medidas de flexibilidad interna en la empresa como alternativa a la destrucción de empleo en un contexto de grave crisis económica. Una de estas medidas fue la concesión al empresario de la posibilidad de distribuir irregularmente un porcentaje de la jornada de trabajo (primero el 5%, después el 10%) cuando no existiera disposición aplicable en convenio colectivo o acuerdo de empresa² y ello con dos límites: el respeto a los períodos mínimos de descanso diario y semanal y la concesión de un –exiguo– preaviso de cinco días como mínimo³ para que el trabajador pueda conocer «el día y la hora de la prestación de trabajo resultante de aquella distribución irregular»⁴.

Nada se señalaba –ni se señala actualmente en la norma– del límite que podría suponer para esta prerrogativa empresarial el ejercicio de los derechos de conciliación. Y es que fíjese que, mediante aquellos que intentan garantizar la presencia del trabajador, se operan ciertas modificaciones en la jornada o en la distribución del tiempo de trabajo que podrían confrontar con esta posibilidad concedida a la empresa o, incluso, con las correspondientes a modificar las condiciones de trabajo por los procedimientos legalmente previstos (arts. 40, 41 y 82.3 ET)⁵. Es más, fíjese que se introduce por el artículo 34.2 ET otro ele-

² Esta matización es importante pues no cabe que la empresa establezca la distribución irregular de la jornada si existe pacto al respecto. Así, entre otras, STS de 16 de junio de 2015 (Rec. n.º 266/2014).

³ Se trata con la concesión de este período de preaviso de que el trabajador pueda organizarse personal y familiarmente ante una distribución irregular de la jornada. No obstante, y según los supuestos, es posible que este preaviso resulte insuficiente para tal fin.

⁴ En el bien entendido de que el preaviso de cinco días no se aplica, únicamente, a la distribución irregular que el artículo 34.2 ET ha previsto que pueda utilizar el empresario cuando no existe previsión convencional o pacto de empresa en la materia. Antes al contrario, pues, como apunta la STS de 11 de diciembre de 2019 (Rec. n.º 147/2018), «la necesidad del preaviso de cinco días, así como el respeto a los períodos mínimos de descanso diario y semanal, se impone a toda distribución irregular de la jornada con independencia de cuál sea su fuente reguladora». De esta forma, «la norma vigente reconoce, en términos amplios, la posibilidad de que la autonomía colectiva establezca un sistema de distribución irregular del tiempo de trabajo, siempre que tal regulación respete la jornada anual aplicable, los descansos mínimos semanal y diario y se preavise al trabajador con cinco días de antelación del día y hora de la prestación laboral resultante de la distribución irregular». Por su lado, la STS de 14 de marzo de 2024 (Rec. n.º 96/2022) dispone que el preaviso del artículo 34.2 ET no puede extrapolarse al trabajo a turnos del artículo 36.3 ET y ello aunque los cambios de turno puedan incidir sobre las necesidades de conciliación de la vida personal y familiar.

⁵ No se incluye la reducción de jornada y la suspensión por causas ETOP del artículo 47 ET porque, en principio, no tienen potencial para alterar el régimen de disfrute del derecho de conciliación, más allá,

mento de rigidez en la organización del tiempo por parte de la persona trabajadora cuando se adiciona a la potestad de distribuir irregularmente la jornada otra consistente en la posibilidad de compensar, dentro del plazo de doce meses desde que se produzcan, las diferencias, por exceso o por defecto, entre la jornada realizada y la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo legal o pactada. Es decir, habida cuenta de que el reajuste –salvo previsión distinta en convenio o acuerdo de empresa– se ha configurado de una manera tan dilatada en el tiempo⁶, es posible que aquél colisione en algún momento de esos doce meses con el ejercicio del derecho a fórmulas de trabajo flexible destinadas a lograr la conciliación de la vida familiar con la laboral⁷.

Bien es verdad que los convenios colectivos pueden jugar aquí un papel fundamental, limitando o directamente excluyendo la aplicación de la distribución irregular a los trabajadores con cargas familiares, fijando otros modos de compensar las diferencias, otorgando, como señala el artículo 40.7 ET, la prioridad de permanencia en caso de trasladados a los trabajadores con cargas familiares o restringiendo la modificación sustancial en los supuestos en los que se estuvieran ejercitando derechos de conciliación⁸. Pero, más allá de ello, lo que también es cierto es que se debe incorporar como límite a ponderar cuando se trata del ejercicio de aquellas facultades empresariales la dimensión constitucional de los derechos de conciliación en coherencia con la senda marcada por la ya citada anteriormente en este trabajo STC 3/2007, de 15 de enero, que

es evidente, de que se trabajará menos horas o menos días o, directamente, de aplicarse la suspensión, no se trabajará (circunstancias éstas que, a su vez, favorecerán la dedicación a otras tareas, entre ellas, las de cuidado).

⁶ Fíjese que la previsión normativa, implementada tras el Real Decreto 16/2013, de 20 de diciembre, implica que la compensación se desplace a un momento posterior a la finalización del año natural. Con anterioridad a la modificación en el redactado legal del artículo 34.2 ET, la SAN de 24 de mayo de 2013 (Rec. n.º 147/2013) había apuntado que el saldo positivo o negativo anual en las horas trabajadas no podía trasladarse para su realización o compensación, como así indicaba el convenio, a la anualidad siguiente, ello tanto por falta de norma que lo contemplase expresamente como por el hecho de que la regulación de la jornada es anual. Esta resolución fue ratificada por la STS de 3 de febrero de 2015 (Rec. n.º 7/2014). Hoy por hoy, estas sentencias han perdido su virtualidad, pero haría falta una reflexión por parte del legislador sobre si esta posibilidad de compensación más allá de los doce meses contradice lo dispuesto en el artículo 19 Directiva 2003/88/CE, de 4 de noviembre, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo y que dispone que «los Estados miembros, siempre que respeten los principios generales de protección de la seguridad y la salud de los trabajadores, tendrán la facultad de permitir que, por razones objetivas, técnicas o de organización del trabajo, los convenios colectivos o acuerdos celebrados entre interlocutores sociales establezcan períodos de referencia que en ningún caso excederán de doce meses».

⁷ Sobre cómo la distribución irregular de la jornada puede interferir en los derechos de conciliación, vid., por ejemplo, ROQUETA BUJ, R., *La flexibilidad interna tras la reforma laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 27 y 28.

⁸ En coherencia con lo dispuesto en el capítulo XII del V Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva.

■ PROBLEMAS Y RETOS PENDIENTES EN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS...

conecta los derechos de conciliación con la discriminación por razón de sexo. Lo que se plantea, por decirlo claramente, es integrar las necesidades de conciliación de los trabajadores como un contrapeso a considerar en las normas que otorgan flexibilidad al empresario para ordenar la gestión de su organización y ello con la finalidad de tender puentes entre los intereses organizativos y productivos de la empresa y los propios del trabajador y, al límite, para que no se llegue al extremo de desvirtuar los términos de disfrute del derecho de conciliación de que se trate hasta el punto de vaciarlo de contenido.

Lo acabado de sugerir supondría, a mi modo de ver y, en primer lugar, que en el redactado del artículo 34.2 ET se acometiera una modificación normativa para incluir las razones económicas, técnicas, organizativas o productivas como motivos por los cuales puede acontecer la distribución irregular⁹. De esta forma, el empresario se podría amparar en la existencia de causas suficientes, reales y serias para demostrar la viabilidad de su decisión. Es verdad que, efectivamente, esta facultad no puede ejercerse de forma arbitraria y, en buena lid, siempre tendrá que ampararse en razones de utilidad para la organización. No obstante, la modificación que se propone no sólo visibilizaría esta necesidad, sino que también acompañaría el redactado del artículo 34.2 ET con los correspondientes de los artículos 40, 41 y 82.3 ET¹⁰.

⁹ Cabe apuntar que en el Anteproyecto de Ley para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea, se acometía una modificación del artículo 34.2 ET en el sentido por el que aquí se aboga. Así, se establecía, en primer lugar, que la distribución irregular podría establecerse unilateralmente por parte de la empresa siempre que concurrieran causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. En segundo lugar, se señalaba que la distribución irregular debía cumplir con la normativa laboral sobre jornada y horario, así como con la normativa sobre conciliación, y no sólo con la normativa sobre descansos. En tercer lugar, se establecía que la compensación de la distribución irregular se realizaría según lo dispuesto en convenio colectivo o en acuerdo entre la empresa y la representación legal de las personas trabajadoras, o bien, en defecto de pacto colectivo, según la concreción que proponga la persona trabajadora. En caso de conflicto en este punto, se remitía su solución a la jurisdicción social, quien tendría la labor de «ponderar las necesidades de funcionamiento de la empresa y los derechos de conciliación y corresponsabilidad de la persona trabajadora». Estas previsiones, sin embargo, no han encontrado acomodo en el Proyecto de Ley subsiguiente (BOCG, Congreso de los Diputados, de 16 de febrero de 2024). En cualquier caso, entre la doctrina, también apuntaba esta idea, VIQUEIRA PEREZ, C., «Algunas deficiencias en la regulación de los derechos de conciliación de la vida familiar, personal y laboral», *Revista de Jurisprudencia*, 2019.

¹⁰ De hecho, la STSJ Castilla y León, Burgos, de 8 de mayo de 2013 (Rec. n.º Rec. 207/2013) llega a entender que el cambio de jornada, horario o distribución del tiempo de trabajo a causa del ejercicio de la potestad del artículo 34.2 ET puede constituir una modificación sustancial de las contempladas en el artículo 41 ET, por lo que, de cumplirse los restantes requisitos del supuesto de hecho, la decisión modificativa del empresario se ha de someter al procedimiento previsto en el mencionado precepto legal. Matiza, sin embargo, la STS de 20 de octubre de 2021 (Rec. n.º 128/2021) que una distribución irregular de la jornada por debajo del 10% no es una modificación sustancial de condiciones de trabajo que exija el acuerdo con los representantes.

Con todo, ello no sería suficiente para equilibrar los intereses en juego si se pretende, de igual modo, atender a la dimensión constitucional de los derechos de conciliación. Y aquí entiendo que se abren dos posibilidades. La primera supondría considerar la conveniencia de una modificación normativa de calado que integrara en el redactado de las normas citadas el respeto a los derechos de conciliación de las personas trabajadoras, bien como límite estricto, bien como límite a ponderar¹¹. Creo que ello sería fácil de resolver en el caso de la movilidad geográfica, otorgándole a la prioridad de permanencia en el puesto de los trabajadores con cargas familiares el mismo estatus que a la prioridad de permanencia que les corresponde a los representantes de los trabajadores, sin necesidad, pues, de que convenio alguno la contemple en su articulado. Por otra parte, en el caso de la distribución irregular de la jornada, podría incluirse, como otro límite adicional, el disfrute por los trabajadores de los derechos de conciliación. Y, en fin, bien es cierto que, en el redactado del artículo 82.3 ET, existe una previsión que podría atemperar, llegado el caso, la colisión entre el derecho de conciliación y la modificación que se pretenda introducir tras la inaplicación de condiciones. Así, la norma refiere que «el acuerdo de inaplicación no podrá dar lugar al incumplimiento de las obligaciones establecidas en convenio relativas a la eliminación de las discriminaciones por razones de género o de las que estuvieran previstas, en su caso, en el plan de igualdad aplicable en la empresa». La utilidad de esta previsión, en el supuesto que aquí se plantea, entiendo que podría estar en la aplicación de lo pactado de una forma tal que no se produzca la vulneración de los derechos de conciliación o, de producirse, que ésta fuese en el menor grado posible.

Ahora bien, llevado al límite este modo de plantear el asunto y poniendo el foco en la modificación que se desea implementar, resulta que conduciría a tener que probar la adecuación constitucional de la medida antes incluso de que existiera indicio alguno de vulneración de derecho fundamental y, como se ha tenido ocasión de resaltar en sede judicial, «la confluencia del ejercicio del derecho de conciliación familiar con la modificación [sustancial de condiciones de trabajo] representa únicamente, en principio, un presupuesto de la posibilidad misma de lesión de derechos fundamentales, pero no un indicio de vulneración que por sí sólo desplace al demandado la carga de probar la adecuación constitucional de su acto»¹². Por ello, la segunda opción la considero más plausible, aunque suponga esperar a que se judicialice el conflicto.

¹¹ A este planteamiento se ha mostrado favorable, por ejemplo, MOLERO MARAÑÓN, M.ª L., «Los desafíos de una genuina conciliación de la vida profesional y familiar en..., *op. cit.*, p. 178.

¹² Así, STSJ Islas Canarias, Las Palmas de Gran Canaria, de 8 de enero de 2016 (Rec. n.º 867/2015).

■ PROBLEMAS Y RETOS PENDIENTES EN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS...

Esta segunda opción deriva de la tesis que se desprende de la STC 119/2021, de 31 de mayo, una resolución que sigue la senda de la ya aludida STC 3/2007 y cuyo valor reside en recordar al resto de órganos judiciales que las medidas de conciliación, aunque confronten con una decisión empresarial modificativa, no deben ser juzgadas en el plano de la mera legalidad ordinaria, pues son inherentes a un derecho fundamental de primer nivel. Por sustentar mejor lo que después se comentará, baste ahora, si quiera brevemente, con realizar un pequeño resumen del supuesto planteado.

Así, en la sentencia se debate un supuesto en el que la trabajadora, que disfrutaba de una reducción de jornada por guarda legal y de la exención de trabajar los sábados en el turno de guardia, fue compelida por decisión de la empresa –basada en la existencia de un previo pacto de empresa de articulación de condiciones de trabajo– a prestar servicios de forma puntual algún sábado cuando así fuese requerido por las necesidades de producción y organización. La trabajadora mostró su oposición a la decisión patronal y solicitó mantener la concreción horaria reconocida en la reducción para el cuidado de menor, sin prestación de servicios ningún sábado. En tanto que la empresa se mantuvo en su postura, el conflicto se judicializó, resultando que el juez de instancia desestimó la demanda. Su planteamiento se basaba, principalmente, en dos argumentos.

En primer lugar, se señala que el procedimiento, instado conforme al artículo 139 LJS, «carece de objeto en la medida en que no existe negativa ni falta de conformidad del empresario con la reducción de jornada solicitada por la trabajadora en su momento ni con su petición inicial de no realizar más guardias los fines de semana». Se concluye, al respecto, que el procedimiento a seguir debería haber sido el regulado en el artículo 138 LJS.

En segundo lugar, se apunta que la decisión adoptada por el empresario se encontraba amparada en el pacto de articulación de las condiciones de trabajo de los trabajadores, «que faculta a la entidad demandada a organizar el trabajo de un departamento mediante la modificación del horario o la flexibilización de la jornada si en un determinado departamento no hubiese personal suficiente adscrito al servicio de guardia». Y se añade, además, que la asignación del turno del sábado a la recurrente viene motivada también por el deseo de uno de sus compañeros de departamento de no seguir realizando guardias los fines de semana y por la imposibilidad de que un trabajador realice guardias más de dos fines de semana seguidos de acuerdo con lo dispuesto en el mencionado pacto de articulación de condiciones de trabajo. Es por ello por lo que se considera que las razones alegadas por la empresa son suficientes para acometer la modificación en la jornada de la trabajadora.

Acto seguido, se planteó la nulidad de actuaciones por considerarse que la desestimación de la demanda se fundaba, esencialmente, en que no se había seguido el procedimiento adecuado y que, por ello, no se había entrado en el fondo del asunto. No obstante, el auto estimó lo contrario y resolvió que la sentencia recurrida, «a pesar de entender que el procedimiento carecía de objeto, procedió a entrar a resolver sobre el fondo del asunto y así, tras la valoración de la prueba se entiende que la distribución irregular de la jornada acordada por la empresa se encuentra justificada por razones organizativas relativas al servicio de guardia y además amparada en el pacto de condiciones de trabajo de los trabajadores». Por otro lado, se apunta también en el auto que «la resolución cuya nulidad se pretende no contiene una discriminación por razón de sexo, ni ha obviado el mandado constitucional de protección a la familia porque, como se indica en la resolución, no se trata de un supuesto de los previstos en el artículo 139 LJS puesto que no ha habido negativa o falta de conformidad con el empresario respecto a la solicitud de reducción de jornada de la trabajadora; se trata de un supuesto de modificación sustancial de condiciones laborales, por lo que los términos del debate no son los que pretende la actora, sino que lo que hay que examinar es si la modificación operada se ajusta a lo previsto en el artículo 41 de la Ley del estatuto de los trabajadores, análisis que ha realizado la sentencia de 10 de enero de 2020».

Interpuesto recurso de amparo, el Tribunal Constitucional resuelve, en apretada síntesis y apoyándose, como se dijo, en la STC 3/2007, que el órgano judicial de instancia no apreció la dimensión constitucional del litigio y que, seguramente motivado por el hecho de que consideraba aplicable las reglas procedimentales del artículo 138 LJS y no las propias del artículo 139 LJS, se quedó en el plano de la mera legalidad ordinaria al analizar tan sólo la razonabilidad de las causas y motivaciones invocadas por la parte empresarial. De esta forma, no entró a valorar «que la trabajadora estaba disfrutando de un derecho relacionado con la maternidad¹³ y que esa modificación de la jornada podía producir en la práctica unos perjuicios en su ámbito familiar y laboral» que «obstaculizaban o perjudicaban» la conciliación. Si lo hubiera hecho, tendría que haber examinado «si esa distribución irregular de la jornada de trabajo decidida por la empresa» se erigía «en obstáculo injustificado para la permanencia en el empleo de la trabajadora y para la compatibilidad de su vida profesional con su vida familiar»

¹³ Resulta poco cuidadoso el Tribunal Constitucional al emplear esta expresión porque supone entender que la reducción de jornada es una figura que tiene género, si se permite la expresión, es decir, que su titular debe ser la mujer porque en ella y sólo en ella se da la circunstancia de la maternidad. No hace falta agotar argumentos para comprender ya no sólo superada esta concepción, sino también lo perverso de este planteamiento por lo que atañe, entre otros asuntos, a la corresponsabilidad.

■ PROBLEMAS Y RETOS PENDIENTES EN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS...

atendiendo «a los fines de relevancia constitucional a los que la institución de reducción de jornada por cuidado de hijos sirve».

Este planteamiento conduce al Tribunal a sostener que «aunque, ciertamente, el empresario puede modificar la jornada de trabajo por razones organizativas de acuerdo con lo previsto en el artículo 41 LET, cuando el trabajador afectado esté disfrutando de un derecho relacionado con la maternidad y, disconforme con la decisión empresarial, decida impugnarla, el órgano judicial deberá ponderar las circunstancias concurrentes personales y familiares para hacer compatibles los diferentes intereses en juego, valorando el conflicto en su dimensión constitucional»¹⁴. Por todo ello, en fin, se afirma que «la decisión del órgano judicial de desestimar la pretensión de la recurrente de no prestar servicios una hora y media los sábados, sin analizar hasta qué punto dicha pretensión resultaba necesaria para conciliar su vida familiar y laboral, lleva a concluir que no ha sido debidamente tutelado por los órganos judiciales el derecho fundamental de la recurrente a la no discriminación por razón de sexo».

Como es fácil comprender, la enseñanza de la sentencia es clara: el órgano judicial, ante una distribución irregular o una modificación de condiciones que colisione con un derecho de conciliación, no puede quedarse en el plano de la mera legalidad ordinaria, sino que debe entrar a considerar, también, las concretas circunstancias de la persona afectada que le han hecho ejercer el derecho de conciliación de que se trate para valorar, así, el conflicto en su di-

¹⁴ En el supuesto de hecho y en relación con las circunstancias familiares concurrentes, «resultaba necesario tener en cuenta la edad de la hija de la recurrente, el hecho de tener que prestar servicios los sábados cuando no hay guarderías ni colegios, así como, en su caso, la situación laboral del padre y, en suma, la posible incidencia que la prestación de servicios durante los sábados pudiera tener para conciliar su actividad profesional con el cuidado de su hija». Con todo, se ha apuntado que la sentencia no pone en el sitio que merece al derecho a la intimidad con el señalamiento de todas estas circunstancias. Así, se ha afirmado que «sin duda, en el proceso del artículo 139 LRJS está insita la necesidad de que la parte demandante sostenga, con argumentos relativos a su vida privada, las propuestas y alternativas para la concreción de los derechos de conciliación. Este soporte será necesario, al menos, para que el órgano judicial pueda ponderar los derechos e intereses en juego. Ahora bien, es importante tener en cuenta la perspectiva de que también está en juego el derecho a la intimidad de la persona trabajadora, como valor que no puede desdibujarse. Por consiguiente, debe ser ella quien disponga de la información y decida qué parte de su vida privada quiere revelar a los efectos de dicho juicio de ponderación. Dicho en negativo, serán totalmente impertinentes e inapropiadas las posturas del juez o de la jueza de tipo inquisitivo, que pueden traducirse en preguntas invasivas de la vida privada o en diligencias finales lesivas del derecho a la intimidad. La parte demandante circunscribe los términos del debate, sin que parezca legítimo y respetuoso con sus derechos fundamentales alterarlo introduciendo datos no aportados por ella o incluso variando el contenido de la demanda». Al respecto, CABEZA PEREIRO, J., «Reducción de jornada: a vueltas con la discriminación sexista con ocasión de dos nuevos pronunciamientos del Tribunal Constitucional», *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado*, n.º 4, 2021, p. 177. Por lo demás y como después se verá, también parece olvidar la sentencia del Tribunal Constitucional que el derecho de reducción de jornada es un derecho individual de la persona trabajadora y que como tal y siempre a salvo de lo que más tarde se comentará, no debería estar condicionado por la existencia de otros parientes que puedan hacerse cargo de los cuidados o por la situación laboral de éstos.

mensión constitucional. O, por expresar la idea con mayor precisión, tiene que ponderar si la modificación implementada lesioná, de forma inasumible, el ejercicio del derecho o derechos de conciliación en liza y se convierte en obstáculo injustificado para la permanencia en el empleo de la persona trabajadora y para la compatibilidad de su vida profesional con la familiar¹⁵.

Y esto debería ser así tanto si la modificación es de carácter individual (más fácil de resolver), como si ha sido decidida o bien por el empresario sin acuerdo con los representantes tras el período de consultas o bien por los organismos a los que se refiere el artículo 82.3 ET¹⁶. Lo que conduce a sostener que, dentro de las modalidades procesales correspondientes, se tenga que evaluar por el órgano judicial no sólo y en su caso la existencia o inexistencia de la causa invocada, sino también el quebranto potencial que se pueda producir al principio de prohibición de discriminación por razón de sexo como derecho conectado con la conciliación¹⁷. Algo que es coherente, en el contexto de la modalidad procesal del artículo 138 LJS, tanto con el hecho de que el artículo 184 LJS permita la acumulación de las pretensiones de tutela de derechos fundamentales con las propias –entre otras– de la que corresponde a las modificaciones sustanciales, como con la circunstancia de que la decisión del juez dentro de aquel proceso pueda entender nula la concreta modificación implementada «por violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador»¹⁸. Coherente, igualmente, en el contexto de la modalidad procesal

¹⁵ Hay que tener en cuenta, como también se dirá después, que los derechos de conciliación, aunque conectados con un derecho fundamental de primer nivel, no entrañan la inmunidad de los beneficiarios frente a la aplicación razonable de las reglas jurídicas generales, ni les confieren intangibilidad a sus condiciones de trabajo (STSJ Islas Canarias, Las Palmas de Gran Canaria, de 8 de enero de 2016, Rec. n.º 867/2015). Por lo que únicamente cuando acojan circunstancias en el concreto supuesto de hecho que evidencien el sacrificio inasumible del derecho de conciliación será cuando el órgano judicial tendrá que situar a aquél en mejor posición que al correspondiente derecho de la empresa.

¹⁶ En caso de modificación sustancial de condiciones de trabajo pactada, entiendo que este planteamiento no sería válido pues, como señala el artículo 41.4 ET, último párrafo, «cuando el período de consultas finalice con acuerdo se presumirá que concurren las causas justificativas (...) y solo podrá ser impugnado ante la jurisdicción social por la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión». Y lo mismo ocurre en el contexto del artículo 82.3 ET.

¹⁷ Cuando la modalidad procesal utilizada sea la de conflicto colectivo (bien directamente o por aplicación de sus trámites *ex* artículo 163.3 LJS), el órgano judicial debería, al menos, valorar si la decisión modificativa se ha implementado de la forma menos lesiva o contraproducente para el derecho o derechos de conciliación de que se trate. Y ello toda vez que existe en estos casos un interés de alcance general que también merece ser objeto de tutela y consideración.

¹⁸ Sobre esta cuestión, LAHERA FORTEZA, J., «Organización flexible del tiempo de trabajo y conciliación familiar», *Documentación Laboral*, n.º 100, 2014, p. 47 y PRECIADO DOMENECH, C. H., «Conciliación vida familiar y laboral (modificación de jornada), Discriminación por razón de género», *Revista de Jurisprudencia Laboral*, n.º 7, 2021. Entre la doctrina judicial, aplicando esta dimensión constitucional, vid., por ejemplo, STSJ Islas Canarias, Las Palmas de Gran Canaria, de 15 de diciembre de 2017 (Rec. n.º 1249/2017).

■ PROBLEMAS Y RETOS PENDIENTES EN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS...

de conflictos colectivos, por la posibilidad de que la sentencia sea estimatoria de una pretensión de condena en el marco de los artículos 40.2 y 41.2 ET y se declarara la nulidad de la medida modificativa que se hubiese adoptado por vulneración de derechos fundamentales. Y coherente, en fin, con que la impugnación de los laudos o de los acuerdos alcanzados por la CCNCC o por los órganos correspondientes autonómicos a los que hace referencia el artículo 82.3 ET pueda realizarse, por derivación de lo señalado en el artículo 91 ET al que remite aquel precepto, por concurrencia de la legalidad vigente, entendiendo, desde luego, incluida aquí la norma constitucional, acumulando la pretensión de tutela del derecho fundamental en juego (artículo 184 LJS).

Este planteamiento, en fin, conduce a pensar, de igual modo, que el artículo 139 LJS no es el cauce adecuado para solventar la confrontación entre un derecho de conciliación que ya está disfrutándose y una posterior decisión de modificación de condiciones de trabajo que altere su alcance. En tal modalidad procesal, como se sabe, se dilucidan todas aquellas pretensiones que estén relacionadas con «el ejercicio de los derechos de conciliación», lo que podría dar pie a entender que los supuestos como los aquí planteados encajan en su ámbito objetivo porque lo que se pone en tela de juicio es la ejecución misma del derecho de conciliación de que se trate, su efectivo ejercicio por parte de la persona trabajadora¹⁹. Sigue, sin embargo, que la redacción normativa se refiere a un momento previo, al momento en que se desea ejercitar el derecho y existe «negativa» o «disconformidad» con «la propuesta [de concreción] realizada por el trabajador». Por ello, el propio precepto establece la exigencia de que el empresario y el trabajador deban «llevar sus respectivas propuestas y alternativas de concreción a los actos de conciliación previa al juicio y al propio acto de juicio»²⁰.

Tomando, pues, el tenor de la norma en consideración, cabe pensar que lo que se ventilan en esta modalidad procesal son todas aquellas discrepancias relativas a una propuesta de ejercicio del derecho, a una pretensión futura –aunque a corto plazo– del trabajador. Y, siendo ello así, resulta que es la propia norma la que expulsa de su objeto litigioso la confrontación entre un derecho de conciliación ya reconocido y en período de disfrute y una decisión modificativa posterior que se opone al mismo. Aquí, la discrepancia no es tanto sobre el ejercicio del derecho, sino de cuestionamiento de sus límites, de si aquél debe o no claudicar frente a una decisión patronal ulterior de corte

¹⁹ Un ejemplo en SJS n.º 33 Madrid, de 1 de marzo de 2013 (Proc. n.º 1439/2012).

