

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^{*/**}

Work life balance: overview after the Directive proposal presented
by the European Commission on April 26 2017

MARÍA AMPARO BALLESTER PASTOR

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Valencia

Orcid: 0000-0002-3555-2003

DOI: 10.1387/lan-harremanak.18893

Recibido: 01-09-2017

Aceptado: 30-09-2017

ABSTRACT

En el trabajo se realiza un análisis crítico de la normativa española y de la Unión Europea sobre conciliación de responsabilidades a la luz de la propuesta de Directiva recientemente presentada por la Comisión Europea en 2017. En el segundo apartado, después de la introducción, se analizan las sentencias del TJUE y del TC más relevantes, se exponen argumentos doctrinales y se concluye en la necesidad

* http://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:84205176-2b39-11e7-9412-01aa75ed71a1.0004.02/DOC_1&format=PDF (texto de la propuesta).

** Ponencia presentada en el Curso de Verano de la Universidad Pública de Navarra (UPNA) «Nuevos retos en materia de igualdad laboral tras diez años de aprobación de la LOI», celebrada en Pamplona los días 21 y 22 de septiembre de 2017 y organizado por el Departamento de Derecho Privado (UPNA).

de reforzar la conexión entre conciliación de responsabilidades y discriminación por razón de sexo. En el tercer apartado se analiza el permiso de paternidad en la propuesta de directiva de 2017 y se compara con el actual permiso de paternidad existente en España. En el cuarto apartado se presenta una reflexión crítica sustentada en la necesidad de reforzar los mecanismos de adaptación del trabajo y de fomento de la corresponsabilidad. En el último apartado se exponen las dificultades todavía existentes para garantizar una adecuada protección frente al despido por razones vinculadas al cuidado de dependientes.

Palabras clave: conciliación de responsabilidades, discriminación por razón de sexo.

■ *This paper presents a critical analysis of the Spanish legislation and of the European Union legislation about the subject of the work life balance using as a point of reference the recently submitted by the European Commission Directive Proposal. In the second section of the article, after the introduction, a detailed analysis of the most relevant judgments of the CJEU and of the TC is presented in order to support the need to reinforce the connection between work-life balance and discrimination by the ground of sex. The third section analyzes the paternity leave in the Directive proposal of 2017 and it is compared with the currently existing paternity leave in Spain. In the fourth section a critical analysis is presented based on the need to strengthen the mechanisms of adaptation of the work to life and to the promotion of sharing of family responsibilities. The last section sets out the difficulties still existing to ensure adequate protection against dismissal for reasons related to the care of dependents.*

Keywords: work- life balance, discrimination by the ground of sex.

SUMARIO

1. Introducción. 2. La propuesta de Directiva y el dilema de la conexión entre discriminación por razón de sexo y discriminación por conciliación. 3. El permiso de paternidad en la propuesta de Directiva. 4. Los derechos de ausencia: el permiso parental, el permiso para cuidadores y el permiso por fuerza mayor. 4.1. Permisos parentales. 4.2. El permiso para cuidadores. 4.3. Permiso por fuerza mayor. 5. El derecho al trabajo flexible. 6. La protección frente al despido.

1. Introducción

Cuando el 26 de abril de 2017 se hizo pública la propuesta de Directiva que la Comisión Europea había preparado «relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores» suscitó una mezcla de entusiasmo, incredulidad y desasosiego. Suscitaba entusiasmo porque parecía la culminación de un proceso. Efectivamente, la cuestión de la conciliación de responsabilidades aparecía en los documentos recientes de la Unión Europea como una de las políticas que menos recelos y susceptibilidades suscitaba en un contexto generalizado de retroceso de derechos sociales. De hecho la propuesta de Directiva se presentó como una de las primeras iniciativas en desarrollo del Pilar Europeo de Derechos Sociales, como parte de la ejecución del *Compromiso de Estrategia para la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres (2016-2019)*¹ y, por ende, como parte fundamental del programa de trabajo de la Co-

¹ En el Compromiso Estratégico 2010-2019 se establece como objetivo general el «Aumento de la participación de la mujer en el mercado laboral y promoción de la igual independencia económica de mujeres y hombres». Entre las acciones clave constan las siguientes: «Modernización del marco jurídico actual de la UE: garantía de un mejor cumplimiento y, si procede, adaptación de la legislación en materia de permisos y de modalidades de trabajo flexible, previa consulta con los interlocutores sociales, para ofrecer un mejor equilibrio entre la vida profesional y laboral a los padres y a quienes tienen personas a su cargo (2016-2019) / Establecimiento de un marco estratégico amplio que respalde la participación de los padres en el mercado laboral y uso más equitativo de las modalidades de trabajo flexible y de los permisos, incluida la posibilidad de considerar el uso específico de las herramientas financieras de la EU para apoyar a los Estados miembros y fomentar la sensibilización (2016); ... Entre los objetivos concretos se señala el siguiente (Anexo I): ...—Lograr una distribución más equitativa entre mujeres y hombres del tiempo dedicado a la familia y las tareas domésticas y mejorar las posibilidades de equilibrar las responsabilidades familiares y profesionales...».

misión Europea para 2017. También era cierto que, desde el Asunto *Roca Álvarez*, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) había introducido la finalidad corresponsabilizadora en lo que era exigible a los Estados miembros con relación a los permisos parentales (*infra*). Pero, pese a todo, era difícil creer que las cosas iban a evolucionar tan rápido y tan fácilmente. A fin de cuentas se habían aprobado ya dos Directivas sobre el tema de la conciliación (aunque nunca apareció este término en sus títulos) que fueron la Directiva 96/34² y la Directiva 2010/18³, ambas de «permisos parentales». En ninguna de ellas existían conexiones rotundas con la cuestión de la discriminación por razón de género (más allá de meros guiños) y en ninguna de ellas se superaba tampoco el discreto espacio de los permisos parentales estrictos. Cierta objetividad de corresponsabilidad y flexibilidad aparecía en la Directiva 2010/18, pero desde luego no había sido establecido con demasiada contundencia. Asimismo, estaba reciente el fracaso en la reforma de la Directiva de maternidad (la todavía vigente Directiva 92/85⁴) a partir de la definitiva retirada de la enésima propuesta de Directiva en 2015. Si hasta ahora no había sido posible conectar la protección de la maternidad con la discriminación por razón de género por medio de una nueva Directiva, más difícil parecía conectar la cuestión de los cuidados con la discriminación por razón de género por medio de otra. Ni siquiera la *Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea* (CDFUE) introdujo un derecho a la conciliación de mayor intensidad del que hasta entonces se había reconocido⁵.

Una lectura más pausada de la propuesta de Directiva hace que el inicial entusiasmo se vaya moderando, pero, pese a todo, debe reconocerse que la propuesta tiene un gran interés. Está por ver si las interesantes propuestas se diluirán en el marco de las negociaciones o terminarán extraviadas en los dilemas que se adivinan en el texto y que la propuesta no se atreve a resolver con la suficiente contundencia. Es más que posible que esta propuesta inicial se haya presentado por la Comisión Europea con altas expectativas a efectos de compensar las inevitables rebajas que deban asumirse durante el proceso de aprobación. En todo caso, pase lo que pase finalmente con esta propuesta, su formulación y su propia

² Directiva 96/34/CE del Consejo de 3 de junio de 1996 relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES.

³ Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo de 2010, por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, celebrado por BUSINESSSEUROPE, la UEAPME, el CEEP y la CES, y se deroga la Directiva 96/34/CE.

⁴ Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia.

⁵ El art. 33 CDFUE es bastante modesto: «*Vida familiar y vida profesional. 1. Se garantiza la protección de la familia en los planos jurídico, económico y social. 2. Con el fin de poder conciliar vida familiar y vida profesional, toda persona tiene derecho a ser protegida contra cualquier despido por una causa relacionada con la maternidad, así como el derecho a un permiso pagado por maternidad y a un permiso parental con motivo del nacimiento o de la adopción de un niño.*».

estructura aparecen como interesantes pilares en torno a los que comentar el actual estado de la cuestión de la conciliación de responsabilidades en el ámbito de la Unión Europea y en España. Esta es la explicación de que el texto de la propuesta de Directiva sea el eje de lo que se expone a continuación.

