

CONCILIACIÓN E CORRESPONSABILIDADE NO ORDENAMENTO XURÍDICO COMUNITARIO

CONCILIATION AND RESPONSIBILITY IN THE COMMUNITY LEGAL ORDERING

MARÍA JOSÉ LÓPEZ ÁLVAREZ*

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

RESUMO

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

Palabras chave: conciliación, corresponsabilidade, traballo flexible.

RESUMEN

La Directiva 2019/1158/UE supone un espaldarazo para las políticas de conciliación en el ámbito comunitario y busca alinearse con la evolución social y jurídica que esta cuestión ha experimentado en los Estados miembros. Con apoyo en la jurisprudencia del TJUE, la norma formula los derechos de

* Este traballo enmárcase dentro dos resultados do proxecto de investigación RTI2018-097917-B-100 "Retos do Dereito do Traballo español ante a doutrina do Tribunal de Xustiza en materia de política social e dereitos fundamentais".

conciliación desde una perspectiva más amplia, que engloba tareas de cuidado de hijos, mayores y dependientes. Y articula la protección a partir de dos hilos conductores: el fomento de la corresponsabilidad en las tareas de cuidado y la articulación de fórmulas de trabajo flexible.

Palabras clave: conciliación, corresponsabilidad, trabajo flexible.

ABSTRACT

Directive 2019/1158/EU supports work-life balance policies in EU and pursues to side with social and legal treatment for this problem in Member States. Based on EU-case law, Directive drafts work-life balance rights from a large view, so that they implies caring responsibilities with children, sick or dependent relatives. And regulation provides a special protection for equal share of caring responsibilities and flexible working arrangements.

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

1. O LENTO AVANCE DAS POLÍTICAS DE CONCILIACION

A recente Directiva 2019/1158/UE, do 20 de xuño, relativa á Conciliación da vida familiar e a vida profesional dos proxenitores e os coidadores¹, estreouse como unha iniciativa ambiciosa, que escenifica a vontade de impulsar as políticas de conciliación no ámbito comunitario e que, é de esperar, supoña un avance significativo para estas.

É a primeira vez que a conciliación se visibiliza con tanta contundencia e obtén un recoñecemento autónomo dentro do acervo comunitario. A preocupación polos problemas que suscita a conciliación non é nova, con todo, e xa aparece recollida na Carta dos Dereitos Fundamentais da Unión Europea² cuxo art. 33, baixo a rúbrica *Vida familiar e vida profesional* establece o seguinte: "co fin de poder conciliar vida familiar e vida profesional, toda persoa ten dereito a

¹ DO L 188 de 12.7.2019, p. 79.

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

ser protexida contra calquera despedimento por unha causa relacionada coa maternidade, así como o dereito a un permiso pago por maternidade e a un permiso parental con motivo do nacemento ou da adopción dun neno". Trátase, con todo, dunha referencia descomprometida, incluída no apartado de Solidariedade, que pouco achega ao xa previsto nese momento nas normas comunitarias³. Percíbese, así, unha certa resistencia a facer un recoñecemento amplo destes dereitos de conciliación, debido probablemente, entre outras razóns, ao impacto económico que teñen para a empresa. E iso explica o tratamento fragmentado e reducionista que se veu realizando desta cuestión, no que a conciliación aparece relegada a un segundo plano, vinculada á protección da maternidade⁴, a igualdade de xénero⁵ ou o coidado dos fillos⁶.

Coa aprobación do Pilar Europeo de Dereitos Sociais en 2017⁷ prodúcese un cambio de ton no discurso comunitario, ao recoller entre os seus principios o dereito dos cidadáns ao equilibrio entre vida profesional e vida privada, precisando que "os pais e as persoas con responsabilidades asistenciais teñen dereito aos permisos adecuados, a unhas condicións de traballo flexibles e a servizos de asistencia. As mulleres e os homes deben ter igualdade de acceso a permisos especiais para cumprir coas súas

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

⁴ Directiva 2006/54/CE do 5 de xullo de 2006, relativa á aplicación do principio de igualdade de trato entre homes e mulleres en asuntos de emprego e ocupación (DO L 204 de 26.7.2006, p. 23).

⁵ Directiva 92/85/CEE do 19 de outubro de 1992, relativa á aplicación de medidas para promover a mellora da seguridade e da saúde no traballo da traballadora embarazada, que dese a luz ou en período de lactación (DO L 348 de 28.11.1992, p. 1).

⁶ Directiva 2010/18/UE do 8 de marzo de 2010, pola que se aplica o Acordo marco revisado sobre o permiso parental e se derroga a Directiva 96/34/CE (DO L 68 de 18.3.2010, p. 13).

⁷ Proclamado no cume social de Gotemburgo polo Parlamento europeo, o Consello e a Comisión o 17 de novembro de 2017.

responsabilidades asistenciais e debe animárselles a utilízalos de forma equilibrada”.

A declaración transluce o desexo de axustarse á evolución xurídica e social que os problemas de conciliación experimentaron nos Estados membros nestes anos e que, como logo se verá, quedou reflectida tamén puntualmente nas decisións do Tribunal de Luxemburgo. Fanse, así, extensivas as necesidades de conciliación non só aos pais, senón ás “persoas con responsabilidades asistenciais”, suxerindo un ámbito máis amplo para a conciliación, que abarca non só a crianza dos fillos, senón igualmente a atención a maiores, enfermos e dependentes. Os dereitos de conciliación non se circunscriben xa a permisos parentais ou por maternidade, senón que comprenden de igual forma condicións de traballo flexibles -asumindo que as tarefas de conciliación se prolongan máis aló do momento do nacemento dos fillos- e servizos de asistencia- lembrando que nos atopamos ante unha cuestión que require unha abordaxe transversal para obter unha resposta satisfactoria. E, en fin, hai unha chamada á igualdade de homes e mulleres no acceso e gozo destes dereitos, convidando a unha utilización equilibrada que favoreza a corresponsabilidade e retomando, así, a dimensión de xénero indisociable das políticas de conciliación.

Pouco tempo despois da aparición do Pilar Europeo de Dereitos Humanos preséntase a proposta de Directiva relativa á Conciliación da vida familiar e a vida profesional, que finalmente quedou aprobada este verán, e que recolle, como se expoñerá, estes e algúns outros aspectos novos. Non foi fácil, con todo, chegar a este punto e vencer as resistencias que propiciaron a inacción dos órganos comunitarios nesta materia. A proposta de Directiva nace coa intención de dar un enfoque máis amplo aos problemas de conciliación, unha vez que se constata o fracaso do proceso de revisión da Directiva 92/85/CEE sobre a licenza por maternidade. Por iso, aínda que dende a súa rúbrica aposta por esta perspectiva máis xeneralista, o certo é que o seu contido estaba xa lastrado dende o inicio, debido a que non recolle, como sería desexable, unha regulación

unitaria dos dereitos de conciliación, ao deixar fóra á licenza por maternidade.

Por outra banda, a Directiva 2019/1158/UE substitúe á Directiva 2010/18/UE sobre permisos parentais, á que derroga formalmente. A diferenza desta última, con todo, a norma actual non ten a súa orixe nun Convenio Marco negociado polos interlocutores sociais, que, aínda que foron consultados durante o proceso de elaboración, non alcanzaron un acordo para negociar sobre estes asuntos, nin sequera sobre o permiso parental. Iso reflicte as tensións acerca desta materia, centradas principalmente no custo económico que a ampliación das medidas de conciliación trae consigo, o que se agudiza nun contexto de crise económica como o que vivimos. E, neste sentido, o texto da Directiva 2019/1158/UE aprobado finalmente rebaixa significativamente algunhas das propostas iniciais: o gozar do permiso parental e as fórmulas de traballo flexible que nun principio haberían de garantirse ata que o fillo alcanzase unha idade de doce anos, quedan finalmente circunscritos aos fillos menores de 8 anos; a intransferibilidade dos permisos parentais pasa de catro a dous meses, e non se garante un mínimo para a prestación económica durante o permiso parental, senón que esta queda a expensas da regulación interna de cada Estado membro.