²⁰ Sobre el objeto de este proceso, vid. VIQUEIRA PÉREZ, C., «El proceso en materia de derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral», AA.VV.: *El Proceso Laboral. Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013 (v. *on line*).

modificativo. Decisión que deberá ser impugnada, en su caso, por la modalidad procesal correspondiente, integrando en ella, como antes de ha dicho, la perspectiva constitucional derivada de la propia naturaleza de los derechos conciliatorios²¹.

1.2 Las horas extraordinarias y las horas complementarias

Horas extras (artículo 35 ET) y horas complementarias (artículo 12.5 ET) son dos mecanismos más de los que dispone el empresario para flexibilizar el tiempo de trabajo en la organización, pues permiten incrementar la jornada de las personas trabajadoras. Conocido es, en primer lugar, el régimen de las horas extras. A grandes rasgos, son horas que se adicionan a las ordinarias, tienen carácter voluntario salvo que se pacten en convenio o contrato, su número no podrá exceder de ochenta al año, se pueden compensar económicamente o mediante descanso según se pacte de nuevo en convenio o contrato y, si no existiera pacto al respecto, se compensan con descanso en los cuatro meses siguientes a su realización. Con todo, las horas que se compensen con descanso no computan para el límite anual anteriormente citado.

Siendo tal su régimen regulatorio, es evidente que la realización de tales horas puede llegar a entorpecer el ejercicio de los derechos de conciliación. Por un lado, porque es frecuente que exista pacto en convenio o contrato, lo que las convierte en obligatorias para el trabajador. Por otro, porque la compensación en descanso supone, como se ha dicho, que tales horas no se adicionen para el límite anual, lo que implica que el empresario tendrá mayor disponibilidad sobre el tiempo de trabajo. Es más, si se piensa bien, incluso podrían llegar a desnaturalizar la finalidad a la que sirven los derechos de conciliación, pues, si, por ejemplo, se ha solicitado una reducción de jornada o una determinada adaptación de jornada para racionalizar el tiempo de trabajo según las concretas necesidades familiares, la realización de horas extras podría suponer aumentar jornada y horario, obstaculizando ello en gran medida la atención y el cuidado de las personas a cargo²².

²¹ Leída en sentido contrario, STS de 5 de junio de 2023 (Rec. n.º 2212/2020). También con esta idea y a modo de ejemplos, SSTSJ Islas Canarias, Las Palmas de Gran Canaria, de 30 de septiembre de 2019 (Rec. n.º 675/2019) y de 8 de enero de 2016 (Rec. n.º 867/2015), Andalucía, Málaga, de 23 de enero de 2019 (Rec. n.º 1399/2018) y Cataluña, de 3 de noviembre de 2015 (Rec. n.º 5364/2015).

²² Sobre la incompatibilidad entre la reducción de jornada por conciliación y la realización de horas extras, vid. SAN de 8 de febrero de 2007 (Rec. n.º 2/2007). Y, en el orden contencioso, STSJ Cataluña, de 11 de abril de 2018 (Rec. n.º 4/2018) y SSJS Barcelona n.º 3, de 19 de febrero de 2021 (Proc. n.º 368/2019) y n.º 2, de 24 de octubre de 2017 (Proc. n.º 322/2016).

■ PROBLEMAS Y RETOS PENDIENTES EN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS...

Por su parte, las horas complementarias son las que se adicionan a las horas ordinarias en el contrato a tiempo parcial, debiendo pactarse expresamente por escrito con el trabajador. Ese pacto podrá acordarse en el mismo momento de la celebración del contrato o en un momento posterior y deberá contemplar el número de horas complementarias a realizar. Con todo, ese pacto sólo se podrá realizar sobre contratos a tiempo parcial con una jornada de trabajo no inferior a diez horas semanales en cómputo anual y podrá quedar sin efecto al año de su conclusión por renuncia del trabajador y con un preaviso de quince días de concurrir tres concretas y específicas circunstancias: la atención de responsabilidades familiares del artículo 37.6 ET (reducción de jornada), la existencia de necesidades formativas siempre que se acredite la incompatibilidad horaria y la incompatibilidad con otro contrato a tiempo parcial. El trabajador, además, debe conocer con una antelación de tres días el día y la hora de realización de las horas complementarias; plazo evidentemente exiguo que, además, podría minorarse por convenio colectivo. En cualquier caso, en fin, el número de horas complementarias pactadas no podrá exceder del 30% de las horas ordinarias objeto de contrato, aunque ese límite, vía convenio colectivo, podrá aumentarse hasta alcanzar el 60%, aunque nunca disminuirse más allá del 30% prefijado normativamente. Por lo demás, a margen de las horas pactadas, cabe que el empresario ofrezca al trabajador la realización de horas complementarias de aceptación voluntaria cuando, eso sí, el contrato a tiempo parcial sea de duración indefinida y tenga estipulada una jornada de trabajo no inferior a diez horas semanales en cómputo anual. Esas horas, que no se adicionarán a los límites antedichos, no podrán superar el 15%, pero, de nuevo por convenio colectivo, se podrían ampliar al 30%. Como límites adicionales a respetar, se añade que el valor de la hora complementaria será idéntico a la ordinaria y que la realización de tales horas deberá respetar los límites en materia de jornada y descansos de los artículos 34.3, 36.1 y 37.1 ET.

Como puede comprobarse, este régimen también puede confrontar con el ejercicio de los derechos de conciliación. Por varios motivos. De un lado, por ese exiguo plazo de tres días que se concede de preaviso –que puede ser minrado, además, por la negociación colectiva– y que puede impedir la correcta planificación de las necesidades familiares ante la exigencia empresarial de realizar horas complementarias. De otro, porque el límite del 30% de horas complementarias a realizar es norma dispositiva para el convenio colectivo si se trata de elevar el porcentaje, pero, si se trata de disminuirlo, se torna en imperativa, lo que elimina de raíz las posibilidades convencionales de intentar mejorar la conciliación de la vida familiar con la laboral. Y, en fin, porque el pacto sólo podrá ser objeto de renuncia por parte del trabajador al año de su

conclusión (no antes) y únicamente ante una necesidad conciliatoria muy específica, la reducción de jornada. Incluso se podría añadir que las horas complementarias voluntarias, en determinados momentos o en determinadas circunstancias, pueden no ser realmente de aceptación voluntaria y, con su realización, lo que se hace es incrementar exponencialmente la jornada, con lo que ello puede suponer para la atención a las necesidades familiares de los trabajadores a tiempo parcial que, no olvidemos, en su mayoría son mujeres.

Siendo tal el panorama, creo que pueden realizarse varias propuestas para intentar mejorar la situación desde el punto de vista de la conciliación, pero siempre teniendo en cuenta la necesidad de buscar el equilibrio con los intereses empresariales. Respecto de las horas complementarias, el ya citado en este trabajo Proyecto de Ley para transponer la Directiva 2019/1152, de 20 de junio, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea²³ acomete algunas modificaciones en el régimen del contrato a tiempo parcial que entiendo contribuirán a una mejor planificación de las necesidades familiares.

De este modo, si el Proyecto de Ley sale adelante tal cual está redactado en estos momentos se introducirá una reforma en el apartado c) del artículo 12.4 ET para especificar que el registro de la jornada de las personas trabajadoras a tiempo parcial debe incluir «el horario concreto de inicio y finalización de aquélla». Por su parte, la modificación de la letra e) de ese mismo precepto supondrá otorgar carácter voluntario, no sólo a la conversión de un trabajo a tiempo completo en otro a tiempo parcial y viceversa, sino también al «incremento o disminución de las horas de trabajo en el contrato a tiempo parcial». Con ello, se pretende garantizar a las personas trabajadoras a tiempo parcial la misma protección –en términos de previsibilidad de su jornada de trabajo– que la establecida para las personas trabajadoras a tiempo completo.

Por lo que atañe a las horas complementarias, se acometen tres modificaciones en el artículo 12.5 ET. La primera en el apartado c) para incluir que en el pacto de horas complementarias no sólo se recojan el número de aquéllas, sino también «una indicación de los días y las horas de referencia en los que [la empresa] puede solicitar los servicios de la persona contratada». La segunda en el apartado d) para señalar que el plazo de preaviso será de tres días como mínimo, sin la posibilidad de que el convenio pueda minorarlo. Además, se apunta, como otra garantía, que «en el caso de cancelación total o parcial de la empresa de la realización de dichas horas sin observar el plazo de preaviso, la persona trabajadora conservará en todo caso el derecho a la retribución co-

²³ BOCG, Congreso de los Diputados, de 16 de febrero de 2024.

■ PROBLEMAS Y RETOS PENDIENTES EN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS...

rrespondiente». Finalmente, la tercera modificación afecta al apartado e), a la renuncia al pacto de horas complementarias, pues se amplía la causa relacionada con la atención a las responsabilidades familiares a todas las mencionadas en el artículo 37 ET. Más allá del hecho de que la alusión a este artículo en su totalidad no sería correcta, pues en él se entremezclan conceptos varios como el descanso semanal, las fiestas laborales, los permisos y reducciones de jornada que tienen su causa en la conciliación y los permisos y reducciones de jornada ligados a otras circunstancias diversas, se echaría en falta, sin embargo, si el texto sale adelante, la mención al derecho contemplado en el artículo 34.8 ET y tal vez la previsión de que se acorte el plazo de un año desde la conclusión del pacto para renunciar a él en los contratos a tiempo parcial de duración determinada, pues en ellos esperar una anualidad se antoja excesivo.

En cuanto al tope mínimo del 30% de horas complementarias pactadas disponible para el convenio hasta el 60% y el reducido plazo de tres días, entiendo que, aunque excesivas estas previsiones desde el punto de vista de la conciliación, podrían ser compensadas con las mejoras que, a efectos de previabilidad, se introducirían en el redactado legal, lo que redundaría en una mejor planificación y organización de las necesidades familiares. Por lo demás, se podría aprovechar la oportunidad para, primero, eliminar la posibilidad de que vía convenio colectivo pueda aumentarse el tope del 15% de las horas complementarias voluntarias y mantener, en contrapartida, que tales horas no se computen a efectos de los porcentajes de horas complementarias pactadas y, segundo, concretar un plazo de preaviso para la realización de tales horas, ya que, al comprenderse en la propuesta del empresario la determinación del momento de realización, se está permitiendo la conversión del contrato a tiempo parcial en un «contrato a la llamada», lo que ha sido objeto de crítica doctrinal²⁴.

Por lo que atañe a las horas extraordinarias, el Proyecto de Ley no contempla ninguna modificación al respecto. No obstante, *de lege ferenda*, creo que, al menos, se podría realizar una propuesta que consistiría en limitar legalmente la posibilidad de realizar horas extraordinarias a aquellos trabajadores que estén disfrutando de los derechos de conciliación de presencia, en concreto, de una reducción de jornada o de una adaptación de la forma y el modo de la prestación incompatible con el hecho de alargar las horas de trabajo²⁵. Ello implicaría que el pacto en convenio o en contrato contemplara esta previsión o que, de no hacerlo, se entendiera sin efecto hasta el momento en que se dejaran de ejercitar aquellos derechos. Cuestión distinta es que, si se realizaran, tuvie-

²⁴ Así, CASAS BAAMONDE, M.^a E., «Distribución irregular de la jornada, flexibilidad..., *op. cit.*», p. 15.

²⁵ Obviamente, se entiende sin perjuicio de las correspondientes a necesidades de fuerza mayor.

ran que ser abonadas correctamente o compensadas con descanso²⁶. Se podría discutir, no obstante, si tal limitación supondría tanto como entender que el ejercicio de un derecho de conciliación conlleva un perjuicio, un trato desfavorable contrario al artículo 14 CE, respecto de aquellas personas trabajadoras que realicen su jornada sin que se vea modulada por necesidad conciliatoria alguna. A mi modo de ver, no obstante, la diferenciación entre unas y otras tendría una justificación objetiva y razonable. En tanto que con la minoración de horas o con las adaptaciones se trata de conciliar la vida familiar con la laboral, valor éste de clara dimensión constitucional, la denegación de prestación de horas extraordinarias a quien disfruta de uno de tales derechos no debería suponer infracción alguna del principio de igualdad de trato con respecto a quien realiza horas extraordinarias conforme a una jornada no modulada. Las situaciones no son comparables y, por lo tanto, desde este punto de vista, parece que no tendría cabida un trato igualitario entre una clase de trabajadores y otros. Dicho esto, entiendo, con todo, que no existiría obstáculo alguno que impidiera al convenio habilitar una excepción a la regla general para permitir la realización de horas extras por parte de los trabajadores en ejercicio de derechos de conciliación, aunque siempre que ello fuera de forma voluntaria.

2. EL CONTRAPESO DE LAS NECESIDADES EMPRESARIALES EN LOS DERECHOS DE CONCILIACIÓN

2.1 El derecho a la adaptación por conciliación

Si la distribución irregular de la jornada es un derecho que se le confiere al empresario para reorganizar el tiempo de trabajo en la empresa, el derecho de adaptación por conciliación concedido a las personas trabajadoras es la otra cara de la moneda, su *alter ego*, por así decirlo. A través de él, se podrá conseguir, llegado el caso, una adaptación de la duración y distribución de la jornada de trabajo, en la ordenación del tiempo de trabajo y en la forma de prestación (incluida la prestación del trabajo a distancia), es decir, una flexibilización en el tiempo y/o en el modo de trabajo con la finalidad de prestar una mejor atención a las necesidades de conciliación entre el trabajo y la familia²⁷.

²⁶ Así, SSTSJ Cantabria, de 28 de abril de 2015 (Rec. n.º 152/2015) y Cataluña, de 19 de junio de 2009 (Rec. n.º 3082/2008).

²⁷ Tras la reforma llevada a cabo por el Real Decreto 6/2019, desaparece del texto del artículo 34.8 ET la posibilidad de adaptación por razones de conciliación personal. Tal vez fuera por la amplitud de supuestos que podrían abarcarse o tal vez fuera porque la dimensión constitucional de la conciliación familiar

■ PROBLEMAS Y RETOS PENDIENTES EN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS...

Las posibilidades son, como puede comprenderse, muy amplias y heterogéneas²⁸, admitiéndose las siguientes: desde una minoración de las horas de trabajo al margen de los límites del artículo 37.6 ET²⁹, al cambio al modelo de teletrabajo, pasando por la jornada continuada o los horarios flexibles, la petición de un determinado turno de trabajo o el pase a turno fijo³⁰, la distribución irregular de la jornada en determinados períodos, la flexibilidad en las horas de entrada y salida, la organización de los descansos y las vacaciones, la conversión de un trabajo a tiempo completo en otro a tiempo parcial o a la inversa, la realización de horas extraordinarias en un período de tiempo para compensar en otro un posible descenso de horas trabajadas o el cambio de centro de trabajo a otra localidad³¹, por mencionar tan sólo estas situaciones³².

aconsejara primar a ésta frente a la otra. En cualquier caso, lo cierto es que, suprimida esta posibilidad, ninguna norma ampara al trabajador para que pueda adaptar el tiempo y la forma de su prestación ante, por ejemplo, una situación de enfermedad no incapacitante que precise o no seguir un determinado tratamiento médico o para facilitar el retorno progresivo al trabajo tras una incapacidad temporal.

²⁸ Y además compatibles con el disfrute de «los permisos a los que tenga derecho la persona trabajadora de acuerdo con lo establecido en el artículo 37 y 48 bis».

²⁹ Hay que tener en cuenta que la reducción de jornada contemplada en el artículo 37.6 ET es un derecho distinto a la adaptación de jornada del artículo 34.8 ET. Se trata, como señaló la STC 24/2011, de 14 de marzo, de «una doble regulación jurídica que no se puede confundir». Al efecto, también STS de 21 de noviembre de 2023 (Rec. n.º 3576/2020) y en la que se indica que el derecho a la reducción de jornada «se acompaña de la facultad de concretar las características específicas de la reducción, de suerte que es a la persona trabajadora a quien la norma otorga el derecho de determinar las condiciones de la reducción horaria, con un único límite: el que la reducción se comprenda dentro de su jornada ordinaria».

³⁰ STSJ Islas Canarias, Las Palmas de Gran Canaria, de 9 de mayo de 2022 (Rec. n.º 317/2022).

³¹ Aunque la cuestión no es específica en la doctrina judicial porque ni en el Estatuto ni en la Directiva 2019/1158 se contempla el cambio de centro de trabajo como una fórmula de trabajo flexible o como una posibilidad de adaptación. En sentido positivo, puede citarse, por ejemplo, las SSTSJ Madrid, de 27 de enero de 2023 (Rec. n.º 213/2023) y Galicia, de 25 de mayo de 2021 (Rec. 335/2021) y la SJS n.º 1 de Eivissa/Ibiza, de 9 de agosto de 2022 (Rec. n.º 393/2022). En sentido inverso, STSJ Galicia, de 26 de julio de 2023 (Rec. n.º 1526/2023).

³² Una exemplificación de posibilidades en FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, S., «La adaptación de las condiciones de trabajo por motivos de conciliación *ex artículo 34.8 ET: un análisis crítico a la luz del Real Decreto-ley 5/2023 y de los últimos pronunciamientos judiciales*», *IusLabor*, n.º 2/2024, pp. 42-49, LÓPEZ BALAGUER, M., «El renovado derecho de adaptación de la jornada y la forma de la prestación», AA.VV.: *Los nuevos derechos de conciliación y corresponsabilidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, pp. 28-37 y NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P., «Avances en corresponsabilidad y flexibilidad en el cuidado del lactante y la adaptación de la jornada por motivos familiares», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n.º 55, 2020, pp. 118 y 119. Por su parte, el Real Decreto 7/2024, de 11 de noviembre, por el que se adoptan medidas urgentes para el impulso del Plan de respuesta inmediata, reconstrucción y relanzamiento frente a los daños causados por la Depresión Aislada en Niveles Altos (DANA) en diferentes municipios entre el 28 de octubre y el 4 de noviembre de 2024 llega a concretar, aún más que el precepto estatutario, los supuestos en los que puede materializarse la adaptación. Así, señala que «el derecho a la adaptación de la jornada podrá referirse a la distribución del tiempo de trabajo o a cualquier otro aspecto de las condiciones de trabajo, cuya alteración o ajuste permita que la persona trabajadora pueda dispensar la atención y cuidado objeto del presente artículo. Puede consistir en cambio de turno, alteración de horario, horario flexible, jornada partida o continuada, cambio de centro de trabajo, cambio de funciones, cambio en la forma de prestación del trabajo, incluyendo la prestación de trabajo a distancia, o en cualquier otro cambio de condiciones que estuviera disponible en la empresa o que pudiera implantarse de

Ocurre, sin embargo, que este derecho no es ni absoluto ni incondicionado, como tampoco lo es, por cierto, su trasunto, el artículo 9 Directiva 2019/1158. Y es que el legislador, haciendo gala de la intención de equilibrar los diversos intereses en juego, incluidos los propios de otros trabajadores de la plantilla, lo ha supeditado, a lo largo de sus varias redacciones, a ciertos condicionantes. Porque siendo como son el tiempo y la forma de la prestación materias críticas para la organización de la gestión empresarial y amplias las posibilidades de adaptación, se ha deseado que en la configuración del derecho aparezcan como debido contrapeso las necesidades organizativas y productivas de la empresa. Por ello y a pesar de que artículo 34.8 ET ha quedado redactado, tras el Real Decreto 5/2023, de una forma tal que se muestra más proclive a garantizar la posición de la persona trabajadora, el derecho de adaptación sigue sin ser un derecho subjetivo pleno. Se trata, más bien, de un derecho a solicitar la adaptación que se considere, lo que implica, de suyo, que dicha solicitud pueda ser concedida por la empresa, denegada o, incluso, es posible que se ofrezca otra alternativa³³. La argamasa que une toda estructura es la razonabilidad y la proporcionalidad tanto en relación con la petición de adaptación como en rela-

modo razonable y proporcionado, teniendo en cuenta el carácter temporal y excepcional de las medidas contempladas en la presente norma, que se limita al período excepcional de duración de la reparación de los daños ocasionados por la DANA».

³³ SJS n.º 1, Ávila, de 6 de septiembre de 2021 (Proc. n.º 516/2021). Con anterioridad a la reforma del precepto por el Real Decreto 6/2019, el derecho del trabajador no era a solicitar la adaptación, sino a «adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo», pero, eso sí, «en los términos que se establezcan en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso, lo previsto en aquella». Redacción ésta que hacía dudar de si el derecho en cuestión era exigible de forma directa aun en ausencia de pacto colectivo o individual o si, por el contrario, requería de su sustento en estos pactos para que pudiera hacerse uso del mismo. La doctrina se mostraba al respecto dividida. Así, había quienes opinaban que la adaptación de jornada requería de acuerdo colectivo o individual, por lo que no se debía configurar como un derecho individual o absoluto del trabajador y sí como un derecho que condicionaba su efectividad a la adaptación convencional de la jornada que pudiera establecer el convenio colectivo por cuidados o atenciones familiares (entre otros, SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., «Adaptación de la jornada laboral por circunstancias familiares: la familia como bien jurídico protegido», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 155, 2012, p. 8). Otro sector de la doctrina, por el contrario, abogaba por considerar que nos encontrábamos ante un derecho de eficacia directa exigible por el trabajador aun ante la inexistencia de pacto (MOLINA NAVARRETE, C., «Flexibilidad en la gestión del tiempo de trabajo y conciliación de la vida laboral y familiar: a propósito de la nueva regulación del empleo parcial», *Documentación Laboral*, n.º 100, 2014, p. 21). Había quien mantenía, en fin, una postura un tanto ecléctica y consideraba que, aunque no existiera un derecho unilateral del trabajador, la empresa no podía denegar la solicitud del trabajador sin negociar su propuesta horaria de manera injustificada sacrificando valores constitucionales (VELASCO PORTERO, M.ª T., «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 de la Seguridad Social*, n.º 41, 2015, p. 83). Por su parte, a nivel judicial, tanto el Tribunal Supremo como los Tribunales Superiores de Justicia abogaban por entender que el derecho a la adaptación de jornada no era un derecho directamente aplicable y que, en ausencia de previsión convencional o pacto individual al respecto, la pretensión carecía de amparo legal. Por todas, SSTS de 24 de abril de 2012 (Rec. n.º 3090/2011), de 20 de octubre de 2010 (Rec. n.º 3501/2009) y de 13 de junio de 2008 (Rec. n.º 897/2007) y SSTSJ Andalucía, Sevilla, de 21 de noviembre de 2012 (Rec.

■ PROBLEMAS Y RETOS PENDIENTES EN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS...

ción con las necesidades organizativas o productivas de la empresa para no causar un desequilibrio importante o desproporcionado entre los intereses de unos y de otros³⁴.

Sería fácil criticar la cicatería del legislador en este punto, pues, mientras que está reconociendo derechos plenos en otros preceptos, no hace lo propio con el contemplado en el artículo 34.8 ET y ni tan siquiera contempla ciertas necesidades especiales que puedan tener –como señala el ya mencionado en este trabajo considerando 37 Directiva 2019/1158– «familias monoparentales, padres adoptivos, progenitores con discapacidad, progenitores que tienen hijos con discapacidad o enfermedades graves o crónicas, o progenitores en circunstancias particulares, tales como las relacionadas con nacimientos múltiples o prematuros», yendo hacia una situación en la que se podría llegar a cuestionar el alcance de la dimensión constitucional de este concreto derecho de conciliación³⁵.

No obstante, lo cierto es que los derechos de conciliación, aunque conectados con un derecho fundamental de primer nivel, no entrañan la inmunidad de los beneficiarios frente a la aplicación razonable de las reglas jurídicas generales, ni les confieren intangibilidad a sus condiciones de trabajo³⁶. Es decir, la perspectiva constitucional, aunque modula, no anestesia ni los poderes empresariales ni la necesidad de ponderar otros intereses para intentar alcanzar un deseado equilibrio entre las posiciones en juego. Contemplando quien legisla otros derechos subjetivos plenos, no creo que sea estrechez de miras considerar un acierto que en el regulado en el artículo 34.8 ET se busque la negociación, los puntos de encuentro, entre el empresario y el trabajador, máxime cuando, como se ha dicho, la adaptación por conciliación tiene el potencial suficiente –mayor que otros derechos– para desestabilizar la gestión de la organización y cuando la mayor parte de las empresas en este país no tienen un margen lo bastante amplio de recursos económicos y humanos³⁷. Así que, des-

n.º 1126/2011) y de 10 de noviembre de 2009 (Rec. n.º 2376/2008), Cataluña, de 17 de octubre de 2011 (Rec. n.º 2790/2011) y Madrid, de 2 de marzo de 2010 (Rec. n.º 5855/2009).

³⁴ La STSJ Islas Canarias, Las Palmas de Gran Canaria, de 12 de septiembre de 2022 (Rec. n.º 759/2022) señala, en este sentido, que «no nos encontramos ante un derecho subjetivo absoluto, sino condicionado atendiendo a parámetros de proporcionalidad, en su pugna con el derecho de libertad de empresa, organización y dirección empresarial, también de proyección constitucional, y sin despreciar derechos de terceros que pudieran verse afectados, cuya incolumidad ha de garantizarse salvo que deban ceder ante derechos de preferente protección. Y en esta pugna, se ha de descender al caso concreto a los efectos de dilucidar si el sacrificio que comporta la efectividad de los derechos conciliatorios se encuentra justificado».

³⁵ En esta línea, GORELLI HERNÁNDEZ, J., «La nueva regulación de la adaptación de jornada: de ..., *op. cit.*, p. 115.

³⁶ STSJ Islas Canarias, Las Palmas de Gran Canaria, de 8 de enero de 2016 (Rec. n.º 867/2015).

³⁷ Con todo, entre la doctrina, se ha considerado que el hecho de que se haya plasmado la exigencia de una negociación en el artículo 34.8 ET supone partir «de la existencia de una realidad conflictiva y

de esta perspectiva, veamos qué contrapesos ha incorporado el legislador en la configuración del derecho para ponderar de manera equilibrada todos los intereses en juego.

A. LA RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD

Tal y como preceptúa el artículo 34.8 ET, las adaptaciones que se soliciten deben ser «razonables y proporcionadas en relación con las necesidades de la persona trabajadora y con las necesidades organizativas o productivas de la empresa». La norma no desconoce, pues, que los intereses del empresario están tutelados también por el marco constitucional (artículo 38 CE) y que la medida de adaptación, como ya se planteó, puede acabar afectando de forma indubitable a la organización de la empresa. Por ello, exige del trabajador que la petición que realice la haga ponderando, desde luego, sus circunstancias y necesidades familiares, pero teniendo en cuenta, también, las propias de la empresa. Además, si existiera previsión específica en convenio³⁸, la solicitud se tendrá que amoldar a lo en él estipulado³⁹, no pudiéndose, a mi entender, realizar una petición que desborde los márgenes de lo recogido en la negociación colectiva o, en su caso, en el plan de igualdad. Aunque bien es cierto que ello, al límite, es tanto como decir que el trabajador, en estas circunstancias, no tendrá un derecho de propuesta en función de cuáles sean sus concretas necesidades familiares⁴⁰, teniendo que acomodar su pretensión a los supuestos de adaptación de jornada previstos en el convenio aun a riesgo de que la efectivi-

enfrentada por el hecho de que se solicite un derecho de adaptación, lo que no debiera ser necesariamente así si existiera una adecuada política por parte de la empresa *a priori* (y no *a posteriori* como parece establecer la norma española)». Así, BALLESTER PASTOR, M.^a A., «De los permisos parentales a la conciliación: expectativas ..., *op. cit.*, p. 1129.

