

CONCILIACIÓN DE RESPONSABILIDADES DE PROGENITORES Y CUIDADORES E IGUALDAD DE OPORTUNIDADES EN LA DIRECTIVA (UE) 2019/1158

*WORK-LIFE BALANCE FOR PARENTS AND CARER
AND EQUAL OPPORTUNITIES IN THE DIRECTIVE (EU) 2019/1158*

MARTA FERNÁNDEZ PRIETO

*Prof^a. Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidade de Vigo*

A mi madre, por su renuncia al trabajo remunerado y su entrega al cuidado de su hogar y familia.

*A mi padre, por sus dobles –a veces triples– jornadas laborales,
como único sustentador económico y su ejemplar dedicación a su familia.*

Fecha de recepción: 17 de noviembre de 2019

Fecha de aceptación: 23 de diciembre de 2019

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. HACIA LA CONCILIACIÓN DE RESPONSABILIDADES CON PERSPECTIVA DE GÉNERO: CONTEXTO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN. 3. LOS DERECHOS INDIVIDUALES DE AUSENCIA. 3.1. El permiso de paternidad. 3.2. El permiso parental. 3.3. El permiso para cuidadores. 3.4. El permiso por fuerza mayor familiar. 4. FÓRMULAS DE TRABAJO FLEXIBLE. 5. LA TUTELA ANTIDISCRIMINATORIA POR CONCILIACIÓN.

RESUMEN: Se realiza un análisis crítico de la Directiva (UE) 2019/1158, de conciliación, sobre la base de la relevante doctrina elaborada en la materia por el TJUE y su futura interpretación. La Directiva introduce novedades significativas. Refuerza la vinculación

entre conciliación e igualdad de oportunidades de hombres y mujeres y la tutela antidiscriminatoria, establece derechos individualizados de ausencia del trabajo –permisos de paternidad, parentales y de cuidadores–, algunos retribuidos, y promueve la presencia en el trabajo mediante sistemas flexibles de organización del tiempo de trabajo. Los avances sustantivos son importantes para algunos Estados, pero insuficientes para otros. Lo que puede ser realmente transformador es que ofrece herramientas al TJUE para exigir su trasposición al Derecho interno en clave de género.

ABSTRACT: This paper presents a critical analysis of the Directive (EU) 2019/1158, on work–life balance, based on relevant judgments on this subject and its future interpretation by the CJEU. The Directive introduces some important new points. It reinforces the connection between work–life balance and equal opportunities by the ground of gender and the anti–discrimination protection, it provides for individual rights related to leave from work –paternity, parental and care leave–, some of them paid leave, and it promotes the worker’s presence through flexible working arrangements. Some Member States will make substantial progress, but it may be insufficient in other States. The truly innovative approach should be given by the CJEU. It may require Member States to apply their measures in a gendered interpretation to comply with the Directive.

PALABRAS CLAVE: Conciliación de responsabilidades, igualdad de género, permisos de ausencia, fórmulas de trabajo flexible.

KEY WORDS: Work–life balance, gender equality, leave from work, flexible working arrangements.

1. INTRODUCCIÓN

La Directiva (UE) 2019/1158¹, de conciliación de responsabilidades de progenitores y cuidadores, deroga, *ex art.* 19 y con efectos de 2 de agosto de 2022, la Directiva 2010/18/UE por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental². **Dos cambios, ciertamente sustanciales, se aprecian ya en el título de la nueva Directiva.** El primero, que su objeto no es aplicar un nuevo Acuerdo marco previo entre los interlocutores sociales, inexistente ante su falta de consenso, en esta ocasión, respecto de la necesidad de adoptar nuevas medidas legislativas, distintas de las previstas en el Acuerdo marco revisado, ni siquiera para entablar negociaciones y aprobar un nuevo convenio sobre el permiso parental³. Son las propias instituciones las que consideran necesario modernizar el marco jurídico vigente. Y el segundo, que el permiso parental representa solo una parte de los derechos individuales que, junto con los permisos de paternidad y para cuidadores y las fórmulas de trabajo flexible, recoge la nueva Directiva, para facilitar la conciliación de responsabilidades de progenitores y cuidadores.

La Directiva (UE) 2019/1158 entronca con el principio de “equilibrio entre vida profesional y vida privada”, que el pilar europeo de derechos sociales⁴ recoge en su capítulo

1 Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores.

2 La Directiva 2010/18/UE, del Consejo, por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental derogó, a su vez la Directiva 96/34/CE, relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental, primera norma derivada aprobada de conformidad con el art. 4.2 del Acuerdo de Política Social anexo al protocolo XIV del Tratado de Maastricht y la primera que se refería a condiciones de trabajo ajenas a las materias tradicionalmente competencia de la Comunidad. Véase CABEZA PEREIRO, “El contenido del Acuerdo Marco revisado sobre el permiso parental”, *Actualidad Laboral*, núm. 4, 2012, p. 1.

3 Sin perjuicio de la puesta en marcha por la Comisión de la consulta con los interlocutores sociales en dos etapas y de acuerdo con el art. 154 TFUE –sobre los retos relacionados con la conciliación de la vida familiar y la vida profesional y la necesidad de adoptar nuevas medidas legislativa– tal y como reconoce el considerando decimocuarto de la Directiva. En la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo –Bruselas, 26.4.2017, COM(2017) 253 final 2017/0085 (COD)– p. 9 se constata un acuerdo sobre los retos y el objetivo de incrementar la participación de las mujeres en el mercado laboral, si bien las organizaciones patronales, aunque defendían el desarrollo de servicios asistenciales formales, no consideraban necesario, frente a la posición de los sindicatos, introducir nuevas medidas legislativas en el ámbito de la UE.

4 Aprobado conjuntamente por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión el 17 de noviembre de 2017, durante la Cumbre social en favor del empleo justo y el crecimiento celebrada en Gotemburgo, Suecia.

II, bajo el título condiciones de trabajo justas⁵. En concreto, reconoce el derecho de los hombres y mujeres progenitores o con responsabilidades asistenciales “a los permisos adecuados, a unas condiciones de trabajo flexibles y a servicios de asistencia” en igualdad de acceso y exige que se les anime a utilizarlos de forma equilibrada.

Hasta la promulgación de la Directiva, **no se reconocía en el marco jurídico de la UE un permiso de paternidad, de titularidad del padre, de ninguna duración**, pese a su incidencia positiva, en términos de género, también por su mayor implicación en las responsabilidades de cuidado futuras⁶. Y ello frente permiso de maternidad remunerado de catorce semanas, dos obligatorias, que prevé la Directiva 92/85/CEE.

Tampoco se reconocía un permiso para cuidadores, distinto del permiso parental para padres y madres, por nacimiento o adopción de hijos, previsto en Acuerdo marco revisado. Ese permiso parental se configura en ese Acuerdo como un derecho individual de al menos cuatro meses, de los que uno debe ser intransferible, gozando el trabajador que lo solicita o lo disfruta de protección frente a un trato menos favorable y, en particular, frente al despido. No obstante, no se establece su definición, ni las condiciones de disfrute, ni se impone la obligación de retribuirlo, ni se concretan las modalidades de protección frente al trato desfavorable o al despido. Ese diseño y la libertad de los Estados miembros, que en su mayoría no prevén la retribución, ha obstaculizado el acceso al permiso de forma equitativa por ambos progenitores, de modo que principalmente lo disfrutaban mujeres, a las que, además, el otro progenitor transfiere una proporción considerable del permiso parental. De ahí la necesidad de introducir cambios sustanciales.

La Directiva incorpora también novedades relevantes en relación con las fórmulas de **trabajo flexible, el reconocimiento expreso de la discriminación por conciliación y la protección frente al despido**⁷. Y mantiene la protección de los derechos laborales del trabajador que ejercita derechos de conciliación, cuya reducción en caso de disfrute de

.....

5 Principio noveno del pilar europeo de derechos sociales. De igual modo, el principio segundo –incluido en el capítulo I, igualdad de oportunidades y de acceso al mercado de trabajo– reafirma el principio de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres en todos los ámbitos, también en lo que respecta a la participación en el mercado laboral, las condiciones de trabajo y de empleo y la carrera profesional.

6 Esta asunción de responsabilidades supone para las mujeres una correlativa reducción de los cuidados familiares no remunerados y mayor disponibilidad para el empleo remunerado.

7 La STJUE de 20 de junio de 2013 (asunto Nadežda Riežniece, C-7/12) había ya declarado contraria a las Directivas de igualdad y de permisos parentales tanto la evaluación de una trabajadora durante el disfrute de un permiso parental, en el marco de una amortización de puestos de trabajo debido a dificultades económicas, sobre la base de principios y criterios que la colocaban en una posición desfavorable con respecto a los trabajadores que no se habían acogido a tal permiso, como el traslado de la trabajadora a otro puesto de trabajo, al término de su permiso parental y como consecuencia de aquella evaluación, y su despido debido a la amortización de ese nuevo puesto, en la medida en que el empleador no se encontrara ante la imposibilidad de reincorporarla a su anterior puesto de trabajo o si el trabajo que se le había atribuido no era equivalente o similar y conforme a su contrato o a su relación laboral. En particular, por el hecho de que, en el momento del traslado, el empleador estaba informado de que el nuevo puesto de trabajo estaba destinado a ser amortizado.

un permiso parental podría disuadir al trabajador de tomar dicho permiso, en términos similares a los previstos en el Acuerdo marco y en consonancia con la doctrina del TJUE⁸.

Los Estados miembros deben proceder a la trasposición de la Directiva a sus ordenamientos internos no más tarde del 2 de agosto de 2022, aunque se prevé una *vacatio* de trasposición más amplia, hasta el 2 de agosto de 2024, para la incorporación de la remuneración o prestación económica de una parte del permiso parental. A los efectos de la trasposición de la regulación de los permisos de paternidad, parental y para cuidados previstos en la Directiva y del cumplimiento de los requisitos mínimos asociados a los mismos, dada la diversidad de modelos existentes entre los Estados miembros, no se les exige a estos que modifiquen la denominación o los tipos de permisos familiares previstos en sus ordenamientos internos. Los Estados miembros pueden tener en cuenta todo tipo de ausencia del trabajo relacionada con la familia, incluso permisos de maternidad⁹.

Precisamente, esa diversidad de modelos ha impedido que, en la práctica, se haya podido avanzar todo lo que habría sido materialmente deseable en la configuración de los permisos o en la protección de necesidades específicas de los progenitores en situaciones de mayor fragilidad¹⁰. **El contenido de la Directiva puede parecer excesivamente laxo o poco exigente en algunos extremos, pero permite una interpretación en clave de género transformadora.** En efecto, **la Directiva (UE) 2019/1158 ha perdido la oportunidad de unificar el marco normativo de la conciliación con una perspectiva de género comprometida** y de reconfigurar los permisos de maternidad, paternidad, parental y para cuidadores, a fin de impulsar un disfrute equilibrado efectivo de permisos individuales e intransferibles y del acceso y promoción en el trabajo remunerado¹¹. **Pero ofrece herramientas al TJUE para exigir su incorporación al Derecho interno con perspectiva de género.**

.....

8 Véanse, entre otras, las SSTJUE de 22 de octubre de 2009 y 8 de mayo de 2019 (asunto Christel Meerts, C-116/08, en relación con la indemnización por despido a pagar a un trabajador con reducción de jornada y remuneración reducida por causa de conciliación, y asunto RE y Praxair MRC, C-486/18, que ha incluido, recientemente, junto con la indemnización por despido, el cálculo del subsidio por permiso de recolocación) y de 22 de abril de 2010 (asunto Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols, C-486/08, respecto del mantenimiento de las vacaciones anuales retribuidas devengadas y no disfrutadas durante el año anterior al nacimiento del hijo, una vez finalizado el derecho al permiso parental de dos años).