Con independencia diso, a Directiva ofrece algunhas novidades de interese:

-. É relevante, en primeiro termo, o recoñecemento máis extenso das necesidades de conciliación, de forma que comprendan non só as tarefas de crianza e educación dos fillos, senón igualmente a atención de familiares maiores, enfermos ou dependentes. Dende o preámbulo da norma insístese en que as políticas de conciliación deben de ter en conta os cambios demográficos, incluídos os efectos do envellecemento da poboación. E o reto demográfico, unido á presión crecente sobre o gasto público, fai esperar un incremento da necesidade de coidados non profesionais, por parte de familiares, para dar resposta ao aumento da prevalencia das deficiencias relacionadas coa idade. Dende esta perspectiva, pois, a Directiva refírese á conciliación de

“proxenitores e coidadores”. Define estes últimos como aqueles traballadores que “dispensan coidados ou prestan axuda a un familiar ou a unha persoa que viva no mesmo fogar que o traballador e que necesite asistencia ou coidados importantes por un motivo médico grave” (art. 3.1.d). Á súa vez, entende por familiar, “fillo, filla, pai, nai ou cónxuxe do traballador, ou parella de feito deste cando as unións de feito estean recoñecidas no Dereito nacional” (art. 3.1.e). O lexislador comunitario é consciente, con todo, da anotación restritiva que realiza deste termo, polo que no preámbulo da Directiva se anima aos Estados membros para que recoñezan o exercicio dalgúns destes dereitos con respecto a outros familiares adicionais, como avós e irmáns. Artículase, así, un novo permiso para coidadores, de cinco días laborables⁸, independente do dereito a ausentarse do traballo por causa de forza maior, por motivos familiares urxentes, que xa se recollía na Directiva 2010/18/UE. E, como veremos, recoñécese aos coidadores o dereito a solicitar fórmulas de traballo flexible, así como os dereitos laborais e a protección fronte ao despedimento que establece a norma.

No noso dereito interno, o permiso para coidadores pode subsumirse na licenza retribuída por motivos familiares prevista no art. 37.3.b) ET, aínda que deberá valorarse a conveniencia de revisar algúns puntos concretos⁹. Así, a nosa norma recoñece unicamente, como se sabe, dous días laborables de permiso para as continxencias previstas, que poderán ampliarse a catro cando se precise desprazamento. E aínda que se manexa unha noción de familiar cun alcance máis amplo que o previsto na Directiva, a nosa norma parte en todo caso dun vínculo previo de parentesco co traballador, mentres que a comunitaria recoñece igualmente o dereito para a atención de persoas coas que se conviva.

-. En canto aos obxectivos das políticas de conciliación, chama a atención que, no preámbulo da Directiva, se faga

⁸ O permiso recoñécese por traballador, pero a Directiva permite que os Estados membros distribúan o permiso sobre a base de períodos dun ano, por persoa necesitada, ou por caso (art. 6.2).

⁹ O prazo xeral de transposición da Directiva finaliza o 2 de agosto de 2022 (art. 20).

referencia, en primeiro lugar, á Convención das Nacións Unidas sobre os Dereitos das persoas con discapacidade de 2006 e á Convención das Nacións Unidas sobre os Dereitos do Neno de 1989. No primeiro caso, a mención xustifícase pola necesidade de garantir que os nenos con discapacidade gocen dos seus dereitos en igualdade de condicións cos demais nenos. A Directiva advirte, así, acerca das necesidades específicas destes nenos, que poden requirir unha adaptación das medidas de conciliación, do mesmo xeito que outras situacións particulares contempladas no preámbulo: familias monoparentais, pais con discapacidade, pais adoptivos ou con nacementos múltiples ou prematuros. Por outra banda, a Convención sobre os Dereitos do Neno dispón que ambos os pais teñen responsabilidades comúns no que respecta á crianza e o desenvolvemento do neno, e que a súa preocupación fundamental debe ser o interese superior do neno (art. 18.1). Con iso, apúntase á necesaria corresponsabilidade e aos beneficios que reporta ao menor a implicación do pai nas tarefas de coidado.

Tanto nun suposto como noutro, resulta, en calquera caso, moi positivo un enfoque das políticas de conciliación que toma en consideración de forma explícita o benestar e os dereitos dos menores. Habitualmente, as medidas de conciliación deséñanse priorizando a consecución da igualdade entre homes e mulleres e a promoción do traballo feminino, e presúmese o beneficio que xerarán aos menores. A realidade¹⁰ indica, con todo, que esta premisa

¹⁰ Diversos estudos apuntan xa os efectos que a reducida presenza dos proxenitores no fogar está a provocar no benestar físico dos menores (os nenos cánsanse en interminables actividades extraescolares e reducen as súas horas de sono porque a hora da cea se atrasa ao chegar os pais tarde a casa), sobre o benestar emocional (sensación de abandono, baixa autoestima, inseguridade por falta de modelos paternos) ou sobre o rendemento escolar (o cansazo interfere na súa actividade cotiá, os pais non se implican na vida académica e escolar dos seus fillos), v. LÓPEZ ALVAREZ, M.J. "La protección de los menores como objetivo de las políticas de conciliación laboral" en MARTÍNEZ GARCÍA, C. (coord.) Tratado del menor, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, p. 838.

non sempre se cumpre, polo que parece adecuado lembrar que existen outros bens xurídicos atendibles nesta materia e darlles o protagonismo que merecen.

-. Sen prexuízo do anterior, a Directiva non oculta que a súa finalidade principal é abordar a infrarrepresentación feminina no emprego e apoiar a traxectoria profesional das mulleres a través da mellora das condicións para conciliar a vida profesional e familiar. Para iso, fai unha aposta decidida pola corresponsabilidade, entendendo que nos desequilibrios na utilización destas medidas por parte de homes e mulleres se atopa a causa do incremento dos estereotipos e as diferenzas de xénero. Esta formulación non é nova, debido a que na Directiva 2010/18/UE sobre permisos parentais xa se constata que as iniciativas para animar aos homes a participar por igual nas tarefas familiares non deron resultado, e é preciso adoptar disposicións máis efectivas para logralo. Pero si se aprecia unha maior resolución, ata o punto de converter a corresponsabilidade, como imos ver, nun dos fíos condutores de toda a norma. Parece, así, que se supera definitivamente unha posición predominante durante anos no ámbito comunitario, que reducía os problemas de conciliación á necesidade dos traballadores de compaxinar a súa vida persoal e profesional, ignorando a dimensión de xénero que se esconde tras eles e as implicacións que comporta para a consecución da igualdade¹¹.

-. A flexibilidade é o outro concepto clave sobre o que se constrúe a Directiva. Demostrouse que a dispoñibilidade de permisos e fórmulas de traballo flexible reduce substancialmente o efecto das responsabilidades familiares nos resultados do traballo feminino. E iso por dous motivos: o feito de contar cun abano máis amplo de posibilidades para organizar as tarefas laborais e familiares, evita que as mulleres abandonen completamente o mercado de traballo. Pero, á súa vez, esta maior flexibilidade pode constituír un

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

incentivo para que os homes, que fan un menor uso destas medidas, se acollan a elas. Desta forma, como se verá, foméntase unha configuración flexible do gozo dos distintos permisos. Ademais, fronte á tímida previsión da Directiva 2010/18, a nova norma regula e desenvolve con maior extensión as fórmulas de traballo flexible que os traballadores poden solicitar para ocuparse das súas obrigas de coidado.

A continuación, pois, repásanse algúns destes aspectos centrais da nova Directiva, á luz da xurisprudencia elaborada polo TXUE en materia de conciliación.

2. CARA A UN EXERCICIO CORRESPONSABLE DOS DEREITOS DE CONCILIACIÓN

Como xa se sinalou, as previsións comunitarias en materia de conciliación tiveron como epicentro, durante moito tempo, a maternidade. Non é de estrañar, pois, que, na xurisprudencia comunitaria, os problemas de conciliación se expuxesen inicialmente a partir dos dereitos recoñecidos á nai traballadora, dende a óptica da igualdade e a non discriminación por razón de xénero. Así, na STXUE 12 de xullo de 1984, asunto Hoffman¹², atopamos xa unha primeira toma de postura, que condicionará a liña seguida con posterioridade polo Tribunal comunitario. Na análise do alongamento dun permiso por maternidade que beneficia exclusivamente á nai, o Tribunal establece que a Directiva 76/207 de Igualdade¹³ -aplicable nese momento-, ao permitir o mantemento de disposicións destinadas á protección da muller “no que se refire ao embarazo e a maternidade” persegue un dobre obxectivo. Trátase de asegurar a protección da condición biolóxica da muller durante o embarazo e con posterioridade, ata que se normalicen as súas funcións fisiolóxicas e psíquicas despois do parto. Pero, doutra banda, tamén se tenta protexer “as especiais relacións entre a muller e o seu fillo durante o período que segue ao embarazo”. É esta, pois, a referencia principal a tomar en consideración xa que, como se conclúe,

¹² C-184/83.