No tendría demasiada utilidad una exposición de la propuesta de Directiva utilizando la metodología de análisis normativo porque es dudoso que, en caso de aprobarse, la literalidad de la misma se mantuviera en una eventual Directiva definitiva. Solo es adecuado en este momento realizar un análisis de tendencias y por eso solo esta perspectiva se utiliza en las páginas que siguen. Hay cinco temas en los que se advierte cierta evolución o cambio de perspectiva a partir del texto de la propuesta y por ello serán objeto de análisis: la conexión entre la discriminación por razón de sexo y la discriminación por conciliación; el permiso de paternidad; los derechos de ausencia o permisos parentales; el derecho al trabajo flexible; y la protección frente al despido. Por lo demás, hay ciertos temas que apenas se modifican (por ejemplo, el permiso por fuerza mayor familiar) o que se alteran levemente al alza como la garantía de que el ejercicio de los derechos de conciliación no afecte a los derechos laborales del trabajador/a: en el artículo 10 de la propuesta se hace referencia a que el trabajador/a beneficiario/a de los derechos de conciliación tiene derecho a «*beneficiarse de cualquier mejora de las condiciones laborales a la que hubieran tenido derecho durante su ausencia*». Debe señalarse que el TJUE ha establecido hasta la fecha una interesante doctrina que, con carácter extensivo y apenas condicionado, establece que ningún derecho laboral puede perderse como consecuencia del disfrute de permisos parentales. Ello implica, por ejemplo, que se mantiene el derecho (incluso la expectativa) a las vacaciones⁶ y también que en caso de despido el salario relevante a efectos de cálculo de la correspondiente indemnización es el salario por trabajo a tiempo completo, y no el correspondiente a reducción de jornada si el trabajador/a estuviera en esta situación por causa de conciliación⁷. No alcanza, sin embargo, a los derechos de seguridad social, que la propuesta no se atreva a equiparar a las condiciones laborales, y que también el TJUE se ha resistido hasta ahora a reconocer⁸.

⁶ Asunto *Zentralbretiesbrat*, (Comité de empresa de Hospitales del Tiro), STJUE de 22 de abril de 2010, C-486/08. Esta sentencia configuró el derecho a que el disfrute de un permiso parental de dos años no supusiera la pérdida del derecho a las vacaciones correspondientes al periodo de tiempo trabajado anterior al permiso parental que no tuvo reflejo en el correspondiente disfrute de vacaciones. Dicho reconocimiento se estableció con carácter absoluto e incondicionado, aun a costa de que el derecho a las vacaciones garantizado perdiera cierta causalidad o justificación al ser reconocida hasta dos años después de su generación.

⁷ Asunto *Meerts*, STJUE de 22 de octubre de 2009, C-116/08.

⁸ Asunto *Gómez Limón*, STJUE de 16 de julio de 2009, C-537/07. El TJUE consideró en esta sentencia que no era contrario a la Directiva 79/7 (antidiscriminatoria por género en el ámbito de la seguridad social) que la prestación de seguridad social de la trabajadora en reducción de jornada por cuidado de hijos se calculara exclusivamente conforme al salario reducido por reducción de jornada.

2. La propuesta de Directiva y el dilema de la conexión entre discriminación por razón de sexo y discriminación por conciliación

La propuesta de Directiva de 2017 parte de la Directiva 2010/18 de permisos parentales a la que quiere reemplazar para reforzarla y superarla en dos sentidos: de un lado, la propuesta renuncia a que la aprobación de la nueva Directiva se realice por medio del procedimiento de acuerdo marco por parte de los interlocutores sociales (el procedimiento utilizado por las Directivas de permisos parentales anteriores) y que probablemente fue, en parte, responsable de la tibieza en el contenido de ambas; de otro lado, la nueva propuesta supera ya en su título el tema general de las Directivas previas, al no referirse a los permisos parentales, sino a la conciliación de responsabilidades.

En el artículo primero de la propuesta aparece su rasgo distintivo más interesante cuando señala que «*la presente Directiva establece requisitos mínimos destinados a lograr la igualdad entre hombres y mujeres*». Las Directivas previas de permisos parentales no se atrevieron a formalizar de manera rotunda la conexión de las actividades de cuidado y la igualdad entre hombres y mujeres más allá de meras referencias generales en las exposiciones de motivos⁹. Debe decirse que, hasta ahora, tampoco el TJUE ha sido demasiado rotundo al respecto. De hecho el TJUE ha establecido que no supone discriminación indirecta por género que una normativa estatal reconociera la antigüedad correspondiente al servicio militar pero no hiciera lo mismo con relación a la excedencia por cuidado de hijos (Asunto *Gewerkschaftsbound*¹⁰). Sin embargo, más recientemente, el TJUE ha reconocido la posibilidad de que el trato peyorativo dispensado a quien asuma un permiso parental suponga una discriminación indirecta por razón de sexo, dada la mayor participación femenina en estos permisos, aunque para ello el juez nacional deberá analizar si dicha mayor afectación femenina se produce (Asunto *Riezniece*¹¹). Desde luego, estos pronunciamientos no tienen nada que ver con los que establecieron desde la década de los 90 que la discriminación por razón de maternidad constituye una discriminación directa por razón de sexo (Asunto *Dekker*¹²).

En algunas sentencias del TJUE el Tribunal de Luxemburgo parece aceptar la conexión entre la discriminación por razón de sexo y las actividades de

⁹ En el apartado 8 de la exposición de motivos de la Directiva 2010/18 aparece la siguiente referencia: «*Dado que los objetivos de la presente Directiva, a saber, la mejora de la conciliación de la vida profesional, privada y familiar para los trabajadores con hijos y la igualdad entre hombres y mujeres por lo que respecta a las oportunidades en el mercado laboral y al trato en el trabajo en toda la Unión, no pueden ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros y, por consiguiente, pueden lograrse mejor a nivel de la Unión...*». De aquí puede deducirse que uno de los objetivos de la conciliación es la igualdad real entre hombres y mujeres, pero es significativo que aparezca de una forma tan alambicada.

¹⁰ STJUE de 8 de junio de 2004, C-220/02.

¹¹ STJUE de 20 de junio de 2013, C-7/12.

¹² STJUE de 8 de noviembre de 1990, C-177/88.

cuidado, pero lo hace de modo parcial. Es el caso de la sentencia dictada en el Asunto *Roca Álvarez*¹³. Como se sabe, en este caso el TJUE estableció que los permisos parentales no podían atribuirse exclusiva o preferentemente a las mujeres, porque ello implicaba la perpetuación en ellas de los roles de cuidado, lo que suponía una discriminación por razón de sexo. Pero inmediatamente se advierte que el tema de esta sentencia es el eventual trato diferenciado entre trabajadores hombres/padres y trabajadoras mujeres/madres. Esta sentencia se integra, por tanto, entre las muchas otras que establecen la obligatoriedad de que cualquier beneficio relacionado con el cuidado se refiera tanto a hombres como a mujeres. Pero no hay sentencias del TJUE en las que expresamente se establezca que una discriminación peyorativa por razón del ejercicio de los derechos de conciliación (y no por la falta de ejercicio de los mismos como en el Asunto *Roca Álvarez*) constituya una discriminación por razón de sexo ante el empresario. En el único caso en que el TJUE reconoció que había existido una discriminación a partir del trato peyorativo recibido por una trabajadora como consecuencia del tiempo dedicado al cuidado dispensado a su hijo discapacitado, la discriminación reconocida no lo fue por razón de sexo sino por razón de la discapacidad del hijo (lo que a su vez dio lugar a la ya conocida doctrina de la discriminación refleja o por vinculación, Asunto *Coleman*¹⁴, que no dejaba de ser un tanto extravagante.

No se atreve la propuesta de Directiva, sin embargo, a establecer con total rotundidad que una discriminación por razón de conciliación sea una discriminación por razón de sexo ante el empresario. En tal sentido, reproduce la indefinición del propio TJUE. La propuesta se queda en un discreto lugar intermedio cuando en su art. 11 establece, bajo la rúbrica *No discriminación* lo siguiente: «*Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para prohibir que los trabajadores reciban un trato menos favorable por haber solicitado o disfrutado de uno de los permisos... o por haber ejercido el derecho a solicitar las fórmulas de trabajo flexible...*». Se reconoce, pues que está prohibida la discriminación por conciliación, pero como causa autónoma, sin que quede expresamente vinculada a la discriminación por razón de sexo. Probablemente en esta reticencia de la propuesta late la dificultad para reconocer la existencia de discriminación por razón de sexo cuando quien la alega es un hombre, porque la vinculación entre conciliación y discriminación por sexo vendría por la asunción mayoritariamente femenina de estas tareas. Es una dificultad que debiera estar ya superada, porque es sabido que pueden ser objeto de discriminación indirecta por razón de sexo tanto las mujeres como los hombres. Y con relación a la discriminación directa por razón de sexo en materia de conciliación, el propio TJUE en el Asunto *Roca Álvarez* la reconoció cuando la víctima era un hombre. Probablemente en el fondo hay un dilema más profundo, que la Comisión Europea en su propuesta

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

¹⁴ STJUE de 17 de julio de 2008, C-303/06.