9 En particular, los permisos de maternidad, paternidad, parental o para cuidadores ya previstos en su Derecho interno, que superen los estándares mínimos previstos en la propia Directiva o en la Directiva 92/85/CEE y permitan cumplir los requisitos mínimos exigidos para todos los permisos. Con todo, se exige que no se reduzca el nivel general de protección garantizado a los trabajadores en los ámbitos cubiertos por dichas Directivas.

10 En efecto, sin perjuicio de la trasposición que puedan hacer los Estados miembros, no existen previsiones para proteger las necesidades específicas de familias monoparentales, nacimientos múltiples o prematuros, progenitores con discapacidad o con hijos con discapacidad o enfermedades graves o crónicas...-, más allá de la evaluación que se requiere de algunas de estas situaciones en el art. 5.8 o que deban ser valoradas por el empleador, ante la solicitud de formas flexibles de trabajo.

11 Y ello pese a que la Comisión anunció su intención de preparar la propuesta de nueva Directiva con un planteamiento más amplio, tras la retirada de la propuesta de revisar la Directiva 92/85/CEE, sobre el permiso de maternidad.

2. HACIA LA CONCILIACIÓN DE RESPONSABILIDADES CON PERSPECTIVA DE GÉNERO: CONTEXTO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN

En este momento de tránsito entre las dos Directivas, parece oportuno examinar con una perspectiva crítica las novedades que incorpora la nueva norma. Y ello exige, con carácter previo, repasar el contexto que justifica el cambio, que requiere analizar las políticas de conciliación con perspectiva de género y conectadas a las políticas de empleo, sin olvidar la necesidad de incidir también en políticas de servicios públicos de cuidado e incluso de políticas de natalidad, dejadas, no obstante, al margen en la Directiva¹². Contexto que sitúa la conciliación *extra muros* del ámbito propiamente familiar para atribuirle una dimensión social que exige la implicación de todos.

No en vano, y más allá de las múltiples referencias al principio de igualdad de género y a los estereotipos, contenidas en varios considerandos del Preámbulo¹³, el primer párrafo del art. 1, al delimitar el ámbito de la Directiva, señala expresamente que su objeto es establecer “requisitos mínimos destinados a lograr la igualdad entre hombres y mujeres por lo que respecta a las oportunidades en el mercado laboral y al trato en el trabajo” facilitando la conciliación de responsabilidades a los trabajadores que sean progenitores o cuidadores. En concreto, según el propio artículo, mediante derechos individuales relacionados con permisos de ausencia (los permisos de paternidad, parental y para cuidadores, a los que debe añadirse el de fuerza mayor) y fórmulas de trabajo flexible. Parece, pues, que **el objeto de la Directiva es más que la conciliación propiamente dicha, la consecución de la igualdad a través de una individualización de los derechos de conciliación y fórmulas de trabajo flexible**, para lograr una distribución equilibrada de la titularidad de los derechos. La exigencia de unos requisitos mínimos en los derechos individuales de conciliación es el medio para la consecución de la igualdad. Requisitos mínimos que pueden ser superados por los Estados miembros, y que, además, no puede justificar, más allá de la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, la reducción del nivel de protección de que gozan ya los trabajadores, en los términos que fija el art. 16.

Las políticas de conciliación llamadas de nueva generación exigen, en efecto, avanzar en la consecución de una igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, al margen de estereotipos sexistas y con un **reparto intrafamiliar más equitativo y equilibrado** de las tareas domésticas y de cuidados, para poder **atender tam-**

.....

12 Salvo la alusión que se hace en el considerando duodécimo de la Exposición de motivos a la oferta de servicios de guardería y de cuidados de larga duración accesibles y asequible y otras medidas adecuadas, fundamentales para permitir la conciliación a progenitores y cuidadores dentro del mercado laboral.

13 Muy en particular, los considerandos primero, segundo, sexto, octavo, noveno, undécimo, decimosexto, cuatragésimo quinto, quincuagésimo segundo.

bién un **trabajo remunerado, con similar dedicación**. Un enfoque que debe contribuir a minorar la brecha laboral de género existente en el mercado de trabajo, especialmente elevada por la infrarrepresentación en el empleo de mujeres con mayores responsabilidades de cuidados, bien por su condición de madres con hijos de corta edad, o por su rol de cuidadoras de familiares mayores o dependientes. Distantes quedan, en su configuración ideológica, las políticas de conciliación llamadas de primera generación, concebidas para permitir a la mujer trabajadora compatibilizar sus responsabilidades familiares con su actividad laboral, sin perder su rol tradicional como cuidadora en exclusiva del hogar, lo que dificultaba o incluso paralizaba su carrera profesional¹⁴.

Con todo, los avances en políticas de conciliación son lentos y **la distancia ideológica y temporal entre las políticas de primera y segunda generación no ha impedido que la brecha laboral entre las tasas de empleo femenina y masculina siga siendo una característica inherente al mercado laboral actual**, especialmente persistente cuando se analiza la tasa media de mujeres con hijos pequeños o con responsabilidades familiares¹⁵, sin que las perspectivas de futuro sean más halagüeñas, si no se actúa incisivamente para garantizar un equilibrio real en la conciliación de responsabilidades entre hombres y mujeres¹⁶.

Ante esta realidad, parecen precisas políticas adecuadas y firmes de conciliación, capaces de revertir la situación, de proteger la carrera profesional de las mujeres y de mejorar, en definitiva, el empleo femenino cuantitativa y cualitativamente. Las medidas de conciliación son herramientas imprescindibles para la incorporación de mujeres al mercado de trabajo, pero **su implementación debe garantizar una corresponsabilidad real para hacer efectiva la igualdad de hombres y mujeres en el mercado de trabajo**.

.....

14 Políticas que, al convertir la conciliación en un problema, fundamentalmente, de la mujer trabajadora, facilitaban su apartamiento prolongado de la relación laboral y la asunción por la mujer de dobles jornadas, laboral y familiar, con la renuncia inherente a su promoción profesional y una mayor propensión a la precariedad laboral, con discriminación salarial y altas tasas de parcialidad y temporalidad. Los hombres, en cambio, mantenían su rol de principales, muchas veces únicos, sustentadores económicos de la familia, centrados en el trabajo productivo y en su promoción profesional y desvinculados, frecuentemente, de la atención del hogar y del cuidado de la familia, por la realización de prolongadas jornadas laborales.

15 Numerosos estudios estadísticos coinciden al afirmar que el impacto de los hijos en la participación en el mercado laboral es muy diferente para las mujeres, a quienes supone un entorpecimiento de su carrera profesional, y para los varones, para quienes lejos de representar un factor de conflicto con su progresión profesional, incluso la favorece, en su rol tradicional de sustentador económico de la familia. Las mujeres, cuanto son madres o cuidadoras, se ven obligadas a trabajar menos horas en empleos retribuidos y a atender, durante más tiempo, responsabilidades de cuidado, o incluso a abandonar por completo el mercado de trabajo. Y la disminución de ingresos que la situación comporta es compensada con horarios y calendarios laborales ampliados y una mayor implicación en el trabajo del varón, que, a su vez, comporta una menor atención de sus responsabilidades de progenitor o cuidador. Y ello pese a que la tasa de mujeres que se gradúan actualmente supera a la de los hombres.

16 Este contexto, agravado notoriamente por el desequilibrio en el diseño de permisos de conciliación y ausencias o interrupciones de las carreras profesionales de hombres y mujeres y, en definitiva, por su diferente grado de corresponsabilidad –por prejuicios de género pero también por condicionantes económicos, como señala CABEZA PEREIRO, J., “Las políticas de conciliación al servicio de la igualdad entre mujeres y hombres”, en VV.AA. *Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad entre sexos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 81 ss.–, contribuye, sin duda, de manera sustancial a incrementar los estereotipos y la brecha salarial de género y, a más largo plazo, a la brecha en materia de pensiones y al mayor riesgo de pobreza y exclusión social para las mujeres, en especial de edad avanzada. Véase Propuesta de Directiva cit. p. 1 s.

Ello implica, en primer lugar, en materia de conciliación, **un equilibrio en el diseño y titularidad de permisos y ausencias del trabajo para hombres y mujeres**, para que unos y otros asuman la misma cantidad de responsabilidades familiares¹⁷, sin posibilidad de transferencia o, cuando menos, con cuotas de reserva e incentivos, incluso en su duración, para su disfrute equilibrado¹⁸.

En segundo lugar, para sortear los elevados costes de desprofesionalización que comportan las ausencias prolongadas de la relación laboral, **se debe reforzar el uso de** fórmulas de trabajo flexible, con posibilidad de adaptaciones en la ordenación, distribución o duración del tiempo de trabajo o en la forma de prestación¹⁹. Mayores dudas pueden provocar otras medidas, como el trabajo a tiempo parcial de mujeres en sectores poco cualificados y remunerados, que produce un impacto inverso en el empleo de calidad –nivel de salario, perspectivas de promoción, futuras pensiones...–.

Con la misma finalidad de potenciar la permanencia en el mercado laboral de las personas trabajadoras con responsabilidades de cuidado y remover obstáculos que dificulten la igualdad real, es necesario, en tercer lugar, dotar de un adecuado entramado de servicios públicos asequibles y de calidad para el cuidado de menores y de mayores o dependientes en general –principalmente de guarderías y residencias geriátricas²⁰–.

.....

17 No está de más recordar, en este sentido, el análisis de la titularidad de los permisos parentales de cuidado de hijos en perspectiva de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el empleo y corresponsabilidad, que introduce ya el TJUE en el año 2010, en relación al permiso de lactancia, en el asunto Roca Álvarez, para no perpetuar roles sexistas y mantener a los hombres en una función subsidiaria de las mujeres respecto al ejercicio de su función parental. El permiso era de titularidad de la madre trabajadora asalariada, que podía ceder su disfrute al otro progenitor si ambos trabajaban, pero no existía un derecho individual de este al permiso. Véase STJUE de 30 de septiembre de 2010, asunto Roca Álvarez, C-104/09. En sentido similar, para los funcionarios públicos, STJUE de 16 de julio de 2015, asunto Konstantinos Maïstrellis, C-222/14.

18 En este sentido, es importante la concesión de permisos paralelos y de titularidad individual, así como de incentivos suficientes para que los hombres disfruten de los mismos y puedan ocuparse de sus hijos u otros familiares a cargo, cuando resulte conveniente a los intereses familiares pasar del trabajo retribuido al cuidado de la familia. Incentivos que pueden ser incluso en tiempo, como condicionar la mayor duración de un permiso parental a un disfrute intransferible por el otro progenitor. En este sentido, CABEZA PEREIRO, J., “¿En qué debe cambiar el Derecho español para adaptarse al Acuerdo Marco revisado sobre el permiso parental?”, AS, núm. 6, 2010. Sobre el debate planteado en clave constitucional y comunitaria –art. 14 CE y a la Directiva 2006/54/CE–, desde la perspectiva del varón trabajador, cuando se le deniega el ejercicio de un permiso parental, en la medida en que no solo se le priva de su papel de cuidador sino que, indirectamente, se contribuye a consolidar el papel de la mujer como cuidadora, FERNÁNDEZ PRIETO, M., “La tutela judicial del varón en el ejercicio de los derechos de conciliación para garantizar un empleo femenino de calidad”, en AA.VV. (Coord. CABEZA PEREIRO, J., FERNÁNDEZ PRIETO, M.), *Políticas de conciliación, permisos parentales y empleo*, Bomarzo, 2012, pp. 311–330. Véase también CABEZA PEREIRO, J., FERNÁNDEZ PRIETO, M., “Comentario a las Sentencias del Tribunal Constitucional 24 y 26/2011, de 14 de marzo”, *Relaciones laborales*, núm. 2, 2011, pp. 811–840.