¹³ Substituída pola Directiva 2006/54.

o obxecto da Directiva “non é regular as cuestións relativas á organización da familia ou modificar a repartición de responsabilidades dentro da parella”. Desta forma, o Tribunal renuncia a entrar a valorar cal debe ser o papel do pai nas tarefas de coidado e crianza; pero xustifica o particular protagonismo da nai naquelas e, en consecuencia, a atribución a esta de dereitos e prerrogativas en exclusiva. Este criterio manterase en decisións posteriores, aínda que cunha argumentación máis matizada, partindo de que a concesión de determinadas vantaxes ás mulleres, vinculadas ao nacemento e crianza dos fillos, aínda en aparencia discriminatoria, pode contribuír a eliminar as desigualdades de feito que sofren no ámbito profesional¹⁴. Dende esta perspectiva, a STXUE 16 de setembro de 1999, asunto Abdoulaye¹⁵, admite o establecemento dunha asignación a tanto alzado, aplicable tan só ás mulleres que inicien os seus permisos por maternidade. E a STXUE 19 de marzo de 2002, asunto Lommers¹⁶, considera adecuada a reserva de prazas de gardería exclusivamente para o persoal funcionario feminino. Esta última, con todo, realiza un exame máis detallado das circunstancias concorrentes (a infrarrepresentación feminina no Ministerio, a exclusión só parcial dos funcionarios masculinos, que poderían acceder a ese beneficio en caso de urxencia) para asegurar o respecto ao principio de proporcionalidade. E inclúe unha reflexión de interese que apunta nunha dirección distinta, ao sinalar que unha medida que pretende abolir unha desigualdade de feito podería, con todo, “contribuír do mesmo xeito a

¹⁴ Criterio que, por outra banda, non se afasta demasiado do que, por esas datas, defendía o noso TC ao sinalar que “a efectos laborais a diferenza entre homes e mulleres con fillos de pouca idade non é unicamente de sexo, e reside en que existe unha innegable e maior dificultade para a muller con fillos de pouca idade para incorporarse ao traballo ou permanecer nel e en tanto esa realidade perdure, non poden considerarse discriminatorias as medidas tendentes a favorecer o acceso ao traballo dun grupo en situación de clara desigualdade social” (STC 128/1987, 109/1993).

¹⁵ C-218/98.

¹⁶ C-476/99.

perpetuar unha repartición tradicional de funcións entre o home e a muller”.

Hai que esperar, con todo, ata a STXUE 30 de setembro de 2010, asunto Roca Álvarez¹⁷, para apreciar un punto de inflexión claro nesta cuestión. A sentenza examina o permiso por lactación previsto polo art. 37.4 ET que, nese momento, se recoñecía como un dereito de titularidade exclusiva da traballadora, aínda que permitindo a cesión ao pai. A desvinculación progresiva do permiso con respecto á súa finalidade orixinaria de facilitar a lactación por parte da nai, que fai que poida ser gozado indistintamente por ambos os proxenitores, marca as distancias, a xuízo do Tribunal, con respecto ao asunto Hoffman, posto que o dereito de lactación non tería xa por obxecto protexer a condición biolóxica da nai despois do embarazo ou a protección das particulares relacións entre a nai e o fillo, senón simplemente dedicar un tempo ao coidado do fillo. Por outra banda, profundando na aseveración da sentenza do asunto Lommers, estímase que unha previsión como esta podería favorecer ás mulleres, permitíndolles conservar o seu emprego á vez que dedican tempo ao seu fillo; pero pode contribuír, igualmente, a perpetuar roles tradicionais e a manter aos homes nunha función subsidiaria das mulleres respecto ao exercicio da súa función parental. E advírtese que, o feito de denegar o permiso aos pais traballadores por conta allea polo único motivo de que a nai non teña tal condición, podería redundar en prexuízo desta última xa que, se é traballadora por conta propia, se vería obrigada a limitar a súa actividade profesional e soportar soa a carga do coidado do fillo.

Este cambio de tendencia consolidouse noutras resolucións como a STXUE 16 de xullo de 2015, asunto Maïstrellis¹⁸. A sentenza aborda a controversia ao redor dun permiso remunerado de nove meses para o coidado dun fillo, que se recoñece ás xuíces que sexan nais, pero que só poderá ser gozado polos xuíces homes se a súa esposa exerce unha actividade profesional ou presenta algunha enfermidade

¹⁷ C-104/09.

¹⁸ C-222/14.

grave ou discapacidade que lle impide asumir o coidado do fillo. Lémbrese, en primeiro termo, que, cando se trata da educación dos fillos, os traballadores e traballadoras que teñan a condición de proxenitor atópanse nunha situación comparable. Neste caso, con todo, a condición de proxenitor non é suficiente para que os xuíces homes se beneficien do permiso, mentres que si o é con respecto ás mulleres. Ante iso, e tras rexeitar unha vez máis que este tipo de medidas afirmativas poidan garantir a plena igualdade entre homes e mulleres, conclúese que esta disposición constitúe unha discriminación directa por razón de sexo respecto dos funcionarios que son pais en relación coa concesión dun permiso parental.

Como pode apreciarse, hai unha evolución significativa na doutrina do Tribunal, que lle levou a aceptar paulatinamente o feito de que as vantaxes e beneficios recoñecidos ás mulleres traballadoras para facilitar a conciliación da vida familiar e laboral poden ter efectos contraproducentes nas súas carreiras profesionais, e no acceso e mantemento do emprego. A partir de aí, a implicación do pai nos labores de crianza e coidado postúlase, pois, como un instrumento para a consecución da igualdade laboral entre homes e mulleres, aínda que se silencian outros aspectos relevantes, como o benestar familiar e dos menores ou o propio dereito do pai a asumir esas tarefas de coidado dos fillos. En todo caso, a promoción da corresponsabilidade realízase en termos cando menos prudentes, defendendo un recoñecemento neutro dos dereitos de conciliación aos traballadores na súa condición de proxenitores, pero sen aventurar, sequera *obiter dita*, a conveniencia de adoptar medidas máis incisivas para fomentar o exercicio destes dereitos polos traballadores homes.

A pesar de todo, as decisións do Tribunal abriron unha vía, que serviu para impulsar reformas legais que avoguen por unha repartición equitativa das obrigas familiares en termos máis amplos.

A este respecto, é significativo o diagnóstico de partida que realiza a Directiva 2019/1158/UE, onde se recoñece explicitamente a baixa frecuencia coa que os homes fan uso dos dereitos de conciliación e os escasos incentivos que o

ordenamento xurídico comunitario ofrece para modificar esa situación e procurar que os homes asuman a mesma cantidade de responsabilidades no coidado de familiares. Sobre esa base, a nova norma profunda na liña emprendida pola Directiva 2010/18/UE sobre permisos parentais, para promocionar a corresponsabilidade en distintos aspectos:

-. Por vez primeira regúlase nas normas comunitarias un permiso de paternidade de dez días laborables que o traballador haberá de gozar con ocasión do nacemento do seu fillo. Como puntualiza o preámbulo da Directiva, os pais han de acollerse ao permiso ao redor do momento do nacemento do fillo, e debe estar claramente vinculado ao nacemento, co fin de prestarlle asistencia e permitir que se cre un vínculo temperán entre pais e fillos.