³⁸ El Real Decreto 5/2023 trajo consigo la desaparición del llamamiento obligatorio a la negociación colectiva para que establezca los términos del ejercicio del derecho, previsión ésta que tenía como finalidad atajar el problema que suponía la desidia de los negociadores sociales a la hora de regular esta materia. Y es que no de otra forma puede entenderse la utilización de la expresión «se podrán establecer los términos de su ejercicio», en vez de la anterior («en la negociación colectiva se pactarán los términos de su ejercicio»). Con todo, cabe reconocer que en el V Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva se manifiesta el deseo de que los convenios deban de «desarrollar los términos del ejercicio del derecho a solicitar la adaptación de jornada, concretando los principios y reglas para la concesión de dichas adaptaciones, su reversión y los plazos de contestación a las solicitudes, para hacer efectivo el derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral». Convenios o, debe añadirse, planes de igualdad, por supuesto.

³⁹ STSJ Galicia, de 24 de enero de 2024 (Rec. n.^o 4565/2023) y SJS n.^o 3 Vigo, de 15 de febrero de 2023 (Proc. n.^o 609/2022). Sin posibilidad, pues, de negociación entre particulares. Así, STSJ Madrid, de 5 de abril de 2024 (Rec. n.^o 36/2024). Sobre las posibilidades regulatorias del convenio en esta materia, LÓPEZ BALAGUER, M., «El renovado derecho de..., *op. cit.*, p. 51.

⁴⁰ MOLINA NAVARRETE, C., «Un nuevo paso atrás en la política jurídica de conciliación: el juez no debe minimizar sino garantizar el cambio legal», *Diario La Ley*, n.^o 7057, 2008, p. 6.

■ PROBLEMAS Y RETOS PENDIENTES EN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS...

dad del derecho quede anulada si el convenio delimita unos pocos supuestos de adaptación.

Pero, volviendo a la razonabilidad y proporcionalidad, se hace difícil concretar pautas generales de actuación que resuelvan los conflictos planteados ya sea *ab initio*, esto es, en la previa negociación entre el empresario y el trabajador o, posteriormente, cuando deba a entrar a resolver el órgano judicial⁴¹. Con todo, es fácil deducir que la solicitud no debe ser desorbitada, absurda o del todo punto incompatible con la buena marcha de la organización. Si así lo fuera, el derecho de adaptación, aunque con impacto constitucional, decaería frente al resto de intereses, no soportaría, por decirlo con otras palabras, el juicio de ponderación que debe hacerse entre todas las necesidades implicadas para buscar equilibrar la balanza⁴². Solución ésta que también se aplicaría cuando se solicitase el derecho, se hubiese concedido y se volviese a solicitar de nuevo sin mediar cambio alguno de circunstancias⁴³ o cuando simplemente se alegase, para motivar la petición de adaptación, una genérica ne-

⁴¹ La STSJ Andalucía, Sevilla, de 14 de julio de 2022 (Rec. n.º 496/2022) deja apuntado su deseo de que el legislador hubiera ofrecido unas pautas para «afrontar esta función de ponderación de los intereses en conflicto». Por su parte, entre la doctrina se ha señalado que «pueden servir de guía las referencia a los ajustes razonables en cuanto al riesgo durante el embarazo, el empleo de los discapacitados o la tutela del empleo de los trabajadores particularmente sensibles a determinados riesgos que reclaman una actitud proactiva de la empresa a la hora de aceptar o no la solicitud de adaptación». Así, BARCELÓN COBEDO, S.: «Adaptación de jornada, reducciones y permisos en materia de conciliación en el Real Decreto-ley 5/2023», *Temas Laborales*, n.º 171, 2024, p. 112.

⁴² De este modo, se ha rechazado la pretensión de adaptación para llevar a los hijos a actividades extraescolares por cuanto «sin desconocer que dichas actividades forman parte de la educación y formación integral de los menores, no puede olvidarse que son facultativas y no preceptivas, debiendo adaptarse a las circunstancias familiares y profesionales, y no pretender, una vez seleccionadas, adaptar a éstas la jornada laboral del progenitor trabajador a costa de la imposición al empresario de una modificación en su propia organización empresa (ST SJ Madrid, de 19 de diciembre de 2022, Rec. n.º 385/2022). Por su parte, la ST SJ Galicia, de 11 de marzo de 2024 (Rec. n.º 366/2024) señala que «no cabe en modo alguno es la utilización torticera de lo dispuesto en el artículo 34.8 del ET, como aquí pretende la recurrente. La actora decidió *motu proprio* trasladar su domicilio a Asturias, y pretende, tras el nacimiento del menor, forzar la aplicación del artículo 34.8 del ET con la simple excusa del alquiler de un piso de A Coruña, sin que exista un plus que permita afirmar la necesidad de conciliación (no existe prueba alguna por parte de la actora de que exista la necesidad de traslado a Coruña, más allá de su propio deseo personal)». También se ha rechazado la adaptación cuando «la actora estaría servicios durante dos horas diarias en un horario en el que no presta servicios ningún otro trabajador y la clínica permanece cerrada al público (de 14:00 a 16:00 horas) y, en cambio, durante otras dos horas (de 18:00 a 20:00 horas) el centro de trabajo estaría abierto y todos los demás trabajadores prestando servicios sin la presencia de la encargada, responsable, entre otros cometidos, de la organización y supervisión del trabajo» (SJS n.º 1 Cartagena, de 29 de mayo de 2024, Proc. n.º 312/2024). E, igualmente, en fin, se ha rechazado la petición cuando se solicita «un horario central, que cubre parte de la mañana y parte del turno de tarde, que no se corresponde con ninguno de los turnos existentes en la empresa para mozos ordinarios, y que afectaría al funcionamiento tanto del turno de mañana como al turno de tarde, pues ninguno de ellos se hallaría cubierto completamente por la prestación de servicios intermedia del trabajador» (SJS n.º 1 Toledo, de 19 de mayo de 2023, Proc. n.º 3/2023).

⁴³ SSTSJ Madrid, de 9 de febrero de 2024 (Rec. n.º 994/2023) e Islas Canarias, Las Palmas de Gran Canaria, de 13 de diciembre de 2022 (Rec. n.º 1158/2022) y de 12 de septiembre de 2022 (Rec. n.º 759/2022).

cesidad de atención familiar sin especificar ni concretar dato alguno más ni el interés en el nuevo horario⁴⁴.

Distinto sería el caso de que no se esgrimieran razones organizativas o productivas suficientes⁴⁵ o, al menos, de una importancia tal que rebase la propia de las razones conciliatorias alegadas⁴⁶ o que simplemente se hiciera una alusión genérica a aquellos motivos o a la mera conveniencia⁴⁷ o que, por las circunstancias que fuera, no resultaran acreditados⁴⁸, porque lo que debe hacer la empresa, si nos atenemos a lo resuelto en sede judicial, es justificar, de forma concreta, la imposibilidad, la importante dificultad o el grave e inasumible perjuicio, sacrificio o quebranto que supondría aceptar la petición de adaptación de que se trate⁴⁹. Entre los motivos a esgrimir podrían estar «el tamaño de la empresa (a mayor tamaño y más plantilla, menos costosa y más fácil debe ser la concreción), la organización del tiempo de trabajo (la flexibilidad horaria y los turnos de trabajo influyen decisivamente en las posibilidades de concreción), la especialización de la persona trabajadora (a mayor especialización más dificultosa es su sustitución) o la existencia de otras personas trabajadoras ejercitando derechos de conciliación (si son muy numerosas eso dificulta la

⁴⁴ SSTSJ Islas Canarias, Las Palmas de Gran Canaria, de 27 de julio de 2023 (Rec. n.º 568/2023) y País Vasco, de 18 de diciembre de 2018 (Rec. n.º 2392/2018).

⁴⁵ Así, también como ejemplo, se ha resuelto que la negativa de la empresa no puede ampararse en la dificultad de asumir el coste de una nueva contratación, que es lo que implicaría la adaptación de jornada, cuando la empresa es de gran tamaño y cuenta con varios centros de trabajo (STSJ Islas Canarias, Santa Cruz de Tenerife, de 5 de junio de 2024, Rec. n.º 1449/2024). Tampoco en la dificultad de reordenar los turnos de trabajo (STSJ Aragón, de 1 de abril de 2022, Rec. 136/2022).

⁴⁶ Como cuando se plantea un cambio de turno para poder llevar al hijo a terapia (STSJ Islas Canarias, Las Palmas de Gran Canaria, de 27 de junio de 2024, Rec. n.º 343/2024) o el mantenimiento del existente ante dos familiares a cargo que necesitan cuidados y un hermano con una minusvalía importante (STSJ Galicia, de 18 de febrero de 2022, Rec. n.º 7045/2021).

⁴⁷ SSTSJ Madrid, de 26 de enero de 2024 (Rec. n.º 211/2023) y de 28 de febrero de 2022 (Rec. n.º 689/2021) y Galicia, de 3 de febrero de 2022 (Rec. n.º 5108/2021) y SJS n.º 32 Barcelona, de 13 de marzo de 2023 (Proc. n.º 962/2022).

⁴⁸ SSTSJ Islas Canarias, Las Palmas de Gran Canaria, de 7 de marzo de 2024 (Rec. 2/2024), Galicia, de 22 de noviembre de 2023 (Rec. 3340/2023) y Andalucía, Sevilla, de 24 de febrero de 2022 (Rec. n.º 4645/2021) y SSJS n.º 10 Barcelona, de 25 de octubre de 2023 (Proc. 726/2023) y n.º 3 Santiago de Compostela, de 18 de abril de 2023 (Proc. n.º 539/2022).

⁴⁹ Como apunta la STSJ Galicia, de 17 de abril de 2023 (Rec. 660/2023), «la dificultad de la empresa que no dudamos que concurra, [no es] equiparable a la imposibilidad». También STSJ Castilla-La Mancha, de 25 de mayo de 2023 (Rec. n.º 792/2022). En sentido contrario, entre la doctrina, se pueden encontrar, no obstante, opiniones favorables a no exigir un plus a la dificultad organizativa, «transmutándola en imposibilidad, sacrificio excesivo o daño desproporcionado. Porque si así fuera, ¿qué parámetros objetivos puede utilizar el juzgador para determinar lo que sea imposible, excesivo o desproporcionado en el caso concreto para el empresario». Sobre ello, SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., «Adaptación de la jornada laboral y derecho de conciliación de la vida familiar y laboral. Factores de valoración en la ponderación judicial», *Revista de Jurisprudencia Laboral*, n.º 8, 2019, p. 8. A mi modo de ver, no obstante, creo que ese plus que se exige a la empresa deriva de la dimensión constitucional de los derechos de conciliación y, por lo tanto, es razonable que así se requiera.

■ PROBLEMAS Y RETOS PENDIENTES EN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS...

concreción, sin que se pueda exigir a la empresa que, para concretar el derecho de una persona trabajadora, se tenga que negar el derecho de otras que previamente lo tenían concretado». También han justificado la denegación empresarial motivos tales como la esencialidad del servicio que se presta⁵⁰, la necesidad de presencialidad en el puesto o la imposibilidad de teletrabajar por determinadas circunstancias cuando se solicita trabajar a distancia⁵¹, la colisión con los derechos laborales de otras personas trabajadoras, pues aunque la empresa «puede realizar ajustes que no supongan modificación sustancial para satisfacer el derecho a la conciliación de la persona trabajadora», para lo que no está habilitada es para «modificar sustancialmente las condiciones de trabajo de otros trabajadores por causa del derecho de conciliación»⁵² o el incremento de los costes laborales que implicaría una nueva contratación⁵³.

Con todo, es de reconocer que no existe una postura unánime en sede judicial sobre la legitimidad de los dos últimos argumentos aquí aludidos para denegar la adaptación solicitada. Por lo que atañe a los desajustes que sobre del resto de trabajadores pueda producir la concreta adaptación, se ha llegado a afirmar que «el incremento de turnos de las compañeras de la demandante con igual categoría [es un efecto] normalmente consustancial a la reducción de jornada»⁵⁴. De igual modo, ante una petición de cambio de centro de trabajo por necesidades de conciliación que se ponderaba con la preferencia de otro trabajador de ese centro de trabajo a mutar su contrato en indefinido, se concluyó que la conciliación es un derecho fundamental que debe prevalecer fren-

⁵⁰ SSTSJ Galicia, de 5 de junio de 2024 (Rec. n.º 1449/2024), Islas Canarias, Santa Cruz de Tenerife, de 29 de junio de 2023 (Rec. n.º 927/2022) y Cantabria, de 19 de junio de 2023 (Rec. n.º 381/2023) y SJS n.º 5 Valladolid, de 13 de febrero de 2023 (Proc. n.º 877/2022).

⁵¹ SSTSJ Castilla-La Mancha, de 21 de diciembre de 2023 (Rec. n.º 1829/2022) y Castilla y León, Valladolid, de 25 de septiembre de 2023 (Rec. n.º 1140/2023) y SSJS n.º 1 Burgos, de 19 de diciembre de 2023 (Rec. n.º 749/2023), n.º 3 Badajoz, de 17 de octubre de 2023 (Proc. 535/2023) y n.º 1 Toledo, de 18 de mayo de 2023 (Proc. n.º 747/2022).

⁵² SSTSJ Islas Canarias, Las Palmas de Gran Canaria, de 13 de diciembre de 2022 (Rec. n.º 1158/2022), Comunidad Valenciana, de 4 de octubre de 2022 (Rec. n.º 1197/2022), Galicia, de 21 de septiembre de 2020 (Rec. n.º 1904/2020) y Navarra, de 23 de mayo de 2019 (Rec. n.º 166/2019) y SSJS n.º 1 Zamora, de 5 de enero de 2024 (Proc. n.º 583/2023) y n.º 3 Logroño, de 26 de julio de 2023 (Proc. n.º 615/2022). Por ejemplo, la STSJ Cataluña, de 26 de enero de 2022 (Rec. n.º 3529/2021) deniega la petición de adaptación porque supondría «un solapamiento de turnos de mañana y tarde durante dos horas en una franja horaria con poco trabajo», teniendo la empresa que cubrir el hueco que deja la persona trabajadora en otra franja que es de mayor trabajo pues es donde existe una mayor afluencia de clientes, «lo que supone que otra compañera tenga que doblar turno para cubrir ese hueco».

⁵³ SSTSJ Islas Canarias, Las Palmas de Gran Canaria, de 13 de diciembre de 2022 (Rec. 1158/2022) y Andalucía, Sevilla, de 12 de septiembre de 2019 (Rec. n.º 570/2019) y SSJS n.º 2 Cáceres, de 8 de octubre de 2020 (Proc. n.º 402/2019) y n.º 6 Oviedo, de 1 de octubre de 2020 (Proc. n.º 313/2020).

⁵⁴ STSJ Galicia, de 20 de noviembre de 2017 (Rec. n.º 3626/2017). La resolución ha sido seguida por otras, ya en materia de adaptación, como la STSJ Galicia, de 11 de marzo de 2022 (Rec. n.º 6050/2021) o la SJS n.º 1 Ferrol, de 26 de julio de 2021 (Rec. n.º 373/2021).

te a la estabilidad en la contratación y que, por tanto, la empresa ha de otorgar primacía al traslado geográfico y no a la transformación del contrato temporal en indefinido de otro compañero que, por no hacer uso de derechos de conciliación, no tiene preferencia⁵⁵. Y, por lo que respecta al incremento de costes empresariales que supondría contratar a otro trabajador por causa de la adaptación pedida, ello no se ha tenido en cuenta cuando la empresa era de gran tamaño y, por tal motivo, podía asumirlo sin dificultad⁵⁶, cuando se realizaron nuevas contrataciones en la empresa para cubrir otros puestos en momentos anteriores al ejercicio del derecho y la empresa alegó, para justificar la denegación, que la adaptación supondría contratar a otra persona trabajadora para cubrir la prestación de servicios de la persona solicitante con el aumento de costes que ello supondría o cuando se realizaron esas nuevas contrataciones en el turno o en el horario que la persona solicitante iba a dejar libre a causa del ejercicio del derecho de adaptación⁵⁷ o cuando, simplemente, se alega de forma genérica que, para aceptar la propuesta, se han de realizar nuevas contrataciones como un eventual perjuicio futuro que no es posible analizar por su carácter hipotético⁵⁸.

A mi modo de ver y respecto de la primera cuestión, creo que es razonable pensar que, si fuese necesario a causa de la implementación de la adaptación, la empresa tendrá que proceder a realizar ajustes en los cuadrantes de otros empleados, pero ello siempre y cuando tales ajustes fuesen mínimos, esto es, siempre que fuesen retoques que no implicasen, en efecto, una modificación sustancial de condiciones de trabajo. A fin de cuentas y si se permite utilizar una máxima muy conocida, «el derecho de uno termina donde empieza el derecho del otro». Por lo que, si ello así se entiende, la prestación de los compañeros de trabajo no debería sufrir en demasía o, dicho de otra forma, de modo desorbitado, por la petición de adaptación proveniente de uno de ellos.

En cuanto a la necesidad de proceder a nuevas contrataciones, creo que la propuesta de adaptación no tendría que implicar, *per se*, que la empresa deba acometerlas. Una cosa no debería desembocar necesariamente en la otra. A fin de cuentas, el impacto constitucional de los derechos de conciliación no implica, de modo automático, la supremacía de la decisión del trabajador y la consecuente rendición de los derechos y libertades empresariales, incluyendo entre ellos la decisión de contratar o no contratar a más trabajadores en plantilla.

⁵⁵ STSJ Galicia, de 25 de mayo de 2021 (Rec. n.º 335/2021).

⁵⁶ STSJ Islas Canarias, Santa Cruz de Tenerife, de 5 de junio de 2024, Rec. n.º 1449/2024).

⁵⁷ STSJ Madrid, de 2 de julio de 2020 (Rec. n.º 1095/2019) y SJS n.º 1 Badajoz, de 31 de marzo de 2021 (Rec. n.º 904/2020).

⁵⁸ SJS n.º 3 Santiago de Compostela, de 18 de abril de 2023 (Proc. n.º 539/2022).

■ PROBLEMAS Y RETOS PENDIENTES EN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS...

A mi modo de ver, para acompañar los intereses en juego, constituiría barrera infranqueable que no debería ser traspasada por el órgano judicial la demostración de que la única forma de proceder a la adaptación sea con una nueva contratación. Y ello con independencia del menor o mayor tamaño de la empresa, pues lo contrario supondría conferir al órgano judicial la facultad de inmiscuirse en la libertad de contratación de la que goza el empresario en virtud del artículo 38 CE. Por lo tanto y en consecuencia, la propuesta de adaptación debería ser permitida cuando, de las circunstancias concurrentes, se derivara la posibilidad de acometer el reajuste de la organización empresarial de un modo que no implicara la incorporación de una nueva persona trabajadora; pero no cuando se tuviera que obligar a la empresa a asumir el coste de una nueva contratación, que es un coste directo, periódico y, además, sujeto a oscilaciones por los incrementos legales o convencionales que pudieran acontecer.

Con todo y más allá de esto, me planteo si no sería conveniente bonificar de alguna manera el contrato que se realizara por causa de la implementación de la adaptación. Hoy por hoy y salvo error u omisión, tan sólo se contemplan bonificaciones relacionadas con la conciliación cuando se trata de contratos de sustitución en los supuestos de riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, nacimiento y cuidado del menor o ejercicio corresponsable del cuidado del lactante⁵⁹. Tal vez habría que considerar la introducción en esa terna del supuesto de solicitud de una adaptación de la jornada o del tiempo de trabajo que implicase de forma objetiva la necesidad de una nueva contratación para completar el horario, el turno o la franja de tiempo que la persona solicitante deja libre. Esta medida no sólo aliviaría al empresario la carga de soportar unos costes directos, periódicos y que en modo alguno consideraba, sino que, además, vendría a ser un modo de incentivar la fructificación de la negociación entre las partes.

Otra cosa sería el concreto contrato a realizar porque, si se observa, los contratos bonificados actualmente en materia de conciliación son los de sustitución que implican reserva de puesto (algo que no acontece en el ámbito de la adaptación) o reducción de jornada por cuidado corresponsable del lactante, esto último en coherencia con lo previsto en el del artículo 15.3 ET, segundo párrafo, que señala, como se conoce, que «el contrato de sustitución podrá concertarse para completar la jornada reducida por otra persona trabajadora, cuando dicha reducción se ampare en causas legalmente establecidas o reguladas en el convenio colectivo». Pues bien, si se transciende de tal circunstancia,

⁵⁹ Artículos 17 y 18 Real Decreto-ley 1/2023, de 10 de enero, de medidas urgentes en materia de incentivos a la contratación laboral y mejora de la protección social de las personas artistas.

podría pensarse en bonificar un contrato temporal por circunstancias de la producción, toda vez que el número dos del artículo 15 ET incorpora como causa justificativa de este contrato «las oscilaciones, que aun tratándose de la actividad normal de la empresa, generan un desajuste temporal entre el empleo estable disponible y el que se requiere». Esta previsión, puesta en relación con lo que se añade en el párrafo siguiente acerca de que, entre las oscilaciones, «se entenderán incluidas aquellas que derivan de las vacaciones anuales», conduce a sostener en buena lógica que esta modalidad contractual pudiera utilizarse para hacer frente a necesidades ordinarias de la empresa que implicaran un déficit de personal, como, por ejemplo, interrupciones del contrato distintas a las vacaciones⁶⁰ o, al límite, adaptaciones en el tiempo de la prestación que implicaran la necesidad de cubrir una franja, un turno o un horario que se deja, por aquel motivo, vacante.

Si ello así se admitiera, existiría, no obstante, un hándicap a solventar: el de la duración de este contrato. Y es que, como se sabe, su límite temporal máximo se fija en los seis meses, a salvo de que el convenio lo amplíe hasta los doce; tiempo que seguramente no será coincidente en muchas ocasiones con el período durante el que se ejercita el derecho a la adaptación. Ante esta tesitura, al empresario le quedaría la opción de plantearse la celebración de un contrato de duración indefinida, porque, hoy por hoy, el otro contrato de duración determinada, el de sustitución, no está pensado para cubrir los supuestos que aquí se plantean. Tal opción sería viable, con todo, si se acometiera una reforma en el redactado del artículo 15.3 ET, segundo párrafo, que incluyera entre el elenco de causas que habilitan para celebrar este contrato la adaptación que implique la necesidad de completar la franja de tiempo dejada libre por la persona trabajadora a la que se le ha aceptado su solicitud de adaptación. Y esto es algo que no sería descabellado sostener si se tiene en cuenta que se admite, como ya se ha dicho, la celebración de un contrato de sustitución cuando la persona trabajadora se acoja a cualquiera de las reducciones de jornada del artículo 37.6 ET y de que éste es un derecho de conciliación que incide sobre el tiempo de la prestación, como también lo puede ser la adaptación del artículo 34.8 ET.

⁶⁰ Sobre ello, GOERLICH PESET, J. M.^a (Dir.), *Derecho del Trabajo*, 12.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, p. 235. También BALLESTER PASTOR, I., «La reformulación de los contratos temporales causales: avances, inercias y nuevos peligros», *Revista Crítica de Relaciones Laborales, Laborum*, n.^o 2, 2022, pp. 116 y 117. En sede judicial, cabe recordar que la STS de 26 de marzo de 2013 (Rec. n.^o 5692/2011) permitió acudir al contrato eventual por circunstancias de la producción a causa de los permisos de los que disfrutaba parte de la plantilla.

■ PROBLEMAS Y RETOS PENDIENTES EN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS...

Volviendo ahora al hilo del discurso principal y con relación a la razonabilidad de la petición de adaptación conforme a los intereses conciliatorios, se ha admitido la solicitud de la persona trabajadora, entre otras situaciones, cuando existe alguna necesidad especial debidamente acreditada⁶¹; cuando se pide una determinada concreción horaria y no trabajar los fines de semana porque la persona trabajadora solicitante no ha sido contratada para prestar servicios exclusiva o principalmente en fines de semana⁶² o cuando existe un buen número de compañeros de trabajo que prestan servicios en esos días⁶³; cuando se solicita la concreción horaria de lunes a domingo, con descansos rotativos, en horario matinal, hasta que las personas cuidadas cumplan los doce años porque ello redunda en beneficio de aquéllas e implica un mejor reparto de las tareas de cuidado y atención y la empresa ha alegado unos genéricos inconvenientes de tipo organizativo que no ha probado⁶⁴; cuando las tareas desarrolladas no necesariamente deben realizarse en un determinado turno u horario⁶⁵; cuando no existen guarderías con disponibilidad horaria hasta la hora tardía en la que finaliza la persona trabajadora su turno como tampoco en fines de semana, resultando, además, que no se acredita perjuicio organizativo grave porque la empresa no ha cubierto el puesto de trabajo de la demandante durante los meses transcurridos desde que se inició su suspensión por maternidad, habiendo sido suplida por el resto de compañeros⁶⁶; cuando se solicita trabajar a distancia no durante toda la semana, sino sólo en aquellos días en los que se acredita la necesidad familiar, siendo ésta, además, una medida que no afecta a la actividad profesional ni a los intereses de la empresa⁶⁷; cuando, por el contrario se ha solicitado teletrabajar toda la semana hasta que el hijo cumpla los doce años y por la empresa no se acredita razón obstativa

⁶¹ Por ejemplo, el cuidado de la nieta por su abuela cuando la madre es cabeza de hogar monoparental y asiste a una formación profesional que le impide atender a la menor (SJS n.º 2 Santander, de 18 de noviembre de 2024, Proc. n.º 585/2024), el caso ya citado del menor que acude a terapia (STSJ Islas Canarias, Las Palmas de Gran Canaria, de 27 de junio de 2024, Rec. n.º 343/2024), la convivencia con los progenitores en el mismo domicilio necesitando éstos de ayuda para realizar los actos más básicos de la vida (SSTSJ Galicia, de 18 de enero de 2024, Rec. n.º 4378/2023 y Madrid, de 29 de junio de 2023, Rec. 253/2023) o la existencia de un menor o de otro sujeto causante con una enfermedad o discapacidad grave (SSTSJ Cataluña, de 1 de septiembre de 2023, Rec. 102/2023 y País Vasco, de 17 de mayo de 2023, Rec. 2709/2022 y SSJS n.º 2 Toledo, de 30 de junio de 2023, Proc. n.º 563/2022, n.º 2 León, de 4 de noviembre de 2022, Proc. n.º 404/2022 y n.º 3 Logroño, de 24 de agosto de 2022, Proc. n.º 160/2022).

⁶² STSJ Islas Canarias, Santa Cruz de Tenerife, de 24 de mayo de 2024 (Rec. n.º 497/2023).

⁶³ STSJ Islas Canarias, Las Palmas de Gran Canaria, de 7 de marzo de 2024 (Rec. n.º 2/2024).

⁶⁴ STSJ Madrid, de 26 de enero de 2024 (Rec. n.º 211/2023).

⁶⁵ STSJ Galicia, de 18 de enero de 2024 (Rec. n.º 4655/2023).

⁶⁶ SJS n.º 5 Valladolid, de 6 de octubre de 2023 (Proc. n.º 582/2023).