19 En definitiva, ajustes laborales personalizados para los trabajadores con responsabilidades familiares, tales como horarios flexibles, con posibilidad de adaptación de la hora de entrada y/o salida, recuperación de horas, distribución irregular de la jornada, bolsa de horas, jornadas intensivas, e incluso fórmulas de flexibilidad espacial o teletrabajo... Entre otros, CABEZA PEREIRO, J., “Conciliación de vida privada y laboral”, *Temas Laborales*, núm. 103, 2010; QUINTANILLA NAVARRO, R.Y., “Las mejores prácticas de conciliación de la vida personal, familiar y laboral en Madrid”, en AA.VV., *Sobre la conciliación de la vida familiar y laboral*, AS, núm. 1, 2010, BIB 2011\425, p. 11 s.; y más recientemente, CASAS BAAMONDE, M.*E., “Conciliación de la vida familiar y laboral. Constitución, legislador y juez”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 10, 2018, pp. 1065 ss.

20 VIQUEIRA PÉREZ, C., “Derechos de conciliación de la vida laboral, familiar y personal: deficiencias y problemas aplicativos”, AS, núm. 10, 2010, BIB 2010\1899, p. 11.

La conciliación no afecta solo al ámbito privado de las familias²¹. Preocupa el envejecimiento de la población. Para combatirlo, **debe fomentarse la natalidad y los cuidados y socializar sus costes.** Es preciso garantizar mediante políticas igualitarias el desarrollo de la carrera profesional de progenitores y cuidadores²², su presencia en el mercado laboral²³ y el reparto de las cargas familiares entre todos los miembros de familia. Para que la simbiosis entre el trabajo y la familia funcione es necesario construir una estrategia de socialización con el compromiso de los poderes públicos y de la propia sociedad para **garantizar la indemnidad de los trabajadores que precisan conciliar y para minimizar los perjuicios que el ejercicio de los derechos reporta a las empresas.**

Antes de analizar los derechos individuales relacionados con la conciliación de responsabilidades que establece la Directiva, conviene hacer una somera alusión a su ámbito subjetivo de aplicación, al que se refiere el art. 2. La Directiva se aplica, con independencia de la estructura de la tipología de familia²⁴, a las personas trabajadoras que tienen un contrato de trabajo o relación laboral definida en el Derecho interno, teniendo en cuenta la jurisprudencia del TJUE. Se entiende que esta doctrina es la relativa a los criterios para determinar la condición de trabajador y a la irrelevancia de la clase de vínculo o de la atipicidad del trabajo²⁵. Esa jurisprudencia avoca a la existencia de un concepto autónomo de trabajador y rechaza interpretaciones que permitan la trasposición de la Directiva al Derecho interno utilizando un concepto restrictivo de trabajador²⁶.

.....

21 CABEZA PEREIRO, J., “Conciliación de vida privada y laboral” cit., p. 47.

22 Las políticas de conciliación deben incentivar y proteger el ejercicio de los permisos parentales por los varones mediante permisos igualitarios e intransferibles para hacer tangible la corresponsabilidad. Deben evitar perpetuar el tradicional mantenimiento de patrones sociológicos entre mujeres y hombres mediante excedencias o permisos que fueren al trabajador –en general a la trabajadora– a escoger entre trabajo o familia y que, en ocasiones, incluso suponen un apartamiento definitivo del mercado laboral o precarizan su situación laboral y pueden entrañar una discriminación de género, o, cuando menos, una discriminación basada en el estereotipo.

23 Sobre la oportunidad de promover el derecho a la presencia a través de mecanismos de flexibilización y adaptación de la jornada a las necesidades de conciliación, BALLESTER PASTOR M.A., *Retos y perspectivas de la discriminación laboral por razón de género*, Tirant Lo Blanch, 2017, p. 170. Más en concreto, sobre la reciente modificación del art. 34.8 ET por el RD–ley 6/2019, de la misma autora, “El RDL 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*, núm. 146, 2019, pp. 36 ss.; BLASCO JOVER, C., “La nueva configuración del permiso por lactancia y del derecho a la adaptación de jornada tras el Real Decreto–Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para la igualdad de mujeres y hombres en el empleo y la ocupación”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 7, núm. 2, 2019, pp. 64 ss.

24 Aunque en los considerandos vigesimotercero y trigésimo séptimo y en el art. 5.8 parece animarse a los Estados a adaptar su regulación a las necesidades específicas de los progenitores en situaciones particularmente adversas o al menos a valorar esa adaptación y el art. 9 exige tener en cuenta, al estudiar y atender las solicitudes de fórmulas de trabajo flexible, las necesidades de trabajadores y empresas.

25 En este sentido, véase el considerando decimoséptimo de la Directiva, que incluye expresamente los contratos a tiempo parcial, los contratos de duración determinada y los contratos con empresas de trabajo temporal, a los que también se refiere la cláusula 1.3 del Acuerdo marco.

26 Ampliamente sobre el tema, CABEZA PEREIRO, J., “El concepto de trabajador en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, *Documentación laboral*, núm. 113, 2018, pp. 45–58.

3. LOS DERECHOS INDIVIDUALES DE AUSENCIA

3.1. El permiso de paternidad

El art. 4 de la Directiva introduce en la regulación de la UE normas mínimas para el permiso de paternidad, a fin de permitir al padre –o a un “segundo progenitor equivalente”, cuando la legislación interna reconozca esta figura²⁷–, acogerse a una ausencia del trabajo “con ocasión del nacimiento de un hijo a fin de facilitarle cuidados”, tal y como se desprende de la definición del art. 3.1.a). **Se configura, pues, como un permiso de cuidado de hijo biológico –un permiso parental, en sentido amplio– de titularidad exclusiva o preferentemente masculina, inexistente hasta ahora en la regulación de mínimos de la UE**, frente a los permisos vinculados a la maternidad biológica²⁸, lo que, sin duda, merece una valoración positiva. Responde a una demanda, en absoluto novedosa, sobre la necesidad de individualizar la titularidad de los permisos, sin permitir su transferencia al trabajador o trabajadora corresponsable de las obligaciones familiares, para que su ejercicio sea compartido por mujeres y varones con responsabilidades familiares de modo real y efectivo. No se contempla, no obstante, la protección de necesidades específicas para las familias monoparentales²⁹, nacimientos múltiples, partos prematuros, personas con discapacidad... sin perjuicio de que, como ha reconocido el TJUE, deba garantizarse a los beneficiarios del permiso un trato que tengan en cuenta sus necesidades especiales³⁰.

El art. 4 exige que los Estados miembros garanticen un período, ciertamente breve de ausencia, de diez días laborables –dos semanas naturales³¹–, en un modelo de tra-

.....

27 El “progenitor distinto de la madre biológica” al que se refiere el art. 48.4 ET, que permite el disfrute del permiso por nacimiento por un beneficiario distinto del padre en las unidades familiares homoparentales. El permiso de maternidad se asocia, en cambio a la madre biológica, sin posibilidad de sustitución, sin perjuicio de la posibilidad de disfrute del permiso de adopción, comprendido en la Directiva en el permiso parental, con una regulación ciertamente distinta.

28 Puesto que la Directiva 92/85/CEE prevé, por razones de seguridad y salud laboral, permisos de titularidad de la madre biológica, en quien recae la función fisiológica de la reproducción, como consecuencia del parto y del nexo especial creado por el embarazo con su hijo, para avanzar hacia la igualdad entre hombres y mujeres en el empleo y la ocupación, se hacía necesaria la concesión en paralelo de derechos de conciliación de titularidad masculina o del otro progenitor. El permiso de paternidad permite, también, crear un vínculo temprano entre padre e hijo, que, probablemente, contribuirá en el futuro a un reparto más equitativo de las responsabilidades familiares. Y ello al margen de acciones positivas que puedan impulsar la corresponsabilidad en el ejercicio de los derechos de conciliación.

29 Téngase en cuenta, no obstante, que la imposibilidad de acumular permisos de uno y otro progenitor en el caso de las familias monoparentales, aunque favorece la corresponsabilidad, perjudica el cuidado del menor. Véase GALA DURÁN C., “El permiso de paternidad. Un balance tras casi diez años desde su implantación”, *Revista de Trabajo y de Seguridad Social. CEF*, 2017, núm. 406, p. 67. Probablemente la solución no deba pasar en estos casos por la duplicación de los permisos, pero sí quizás por un incremento moderado razonable.

30 STJUE de 16 de septiembre de 2010, asunto Zoi Chatzi, C-149/10, en relación con nacimientos múltiples.

31 Aunque la posibilidad del cómputo del permiso en unidades temporales distintas de los días laborables no se especifica en el articulado, se deduce del considerando decimonoveno de la Directiva.

bajo a tiempo completo³², que, en principio, parece que deben disfrutarse en torno al momento del nacimiento del hijo, con motivo del mismo y con la finalidad de prestarle cuidados. Esta finalidad queda, no obstante, en entredicho en el propio art. 4, que faculta a los Estados a permitir que el permiso pueda disfrutarse, aunque solo “en parte”, antes del nacimiento, probablemente con la finalidad de atender y acompañar a la madre en el parto pero sin establecer un límite máximo. Por lo demás, **la duración mínima de diez días, no obligatorios, en contraposición a las catorce semanas –dos de ellas obligatorias– reconocidas a la madre en la Directiva 92/85/CEE³³ parece claramente insuficiente**, aunque es un primer avance en los Estados miembros que no reconocen este permiso y un avance moderado en los sistemas que prevén una duración inferior³⁴. Nada se dice del plazo para acogerse al permiso, que parece que lo podrán concretar los Estados. Estos pueden también admitir fórmulas flexibles de disfrute del permiso, que, aunque no se definen, parece que podrían consistir en el disfrute en régimen de trabajo a tiempo parcial, en períodos de permiso alternos, separados por tiempos de trabajo, u otras fórmulas.

Más categórica se muestra la Directiva en otras tres previsiones. En primer lugar, en relación con la imposibilidad de supeditar el derecho al permiso a períodos de trabajo anteriores ni a la exigencia de un antigüedad mínima. En segundo término, respecto a su concesión, cualquiera que sea el estado civil o familiar del trabajador³⁵. Y el tercer extremo, fundamental, se refiere a la remuneración o prestación económica que debe garantizarse a los trabajadores que ejercen su derecho, equivalente al menos a los ingresos que percibiría el trabajador en caso de interrupción de sus actividades por motivos relacionados con su estado de salud. No obstante, la garantía queda supeditada “a cualquier límite que establezca la legislación nacional” y, en particular, se admite la exigencia, para el pago, de períodos previos de trabajo, aunque no superiores a los seis meses inmediatamente anteriores a la fecha prevista para el nacimiento del hijo.

El derecho a percibir una remuneración o prestación suficiente, una renta de sustitución del salario, es trascendental, incluso más que su duración, para incentivar a los hombres a disfrutar del permiso y que este sea ejercitado en la práctica. Frente al art. 8

.....

32 Parece importante la precisión del art. 3.2 de la Directiva, que, en su segundo párrafo aclara que cuando el modelo de trabajo especificado en el contrato o relación laboral sea otro, el “permiso podrá calcularse proporcionalmente”.

33 Catorce semanas, seis obligatorias, según el art. 4 del más moderno Convenio núm. 183 OIT (2000), sobre protección de la maternidad.

34 Entre otros, LÓPEZ ANIORTE, M.C., “Hacia una regulación no discriminatoria de la protección por nacimiento de hijo o hija”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 214, 2018, pp. 93 ss.