Para evitar calquera confusión, o permiso de paternidade establécese, ademais, de forma autónoma e diferenciada fronte ao permiso parental, e en claro paralelismo coa licenza por maternidade. É esta unha precisión importante, xa que, aínda que nalgúns ordenamentos a distinción entre o permiso de paternidade e o parental está claramente delimitada, noutros, como o noso, existe unha maior ambigüidade. Neste punto, a xurisprudencia comunitaria marcou con claridade a distinción entre a licenza por maternidade e o permiso parental, aínda que xustificándoo na finalidade tradicional atribuída á licenza de maternidade de procurar a recuperación física da nai e salvagardar as "especiais relacións entre a muller e o seu fillo" (STXUE 19 de setembro de 2013, asunto *Betriu Montull*¹⁹). E, para estes efectos, considérase que é indiferente que a duración da licenza por maternidade sexa superior ao mínimo de catorce semanas fixado pola Directiva 92/85 ou que, como ocorría no noso sistema, unha parte desa licenza fose de gozo voluntario e puidese cederse ao pai. En todo caso, e dado que a nivel interno non existe un permiso parental nomeado como tal, non foi infrecuente que se tratase de reconducir a este o permiso por paternidade²⁰. Por iso, a previsión da Directiva resulta oportuna e senta as bases

¹⁹ C-5/12.

²⁰ CABEZA PEREIRO, J. "En que debe cambiar...", cit.

para, como veremos, establecer un status diferenciado para ambas as figuras.

A introdución deste permiso representa, polo demais, un avance significativo e reflicte a vontade de buscar fórmulas efectivas para reforzar o papel do pai nas tarefas de coidado dos fillos e superar, á vez, o carácter instrumental e subordinado con respecto á nai que este asumiu naquelas. Tal e como se articula, parece claro que o seu gozo se atribúe en exclusiva ao pai, ou no seu caso a un segundo proxenitor equivalente, e que non se contempla a posibilidade de transferencia á nai. É positivo, igualmente, que se previse o mantemento dunha remuneración ou prestación económica durante o permiso en termos similares aos recollidos para a licenza por maternidade na Directiva 92/85²¹. En cambio, sorprende a reducida duración do permiso por paternidade, en comparación coas catorce semanas que se recoñecen para os supostos de maternidade. Como xa se dixo, a frustrada revisión da Directiva 92/85 impediu unha regulación unitaria de ambos os dereitos, que resultaría sen dúbida máis adecuada. É certo, en calquera caso, que non é este o único medio a través do cal se potencia a corresponsabilidade na Directiva 2019/1158/UE, e parece que o lexislador comunitario optou deliberadamente pola cautela, cunha implantación progresiva do permiso por paternidade. Poden pesar niso non só consideracións económicas, senón a propia realidade social e laboral dos Estados membros, nos que se perciben aínda moitas resistencias a que os pais interrompan o seu traballo para realizar estas tarefas²².

Con todo, a experiencia indica que, en tanto se manteña unha regulación diferenciada para ambos os permisos, será difícil que poida alcanzarse un equilibrio adecuado na

²¹ O art. 11.1 da Directiva 92/85 establece que haberá de garantirse unha remuneración ou prestación adecuada á traballadora que goza a licenza por maternidade; tal prestación, segundo o art. 11.3, ha de garantir uns ingresos equivalentes, como mínimo, aos que recibiría a traballadora en caso de interrupción das súas actividades por motivos de saúde.

²² Neste sentido, CABEZA PEREIRO, J. "En que debe cambiar...", cit.

asunción de responsabilidades por homes e mulleres e, polo tanto, erradicar o estigma da discriminación laboral que sofren estas últimas. Só dende un recoñecemento legal paritario parece posible evitar que a duración máis prolongada da baixa por maternidade acabe condicionando a reincorporación da muller ao seu posto, limite as súas expectativas de ascenso profesional, xere desigualdades retributivas ou provoque a retracción do empresario no momento da contratación, ante a perspectiva de asumir un maior custo cando sobreveñan estas situacións.

O noso sistema atópase, neste punto, un paso por diante e, como é sabido, despois do establecemento dun permiso de paternidade na LO 3/2007 Igualdade de trece días, que foi ampliándose posteriormente ata chegar ás cinco semanas²³, o Real decreto-lei 6/2019, do 1 marzo, procede á equiparación dos permisos por paternidade e maternidade, refundíndoos nun único "permiso por nacemento e coidado do menor", que recoñece dezaseis semanas a cada proxenitor. Debe advertirse, con todo, que a diferente duración dos permisos fora reputada lexítima polo Tribunal Constitucional²⁴, que entendeu que existe unha xustificación obxectiva e razoable para ela, tendo en conta que a licenza por maternidade ten por finalidade primordial a protección da saúde da traballadora durante o embarazo, o puerperio e o parto; mentres que o permiso por paternidade trata de incentivar a conciliación e a corresponsabilidade co establecemento de vínculos temperáns entre os pais e os seus fillos. Con independencia diso, o tratamento paritario de ambas as figuras é, para o Tribunal, unha opción plausible que entra dentro da liberdade do lexislador.

²³ A Lei 9/2009, 6 outubro, elevaba a duración do permiso por paternidade a catro semanas, estando previsto que entrase en vigor o 1 de xaneiro de 2011, aínda que finalmente, debido á situación económica desfavorable, a medida foi pospoñéndose ata que se aprobou pola D.F. 11ª Lei 48/2015, 29 outubro. Posteriormente, a D.F. 38ª Lei 6/2018, 3 xullo fixou o permiso por paternidade en cinco semanas.

²⁴ STC 2/2019, 14 xaneiro con cita de resolucións anteriores, SsTC 117/2018, 29 outubro, 111/2018.

A reforma legal interna merece, así pois, unha valoración positiva. E é de destacar, ademais, que a equiparación non se produciu exclusivamente no referente á duración dos permisos, senón igualmente no relativo ao réxime xurídico aplicable e ás condicións de gozo. Desta forma, establécese que, das dezaseis semanas, seis delas haberán de gozarse obrigatoriamente tanto polo pai como pola nai de forma ininterrompida tras o parto, a xornada completa. No caso da nai, o carácter indispoñible das primeiras semanas de licenza é algo común tanto na nosa regulación como na normativa comunitaria, e xustificouse atendendo á salvagarda da saúde e seguridade da traballadora e a necesidade da súa recuperación física tras o parto. A preceptividade do gozo no caso do outro proxenitor, que non aparece na Directiva 2019/1158, resulta, en cambio, nova e ampárase no “cumprimento dos deberes de coidado previstos no artigo 68 do Código Civil”. Discutiuse a conveniencia da imposición dunha obriga desta natureza, que incide no complexo armazón das opcións persoais e familiares e que pode ter, segundo o caso, efectos non desexados (pénsese, por exemplo, naqueles supostos nos que a relación afectiva e/ou de convivencia rompeuse entre a parella no momento do nacemento do fillo; ou ben cando a nai non traballa e o gozo do permiso polo pai supón unha perda de ingresos para a familia). A pesar diso, a obrigatoriedade dos permisos foi defendida dende a doutrina en diversas ocasións como unha medida para lograr a igualdade efectiva²⁵. E neste contexto de promoción e impulso cremos que debe ser entendida a previsión legal, tendo en conta a acollida favorable e o uso maioritario que tivo ata o momento o permiso por paternidade.

-. Por outra banda, e dende esta óptica de corresponsabilidade, a Directiva 2019/1158 reforza o permiso parental que xa se regulaba na Directiva 2010/18. Establécese como un dereito individual dos traballadores,

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

cunha duración mínima de catro meses, que deberá gozarse antes de que o fillo alcance, como máximo, a idade de oito anos. Para incentivar a utilización equilibrada deste permiso por ambos os proxenitores mantense o carácter intransferible dunha parte, que se amplía a dous meses fronte ao mes que recollía a Directiva 2010/18, aínda que se frustrou a pretensión inicial de establecer a intransferibilidade para a totalidade do permiso.

E promóvese, igualmente, o gozo do permiso en modalidades flexibles, algo que foi expresamente amparado pola xurisprudencia comunitaria. Así, a STXUE 22 de outubro de 2009, asunto Meers²⁶, destaca que “as medidas dirixidas a conciliar a vida profesional e a vida familiar deben fomentar a introdución nos Estados membros de novos modos flexibles de organización do traballo e do tempo, máis adaptados ás necesidades cambiantes da sociedade...”. Na mesma liña, a STXUE 27 de febreiro de 2014, asunto Lyreco Belgium²⁷, estima que, cando se permite aos traballadores escoller entre o gozo do permiso parental a tempo completo ou a tempo parcial, os que opten por isto último non poden verse desfavorecidos -por exemplo, a efectos de cálculo dunha indemnización por despedimento- xa que iso supoñería un desincentivo e menoscabaría o obxectivo de flexibilidade postulado dende a norma comunitaria.