⁶⁷ STSJ Cataluña, de 3 de febrero de 2023 (Rec. n.º 4763/2022) y SSJS n.º 2 Vigo, de 23 de noviembre de 2023 (Proc. n.º 818/2023), n.º 2 Avilés, de 19 de abril de 2023 (Proc. n.º 107/2023) y n.º 1 de Guadalajara, de 25 de julio de 2023 (Proc. n.º 436/2023).

alguna o no ha abierto proceso negociador⁶⁸; o, cuando, en fin, se ha pedido una determinada y prudente concreción y la empresa no ha alegado razones organizativas más allá de las ordinarias, debiendo prevalecer la conciliación y la protección de los valores familiares, máxime cuando no se ha observado que la persona empleada realice la petición con abuso de derecho o mala fe⁶⁹.

Por otro lado, al hilo, precisamente, de la proporcionalidad y razonabilidad que debe predicarse de los intereses conciliatorios, se ha llegado a plantear si resulta exigible, para aceptar la propuesta de la persona trabajadora, que ésta tenga que acreditar ciertas circunstancias de su vida íntima, personal o familiar, en concreto, que no haya otra persona que pueda atender a las necesidades de cuidado. Se hace jugar aquí «la cuestión de la corresponsabilidad como factor de valoración en la ponderación judicial para el reconocimiento, en su caso, del derecho de adaptación de la jornada de trabajo»⁷⁰ y ello a pesar de que en el artículo 34.8 ET no se contempla una llamada directa a la corresponsabilidad como lo hacen –ya se tuvo ocasión de comentar– otros preceptos estatutarios, señaladamente el artículo 37.6 y el artículo 46.3 ET.

De esta forma, se ha llegado a señalar que a la persona trabajadora le corresponde «el suministro de cuanta información personal resulte de interés para la identificación del derecho, la graduación de su preferencia y su reconocimiento y efectividad frente a la organización empresarial»; información que se ha de extender «no solo a las circunstancias personales o familiares de la persona solicitante, sino también a las del otro progenitor en lógico intento de alcanzar un reparto equilibrado de las responsabilidades familiares, la corresponsabilidad»⁷¹. Este planteamiento iría, además, en la línea de la STS de 26 de abril de 2023 (Rec. n.º 1040/2020) que apuesta por valorar las concretas circunstancias personales y familiares que concurren en quien trata de ejercer los derechos de conciliación, mencionándose, entre otras, «la edad y situación escolar del menor y la situación laboral del otro progenitor»⁷².

⁶⁸ STSJ Castilla y León, Valladolid, de 9 de octubre de 2023 (Rec. n.º 1298/2023) y SJS Santander, de 2 de febrero de 2023 (Proc. n.º 666/2022).

⁶⁹ SSTSJ Galicia, de 17 de abril de 2023 (Rec. n.º 660/2023) y Madrid, de 3 de febrero de 2023 (Rec. n.º 1261/2022) y de 21 de noviembre de 2022 (Rec. 189/2022) y SJS n.º 1 Guadalajara, de 27 de noviembre de 2023 (Proc. n.º 756/2023). En general y entre la doctrina, pueden verse diversos supuestos de adaptación en LÓPEZ BALAGUER, M., «El renovado derecho de..., *op. cit.*, pp. 29-48.

⁷⁰ STSJ Andalucía, Sevilla, de 14 de julio de 2022 (Rec. n.º 496/2022).

⁷¹ STSJ Islas Canarias, Las Palmas de Gran Canarias, de 12 de septiembre de 2022 (Rec. n.º 759/2022).

⁷² Así, para verificar que el otro progenitor era trabajador por cuenta propia que prestaba servicios los fines de semana, se ha llegado a aceptar como prueba el alta en el censo de empresarios y profesionales de la actividad, pero también «la relación de empresas clientes, horarios de actividad que figuran en Google que incluye los sábados y domingos y partes de avería en fin de semana» (STSJ Islas Canarias, Santa Cruz de Tenerife, de 13 de mayo de 2024, Rec. 705/2023). Entre la doctrina, sosteniendo esta postura y con base

■ PROBLEMAS Y RETOS PENDIENTES EN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS...

Con todo, con la finalidad de minorar las críticas que se le puedan hacer a este modo de interpretar la norma, se ha añadido que no se trata en modo alguno de invadir la esfera íntima de la persona trabajadora y de su familia, «sino de hacer notar que, en aplicación del principio de corresponsabilidad, si la persona trabajadora que solicita el reconocimiento del derecho no ha acreditado que la pareja ha solicitado un derecho similar de forma que se repartan y compatibilicen las responsabilidades familiares, entonces no puede pretender que la integridad del perjuicio derivado de la adaptación del tiempo de trabajo recaiga en exclusiva sobre su empresa empleadora»⁷³.

Aplicando esta doctrina, pueden encontrarse resoluciones judiciales que, como otra circunstancia a tener en cuenta, valoran que o bien existan otras personas (el otro progenitor fundamentalmente, pero también los abuelos o los hermanos) que puedan cuidar de la persona que debe ser atendida (denegando, entonces, la petición de adaptación)⁷⁴ o bien que el otro progenitor⁷⁵ no tenga disponibilidad horaria para atender al sujeto causante, hecho éste que, junto con otros, ha determinado la aceptación por el órgano judicial de la petición formulada por el trabajador⁷⁶.

Sin embargo, otras sentencias, que observan la cuestión desde el punto de vista del derecho a la intimidad y del propio redactado normativo, no condicionan la denegación o confirmación de la concreta adaptación a la existencia de otros posibles cuidadores⁷⁷ o, al límite, de otras circunstancias que permitan alargar la estancia del menor en el centro escolar hasta que finalice la jornada laboral, como la existencia de comedor o la posibilidad de realizar actividades extraescolares. Así, se ha llegado a señalar que «el punto de partida debe ser necesariamente que el titular del derecho no tiene que demostrar una especie

en los artículos 4 y 44 LOI, LÓPEZ BALAGUER, M., «El impacto de las tareas de cuidado en la relación laboral: la adaptación del tiempo y la forma de la prestación», *Lan Harremanak*, n.º 52, 2024, p. 10.

⁷³ STSJ Castilla-La Mancha, de 25 de mayo de 2023 (Rec. n.º 792/2022).

⁷⁴ SSTSJ Islas Canarias, Las Palmas de Gran Canaria, de 27 de febrero de 2025 (Rec. n.º 1760/2024), Galicia, de 13 de noviembre de 2023 (Rec. n.º 3621/2023), Castilla y León, Valladolid, de 2 de octubre de 2023 (Rec. n.º 1195/2023) y Castilla-La Mancha, de 25 de mayo de 2023 (Rec. n.º 792/2022) y SSJS n.º 1 Toledo, de 18 de mayo de 2023 (Proc. n.º 747/2022) y n.º 1 Vigo, de 2 de marzo de 2023 (Proc. n.º 44/2023).

⁷⁵ Que, evidentemente, puede ser la madre. Un ejemplo de denegación del derecho por parte de la empresa al padre porque la madre podía conciliar más fácilmente al disfrutar de un horario flexible en STSJ Madrid, de 16 de noviembre de 2022 (Rec. n.º 584/2020).

⁷⁶ STSJ Islas Canarias, Las Palmas de Gran Canaria, de 27 de junio de 2024 (Rec. n.º 343/2024) y Santa Cruz de Tenerife, de 13 de mayo de 2024 (Rec. n.º 705/2023).

⁷⁷ Fíjese que el artículo 34.8 ET señala que la persona trabajadora tiene derecho a solicitar la adaptación de su forma o tiempo de la prestación «para hacer efectivo *su* derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral». Por su parte, el artículo 9 Directiva 1158/2019 se refiere a «garantizar que los trabajadores con hijos de hasta una edad determinada, que será como mínimo de ocho años, y los cuidadores, tengan derecho a solicitar fórmulas de trabajo flexible para ocuparse de *sus* obligaciones de cuidado» (en ambos casos, la cursiva es mía).

de necesidad insuperable de conciliación y la imposibilidad de que concilie su pareja, si existe (o un familiar), teniendo que revelar innecesariamente datos de su vida familiar al conocimiento ajeno». Y ello porque el derecho ejercitado es de carácter individual y personalísimo, lo que supone que nada tiene que demostrarse sobre la imposibilidad de acudir a otros mecanismos para conciliar la vida familiar y laboral o sobre si el otro progenitor tiene más o menos fácil conciliar. Lo único que se tiene que acreditar es que existe un sujeto causante que debe ser cuidado y que tal tarea no se puede realizar con el modo en el que se están prestando los servicios. Por lo tanto, se concluye que «cualquier valoración sobre cómo deba llevarse a efecto la organización o intendencia familiar excede de lo que es ponderable por un órgano jurisdiccional», pues lo contrario sería tanto como «permitir a la empresa la intromisión en la vida privada de matrimonios y parejas, convirtiéndola en una suerte de guardián de la corresponsabilidad». No obstante, bien es verdad que todo lo anterior no impediría que «las dificultades del otro progenitor para conciliar en términos compatibles con el trabajo de la persona trabajadora solicitante [pudieran] ser alegadas por esta para justificar la razón de su derecho»⁷⁸.

Con todo, es posible encontrar alguna sentencia que adopta una postura intermedia para concluir que, aunque a la persona solicitante le basta con acreditar las necesidades de conciliación propias, la restricción no puede ser absoluta en todos los casos, pues «la ponderación de los derechos e intereses en conflicto puede justificar supuestos, cuando la negativa de la empresa obedezca a razones que afecten de forma importante a su organización o proceso productivo, con posible extensión negativa a otros trabajadores de la misma, en que para afirmar la razonabilidad y proporcionalidad de las medidas solicitadas, sea preciso tener en cuenta las posibilidades del cónyuge o pareja». Aún así, se afirma que «esta apertura en el alcance del examen es limitada, a fin de evitar la intromisión en la esfera de privacidad de las personas afectadas, y no habilita a la empresa o al juzgador para presentar un plan o medidas de conciliación familiar alternativos que involucren al cónyuge o pareja del titular del derecho»⁷⁹.

⁷⁸ SSTSJ Galicia, de 15 de junio de 2023 (Rec. n.º 1785/2023), de 25 de mayo de 2021 (Rec. n.º 335/2021), de 6 de noviembre de 2020 (Rec. n.º 2046/2020), de 28 de mayo de 2019 (Rec. n.º 1492/2019) y de 22 de julio de 2019 y SSJS n.º 2 Guadalajara, de 17 de marzo de 2023 (Proc. n.º 833/2022) y n.º 2 Santa Cruz de Tenerife, de 7 de octubre de 2019 (Proc. n.º 853/2018). Entre la doctrina, manteniendo esta postura, vid. VIQUEIRA PÉREZ, C., «Límites a la adaptación de jornada para la conciliación de la vida familiar (art. 34.8 ET)», *Revista de Jurisprudencia Laboral*, n.º 4, 2021, p. 7. Y en el ámbito constitucional, ATC 1/2009, de 12 de enero.

⁷⁹ SSTSJ Asturias, de 10 de octubre de 2023 (Rec. 871/2023) y Cataluña, de 3 de febrero de 2023 (Rec. n.º 4763/2022).

A mi modo de ver, si en el punto medio está la virtud, me inclino por considerar correcto el planteamiento de exigir mayor esfuerzo probatorio con relación a la razonabilidad y a la proporcionalidad de la necesidad de conciliación cuanto más exigente sea la petición o cuanto más pueda perjudicar a los intereses empresariales o de los compañeros que, a fin de cuentas, son los que pueden sufrir en mayor medida las consecuencias de aquella petición. Evidentemente, esta propuesta conduce a valorar el caso concreto, pues no debería tener la misma solución la situación descrita que otra en la que el perjuicio, las consecuencias o los ajustes a realizar fueran mínimos o asumibles. Pero lo cierto es que la valoración de la situación del otro progenitor o, al límite, de la existencia de otras personas que podrían cuidar vendría a ser un variable que, ante una concreta y muy determinada situación complicada de gestión que tuviera el potencial para ocasionar importantes repercusiones en la empresa, podría nivelar la balanza hacia, por decirlo de esta forma, el mal menor⁸⁰.

En cualquier caso, en fin, lo cierto es que se echa en falta en la regulación legal de la adaptación de la forma y el tiempo de la prestación algún apunte o matización en materia de corresponsabilidad, más allá de la indicada en su momento sobre la no alusión a los parientes por afinidad como posibles sujetos causantes. Apunte o matización que condujera, por ejemplo, a que el derecho se pudiera distribuir temporalmente a prorrata ante la existencia de varios posibles cuidadores para un mismo sujeto causante si la concreta modalidad de disfrute lo permitiera, a establecer un límite de peticiones por parte de una misma persona trabajadora⁸¹ o, en fin, a prever algún tipo de ventaja, como se hace con el permiso para el cuidado del lactante o la excedencia, cuando ambos progenitores se plantearan utilizar el derecho con la misma duración y el mismo régimen, entendiendo aquí por «régimen» la solicitud de la misma adaptación de la forma y del tiempo de la prestación. Obviamente, los convenios colectivos o los planes de igualdad podrían llevar a cabo esta tarea, pero quizás el legislador en este punto sí podría haber sido más incisivo, máxime cuando en otras instituciones –y es paradigmático el caso de la suspensión por nacimiento de hijo– sí que vela por la existencia de la necesaria corresponsabilidad.

⁸⁰ Apostando también por esta idea, entre la doctrina, BALLESTER PASTOR, M.ª A., «De los permisos parentales a la conciliación: expectativas...», *op. cit.*, p. 1129 y FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, S., «La adaptación de las condiciones de trabajo por motivos de conciliación ex artículo 34.8 ET: un...», *op. cit.*, p. 70.

⁸¹ IGARTÚA MIRÓ, M.ª T., «Novedades en la adaptación de jornada por conciliación tras el Real Decreto-ley 5/2023: algunos avances hacia una flexibilidad más equilibrada», *Revista de Derecho Social y Empresa*, n.º 19, 2023, p. 103.

B. LA NEGOCIACIÓN CON EL TRABAJADOR

En ausencia de reglas convencionales que ordenen el ejercicio del derecho de adaptación⁸², debe abrirse una negociación entre la persona trabajadora y el empresario. Obviamente, dejar en manos del acuerdo con el empresario el ejercicio del derecho supone generar situaciones de cierta tensión entre aquél y el trabajador y que no suelen ser fáciles de resolver, al menos para la parte más débil de la contratación. Consciente de ello, la norma ha ido perfilando, a lo largo de sus diversas modificaciones, los términos de esa negociación.

De este modo, la negociación, tras la modificación operada en el precepto por el Real Decreto 5/2023, deberá desarrollarse «con la máxima celeridad» y, «en todo caso», durante un máximo de quince días, y no de treinta como se señalaba en la anterior redacción. Ciertamente, se entiende que se haya querido dotar de agilidad o rapidez al proceso, toda vez que una negociación dilatada en el tiempo puede vaciar de contenido el derecho, en tanto que resultaría posible que la concreta necesidad conciliatoria ya no existiera al término del plazo o, incluso, hubiera variado. Obsérvese, además, que el artículo 9 Directiva 2019/1158 dispone que «los empleadores estudiarán y atenderán las solicitudes de acogerse a fórmulas de trabajo flexible (...) en un plazo razonable de tiempo, teniendo en cuenta tanto sus propias necesidades como las de los trabajadores». Pues bien, atendiendo a ello, lo que hace la norma interna es concretar ese período y urgir a que se desarrolle el proceso lo más rápidamente posible para evitar perjuicios a la parte trabajadora. Esta práctica, de hecho, ya venía reconociéndose a nivel judicial⁸³ dada la importancia que se le concede a la negociación, por lo que su plasmación en la norma interna no hace más que confirmar que, ante una petición de adaptación, la empresa no tiene margen de maniobra, debe entrar en la negociación quiera o no, procurando que sea efectiva, esto es, realizando un esfuerzo propositivo y justificador para intentar alcanzar, en la medida de lo posible, un acuerdo⁸⁴.

⁸² Sobre ello, STS de 21 de diciembre de 2021 (Rec. n.º 64/2020).

⁸³ Así, STSJ Asturias, de 23 de marzo de 2021 (Rec. n.º 425/2021) estimó la demanda de la persona trabajadora por la falta de contestación de la empresa por escrito en el plazo de treinta días. De igual modo, STSJ Madrid, de 18 de noviembre de 2022 (Rec. n.º 969/2022).

⁸⁴ STSJ Galicia, de 3 de febrero de 2022 (Rec. n.º 5108/2021). Por su parte, la STSJ Aragón, de 19 de enero de 2021 (Rec. n.º 637/2020) señala que «dado que «no consta negociación alguna tras la petición de la trabajadora», limitándose la empresa a comunicarle mediante carta que «no es posible concretar su horario de forma sostenida de manera continuada, por ser un horario fuera de su jornada ordinaria (...) que se ha venido realizando un esfuerzo en la planificación para facilitar el horario flexible fuera de la jornada ordinaria [y que] en atención tanto a las necesidades organizativas de la sección en la que trabaja la demandante, como por la jornada ordinaria que viene realizando», ha de concluirse que «se ha producido por lo tanto la infracción, declarada en la sentencia de instancia, del artículo 34.8 del Estatuto de los Trabajadores por parte de la empresa demandada, al no haber llevado a cabo el período de negociación establecido en el mismo»

Se llegan a superar, además, los estándares mínimos de protección que marca la norma europea al introducirse la presunción de concesión del derecho «si no concurre oposición motivada expresa» en ese plazo de quince días, entiendo desde la solicitud⁸⁵. Presunción que, a mi modo de ver y dada la redacción del precepto, se refiere tanto al supuesto en que, para intentar demorar la efectividad del derecho, no exista respuesta alguna a la pretensión del trabajador, como al supuesto de respuesta negativa sin más, es decir, totalmente inmotivada, o de no apertura del proceso de negociación⁸⁶ y que no admitirá prueba en contrario, toda vez que un planteamiento contrario (permitiendo que el empresario pueda, tras el lapso temporal, demostrar que existen razones para oponerse al disfrute) conduciría a un vaciamiento del verdadero deber impuesto a las partes, que es el de negociar en el plazo indicado.

La negociación, además, deberá desarrollarse de forma efectiva, planteándose propuestas razonables de adaptación⁸⁷. Proceso éste que, a tenor de la doctrina judicial⁸⁸, debería traer consigo las siguientes consecuencias:

- Que realmente se abra el proceso negociador, de forma real y efectiva⁸⁹.
- Que la persona trabajadora motive adecuadamente la solicitud de adaptación aportando si lo considera necesario, o si así se le solicita, las oportunas justificaciones. Así, se ha entendido que «las cargas procesales de la persona trabajadora se deben limitar a la propia existencia de su derecho a la

⁸⁵ Unos ejemplos en STSJ Castilla y León, Valladolid, de 19 de septiembre de 2023 (Rec. n.º 348/2023) y SSJS n.º 2 León, de 23 de marzo de 2023 (Proc. n.º 717/2022) y n.º 1 A Coruña, de 8 de marzo de 2023 (Proc. n.º 780/2022).

⁸⁶ También en este sentido LÓPEZ BALAGUER, M., «El impacto de las tareas de cuidado en ..., *op. cit.*, p. 21 y MARTÍNEZ MORENO, C., «La adaptación de la jornada con fines de conciliación en el Real Decreto-ley 5/2023: ¿el progreso de un derecho aún incompleto?», *Revista de Derecho Social y Empresa*, n.º 19, 2023, p. 37.

⁸⁷ STSJ Andalucía, Sevilla, de 16 de mayo de 2019 (Rec. n.º 933/2019).

⁸⁸ SSTSJ Islas Canarias, Las Palmas de Gran Canaria, de 27 de julio de 2023 (Rec. n.º 568/2023) y Galicia, de 3 de febrero 2022 (Rec. n.º 5108/2021).

⁸⁹ Por eso, se ha entendido que la empresa no lleva a cabo proceso alguno de negociación cuando tan sólo contesta negativamente a la petición en base a razones organizativas, limitándose a indicar a la persona trabajadora que puede utilizar la fórmula de permuto de turnos con otras personas del centro, lo que supone «condicionar el ejercicio del derecho de conciliación a la mayor o menor disponibilidad que en cada caso tenga o quiera tener el resto de la plantilla». Así, SSTSJ Islas Canarias, Las Palmas de Gran Canaria, de 27 de junio de 2024 (Rec. n.º 343/2024) y, entre otras, SSTSJ Castilla y León, Valladolid, de 7 de noviembre de 2022 (Rec. n.º 2263/2021) y Extremadura, Cáceres, de 13 de febrero de 2020 (Rec. n.º 17/2020) y SSJS n.º 2 Vigo, de 23 de noviembre de 2023 (Proc. n.º 818/2023), n.º 4 Valladolid, de 31 de marzo de 2023 (Proc. n.º 908/2022) y n.º 2 Ponferrada, de 16 de enero de 2023 (Proc. n.º 535/2022). Con todo, no cabe abrir proceso alguno de negociación cuando se han propuesto «dos alternativas horarias a la empresa que eran perjudiciales para sus propios intereses y, con posterioridad, y una vez aceptada una de las alternativas, proponer una tercera opción obligando a la empresa a estar en un permanente estado de organización de horarios en función de los caprichos del trabajador». Así, STSJ Madrid, de 9 de febrero de 2024 (Rec. n.º 994/2023).

conciliación», de ahí que «solamente debe alegar y probar: 1) que existe una necesidad de cuidado de la persona que la norma contempla como receptora de los cuidados, debiéndose valorar como elementos favorables a las pretensiones de la demanda de la persona trabajadora la existencia de necesidades especiales de cuidado –por ejemplo, si la familia es numerosa o la persona a cuidar tiene discapacidad importante–, o si las necesidades de cuidado recaen sobre la persona trabajadora de manera intensa –por ejemplo, se trata de un progenitor monoparental–; y 2) que esa necesidad de cuidado colisiona con el tiempo de trabajo y/o la forma de la prestación, sin que baste una mera preferencia, o simplemente no se aporte ningún indicio justificativo de una necesidad de cambio en la jornada»⁹⁰.

– Que la empresa tenga que tomarse en serio esa solicitud, motivando las razones determinantes de la negativa al ejercicio del derecho. En concreto, tendría dos posibilidades. La primera sería «desmontar las alegaciones y pruebas de la parte demandante (por ejemplo, negando los hechos constitutivos del derecho a la conciliación de la parte demandante, o alegando y probando un ejercicio abusivo del derecho de conciliación)». La segunda, por su lado, consistiría en «alegar y acreditar bien la imposibilidad de las pretensiones de la parte demandante atendiendo a las circunstancias de la empresa, o bien la desproporción irrazonable de la carga que, de atender a esas pretensiones, asumiría la empresa valorada según razones económicas, técnicas, organizativas o de producción, sin que valgan a estos efectos alegaciones de mera conveniencia sin acreditar ningún perjuicio en el funcionamiento de la empresa, ni tampoco basta con alegar estas razones en abstracto, sino que se deben probar en el caso concreto». Esta segunda opción de defensa empresarial, dirigida a acreditar la razonabilidad de su denegación, exigiría «una especial intensidad alegatoria y probatoria pues se trata de justificar una decisión limitativa de derechos de conciliación con alcance vinculado a derechos fundamentales, con lo cual debería superar un triple juicio de idoneidad de la denegación, necesidad y proporcionalidad»⁹¹.

– Que, en todo caso, ambas partes negocien de buena fe para, al menos, intentar llegar a un acuerdo⁹² por el que se consiga la mejor satisfacción posible de los distintos intereses atendiendo a las circunstancias del caso concreto, lo cual, según se desarrolle la negociación, obliga a realizar propuestas y contrapropuestas con voluntad de diálogo. La empresa, además, deberá poder de-

⁹⁰ STSJ Galicia, de 21 de septiembre de 2020 (Rec. n.º 1904/2020).

⁹¹ *Idem*.

⁹² Que no es obligado. Así, STSJ Cataluña, de 2 de noviembre de 2022 (Rec. n.º 2372/2022).

■ PROBLEMAS Y RETOS PENDIENTES EN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS...

mostrar que «ha mantenido tales negociaciones en forma hábil y suficiente para entender cumplimentados los requisitos legales»⁹³.

Tras el proceso de negociación, la empresa debe comunicar y, además, por escrito, su decisión, aceptando o denegando la petición del trabajador o bien ofreciendo una propuesta alternativa. En cualquiera de las dos últimas opciones, se deberán motivar «las razones objetivas en las que se sustenta la decisión», lo que es coherente con la matización que introduce la Directiva sobre que «los empleadores deberán justificar cualquier denegación de estas solicitudes, así como cualquier aplazamiento de dichas fórmulas»⁹⁴. Estas razones objetivas, que de forma evidente hay que conectar con los motivos organizativos o de producción citados en el primer párrafo del artículo 34.8 ET, no pueden ser meras razones genéricas, imprecisas o caprichosas, sino –se insiste– lo suficientemente importantes y concretas para que, una vez debidamente argumentadas y acreditadas y tras realizar la pertinente ponderación, pueda situarse en primera línea y en detrimento de los intereses conciliatorios la posición empresarial⁹⁵.

Se ha planteado, sin embargo, a nivel judicial, si la mera negativa del empresario incumpliendo la obligación de negociar o la negativa no suficientemente motivada constituirían, *per se*, indicios de discriminación por razón de sexo habida cuenta del impacto constitucional de las medidas de conciliación⁹⁶. Al respecto, la STS de 25 de mayo de 2023 (Rec. n.º 1602/2020) sostuvo que la denegación de la concreción horaria por causas organizativas «con base en la descompensación de plantilla entre los turnos de mañana y tarde no implica que deba calificarse tal decisión de discriminatoria por razón de sexo», pues tales motivos no están conectados ni directa ni indirectamente «con un factor discriminatorio, sino ligados a exigencias organizativas y una atención

⁹³ SSTSJ Asturias, de 6 de febrero de 2024 (Rec. n.º 1789/2023) y Aragón, de 19 de enero de 2021 (Rec. n.º 637/2020). El proceso negociador, con todo, también puede romperse por la parte del trabajador al no contestar a la propuesta alternativa ofrecida. Así, STSJ Andalucía, Granada, de 10 de octubre de 2024 (Rec. n.º 1505/2023).

⁹⁴ Y esto es algo que conecta también con el artículo 139 LJS, pues las razones que alegue la empresa son las que, posteriormente, deberá aportar a juicio y son las que el órgano judicial deberá valorar para resolver el litigio. Sobre ello, GORELLI HERNÁNDEZ, J., «La nueva regulación de la adaptación de jornada: de..., *op. cit.*, p. 121. Interesante es el caso planteado en la STSJ Cataluña, de 6 de octubre de 2022 (Rec. n.º 2171/2022) en la que es la persona trabajadora la que negocia de mala fe, alegando causas en la demanda distintas a las que argumentó en el proceso de negociación y rechazando todas y cada una de las propuestas alternativas efectuadas por la empresa.

⁹⁵ Así, SSTSJ Madrid, de 5 de abril de 2019 (Rec. n.º 166/2019) y Galicia, de 28 de mayo de 2019 (Rec. n.º 1492/2019) y de 20 de noviembre de 2017 (Rec. n.º 3626/2017).

⁹⁶ SSTSJ Islas Canarias, Las Palmas de Gran Canaria, de 11 de enero de 2024 (Rec. n.º 1055/2023), de 1 de septiembre de 2020 (Rec. 197/2020) y de 12 de marzo de 2019 (Rec. n.º 1596/2018) y Madrid, de 17 de diciembre de 2020 (Rec. n.º 388/2020). En sentido contrario, STSJ Galicia, de 6 de noviembre de 2023 (Rec. n.º 2762/2023) y Madrid, de 19 de julio de 2023 (Rec. n.º 448/2023) y de 31 de octubre de 2019 (Rec. n.º 491/2019).

adecuada del servicio en los respectivos turnos que, suficientes o no en el marco de la legalidad ordinaria, evidencian una necesidad de tener que reorganizar la plantilla para que la trabajadora ejercite su derecho». Cierta lectura de esta sentencia podría conducir a pensar que, en el supuesto contrario, esto es, cuando no existan razones empresariales suficientes y motivadas, sí que habrá un indicio de discriminación que el empresario tendría la carga de desvirtuar. Ello, aplicado a la adaptación del tiempo y forma de la prestación, supondría, a su vez, entender que la negativa empresarial al ejercicio del derecho sin aducir motivación alguna ni abrir el proceso negociador o siendo la respuesta insuficiente resultaría ser un supuesto de discriminación por razón de sexo.