35 Para evitar, parece, cualquier tipo de discriminación entre parejas de progenitores –casadas o de hecho, heterosexuales u homosexuales–. Y sin perjuicio de que la definición del estado familiar y civil así como la determinación de quién ha de ser considerado progenitor, padre o madre, sea competencia de los Estados miembros, como reconoce expresamente el considerando 18 de la Directiva.

de la Propuesta de Directiva de 2017, considerado el “más utópico”³⁶, que preveía ingresos adecuados equivalentes, al menos, a los que recibiría el trabajador en caso de baja por enfermedad también para los permisos parental y para cuidadores, la Directiva mantiene solo para el permiso de paternidad el contenido de la propuesta, y ni siquiera en sus mismos términos, al permitir supeditarlos a “cualquier límite” que establezca la legislación nacional. La remuneración o prestación se reconoce, en cambio, en la Directiva, de forma limitada en tiempo y sin fijar cuantía alguna de referencia, para el permiso parental y no se exige en absoluto ya para el permiso para cuidadores.

Con todo, la redacción del art. 8.2 guarda ahora un innegable paralelismo con los apartados 2, 3 y 4 del art. 11 de la Directiva 92/85/CEE, que regulan la remuneración o prestación del permiso de maternidad, aunque con dos matices. Uno, que este exige una prestación “adecuada”, aunque considera tal la que garantice unos ingresos equivalentes, como mínimo, a los que recibiría la trabajadora en caso de suspensión por motivos de salud, dentro de un posible “límite máximo” determinado por las legislaciones nacionales, que, parece, debería garantizar una prestación adecuada. Y dos, que permite a los Estados establecer requisitos de acceso a la prestación o retribución, sin más límite que la imposibilidad de exigir períodos de trabajo previo superiores a los doce meses anteriores a la fecha prevista para el parto. El art. 8.2 de la Directiva no exige prestaciones “adecuadas”, aunque sí unos ingresos equivalentes a los previstos por la Directiva de maternidad, dentro también de los límites que pueda establecer el Derecho interno. Y, en cuanto al período de trabajo previo que puede requerirse, no puede ser superior a los seis meses anteriores a la fecha prevista para el nacimiento.

Puesto que el permiso de paternidad comparte con el de maternidad biológica el objetivo de crear un vínculo especial con el niño y fomentar la corresponsabilidad desde el momento del nacimiento, quizás **lo más acertado, desde una perspectiva de género, habría sido exigir a los Estados miembros garantizar en el permiso de paternidad unos ingresos iguales a los previstos, no en la directiva, sino en la legislación de cada Estado miembro, para el permiso de maternidad**. Sin embargo, al fijar las Directivas límites mínimos de ingresos, aunque sean equivalentes, pueden ser traspuestas a los ordenamientos internos asociando ingresos diferentes para los permisos de maternidad y paternidad. Mucho más si los Estados miembros pueden supeditar tales ingresos a los límites que establezca la legislación interna y esos límites pueden ser diferentes para maternidad y paternidad. Cuestión distinta es la valoración que esas medidas debería merecer en una interpretación de la Directiva en clave de género, como la que se defiende.

.....

36 BALLESTER PASTOR, M.^aA., “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*, núm. 38, 2017-II, p. 76, que destaca su alto coste económico, difícil de asumir.

Precisamente, **desde una óptica de género sería más igualitario crear un permiso de maternidad obligatorio, por razón de seguridad y salud laboral, vinculado a la función fisiológica de la reproducción y al estado de salud de la madre tras el parto, y un permiso de paternidad equivalente y coincidente en el tiempo, por razón de conciliación, para que el padre pueda ocuparse del hijo mientras la madre se recupera del parto.** Un permiso obligatorio en ambos casos por el tiempo estricto que, desde un punto de vista médico, se estime en general conveniente para la salud de la parturienta. Un permiso más amplio obedece a una protección paternalista que entraña una discriminación sexista, que excede del hecho biológico diferencial y redundante en un perjuicio para la mujer³⁷. Ese exceso debería configurarse como permiso parental, con derechos individuales, intransferibles y retribuidos para los dos progenitores para poder atender al hijo durante los primeros meses de vida. Y probablemente deberá revisarse, al menos, la doctrina del permiso de maternidad del TJUE, a la luz de la nueva Directiva.

En este sentido, el art. 20.6 permite, con carácter general, a efectos de verificar el cumplimiento de los requisitos mínimos exigidos para los permisos de maternidad, paternidad, parental o para cuidadores y por fuerza mayor, computar cualquier período de ausencia relacionado con la familia y cualquier remuneración o prestación económica que supere los estándares exigidos³⁸. Por lo demás, el art. 20.7 de la Directiva, teniendo en cuenta la eficacia de los sistemas que ofrecen a los padres “permisos parentales” con remuneraciones o prestaciones con una tasa de sustitución, respecto del salario, relativamente alta, **permite mantener estos sistemas, sin necesidad de regular un permiso de paternidad remunerado, en los términos del art. 4, siempre que se cumplan dos requisitos: que los ingresos representen al menos el 65% del salario neto del trabajador –aunque pueden estar sujetos a un límite máximo– y que se garanticen al menos durante seis meses del permiso parental de cada progenitor.**

37 En este sentido, LOUSADA AROCHENA, J.F. (Coord.), CABEZA PEREIRO, J., NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P., *Curso de igualdad y diversidad en las relaciones laborales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 140.

38 En el Derecho interno, la comparación debería hacerse con la regulación vigente tras la reforma del RD-ley 6/2019 y llamados ahora permisos por nacimiento de hijo o hija y por adopción, guarda o acogimiento, véase CORDERO GORDILLO, V., “La suspensión del contrato de trabajo por nacimiento de hijo o hija, adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento tras el RDL 6/2019, de 1º de marzo”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 7, núm. 3, 2019, pp. 5 ss., que valora el carácter intransferible, la equiparación en la duración de los permisos para ambos progenitores y la atribución de una prestación de Seguridad Social, pero critica la falta de exigencia o de incentivo para el disfrute no simultáneo por ambos progenitores, la rigidez en el disfrute obligatorio por el progenitor distinto de la madre biológica o la no existencia de un derecho subjetivo perfecto al disfrute del permiso a tiempo parcial, así como la falta de adaptación de la normativa de conciliación a las familias monoparentales, también en el caso de fallecimiento de uno de los progenitores. Un análisis más crítico de la reforma en BALLESTER PASTOR, M.^aA., “El RDL 6/2019...” cit., pp. 26-31.

3.2. El permiso parental

La cláusula 2 del Acuerdo marco prevé actualmente un derecho individual de una duración mínima de cuatro meses para el permiso parental, por motivo de nacimiento o adopción de un hijo, para poder cuidarlo hasta una edad determinada, que puede ser de hasta ocho años. Ha de estar, pues, vinculado a la edad del niño, que debe ser suficiente para permitir que ambos progenitores, si lo desean, puedan disfrutar el permiso. Aunque en principio el permiso debe concederse con carácter intransferible, se exige solo que uno de los cuatro meses sea intransferible. Además, no se garantiza una prestación económica. Esta regulación se ha mostrado insuficiente para incentivar, especialmente a los padres, sustentadores principales de la familia, a implicarse en las responsabilidades familiares y permitir que ambos progenitores ejerzan sus derechos por igual³⁹. **La Directiva de conciliación mantiene la configuración del permiso parental como un derecho individual de ausencia del trabajo de cuatro meses, del que pueden disfrutar los trabajadores que sean progenitores, por motivo del nacimiento o la adopción de un hijo, para cuidar de este⁴⁰, antes de que alcance los ocho años⁴¹ y mejora, si bien solo ligeramente, su regulación en los arts. 5 y 8.**

Así, en primer lugar, **amplía el período no transferible a dos meses**, frente a los cuatro que inicialmente preveía la propuesta. Ese período se añade al del permiso de paternidad, que se configura como derecho individual, de titularidad del padre. La deficiencia de la regulación puede observarse cuando la duración de los permisos implementados en el Derecho interno sea prolongada⁴² o existan varias modalidades de permiso parental. En principio, con que solo uno de los permisos se configure como derecho individual de ausencia de al menos cuatro meses, dos intransferibles, se cumpliría el requisito mínimo exigido por la Directiva. No se exige que en todos los permisos parentales establecidos en el ordenamiento interno se respeten los requisitos mínimos, si bien una interpretación con perspectiva de género impedirá igualmente que la regulación pueda incurrir en discriminación directa o indirecta por razón de género .

En segundo término, **para facilitar su ejercicio, trata de promover formas flexibles de disfrute cuya solicitud se configura como un derecho del trabajador que los Estados miembros deben garantizar**. De nuevo no queda claro si ese derecho debe permitirse en

.....

39 La falta de ingresos adecuados para mantener un nivel de vida digno impide que muchas familias puedan disfrutar el permiso y, cuando se acoge al mismo alguno de los miembros son mayoritariamente las madres, a las que los padres, en general principales perceptores de ingresos de la familia, incluso transfieren una proporción considerable del permiso.

40 Art. 3.1.b).

41 Frente a la mayor edad (doce años) que establecía la Propuesta de 2017.

42 Obviamente, la limitación pierde eficacia práctica cuando el permiso parental previsto por el Derecho interno es excesivamente largo y el período no transferible se limita a los dos meses exigidos por la Directiva.

todos los permisos parentales o sería suficiente con que uno de ellos admitiese formas flexibles. Además, no se especifican las modalidades flexibles que pueden utilizarse, aunque, al definirse el permiso como ausencia del trabajo, no debe entrañar una mera adaptación de la jornada. Caben supuestos de reducción de jornada o trabajo a tiempo parcial, de fraccionamiento del permiso en períodos alternos, interrumpidos con períodos de trabajo o sistemas de crédito de tiempo u otras formas flexibles⁴³. Por otra parte, el derecho a la solicitud no entraña automáticamente la obligación de su concesión. Y aunque se exige que los empleadores, estudien y atiendan las solicitudes, se matiza que deben tener en cuenta tanto sus necesidades como las de los trabajadores y que en caso de denegación, esta debe ser motivada, por escrito y en un plazo razonable. También se les insta, por otro lado, a que antes de aplazar motivadamente la concesión de un permiso parental al trabajador, le ofrezcan, en la medida de lo posible, formas flexibles de disfrute. Ello parece que se exigiría en cualquier permiso parental.

Y en tercer lugar, **aborda, si bien demasiado tímidamente, la remuneración o prestación económica del permiso**, de la que depende, en gran medida y como en el caso de la paternidad, que los progenitores y en particular los padres se acojan al permiso. En cuanto a la exigencia de ingresos a modo de tasa de sustitución al menos relativa del salario dejado de percibir, el art. 8 de la Directiva, frente al art. 8 de la Propuesta de 2017⁴⁴, la limita solo al período mínimo no transferible de permiso parental de dos meses que prevé el art. 5 y, además, **no fija un nivel mínimo** para la retribución o prestación –ni la cuantía de la baja por enfermedad ni ninguna otra–, ni siquiera exige un “nivel adecuado”, que, no obstante, sí prevé el considerando trigésimo primero del preámbulo.

Además, el art. 20 prevé otras dos precisiones importantes en orden a la trasposición, que evidencian la existencia de sistemas nacionales muy diversos cuya armonización resulta compleja. Amplía, en su apartado 2, el plazo de trasposición respecto de la exigencia de ingresos de las dos últimas semanas del período no transferible en dos años más⁴⁵. Y permite, en su apartado 7, que, en los sistemas más avanzados, el permiso parental que cumpla determinados requisitos de duración y cuantía absorba el permiso de paternidad. Ello es posible porque este sería una especie dentro del género de los permisos parentales, un subconjunto dentro del conjunto más amplio de los permisos parentales⁴⁶. Esta dispo-

.....