Establécese, ademais, o dereito dos traballadores que gocen deste permiso a percibir unha remuneración ou prestación económica, aínda que, a diferenza do permiso de paternidade, non se fixa unha contía mínima, senón que se deixa a súa determinación en mans dos Estados membros. Na proposta inicial da Directiva establecíase unha equiparación neste punto entre o permiso de paternidade, o parental e o de coidadores. Coa redacción definitiva, a protección destes dous últimos é claramente inferior, e iso marca as distancias con respecto ao permiso de paternidade, no que, como xa se dixo, se busca a maior equiparación posible coa maternidade.

²⁶ C-116/08.

²⁷ C-588/12.

No noso ordenamento, como xa se dixo, esta figura do permiso parental non se recolle expresamente como tal, e iso suscitou una certa confusión. Despexadas as dúbidas con respecto ao permiso de paternidade, parece que habería de reconducirse á excedencia por coidado de fillos. Aínda que é certo que nalgún momento a xurisprudencia comunitaria (STXUE 18 de setembro de 2019, asunto Ortiz Mesonero²⁸) admitiu explicitamente que poida considerarse como parte do permiso parental a redución de xornada do art. 37.6 ET, o preámbulo da Directiva 2019/1158 menciona expresamente, ao noso xuízo con acerto, esta medida como unha fórmula de traballo flexible.

Neste punto, parece conveniente unha revisión das condicións de exercicio deste dereito de excedencia para adaptarse ás previsións comunitarias. Non conta, como é sabido, con cotas de reserva para os homes e, a pesar de que se articula como un dereito individual dos traballadores, é utilizado na práctica maioritariamente polas mulleres. Tampouco se contempla ata o momento ningunha prestación económica que mitigue a perda de ingresos. Esta circunstancia propiciou que sexan as mulleres precisamente as que soliciten estes permisos, dado que son tamén habitualmente as que contan cos salarios máis baixos dentro da unidade familiar. Por outra banda, en fin, a duración deste permiso na nosa regulación -tres anos- difire notablemente da recollida na norma comunitaria. Aínda que, como se sinalou, a Directiva se limita a fixar neste punto unha duración mínima, a configuración duns permisos moi prolongados pode supoñer unha dificultade engadida para a reincorporación posterior do traballador. Iso ten particular incidencia no caso da excedencia e, polo xa dito, compromete especialmente a carreira profesional das mulleres. Noutros Estados membros, así, a duración do permiso parental sitúase en torno ao ano, cun período de gozo exclusivo polo pai, polo que pode ser conveniente abrir, polo menos, unha reflexión sobre a posibilidade de facer cambios na nosa excedencia para situala nesta liña²⁹.

²⁸ C-366/18.

²⁹ CABEZA PEREIRO, J "En que debe cambiar...", cit.

3. TRABAJO FLEXIBLE COMO INSTRUMENTO DE CONCILIACIÓN

A Directiva 2019/1158/UE apunta como obxectivo específico a flexibilidade no exercicio dos dereitos de conciliación e iso tanto no concernente ao gozo dos permisos (permitindo, por exemplo, un réxime de traballo a tempo parcial durante o mesmo ou en períodos alternos, cun certo número de días consecutivos do permiso separados por períodos de traballo), como na implantación de fórmulas de traballo flexible, que faciliten a adaptación da prestación ás circunstancias particulares do traballador. Dáse carta de natureza, así, á evolución seguida en moitos Estados membros nos que as políticas de conciliación, centradas durante moito tempo nos *dereitos de ausencia* (excedencias, suspensións, permisos), pasaron a conceder un maior protagonismo aos *dereitos de presenza*, aqueles que permitirían ao traballador compaxinar adecuadamente a súa esfera familiar e laboral sen limitar a súa presenza nesta última³⁰. Para alcanzar esta meta, resultan claves as fórmulas de xestión flexible do tempo de traballo, que amplían a marxe de dispoñibilidade do traballador para que este poida compasar a súa prestación laboral en función das súas concretas circunstancias persoais e familiares: distribución irregular da xornada, preferencia na elección de quendas, flexibilidade de horarios, bolsas de horas, entre outras.

Con respecto ao seu precedente, pois, a norma comunitaria afronta agora a regulación desta cuestión de forma máis clara e comprometida. Na Directiva 2010/18/UE, instábase os Estados membros a tomar as medidas necesarias para que “velasen” porque os traballadores puidesen adaptar os seus réximes de traballo tras a reincorporación do permiso parental. A redacción actual sinala, en cambio, que se haberá de “garantir” o dereito do traballador para solicitar

³⁰ Neste sentido, v. JURADO SEGOVIA, A. “Flexiseguridad y conciliación de la vida laboral y familiar”, RMESS, núm.extraord. 2018, p. 118, que recolle esta distinción e subliña a necesidade de transitar dun modelo no que prima a idea de traballar menos para conciliar, a outro no que se facilite o traballar diferente, ofrecendo maiores marxes de flexibilidade.

estas fórmulas de traballo flexible. E desvincúlase este dereito do permiso parental, o que é razoable, en primeiro termo, considerando que as necesidades de conciliación teñen un ámbito máis amplo que se estende xa non só ao coidado de fillos senón igualmente ao de maiores e dependentes. Ademais, é importante esta precisión porque a xurisprudencia comunitaria viña facendo unha interpretación rigorosa do precepto da Directiva, de tal forma que entendía que non quedaban comprendidas dentro del aquelas peticións de adaptación do traballador que se producen tras a incorporación dunha baixa por maternidade (STXUE 16 de xuño de 2016, asunto Rodríguez Sánchez)³¹, ou sen conexión directa co momento de reincorporación tras o permiso parental (STXUE 18 de setembro de 2019, asunto Ortiz Mesonero³²). Trátase dunha posición certamente esixente, sobre todo se se ten en conta que a necesidade que o traballador poida ter de adaptar as súas condicións de traballo está presente tanto se se reincorpora dun permiso parental, coma se o fai dunha baixa maternal ou, simplemente, ten circunstancias familiares que así o esixen. É unha mostra máis do ton cauteloso que, nesta materia, mantén a xurisprudencia comunitaria e que, neste punto en concreto, pode estar xustificado pola carga que, para a empresa, supoñen estas medidas.

O réxime xurídico para a concesión destas adaptacións é tamén máis preciso na Directiva 2019/1158/UE, que recoñece o dereito a solicitar fórmulas de traballo flexible aos traballadores con fillos de ata como mínimo oito anos e aos coidadores. O empregador haberá de estudar e atender as peticións nun prazo razoable de tempo, tendo en conta tanto as súas propias necesidades como as dos traballadores. E deberá xustificar calquera denegación ou aprazamento destas solicitudes.

No noso sistema, estas medidas de traballo flexible tiveron un percorrido moi limitado ata o momento. Con todo, a Real decreto-lei 6/2019, do 1 de marzo, anticipase á aprobación

³¹ C-351/14.

³² C-366/18.

da Directiva, modificando o art. 34.8 ET na dirección marcada por esta. O precepto estatutario resultara ineficaz para atender as demandas de flexibilidade dos traballadores por motivos familiares. A falta de claridade e a imprecisión dos seus termos, unido á lóxica que o inspira, que deixa en mans da negociación colectiva ou o arbitrio empresarial a implantación destas medidas, lastrarán en boa parte a súa efectividade práctica³³. A reforma fortalece significativamente a posición do traballador que, con anterioridade, dispoñía unicamente, como remarcara o TS, dunha mera "expectativa de dereito"³⁴. Sen entrar a analizar en profundidade o novo art. 34.8 ET si poden facerse algunhas consideracións á luz do previsto pola Directiva 2019/1158:

-. A titularidade do dereito recae sobre as *persoas traballadoras* que requiran unha medida adaptativa para facer efectivo o seu dereito á conciliación da vida familiar e laboral. E realízase unha anotación adicional: no caso de que teñan fillos ou fillas, as persoas traballadoras teñen dereito a efectuar a devandita solicitude ata que os "fillos ou fillas cumpran doce anos de idade". A norma comunitaria, pola súa banda, como xa se indicou, recoñece o dereito aos traballadores con fillos, ata que estes teñan como mínimo unha idade de oito anos, e aos coidadores. No caso dos traballadores con fillos, a nosa previsión interna mellora o previsto pola Directiva, que na proposta presentada inicialmente tamén contemplaba unha idade de doce anos, que ao final quedou rebaixada a oito.