no se atreve a resolver, en torno a la naturaleza directa o indirecta de la discriminación por razón de sexo ocasionada como consecuencia de los cuidados dispensados a dependientes. Existen argumentos más que suficientes para considerar que el trato peyorativo por razón de conciliación constituye discriminación directa por razón de sexo puesto que cuando se produce, tanto contra mujeres como contra hombres, se están aplicando estereotipos de género. Efectivamente, el trato peyorativo al hombre que lleva a cabo actividades de cuidado se produce porque asume una actividad atribuida a las mujeres y eso es una discriminación directa por razón de sexo¹⁵. Pero aun enervando esta argumentación, las mujeres desarrollan mayoritariamente las actividades de cuidado, por lo que el trato peyorativo dispensado por esta causa debiera constituir al menos discriminación indirecta por razón de sexo. Esta calificación debería ser incuestionable si se aplican los parámetros estadísticos relevantes para la discriminación por razón de género. Esta misma dificultad para reconocer la asimilación entre discriminación por razón de sexo y discriminación por conciliación existe también en el propio Tribunal Constitucional (TC) español que, a lo sumo, ha reconocido la «dimensión» constitucional que tiene la discriminación por razón de conciliación, pero sin llegar a reconocer expresamente la conexión con la discriminación por razón de sexo. Así, en la STC 26/2011 de 14 de marzo, al otorgar el amparo, el Tribunal Constitucional reprochó a los órganos jurisdiccionales que no se hubieran planteado la cuestión de si denegar al trabajador demandante la pretendida asignación del horario nocturno constituía o no un obstáculo para la compatibilidad de su vida familiar y laboral, lo que, en atención a las circunstancias concurrentes, suponía no valorar adecuadamente la dimensión constitucional ex art. 14 CE en relación con el art. 39 CE del Asunto planteado.

Debe reconocerse, sin embargo, que la propuesta de Directiva de 2017 intenta una interesante aproximación a la discriminación por razón de sexo cuando incorpora una serie de preceptos para la garantía y efectividad del derecho a la no discriminación por razón de conciliación que se asemejan considerablemente a los preceptos similares de la Directiva antidiscriminatoria por razón de género (la Directiva 2006/54). Así, por ejemplo, el inédito art. 12 de la propuesta establece una protección contra el despido por conciliación, a la que apareja modificación de la carga de la prueba, que se asemeja mucho a la establecida para la discriminación por razón de sexo. Tampoco estaba en las Directivas de permisos parentales lo establecido en los artículos 13 y 14 de la propuesta de Directiva. En efecto, no existían en las Directivas de permisos parentales previas ni previsiones en relación con la necesidad de que existan sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias frente a conductas contrarias a los derechos de conciliación (art. 13 de la propuesta), ni previsiones para la efectiva protección de las víctimas (art. 14 de

¹⁵ Así lo entiende LOUSADA AROCHENA, F.: *El derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, pág. 399 y ss.

la propuesta). Todas ellas son previsiones para la efectividad muy típicas de todas las Directivas antidiscriminatorias (la Directiva 2006/54, la Directiva 2000/43 y la Directiva 2000/78). La conciliación de responsabilidades parece elevarse, de hecho, al espacio de protección dispensado por las directivas antidiscriminatorias.

Una última evidencia del gran dilema al que se enfrenta la propuesta de Directiva a la hora de establecer la conexión con la discriminación por razón de género surge en su art. 15. Este precepto se titula *Organismos de fomento de la igualdad* y en él se establece la obligación de que los Estados miembros garanticen que los organismos del art. 20 de la Directiva 2006/54 (institutos de la mujer y similares) deberán ser competentes también para «*las cuestiones que entren en el ámbito de la presente Directiva*». Es una referencia sutil pero sin duda muy significativa de la evidente conexión que hay entre discriminación por sexo y por conciliación que la propuesta apunta de una manera reiterada pero sin atreverse a formularla expresamente.

Esta configuración del principio no discriminatorio por causa de conciliación y la resistencia en la propuesta de Directiva a conectarla con la discriminación por razón de género suscita una consecuencia de no poca relevancia. De aprobarse sería una directiva antidiscriminatoria en la que la causa de trato diferenciado peyorativo no es una de las expresamente mencionadas en el art. 19 del TFUE (sexo, etnia, religión, convicciones, edad, discapacidad y orientación sexual). Ciertamente existen otras directivas en las que también se establece la prohibición de discriminación por la naturaleza del contrato (por ejemplo, la contratación temporal de la Directiva 99/70 o el trabajo a tiempo parcial de la Directiva 97/81). Pero claramente estas prohibiciones de discriminación son diferentes de las causas de discriminación subjetivas nacidas a partir de las causas del art. 19 TFUE: ni el tiempo parcial ni la contratación temporal comparten la estigmatización subjetiva que suponen las causas «verdaderas» de discriminación. La cuestión es que la discriminación por conciliación que se configura en la propuesta de Directiva de 2017 comparte los rasgos característicos de estas causas de discriminación subjetivas pero no está expresamente enunciada en el art. 19 TFUE, ni acaba de vincularse totalmente a la discriminación por razón de sexo. De aprobarse la Directiva tendría que resolverse un dilema todavía mayor que el de la vinculación entre discriminación por razón de sexo y conciliación que la Comisión Europea pretende eludir en su propuesta. Tal vez tendría que considerarse que la discriminación por conciliación podría ser una causa de discriminación surgida a partir de la cláusula antidiscriminatoria abierta del art. 21 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea¹⁶, en cuyo caso probablemente podrían incorporarse nuevas causas.

¹⁶ El art. 21 de la Carta de Derechos fundamentales no contiene un elenco cerrado de causas de discriminación prohibida. Comienza de la siguiente forma: «*Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de...*».

3. El permiso de paternidad en la propuesta de Directiva

Uno de los aspectos más novedosos de la propuesta de Directiva es la configuración del permiso de paternidad en su artículo 4. Se configura como de atribución exclusivamente masculina (los padres) y con una duración mínima de diez días laborables. Lo más relevante, sin embargo, no se encuentra en el art. 4 sino en el art. 8 de la propuesta, en el que se establece que el sujeto que acceda al permiso de paternidad debe recibir «una remuneración o una prestación económica adecuada equivalente al menos a la que recibirían en caso de baja por enfermedad». El art. 8 de la propuesta es probablemente su precepto más utópico, puesto que no solo reconoce esta retribución adecuada para quien accediera al permiso de paternidad, sino también para quien accediera a los permisos parentales y para cuidadores establecidos en sus arts. 5 y 6. Es innecesario recalcar el alto coste que puede implicar la garantía de ingresos adecuados establecida en el art. 8 de la propuesta a todos los sujetos que accedieran a permisos parentales, de paternidad o de cuidado de dependientes. Aunque el art. 8 de la propuesta no llega a configurar la garantía de percepción de los ingresos íntegros previos en estos supuestos, y aunque el concepto de adecuación puede ser interpretado con gran flexibilidad, lo cierto es que puede implicar un coste difícil de asumir, al menos en los términos establecidos en la propuesta (mínimo de la percepción de prestación por enfermedad).

Debe constatar que en la propuesta de Directiva se ha querido unificar la garantía retributiva en el caso del permiso de paternidad con la garantía retributiva de los permisos parentales y para el cuidado de dependientes. La unificación de la cuantía de todos ellos se ha realizado tomando como punto de referencia lo establecido en la Directiva de maternidad (Directiva 92/85) para el permiso de maternidad. Esta unificación en la cuantía entre lo percibido durante el permiso de maternidad de la Directiva de maternidad y lo percibido durante el permiso de paternidad contenido en la propuesta de Directiva es, en parte, consecuente con los antecedentes del permiso de paternidad en la Unión Europea. Es sabido que el permiso de paternidad fue uno de los contenidos más polémicos propuestos para la reforma de la Directiva de maternidad. Efectivamente, uno de los principales objetivos para la reforma de la Directiva 92/85 era incorporarle contenido antidiscriminatorio y, por tanto, fomentar la vertiente corresponsabilizadora. En este contexto, el permiso de paternidad propuesto en la reforma de la Directiva 92/85, de disfrute exclusivo paterno, se configuraba como medida antidiscriminatoria en cuanto dirigido al fomento de la corresponsabilidad. De hecho resultaba una medida fundamental para compensar el disfrute obligatorio del permiso de maternidad. Como se sabe, ni la vinculación de la protección por maternidad a la discriminación por razón de sexo prosperó ni tampoco este permiso de paternidad como contrapartida y complemento del permiso de maternidad. El permiso de paternidad ha surgido, sin embargo, en la propuesta de