43 Cláusula 3 del Acuerdo marco y considerando vigésimo tercero de la Directiva.

44 Que establecía unos ingresos idénticos a los previstos para la paternidad, quizás excesivos, al no estar vinculados a períodos máximos y existir sistemas nacionales que configuran permisos de muy larga duración, lo que podría propiciar incluso un apartamiento prolongado del trabajador del mercado laboral.

45 Lo que pone de manifiesto la enorme dificultad de avanzar en la exigencia de un nivel adecuado y mínimo de ingresos vinculados a los permisos de conciliación, aplicables a todos los Estados miembros.

46 El permiso de paternidad permite, en efecto al padre biológico, o a un segundo progenitor equivalente facilitarle, cuidados al hijo con ocasión de su nacimiento. El parental posibilita al padre y a la madre, biológicos o adoptivos, cuidar al hijo, cualquiera que sea su filiación. La finalidad de cuidado de ambos permisos por nacimiento se solapa realmente.

sición se complementa con otra más genérica, contenida en el apartado 6, que **permite computar, a efectos del cumplimiento de los requisitos mínimos exigidos por la Directiva en relación con los permisos de paternidad, parental y de cuidados e incluso del permiso de maternidad de la Directiva 92/85/CEE, “cualquier período de ausencia del trabajo relacionada con la familia y cualquier remuneración o prestación económica por esta” a que pueda acogerse el trabajador en el ámbito nacional**⁴⁷, siempre que se respeten aquellos mínimos y no se reduzca el nivel de protección garantizado en las Directivas.

Por lo demás, **se deja un importante margen de decisión a los Estados miembros en la configuración del permiso en otros extremos**. En particular, para fijar, teniendo en cuenta las necesidades de empleadores y trabajadores, el plazo razonable de preaviso que ha de cumplir el trabajador⁴⁸; para supeditar o no el derecho al permiso a un período de trabajo o a una antigüedad no superior a un año⁴⁹; así como para decidir o no adaptar las condiciones de acceso y las modalidades de disfrute del permiso parental a las necesidades específicas de los progenitores adoptivos, de los progenitores con una discapacidad o de los progenitores con hijos con una discapacidad o una enfermedad de larga duración⁵⁰. También para definir las circunstancias en las que el empleador, tras las consultas que correspondan, puede aplazar la concesión de un permiso parental, si bien se exige que el disfrute, en el momento solicitado, altere seriamente el buen funcionamiento de la empresa, que el aplazamiento sea por un período razonable, que sea motivado y por escrito y, si el permiso pretende ejercitarse a tiempo completo, que se le ofrezcan antes al trabajador, en la medida de lo posible, formas flexibles de disfrute.

Siendo definido como un permiso de ausencia por motivo de nacimiento o adopción de un hijo, para cuidar de este, **no queda claro que el permiso deba configurarse en los**

.....

47 Dentro de los permisos parentales con ingresos podrían incluirse, en el Derecho español, como permisos retribuidos por el empresario, el permiso del lactante, modificado por el RD-ley 6/2019 para establecer la titularidad individual e intransferible del permiso y un incentivo a la corresponsabilidad, o el de ausencia de una hora diaria por hospitalización de neonato, y como permisos con prestación de Seguridad Social, el de adopción o el de reducción de jornada por cáncer o enfermedad grave del hijo, este último con prestación solo para uno de los progenitores. También podría computarse el exceso del permiso por nacimiento sobre los mínimos exigidos para los permisos de maternidad y paternidad en las Directivas 92/85/CEE y (UE) 1158/2019. En el caso de la excedencia –también modificada por el RD-ley 6/2019 para fomentar la corresponsabilidad– y la reducción de jornada por guarda legal, no existe una prestación económica sino de tiempo cotizado o cotización ficticia y en el de reducción hasta un máximo de dos horas por hospitalización de neonato no se prevé prestación alguna.

48 Plazos excesivamente cortos o demasiado prolongados pueden dar origen a controversias si se entiende que puedan perjudicar desproporcionadamente a una de las partes.

49 Para el cálculo del período de trabajo, cuando existan sucesivos contratos de duración determinada con el mismo empleador, el art. 5.4 exige expresamente la suma de todos ellos, de acuerdo con la Directiva 1990/70/CE. Aunque no se menciona expresamente, lo mismo debe entenderse, de acuerdo con la doctrina del TJUE, cuando el contrato sea a tiempo parcial, en estricta aplicación de las Directivas 97/81/CE y 2006/54/CE y del principio de igualdad, sin que quepan cómputos diferentes que puedan exigir períodos temporales superiores al año de contrato, cuando la jornada sea a tiempo parcial.

50 Sin perjuicio de que, con independencia de lo que el Estado miembro en cuestión decida, debe garantizarse a los progenitores que solicitan un permiso parental un trato que tengan en cuenta sus necesidades especiales. Véase STJUE de 16 de septiembre de 2010, asunto Zoi Chatzi, C-149/10, respecto de los progenitores de gemelos.

ordenamientos internos de forma uniforme para los casos de nacimiento y adopción.

Parece suficiente que, en ambos casos, se respete la regulación de mínimos de la Directiva, pudiendo establecerse requisitos de acceso, plazos de preaviso, modalidades de disfrute, duraciones y retribuciones o prestaciones diferentes. En especial, si se tiene en cuenta la existencia de permisos adicionales, de maternidad y paternidad, que permiten también el cuidado de un hijo en los casos de nacimiento. No puede decirse lo mismo en relación con **la titularidad exclusiva o preferentemente femenina de algún permiso parental, que resulta contraria a la normativa antidiscriminatoria** por razón de género, al contribuir a perpetuar estereotipos de género, **más allá del ámbito de la Directiva 92/85/CEE, interpretada restrictivamente**⁵¹, aunque el ordenamiento nacional garantice la regulación de mínimos también al otro progenitor⁵². Ni siquiera de otros beneficios vinculados al cuidado de los hijos, incluso si se formulan en términos aparentemente neutros y pueden producir discriminación indirecta⁵³, salvo justificación objetiva, atendiendo a la finalidad y proporcionalidad de la medida⁵⁴. No existe, en cambio, jurisprudencia sobre la legiti-

51 Parece preciso revisar la doctrina sentada ya en la temprana STJUE de 12 de julio de 1984, asunto Hofmann, 184/83, a la luz de los arts. 3 y 20.6 de la nueva Directiva de conciliación, pues el tiempo del permiso que excede del preciso para que la trabajadora pueda recuperarse del parto y, por tanto, del hecho biológico diferencial, comporta desigualdad de oportunidades en el mercado laboral y redundante en un trato discriminatorio para la mujer. La sentencia consideró legítimo conceder a la madre, tras la expiración del plazo legal estricto de protección, para la recuperación de su salud tras el embarazo y del parto, un período de descanso retribuido por maternidad voluntario y complementario, reservado también a la madre, para proteger el vínculo especial con el hijo que surge con el parto, pese a que, propiamente, debería considerarse un permiso de cuidado. Esta jurisprudencia se ha mantenido en pronunciamientos posteriores respecto de los permisos de maternidad configurados en otros ordenamientos internos, como el español, previo a la reforma del RD-ley 9/2019, de titularidad de la madre trabajadora por cuenta ajena y posibilidad de cesión, en la STJUE de 19 de septiembre de 2013, asunto Marc Betriu Montull, C-5/12, para denegar la titularidad del padre cuando la madre era trabajadora por cuenta propia –Procuradora de los Tribunales– y no podía ceder un derecho que no le correspondía. En el ámbito interno, la más reciente STC 111/2018, de 17 de octubre, desestimó un recurso de amparo basado en la diferente duración de los permisos de paternidad y maternidad (trece días frente a dieciséis semanas en el momento en que se inicia la controversia) por considerar igualmente justificada la diferencia en trato teniendo en cuenta el fundamento dispar de los permisos (conciliación y condición biológica de la madre, respectivamente). Sobre el tema, RON LATAS, P.R., “Crónica de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre igualdad (año 2018)”, *Femeris: Revista Multidisciplinar de Estudios de Género*, vol. 4, núm. 2, 2019, pp. 217 ss. No obstante, existe un voto particular que centra su atención en el impacto desfavorable en el empleo y la promoción profesional que la diferencia produce en las trabajadoras y, por tanto, en la desigualdad de oportunidades discriminatoria que causa. Véase un comentario crítico a la sentencia en GARCÍA CAMPÁ, S., “Criar sin parir. Sexo y género como categorías de análisis jurídico en la Sentencia del Tribunal Constitucional 111/2018, de 17 de octubre”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 433, 2019, pp. 1–22.

52 SSTJUE de 30 de septiembre de 2010, asunto Roca Álvarez, C-104/09, y de 16 de julio de 2015, asunto Konstantinos Maïstrellis, C-222/14.

53 Véanse, en relación con la discriminación salarial respecto de bonificaciones en el cálculo de la pensión de jubilación de un sistema profesional, las SSTJUE de 29 de noviembre de 2001, asunto Griesman, C-366/99 – en relación con una bonificación en favor de las madres, que excluye a los varones, aunque hayan asumido el cuidado de sus hijos– y de 17 de julio de 2014, asunto Leone, C-173/13 –que considera discriminación indirecta una bonificación de antigüedad vinculada a la interrupción de la actividad profesional por cuidado de hijo, pero a la que acceden con más dificultad los hombres–. Se presentó también cuestión prejudicial por la redacción del art. 37.4 ET antes de la reforma del RD-ley 9/2019, pues aunque se configuraba como un derecho individual de los trabajadores, solo se permitía su ejercicio a uno de los progenitores cuando los dos trabajasen, situación que, en principio parece perjudicar a los hombres, al ser habitualmente las mujeres las que renuncian al trabajo retribuido para asumir responsabilidades familiares. Con todo, el ATJUE de 21 de marzo de 2018, asunto Vadillo González, C-252/17, inadmitió la cuestión al no considerar acreditada esa mayor afectación femenina en el caso planteado.

54 Como en el asunto Lommers, STJUE de 19 de marzo de 2002, C-476/99, con la exclusividad femenina, salvo motivos de urgencia, en el disfrute de plazas de guardería que, en un contexto de insuficiencia notoria de guarderías

midad o no de medidas en beneficio de los hombres, como medida de acción positiva inversa⁵⁵. En todo caso, parece exigible, además de una finalidad legítima –cual promover el reparto de responsabilidades–, que la medida cumpla los estándares de necesidad, adecuación y proporcionalidad, como sucede con el permiso de paternidad, que regula la propia Directiva.

El permiso parental debería individualizarse, sin posibilidad de transferencia, al otro progenitor trabajador, corresponsable de las obligaciones familiares, salvo quizás excepcionalmente, cuando existan necesidades específicas. El carácter intransferible evita la acumulación de permisos en uno de los progenitores, habitualmente la madre y pretende un reparto homogéneo de responsabilidades familiares. O, al menos, si hay posibilidad de transferencia, deberían fijarse cuotas de reserva a cada progenitor, o incluso duraciones máximas cuando el permiso sea disfrutado solo por uno de los trabajadores con responsabilidades familiares, ampliables temporalmente si el permiso lo ejercita también el otro trabajador con responsabilidades familiares⁵⁶. Las mejoras en conciliación no deben asociarse a períodos más amplios de duración de los permisos sino a fórmulas de trabajo flexible y a permisos individuales, intransferibles y que garanticen ingresos adecuados, al menos durante los primeros meses de vida del hijo. El uso del permiso por el otro progenitor fomenta también la reincorporación de la mujer a su trabajo tras el disfrute de sus permisos.