Nos restantes supostos, o abanico é moi amplo, xa que, en principio, abarcaría a calquera traballador que, en función das súas circunstancias particulares, poida precisar destas fórmulas de flexibilidade: traballadores con familiares enfermos, dependentes ou de idade avanzada, con fillos

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

³⁴ SsTS 13 xuño 2008, RJ 4227, 20 outubro 2010, RJ 8447.

maiores de doce anos con necesidades específicas, traballadores que sen ser proxenitores (avós, tíos) han de facerse cargo de menores de idade, traballadores que precisan atender a persoas enfermas ou maiores con quen conviven ou con quen manteñen vínculos de afectividade aínda que non teñan relación directa de parentesco, por citar algúns deles. E para estes efectos, deben terse en conta, como a propia Directiva sinala no seu preámbulo, os diferentes modelos de familia e as necesidades particulares que poden presentar: familias monoparentais, pais adoptivos, proxenitores con discapacidade...

Parece razoable, así, que sexa a negociación colectiva a que realice a concreción dalgúns destes extremos. Unha opción para iso pode ser tomar como referencia o marco legal interno para o gozo doutros dereitos de conciliación, aínda que, como se dixo³⁵, pode resultar en exceso restritiva, dados os termos amplos do art. 34.8 ET e as diferenzas en canto a requirimentos e finalidade que presenta con respecto a outras facultades recoñecidas legalmente. En todo caso, non debe perderse de vista, ao noso xuízo, o marco deseñado pola Directiva que, como se viu, refire o dereito a pais con fillos menores de oito anos e coidadores. E considera a estes últimos como aqueles traballadores que dispensan coidados ou prestan axuda a un familiar ou persoa coa que conviven e que necesita asistencia ou coidados importantes por un motivo médico grave. Fronte ao noso réxime interno, o máis rechamante é que a Directiva non limita a atención nestes casos por razóns de parentesco, senón que a estende tamén a persoas coas que se manteñen vínculos afectivos por convivencia. Unha previsión convencional que exclúa de forma tallante esta posibilidade podería, dende esta perspectiva, chocar cos termos da norma comunitaria.

-. No que se refire ao contido do dereito, a Directiva 2019/1158 enumera, sen carácter exhaustivo, posibles

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

alternativas de traballo flexible, como o traballo a distancia, os calendarios laborables flexibles ou a redución do horario laboral. Nesta liña, a nova formulación do art. 34.8 ET tamén ten un alcance máis amplo que o previsto con anterioridade. Menciónanse, en primeiro lugar, as adaptacións da duración e distribución do tempo de traballo e, con carácter máis xeral, todas aquelas relativas á “ordenación do tempo de traballo”. Terían cabida, así, horarios flexibles diarios de entrada e saída ao traballo, bancos de horas de libre disposición por causas familiares, permisos recuperables, cambios de quenda, elección de períodos de vacacións, redistribución do tempo de traballo para evitar a prestación en festivos ou períodos coincidentes con vacacións escolares, entre outros³⁶. Xunto con iso, o art. 34.8 ET engade agora tamén unha referencia ás adaptacións na “forma de prestación, incluída a prestación do traballo a distancia”. O teletraballo, ou as fórmulas de traballo a distancia, aparecen, como xa se dixo, como unha das modalidades de traballo flexible que recolle explicitamente a Directiva. A mención a posibles cambios na “forma da prestación de traballo” pode, con todo, interpretarse de maneira máis extensa e podería chegar a amparar eventualmente peticións do traballador de cambio de centro de traballo (por atoparse o actual demasiado afastado do domicilio do traballador, o que obriga a este a investir un excesivo tempo en desprazamentos diarios, por exemplo) ou de posto (debido a que as características do que se ocupa impoñen unhas condicións de traballo que interfíren na atención ás obrigas familiares).

³⁶ A previsión legal queda aberta, así, a innumerables alternativas para favorecer a conciliación familiar: fixar límites para os horarios das reunións de traballo, reducir viaxes e desprazamentos utilizando as novas tecnoloxías, configurar unha flexibilidade horaria puntual e circunstancial para atender a obrigas familiares imprevistas e sobrevidas (consultas médicas, reunións escolares)... E, igualmente, parece que cabe recorrer a esta vía para “blindar” aos traballadores con responsabilidades familiares fronte a medidas de flexibilidade por razóns empresariais, como a distribución irregular de xornada prevista no art. 34.2 ET, v. LÓPEZ ÁLVAREZ, M.J. “Distribución irregular...”, cit. p. 90

-. O réxime de exercicio do dereito é, con todo, o punto máis controvertido. Tanto a Directiva como o reformado art. 34.8 ET conceden ao traballador o “dereito a solicitar” medidas adaptativas polo que, a pesar da evidente vontade de reforzar a posición do traballador nestas situacións, non pode defenderse un dereito automático e incondicionado deste a obter a flexibilidade que propón. A norma comunitaria si recoñece, en cambio, a obriga empresarial de estudar e atender as solicitudes do traballador, dentro dun prazo de tempo razoable, xustificando, no seu caso, a denegación de tales solicitudes.

O RDL 6/2019, pola súa banda, dota ao art. 34.8 ET dunha maior concreción nos termos de exercicio do dereito, para tratar de dar resposta á falta de efectividade que marcou a andaina do precepto. A pesar da pasividade demostrada ata o momento pola negociación colectiva, o noso lexislador segue apostando por ela para determinar as condicións nas que o traballador pode acceder ás distintas medidas de flexibilidade. O convenio colectivo conserva, pois, un papel privilexiado, e parece lóxico que así sexa, por canto o ámbito colectivo resulta o marco máis adecuado para propiciar un equilibrio razoable entre os intereses empresariais e as necesidades do traballador. Neste sentido, o preámbulo da Directiva fai unha referencia expresa ás pequenas e medianas empresas, e exhorta a buscar fórmulas que permitan garantir os dereitos dos traballadores, pero que non entrañen unha carga desproporcionada para estas empresas. É este, pois, un dos elementos que deberán valorarse para a regulación desta cuestión, así como o tipo e condicións da actividade ou a composición do persoal, entre outros. De igual forma, o convenio pode ser o instrumento idóneo para a delimitación doutros aspectos relevantes que, como se viu, a norma legal deixa abertos, como o colectivo de potenciais beneficiarios destas medidas ou as alternativas específicas de adaptación. E, para estes efectos, só unha regulación excesivamente concisa ou restritiva, que na práctica imposibilite o acceso do traballador a calquera medida adaptativa, podería considerarse reprochable ou contraria ás directrices marcadas pola Directiva.

En ausencia de previsión convencional, o art. 34.8 ET articula agora un proceso de negociación en toda regra entre o traballador e a empresa, aliñándose coas disposicións da Directiva. Así, recibida a solicitude do traballador, deberá abrirse un período de negociación dunha duración máxima de trinta días, durante o cal as partes haberán de dialogar para tratar de alcanzar un acordo. Finalizado aquel, a empresa comunicará, por escrito: a aceptación da petición; a posible oferta de propostas alternativas á presentada polo traballador; ou ben, a denegación da solicitude indicando, neste último caso, as razóns obxectivas nas que se sustenta a decisión. A desconformidade do traballador co resultado deste proceso, permite acudir á vía xudicial a través do procedemento previsto no art. 139 LXS. É previsible, pois, e así está a ocorrer xa dende a entrada en vigor da reforma, un aumento importante da litixiosidade respecto desta cuestión. As características particulares do proceso establecido para a revisión xudicial (sen conciliación previa e sen acceso, salvo excepcións, ao recurso de suplicación) auguran dispersión e disparidade nos criterios dos órganos xurisdiccionais. Iso agrávase tendo en conta que nos atopamos ante unha materia na que o xuíz debe dirimir, ao cabo, un conflito de intereses conforme a criterios de equidade, para o que haberá de entrar a valorar, de forma seguramente discutible, aspectos que pertencen á estrita privacidade do traballador e a súa familia³⁷. Parece, en consecuencia, especialmente conveniente que a negociación colectiva afronte de maneira decidida a regulación das condicións de exercicio deste dereito, o que contribuirá a minimizar os conflitos, incluíndo, eventualmente, canles alternativas para a resolución de discrepancias, como procesos de mediación, que poden resultar máis adecuados nesta materia.