Directiva de 2017 de conciliación de responsabilidades, pero lo ha hecho reproduciendo la retribución establecida para el permiso por maternidad en la Directiva 92/85, recordando esta relación de necesaria complementariedad entre uno y otro que constaba en la propuesta de reforma de la Directiva 92/85. Lo que no acaba de explicarse demasiado es que esta misma retribución se haya establecido en la propuesta para los que accedieran a permisos parentales y de cuidados de dependientes. Es una garantía tal vez excesiva, teniendo en cuenta las diversas modalidades de permisos parentales que pueden existir (por ejemplo, reducción de jornada) y la extensa duración que garantizan algunos ordenamientos. De hecho la garantía de ingresos adecuados en caso de permisos parentales de larga duración podría ser incluso una figura no demasiado conveniente, en cuanto pudiera promover las salidas de larga duración del mercado de trabajo que, en la práctica, suelen realizar mayoritariamente las mujeres trabajadoras. En fin, la propuesta de directiva aplica una técnica de garantía retributiva uniforme para todos los tipos de permisos que regula, sin diferenciar entre ellos y sin advertir que la finalidad del permiso de paternidad y el permiso de maternidad se asemejan entre sí, pero no necesariamente ambos se asemejan a los permisos parentales o de cuidados de dependientes. Debe advertirse, asimismo, de que para asegurar que los padres solicitan el permiso de paternidad debiera garantizarse no solo una retribución adecuada sino una retribución similar a la percibida anteriormente. Unificando la retribución correspondiente en todos los permisos de la propuesta de Directiva en su art. 8 se ha producido el efecto de que la retribución para parentales y cuidado de dependientes es excesiva y la percepción en permiso de paternidad es insuficiente para asegurar su efectividad como instrumento para el reparto de responsabilidades.

La duración mínima establecida en la propuesta de Directiva de 2017 de diez días laborables es ciertamente interesante pero claramente insuficiente, puesto que son necesarios tiempos de permiso de paternidad más largos para asegurar la aproximación a los periodos de ausencia maternos (siquiera por asimilación al permiso de maternidad), para consolidar efectivamente en la unidad familiar el reparto de responsabilidad y también para alterar los prejuicios y expectativas empresariales. Adviértase, en todo caso que lo fundamental para que el permiso de paternidad sea operativo es que sea solicitado, y para ello lo más relevante es que se garantice una renta de sustitución que resulte de interés para el solicitante y la unidad familiar. Por ello, de plantearse el dilema de mayor duración o mayor garantía retributiva, debiera resolverse dando preferencia a esto último. En efecto, tendría muy escasa virtualidad como instrumento para la igualdad efectiva un permiso de paternidad disuasorio, por carecer de garantía retributiva o por tener una garantía retributiva insuficiente, independientemente de la duración que se estableciera.

El permiso de paternidad configurado en la propuesta de Directiva de 2017 es un permiso de titularidad masculina. El art. 4 de la propuesta realiza una for-

mulación clásica de este tipo de permisos que tiene por finalidad el reparto de responsabilidades y, por ende, la igualdad efectiva entre hombres y mujeres. De hecho el permiso de paternidad aparece expresamente en el primer artículo de la propuesta, aquel en el que se constata el objetivo de consecución de la igualdad entre hombres y mujeres. Sabido es que en España la suspensión/prestación de paternidad de cuatro semanas no se reconoce al padre sino al «otro progenitor», lo que solo aparentemente podría suscitar dudas de adecuación a esta formulación de la propuesta. Sin embargo, la discordancia es solo aparente porque el reconocimiento al «otro progenitor» impide la acumulación del permiso a la madre en las unidades familiares heterosexuales (que es el objetivo pretendido por el permiso de paternidad) y sirve sencillamente para añadir otros posibles beneficiarios en las unidades homosexuales, lo que no desvirtúa el sentido del permiso de paternidad de la propuesta. Existiría, no obstante, un problema en el ordenamiento español en el caso del permiso de paternidad en adopción, puesto que tal y como actualmente se configura en el ordenamiento español¹⁷ cabe la posibilidad de que en una sola persona (que previsiblemente en la mayoría de las ocasiones podría ser la madre) recaigan tanto la mayoría del permiso de maternidad (con la sola condición de que algo del mismo sea transferido al otro) y todo el permiso de paternidad. En tales casos se produciría un efecto contrario al pretendido por el permiso de paternidad configurado en la propuesta de directiva, puesto que un permiso configurado para una concreta y clara finalidad (titularidad exclusiva paterna para reparto de responsabilidad) termina en España justificando un incremento de la ausencia femenina del trabajo para el cuidado familiar.

4. Los derechos de ausencia: el permiso parental, el permiso para cuidadores y el permiso por fuerza mayor

El art. 5 de la propuesta de Directiva se refiere a los permisos parentales, estableciendo interesantes innovaciones respecto a lo establecido en la actual Directiva de permisos parentales, 2010/18. Por su parte, el art. 6 de la propuesta introduce con carácter novedoso el «permiso para cuidadores». Del juego de ambos preceptos y de su comparativa con el texto de la Directiva 2010/18 es posible advertir un muy interesante cambio de perspectiva. También de interés resultan las aparentemente leves diferencias que presenta la propuesta de Directiva con relación al permiso por fuerza mayor familiar. No sería operativo realizar

¹⁷ El art. 48.7 segundo párrafo ET establece lo siguiente: «...En los supuestos de adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, este derecho corresponderá solo a uno de los progenitores, a elección de los interesados; no obstante, cuando el periodo de descanso regulado en el apartado 5 sea disfrutado en su totalidad por uno de los progenitores, el derecho a la suspensión por paternidad únicamente podrá ser ejercido por el otro».

un estudio comparativo exhaustivo entre el texto vigente y un texto apenas proyectado (y que muy probablemente será objeto de revisión, si alguna vez llegara a aprobarse). En todo caso, es razonable un análisis en superficie, siquiera para presentar las carencias y defectos de la Directiva 2010/18 detectadas por quienes redactaron la propuesta de 2017. Se presenta seguidamente un sumario de algunos aspectos de interés de la propuesta en torno al triple eje constituido por el permiso parental, el permiso de cuidadores y el permiso por fuerza mayor. En cada uno de los tres ejes se realizará una breve reflexión en relación con la situación en España.

4.1. Permisos parentales

(i) La propuesta de Directiva insiste en el objetivo de intransferibilidad de los permisos que se apunta en el art. 2 de la Directiva 2010/18, pero de modo más comprometido: la propuesta establece que al menos cuatro meses del permiso parental deben ser reconocidos con carácter individual a cada progenitor y deben ser intransferibles. Por lo demás, la edad de referencia del hijo para dicho permiso pasa de 8 años a 12 años. Adviértase que el objetivo de la intransferibilidad queda establecido para evitar la acumulación de permisos en uno solo de los miembros de la unidad familiar por cuanto la acumulación suele recaer en la madre. Es, por tanto, un instrumento para el reparto similar en su finalidad al permiso por paternidad.

(ii) El permiso parental configurado en la propuesta de Directiva de 2017 supera definitivamente la cuestión de la adopción y se refiere indistintamente al «hijo», independientemente de su filiación. De hecho, en el art. 3.b de la propuesta, en el apartado de definiciones, el permiso parental se refiere al «nacimiento o la adopción». En ordenamientos como el español esta asimilación no plantearía problemas de adecuación al texto de la propuesta pero existen otros países en los que los permisos parentales son diferentes para los progenitores adoptivos. Podría plantearse entonces si esta diferencia se acomodaría a no a la eventual Directiva que se aprobara (ello aun suponiendo que el permiso por adopción cumpliera los estándares fijados por aquella).

(iii) Durante el permiso parental, conforme al art. 8 de la propuesta de Directiva, debe garantizarse que los trabajadores reciban una «remuneración o prestación económica adecuada, equivalente al menos a la que recibirían en caso de baja por enfermedad». Esta garantía retributiva no se establece para todos los permisos parentales que se pudieran configurar en un ordenamiento, sino tan solo para «uno» de los permisos contemplados en los art. 4 (permiso de paternidad), 5 (permiso parental) y 6 (permiso para cuidadores) de la propuesta. Esa referencia a «uno» parece que quiere decir que no es necesario que todos los permisos parentales, todos los permisos de paternidad y todos los permisos para cuidadores de un país deban ser retribuidos en los términos del art. 8

de la propuesta de Directiva, sino solo uno de cada una de las tres modalidades. Ello, por tanto, permitiría que fueran varios los permisos parentales reconocidos en un Estado, no debiendo todos ser retribuidos, sino tan solo uno por un tiempo mínimo de cuatro meses. Pese a todo, ya se ha expuesto más arriba, que las expectativas de la propuesta podrían ser demasiado altas para ser asumidas por los Estados miembros que, hasta ahora, no han sido capaces de reconocer permisos mucho más moderados en su coste. Tal vez lo que quiere sugerir la propuesta de Directiva es que tan solo «una» entre las tres modalidades señaladas (paternidad, parentales y cuidadores) debe ser retribuida, pero ello podría dejar sin retribución el permiso de paternidad, lo que le haría perder sentido. En fin, esta indefinición es comprensible en una primera propuesta y sirve en todo caso para identificar el espacio dejado libre para las propuestas/negociaciones en la tramitación.