3.3. El permiso para cuidadores

La Directiva de conciliación introduce en su art. 6 un derecho de ausencia del trabajo de carácter anual –cinco días laborables al año en un modelo de trabajo a tiempo completo–, para que los trabajadores puedan prestar cuidado o ayuda personales a un familiar o a una persona que viva en el mismo hogar que el trabajador y que precise asistencia importante por un motivo médico grave, que corresponde definir a los Estados miembros. Estos pueden también concretar detalles adicionales relativos al ámbito de aplicación del permiso, condiciones de ejercicio o exigencia de una adecuada justificación, así como configurar los permisos por persona necesitada de cuidado o apoyo o por caso y, por tanto, parece, teniendo en cuenta el considerando vigesimoséptimo del preámbulo, sobre una base distinta del cómputo anual. Frente a los permisos de paternidad y parental, la Directiva

.....

adecuadas y asequibles, pretende paliar la infrarrepresentación de mujeres entre el personal, entendiendo que se permite su disfrute cuando los varones asumen solos la guarda de sus hijos.

55 En este sentido, BALLESTER PASTOR, M.^aA., “La conciliación de responsabilidades...” cit., p. 82.

56 Así, en algunos ordenamientos de derecho comparado se aprecia una tendencia a disminuir la duración de los permisos parentales y a condicionar su mayor duración a un disfrute intransferible por el otro progenitor. CABEZA PEREIRO, J., ¿En qué debe cambiar el Derecho español para adaptarse al Acuerdo Marco revisado sobre el permiso parental?, AS, núm. 6, 2010.

simplemente “ánima” a los Estados a que introduzcan una remuneración o prestación económica en este permiso, a fin de que los cuidadores, en particular los hombres, ejerzan realmente este derecho⁵⁷.

En principio, como estrategia antidiscriminatoria, merece una valoración positiva la definición de familiar que recoge el art. 3.1.e), en cuanto exige vínculo de parentesco, por naturaleza o adopción, pero no contempla la afinidad, más allá del propio cónyuge –o de la pareja de hecho, cuando esté reconocida en el Derecho interno–. Es cierto que se restringe al parentesco de primer grado. Y que, además, **pueden ser sujetos pasivos, a tenor del art. 3.1.c), otras personas** –que no entren, por tanto, en el concepto de familiar–, que vivan en el mismo hogar que el trabajador y que necesiten asistencia o cuidados importantes por un motivo médico grave. Parece una especie de cajón de sastre, que incluiría parientes por consanguinidad o adopción a partir del 2º grado, a los que incluso se anima a extender el concepto de familiar a los Estados miembros en el considerando vigesimoséptimo –de forma expresa, “a familiares adicionales, como abuelos y hermanos”–. Pero también **parientes por afinidad** que, aunque nada se dice ni en el articulado ni en el preámbulo, **no hay impedimento expreso, más allá de que pueda considerarse discriminación por razón de género por contribuir a perpetuar roles sexistas, para que los Estados miembros los incluyan también en el concepto de familiar. La Directiva protege también a personas sin parentesco con el trabajador, que convivan con el trabajador y precisen cuidados importantes desde un punto de vista médico.** Ello facilitaría la protección de parejas de hecho no reconocidas como tales por los ordenamientos internos. Obviamente, al ser normas mínimas, nada obsta a que los Estados puedan ampliar el ámbito del permiso, sin exigir la convivencia o la existencia de motivo médico grave.

Por lo demás, **la breve duración mínima del permiso y su carácter, en principio, anual** o, en el caso de sujetos pasivos no subsumibles en el concepto de familiar, su vinculación a la existencia de un motivo médico grave, parecen pretender **configurar un permiso que permita atender imprevistos o acompañar al sujeto pasivo a consultas médicas, pero sin necesidad de acreditar una situación de fuerza mayor y para facilitar la conciliación, más que un permiso de cuidado y apartamiento continuado a tiempo completo o parcial de la relación laboral.** Pero como ello no siempre encaja bien con las divergencias entre los sistemas nacionales, se permite a los Estados miembros establecer

.....

57 Considerando trigésimo tercero. En el mismo sentido y para corregir la distribución desigual de las responsabilidades de cuidados, el CESE solo considera satisfactoria la introducción de un derecho individual a un permiso para cuidadores mínimo de cinco días al año “y remunerado al nivel de la baja por enfermedad”. Véase Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la “Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones – Una iniciativa para promover la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores”, DOUE 12.4.2018.

el permiso por referencia al sujeto pasivo o por caso, que suele servir para configurar permisos de cuidado de familiares más continuados. Con todo, el ordenamiento español no contiene un permiso de estas características⁵⁸.

Por lo demás, para gestionar adecuadamente las tendencias demográficas en la UE, los esfuerzos deben concentrarse en garantizar suficientes estructuras de acogida de larga duración que puedan cubrir las necesidades crecientes y en dotar de fondos para crear servicios de cuidado de larga duración⁵⁹.

3.4. El permiso por fuerza mayor familiar

El art. 7 reconoce el derecho de ausencia por causa de fuerza mayor, ya previsto en la cláusula 7 del Acuerdo marco, y entiende por tal los “motivos familiares urgentes, en caso de enfermedad o accidente que hagan indispensable la presencia inmediata del trabajador”. No fija una duración mínima, pero permite a los Estados miembros que lo limiten a un tiempo determinado por año y/o por caso⁶⁰. Tampoco se exigen ingresos para este tiempo de ausencia.

El titular del derecho es cualquier trabajador, no solo los progenitores o los cuidadores, tal y como los define la Directiva, pero **el adjetivo familiares parece hacer pensar que los sujetos pasivos protegidos son aquellos definidos como familiar en el art. 3.e) de la propia Directiva** –hijo, hija, padre, madre, cónyuge o pareja de hecho–, sin perjuicio de las mejoras que puedan establecer en su trasposición los Estados miembros. Se ha eliminado la referencia del Acuerdo marco a la posibilidad de estos de precisar las condiciones de acceso y las modalidades de aplicación del permiso, por lo que parece que no puede limitarse en ese sentido. También se han suprimido las menciones expresas a los interlocutores sociales, en relación con la trasposición del precepto, para dejar únicamente la referencia a los Estados miembros, aunque ello no obsta que la trasposición puedan hacerse a través de la negociación colectiva.

.....

58 En efecto, un permiso para facilitar la conciliación, más que el cuidado continuado de la persona, no existe en nuestro ordenamiento interno, que prevé, en cambio, como permisos de cuidado de familiar la reducción de jornada y las excedencias, configurados en principio para permitir una atención prolongada en el tiempo –sin límite en el caso de las reducciones y por dos años, que no garantiza un mínimo anual, para las excedencias, sin perjuicio de la posibilidad de fraccionamiento y salvo mejora por convenio colectivo–. El problema es que estos permisos ofrecen cobertura únicamente para el 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. En cambio, la Directiva, en el art. 3.1.c) no parece exigir ningún requisito adicional para el cuidado del familiar, frente al de otras personas que vivan en el mismo hogar que el trabajador y que necesiten asistencia o cuidados importantes por un motivo médico grave, aunque matiza “conforme a lo definido por cada Estado miembro”.

59 Véase, en este sentido, Dictamen del Comité Europeo de las Regiones “La conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores” (2018/C 164/11), DOUE 8.5.2018.

60 Por caso parece ser la limitación del art. 37.3.b) ET. Sobre la insuficiencia de esta previsión, NIETO ROJAS, P., “Responsabilidades familiares, contrato de trabajo y trayectoria laboral de las mujeres. Algunos puntos críticos”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 6, núm. 4, 2018, pp. 89 ss.

4. FÓRMULAS DE TRABAJO FLEXIBLE

La cláusula 6 del Acuerdo marco obliga ya a los Estados miembros a adoptar las medidas necesarias para permitir, al trabajador que se reincorpora tras un permiso parental, solicitar cambios en sus horarios o regímenes de trabajo durante un período de tiempo determinado. El art. 9 de la Directiva de conciliación amplía el ámbito de aplicación personal y material del derecho a solicitar la adaptación del modelo de trabajo para animar a los trabajadores progenitores o cuidadores a organizarse y permanecer en el mercado laboral, si bien permite que se supedite a períodos de trabajo previos o a una antigüedad no superior a seis meses.

En cuanto al ámbito subjetivo, **se reconoce el derecho a solicitar el permiso tanto a los trabajadores con hijos hasta una determinada edad –como mínimo, ocho años– como a los cuidadores y se elimina lo que el TJUE había interpretado como exigencia de reincorporarse de un permiso parental**⁶¹ o, ahora también, de un permiso para cuidadores. Y respecto del ámbito objetivo, los potenciales beneficiarios pueden solicitar “fórmulas de trabajo flexible”, expresión que, a tenor de su definición en el art. 3.1.f), comprende calendarios laborales flexibles, reducción de las horas de trabajo y fórmulas de trabajo a distancia⁶². Posibilidad, por tanto, de adaptación del tiempo de trabajo, de ausencia parcial en el trabajo y de flexibilización del lugar de trabajo.

El derecho del trabajador se corresponde con la **obligación del empleador de estudiar y atender las solicitudes en un plazo razonable, teniendo en cuenta tanto sus necesidades como las de los trabajadores y motivando cualquier denegación o aplazamiento del disfrute**. Mantiene, en cambio, la Directiva la posibilidad de prever una limitación temporal, si bien “razonable” y garantizando el derecho del trabajador a volver al modelo previo de trabajo al término del período. La limitación temporal puede ser incluso congruente, desde una perspectiva de género, en el caso de reducción de la jornada, teniendo

.....

61 Como preveía la cláusula 6. En este sentido, la STJUE de 16 de junio de 2016, asunto Rodríguez Sánchez había declarado la inadmisibilidad de la petición de decisión prejudicial porque la solicitud de reducción de jornada y adscripción al turno de mañana no se producía tras la reincorporación de un permiso parental sino tras el disfrute del permiso de maternidad. Más recientemente, en el asunto Ortiz Mesonero, C-366/18, la STJUE de 18 de septiembre de 2019 tampoco consideró aplicable la cláusula a la solicitud del trabajador de adscripción a un turno fijo, sin reducción de jornada, al no haberse producido la situación previa de reincorporación de un permiso parental.

62 La vinculación del trabajo a distancia y conciliación se recogía ya en nuestro Derecho interno, antes de la reforma del at. 34.8 ET por el RD-ley 9/2019, en algunos convenios colectivos, como el de la empresa Repsol, y en muchos de los decretos específicos sobre la implantación del teletrabajo en la Administración pública autonómica. Véase MELLA MÉNDEZ, L. (Dir.), *El teletrabajo en España: aspectos teórico-prácticos de interés*, La Ley, Madrid, 2016, pp- 30 ss; y, de la misma autora, “El trabajo a distancia como medida de flexibilidad y conciliación laboral”, *Ius Labor*, núm. 2, 2017, p. 2. Una visión con perspectiva de género en FERNÁNDEZ PROL, F., Teletrabajo en clave de género: ¿Herramienta de corresponsabilidad o foco de segregación?”, en AA.VV., *El futuro del trabajo: Cien años de la OIT. XXIX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo, Migraciones Y Seguridad Social, 2019, pp. 575 ss.

en cuenta que son las mujeres mayoritariamente las que se acogen a la reducción y que períodos excesivamente prolongados de horarios reducidos tienen una repercusión negativa en la cuantía o incluso en el acceso mismo a futuras pensiones, como se reconoce en el considerando trigésimo quinto. El trabajador puede solicitar incluso el retorno al modelo anterior antes de finalizar el plazo acordado por aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*. Con todo, el empleador simplemente se obliga a estudiar y atender la solicitud, teniendo en cuenta sus necesidades y las del trabajador.