³⁷ Como sinala CASAS BAAMONDE, M^a E." La conciliación de la vida familiar...", cit. p. 1068 non pode caerse nun "activismo xudicial" que investigue as circunstancias concretas e privadas de cada familia, facendo xuízos de valor sobre a oportunidade ou conveniencia do dereito que se solicita.

Finalmente, ha de apuntarse que o art. 34.8 ET recolle, en paralelo co previsto pola Directiva, unha garantía adicional para os traballadores que gocen destas adaptacións, ao contemplar que "terán dereito a solicitar o regreso á súa xornada ou modalidade contractual anterior unha vez concluído o período acordado ou cando o cambio de circunstancias así o xustifique, aínda cando non transcorrese o período previsto". A duración temporal das medidas adaptativas é un dos extremos que as partes haberán de negociar, atendendo ás circunstancias concretas de cada caso. Non obstante, a efectos do regreso do traballador á súa situación anterior, cremos que ha de distinguirse, como fai a Directiva, entre dous supostos distintos. Se se cumpriu o período acordado, o traballador haberá de ter dereito a recuperar automaticamente as súas condicións de traballo iniciais. Pero se se solicita o regreso anticipado a estas, cremos que debe tomarse en conta igualmente a posición da empresa e as dificultades obxectivas que poida esgrimir para atender a petición do traballador; o que, en definitiva, podería xustificar a demora, ou mesmo, a negativa a tal regreso anticipado.

4. PROTECCIÓN DOS TRABALLADORES NO EXERCICIO DOS SEUS DEREITOS DE CONCILIACIÓN

Unha preocupación latente en todas as normas comunitarias que regulan os dereitos de conciliación dos traballadores, é articular as garantías suficientes para asegurar a súa efectividade e o cumprimento dos obxectivos aos que serven. A este respecto, a Directiva 92/85 xa contempla para as traballadoras embarazadas e que estean a gozar dereitos vinculados á maternidade unha prohibición de despedimento dende o comezo do embarazo ata a finalización do permiso por maternidade (art. 10), así como a garantía dos dereitos inherentes ao seu contrato de traballo, (art. 11).

Estas previsións complétanse co disposto pola Directiva 2006/54, de Igualdade de trato entre homes e mulleres, que recoñece o dereito da muller en permiso de maternidade, a reincorporarse ao seu posto de traballo ou a un equivalente en termos e condicións que non lle resulten

menos favorables, e a beneficiarse de calquera mellora nas condicións de traballo a que puidese ter dereito durante a súa ausencia (art. 15). Ademais, a Directiva estende a protección que se dispensa á maternidade aos posibles permisos por paternidade que poidan articularse nos Estados membros (art. 16). É esta unha referencia interesante por canto, nese momento, o permiso por paternidade non se atopaba expresamente regulado nas normas comunitarias. Por iso, como se sinalou³⁸, trátase de impulsar a funcionalidade do permiso de paternidade como complemento do de maternidade, para promover a corresponsabilidade no exercicio das tarefas de coidado. E outórgase unha protección a estes labores de coidado máis neutra, desconectada de tinturas discriminatorias por razón de xénero.

Neste marco, a Directiva 2010/18 perfila a protección para os permisos parentais en termos similares á fixada, aínda que de forma dispersa, para a licenza por maternidade. E a Directiva 2019/1158 profunda nesta liña establecendo unha tripla garantía:

a) Dereitos laborais: os traballadores conservan os dereitos adquiridos ou en curso de adquisición á data de inicio do permiso, que se aplicarán tras a súa finalización. De igual forma, garántese a reincorporación do traballador ao seu posto de traballo ou a un posto equivalente nunhas condicións que non lle resulten menos favorables, así como a beneficiarse de calquera mellora das condicións laborais á que tivese dereito se non gozase o permiso (art. 10);

b) Discriminación: han de adoptarse as medidas necesarias para prohibir que os traballadores reciban un trato menos favorable por solicitar ou gozar estes permisos (art. 11);

c) Protección contra o despedimento: adoptaranse as medidas necesarias para prohibir o despedimento e calquera preparación para o despedimento dun traballador por solicitar ou gozar destes permisos. No caso de que o despedimento chegase a producirse, o empregador haberá de xustificar os motivos por escrito. Con todo, se o

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

traballador presenta ante un tribunal uns feitos que permitan presupoñer que foi despedido por razóns vinculadas co gozo dos permisos, corresponderá ao empregador demostrar que o despedimento se baseou en motivos distintos (art. 12).

A xurisprudencia comunitaria tivo un papel significado nesta evolución normativa e no reforzamento da posición do traballador que trouxo consigo. Aínda que inicialmente o Tribunal de Luxemburgo se mostrou dubitativo en canto aos dereitos laborais a recoñecer á traballadora en situación de baixa por maternidade³⁹, con posterioridade situouse de forma máis contundente, o que levou a conceder a aquela o dereito para percibir os incrementos retributivos que se xeren durante a licenza maternal⁴⁰, a posibilidade de pospoñer as vacacións cando coincidan co gozo do permiso por maternidade⁴¹ ou o cómputo da antigüidade durante o período de baixa⁴². Ampliouse, de igual forma, a protección fronte ao despedimento ao momento posterior á finalización da licenza maternal, se se acredita relación causal entre a decisión extintiva e actos preparatorios desta iniciados durante a baixa⁴³. E asegúrase, en fin, a retribución da traballadora en supostos de cambio de posto por risco durante o embarazo, coa única excepción daqueles complementos salariais vinculados exclusivamente ao posto de orixe⁴⁴.

³⁹ A STXUE 21 de outubro de 1999, asunto Lewen, C-333/97 considera admisible que para a percepción dunha paga extraordinaria en Nadal se esixa que o traballador se atope en activo no momento do pago, a pesar de que iso afecte as traballadoras que gozan da súa baixa maternal; con todo, o período de baixa si haberá de computarse para xerar o dereito á devandita paga.

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

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

⁴² STXUE 16 de febreiro de 2006, asunto Sarkatzis Herrero, C-294/04.

⁴³ STXUE 11 de outubro de 2007, asunto Paquay, C-460/06.

⁴⁴ STXUE 1 de xullo de 2010, asunto Parviainen, C-471/08.

Esta actitude garantista terminou por extrapolarse aos permisos parentais, o que fixo que estes se beneficien dunha protección similar á dispensada á maternidade. Así, a STXUE 22 de outubro de 2009, asunto Meerts⁴⁵ axuíza se a indemnización por despedimento dun traballador que se atopa gozando un permiso parental a tempo parcial pode calcularse conforme a retribución reducida que percibe no momento da extinción. Para iso, parte de que a previsión da Directiva 2010/18 que garante ao traballador os dereitos adquiridos ou en curso de adquisición na data de inicio do permiso parental non pode ser obxecto de interpretación restritiva, debido a que expresa un principio de Dereito social comunitario que reviste especial importancia. O concepto de dereitos adquiridos ou en curso de adquisición comprende, así, a totalidade dos dereitos e vantaxes, en diñeiro ou en especie, derivados directa ou indirectamente da relación laboral, aos que o traballador pode ter dereito fronte ao empresario na data de inicio do seu permiso parental. Estes dereitos, como apunta a sentenza, serían “papel mollado” se se aceptase que un traballador contratado a tempo completo poida ver reducida a indemnización por despedimento que lle corresponde, ao atoparse no momento do despedimento nun período de permiso parental a tempo parcial; xa que, en definitiva, unha situación como esa podería disuadir ao traballador de acollerse a tal permiso, e, correlativamente, incitar ao empresario a despedir preferentemente a traballadores nesas circunstancias⁴⁶.

Este “efecto útil” da Directiva de permisos parentais foi defendido polo Tribunal en numerosas ocasións con posterioridade e levou, por exemplo, a entender aplicables as garantías previstas na norma a todos os permisos parentais regulados nos Estados membros, con independencia de que superen a duración mínima de catro

⁴⁵ C-116/08.

⁴⁶ En parecidos termos, recoñecen o dereito do traballador a percibir indemnizacións e compensacións por extinción sen reducións derivadas do exercicio do permiso parental a STXUE 27 de febreiro de 2014, asunto Lyreco Belgium C-588/12 e a STXUE 8 de maio de 2019, asunto Re-Praxair, C-486/18.

meses establecida pola Directiva (STXUE 7 de setembro de 2017, asunto H⁴⁷).