A mi modo de ver, sin embargo, creo que conviene matizar este planteamiento. Certo es que el Tribunal Constitucional ha sentado que, en materia de medidas de conciliación, el canon de enjuiciamiento debe reforzarse, exigiendo observar la dimensión constitucional del asunto. No obstante, entiendo que esta tesis no puede significar que cualquier conducta empresarial que en esta materia desconozca los derechos contemplados en normas de índole legal o convencional constituya automáticamente una lesión del derecho fundamental a la no discriminación. Para ello y como bien se ha indicado por un abundante cuerpo de doctrina constitucional, jurisprudencial y judicial que no hace falta reseñar, tendría que acreditarse un panorama indiciario serio y fundado de la existencia de un móvil discriminatorio y, en el supuesto que aquí se plantea, otras circunstancias que permitiesen sentar que tal fue el propósito que presidió la conducta de la empresa. Las razones organizativas o productivas que se aleguen, aunque pueden no ser suficientes en el marco del artículo 34.8 ET, son, en línea de principio, objetivas, sin tintes de discriminación.

En esta línea, entiendo, a mayor abundamiento, que se mueven tanto la STS de 25 de mayo de 2023 antes citada, como la STS de 12 de septiembre de 2024 (Rec. n.º 550/2021). En ambas, se resuelve si la denegación de la concreción horaria solicitada en base a causas organizativas que no se han considerado de suficiente entidad supone, en sí misma, una vulneración del derecho a la no discriminación por razón de género y si, en consecuencia, ha de abonarse la indemnización de daños y perjuicios correspondiente. Y, en ambas, la respuesta es negativa, afirmándose en la última de ellas que «la mera denegación de la concreción horaria que interesa la persona trabajadora, con indicación de las causas que impiden aceptarla, no implica, por sí sólo, que se esté vulnerando el derecho de no discriminación por razón de sexo ni siquiera por discriminación indirecta» y que «no hay dato del que concluir que la denegación de la concreción horaria que solicitaba la parte actora, cambiando el turno de tarde al de mañana y dejando de trabajar en fines de semana, se base en un factor relaciona-

■ PROBLEMAS Y RETOS PENDIENTES EN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS...

do con el sexo –por el hecho de ser mujer– sino que, si acaso, se estaría ante una denegación neutra, afectante tanto a hombres como mujeres».

A mi modo de ver, lo que está indicando el Tribunal con este razonamiento es que, para valorar la existencia de discriminación, habría que considerar si la denegación ha tenido como base real, precisamente, la de discriminar a la persona trabajadora, si ha existido ese móvil oculto, lo que implica ponderar, entiendo, otras circunstancias diversas que generen la razonable sospecha, apariencia o presunción de tal desvalor. Circunstancias más allá de una negativa empresarial que se funde en una causa genérica o insuficiente desde el punto de vista del artículo 34.8 ET⁹⁷. Podría ser distinto, si acaso, el supuesto en el que la empresa no contestara en plazo a la petición para intentar demorar con ello la aplicación de la concreción de que se trate. Es decir, que no abriera siquiera el proceso negociador. Es ésta una actuación reprochable, a la que ya la norma le anuda una consecuencia (la presunción de aceptación de la concreción), pero en la que se podría ver cierta situación de discriminación por razón de sexo al pretenderse impedir, con una actitud de desidia o de obstrucción, el ejercicio de un derecho de conciliación⁹⁸.

Por lo que ataÑe, en fin, a la alternativa ofrecida por la empresa, ésta debe intentar conciliar las necesidades conciliatorias alegadas con el interés de la empresa en que no se dañe en demasía la gestión de la organización⁹⁹. Es lógico

⁹⁷ Por ejemplo, si la concreta adaptación que se ha solicitado se ha concedido a otros trabajadores en supuestos sustancialmente idénticos o similares. Vid., STSJ Madrid, de 9 de febrero de 2022 (Rec. n.º 933/2021) sobre la no concesión de la solicitud de teletrabajo sobre la base de la carencia de medios informáticos en la empresa cuando resulta acreditado que la mayoría de la plantilla, el 95%, trabaja en esa modalidad y que se han ofertado puestos de trabajo en modalidad teletrabajo. Y, no sobre la adaptación, pero sí sobre la reducción de jornada por guarda legal, STSJ Cataluña, de 8 de marzo de 2021 (Rec. n.º 3744/2020), en un supuesto en que se denegó el derecho a la demandante, mientras que al resto de sus compañeros no, cuando las circunstancias concurrentes eran idénticas.

⁹⁸ Sostiene esta postura, LÓPEZ BALAGUER, M., «El impacto de las tareas de cuidado en ..., *op. cit.*, p. 23, anudándola al artículo 4.2.c) ET que es un precepto que incluye, como ya se tuvo ocasión de comentar, «el trato desfavorable dispensado a mujeres u hombres por el ejercicio de los derechos de conciliación o corresponsabilidad de la vida familiar y laboral» dentro del derecho de las personas trabajadoras a no ser discriminadas.

⁹⁹ Un ejemplo de propuesta alternativa que el órgano judicial estimó razonable en STSJ Islas Canarias, Santa Cruz de Tenerife, de 29 de junio de 2023 (Rec. n.º 927/2022). En el supuesto contemplado en esta resolución, la empresa ofertó una medida que se adaptaba a las necesidades de conciliación y a los requerimientos organizativos, de modo que los progenitores no coincidían en el mismo horario para el cuidado del menor, lo que, a su vez, fomentaba la corresponsabilidad. Otro ejemplo en SJS n.º 4 Vigo, de 30 de marzo de 2023 (Proc. 109/2023) en la que la empresa, ante un progenitor con custodia compartida, ofrece la concreción horaria solicitada en las semanas que por tal régimen de custodia tiene a su cargo a los menores, acreditando, además, que, en el turno de tarde, el servicio está infra dimensionado, siendo necesario cubrir la falta de personal. Y otro, en fin, en la SJS n.º 4 Gijón, de 7 de noviembre de 2023 (Proc. n.º 563/2023) en la que la empresa, propuso, en aras al cuidado con ocasión del postoperatorio del menor, que el teletrabajo sea tolerado al 100% mientras médicaamente permaneciera el tratamiento fisioterápico, pasando al 40% con posterioridad.

entender que corresponderá a la persona trabajadora aceptarla o no aceptarla, sopesando si es contraria a sus intereses o si se puede amoldar a ella. En cualquier caso, lo que no dice la norma es que el empresario pueda imponerla si fuera razonable y proporcionada, por lo que, en caso de desacuerdo, quedará expedita la vía judicial del artículo 139 LJS, facilitándose, de este modo, el control tanto de la negativa y de sus razones, como de la propuesta ofrecida en el caso, entiendo, de que las motivaciones de la empresa resultasen adecuadas para negarse a la petición inicial¹⁰⁰.

C. EL REGRESO A LA SITUACIÓN ANTERIOR

La adaptación del tiempo o de la forma de la prestación tiene, *per se*, naturaleza temporal y ello lo demuestra el hecho de que el redactado legal haya previsto que la persona trabajadora «tendrá derecho a regresar a la situación anterior a la adaptación una vez concluido el período acordado o previsto o cuando decaigan las causas que motivaron la solicitud». En el resto de supuestos, apunta la norma que, «de concurrir un cambio de circunstancias que así lo justifique, la empresa sólo podrá denegar el regreso solicitado cuando existan razones objetivas motivadas para ello». Es evidente la distinción que se efectúa entre unas circunstancias y otras. Mientras que en las primeras se ostentará un derecho automático a volver a la situación anterior, que el empresario habrá de respetar en todo caso, en la segunda, la que supone un regreso anticipado, se concede una expectativa de retorno que podría frustrarse de concurrir razones objetivas empresariales. Con esta matización, no sólo se transpone correctamente el artículo 9 Directiva 2019/1158¹⁰¹, sino que, además, se

¹⁰⁰ Con todo, se ha propuesto, creo que buen tino a fin de intentar que la última posibilidad sea la de judicializar el conflicto, que se arbitren, vía convenio colectivo, sistemas de mediación intraempresarial a través de comisiones paritarias, comisiones de igualdad u organismos paritarios *ad hoc*. Sobre ello, GORELLI HERNÁNDEZ, J., «La nueva regulación de la adaptación de jornada: de..., *op. cit.*, p.118, IGARTÚA MIRÓ, M.ª T., «Novedades en la adaptación de jornada por conciliación tras..., *op. cit.*, p. 98 y MARTÍNEZ MORENO, C., «La adaptación de la jornada con fines de..., *op. cit.*, p. 39. Un ejemplo de participación de la comisión de igualdad en SJS n.º 5 Vigo, de 14 de julio de 2023 (Proc. n.º 582/2022). De igual forma, también se ha propuesto, conjugando los derechos de los artículos 34.8 y 37.6 ET, que, ante una negativa de adaptación, entre en juego de modo obligatorio la reducción de jornada, cuya aplicación sería siempre subsidiaria y cuya carga la asumiría la empresa que no ha sido capaz de llegar a un acuerdo de adaptación con el trabajador. Así, LAHERA FORTEZA, J., «Organización flexible del tiempo de trabajo y..., *op. cit.*, p. 51 y parece que dando por válida también esta opción, RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E., «La «soberanía sobre el tiempo»: unilateralidad e imposición en la distribución del tiempo de trabajo frente a conciliación corresponsable», *Cuadernos de Relaciones Laborales*, n.º 40, 1, 2022, p. 46.

¹⁰¹ El apartado tres del artículo 9 Directiva 2019/1158 dispone que «cuando la duración de las fórmulas de trabajo flexible a que se hace referencia en el apartado 1 esté limitada, el trabajador tendrá derecho a volver a su modelo de trabajo original al término del período acordado. El trabajador también tendrá

■ PROBLEMAS Y RETOS PENDIENTES EN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS...

demuestra ser consciente de la ponderación de intereses que existe en este derecho, siendo, por ello, del todo punto razonable que se le conceda a la parte empresarial la posibilidad de valorar la adecuación del retorno anticipado de la persona trabajadora a la entidad en tanto que aquél puede causar ciertos desajustes organizativos¹⁰².

No obstante, nada indica, de nuevo, el artículo 34.8 ET sobre lo que deben entenderse por razones objetivas. Con todo, parece claro que tales motivos deben ser perfectamente evidenciables, concretos, argumentables y probados¹⁰³. Además, resulta que la norma europea ofrece una pista de gran valor para concretar la ambigua expresión de la norma interna, que es que el empresario debe tener en cuenta, a la hora de estudiar las solicitudes de regreso anticipado, «sus propias necesidades como las de los trabajadores». Necesidades éstas últimas que entiendo que pueden ser tanto de la propia persona trabajadora que había solicitado la adaptación y desea regresar a la situación anterior, como las propias de los compañeros de trabajo que, por causa de aquella adaptación, es posible que también hayan visto modificada su forma o modo de prestación.

Por lo demás y aunque sea obvio apuntarlo, el derecho se atribuye a la persona trabajadora. No, por lo tanto, al empresario, con lo que éste no debería si quiera intentar solicitarle que regrese a la situación anterior a la adaptación. Y si se trata de volver a la situación preliminar, el modelo de trabajo al que se regresa debe ser el mismo que se había dejado, sin alteraciones o modificaciones de clase alguna, que sólo podrían producirse de concurrir las causas oportunas para ello y de seguir el cauce legal adecuado¹⁰⁴.

2.2 La reducción de jornada diaria y la concreción de la fecha de disfrute de los derechos contemplados en el artículo 37.4, 5 y 6 ET

El principal contrapeso que se le anuda a la reducción de jornada por guarda legal de menor o persona con discapacidad e, igualmente, a la reduc-

derecho a solicitar volver a su modelo de trabajo original antes de que finalice el período acordado siempre que lo justifique un cambio en las circunstancias. Los empleadores estudiarán y atenderán las solicitudes de volver anticipadamente al modelo de trabajo original teniendo en cuenta tanto sus propias necesidades como las de los trabajadores».

¹⁰² Sin embargo y como bien se ha apuntado, una lectura en conjunto del precepto legal por lo que se refiere al retorno a la situación anterior conduce a considerar que la empresa sólo puede denegar el derecho al retorno anticipado de manera temporal y hasta en tanto no haya transcurrido el período acordado. Así, NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P., «Avances en corresponsabilidad y..., *op. cit.*, p. 130.

¹⁰³ Sobre ello, STSJ Andalucía, Sevilla, de 11 de abril de 2019 (Rec. n.º 623/2019).

¹⁰⁴ También en esta línea GORELLI HERNÁNDEZ, J., «La nueva regulación de la adaptación de jornada: de..., *op. cit.*, p. 120.

ción por cuidado de otros familiares es la alusión a que tal derecho debe ejercerse sobre un módulo diario. La expresión «reducción de jornada diaria» se introdujo tras la reforma laboral de 2012 como una medida que tenía como finalidad limitar las posibilidades de conciliación en una época de grave crisis económica, permitiendo al empresario, con esta uniformidad en el disfrute del derecho, una mayor flexibilidad interna y una mejor disponibilidad de sus recursos humanos¹⁰⁵. De esta forma, no hay modo legal, ni siquiera a día de hoy, de reducir la jornada con base a otro módulo, el semanal, el mensual o el anual, lo que hace que, por ejemplo, no pueda acumularse la reducción por semanas o acumular varios días dentro de una semana laboral para no prestar servicios sábado o domingo¹⁰⁶. La reducción siempre se aplicará, salvo previsión distinta en convenio o en contrato¹⁰⁷ y a pesar de algún posicionamiento judicial en sentido contrario¹⁰⁸, sobre los días de trabajo, lo que supondrá reducir las horas de trabajo de esos días, sin más, no pudiéndose excluir ningún día de la semana, del mes o del año¹⁰⁹.

¹⁰⁵ BALLESTER PASTOR, M.^a A., «La flexibilidad en la gestión del tiempo de trabajo jornada y distribución del tiempo de trabajo», *Revista de Derecho Social*, n.^o 62, 2013, p. 88.

¹⁰⁶ GORELLI HERNÁNDEZ, J., «La conciliación desde la perspectiva del tiempo de trabajo en España: son malos tiempos para conciliar», *Revista de la Facultad de Derecho de México*, n.^o 273, 2019, p. 878.

¹⁰⁷ Sobre las posibilidades regulatorias del convenio en esta materia superando la previsión legal, vid., por todas, SSTS de 15 de septiembre de 2016 (Rec. n.^o 260/2015) y de 18 de mayo de 2016 (Rec. n.^o 198/2015).

¹⁰⁸ Así, la SJS n.^o 4 Valladolid, de 8 de febrero de 2023 (Proc. n.^o 747/2022) señala que «es solo y exclusivamente la inclusión, en el primer párrafo del artículo 37.5 ET, de la palabra «diaria» en la formulación del «derecho a una reducción de la jornada de trabajo», la que sirve de base a tal interpretación restrictiva de la reforma de 2012. Nada más hay, ni en el resto del apartado 5.^o del artículo 37, ni en el apartado 6.^o del artículo 37 ET, ni en el preámbulo del Real Decreto-ley 3/12 o de la Ley 3/12, ni tan siquiera en el debate parlamentario de esta última, que realmente justifiquen tal interpretación». Para esta sentencia, existe en la norma una evidente discriminación indirecta. Así, se apunta que «resulta diáfano que la reforma analizada, en su interpretación restrictiva, es susceptible de dar lugar a una clara situación de discriminación indirecta, especialmente odiosa e intolerable por cuanto la habría generado el propio legislador, pues se trata de una disposición legal, el artículo 37.5 ET en la redacción dada por el Real Decreto-ley 3/12, aparentemente neutra (formalmente destinada a trabajadoras y trabajadores) que, no obstante, pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, ya que es un hecho público y notorio que en la actualidad el derecho de reducción de jornada, como los restantes derechos de conciliación, son ejercidos en la inmensa mayoría de los casos por trabajadoras, especialmente en el ámbito de la relación laboral privada». Argumento éste que le lleva a realizar «una interpretación del artículo 37.5 ET acorde con los derechos constitucionales indicados», de tal forma que «este marco constitucional y legal de obligada referencia, en el que –con aquellos límites– prevalece el derecho preferente a la concreción horaria, no puede considerarse alterado por la simple adición del término «diaria» al derecho de reducción de jornada (en otro precepto, como es el art. 37.6 ET), que habrá que interpretar, necesariamente, como un mero parámetro de cuantificación de la reducción de jornada (como podría ser el semanal o anual), pero no como una limitación *ex lege* del derecho de concreción, que hubiera exigido la explícita modificación del artículo 37.7 ET también en este aspecto». Abogando también por la inconstitucionalidad del precepto, AGUSTÍ MARAGALL, J., «El carácter diario de la reducción de jornada por guarda legal. Razones para una interpretación alternativa y constitucional del artículo 37.5 ET», *IusLabor*, n.^o 2, 2014, pp. 3-7.

¹⁰⁹ Muy ejemplificativa es, al respecto, la STSJ Cantabria, de 31 de julio de 2015 (Rec. n.^o 315/2015) que indica que «la reforma operada en el primer párrafo del artículo 37.5 concreta que el derecho a la re-

■ PROBLEMAS Y RETOS PENDIENTES EN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS...

Ciertamente, es criticable que, aun a día de hoy, no se haya encontrado el momento para modificar esta regulación. Se entiende que se impusiera esta modificación en una situación como la que se padeció en 2012 y en los años sucesivos, pero, en la actualidad, cuando se está hablando de soberanía del tiempo de trabajo, de reducir la jornada anual para, en teoría, disfrutar de más tiempo libre o de poner en el lugar que le corresponde a la conciliación, no se entiende cómo aún y al menos no se ha suavizado este requisito. Y se habla, efectivamente, de suavizar y no de eliminar el requisito, toda vez que esta última opción entiendo que desnivelaría el equilibrio de la balanza en la que se encuentran unos intereses y otros, máxime cuando el trabajador también disfruta de un derecho de adaptación de jornada que, aunque mediatisado por los intereses empresariales, se ha vuelto, reforma tras reforma, más garantista. Por ello, me inclino por pensar que el camino podría ser la introducción del módulo semanal, junto con el diario, que no desaparecería. Bien es verdad que a esta fórmula se le podrían realizar las mismas críticas que a la redacción actual del artículo 37.6 ET pues no ampararía todas las formas de conciliación posibles en atención a las tareas de cuidado y a las necesidades del sujeto causante¹¹⁰. Con todo, creo que es un modo de enfocar el asunto que revitalizaría el derecho a la reducción de jornada, pero que, al tiempo, seguiría nivelando las dos varas de medir que tienen empresario y trabajador.

Por lo demás, corresponde al trabajador la concreción horaria de los permisos y reducciones de jornada previstos en los apartados 4, 5 y 6 del artículo 37 ET, esto es, del permiso para el cuidado del lactante, del permiso para el cuidado del neonato y de la reducción de jornada por guarda legal, por cuidado de otras personas o por cuidado de menor afectado de enfermedad grave. Con esta previsión, introducida por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabaja-

ducción de jornada por guarda legal debe proyectarse sobre la jornada de trabajo «diaria», calificativo que delimita el ejercicio del derecho. Por ello, cuando se ejerce el derecho de reducción por guarda legal, esta reducción debe proyectarse sobre todos los días en los que el trabajador o trabajadora tiene que prestar sus servicios profesionales sin excluir, como la actora pretende, el sábado. El trabajador tendrá derecho a reducir su jornada diaria entre un octavo y un máximo de la duración de aquélla. Pero con la finalidad de evitar la acumulación y el disfrute continuado de esta reducción, se aclara que los porcentajes han de aplicarse sobre la jornada diaria y no sobre la calculada en cómputo anual o semanal, como entendió algún órgano judicial, limitando el ejercicio del derecho, haciéndolo, por otro lado, más acorde con su finalidad real, aunque dificultando su ejercicio en la práctica. Mientras que, con anterioridad a la reforma, se precisaba la unidad diaria para distribuir el resto de módulos, fueran semanales o anuales, ahora se debe contar con ella sólo con la finalidad de lograr una concreción horaria. De este modo, la jornada se reduce, pero no se distribuye en módulos superiores al diario».

¹¹⁰ Sobre las críticas a la redacción del precepto legal, vid. NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P., «La reducción de jornada por motivos familiares puntos críticos en la doctrina judicial», *Temas Laborales*, n.º 129, 2015, pp. 117 y 118.

doras, se busca dotar de la mayor eficacia posible al ejercicio de los derechos, convirtiéndolos, a salvo de lo que inmediatamente se dirá, «en unos derechos subjetivos plenos con carácter oponible al poder de organización de la empresa»¹¹¹. Siendo esto así, es al trabajador al que le corresponde decidir la franja horaria que reduce para dedicar el tiempo que le resta libre a las tareas de cuidado o el momento en que se ausentará del trabajo para disfrutar de los permisos para el cuidado del lactante o del neonato¹¹².

Ahora bien, que se le atribuya esta prevalencia al interés de la persona trabajadora, no quiere decir que no deban ponderarse de igual forma los intereses empresariales. De hecho, a modo de contrapeso, existen dos límites muy concretos a la propuesta del trabajador. Así, señala el artículo 37.7 ET, de un lado, que la concreción que se efectúe «de los permisos y reducciones de jornada, previstos en los apartados 4, 5 y 6», deberá moverse dentro de los límites de la «jornada ordinaria» del trabajador, por lo que no debería imponerse a la empresa más allá de ese margen. De otro, que pueden existir previsiones convencionales que determinen el modo de llevar a cabo la determinación de la reducción de jornada en atención no sólo a «los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral de la persona trabajadora», sino también a «las necesidades productivas y organizativas de las empresas». Por lo tanto, las discrepancias pueden surgir en cualquier momento, bien porque no se esté de acuerdo con lo que estipula el convenio o con la interpretación que se acometa del mismo, bien porque la norma convencional guarde silencio al respecto y a la empresa le parezca desproporcionada la petición del trabajador o bien porque la concreción se ha planteado fuera de los márgenes de la jornada ordinaria. Discrepancias de las que es consciente el legislador al trasladar su resolución al procedimiento del artículo 139 LJS, siendo, en este caso, el órgano judicial el que tenga que decidir, ponderando las circunstancias pertinentes y valorando igualmente la dimensión constitucional de estos derechos de conciliación, si valida la propuesta de la persona trabajadora o si, por el contrario, observa que debe prevalecer la postura de la empresa o sus necesidades organizativas o productivas.

Al respecto de la ponderación, ya se ha explicado que la negociación colectiva asume un papel relevante en la concreción del derecho a la reducción de jornada. Hasta la entrada en vigor de la norma de reforma de 2012, al no existir en el redactado del entonces artículo 37.6 ET condicionante alguno que sometiera el ejercicio «del permiso de lactancia y de la reducción de jornada» a lo

¹¹¹ STSJ Cataluña, de 3 de noviembre de 2015 (Rec. n.º 5364/2015).

¹¹² STSJ Galicia, de 8 de junio de 2012 (Rec. n.º 315/2009).

■ PROBLEMAS Y RETOS PENDIENTES EN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS...

que pudiera imponer el pacto colectivo y habida cuenta, además, de la dimensión constitucional de los derechos en juego, se interpretaba que bastaba con que se cumpliese con las previsiones del artículo 7 CC, de manera que sólo podían decaer en supuestos excepcionales, tales como el abuso de derecho, la inexistencia de buena fe o el quebranto para la empresa, esto es, causando arbitraría y caprichosamente alteraciones o perjuicios innecesarios en la organización y distribución del trabajo que afectasen al empresario y a compañeros¹¹³. Por ello, cualquier cláusula convencional que fijase, aunque genéricamente, una limitación basada en las razones empresariales se tenía por no aplicable¹¹⁴ o, directamente, nula¹¹⁵.

La situación cambió tras la aparición del Real Decreto 3/2012, de 10 de febrero, pues fue la norma que introdujo, de nuevo para garantizar cierta flexibilidad interna al empresario, la posibilidad de que, vía convenio colectivo, quedase condicionado el ejercicio del derecho a la reducción de jornada. Por lo tanto y toda vez que a día de hoy no se ha eliminado esta previsión del redactado legal, hay que entender que el pacto colectivo puede legítimamente supeditar a ciertos «criterios» que ponderen los intereses en juego la concreción que se pretenda en la reducción de jornada¹¹⁶, aunque ello en el bien entendido de que el acuerdo no debería llegar a desnaturalizar su finalidad o vaciar al derecho de contenido¹¹⁷. En sentido contrario, esto es, ante el silencio de la norma colectiva habrá que considerar, en buena lógica, que la reducción solicitada podrá decaer ante los supuestos excepcionales anteriormente citados, esto es, el abuso de derecho, la inexistencia de buena fe o el quebranto

¹¹³ STS de 20 de julio de 2000 (Rec. 3799/1999), SAN de 28 de febrero de 2005 (Proc. n.º 157/2004) y STSJ Cataluña, de 8 de marzo de 1999 (Rec. n.º 7966/1998).

¹¹⁴ SAN de 8 de febrero de 2007 (Rec. n.º 2/2007).

¹¹⁵ STS de 21 de marzo de 2011 (Rec. n.º 54/2010).

¹¹⁶ Así, STS de 21 de diciembre de 2021 (Rec. n.º 64/2020). Con todo, conviene tener presente que, según lo dispuesto en el artículo 84.2 ET, en la regulación de las medidas para favorecer la corresponsabilidad y la conciliación entre la vida laboral, familiar y personal, tendrá prioridad aplicativa el convenio de empresa sobre el sectorial, por lo que habrá que estar en lo regulado en él para conocer qué concretos criterios se aplican en materia de concreción horaria.

¹¹⁷ En la STSJ Galicia, de 16 de mayo de 2014 (Rec. n.º 1452/2012) se indica, precisamente, que «tanto antes como después de la reforma laboral de 2012, el acuerdo sobre concreción horaria de la reducción de jornada debe respetar su finalidad propia –atender las necesidades ordinarias de conciliación de cada trabajador/a individual que difícilmente coincidirán con las de otro trabajador/a– y las normas de derecho necesario dirigidas a garantizar esa finalidad de conciliación de la vida personal y familiar con la vida laboral –entre ellas, la de dejar un margen a la concreción por el propio trabajador/a, pues no en vano la propia norma legal introducida en la Reforma de 2012 no habilita para imponer una concreción horaria sino «para establecer criterios»–. Por ello, no es válido un acuerdo que, aunque responda «al espíritu legislativo de implicación de la negociación colectiva en la materia, altera de tal manera la mecánica de la reducción de jornada que deja de ser una reducción flexible de jornada para pasar ser siempre un permiso retribuido». Otros ejemplos en SSTSJ Galicia, de 19 de mayo de 2021 (Rec. n.º 4191/2020) y de 5 de junio de 2019 (Rec. n.º 4235/2018).

arbitrario para la empresa, cuando la empresa acredite un trastorno relevante en la organización empresarial a causa de la reducción de jornada solicitada o cuando, incluso, no se prueba la necesidad de ajustarse al horario solicitado¹¹⁸.