(iv) En la propuesta se intenta restringir la capacidad de negativa del empresario a la solicitud de permiso parental. El art. 5.5. de la propuesta es muy significativo porque se añade que el aplazamiento en el disfrute del permiso parental deberá hacerse *«por un periodo razonable»*, debe alterarse *«seriamente»* el funcionamiento empresarial y debe quedar justificado el aplazamiento *«por escrito»* por parte del empresario. De este modo, el derecho al permiso parental seguiría sin ser un derecho absoluto del trabajador/a pero se limitaría bastante la capacidad de oposición del empresario. Está por ver si esta pérdida de poder empresarial en aras a facilitar la conciliación podrá superar la tendencia a la mayor flexibilidad empresarial interna u organizativa que se sugiere en algunos documentos de la Unión Europea y que está formulada en las legislaciones de algunos Estados miembros (entre ellos España).

(v) El concepto de permiso parental se especifica de modo claro en el art. 3 de la propuesta. Es la *«ausencia del trabajo por motivo del nacimiento o la adopción de un hijo para cuidar de éste»*. Cualquier ausencia (a tiempo completo o parcial, cualquiera que fuera su modalidad o duración) entra, pues, en el concepto de permiso parental. Esto no plantea ninguna novedad respecto a lo establecido en la Directiva 2010/18 que igualmente reconocía la posibilidad de diversas modalidades de permiso parental. La propuesta, sin embargo, introduce una interesante precisión en su art. 5.6 porque señala que debe garantizarse el derecho al *«permiso parental a tiempo parcial, en bloques separados por periodos de trabajo o con arreglo a otras formas flexibles»*. El permiso parental a tiempo parcial equivaldría a la reducción de jornada; y el disfrute en bloques separados por periodos de trabajo parece hacer referencia a la posibilidad de fraccionar el permiso parental. Más difícil es identificar lo que significan otras *«formas flexibles»* (si consideramos que «permiso parental» hace referencia a ausencias y no a adaptación de jornada). Lo relevante es que el art. 5.6 de la propuesta establece que tanto el permiso parental a tiempo parcial (o reducción de jornada) como el fraccionamiento del permiso que se estableciera son derechos del trabajador/a

y no posibilidades legislativas de los Estados miembros. De este modo la propuesta de Directiva acota mucho más el espacio regulador de los ordenamientos y es considerablemente más específico en las obligaciones que formula. Es difícil saber si fórmulas de esta naturaleza serán fácilmente admisibles por los diferentes Estados, dado que las modalidades y formulaciones de los permisos parentales son muy diversas.

(vi) Es interesante destacar que la propuesta de Directiva de 2017 no ha querido pronunciarse expresamente acerca de una materia de gran interés que recientemente ha sido objeto de varios pronunciamientos del TJUE: la contradicción con el ordenamiento de la UE que supone la configuración de permisos parentales de titularidad exclusiva o preferentemente femenina. Este fue, precisamente, el objeto del Asunto *Roca Álvarez*. En este Asunto el TJUE estableció el carácter discriminatorio por razón de género de un permiso parental de titularidad preferentemente femenina, por lo que la norma de la UE incumplida fue la normativa antidiscriminatoria por razón de género (la anterior Directiva 76/207 que actualmente es la Directiva 2006/54). En una sentencia posterior, la dictada en el Asunto *Maïstrellis*¹⁸, que planteaba un supuesto muy similar al *Roca Álvarez*, el TJUE tuvo que resolver si la preferencia femenina en el acceso a los permisos parentales contrariaba también lo establecido en la Directiva de permisos parentales (la entonces Directiva 96/34, que actualmente es la Directiva 2010/18) llegando a la conclusión de que así era. Por tanto, la referencia al permiso parental «individual» que la Directiva de permisos parentales establece y que la propuesta de 2017 simplemente reproduce implica que no pueden establecerse preferencias femeninas en el disfrute de los permisos parentales. Esta igualdad entre hombres y mujeres en el acceso a los permisos parentales se inscribe en una tendencia jurisprudencial de mayor alcance que obliga a la eliminación de todos aquellos preceptos de las legislaciones internas que establezcan beneficios para las mujeres cuando aquellos conectan con el cuidado de los hijos si no se reconocen en igual medida para los hombres. Con relación al acceso a pensiones de naturaleza profesional (por tanto, no incluidas en el sistema de seguridad social) así se pronunció el TJUE en los Asuntos *Griesmar*¹⁹ y *Leone*²⁰. En el Asunto *Griesmar* el beneficio era exclusivamente femenino y, como tal, fue calificado como constitutivo de discriminación directa por razón de sexo. En el Asunto *Leone* el beneficio era de titularidad aparentemente indistinta para hombres y mujeres, pero los hombres tenían más dificultad para acceder a él por lo que fue considerado por el TJUE como constitutivo de discriminación indirecta por razón de sexo. Adviértase, asimismo, que cuando el TJUE ha admitido la validez de medidas que benefician a las mujeres en relación con actividades

¹⁸ STJUE de 16 de julio de 2015, C-222/14.

¹⁹ STJUE de 29 de noviembre de 2001, C-366/99.

²⁰ STJUE de 17 de julio de 2014, C-173/13.

de cuidado parental (Asunto *Lommers*²¹), lo ha hecho tras comprobar que dichas medidas tenían como finalidad corregir la infrarrepresentación femenina y teniendo en cuenta también todos los factores concurrentes. En definitiva, la prohibición de exclusividad o preferencia femenina en el disfrute de beneficios vinculados al cuidado de los hijos solo deja de aplicarse excepcionalmente con fundamento en la legitimidad de las medidas de acción afirmativa, lo que requiere un análisis exhaustivo de la medida en atención a su finalidad y proporcionalidad.

El tema de la falta de legitimidad comunitaria de los permisos parentales de titularidad exclusiva o preferentemente femenina suscita, al menos, dos temas de interés: (i) El primero guarda relación con la legitimidad de las diferencias en el acceso a los permisos parentales que se establecieran en beneficio de los hombres para promover el reparto de responsabilidades. El permiso de paternidad, expresamente recogido en la propuesta, sería el ejemplo más claro de medida diferenciadora legítima. La cuestión que se plantea es si serían legítimas otras medidas, no expresamente mencionadas en la norma de la UE, que eventualmente configuraran beneficios masculinos para el fomento de responsabilidades (en definitiva, que establecieran premiosa los hombres que asumen permisos parentales). A mi entender cabrían en el concepto de medida de acción afirmativa, aunque debe reconocerse que estas medidas de acción afirmativa «inversa» (por beneficiar a los hombres en primera instancia, para acabar beneficiando a las mujeres como colectivo) requieren en cada caso un análisis exhaustivo de legitimidad a la luz de su finalidad efectiva y proporcionalidad. (ii) El segundo guarda relación con el ámbito material del concepto de permiso parental en el que, salvo lo expuesto, no caben diferencias entre hombres y mujeres; y el permiso de maternidad (e incluso un eventual permiso por lactancia natural), que en la Directiva 92/85 se configuran como prerrogativas femeninas. La cuestión es si los Estados miembros tienen capacidad para establecer el tiempo de descanso calificable como de maternidad, en el que puede incluirse algún tiempo que no sea estrictamente el imprescindible para la recuperación de la madre tras el parto. Con relación a la lactancia, el TJUE ya señaló en el Asunto *Roca Álvarez* que no basta calificar por parte de un Estado un permiso como de lactancia para poder aplicarle la posibilidad de exclusividad o preferencia derivada de la Directiva 92/85. Como se sabe, en *Roca Álvarez* el TJUE analizó la naturaleza del permiso de lactancia español para llegar a la conclusión de que, al no tener finalidad de lactancia natural, debía considerarse permiso parental. Algo más compleja resulta la cuestión cuando se trata del permiso de maternidad, porque es un tiempo de descanso en el que se entremezclan la finalidad sanitaria estricta y la que implica cuidado parental. Debe tenerse en cuenta también que el permiso parental mínimo establecido en la Directiva de maternidad 92/85 es bastante reducido

²¹ STJUE de 19 de marzo de 2002, C-476/99.