Podría plantear dificultades distinguir cuándo una reducción de las horas de trabajo de un progenitor o cuidador es permiso parental o para cuidadores y cuándo es fórmula de trabajo flexible. Siempre que se garantice los requisitos mínimos que para el permiso parental exige la Directiva –en particular, la duración del mismo y la retribución del período de dos meses intransferibles–, la cuestión no parece relevante⁶³.

5. LA TUTELA ANTIDISCRIMINATORIA POR CONCILIACIÓN

Los derechos individuales relacionados con los permisos de ausencia y las fórmulas de trabajo flexible que la Directiva establece pretenden proporcionar apoyo durante un período de tiempo específico a los trabajadores progenitores o cuidadores y facilitar su continuación en la relación laboral. Por ello, los arts. 10 a 15, tratan de proteger sus derechos y combatir la discriminación con una regulación más minuciosa que la cláusula 5 del Acuerdo marco revisado.

Para garantizar la continuidad de la carrera profesional, el art. 10 reconoce, en términos similares a los previstos en el Acuerdo marco para los permisos parentales, el **derecho de los trabajadores con responsabilidades familiares a reintegrarse al puesto de trabajo o a un puesto equivalente tras un permiso de ausencia** de paternidad, parental, de cuidado y **a que las condiciones de su contrato de trabajo o relación laboral no sufran un menoscabo** como consecuencia de dicho permiso. Se han de **conservar**, además, hasta el final de esos permisos o de la ausencia por fuerza mayor familiar, los **derechos ya adquiridos o que se encuentren en proceso de adquisición en la fecha de inicio del permiso**⁶⁴,

.....

63 En todo caso, si el Estado miembro concede un derecho a la reducción de la jornada por guarda legal hasta que el hijo alcance una edad superior a ocho años, como prevé el art. 37.6 ET, que lo extiende hasta los doce años del hijo, el tiempo que excede de los ocho años necesariamente tendría que concebirse como fórmula de trabajo flexible.

64 Expresión que, de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE, “comprende la totalidad de los derechos y ventajas, en dinero o en especie, derivados directa o indirectamente de la relación laboral, a los que el trabajador puede tener derecho frente al empresario en la fecha de inicio del permiso parental”. Entre estos derechos y ventajas figuran los

y se aplicarán, entonces, **con los eventuales cambios** derivados de la legislación, los convenios colectivos o los usos nacionales⁶⁵.

Se exige, por otra parte, que los Estados miembros definan el régimen de la relación laboral durante el período de permiso parental, incluidos los derechos a la Seguridad Social, asegurándose de que se mantiene la relación laboral, incluso en suspenso⁶⁶ y sin necesidad de asimilar, al menos en todo caso, el período de disfrute del permiso a tiempo efectivo de trabajo⁶⁷. Y ello sin perjuicio de que, durante el período de permiso, el trabajador que disfruta del permiso parental continúe siendo un trabajador en el sentido del Derecho de la Unión⁶⁸.

No se refiere expresamente el art. 10, en ninguno de sus apartados, a las fórmulas de trabajo flexible, previstas en el art. 9. Frente a los permisos de paternidad, parental, de cuidadores o por fuerza mayor familiar, que se configuran como tiempos de ausencia, el **trabajo flexible** permite a los trabajadores adaptar sus modelos de trabajo, no solo para

relativos a las condiciones laborales, el derecho a un preaviso en caso de extinción del contrato o al cálculo de una indemnización por despido a partir del salario que se percibía a jornada completa –STJUE de 22 de octubre de 2009, asunto Christel Meerts, C-116/08 y de 8 de mayo de 2019, asunto RE y Praxair MRC SAS, C-486/18–, las vacaciones devengadas y no disfrutadas –STJUE de 22 de abril de 2010, asunto Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols, C-486/08– o los que se desprenden de disposiciones que establecen los requisitos de acceso a un nivel superior de la jerarquía profesional –STJUE de 7 de septiembre de 2017, asunto H. y Land Berlin, C-174/16–. 65 En este sentido, la STJUE de 7 de septiembre de 2017 (asunto H. y Land de Berlín, C-174/16) consideró contraria al Acuerdo marco una norma que somete la promoción definitiva a un puesto directivo en la función pública al requisito de que el candidato seleccionado supere con éxito un período de prácticas previo en ese puesto, sin que sea posible prorrogar el plazo de prácticas por el disfrute de un permiso parental, y obliga a la interesada a reincorporarse al puesto de nivel inferior que ocupaba. En caso de imposibilidad objetiva de ocupar aquel puesto de trabajo, debería adjudicársele un puesto equivalente o similar, conforme con su nombramiento o relación de servicio, sin la celebración previa de un nuevo proceso selectivo. Por lo demás, es conocida, en relación con la maternidad, la doctrina de la STJUE de 30 de marzo de 2004, asunto Alabaster, C-147/02, trasladable a los permisos de conciliación, que considera que cualquier aumento de salario que se produzca antes o durante el disfrute del permiso de maternidad debe integrarse en los conceptos salariales que se utilizan para calcular el importe de la retribución percibida por la trabajadora durante ese permiso.

66 La protección y mantenimiento de los derechos laborales de los trabajadores que hacen uso de los permisos no obsta que, como ha declarado el TJUE, cuando la relación laboral ha estado suspendida sobre la base del Derecho nacional, se interrumpan correlativamente, con carácter temporal, las obligaciones recíprocas del empresario y del trabajador en materia de prestaciones. En particular, la obligación de este de ejecutar las tareas que le incumben en dicha relación –STJUE de 8 de noviembre de 2012, asuntos Heimann y Toltschin, C-229/11 y C-230/11)–.

67 Como ha declarado recientemente la STJUE de 4 de octubre de 2018 (asunto Dicu, C-12/17), que considera que el período de permiso parental que disfrutó el trabajador no puede asimilarse a un período de trabajo efectivo a efectos de determinar su derecho a vacaciones anuales retribuidas con arreglo al artículo 7 de la Directiva 2003/88. El pronunciamiento, no exento de críticas doctrinales, contrasta con situaciones asimilables al trabajo a efectos del devengo de vacaciones, como los procesos de incapacidad laboral por enfermedad –en principio, imprevisibles y ajenos a la voluntad del trabajador, como declaran las SSTJUE de 20 de enero de 2009 (asuntos Schultz–Hoff y otros C-350/06 y C-520/06) y de 29 de noviembre de 2017 (asunto King, C-214/16)– o de maternidad –permiso que tiene por objeto la protección de la condición biológica de la mujer durante su embarazo y tras el parto, así como de las particulares relaciones entre la mujer y su hijo, evitando que la acumulación de cargas que deriva del ejercicio simultáneo de una actividad profesional perturbe dichas relaciones, como señala la STJUE de 18 de marzo de 2004, asunto Merino Gómez, C-342/01–. Aunque el asunto Dicu no alude a la existencia o no de una remuneración o prestación económica, esta doctrina parece difícilmente trasladable, cuando menos, al permiso de paternidad y a la parte del permiso parental intransferible para los que el art. 8 de la Directiva de conciliación de progenitores y cuidadores exige a los Estados miembros garantizar una remuneración o prestación económica.

68 STJUE de 20 de septiembre de 2007, asunto Kiiski, C-116/06, en relación con la modificación de la duración de un permiso parental de cuidado por razón de un nuevo embarazo, que obstaculiza la realización de dicha finalidad de cuidado, y para poder ejercitar el derecho al permiso de maternidad.

sustituir presencialidad en el centro de trabajo por trabajo a distancia o para flexibilizar el tiempo de entrada y salida sino también los propios calendarios laborales o reducir las horas de trabajo, que comportan tiempos de ausencia parcial. Y, aunque el art. 9 reconoce, en todo caso, su derecho a retornar al modelo de trabajo original, **convendría haber reforzado expresamente el mantenimiento de sus derechos laborales en el art. 10**⁶⁹.

Frente al Acuerdo marco⁷⁰, **la Directiva de conciliación incorpora** expresamente preceptos que trasponen **previsiones típicas de las Directivas antidiscriminatorias**⁷¹. De especial interés resulta el art. 11, que recoge el principio de no discriminación por conciliación y ordena a los Estados miembros la adopción de las medidas necesarias para prohibir tratos peyorativos a los trabajadores como consecuencia de la solicitud o el disfrute de alguno de los permisos de conciliación, incluida la fuerza mayor familiar y el trabajo flexible. **La discriminación por conciliación se configura como una causa de discriminación autónoma**, no vinculada expresamente a la discriminación por razón de género⁷², pero, al menos, íntimamente conectada con ella *ex arts. 1 y 15* de la Directiva⁷³ y sin que deba descartarse *a priori* la discriminación por razón de género por asociación.

En este sentido, la jurisprudencia reconoció ya en el asunto Coleman la posibilidad de incurrir en discriminación por razón de discapacidad por asociación, para extender la protección de la igualdad de trato a una trabajadora que no pertenecía a la categoría social discriminada pero que recibió un trato desfavorable por razón de los cuidados dispensados a un familiar⁷⁴. Se proyecta, así, la tutela antidiscriminatoria por discapacidad sobre un tercero que se encuentra estrechamente asociado con el sujeto discapacitado –le presta cuidados y asistencia–. Esta doctrina jurisprudencial de la discriminación por asociación,

69 No obstante, la protección frente a cualquier trato desfavorable por haber ejercido los derechos del art. 9 encuentran amparo expreso en los arts. 11 a 15, con una importante salvedad en la protección contra el despido respecto de la carga de la prueba.

70 La cláusula 5.4 se limitaba a exigir sin mayor concreción protección a los trabajadores contra un trato menos favorable o el despido por haber solicitado o disfrutado de un permiso parental.

71 Directivas 2000/43/CE, 2000/78/CE y 2006/54/CE.

72 Especialmente crítica con la falta de vinculación expresa se muestra BALLESTER PASTOR, M.^aA., “La conciliación de responsabilidades...” cit., p. 73 s., que considera que la discriminación por conciliación aplica estereotipos de género y constituye discriminación directa también para el varón que sufre un trato peyorativo por asumir una actividad de cuidado atribuida generalmente a las mujeres y que, en todo caso, aplicando parámetros estadísticos, la discriminación por conciliación podría reconducirse siempre a una discriminación indirecta por razón de sexo, al ser las mujeres quienes desarrollan mayoritariamente las actividades de cuidado. Sobre la discriminación por razón de sexo que entraña el trato peyorativo al hombre que asume actividades de cuidado, LOUSADA AROCHENA, J.F., *El derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 399 ss.

73 El art. 15 encomienda expresamente la lucha contra la discriminación por conciliación a los organismos nacionales de fomento de la igualdad, designados conforme al art. 20 de la Directiva 2006/54/CE.

74 STJUE de 17 de julio de 2008, asunto C–303/06, que considera discriminada por razón de discapacidad a una trabajadora que recibe un trato desfavorable por el cuidado de un hijo discapacitado, aunque no es ella sino su hijo la persona con discapacidad.

creada en el ámbito concreto de la discapacidad y trasladada a otros ámbitos⁷⁵, parece haberse aplicado recientemente en el asunto Vandenbon a la discriminación por razón de sexo, para proteger a personas trabajadoras cuando concurren razones o circunstancias que tengan con la causa de discriminación por razón de género de un tercero una conexión directa e inequívoca⁷⁶. Aunque en el supuesto controvertido el trato desfavorable no se produce por razón de conciliación, parece que, a la luz de la nueva Directiva, **podría también extenderse la discriminación por asociación por razón de sexo cuando exista un vínculo o conexión directa e inequívoca** del trabajador progenitor o cuidador que sufre el trato discriminatorio **con la causa de discriminación directa o indirecta que concurre en un tercero, que puede ser la mujer**, condicionada por prejuicios de género a abandonar el trabajo o hacer uso de permisos de conciliación para asumir las cargas familiares, perpetuando roles de género.