Por lo que atañe ahora al límite de la concreción de los derechos dentro de la «jornada ordinaria» del trabajador, cabe apuntar que, en materia de reducción de jornada, se planteó el debate de si, mediante su alegación, podían los trabajadores determinar y concretar el horario en que prestar sus servicios a lo largo de la jornada laboral en cualquiera de los turnos (rotatorios o no) que viniesen desempeñando, o si el derecho a la reducción sólo se extendía a la determinación del horario, pero respetando tales turnos. Y lo mismo se planteaba si desde una jornada partida en determinados días a la semana se pretendía concretar la reducción a las mañanas o a las tardes y excluir alguno o algunos de los indicados días, o si la reducción había de respetar tales extremos. En definitiva, la cuestión subyacente consistía en resolver si la reducción podía suponer o no una alteración de la jornada del trabajador.

Al respecto, pueden encontrarse resoluciones a favor y en contra¹¹⁹; no obstante, lo cierto es que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sido clara

¹¹⁸ SSTSJ Galicia, de 19 de septiembre de 2023 (Rec. 2515/2023) y de 11 de diciembre de 2020 (Rec. n.º 2112/2020), Cantabria, de 13 de mayo de 2022 (Rec. n.º 317/2022), Andalucía, Granada, de 7 de noviembre de 2019 (Rec. n.º 306/2019) y Madrid, de 25 de enero de 2019 (Rec. n.º 776/2018) y SSJS n.º 1 Burgos, de 28 de septiembre de 2021 (Proc. n.º 668/2021), n.º 5 Valladolid, de 15 de julio de 2021 (Proc. n.º 385/2021), n.º 1 Palma de Mallorca, de 12 de enero de 2021 (Proc. n.º 241/2020), n.º 5 Palma de Mallorca, de 28 de enero de 2019 (Rec. n.º 944/2018) y n.º 2, Palma de Mallorca, de 12 de julio de 2018 (Proc. n.º 1153/2017), n.º 19 Barcelona, de 29 de junio de 2020 (Proc. n.º 115/2020), n.º 1 Ponferrada de 16 de octubre de 2018 (Proc. n.º 391/2018) y n.º 6 Oviedo, de 31 de julio de 2018 (Proc. n.º 434/2018). Por lo demás, también aquí se encuentran sentencias que confirman o deniegan la reducción de jornada o su concreción según existan o no parientes que puedan cuidar del menor o del familiar. Así, por ejemplo, SSTSJ Cataluña, de 23 de junio de 2020 (Rec. n.º 517/2020), Andalucía, Sevilla, de 12 de septiembre de 2019 (Rec. n.º 570/2019), Islas Canarias, Las Palmas de Gran Canaria, de 20 de mayo de 2019 (Rec. n.º 190/2019) y Galicia, de 9 de octubre de 2017 (Rec. n.º 2162/2017) y SSJS n.º 2 Logroño, de 25 de febrero de 2020 (Proc. n.º 410/2019), n.º 2 Palencia, de 8 de enero de 2020 (Proc. n.º 461/2019), n.º 1 Logroño, de 11 de marzo de 2019 (Proc. n.º 43/2019) y n.º 4 Valladolid, de 20 de julio de 2018 (Proc. n.º 579/2018).

¹¹⁹ Por ejemplo, la STSJ Galicia, de 12 de junio de 2019 (Rec. n.º 1643/2019) apunta que «procede el reconocimiento del horario solicitado de turno fijo de lunes a viernes de 8 a 15, a una trabajadora divorciada con dos hijas menores de 12 años, cuyo horario lectivo es de 9 a 14 horas, teniendo en cuenta que ostenta la guarda y custodia de aquéllas y que el régimen de visitas del otro progenitor es de un fin de semana al mes y dos días entre semana por la tarde hasta las 20 horas, sin que la empresa haya acreditado dificultades organizativas para su concesión». Permitiendo también el cambio de turno, STSJ Islas Canarias, Las Palmas de Gran Canaria, de 26 de octubre de 2018 (Rec. n.º 849/2018) y SJS n.º 2 Ponferrada, de 16 de diciembre de 2019 (Proc. n.º 642/2019). No permitiendo el cambio, por ejemplo, SJS n.º 2 Palencia, de 10 de diciembre de 2018 (Proc. n.º 517/2018) que señala que «el trabajador con jornada de trabajo distribuida en turnos rotativos de mañana y tarde no tiene derecho a reducir su jornada de trabajo por cuidado de hijo menor de doce años con el horario de 9:30 a 14:00 de lunes a viernes, puesto que laborando en cadena los trabajadores en dos turnos de doce, el resto de compañeros se verían afectados por su petición, al tener que obligar a uno de ellos a prestar un turno fijo de tarde». También STSJ Galicia, de 19

■ PROBLEMAS Y RETOS PENDIENTES EN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS...

al señalar que «si por «jornada de trabajo» ha de entenderse el tiempo concreto y delimitado durante el que el trabajador tiene la obligación de cumplir con la prestación laboral (esto es, se trata del tiempo de servicios efectivamente prestados por el trabajador, en cómputo diario, semanal o anual), el término «jornada ordinaria» hace referencia a la que efectivamente viene desarrollando el trabajador de manera habitual dentro de los límites establecidos legal o convencionalmente». Ello supone que la reducción, cuando se solicite, sólo se pueda aplicar sobre el régimen ordinario de jornada que tenga el trabajador, de modo que no cabe modificarlo sustancialmente, alterando lo que ya estaba en vigor, tomando como base el derecho del artículo 37.6 ET¹²⁰. Por la misma sensata filosofía, un cambio de horario o de turnos sin reducción de jornada no puede ampararse en el artículo 37.6 ET¹²¹.

Se podrá criticar que esta interpretación que se acomete de la norma es restrictiva o que no se efectúa en clave constitucional, esto es, prestando especial atención a los fines de relevancia constitucional a los que la institución sirve; pero lo cierto es que la reducción de jornada tiene anudados a su concreta configuración ciertos límites o condicionantes en la norma que, entiendo, únicamente quien legisla podría revertir. Por otra parte, no es que el trabajador no pueda solicitar cambio de turno o cambio de jornada partida a jornada continua. Lo podrá hacer, pero con base en otro precepto legal, justamente el artículo 34.8 ET, que contempla el derecho a la adaptación por conciliación. Este último derecho, efectivamente, conduce a respetar los términos pactados en la negociación colectiva o en el acuerdo al que puedan llegar empresario y trabajador en defecto de previsión convencional al respecto. Pero bien es ver-

de noviembre de 2018 (Rec. n.º 2676/2018) y SSJS n.º 3 Oviedo, de 13 de junio de 2019 (Proc. n.º 351/2019) y n.º 2 Albacete, de 28 de marzo de 2018 (Proc. n.º 740/2017).

¹²⁰ STS de 21 de noviembre de 2023 (Rec. n.º 3576/2020). En concreto, en esta resolución se señala que «el cambio del sistema de trabajo a turnos y su sustitución por un sistema de turno único de mañana no implica una simple reducción de jornada, sino que implica una alteración de la jornada ordinaria de trabajo». Sobre el tema, puede verse también la STJUE de 18 de septiembre de 2019 (asunto Ortiz Messenero). Otro planteamiento sostiene, sin embargo, cierta parte de la doctrina. Por ejemplo, NOGUEIRA GUASTAVINO, M., «A vueltas con el derecho a cambio de turno por reducción de jornada por guarda legal: alcance y límites del reconocimiento de un *ius variandi inverso*», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 218, 2019, pp. 257 y 258. Así, afirma esta autora que «la clave reside en diferenciar entre jornada y horario y entender que la concreción de éste siempre supone el cambio de horario que se venía realizando. (...) El sistema de trabajo a turnos no es un sistema de precisión de la jornada, sino de especificación del horario en el que ésta se desempeña. (...) Si, por ejemplo, los turnos fueran una semana de mañana, otra de tarde y otra de noche, dichos turnos configurarían el horario del trabajador por muy variable que sea (horario de mañana, de tarde o de noche). En estos casos, las horas de entrada y salida varían cada semana, pero la jornada pactada, si no se solicita, por ejemplo, ninguna reducción, sería la misma, pero desempeñada en franjas horarias diferentes. Si ello es así, entonces solicitar un turno fijo sólo de mañana, esto es, horario sólo de mañana, entraría de lleno dentro de la “concreción horaria dentro de la jornada ordinaria”».

¹²¹ Así, STS de 13 de junio de 2008 (Rec. n.º 897/2007).

dad también que no por ello no puede decirse que el derecho deje de asistirle ni que, desde luego, el intérprete de la norma deba transmutar a la reducción de jornada en una institución distinta de la que es simplemente para dar cabida a otros supuestos que pueden canalizarse por otra vía.

Por lo demás, en fin, cabe hacer referencia, por su importancia, a la doctrina contenida en la STC 153/2021, de 13 de septiembre, en la que se admite que el ejercicio de un derecho de conciliación como es la reducción de jornada lleve aparejado, según cuáles sean las circunstancias concurrentes, cierto perjuicio para quien lo solicita. Muy brevemente, los hechos fueron los siguientes: una enfermera que prestaba servicios en UCI pediátrica de un hospital de gran tamaño interesa la reducción de jornada por guarda legal. La empresa lo acepta, pero, habida cuenta de la existencia de ciertas disfuncionalidades –no se cubre un turno entero– que esa concreta reducción causa en la prestación de un servicio sanitario que es de «continuidad asistencial alta», cambia de puesto a la trabajadora, entiende que de forma congruente a su grupo y categoría, pasándola a desarrollar el grueso de sus tareas en otras dependencias del hospital, aunque manteniéndola los fines de semana y en un determinado horario en la UCI pediátrica. La trabajadora argumenta, básicamente y por centrar la cuestión, que esta decisión le provoca un retraso profesional, «una degradación profesional y un obstáculo a su carrera profesional», que conecta con una discriminación indirecta por razón de circunstancias personales y de sexo, habida cuenta del trato peyorativo que le supone el ejercicio de un derecho conciliación que, además, activan de forma mayoritaria las mujeres.

Tanto el Juzgado de lo Social como el Tribunal Superior correspondiente desestimaron la demanda por considerar, primero, que las razones alegadas por la empresa son criterios de tipo médico y sanitario derivados de la alta continuidad asistencial que requiere la UCI pediátrica y, por lo tanto, carentes de todo propósito discriminatorio y, segundo, porque la trabajadora «sigue realizando funciones de enfermera, no pierde la plaza en la UCI pediátrica por el hecho de su maternidad y le siguen ofreciendo cursos para la actualización de sus conocimientos».

Planteado el asunto ante el Tribunal Supremo, éste inadmite el recurso de casación para la unificación de doctrina por considerar que no concurren los requisitos legales necesarios. Cerrada, pues, esta vía, se recurre en amparo ante el Tribunal Constitucional quien, tras recordar y sintetizar todo el cuerpo de doctrina constitucional que se ha ido construyendo con los años sobre la discriminación por razón de sexo y la conexión de este tipo de discriminación con los derechos de conciliación, resuelve que la misma no es aplicable al caso. Así, se alinea con las resoluciones judiciales de instancia y de suplica-

■ PROBLEMAS Y RETOS PENDIENTES EN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS...

ción y considera que no ha existido trato peyorativo alguno «en las condiciones de trabajo o una limitación o quebranto de sus derechos o legítimas expectativas económicas o profesionales en la relación laboral que le haya supuesto un perjuicio real y efectivo por la exclusiva razón del ejercicio previo de ese derecho de conciliación». Y ello por cuanto la trabajadora «sigue realizando funciones en la misma categoría y grupo profesional de enfermera; no ha sido apartada de la UCI por el hecho de su maternidad; no pierde la plaza en la UCI pediátrica a la que puede volver cuando preste de nuevo servicios en jornada completa, y sigue accediendo a cursos de formación».

Es más, sigue señalando la sentencia que «incluso si se asumiera que este cambio en el puesto de trabajo [pudiera] suponer un perjuicio para la recurrente, al tratarse de un cambio forzoso con respecto al trabajo que realizaba en un servicio especializado al que había accedido por voluntad propia, para apreciar la existencia de una discriminación indirecta vetada por el artículo 14 CE, habría que descartar que esa medida no se explica por razones objetivamente justificadas, desvinculada de los motivos de discriminación prohibidos por el artículo 14 CE, que respondan a una finalidad legítima y que sea necesaria y adecuada a tal fin». Y resulta que las razones aducidas por la empresa «responden a criterios de organización médico-sanitarios vinculados al buen funcionamiento de la UCI pediátrica y, en definitiva, a la necesidad de garantizar la debida atención a los pacientes». De hecho, se considera también que «la mercantil demandada alegó que desdobljar o partir el turno de la tarde para cubrirlo con otro DUE contradice el criterio seguido por el hospital para garantizar el buen funcionamiento de la UCI pediátrica, que en este punto sigue los estándares y recomendaciones recogidos en el informe del Ministerio de Sanidad y Política Social sobre la “Unidad de cuidados intensivos”». Por todo ello, se estima que los motivos alegados «conectan con el derecho a la protección de la salud de los pacientes asistidos en la UCI pediátrica (art. 43 CE), principio rector de la política social y económica, que debe informar la práctica judicial (art. 53.2 CE)», que los órganos judiciales realizaron la correspondiente «ponderación constitucionalmente exigible del derecho fundamental alegado» y tomaron en consideración «los distintos intereses en juego» y se termina concluyendo que «la medida controvertida responde a una finalidad legítima, que es necesaria y adecuada, estando por tanto debidamente justificada, por lo que no concurren los requisitos necesarios para estimar que se haya producido una discriminación indirecta por razón de sexo».

Ciertamente, la argumentación de la sentencia deja un mensaje evidente: el ejercicio del derecho a la reducción de jornada puede llevar aparejados ciertos cambios en la prestación de trabajo de carácter, en principio, no discriminan-

torio si las razones alegadas por la empresa son lo suficientemente importantes como para considerar que ello deba ser así. Quizá el supuesto planteado sea un caso extremo por converger en él razones de tipo médico-asistencial de las que nadie dudaría. Con todo, lo cierto es que los órganos judiciales pueden ver en esta sentencia un basamento para justificar que existan, tras la aceptación de una reducción de jornada, ciertas modificaciones en las condiciones laborales derivadas del ejercicio del poder de dirección empresarial. Modificaciones, eso sí, respecto de las que tendrían que entrar a valorar, no sólo si se ajustan a los condicionantes que impone la legalidad ordinaria, sino también si incurren en la discriminación por razón de sexo contemplada en el artículo 4.2.c) ET, esto es, «el trato desfavorable dispensado a mujeres u hombres por el ejercicio de los derechos de conciliación o corresponsabilidad de la vida familiar y laboral». ¿Existió ese trato desfavorable en el supuesto planteado en la sentencia constitucional? Se diría que no habida cuenta de las razones esgrimidas, pero no se descubre nada si se afirma que cualquier cambio de puesto o de circunstancias laborales puede implicar de suyo y de manera objetiva ciertas desventajas para la persona trabajadora, máxime si no ha sido previamente acordado con ella y que supone, como es el caso, una cierta incongruencia con la especialización profesional. Por ello quizás se eche en falta en la sentencia cierta referencia a la necesidad de valorar, para corroborar de mejor forma la inexistencia de una discriminación indirecta, no sólo si la movilidad impuesta se podía justificar en una finalidad legítima (que entiendo que sí dadas las circunstancias), sino también si aquélla, como señala el artículo 6.2 LOI, era necesaria y adecuada para alcanzar esa finalidad. ¿Se podía organizar el trabajo de otro modo que permitiera a la trabajadora mantener sus condiciones laborales? ¿Se le ofrecieron otras opciones? Parece que no habida cuenta del informe del Ministerio Fiscal, en el que se añade, además, que «el cambio de trabajo solo estaría justificado si se hubiera acreditado que resulta imposible, no solo difícil, organizar el trabajo de otro modo que permita a la trabajadora mantener sus condiciones laborales».

Por lo tanto y aunque la sentencia del Tribunal Constitucional dice lo que dice, creo que sería conveniente que los órganos judiciales que tengan que resolver cuestiones similares matizaran aquella doctrina y tomaran en consideración si la medida unilateralmente impuesta por el empresario tras la aceptación de la reducción de jornada supera el consabido triple juicio de proporcionalidad que se aplica para discernir si una concreta práctica, omisión o actuación es restrictiva de derechos fundamentales. Y, en el caso planteado, quizás el cambio de puesto fuera razonable en atención a la finalidad perseguida, pero no tengo tan claro, porque de las circunstancias referidas en la senten-

■ PROBLEMAS Y RETOS PENDIENTES EN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS...

cia no se puede derivar, que fuera la medida estrictamente indispensable para satisfacer el fin legítimo, la menos gravosa para el derecho afectado, y que no existieran otras opciones menos agresivas para satisfacer el fin buscado¹²².

2.3 La limitación del ejercicio simultáneo de los derechos de conciliación por el mismo sujeto causante cuando los trabajadores pertenecen a la misma empresa

Apuntan los artículos 37.4 y 37.6 ET que las reducciones de jornada en ellos contempladas podrán limitarse si dos personas trabajadoras de la misma empresa pretenden su ejercicio simultáneo por el mismo sujeto causante. Y la misma previsión aparece en el artículo 46.3 ET para el caso de las excedencias, en los artículos 48.4 y 48.5 ET para el caso de las suspensiones por nacimiento de hijo y por adopción o acogimiento y en el artículo 48 bis ET para el caso del permiso parental. Quien legisla es consciente, por lo tanto, de que esta situación de ejercicio simultáneo puede generar cierta disfunción en la organización productiva y le confiere al empresario la potestad de restringir el ejercicio de aquellos derechos. Con todo, este contrapeso a las necesidades conciliatorias de los trabajadores aparece, de nuevo, mediatizado, condicionado.

En efecto, el empresario, para poder acogerse a esta previsión, debe alegar motivos de peso. Las normas, salvo la correspondiente al permiso parental¹²³, aluden a «razones fundadas y objetivas de funcionamiento de la empresa» o a «razones fundadas y objetivas» que, además, deberán comunicarse por escrito, por lo que quedan excluidos motivos de mera conveniencia empresarial o alusiones vagas, imprecisas o lacónicas. Se trata de exponer las razones concretas que aconsejan la limitación con el suficiente detalle para no causar indefensión y para justificar que, en el concreto supuesto, debe prevalecer el interés empresarial y no el de las personas trabajadoras a disfrutar de los derechos correspondientes. De esta forma, se ha entendido, por ejemplo, que, si la empresa «no especifica los perjuicios que la concreción horaria que pretende el trabajador provoca en la organización, no cabe inferir los mismos ni estimar que resultan patentes», máxime teniendo en cuenta que «las reducciones de jornada de ambos progenitores no se solapaban, pues el padre la aplica al final

¹²² De la misma opinión, CABEZA PEREIRO, J., «Reducción de jornada: a vueltas con..., *op. cit.*, pp. 82 y 183.

¹²³ Que se refiere a supuestos que «altere[n] seriamente el correcto funcionamiento de la empresa». Vid., al respecto, lo que se comentó en el capítulo segundo, apartado 1.4.A.

de su jornada y la madre al principio, pudiendo ser suplida sin problemas la parte de jornada que con tal reducción dejan de realizar»¹²⁴.

Pero no sólo es eso. No sólo es la referida la obligación la única que pesa sobre el empresario. Como ya se tuvo ocasión de comentar, tras la reforma efectuada por el Real Decreto 5/2023, se exige de éste que tenga, por lo que atañe a las reducciones de jornada, a la excedencia y al permiso parental, una actitud constructiva para ofrecer una alternativa que permita el disfrute de ambas personas trabajadoras de estos derechos, previsión ésta trasunta, como ya se apuntó, de los artículos 5.6 y 5.7 Directiva 2019/1158. Realmente, la idea es buena y se entiende lo que se pretende conseguir con ella: implicar al empresario en la tarea de fomentar la conciliación en la organización e impedir que simplemente mantenga una actitud pasiva de alegar razones que impidan el ejercicio simultáneo. Ahora bien, lo cierto es que esta buena idea transformada en mandato legal seguramente arraigará más en las grandes empresas que en las pequeñas, pues en éstas el margen de maniobra para gestionar los recursos humanos es menor o muchísimo menor. Por ello, no hubiera estado de más que se hubiera tenido en cuenta la realidad cotidiana de estas organizaciones y se hubiera contemplado la misma exigencia de otro modo, tal vez limitando el ofrecimiento de la alternativa a empresas de un cierto número de trabajadores en plantilla.

Por otra parte, no se contempla cuándo debe ofrecerse ese plan alternativo. En buena lógica, debería proponerse en el momento en que se deniega la petición de ejercicio simultáneo del derecho o, al límite, en un «período razonable» desde la petición y posterior denegación a fin de que el empresario pueda, de modo razonado, sustentar su ofrecimiento después de haber sopesado todas las posibilidades. Y es que entender que el empresario pueda demorarse en demasía en plantear su propuesta podría suponer un vaciamiento del derecho, un debilitamiento, a la postre, de los intereses conciliatorios de las personas trabajadoras, que –no puede obviarse– poseen ese consabido impacto constitucional al que ya tantas veces se ha aludido.

¹²⁴ SJS n.º 3 Logroño, de 29 de agosto de 2024 (Proc. n.º 330/2024). También en este sentido SJS n.º 1 Guadalajara, de 19 de enero de 2018 (Proc. n.º 794/2017).

CAPÍTULO V

PROPUESTAS PARA LA REORDENACIÓN Y REDEFINICIÓN DE LOS DERECHOS DE CONCILIACIÓN

Como corolario de todo lo anterior, debe finalizarse esta monografía haciendo mención a la necesidad que creo que existe de realizar un revisionado de los derechos de conciliación en el Estatuto que los dote de sistemática, los ordene, los racionalice y los clarifique. Algunas ideas ya se han ofrecido a lo largo de este trabajo, así que resta ahora apuntar algunas más. Veamos.

1. LA REORDENACIÓN DE LOS DERECHOS DE CONCILIACIÓN

A día de hoy, los derechos de conciliación aparecen recogidos en varios preceptos estatutarios de forma dispersa y desordenada y, en ocasiones, junto con otros derechos que nada tienen que ver con la conciliación. De hecho, es constatable cómo el artículo 37 ET ha ido «engordando» a golpe de modificación legal o reglamentaria sin mayores miramientos y hasta tal punto que cuenta, en el momento de cierre de este trabajo, incluso con dos letras «g».

Por ello, en el contexto de una nueva redacción del Estatuto de los Trabajadores y no de un «parcheado», podría plantearse la reordenación de estos derechos en dos artículos.

El primero podría incluir todos aquellos permisos y derechos relacionados con el nacimiento del hijo (o su adopción o su acogimiento) y con la atención a necesidades de familiares y convivientes, es decir, el permiso de informes familiares, el de fallecimiento, el del cuidado del lactante y del neonato, el de realización de exámenes prenatales y asistencia a las sesiones correspon-

■ PROBLEMAS Y RETOS PENDIENTES EN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS...

dientes para preparar la adopción, el de fuerza mayor, las reducciones de jornada y el derecho a la adaptación del tiempo y de la forma de la prestación.

El segundo precepto aglutinaría las suspensiones por el mismo motivo, esto es, las suspensiones correspondientes al nacimiento de hijo, a la adopción o acogimiento y al riesgo durante el embarazo y la lactancia, las excedencias por cuidado de hijos y familiares y el permiso parental, al que, por cierto, se le debería otorgar otra denominación para no causar confusión.

El resto de permisos y suspensiones quedarían al margen, en un precepto que podría pasar a denominarse «Otros permisos y suspensiones de la persona trabajadora»¹.

2. LA REDEFINICIÓN DE LOS DERECHOS DE CONCILIACIÓN: LA ACLARACIÓN (O NO) DE CIERTOS CONCEPTOS INDETERMINADOS, DE IMPRECISIONES, DE OMISIONES Y DE INCOHERENCIAS

Aunque no es lo deseable, lo cierto es que quien legisla utiliza ciertas expresiones o conceptos de carácter indeterminado que dotan de inseguridad el ejercicio de los derechos de conciliación. Y, de igual modo, existen omisiones legales e incoherencias que deberían ser corregidas con el mismo fin. Por lo pronto, habría que contemplar la posibilidad de matizar, de una vez por todas, si los días que se conceden por ciertos permisos son hábiles o naturales, puesto que, aunque exista jurisprudencia al respecto, ésta puede variar de rumbo en cualquier momento.

También debería clarificarse qué se entiende por «personas dependientes» en el contexto del derecho de adaptación por conciliación. Que éstas deben convivir con la persona trabajadora queda claro en tanto que sólo a ellas se les impone este requisito («cuando, en este último caso, convivan en el mismo domicilio»), pero más dudas plantea la alusión a su dependencia. ¿Se hace referencia a la dependencia que resulta definida por la Ley 39/2006, de 14 de diciembre? ¿O bastaría con que existiera una dependencia de hecho? Es más, en ese término, ¿deben entenderse incluidas las personas con discapacidad? A mi modo de ver y aunque sólo fuera por guardar una mínima coherencia con otros preceptos estatutarios, tal vez hubiera sido más conveniente aludir a los convivientes como sujetos que pueden dar lugar a que se solicite el derecho.

¹ Con todo y por razones de coherencia interna del precepto, mantendría en su ubicación, esto es, en el artículo 40 ET, el derecho al traslado del cónyuge en caso de movilidad geográfica del otro.

Lo que, además, iría en correlación con lo que dispone la propia Directiva 2019/1158 que, en modo alguno, emplea en su texto el término de «personas dependientes» como potenciales sujetos causantes.

Precisamente, respecto de los convivientes, el mismo artículo 34.8 ET aclara que el término se refiere a otros sujetos, distintos al cónyuge, a la pareja de hecho y a los familiares hasta segundo grado, que «convivan en el mismo domicilio» que la persona trabajadora. Y esta previsión aparece también en el permiso por infortunios familiares y, más lacónicamente, en el permiso por fuerza mayor. A mi modo de ver, el concepto es claro: este sujeto debe habitar junto con la persona trabajadora en el mismo hogar, lo que fácilmente se podrá acreditar mediante el padrón municipal. Ahora bien, fíjese que no aparecen los convivientes ni en el permiso por fallecimiento, ni en la reducción de jornada por cuidado de otros familiares ni en la excedencia por cuidado de familiares, lo que lleva al intérprete de la norma a plantearse si esta omisión es intencionada o si, más bien, se trata, como en otras ocasiones, de un olvido fruto de las prisas legislativas.

En línea de principio y dejando a un lado ahora al permiso por fallecimiento, pudiera pensarse que, puestos a ampliar el espectro de sujetos causantes de los derechos de conciliación, se podrían haber incluido también a estas personas convivientes en el radio de acción de la excedencia y de la reducción de jornada antes mencionadas. De hecho, en el contexto de la Directiva 2019/1158, las fórmulas de trabajo flexible (y aquí entran las adaptaciones, pero también las reducciones) se extienden a los cuidadores, entendiéndose por tales aquellas personas trabajadoras que «dispensan cuidados o prestan ayuda a un familiar o a una persona que viva en el mismo hogar que el trabajador». En cuanto a la excedencia por cuidado de familiares, cierto es que, aunque no exactamente, se asemeja más al permiso para cuidadores que a cualquier otra institución de las que contempla la Directiva. Por lo tanto, desde esta perspectiva, bien podrían haberse incluido también entre los sujetos causantes en el marco de la reducción de jornada y de la excedencia por cuidado de familiares a los convivientes. Pero, por si ello fuera poco, resulta que, al menos en el contexto nacional, las circunstancias de las que surge la necesidad de cuidado son las mismas en todos los derechos citados: existen ciertas razones, relacionadas con la edad, con un accidente o una enfermedad, que impiden que el sujeto pueda valerse por sí mismo y/o necesite de la ayuda de la persona trabajadora. Por lo tanto, también desde este punto de vista, podría abogarse por una futura reforma del régimen jurídico de la excedencia y de la reducción de jornada por cuidado de familiares que pasara por corregir la omisión e incluir a los convivientes en el mismo hogar como posibles sujetos causantes de los derechos.