(14 semanas) y que a partir del mismo, las duraciones concretas establecidas por cada Estado miembro son muy diferente. Podría plantearse, pues, si cabe considerar que a partir de cierta duración el permiso parental debiera considerarse permiso parental a efectos de que se aplicara la prohibición de exclusividad o preferencia femenina. El tema se resolvió ya desde antiguo por el TJUE dando como resultado una doctrina, no modificada hasta ahora, que otorga competencia a los Estados miembros para determinar la duración del permiso de maternidad a todos los efectos, incluyendo la preferencia o exclusividad femenina. La primera sentencia relevante se dictó en el Asunto *Hofmann*²². En ella el TJUE consideró que era legítimo atribuir en exclusiva a la madre un permiso de maternidad complementario al de maternidad estricto porque, aunque se ubicaba en un espacio temporal más lejano al parto, tenía como finalidad atender y proteger cierta especial relación entre la madre y el hijo que seguía vinculándose al alumbramiento. Independientemente de la valoración que merece que el TJUE considere que dicha relación especial solo puede existir entre madre e hijo y no entre padre e hijo, lo cierto es que el criterio sentado en el Asunto *Hofmann* se ha mantenido en los años sucesivos otorgando legitimidad a las atribuciones exclusivas o preferentes a la mujer de los permisos de maternidad en toda su duración, siempre y cuando esté conceptualizado como tal por el Estado miembro. Un ejemplo de esta doctrina se produjo en la sentencia dictada en el Asunto *Betriu Montull*²³. En este caso el TJUE analizó el permiso de maternidad español que, como se sabe, es de titularidad preferentemente femenina y de traslado condicionado y limitado al padre. Aplicó en este caso el TJUE la doctrina del Asunto *Hofmann* y estableció la conformidad al derecho europeo de la atribución exclusiva o preferente a la madre del permiso de maternidad en toda su extensión.

El ordenamiento español se acomoda actualmente a la fórmula de permisos parentales configurada en la Directiva 2010/18 pero probablemente no se acomodaría a una eventual Directiva que reprodujera los términos de la actual propuesta. La discordancia se produciría con relación al carácter retribuido de, al menos, un permiso parental de cuatro meses que establece la propuesta y que es inexistente en el ordenamiento español. Los únicos permisos parentales retribuidos en España son el permiso de lactancia (por retribución salarial a cargo del empresario), el permiso de una hora diaria por hospitalización de neonato (por retribución salarial a cargo del empresario), y la reducción de jornada por cáncer o enfermedad grave del hijo (por prestación de seguridad social). Cierta compensación por medio de cotización ficticia se establece en el ámbito de la seguridad social para el caso de la excedencia y la reducción de jornada. Sin embargo,

²² STJUE de 12 de julio de 1984, C-184/83.

²³ STJUE de 19 de septiembre de 2013, C-5/12.

resulta claro que ninguna de estas posibilidades se acomodaría a la retribución exigida en el art. 8 de la propuesta.

Hay otra cuestión que surge en el momento en que se especifica el alcance de las obligaciones de conciliación consistentes en permisos parentales por parte de los Estados miembros. Si se aprobara la propuesta tal cual está formulada en su primera versión, y salvando la cuestión retributiva, España cumpliría probablemente lo establecido en la propuesta pero solo si se admitiera que cabe un cumplimiento fraccionado. Esto es, España cumpliría la obligación de que exista un permiso parental a tiempo parcial porque existe reconocido el derecho a la reducción de jornada por cuidado de hijos o dependientes; y también está reconocido el derecho al fraccionamiento en el caso de la excedencia. Pero no existe propiamente el derecho a un permiso parental a tiempo completo, que pueda disfrutarse también a tiempo parcial y que pueda además fraccionarse (lo que solo se permite para el supuesto de excedencia). Surge también otra cuestión de no poca importancia: dada la trascendencia que tanto en la Directiva 2010/18 como en la propuesta de Directiva de 2017 se otorga a la intransferibilidad de los permisos parentales, ¿cabría entender que dicha intransferibilidad debe aplicarse a todos los permisos parentales establecidos en un ordenamiento, o basta para que se considere cumplida que el ordenamiento en cuestión tenga al menos un permiso parental intransferible en los términos establecidos?

En fin, la alta concreción de los permisos parentales en la propuesta de Directiva puede dificultar notablemente su aprobación y probablemente no es demasiado acorde con la gran diversidad de regulaciones. En todo caso es buen momento para afrontar en España una cuestión difícil que, hasta la fecha, nunca se ha examinado con el suficiente interés: el sistema de conciliación de responsabilidades español está descoordinado y es escasamente efectivo. El ejemplo del permiso de lactancia es lo suficientemente gráfico y evidencia la forma parcial, acelerada y escasamente coordinada en que ha ido evolucionando la normativa de conciliación de responsabilidades. Esta falta de perspectiva y la poca comprensión de los objetivos finales exigidos por la normativa de la Unión Europea en materia de conciliación ha obligado a cambios importantes en la normativa española. El tan reiterado Asunto *Roca Álvarez* del TJUE (que es el origen de la reforma del permiso de lactancia español en 2012, que estableció el acceso indistinto a él de padres y madres) es buen ejemplo de ello. Y también es buen ejemplo de que la actitud reticente no ha desaparecido el hecho de que en 2017 se ha presentado una cuestión prejudicial en torno a la redacción del nuevo permiso de lactancia, que lejos de ser impecable desde la perspectiva de género, podría estar conteniendo una discriminación indirecta²⁴. En efecto, aunque el permiso de lactancia se reconoce indistintamente en la actualidad a hombres y mujeres

²⁴ Cuestión prejudicial ante el TJUE presentada por Auto del Juzgado de lo Social n.º 2 de Cádiz de 8 de mayo de 2017.

en España, para acceder a él en cualquier caso es necesario que ambos trabajen. Dado que es mucho más frecuente que sean las mujeres en la unidad familiar quienes renuncien al trabajo retribuido para encargarse de las responsabilidades domésticas y familiares, el requisito de que ambos trabajen dificultará el acceso de los padres hombres al permiso de lactancia, aunque raramente dificultará el acceso de las mujeres a él.

4.2. Permiso para cuidadores

El permiso para cuidadores se establece en el art. 6 de la propuesta de modo bastante sucinto. El sujeto objeto del cuidado y la causa quedan sin definir en el art. 6 aunque pueden deducirse de la definición de «cuidador» que aparece en el art. 3 de la propuesta: «*trabajador que dispensa cuidados o presta ayuda en caso de enfermedad grave o dependencia de un familiar*». El concepto de familiar también aparece en el apartado de definiciones contenido en el art. 3 de la propuesta del siguiente modo: «*hijo, hija, padre, madre o cónyuge del trabajador, o pareja de hecho de este cuando las uniones de hecho estén contempladas en el derecho nacional*». Es curioso que en el art. 6 de la propuesta la causa de la dependencia quede limitada a un sucinto «*problema médico*». También es interesante que el espectro de familiares se reduzca en lo referente a la afinidad: solo la dependencia generada por el cónyuge o similar daría derecho al permiso para cuidadores, y no la que fuera generada por familiares de aquel. Es una limitación interesante, porque el reconocimiento de permisos para cuidadores referidos a sujetos pasivos por afinidad suele potenciar que las mujeres se encarguen de sus familiares políticos (raramente sirve para que sean los hombres los que asuman el cuidado de sus familiares políticos). En todo caso la referencia de la propuesta es un mínimo, por lo que nada impediría que los Estados miembros ampliaran el espectro de los familiares sujetos pasivos que dieran derecho al permiso para cuidadores.

Lo único que queda establecido con más rotundidad es el contenido del permiso que en la propuesta es de «*cinco días laborables al año por trabajador*». Vuelve a ser una precisión demasiado específica y que podría ser difícil de coherencia con algunos mecanismos de atención a la dependencia. El ejemplo español es bastante claro: los derechos de ausencia que en el ordenamiento español se vinculan al cuidado de familiares dependientes no tienen formulación anual sino absoluta (reducción de jornada y excedencia). A lo sumo, en el caso de la excedencia, se puede producir el disfrute fraccionado. Podría ocurrir, por tanto, que concurriera el supuesto previsto de «problema médico» de familiar y que el trabajador/a hubiera agotado ya el permiso establecido.

4.3. Permiso por fuerza mayor familiar

La configuración del permiso por fuerza mayor familiar del art. 7 de la propuesta de Directiva es aparentemente similar al que se encuentra regulado en

el art. 7 de la Directiva 2010/18 aunque hay alguna diferencia de notable importancia: en la propuesta desaparece la referencia a que los interlocutores sociales tienen capacidad de trasposición y simplemente se utiliza la fórmula típica de que «*los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias...*». Ello no significa que la trasposición no puede realizarse por la vía de la negociación colectiva, puesto que ésta es una capacidad que tienen los Estados miembros para la trasposición de las Directivas de contenido social. Significa tan solo que la propuesta de Directiva no ha considerado necesario (ni probablemente conveniente) recordar expresamente esta posibilidad. Asimismo, desaparece en la propuesta de Directiva la posibilidad existente en la Directiva 2010/18 de que los convenios colectivos definan el concepto de fuerza mayor familiar. Ambas diferencias evidencian la desconfianza de la propuesta de Directiva hacia la intervención de los interlocutores sociales en materia de conciliación, como si la misma pudiera ser un obstáculo y no una ayuda. Esta desconfianza trae a la memoria inevitablemente las reformas operadas en materia de conciliación en España con ocasión de la reforma laboral de 2012. Como se sabe, una de las reformas que se produjo entonces fue la posibilidad de que los convenios colectivos pudieran intervenir en la delimitación del contenido de la reducción de jornada por cuidado de hijos y familiares, lo que fue interpretado como una reducción en el ámbito del derecho a la conciliación.