Es cierto, no obstante, que la discriminación por asociación se ha utilizado para ofrecer protección a una persona trabajadora que sufre un trato desfavorable cuando, sin la mediación del tercero discriminado, no habría una conexión directa e inequívoca con una causa de discriminación y que la Directiva reconoce ahora la discriminación por conciliación como causa autónoma. Pero la apreciación de discriminación por razón de género, además de enlazar con la primera de las causas de trato diferenciado peyorativo mencionada expresamente en el art. 19 TFUE⁷⁷, permitiría fundamentar una doble discriminación⁷⁸, conectar con el art. 157.3 TFUE⁷⁹ y **aplicar una definición moderna del principio**

75 La STJUE de 20 de junio de 2019, asunto C-404/18, entiende que la Directiva 2006/54/CE protege también, frente a posibles represalias del empleador, a las personas trabajadoras, distintas de la persona discriminada, que han prestado apoyo a esta de manera formal o informal. En concreto, a una trabajadora despedida, tras intervenir en un proceso de selección para un puesto de vendedora en favor de una aspirante, cuya candidatura fue finalmente rechazada por la responsable de recursos humanos por razón de su embarazo y a la que la trabajadora proporcionó información al respecto.

76 La STJUE de 20 de junio de 2019, asunto C-404/18, entiende que la Directiva 2006/54/CE protege también, frente a posibles represalias del empleador, a las personas trabajadoras, distintas de la persona discriminada, que han prestado apoyo a esta de manera formal o informal. En concreto, a una trabajadora despedida, tras intervenir en un proceso de selección para un puesto de vendedora en favor de una aspirante, cuya candidatura fue finalmente rechazada por la responsable de recursos humanos por razón de su embarazo y a la que la trabajadora proporcionó información al respecto.

77 “Sexo, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual”–, lo que permitiría justificar la adopción, por el Consejo y el Parlamento, de acciones adecuadas para luchar contra la discriminación e incluso la tutela antidiscriminatoria de la Directiva 2006/54/CE. Véase BALLESTER PASTOR, M.ªA., “La conciliación de responsabilidades...” cit., p. 74 s., que afirma que, en otro caso, tal vez debería considerarse la discriminación por conciliación una causa de discriminación surgida a partir de la cláusula antidiscriminatoria abierta del art. 21 CDFUE.

78 Una discriminación basada en varios motivos, sin que el TJUE admita, hasta el momento, la discriminación interseccional, basada en la combinación de dos o más motivos de discriminación, pero que no permita constatar una discriminación en razón de dichos motivos considerados por separado. Véase STJUE de 24 de noviembre de 2016, asunto Parris, C-443/15. Ampliamente sobre este tipo de discriminación, LOUSADA AROCHENA, J.F., “Discriminación múltiple: el estado de la cuestión y algunas reflexiones”, *Revista de Derecho Social*, núm. 81, 2018, pp. 125–140; CARDONA RUBERT, B., CABEZA PEREIRO, J., “La discriminación por edad sobre las mujeres mayores”, *Trabajo y Derecho*, núm. 59, 2019, pp. 1–15.

79 Que permite también al Consejo y al Parlamento adoptar medidas para garantizar la igualdad por razón de género en asuntos de empleo y ocupación, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario.

de discriminación, que integra la igualdad de trato y la igualdad de oportunidades, para remover los prejuicios que condicionan las vidas de mujeres y hombres⁸⁰. Y lograr la igualdad de oportunidades y de trato facilitando la conciliación de responsabilidades de progenitores y cuidadores es precisamente el objeto de la Directiva.

Estrechamente vinculados con la tutela antidiscriminatoria por conciliación están los arts. 10 a 15 de la Directiva, que ahora se analizan. Y de modo singular, el art. 12, en relación con la protección frente al despido o cualquier medida de preparación del mismo⁸¹ que ha de dispensarse a los trabajadores acogidos a los permisos o fórmulas de trabajo flexibles amparadas por la Directiva, más allá de la genérica protección que otorga el apartado 4 de la cláusula 5 del Acuerdo marco.

El precepto se aproxima al art. 10 de la Directiva 92/85/CEE⁸². Aunque el art. 12 de la Directiva de conciliación no especifica el tiempo durante el que se ha de garantizar la protección frente al despido, al vincularse a la solicitud o disfrute del permiso, necesariamente comprenderá el período incluido entre la solicitud y el final del permiso o del uso de fórmulas de trabajo flexible correspondiente, y algo más, pues protege a quien “haya” disfrutado el permiso. Exige también que el empleador proporcione los motivos del despido por escrito, si bien solo en los supuestos de que el trabajador haya solicitado o disfrutado de un permiso de paternidad, paternal o para cuidadores, no cuando el trabajador haya ejercido el derecho a solicitar fórmulas de trabajo flexible. No obstante, reconoce el derecho de los trabajadores que se consideren despedidos por cualquiera de las causas prohibidas a pedir al empleador que fundamente debidamente las causas del despido. Estos motivos, se entiende, han de ser admitidos por las legislaciones y/o prácticas nacionales y distintos a los prohibidos por la Directiva, aunque, a diferencia del art. 10 de la Directiva 92/85/CEE, no se prevé expresamente, como habría sido de desear. Con todo, **la genérica obligación de los Estados miembros de establecer sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias frente a las infracciones de las disposiciones nacionales de trasposición de la Directiva recogida en el art. 13 debería obligar a que, en estos casos, el despido sea procedente o nulo⁸³.**

80 Sobre este concepto jurídico moderno, véase LOUSADA AROCHENA, J.F. (Coord.), CABEZA PEREIRO, J., NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P., *Curso de igualdad...*, cit., pp. 33 ss. y 110 ss.

81 De acuerdo con la jurisprudencia del TJUE que ya en STJUE de 11 de octubre de 2007, asunto Nadine Paquay, C-460/06, se pronunció sobre la adopción de medidas preparatorias de un despido por embarazo o nacimiento de hijo antes de expirar el período de protección establecido en el art. 10 de la Directiva 92/85.

82 Que prohíbe el despido de las trabajadoras protegidas (trabajadora embarazada, que haya dada a luz o en lactancia), durante el período comprendido entre el comienzo de su embarazo y el final del permiso de maternidad, salvo en “casos excepcionales no inherentes a su estado admitidos por las legislaciones y/o prácticas nacionales” y exige que el empresario dé motivos justificados del despido por escrito.

83 En este sentido, art. 55.5 ET. Con todo, quizás corresponderá rectificar, a la luz de la nueva Directiva, alguna doctrina jurisprudencial, como la establecida en la STS de 28 de abril de 2010, rec. 1113/2009, la falta de sanción efectiva y disuasoria cuando el despido afecta a una relación temporal que concluye durante la tramitación del proceso de despido. Véase BALLESTER PASTOR, M.^aA., “La conciliación de responsabilidades...” cit., p. 91 s.

No establece, en cambio, **la Directiva 2006/54/CE** protección específica frente al despido discriminatorio, salvo la que otorga genéricamente en su art. 16 a los trabajadores –hombres y mujeres– a quienes los Estados miembros reconocen derechos específicos al permiso de paternidad y/o de adopción frente al despido motivado por el ejercicio de esos derechos. Protección por conciliación mucho más modesta que la que regula la Directiva de conciliación. Pero sí **regula minuciosamente** aquella Directiva en su art. 19 **la inversión de la carga de la prueba, propia de una tutela antidiscriminatoria, frente a cualquier acto discriminatorio y no solo frente al despido**⁸⁴. Esa tutela comprende el despido discriminatorio por paternidad o adopción, prohibido en el art. 16 y **se extiende expresamente a las situaciones de discriminación por razón de género cubiertas por la Directiva 92/85/CEE o por la Directiva de permisos parentales**. Por consiguiente, **también a las cubiertas por la Directiva de conciliación**⁸⁵, **ante situaciones de discriminación por razón de género, respecto de los permisos parentales, las fórmulas de trabajo flexible y los permisos de ausencia por fuerza mayor**⁸⁶.

No obstante, **la Directiva de conciliación ha querido, con buen criterio, incorporar de forma expresa la inversión de la carga de la prueba a la protección contra el despido del trabajador** que ha solicitado o disfrutado de un permiso de paternidad, parental o para cuidador y que considera que ha sido despedido por esos motivos⁸⁷. Sin necesidad, por tanto, de acudir a la tutela antidiscriminatoria por razón de género. Ciñe, sin embargo, la protección al despido discriminatorio por razón de conciliación, sin extenderla a otros tratamientos discriminatorios por los mismos motivos.

Parece, pues, que aunque la Directiva prohíbe la discriminación por conciliación derivada del ejercicio de cualquiera de los derechos individuales que otorga, quiere establecer **diferentes niveles de protección frente al despido del trabajador que los ejerce**. Una **protección propia de la tutela antidiscriminatoria en el caso de los permisos de paternidad, parental o para cuidados**, pero solo en relación con el despido. Una protección

.....

84 Sin perjuicio del establecimiento de regímenes probatorios más favorables para la parte demandante y con las salvedades que los Estados pueden establecer en los procesos penales y en los procedimientos con instrucción por el órgano competente, basta con que la persona que se considere perjudicada aporte indicios para que sea la parte demandada la que tenga que demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato.

85 A la que, de acuerdo con su art. 19, se entenderán hechas, a partir del 2 de agosto de 2022 y con arreglo a la tabla de correspondencias del anexo I, las referencias a la Directiva 2010/18/CE. Aunque la referencia es a la Directiva 96/34/CE, debe entenderse hecha a la Directiva 2010/18/CE en virtud de su art. 4.

86 Incluidos en la tabla de correspondencias del anexo I. Se entiende, con todo, que si hay un acto discriminatorio por razón de sexo, la tutela operará directamente *ex art. 19*, esté o no el supuesto incluido en el ámbito de las citadas Directivas. También respecto de los permisos por paternidad y para cuidadores.

87 Deja fuera los despidos discriminatorios por conciliación que puedan traer su causa en la solicitud y disfrute de fórmulas de trabajo flexible o de permisos de ausencia por fuerza mayor familiar, que podrían subsumirse, junto con los permisos parentales, en la protección más genérica, frente a tratamientos presumiblemente discriminatorios, del art. 19 de la Directiva 2006/54/CE, pero solo ante situaciones de discriminación por razón de género.

más débil, que no comporta inversión de la carga de la prueba, para el despido del trabajador que se acoge a fórmulas de trabajo flexible, aunque el trabajador puede pedir al empleador que fundamente, no necesariamente por escrito, las causas del despido. Y una **protección menor, sin inversión de la carga de la prueba ni motivación del despido, en el caso de trabajadores que ejercitan su derecho a permisos de fuerza mayor familiar**. Y todo ello **sin perjuicio de que si hay trato discriminatorio por razón de género** pueda aplicarse la tutela del **art. 19 de la Directiva 2006/54/CE**⁸⁸.

.....

88 La tutela antidiscriminatoria por conciliación se completa en los arts. 13 y 14. El primero, como se ha dicho, exige establecer sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias frente a la infracción de las disposiciones nacionales de trasposición de la Directiva o relativas a los derechos que entran en el ámbito de aplicación de la misma. Pueden ser sanciones administrativas y económicas, como multas o el pago de indemnizaciones, o de otro tipo. El art. 14 trata de garantizar una protección judicial adecuada contra cualquier trato desfavorable por parte del empleador o contra cualquier represalia resultante de una denuncia o procedimiento relacionado con los derechos contemplados en la Directiva.