■ PROBLEMAS Y RETOS PENDIENTES EN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS...

Ahora bien, no es ésta mi opinión. La ampliación de posibles sujetos causantes en estos dos derechos, por otra parte, tan feminizados, puede derivar en un perjuicio para el estatus profesional de la mujer, al ser ella la que asume por regla general el rol de cuidadora. Es decir, visto el asunto desde la perspectiva de género, resulta que el posible aumento del espectro de personas que pudieran ser cuidadas y que pudieran activar el derecho a la reducción o a la excedencia redundaría negativamente en las mujeres, toda vez que el sentimiento de la obligación de cuidado que tienen arraigado encontraría su horma en un paraguas jurídico que las habilitaría para atender la necesidad que tuvieran estos convivientes. Ello, evidentemente, a costa de una reducción de jornada que implica reducción de las percepciones salariales o de un abandono prolongado de su puesto de trabajo a través de la excedencia. Y, ciertamente, la misma crítica se le puede realizar a la inclusión de los convivientes en el permiso por infortunios familiares, en la adaptación de la forma y el modo de la prestación y en el permiso por fuerza mayor, pero la diferencia aquí es que ni existe un abandono del puesto que implique pérdida del salario ni una disminución de aquél. Por lo tanto, respondiendo a la pregunta que anteriormente apuntaba sobre si el olvido del legislador sobre los convivientes en el marco de las excedencias y reducciones por cuidado de familiares es o no intencionado debo responder, sinceramente, que no creo que quien legisla se planteara el razonamiento anterior, que simplemente fue un olvido motivado por las prisas en transponer la Directiva europea y que, seguramente, sin esas prisas los convivientes hubieran sido incluidos en los redactados correspondientes; pero que, aun con todo, la omisión posee un valor positivo desde el punto de vista de la perspectiva de género que no puede desdeñarse.

Por lo que atañe al permiso por fallecimiento, más fácil es comprender el motivo por el que, tras el Real Decreto 5/2023, no aparecen los convivientes como posibles sujetos causantes: tal licencia no la contempla la Directiva 2019/1158, por lo que no había nada que transponer al texto de la norma interna. Con todo, lo cierto es que no hubiera estado de más que el legislador hubiera aprovechado la oportunidad para acompañar el régimen de este permiso con los correspondientes a los derechos que se conceden por necesidades de cuidado a convivientes. Y es que piénsese en el contrasentido que supone que un conviviente al que se tiene que cuidar active el derecho de la letra b) del artículo 37.3 ET, el del artículo 34.8 ET o el del número 9 del artículo 37 ET, pero su fallecimiento no permita al trabajador acogerse a la licencia creada específicamente para estos fines. En buena lógica, el deceso de conviviente debería generar igualmente el disfrute de los días correspondientes, pues el duelo y la atención a las gestiones propias que acompañan al fin de la vida

surgen de igual modo si el sujeto causante es un familiar directo que un conviviente en el mismo domicilio, que ha podido, incluso, generar una previa necesidad de cuidado que se ha cubierto con cualquiera de los mecanismos jurídicos antes mencionados.

Por lo demás, creo que también se podría haber aprovechado la ocasión para aumentar la duración de este permiso. Ya se dejó apuntado en otro momento de este trabajo que, realmente, los dos días que se conceden son para velar al fallecido en el tanatorio y realizar las diligencias oportunas y para acudir a su sepelio. Pero, al día siguiente, la persona trabajadora debe volver a su puesto de trabajo y, ciertamente, puede no haber existido tiempo suficiente para llorar la pérdida. Creo con total certeza que absolutamente nadie podría concretar un tiempo para este fin, máxime en los casos en los que el fallecido fuera un hijo. Con todo y para flexibilizar y humanizar este permiso, tal vez se podría considerar su reformulación para aumentar su duración, aunque sea un día más; un día tras el entierro que la persona trabajadora pudiera utilizar para, si es posible, calmar los ánimos, pensar en lo que ha pasado o en cómo se siente. La salud mental es cada vez más importante y ese día extra de más que se propone podría contribuir, a su manera, al cuidado de la misma².

Volviendo ahora de nuevo a la excedencia por cuidado de familiares y a la reducción de jornada por cuidado de otros familiares, se observa que sigue apareciendo en su redactado la necesidad de que los sujetos causantes no desempeñen actividad retribuida alguna. A mi modo de ver, bastaría con exigir, como también hacen los preceptos correspondientes, que no puedan valerse por sí mismos. Y es que, si una persona no puede valerse por sí misma y necesita la ayuda de terceros, habrá que entender, en buena lógica, que no podrá desarrollar prestación laboral alguna. Por lo tanto, desde este punto de vista, este último requisito sería redundante³. En la reducción de jornada por guarda legal y en la excedencia por cuidado de familiares, además, se observa una

² De hecho, la medida no sería novedosa puesto que ya ha sido planteada si bien por razones extraordinarias y que, desde luego, pueden comprenderse. Así, el Real Decreto 7/2024, de 11 de noviembre, por el que se adoptan medidas urgentes para el impulso del Plan de respuesta inmediata, reconstrucción y relanzamiento frente a los daños causados por la Depresión Aislada en Niveles Altos (DANA) en diferentes municipios entre el 28 de octubre y el 4 de noviembre de 2024 llegó a extender la duración de este permiso «desde el hecho causante hasta los cinco días hábiles siguientes al del sepelio».

³ Elimina este requisito, aunque con ocasión de una circunstancia muy excepcional, el artículo 42.4.b), último párrafo, Real Decreto 7/2024, de 11 de noviembre, por el que se adoptan medidas urgentes para el impulso del Plan de respuesta inmediata, reconstrucción y relanzamiento frente a los daños causados por la Depresión Aislada en Niveles Altos (DANA) en diferentes municipios entre el 28 de octubre y el 4 de noviembre de 2024. En él, se señala expresamente que «en el supuesto establecido en el artículo 37.6, segundo párrafo, del Estatuto de los Trabajadores no será necesario que el familiar que requiere atención y cuidado no desempeñe actividad retribuida». Idéntica previsión se planteaba en el plan MECUIDA derivado del COVID.

■ PROBLEMAS Y RETOS PENDIENTES EN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS...

discordancia con la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y con la política de integración laboral de las personas con discapacidad que, a día de hoy, no se ha corregido. Y es que se exige que la persona con discapacidad no ejerza actividad retribuida alguna. Es totalmente incoherente exigir tal requisito cuando de estas personas estamos hablando, porque coartaría su predisposición, iniciativa y, sobre todo, su derecho a poder acceder a un empleo. Es más, si, al fin y al cabo, se trata de separarse del mercado laboral o de reducir la jornada para cuidar a esta persona, resulta que habrá un importante descenso de las retribuciones del cuidador que perfectamente podría ser cubierto con las aportaciones económicas de la persona cuidada. Ciertamente, en un contexto como el actual, en el que se están dando pasos cada vez más importantes para proteger a las personas con discapacidad y promover su plena integración, no se entiende cómo el Estatuto aún contiene incoherencias como la señalada.

Debe constatarse, igualmente, la no inclusión del menor mayor de doce años en el espectro de sujetos causantes de la reducción de jornada por cuidado de otros familiares. ¿Es éste un olvido intencionado de quien legisla? Fíjese que el cuidado del menor de doce años activa el derecho a la reducción del primer párrafo del artículo 37.6 ET, esto es, la reducción de jornada por guarda legal. Pero ¿qué ocurre con el menor mayor de doce años? Podría pensarse que su cuidado entraría, aun con todo, en el radio de acción de aquella reducción, pues en el segundo párrafo del artículo 37.6 ET, se hace referencia a familiares hasta el segundo grado que «por razones de edad, accidente o enfermedad» no puedan valerse por sí mismos ni desempeñen actividad retribuida. Pudiera argumentarse al efecto que el menor de edad, pero mayor de doce años no puede valerse por sí mismo, pero lo cierto es que este menor, en un contexto social como el actual, lo normal es que ya cuente con cierto grado de madurez para valerse por sí mismo sin el cuidado de sus progenitores u otros sujetos. Descartada esta opción, podría pensarse que el sujeto causante sería el menor mayor de doce años cuando estuviese accidentado o enfermo, pero esta interpretación chocaría frontalmente con el hecho de que se exija que la persona cuidada no desempeñe actividad retribuida alguna⁴, lo que conduce a un escenario en el que el sujeto causante debe ser o bien mayor de edad o, al menos,

⁴ STSJ Castilla-La Mancha, de 18 de mayo de 2006 (Rec. n.º 324/2005). De hecho, la STSJ Castilla-La Mancha, de 28 de diciembre de 2006 (Rec. n.º 1176/2005) también incide en el hecho de que la Exposición de Motivos de la Ley 39/1999 razona la modificación llevada a cabo en la reducción de jornada por cuidado de otros familiares en el hecho de que la misma supone una ampliación del derecho «para los trabajadores que tengan que ocuparse de personas mayores o enfermos, en línea con los cambios demográficos y el envejecimiento de la población».

mayor de diecisésis años. Y en el primer caso, ya se habría superado la mayoría de edad y, en el segundo, de admitirlo, resulta que quedaría fuera una franja de edad entre los doce y los diecisésis años que tildaría de incoherente a esta interpretación. Por ello, creo que lo factible es considerar que el cuidado del menor mayor de doce años no activa el derecho a la reducción de jornada del segundo párrafo del artículo 37.6 ET y ello, además, por coherencia con el artículo 34.8 ET. Y es que cuando el legislador ha querido incluir como posible sujeto causante al mayor de doce años lo ha hecho de forma expresa, justo en el derecho de adaptación de la forma y del modo de la prestación, por lo que el silencio del artículo 37.6 ET a este respecto sólo puede entenderse de forma negativa a su inclusión.

Por lo que atañe ahora a las propias tareas de cuidado, es de observar cómo en varios artículos se hace referencia a ellas de una forma distinta. En el artículo 34.8 ET, se alude simplemente a «necesidades de cuidado». En el artículo 37.3.b) ET, de «cuidado efectivo». En el artículo 37.6 ET, de «cuidado directo» y, en el caso de la reducción a causa de un menor a cargo afectado por cáncer u otra enfermedad grave, de «cuidado directo, continuo y permanente». Y en los artículos 37.4, 46.3, 48.4 y 48 bis ET, se hace referencia a «cuidado», sin más. Quien legisla creo que debería fijarse más en los términos que emplea para evitar confusiones e interpretaciones y para asegurar, como se decía, cierta coherencia interna en el bloque de los derechos de conciliación. A mi modo de ver, «necesidades de cuidado», «cuidado» y «cuidado efectivo» pueden entenderse como términos sinónimos que aluden a una misma realidad, la necesidad de asistir a alguien de un modo real y verdadero, ya sea por su corta edad en algunos casos, o por un motivo médico grave, por su avanzada edad o por su discapacidad, en otros⁵.

Más específica es la expresión de «cuidado directo» en las reducciones de jornada, que implica que el trabajador debe ser la única persona que puede

⁵ Ciento es que, cuando se ha querido, se ha especificado claramente qué debe entenderse por cuidado. Así, el Real Decreto 7/2024, de 11 de noviembre especifica, en el marco del permiso para atender necesidades de cuidado derivadas de la DANA, que «se entenderá que concurren deberes de cuidado cuando sea necesaria la presencia de la persona trabajadora para la atención de alguna de las personas indicadas en el párrafo anterior que, por razones de edad, enfermedad o discapacidad, necesite cuidado personal y directo como consecuencia directa de la DANA. Asimismo, se considerará que concurren deberes de cuidado cuando existan, relacionadas con los fenómenos meteorológicos adversos, o sus efectos, decisiones adoptadas por las autoridades competentes que impliquen cierre de centros educativos, o de cualquier otra naturaleza, que dispensaran cuidado o atención a la persona sobre la que concurren deberes de cuidado. También se considerará que concurren dichos deberes cuando la persona que, hasta el momento, se hubiera encargado habitualmente del cuidado o asistencia directos de cónyuge o familiar hasta segundo grado de la persona trabajadora no pudiera seguir haciéndolo por causas justificadas directamente relacionadas con la DANA».

■ PROBLEMAS Y RETOS PENDIENTES EN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS...

atender al sujeto causante, sea éste menor o mayor de edad. Y más concreta aún es la expresión «cuidado directo, continuo y permanente», que conlleva una atención más intensa, acentuada y prolongada en coherencia ello con el plus de especial gravedad que existe en la situación del menor afectado por cáncer u otra enfermedad de tal doloroso calibre. Por cierto, salvando este último supuesto pues, por evidentes razones, se ha diseñado a su alrededor un derecho que exige que el cuidado debe ser prestado, como se ha apuntado, de forma continua y permanente en el tiempo (no, por tanto, de forma intermitente), se podría discutir si la exigencia del cuidado directo en la reducción de jornada por guarda legal podría suponer un hándicap en el ejercicio del derecho en un cierto tipo de familia, la monoparental, ya que veta la posibilidad de la reducción a otros posibles sujetos que, más que cuidado directo, prestan un apoyo adicional en el cuidado del menor⁶. Fíjese que estos familiares, para acogerse a la reducción, tendrían que demostrar que son ellos y sólo ellos (no, por tanto, el progenitor titular del hogar monoparental) quienes se encargan de proveer las necesidades y atención del sujeto causante. Y esto puede ser así en ciertos casos, pero no en otros en los que, más que de cuidado directo, podría hablarse, como se decía, de apoyo adicional en el cuidado. La misma limitación entiendo que implica la alusión a la «guarda legal», que hace referencia a los progenitores, pero también a los tutores. En la situación familiar de monoparentalidad y en condiciones de normalidad, será la persona titular del hogar familiar la que ostente la guarda legal, por lo que, también por este lado, otros familiares del menor tendrían impedido el ejercicio del derecho a este tipo de reducción de jornada.

La solución en estos casos pasaría por redirigir las pretensiones de estos familiares del menor al derecho a la adaptación reconocido en el artículo 34.8 ET y aunque ello implique, en la mayoría de los casos, una negociación siempre difícil con el empresario⁷. Con todo, también se podría plantear una reformu-

⁶ También pueden prestar ese apoyo adicional en el cuidado los familiares de los menores nacidos en familias biparentales o tradicionales. Pero, como se decía en otra parte de este trabajo, la mayor carga en la crianza que debe soportar el titular de un hogar monoparental es una situación jurídica distinta, de mayor vulnerabilidad y en absoluto comparable a la biparentalidad, que necesita de un trato desigual fundado en razones objetivas. De ahí la referencia únicamente a las familias monoparentales.

⁷ De hecho, la ya citada en otro momento SJS n.º 2 Santander, de 18 de noviembre de 2024 (Proc. n.º 585/2024) admite la adaptación solicitada para el cuidado de la nieta por su abuela cuando la madre es cabeza de hogar monoparental y asiste a una formación profesional que le impide atender a la menor. Aunque la sentencia no lo razona de este modo (recuerda la resolución que el Estatuto de los Trabajadores reconoce el derecho de adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo a quienes tengan necesidades de cuidado de familiares por consanguinidad hasta el segundo grado, como lo es la nieta), creo que se puede convenir que, como en el artículo 34.8 ET no se alude a «cuidado directo», la abuela pueda prestar ese apoyo adicional en el cuidado adaptando su jornada de la forma más adecuada atendiendo a las necesidades familiares.

lación del derecho a la reducción que contemplara la realidad de las familias monoparentales. Reformulación que, a mi entender, podría articularse de dos modos. El primero pasaría por ampliar el ámbito subjetivo de los titulares del derecho a la reducción de jornada con la eliminación del adjetivo «directo» para hacer referencia tan sólo al cuidado o a las necesidades de cuidado del sujeto causante y con la supresión, de igual forma, de la exigencia de la guarda legal. No obstante, sería ésta una ampliación de los márgenes del derecho realizada de un modo muy genérico y en abstracto, no centrada únicamente en las familias monoparentales. Por ello, me inclino más por abogar por la inclusión en el redactado legal de una matización que afecte a las familias monoparentales y que iría en el sentido de extender el derecho a la reducción de jornada por guarda legal a familiares del menor hasta el segundo grado por consanguinidad o afinidad que presten un apoyo adicional en su cuidado. Con dos condicionantes, entiendo: que el menor tenga una edad inferior a los doce años, salvo que sea persona con discapacidad, por ser ello coherente con el redactado estatutario, y que la reducción de jornada sea inferior a la que pueda pedir el progenitor, porque de lo que se trata es de complementar el cuidado, no de prestar ese cuidado directo y principal al que antes se aludía.

Ligado a lo anterior, no estaría de más que, en general, en los derechos de conciliación se contemplara la realidad de las familias monoparentales, porque, ciertamente, teniendo en cuenta que en el texto del Estatuto ya pueden encontrarse preceptos que tienen en consideración las necesidades de las familias numerosas concediéndoles cierta ampliación de derechos de las que el resto no disfrutan, lo que se plantea no podría tildarse de rareza o extrañeza desde el punto de vista legal, en tanto que supondría ir un paso más allá y avanzar en la idea de que mejorar la conciliación puede contribuir a lograr una mayor eficacia y productividad en el trabajo.

Al respecto, fíjese que no se trataría sólo de rediseñar la suspensión/prestación por nacimiento de hijo para ampliar su duración⁸, sino de enfocar el asunto con una perspectiva más ambiciosa para que los derechos que se conceden a los progenitores puedan ser utilizados también por los familiares que prestan, como se dijo más arriba, un apoyo adicional en el cuidado. Por seguir con el ejemplo de la suspensión por nacimiento de hijo, podría plantearse, si el legislador finalmente incrementa su duración, que una parte del período lo pudiese disfrutar, si reúne las condiciones para ello, la persona que designe el

⁸ O la duración de otros derechos, como, por ejemplo, el permiso parental. Habiéndose dado ya un paso para ampliar la duración de la suspensión/prestación por nacimiento de hijo, nada impediría ahora plantearse el incremento del tiempo de disfrute de otros derechos conciliatorios sobre la base de la misma motivación.

■ PROBLEMAS Y RETOS PENDIENTES EN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS...

responsable del hogar monoparental que, por razones de parentesco con el menor, pudiera compartir con aquél la tarea del cuidado y atención del niño. De esta forma, la desventaja que para la vuelta al mercado de trabajo le podría suponer al progenitor solo disfrutar de veintiséis semanas de cuidado (o las que se considerasen), podría soslayarse si, a modo de excepción a la regla de la intransferibilidad, se introdujese la posibilidad de cesión de parte de ellas a otra persona para cuidar del menor.

Si trasladamos ahora la atención al permiso para el cuidado del lactante y cuyos titulares son los progenitores, podrían proponerse dos correcciones a la norma. Por un lado, ya se tuvo ocasión de comentar que la exigencia de que «ambos progenitores, adoptantes, guardadores o acogedores ejerzan este derecho con la misma duración y régimen» para la extensión del período de gracia hasta los doce meses de vida del menor abre una brecha entre la familia tradicional y la monoparental. Aplicando la letra de la norma, el progenitor solo nunca podrá disfrutar de esos tres meses de más que se conceden a las familias con dos progenitores a cargo; hecho éste que, a imagen y semejanza de lo que ocurre con la suspensión por nacimiento de hijo puede implicar una discriminación por indiferenciación en absoluto justificable desde el punto de vista del artículo 14 CE. Al fin y al cabo, la misma necesidad de cuidado existe tanto en una familia como en la otra⁹. Por ello, debo reiterar aquí la propuesta que, en su momento, se realizó sobre la extensión de la duración del permiso hasta los doce meses de vida del menor y la eliminación de la prestación por cuidado corresponsable del hijo; eliminación que revertiría, a su vez, y como también se explicó, en la prestación para el cuidado del menor afectado por cáncer o enfermedad grave.

Por otro lado, podría plantearse, como se ha hecho con la reducción de jornada por guarda legal, la introducción en el texto legal de una matización por la que se concediera el permiso a otros sujetos –también trabajadores– que tuvieran con el menor otros vínculos familiares distintos a los de los progenitores y que podrían prestar ese apoyo adicional en el cuidado¹⁰. No se desco-

⁹ Por cierto, la misma alusión aparece –ya se dijo– en la excedencia para referenciar que «cuando la persona ejerza este derecho con la misma duración y régimen que el otro progenitor, la reserva de puesto de trabajo se extenderá hasta un máximo de dieciocho meses». Como se acaba de apuntar, esta previsión implica que se prioriza a un modelo de familia, el biparental, frente a otro, el monoparental, cuando en ambos existen las mismas necesidades de cuidado o, mejor dicho, en la monoparental, acrecentada por las mayores dificultades en la carga de crianza. Por ello, entiendo que una redacción más acorde con el texto constitucional pasaría por otorgar también al progenitor solo el privilegio de la extensión en la reserva de puesto hasta los dieciocho meses.

¹⁰ Y se está pensando en las familias monoparentales, pero no vería problema en conceder este permiso a otros familiares distintos de los progenitores cuando faltasen ambos y que, por este motivo, tuvieran que hacerse cargo del menor en términos jurídicos y afectivos.

noce que estos familiares tendrían la opción de acogerse a la adaptación de la jornada de trabajo contemplada en el artículo 34.8 ET. No obstante, es éste un derecho –ya se ha dicho– que está vinculado, a salvo de que el convenio establezca otra cosa, a que el empresario admita la solicitud del trabajador teniendo en cuenta las necesidades organizativas y productivas de la empresa, mientras que el permiso que aquí se estudia, existiendo preaviso y justificación, debe concederse sin tener en cuenta otras consideraciones, pues la situación de la que parte es distinta: prestar el debido cuidado a un menor en una fase tan especial y delicada de su vida y de tanta dependencia a los adultos. La muy concreta finalidad de este permiso sería la justificación de esta propuesta de modificación normativa.

Y, por poner un último ejemplo, veamos ahora la reducción de jornada por guarda legal. En el caso de las familias monoparentales compuestas por padres o, especialmente, madres sin pareja y sin otra fuente de ingresos, existe en esta reducción un hándicap muy importante que puede contribuir a que no se solicite en su justa medida. Y ese hándicap no es otro, efectivamente, que la disminución del salario que lleva aparejada. Por ello, no estaría de más que, atendiendo a las especiales particularidades de este tipo de familias, se articulara otra fórmula para conciliar de modo más óptimo vida familiar y laboral. Por ejemplo, habilitar una suerte de reducción de jornada sin disminución de las retribuciones o, al menos, ajustada tal minoración a un tope mínimo para el convenio, para el caso de guarda legal de menores de doce años cuando en éstos concurrieran una serie de circunstancias de mayor vulnerabilidad o de sobrecarga del guardador que hicieran evidente la necesidad legal de una singular tutela, como que el niño requiera de una especial atención por motivos médicos, que haya nacido en el seno de una familia monoparental o cuando el guardador tenga a su cargo tres o más niños menores de doce años.

En otro orden de ideas y retomando el hilo de la argumentación principal, aparece una omisión muy relevante en el permiso para el cuidado del neonato. Esta licencia sólo contempla un sujeto causante, el hijo biológico que, o bien ha nacido prematuro y, por ello, debe permanecer ingresado en el hospital, o bien debe permanecer en esta instalación por cualquier otra causa. Se olvida quien legisla del menor adoptado que, tras la adopción, bien pudiera suceder que necesitase también los cuidados que se dispensan en un hospital. No se entiende que, ante una misma situación, ante una idéntica necesidad de cuidado, se opte por denegar un derecho a los progenitores adoptantes frente a los biológicos cuando, para la determinación de la filiación, resulta indiferente que ésta sea biológica o adoptiva. Es más, tampoco se explica que se ponga en una peor situación de partida a los progenitores adoptantes respecto de la sus-

■ PROBLEMAS Y RETOS PENDIENTES EN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS...

pensión por adopción. Si el hijo adoptado debe permanecer ingresado tras la adopción, sus padres deberán emplear tiempo de suspensión, mientras que, si el hijo biológico necesita ser ingresado en el hospital tras el parto, los progenitores quedan cubiertos por este permiso. La omisión creo que raya en la inconstitucionalidad, por ello, me inclino por proponer que este permiso para el cuidado del neonato se extienda también a los hijos adoptados, si bien para no transmutar su finalidad, limitando la edad del menor, pues se trata de un permiso que deriva de un hecho muy concreto: la prestación de servicios hospitalarios a un menor de cortísima edad¹¹.

Otro olvido del legislador, aunque creo que es menor, es el que acontece con las parejas de hecho. Tras el Real Decreto 5/2023, varios derechos de conciliación contemplan a la pareja de hecho como sujeto causante¹². No obstante, nada se dice sobre si la misma debe estar registrada o no. A mi modo de ver, esta omisión se puede solventar a través de la interpretación, comparando el texto de los preceptos que mencionan simplemente a la pareja de hecho sin calificativo alguno, con el correspondiente al permiso por matrimonio. En él, se alude a la pareja de hecho registrada, de tal modo que únicamente la inscripción en un registro público es lo que determinará la concesión del período de disfrute de quince días. En el resto, la omisión al registro determinará, en mi opinión, que sea indiferente que la pareja de hecho esté inscrita o no como tal. Y ello es del todo punto lógico si se piensa, porque idénticas necesidades de acompañamiento e idénticos impedimentos psicológicos de continuar prestando servicios pueden padecer tanto quienes consten inscritos como quienes no lo estén.

Por lo que atañe ahora al permiso para la realización de exámenes prenatales y de técnicas de preparación al parto, la norma no indica (de nuevo, otra laguna) quiénes son sus titulares, más allá, es cierto, del hecho de que, como permiso incluido en el artículo 37.3 ET, se reconoce a las personas trabajadoras y ello pudiera hacer pensar que titulares de esta licencia son tanto mujeres como hombres. Con todo, si atendemos al contexto europeo, hay que convenir que, respecto del permiso para acudir a exámenes prenatales, sus titulares sólo pueden ser las madres gestantes. En efecto, el artículo 9 Directiva 92/85/CE prevé que las titulares de este derecho son «las trabajadoras embarazadas»¹³;

¹¹ Ya apostaba por ello VIQUEIRA PÉREZ, C.: «Algunas deficiencias en la regulación de..., *op. cit.*

¹² No así el derecho recogido en el artículo 40.3 ET sobre el traslado de los cónyuges. No hubiera estado de más que el legislador se hubiera acordado aquí también de las parejas de hecho y hubiera pensado en solventar la laguna que se aprecia en este precepto.

¹³ Señala el precepto que «los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para que las trabajadoras embarazadas a que se refiere la letra a) del artículo 2 disfruten, de conformidad con las legislacio-

norma que fue transpuesta al ordenamiento interno por el artículo 26.5 LPRL que mantiene el carácter sexuado del derecho¹⁴. La letra f) del artículo 37.3 ET lo reconoce, sin embargo y como se ha dicho, a las personas trabajadoras sin hacer distinción entre uno u otro sexo. Con todo, esta última imprecisión en el precepto estatutario no puede obviar el hecho de que el permiso se ancla a una norma europea que lo atribuye de forma exclusiva a las trabajadoras gestantes. Por lo tanto, siendo ello así y toda vez que sólo las gestantes pueden someterse a exámenes prenatales, creo que la titularidad femenina de este derecho está fuera de toda duda y otra cosa sería que quien legisla reformara el artículo 37.3.f) ET para integrar al otro progenitor en este permiso y permitir que acompañe a la madre biológica en los exámenes prenatales. De hecho, hasta sería lo conveniente para involucrar desde el principio al padre en el cuidado del niño que está por nacer.