Por lo demás, el permiso por fuerza mayor que queda configurado en la propuesta de Directiva de modo similar a como se regula en la Directiva 2010/18. El supuesto al que se refiere sigue siendo el motivo familiar «*urgente, en caso de enfermedad o accidente que hagan indispensable la presencia inmediata del trabajador*», con la posibilidad de que los Estados miembros lo limiten a un tiempo determinado al año²⁵. Dado que el ordenamiento español no contiene ningún permiso que permita la ausencia siempre que se requiera la presencia inmediata del trabajador por motivos de enfermedad o accidente de familiar el ordenamiento español se opone a lo actualmente establecido en la Directiva 2010/18 y seguiría oponiéndose a lo establecido en la propuesta si llegara a aprobarse. En efecto, la fuerza mayor familiar que da acceso al permiso establecido en el art. 37.3.b ET²⁶ es sensiblemente más exigente que la configurada en la norma de la UE, porque reconoce el permiso tan solo en supuestos concretos de accidente o enfermedad de cierta gravedad.

²⁵ En la propuesta de Directiva se establece «*un tiempo determinado por año o por caso, o por año y por caso*». En la Directiva 2010/17 se menciona solo *un tiempo determinado por año o por caso*. Hubiera sido probablemente más clara otra expresión para establecer, como parece pretender la propuesta, que la limitación posible que puede establecer un Estado miembro admita más modalidades.

²⁶ Recuérdese que el art. 37.3.b. configura el derecho a un permiso retribuido en los siguientes términos: «*b) Dos días por el nacimiento de hijo y por el fallecimiento, accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario, de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad. Cuando con tal motivo el trabajador necesite hacer un desplazamiento al efecto, el plazo será de cuatro días*».

5. El derecho al trabajo flexible

Una interesante innovación de la propuesta de Directiva es la configuración de un verdadero derecho al trabajo flexible en su art. 9 por parte de los sujetos con responsabilidades de cuidado. La configuración de este interesante derecho en la propuesta no parece totalmente definida (como no podía ser de otro modo dado que se trata de una propuesta) y suscita inevitables dudas. De lo que se lee y se adivina podría extraerse el siguiente resumen: (i) Subjetivamente, los trabajadores con derecho a solicitar el trabajo flexible serían tanto el padre y la madre de un menor de 12 años como los cuidadores (se entiende que en los términos establecidos en el art. 3 de la propuesta, lo que remite a los familiares enfermos de primer grado); (ii) el trabajo flexible al que se tendría derecho no está definido en el art. 9 sino, de nuevo, en el art. 3.f. del siguiente modo: *«posibilidad que tienen los trabajadores de ajustar sus modelos de trabajo acogiéndose a fórmulas de trabajo a distancia, calendarios laborales flexibles o reducción del horario laboral»*. Es llamativa la referencia a la *«reducción del horario laboral»* porque, por reducción, debiera ser algo diferente a la reducción de jornada que propiamente es un permiso parental a tiempo parcial y que por lo tanto se encuentra regulado en el art. 5 de la propuesta. Tal vez la reducción de horario laboral del art. 9 de la propuesta se refiere a un cambio de turno, o a cualquier otra adaptación de la jornada que pueda implicar una reducción del tiempo de trabajo; (iii) El derecho al trabajo flexible se configura con carácter reversible, tanto a su término como cuando cambian las circunstancias; (iv) El empleador tiene la obligación de estudiar y atender la solicitud de trabajo flexible (o el retorno al trabajo anterior) *«teniendo en cuenta tanto sus propias necesidades como las de los trabajadores»*. Se señala asimismo en el art. 9 de la propuesta que la negativa empresarial (a la concesión del trabajo flexible o al retorno a la situación anterior a éste) tiene que estar justificada.

En la actualmente vigente Directiva 2010/18 no existe propiamente un derecho de adaptación del horario como éste de la propuesta, pero hay algo que se parece mucho. En el apartado primero de la cláusula sexta de la Directiva 2010/18²⁷ se establece cierto derecho de adaptación del horario de los trabajadores que se reincorporen después de un permiso parental. No puede olvidarse que la Directiva 2010/18 es una Directiva de «permisos parentales», no propiamente de conciliación, y por ello el sentido de esta cláusula sexta es garantizar

²⁷ La cláusula sexta de la Directiva 2010/18 establece lo siguiente: *«Para promover una mejor conciliación, los Estados miembros o los interlocutores sociales tomarán las medidas necesarias para velar porque los trabajadores, al reincorporarse del permiso parental, puedan pedir cambios en sus horarios o regímenes de trabajo durante un período determinado de tiempo. Los empresarios tomarán en consideración tales peticiones y las atenderán, teniendo en cuenta tanto sus propias necesidades como las de los trabajadores. Las modalidades del presente apartado se determinarán de conformidad con la legislación, los convenios colectivos o los usos nacionales»*.

una reincorporación «adecuada» tras el permiso parental. En el Asunto *Rodríguez Sánchez*²⁸, que surgió a partir de una cuestión prejudicial planteada por un juzgado español, el TJUE incidió precisamente en este tema. En esta ocasión el TJUE no entró en el fondo del Asunto dado que la solicitud de ajuste de horario que había dado lugar a la demanda no se producía en un momento de reincorporación tras un permiso parental (que es el supuesto específicamente descrito en la cláusula sexta de la Directiva 2010/18) sino en una reincorporación inmediatamente después del permiso de maternidad. En la propuesta de Directiva, sin embargo, el eventual derecho a la adaptación es mucho más extenso porque se refiere a cualquiera que tenga responsabilidades de cuidado en los términos establecidos, y no solamente a aquellos sujetos que se reincorporen tras el disfrute de un permiso parental. Lo que resulta evidente es que, tanto por referencia a la reincorporación tras un permiso parental (Directiva 2010/18) como por referencia general a cualquier persona que tenga la condición de cuidador/a (propuesta de Directiva), el tema del derecho a la adaptación de la jornada es claramente objeto de atención por parte de la Unión Europea. Es fácil advertir que el derecho a la adaptación de los horarios de los cuidadores intenta consolidarse en la normativa de la Unión Europea.

El ordenamiento español cuenta con un marco extenso de permisos parentales, en el que aparecen permisos de diferente caracterización y dimensión: larga duración —excedencia—, tiempo parcial —reducción de jornada—, permiso diario —lactancia—, permiso por causa concreta —hospitalización neonato y enfermedad grave del hijo...—. En el caso de la lactancia y reducción de jornada el trabajador/a tiene un derecho casi absoluto frente el empresario porque su concreción horaria corresponde al trabajador (art. 37.7 ET). El precepto señala a continuación que los convenios colectivos pueden establecer criterios para la concreción de los derechos de lactancia pero cabe entender que estas prerrogativas de la negociación tienen un alcance puramente orientador, no pudiendo eliminar la atribución personal plena atribuida en el propio art. 37.7 ET al trabajador/a. En todo caso, contrasta el detallado sistema de permisos parentales con la tímida regulación de la adaptación de la jornada en el ordenamiento español. La referencia al tema de la adaptación del horario del trabajador/a por motivo de conciliación se regula actualmente en el art. 34. 8 ET. Este precepto no establece un derecho a la adaptación de la jornada de carácter automático, sino solo en tanto en cuanto esté reconocido por el convenio colectivo²⁹. Tal y como está redactado actualmente el derecho a la adaptación de la jornada al que se refiere el art. 34.8 ET no implica un derecho preferente del trabajador frente

²⁸ STJUE de 16 de junio de 2016, C-351/14.

²⁹ Art. 34.8 ET primer párrafo: «El trabajador tendrá derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en los términos que se establezcan en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso, lo previsto en aquélla».

al empresario a la hora de determinar una configuración horaria que permita la compatibilización con responsabilidades de cuidado (STC 24/2011, de 15 de marzo). De hecho, el art. 34.8 propiamente no reconoce ningún derecho a la adaptación de la jornada del trabajador/a por conciliación, a menos que se encuentre establecido en convenio o reconocido por el propio empresario.

En su momento se planteó si podría aplicarse el derecho absoluto a la concreción del art. 37.7 ET cuando el trabajador solicitara una reducción de jornada y, adicionalmente a ésta, una adaptación de su jornada. La respuesta sabemos actualmente que es negativa porque los Tribunales españoles han requerido para que opere la preferencia del art. 37.7 ET que la reducción de jornada sea el contenido único de la adaptación temporal solicitada. En consecuencia han negado que pudiera aplicarse este derecho preferente al disfrute y elección del momento del disfrute en el caso de que se solicitaran ajustes diferentes a los estrictamente cuantitativos, consistentes en cambios de turno o de horario³⁰. En la STC 26/2011, de 15 de marzo, el TC reconoció la dimensión constitucional del derecho a la conciliación, pero debe admitirse que este pronunciamiento es, al menos confuso. La redacción del art. 34.8 ET es, sin embargo, bastante clara cuando condiciona el derecho de adaptación de horario por conciliación a que se establezca en convenio colectivo o por acuerdo con el empresario. El segundo párrafo del art. 34.8 ET hace referencia a mecanismos de flexibilidad horaria por conciliación, pero lo hace a título puramente indicativo, sin configurar ningún tipo de obligación³¹. Es un precepto sin contenido, que no añade nada nuevo al impreciso primer párrafo del art. 34.8 ET. El legislador insta, con carácter impersonal y sin señalar sujeto obligado, a la promoción de una serie de instrumentos para la compatibilidad horaria particularmente ambiciosos que requieren reordenaciones globales de la estrategia empresarial de recursos humanos y que, por ello, implican un grado de compromiso empresarial muy elevado. Curiosamente en este segundo párrafo del art. 34.8 ET el legislador no menciona las formas menores de ajuste (adaptación de jornada, reducción de jornada en cómputo superior al diario, cambio de turno...) que no implican necesariamente un coste para el empresario y que resultan muy efectivos para facilitar la compatibilidad. Resulta evidente que el legislador nunca quiso configurar un derecho efectivo a la adaptación del horario en este precepto.

³⁰ Esta doctrina del TS se formuló por primera vez en la STS de 13 de junio 2008 (rec. 897/2007) y se ha reiterado en sentencias posteriores: SSTs de 20 de mayo de 2009 (rec. 2286/2008), de 19 de octubre de 2009 (rec. 3910/2008) o de 24 de abril de 2012 (rec. 3090/2011).

³¹ Art. 34.8 segundo párrafo ET: «*A tal fin, se promoverá la utilización de la jornada continuada, el horario flexible u otros modos de organización del tiempo de trabajo y de los descansos que permitan la mayor compatibilidad entre el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral de los trabajadores y la mejora de la productividad en las empresas*».

Es en este aspecto donde surge inevitablemente la idea de que el ordenamiento español podría no cumplir la actualmente vigente cláusula sexta de la Directiva 2010/18 y, con más razón, podría también no cumplir lo establecido en el art. 9 de la propuesta de Directiva de 2017. Efectivamente, ambos preceptos se refieren a un derecho de ajuste, atribuido en general a los cuidadores en la propuesta y limitado a los que retornan tras un permiso parental en la Directiva 2010/18. Pero en todo caso el derecho contemplado es diferente al de reducción de jornada, que es un permiso parental «a tiempo parcial» en los términos establecidos en ambos textos. El Asunto *Rodríguez Sanchez* no puede dar luz acerca de la acomodación o no del ordenamiento español a la obligación generada por la Directiva 2010/18 porque no entró en el fondo del Asunto, pero es muy significativo el pronunciamiento que, durante la tramitación de la cuestión prejudicial, realizó la Comisión Europea. En las Observaciones presentadas ante la presentación de la Cuestión Prejudicial la Comisión Europa, en el párrafo 38 de su informe, estableció lo siguiente: *«La Comisión considera que las obligaciones que de la cláusula 6, apartado 1 del Acuerdo Marco revisado derivan para el empleador han de preverse en el derecho nacional. De no preverse la obligación del empleador de, en particular, atender las peticiones de los trabajadores («y répondre» o «respond to», en las versiones francesa e inglesa), se privaría a dicha disposición de su efecto útil. El empleador ha de quedar obligado a responder a las peticiones de los trabajadores, no necesariamente para acogerlas, pero sí para motivar su eventual negativa»*. No puede ser más clara la interpretación de este precepto por parte de la Comisión Europea. En este caso las versiones inglesa y francesa configuran el derecho establecido en la cláusula sexta de la Directiva 2010/18 de una manera mucho más clara que en la versión española que probablemente debiera haber utilizado también el verbo «responder» en lugar de la notablemente más ambigua expresión de «tomar en consideración». Comoquiera que sea, resulta evidente que el derecho a la adaptación de la jornada por conciliación prevista en la cláusula sexta de la Directiva 2010/18 y en el art. 9 de la propuesta de Directiva no tendría ningún sentido si no requiriera, al menos, alguna motivación o justificación por parte del empresario que lo deniega. Para evitar cualquier duda al respecto, en la redacción del art. 9 de la propuesta de Directiva expresamente se establece que el empresario debe justificar su negativa. La oposición a este precepto por parte de la normativa española es evidente.

6. La protección frente al despido

La referencia que se realiza a la protección frente al despido por acceso a permisos parentales en la actualmente vigente Directiva 2006/54 (cláusula 5) es bastante modesto. La obligación de los Estados miembros al respecto es la de *«proteger a los trabajadores contra un trato menos favorable o el despido por haber*

solicitado o tomado un permiso parental». Bastante más comprometida es la protección contra el despido que se configura en el art. 9 de la propuesta de Directiva de 2017. Se acerca en su contenido a la protección establecida frente al despido en el art. 16 de la Directiva 2006/54 para los sujetos que disfrutaran el permiso de paternidad pero incrementa notablemente las garantías. Es interesante destacar que en la propuesta de Directiva de 2017 se establece un artículo completo, cuyo título es «protección contra el despido y carga de la prueba», mientras que en la Directiva 2006/54 no existe un precepto específico para la protección frente al despido discriminatorio. Sin embargo, la protección dispensada en el art. 12 de la propuesta de Directiva no llega a tener la intensidad establecida para la protección frente al despido de la mujer embarazada o en permiso de maternidad. Los rasgos característicos de la protección frente al despido por ejercicio de derechos de conciliación en el art. 12 de la propuesta son los siguientes: a) La protección frente al despido se produce respecto de los trabajadores/as que accedieran a un permiso parental o por cuidado, así como de quien accediera a las fórmulas de trabajo flexible establecidas. La protección surge tanto cuando el trabajador se encuentra en estas situaciones como cuando las hubiera solicitado; b) El despido de los trabajadores/as en estas situaciones debe ser motivado y debe realizarse por escrito, debiendo el empresario demostrar que el despido se ha realizado por motivos distintos al ejercicio de los derechos de conciliación establecidos. La protección frente al despido establecida para estos supuestos consiste meramente en la necesidad de concurrencia de causa justificada. La referencia en el título del precepto a la carga de la prueba no tiene excesiva entidad práctica en el caso del despido porque al exigirse motivación opera automáticamente la transferencia de la carga de la prueba al empresario. Llama la atención, sin embargo, esta expresa referencia a la carga de la prueba. Da la sensación de que al redactar la propuesta se intentó que operara la modificación de la carga de la prueba para cualquier acto discriminatorio (como se establece en todas las Directivas antidiscriminatorias) pero que, al no prosperar, podría haber quedado limitada dicha modificación al precepto de protección frente al despido (donde propiamente resulta innecesaria). Adviértase, en todo caso, que el precepto de la propuesta requiere concurrencia de causa y no concurrencia de causa «excepcional» (como establece el art. 10 de la Directiva 92/85 para el despido durante permiso de maternidad o embarazo). En el caso de la Directiva la necesidad de concurrencia de causa excepcional supone que debe probarse no solo que hay justa causa (por ejemplo, crisis de empresa u otra causa de naturaleza objetiva), sino también las razones por las que se ha elegido para ser despedida a la persona que es objeto de protección (embarazada o en permiso de maternidad). No es este el ámbito de la protección dispensada en el art. 12 de la propuesta que se limita simplemente a la prueba de concurrencia de causa. Por lo demás, el ordenamiento español cumpliría teóricamente, si llegara a aprobarse, con lo establecido en el art. 12 de la propuesta de directiva, dado que el art. 55.5 ET establece la nulidad del despido sin causa en el caso de disfrute de

permisos parentales. Está por ver, sin embargo, si esta nulidad, tal y como actualmente está establecida en nuestro ordenamiento da una adecuada satisfacción a la víctima de discriminación por conciliación. Piénsese, por ejemplo, que si la persona despedida tiene contrato temporal, y la fecha de término del contrato se produce durante la tramitación del proceso por despido, no generará derecho a la readmisión por haberse terminado el contrato y tampoco a la eventual indemnización por daños (a partir de lo establecido en la STS de 28 de abril de 2010, rec. 1113/2009). Es difícil que pueda considerarse, en estos casos, que se da una adecuada satisfacción a la víctima (art. 14 de la propuesta) ni una suficientemente disuasoria sanción al ofensor (art. 13 de la propuesta).