Por contraposición, ninguna norma europea indica que el permiso para realizar técnicas de preparación al parto sea de titularidad exclusiva de la madre gestante. No hay habilitación normativa alguna que induzca a pensar que esta licencia tenga idéntico carácter sexuado que la anterior para el supuesto de realización de exámenes prenatales. Es más, en alguna sentencia se ha considerado que no otorgar este derecho al otro progenitor supondría incurrir en una discriminación prohibida tomando como base la STJUE de 30 de septiembre de 2010 (Caso Roca Álvarez)¹⁵. Por lo tanto, si ninguna base jurídica europea existe para negar esta licencia al otro progenitor, creo que lo más conveniente es considerar procedente la atribución a aquél de la licencia para acudir a técnicas de preparación al parto. Máxime si se piensa que, en el caso de la adopción, ambos progenitores, porque no podría entenderse de otro modo, estarán asistidos de un permiso que, salvando las distancias, se puede equiparar al discutido: el que corresponde para asistir «a las sesiones de información y preparación y para la realización de los preceptivos informes psicológicos y sociales previos a la declaración de idoneidad».

Debería, igualmente, concretarse –y esto ya se comentó– cuándo, en qué momento temporal, debe ofrecerse un plan alternativo en el disfrute simultáneo de ciertos derechos de conciliación por trabajadores de la misma empresa y a causa de un mismo sujeto que necesita cuidados. Y, especialmente en el

nes y/o prácticas nacionales, de un permiso sin pérdida de remuneración para realizar los exámenes prenatales en caso de que dichos exámenes tengan lugar durante el horario de trabajo».

¹⁴ Dispone el artículo que «las trabajadoras embarazadas tendrán derecho a ausentarse del trabajo, con derecho a remuneración, para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto, previo aviso al empresario y justificación de la necesidad de su realización dentro de la jornada de trabajo».

¹⁵ STSJ Galicia, de 7 de noviembre de 2023 (Rec. n.º 4144/2023).

permiso parental, hasta qué momento se puede aplazar la concesión del permiso en supuestos como el anteriormente descrito u otros que pudieran alterar seriamente el funcionamiento de la entidad para que se entienda que el plazo es el «razonable». Evidentemente, éstas son cuestiones que pueden dilucidarse en sede judicial, pero no habría estado de más que quien legisla hubiera establecido un período de tiempo –expresado en días o, a lo sumo, en unas pocas semanas– para ofrecer ese plan alternativo o para aplazar, en su caso, el disfrute del permiso parental.

Fijando la atención ahora en las excedencias, en concreto, en su duración, es completamente inentendible que aún, hoy por hoy, no se haya tomado la determinación legislativa de equiparar ambos lapsos temporales, pues las mismas necesidades conciliatorias se tienen tanto cuando se ejerce la excedencia por cuidado de hijos como cuando se ejerce la de cuidado de familiares. Además, el hecho de que en la excedencia por cuidado de familiares se contemple que la negociación colectiva pueda establecer una duración mayor de dos años, arroja una serie de dudas al respecto: ¿esa duración mayor puede ser establecida sin límite alguno por los negociadores sociales o deben, por ejemplo, limitarse a, si acaso, ampliarla un año más para equipararla a la duración de la excedencia por cuidado de hijos? Y si la duración se amplía convencionalmente, ¿los derechos que lleva aparejados legalmente esta excedencia han de prologarse durante todo el periodo de más o eso queda a la voluntad, de nuevo, de los negociadores sociales? Al límite, ¿por qué se contempla esta previsión cuando se regula la excedencia por cuidado de familiares y no cuando se regula la excedencia por cuidado de hijos? ¿Acaso porque es algo inocuo por cuanto es comúnmente admitido que la duración de ambas excedencias (y, por extensión, su régimen jurídico) conforman un suelo mínimo que el convenio puede mejorar?

Ciertamente, parece lógico responder negativamente a la primera pregunta. El convenio no tendría por qué limitarse a conceder simplemente un año más, pudiendo negociarse la prolongación del modo en que se estimara conveniente en tanto que no existe legalmente una previsión en este punto restrictiva o limitativa alguna. En cuanto a la segunda pregunta, parece claro, a mi modo de ver, que el convenio no debería entrar en la regulación de los derechos que legalmente se confieren (a menos, desde luego, que los mejorara), puesto que la habilitación legal se refiere sólo a la duración de la excedencia, no a su estructura o configuración a nivel de garantías. Por lo que atañe a la tercera pregunta, no encuentra lógica respuesta más allá de la indicada. Lo que es tanto como decir que o bien el legislador acomete una reforma del precepto que concrete las posibilidades regulatorias del convenio por lo que se refiere a la

excedencia por cuidado de familiares o bien, simple y llanamente, elimina la frase «salvo que se establezca una duración mayor por negociación colectiva» en tanto que nada aporta por superflua.

También se detecta otra disfunción en la excedencia por cuidado de hijos que tampoco ha sido corregida hasta el momento. Porque, si se fija, este derecho nunca podrá ejercitarse, como indica la norma estatutaria, desde el nacimiento del hijo o desde la resolución judicial o administrativa que constituya la adopción o el acogimiento, pues el previo disfrute de la suspensión por nacimiento de hijo o por adopción lo impediría. Piénsese que, si las seis semanas posteriores al parto o a la mencionada resolución deben disfrutarse obligatoriamente por ambos progenitores, es más que evidente que, en ese momento, éstos no pueden hacer uso de la excedencia prevista en el artículo 46.3 ET y ello aunque, muy discutiblemente, ya se esté devengando el derecho para concluir, en el caso de los hijos biológicos, a los tres años de vida del menor. La problemática se acentúa si tenemos en cuenta que, desde la reformulación de la suspensión por nacimiento de hijo realizada por el Real Decreto 6/2019, los progenitores, sean biológicos o adoptantes o acogedores, pueden decidir que el disfrute de las diez semanas restantes se realice en períodos semanales acumulados o interrumpidos hasta que el menor cumpla los doce meses si es biológico o, en caso contrario, dentro de los doce meses siguientes a la resolución judicial o administrativa por la que se constituya la adopción o el acogimiento. Resulta meridiano entonces que, si los progenitores toman esta decisión, la duración de la excedencia por cuidado de hijos disminuye de modo considerable, de tres años sobre el papel a dos en la práctica, y esto es algo que razonablemente, si quiera sea por la debida coherencia interna entre los preceptos de una misma norma, resulta reprochable.

Por lo demás, una última cuestión, una última omisión legal. Debería replantearse quien legisla la situación en la que quedan las familias que deben acogerse a la reducción de jornada por cuidado de menor afectado por cáncer u otra enfermedad grave si uno de los progenitores es una persona con ciertas patologías que le impiden tanto prestar servicios como cuidar del menor. Recuérdese que el artículo 190 LGSS dispone que, para tener derecho a la prestación, ambos progenitores deben trabajar. La construcción normativa presupone que, de no trabajar uno de ellos, el mismo dispone del tiempo preciso para cuidar y atender directa y personalmente al menor, siendo innecesario que el progenitor ocupado reduzca su jornada a ese mismo fin. Esta previsión, sin embargo, se ha visto posteriormente modificada en sede legal, dando entrada, el mismo precepto apuntado, a la realidad de las familias monoparentales, esto es, excepcionando la norma cuando exista un único progenitor en el caso de las familias monoparentales, en cuyo caso

deberá acreditar que «se encuentra afiliado y en alta en algún régimen público de Seguridad Social» (artículo 4.2 Real Decreto 1148/2011). De igual modo, el artículo 191 LGSS flexibiliza aún más este requisito al disponer que «en los supuestos de nulidad, separación, divorcio o extinción de la pareja de hecho constituida en los términos del artículo 221, así como cuando se acredite ser víctima de violencia de género, el derecho se reconocerá a favor del progenitor, guardador o acogedor que conviva con la persona enferma, aunque el otro no trabaje, siempre que se cumplan el resto de los requisitos exigidos». Por su parte, el artículo 4.2 Real Decreto 1148/2011 apunta que, aunque ambas personas progenitoras deben «acreditar que se encuentran afiliadas y en situación de alta en algún régimen público de Seguridad Social», bastará con que sólo una de ellas los acredite si la otra «en razón del ejercicio de su actividad profesional, está incorporada obligatoriamente a la mutualidad de previsión social establecida por el correspondiente colegio profesional». Es más, el mismo precepto señala también que «el requisito de estar afiliado y en alta se entenderá cumplido en aquellos supuestos en que la persona progenitora, guardadora o acogedora del menor, que no es beneficiaria de la prestación, tenga suscrito un convenio especial en el sistema de la Seguridad Social por realizar su actividad laboral en un país con el que no exista instrumento internacional de Seguridad Social».

Ahora bien, la lógica del constructo («que ambos trabajen») y de sus excepciones se difumina cuando se plantea el supuesto de la existencia de dos progenitores, pero uno de ellos presenta una patología o cierta disfuncionalidad que le impide tanto trabajar como cuidar de forma directa, continua y permanente del menor. En este caso, puede pensarse que cuando exista una sola persona en condiciones de atender al menor por imposibilidad física del otro progenitor resulta necesario acomodar las genéricas previsiones; pero, por lo pronto, con las normas en la mano, es de reconocer que la prestación no podrá ser reconocida, a salvo de que en sede judicial se realice una interpretación integradora y humanista de la omisión legal, como en otras ocasiones se ha hecho¹⁶. Por ello y para evitar distinguir entre necesidades de cuidado de

¹⁶ En este sentido, STSJ Castilla y León, Burgos, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 18 de marzo de 2024 (Rec. n.º 121/2023). De hecho, resulta que, por vía judicial, se han llegado a flexibilizar otros requisitos de la norma legal. Un ejemplo es la STS de 3 de diciembre de 2024 (Rec. n.º 1524/2022), que ha modalizado el requisito del ingreso hospitalario de larga duración para incluir también los supuestos en los que se recibe tratamiento médico continuado de carácter ambulatorio en un centro de día y en el domicilio. Así, la sentencia señala que cabe el reconocimiento de la prestación ligada a esta reducción de jornada también en casos como el descrito, pues «la asistencia sanitaria tan intensa, directa y continua del menor en los centros de día es equiparable a la situación de ingreso hospitalario de larga duración, por cuanto igualmente se trata de cuidados médicos ineludibles para el tratamiento de la enfermedad que se prolongan de manera indefinida en el tiempo». Y ello, añade la sentencia, «con la particularidad añadida de que el ingreso hospitalario permite que el menor disponga de la ayuda y asistencia del personal sanitario

primera y de segunda categoría que podrían rayar en la inconstitucionalidad, creo que quien legisla debería reformar también los preceptos correspondientes, el artículo 37.6 ET y los artículos 190 y 191 LGSS, para incluir la incapacidad física para el trabajo y para el cuidado de uno de los progenitores o, incluso, su situación de dependencia, en un supuesto que excepcione la regla general de que ambos trabajen. Al fin y al cabo, la situación, en estos casos, de los progenitores y de su descendencia podría asemejarse, salvando las distancias, a la propia de la familia monoparental, al sólo existir un progenitor que pueda proporcionar los correspondientes cuidados al menor¹⁷. A mi modo de ver, pues, la conciliación de la vida familiar y laboral no debería verse limitada –ni vulnerado, por ende, el artículo 39 CE– si concurre el presupuesto de hecho básico (un menor que necesita de un cuidado específico y permanente) únicamente porque un progenitor no pueda contar con la ayuda del otro al padecer éste una merma física, unas dolencias, que le impidan trabajar y atender a la específica necesidad de cuidado.

rio del centro durante las veinticuatro horas del día, en lo que supone de cierto alivio y menores requerimientos para la madre que solicita la prestación y se ve auxiliada por esos profesionales en los cuidados que el menor requiere. A diferencia de lo que sucede cuando esa asistencia hospitalaria se presta de manera ambulatoria en centros de día, en los que tan solo pasa unas horas para recibir la terapia mientras que el resto de la jornada diaria están bajo los cuidados exclusivos de sus progenitores, que, en casos como el de autos, han debido además acompañarlos igualmente al centro de día durante el desarrollo de la terapia en atención a la edad del menor que hace imprescindible su presencia, debiendo en todo caso organizar y participar en su traslado a los distintos centros». Es ésta una interpretación del requisito legal que, sin lugar a dudas, amplía las situaciones protegidas y resulta acorde con la realidad de muchas familias en las que el menor el cuidado en casa o un centro de día. Por ello, en una futura reforma del precepto legal, debería incluirse en el redactado del artículo 37.6 ET y del artículo 190 LGSS la matización que realiza la sentencia citada a fin de complementar el régimen jurídico del derecho a la reducción

¹⁷ De hecho, recuérdese que, en la norma autonómica valenciana de familias monoparentales, este supuesto se incardinaría dentro del concepto de situación asimilada a la monoparentalidad.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUSTÍ MARAGALL, J., «El carácter diario de la reducción de jornada por guarda legal. Razones para una interpretación alternativa y constitucional del artículo 37.5 ET», *IusLabor*, n.º 2, 2014.
- ARAGÓN GÓMEZ, C., «El permiso por lactancia acumulada de ¿28 días de duración?», *El Foro de Labos*, de 22 de diciembre de 2023.
- BALLESTER PASTOR, I., «La reformulación de los contratos temporales causales: avances, inercias y nuevos peligros», *Revista Crítica de Relaciones Laborales, Laborum*, n.º 2, 2022.
- BALLESTER PASTOR, M.ª A., «De cómo la reforma operada por el Real Decreto-ley 3/2012 ha degradado el derecho fundamental a la conciliación de responsabilidades», *Revista de Derecho Social*, n.º 57, 2012.
- «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*, n.º 11, 2019.
- «El Real Decreto-ley 6/2019 para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación: Dios y el diablo en la tierra del sol», *Temas Laborales*, n.º 146, 2019.
- «La flexibilidad en la gestión del tiempo de trabajo jornada y distribución del tiempo de trabajo», *Revista de Derecho Social*, n.º 62, 2013.
- «La conciliación de responsabilidades: estado de la cuestión a la luz de la propuesta de Directiva de la Comisión Europea de 26 de abril de 2017», *La Harremanak*, n.º 38, 2017-II.
- BARCELÓN COBEDO, S., «Adaptación de jornada, reducciones y permisos en materia de conciliación en el Real Decreto-ley 5/2023», *Temas Laborales*, n.º 171, 2024.
- BLASCO JOVER, C., «El Tribunal Supremo sentencia que 1+0 no es igual a 2: se zanja el debate en torno al reconocimiento doble de la prestación por nacimiento y cuidado del menor en familias monoparentales». *Brief de la AEDTSS*, n.º 23, 2023.

■ PROBLEMAS Y RETOS PENDIENTES EN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS...

- BLASCO JOVER, C., «La necesidad de adaptar ciertos derechos personales y familiares a parejas de hecho y núcleos monoparentales», *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, n.º 451, 2020.
- CABEZA PEREIRO, J., «La Directiva de conciliación de la vida familiar y laboral», *Revista de Derecho Social*, n.º 92, 2020.
- «Reducción de jornada: a vueltas con la discriminación sexista con ocasión de dos nuevos pronunciamientos del Tribunal Constitucional», *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado*, n.º 4, 2021.
- CASAS BAAMONDE, M.ª E., «Distribución irregular de la jornada, flexibilidad del tiempo de trabajo y tiempo de vida personal y familiar», *Revista Jurídica de la Universidad de León*, n.º 4, 2017.
- CASTRO ARGÜELLES, M.ª A., «Conciliación de la vida familiar y laboral de progenitores y cuidadores: la transposición de la Directiva (UE) 2019/1158 por el Real Decreto-ley 5/2023», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 271, 2024.
- CAVAS MARTÍNEZ, F.: *La perspectiva de género como canon de enjuiciamiento en la jurisprudencia social*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021.
- COBREROS MENDAZONA, E., «Discriminación por indiferenciación: estudio y propuesta», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 81, 2007.
- DÍAZ MORDILLO, M.ª A., «¿Es posible hablar de corresponsabilidad en el supuesto de fallecimiento prematuro del hijo? La equiparación de los permisos por nacimiento y cuidado del menor», *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, n.º 482, 2024.
- FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, S., «La adaptación de las condiciones de trabajo por motivos de conciliación ex artículo 34.8 ET: un análisis crítico a la luz del Real Decreto-ley 5/2023 y de los últimos pronunciamientos judiciales», *IusLabor*, n.º 2/2024.
- FERNÁNDEZ-CREHUET SANTOS, J. M.ª, «El mercado laboral español y la conciliación de la vida profesional, familiar y personal: necesidad de un cambio de modelo económico, social y cultural», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, n.º 133, 2017.
- GASCÍA TESTAL, E., «Conciliación entre la vida profesional y la vida familiar: un análisis de la no discriminación, la corresponsabilidad y la flexibilidad como elementos para la igualdad laboral de las mujeres en la Directiva (UE) 2019/1158 y en su transposición al ordenamiento español», *La Harremanak*, n.º 51, 2024.
- GOERLICH PESET, J.M.ª (Dir.): *Derecho del Trabajo*, 12.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2024.
- GORELLI HERNÁNDEZ, J., «La conciliación desde la perspectiva del tiempo de trabajo en España: son malos tiempos para conciliar», *Revista de la Facultad de Derecho de México*, n.º 273, 2019.
- «La nueva regulación de la adaptación de jornada: de la melancolía a una esperanza contenida», *Derecho de las relaciones laborales*, n.º 2, 2020.

- IGARTÚA MIRÓ, M.ª T., «Novedades en la adaptación de jornada por conciliación tras el Real Decreto-ley 5/2023: algunos avances hacia una flexibilidad más equilibrada», *Revista Derecho Social y Empresa*, n.º 19, 2023.
- IGLESIAS DE USSEL, J.: *La familia y el cambio político en España*, Tecnos, Madrid, 1998.
- LAHERA FORTEZA, J., «Ejercicio y cómputo de los permisos retribuidos. Comentario a las sentencias del Tribunal Supremo 229/2020 y 257/2020, de 11 y 17 de marzo», *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, n.º 448, 2020.
- «Organización flexible del tiempo de trabajo y conciliación familiar», *Documentación Laboral*, n.º 100, 2014.
- LÓPEZ BALAGUER, M., «El impacto de las tareas de cuidado en la relación laboral: la adaptación del tiempo y la forma de la prestación», *Lan Harremanak*, n.º 52, 2024.
- «El renovado derecho de adaptación de la jornada y la forma de la prestación», AA.VV.: *Los nuevos derechos de conciliación y corresponsabilidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024.
- LÓPEZ RODRÍGUEZ, J., «La suspensión del contrato de trabajo por nacimiento: ¿hacia una efectiva corresponsabilidad?», *Lan Harremanak*, n.º 45, 2021.
- LÓPEZ TERRADA, E., «Corresponsabilidad y permisos parentales: la menor edad protegida por el ordenamiento español», Fernández Prieto, M. y Cabeza Pereiro, J. (Coords.): *Políticas de conciliación, permisos parentales y empleo*, Bomarzo, Albacete, 2012.
- LOUSADA AROCHENA, J.F., «Maternidad y conciliación en el trabajo por cuenta ajena tras el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo: una primera aproximación», *Revista de Derecho Social y de Empresa*, n.º 11, 2019.
- MANEIRO VÁZQUEZ, Y., *Cuidadores, igualdad y no discriminación y corresponsabilidad: la (r)evolución de los derechos de conciliación de la mano de la Directiva (UE) 2019/1158*, Bomarzo, Albacete, 2023.
- MARTÍNEZ MORENO, C., «¿Han dejado de ser los obstáculos a la conciliación familiar una discriminación por razón de sexo? A propósito de la sentencia del Pleno del TC sobre la protección por nacimiento y cuidado de hijos en familias monoparentales», *Brief de la AEDTSS*, n.º 105, 2024.
- «La adaptación de la jornada con fines de conciliación en el Real Decreto-ley 5/2023: ¿el progreso de un derecho aún incompleto?», *Revista de Derecho Social y Empresa*, n.º 19, 2023.
- MÉNENDEZ SEBASTIÁN, P., «Ofelia y el permiso parental español», *Brief de la AEDTSS*, n.º 26, 2024.
- MOLERO MARAÑÓN, M.ª L., «Los desafíos de una genuina conciliación de la vida profesional y familiar en la sociedad española del siglo XXI», *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, n.º extra 1, 2019 (Ejemplar dedicado a: Mujer en el futuro del trabajo).
- MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA, R., «Un paso más hacia la corresponsabilidad real: la suspensión del contrato de trabajo por nacimiento de hijo o hija, por adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento tras el Real Decreto-ley 6/2019», *Derecho social y de la empresa*, n.º 12, 2020.

■ PROBLEMAS Y RETOS PENDIENTES EN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS...

- MOLINA NAVARRETE, C., «Flexibilidad en la gestión del tiempo de trabajo y conciliación de la vida laboral y familiar: a propósito de la nueva regulación del empleo parcial», *Documentación Laboral*, n.º 100, 2014.
- «La enigmática “cláusula pasarela” y el “fantasma” permiso de lactancia acumulada de “28 días”: “¿gato por libre?”», *CEF Laboral Social*, enero de 2024.
- «Un nuevo paso atrás en la política jurídica de conciliación: el juez no debe minimizar sino garantizar el cambio legal», *Diario La Ley*, n.º 7057, 2008.
- MONEREO PÉREZ, J.L., RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. y RODRÍGUEZ Iniesta, G., «Conciliación laboral y familiar de los progenitores y los cuidadores en el Real Decreto-ley 5/2023: Panorámica general», *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo. Laborum*, n.º 9, 2023.
- MONTILLA MARTOS, J.A., «Principio de igualdad y Estado social. La discriminación positiva en la justicia europea y en la justicia constitucional española», AA.VV.: *El constitucionalismo en la crisis del Estado social*, Universidad del País Vasco, 1987.
- NOGUEIRA GUASTAVINO, M., «A vueltas con el derecho a cambio de turno por reducción de jornada por guarda legal: alcance y límites del reconocimiento de un ius variandi inverso», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 218, 2019.
- NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P., «Avances en corresponsabilidad y flexibilidad en el cuidado del lactante y la adaptación de la jornada por motivos familiares», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n.º 55, 2020.
- «La reducción de jornada por motivos familiares puntos críticos en la doctrina judicial», *Temas Laborales*, n.º 129, 2015.
- PRECIADO DOMENECH, C.H., «Conciliación vida familiar y laboral (modificación de jornada), Discriminación por razón de género», *Revista de Jurisprudencia Laboral*, n.º 7, 2021.
- QUÍLEZ MORENO, J.M.^a, «El permiso parental del artículo 48 bis del Estatuto de los Trabajadores: análisis interpretativo en torno a su finalidad de conciliación laboral y familiar», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n.º 69, 2024.
- RECIO ALCAIDE, A., CASTELLANOS SERRANO, C. y ANDRÉS JIMÉNEZ, J., «Cómo incide el nuevo diseño de los permisos de nacimiento en la corresponsabilidad: Un análisis con registros administrativos de la Seguridad Social de 2016 a 2023», *Papeles de trabajo del Instituto de Estudios Fiscales, Ministerio de Hacienda*, n.º 2, 2024.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., «Derecho de un empleado público a la retribución del permiso parental por cuidado de hijo menor de ocho años: Comentario a la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 1 de Barcelona 299/2024, de 28 de noviembre», *Revista De Trabajo y Seguridad Social. CEF*, n.º 485, 2025.
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E., «La “soberanía sobre el tiempo”: unilateralidad e imposición en la distribución del tiempo de trabajo frente a conciliación corresponsable», *Cuadernos de Relaciones Laborales*, n.º 40, 1, 2022.

- ROQUETA BUJ, R., *La flexibilidad interna tras la reforma laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., «Sobre la superposición de permisos a descansos o vacaciones. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de junio de 2020, asunto C-588/18», *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, n.º 451, 2020.
- SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., «Adaptación de la jornada laboral por circunstancias familiares: la familia como bien jurídico protegido», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 155, 201.
- «Adaptación de la jornada laboral y derecho de conciliación de la vida familiar y laboral. Factores de valoración en la ponderación judicial», *Revista de Jurisprudencia Laboral*, n.º 8, 2019.
- VALDEOLIVAS GARCÍA, Y., «El permiso y subsidio por razón de nacimiento y cuidado de menor en las familias monoparentales. Comentario a la STC 140/2024, de 6 de noviembre», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n.º 70, 2025.
- VELASCO PORTERO, M.ª T., «Permiso parental en caso de nacimiento de un hijo sin vida», *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, n.º 479, 2024.
- «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 de la Seguridad Social*, n.º 41, 2015.
- VIQUEIRA PÉREZ, C., «Algunas deficiencias en la regulación de los derechos de conciliación de la vida familiar, personal y laboral», *Revista de Jurisprudencia*, 2019.
- «El proceso en materia de derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral», AA.VV.: *El Proceso Laboral. Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- «Límites a la adaptación de jornada para la conciliación de la vida familiar (art. 34.8 ET)», *Revista de Jurisprudencia Laboral*, n.º 4, 2021.

Esta monografía aborda con detenimiento la extensa problemática que rodea el ejercicio de los derechos de conciliación. Un tema de estudio de sostenida y creciente actualidad en el Derecho del Trabajo porque los derechos de conciliación, después de la notable expansión que han experimentado en los últimos años, abarcan hoy derechos de muy distinta naturaleza y su aplicación es cada vez más compleja; porque son derechos que inciden en cuestiones perentorias en la vida del trabajador y afectan esencialmente a la organización empresarial; y porque, en fin, pueden comprometer la paz social de la empresa. El estudio ofrece un examen riguroso, concienzudo y documentado de tres problemáticas específicas: el reto de plasmar normativamente el objetivo de la corresponsabilidad; el siempre controvertido asunto del cómputo de los días de permiso; y la siempre compleja valoración de las necesidades organizativas y productivas que la empresa puede oponer al disfrute de estos derechos.

Sin eludir el plano dogmático y el análisis de fondo, el texto aborda todas estas cuestiones desde una perspectiva práctica y aplicativa en la que, tras analizar las normas en liza y las distintas propuestas interpretativas, la autora siempre toma posición y ofrece las correspondientes ideas de mejora. Resultado de esta labor de análisis y como colofón, el estudio se cierra con una propuesta de reordenación y redefinición de los derechos de conciliación, con el objetivo de convertir el desordenado grupo de derechos que ahora son en un conjunto sistematizado que los ordene, los racionalice y los clarifique, evitando así deficiencias y disfunciones que hoy por hoy lastran su efectividad y eficacia a nivel práctico.

Carolina Blasco Jover

Catedrática de Derecho del Trabajo de la Universidad de Alicante. Licenciada y Doctora cum laude en Derecho por la mencionada Universidad en 2009 y Premio Extraordinario de Doctorado en el año 2013. Desempeña desde 2003 su labor como docente impartiendo cursos de primer y segundo ciclo y de Master. Cuenta con cinco quinquenios docentes y dos sexenios de investigación. Es autora de numerosos trabajos doctrinales en el ámbito del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, entre artículos, capítulos de libros, monografías, comunicaciones y ponencias. Ha dirigido varios libros colectivos, ha sido directora de varios proyectos de investigación estatales, autonómicos y de carácter universitario y ha participado como miembro del equipo investigador en varios de ellos. Actualmente es directora del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Alicante.