O anterior non obsta para que as argumentacións do órgano comunitario nesta cuestión adopten, con frecuencia, unha perspectiva case exclusivamente antidiscriminatoria. Na STXUE 20 de xuño de 2013, asunto Riezniece⁴⁸, examínase a procedencia dos criterios de avaliación utilizados, no marco dunha amortización de postos, con respecto a unha traballadora que se atopa gozando un permiso parental. O Tribunal toma como punto de partida a necesidade de constatar se efectivamente, no Estado membro de que se trata, se acollen ao permiso parental un número moi superior de mulleres que de homes. Só baixo esta premisa, pasa a analizar o modo de avaliación utilizado que, ao colocar en desvantaxe a estes traballadores que gozan un permiso parental, xera unha situación de discriminación indirecta. Cabe preguntarse, entón, se a conclusión alcanzada polo Tribunal variaría se fose un traballador home o que se atopase gozando do permiso.

A este respecto, non pode esquecerse que, como xa se sinalou, estes dereitos de conciliación se constrúen, en boa parte, como instrumentos de corresponsabilidade e como mecanismos activos de igualdade entre homes e mulleres. Con todo, e sen descoñecer as evidentes implicacións de xénero que teñen todos os dereitos de conciliación, a protección para os permisos parentais pode articularse en moitos casos prioritariamente dende o marco específico deseñado ao efecto pola propia Directiva. Iso permite atender á configuración dos permisos parentais como dereitos individuais do traballador e poñer en valor por si mesmo o obxectivo da conciliación das responsabilidades familiares e profesionais, evitando unha instrumentalización absoluta da conciliación en favor da igualdade⁴⁹. E, en

⁴⁷ C-174/16.

⁴⁸ C-7/12.

⁴⁹ No noso sistema, a STC 26/2011, 14 de marzo abriu a porta a unha posible discriminación "por razón das circunstancias familiares" incardinable no art. 14 CE. A sentenza conta, con todo, cun voto particular que cuestiona esta nova categoría discriminatoria, dado que non parece que existan nestes casos

calquera caso, nese contexto, a constatación dunha práctica ou actuación discriminatoria por razón de xénero vinculada ao exercicio do dereito parental operaría como un plus de antixuridicidade, que engadiría un elemento de reprochabilidade ao suposto que se axuíza.

Nesta dirección avanza a STXUE 7 de setembro de 2017, asunto H⁵⁰ que analiza a reincorporación dunha traballadora á praza de funcionaria que se lle concedeu mentres gozaba dun permiso parental. A sentenza sustenta a súa decisión na Directiva de permisos parentais, e conclúe que a norma interna que esixía que o candidato seleccionado realizase un período en prácticas de dous anos sen ningunha posibilidade de prórroga, atenta contra a garantía de reincorporación do traballador ao seu posto ou un equivalente ao finalizar o período de permiso parental. En termos similares, a STXUE 8 de maio de 2019, asunto Re-Praxair⁵¹, axuíza a procedencia do cálculo dunha indemnización por despedimento, tomando como referencia a retribución reducida que a traballadora percibe nese momento, ao atoparse gozando dun permiso parental a tempo parcial. O Tribunal determina que tal práctica resulta contraria á protección que establece para esta figura a Directiva de permisos parentais. Pero aprecia, seguidamente, e a pedimento das cuestións prexudiciais expostas polo órgano remitente, que dado que en Francia o 96% dos traballadores que toman un permiso parental son mulleres, esta normativa atenta tamén contra o principio de igualdade, pola diferenza de trato que a súa aplicación

diferencias historicamente arraigadas que xerasen unha situación de desvantaxe e vulnerabilidade para o colectivo afectado. E esta parece ser a liña seguida pola xurisprudencia posterior, que aborda a tutela dos dereitos de conciliación dende unha perspectiva de discriminación por razón de xénero; constituíndo discriminacións indirectas aquelas que van referidas a traballadores homes, xa que a lesión do seu dereito impide unha repartición equitativa e igualitaria das tarefas familiares (STS 10 de xaneiro de 2017, RJ 2017/38).

⁵⁰ C-174/16.

⁵¹ C-486/18.

entraña, que non pode explicarse por ningún factor obxectivamente xustificad.

Finalmente, é interesante apuntar que, aínda que como se sinalou, a protección aos permisos parentais se construíu en espello con respecto á dispensada para a licenza por maternidade, obsérvase máis recentemente unha tendencia incipiente na xurisprudencia comunitaria a marcar distancias entre ambos, polo menos en determinados aspectos. Unha mostra diso é a STXUE 4 de outubro de 2018 asunto Tribunalul Botosani⁵², que se pronuncia sobre o pagamento de vacacións durante un permiso parental. O Tribunal lembra, en primeiro lugar, que o recoñecemento do dereito a vacacións se basea na premisa de que o traballador prestou servizos efectivamente durante o período de referencia. En determinadas situacións concretas -enfermidade, maternidade- asímílanse eses períodos de baixa a períodos de tempo de traballo efectivo para garantir o mantemento do dereito a vacacións. Pero trátase, no caso da enfermidade, dunha situación imprevisible e allea á vontade do traballador, o que non ocorre no suposto do permiso parental onde o traballador, ademais non está suxeito a limitacións físicas ou psíquicas causadas por unha enfermidade. E tampouco considera que, para estes efectos, o permiso parental resulte asimilable á licenza por maternidade, dado que esta última ten por obxecto a protección da condición biolóxica da muller e a protección das particulares relacións entre a muller e o seu fillo. En consecuencia, establece que o período de permiso parental non pode asimilarse a un período de tempo de traballo efectivo a efectos de determinar o dereito a vacacións.

Neste sentido, a distinción expresa que realiza a Directiva 2019/1158 entre o permiso por paternidade e os permisos parentais pode ser tamén un indicio da vontade de configurar un status singularmente protexido para as licenzas por maternidade e paternidade, fronte aos permisos parentais e o resto dos dereitos de conciliación recoñecidos ao traballador.

⁵² C-12/17.

5. BIBLIOGRAFÍA

- BALLESTER PASTOR, María Amparo (2011) "Conciliación y corresponsabilidad en la Unión Europea", en CABEZA PEREIRO, Jaime-FÉRNÁNDEZ DOCAMPO, Belén (dir) Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad entre sexos, 2011, Tirant lo Blanch, Valencia, 32 pp.
- CABEZA PEREIRO, Jaime "¿En qué debe cambiar el Derecho Español para adaptarse al acuerdo marco revisado sobre el permiso parental?", 2010, Revista Doctrinal Aranzadi Social, núm. 6, 20 pp.
- CASAS BAAMONDE, María Emilia, "Conciliación de la vida familiar y laboral: Constitución, legislador y juez", 2018, Derecho de las relaciones laborales, núm. 10, 12 pp.
- IGUARTUA MIRO, María Teresa, "Conciliación y ordenación flexible del tiempo de trabajo. La nueva regulación del derecho de adaptación de jornada ex artículo 34.8 del Estatuto de los Trabajadores", 2019, Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, núm. 53, 24 pp.
- JURADO SEGOVIA, Angel, "Flexiseguridad y conciliación de la vida laboral y familiar", 2018, Revista Ministerio Empleo y Seguridad Social, núm.extraord, 24 pp.
- LAHERA FORTEZA, Jesús, "Organización flexible del tiempo de trabajo y conciliación familiar", 2014, Documentación Laboral, núm. 100, 16 pp.
- LÓPEZ ÁLVAREZ, María José "La protección de los menores como objetivo de las políticas de conciliación laboral" en MARTÍNEZ GARCÍA, Clara (coord.) Tratado del menor, 2016, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 27 pp.
- Distribución irregular de la Jornada de Trabajo, 2015, Francis Lefebvre, Madrid, 130 pp.
- MARTÍN HERNÁNDEZ, María Luisa, "El tratamiento convencional de la conciliación de la vida familiar y laboral: estado de la cuestión y propuestas de futuro", en SANGUINETI RAYMOND, W. (dir), Propuestas para la igualdad de género en la

negociación colectiva, 2011, ed. Bomarzo, Albacete, 35 pp.

VELASCO PORTERO, Teresa, "El conflicto entre conciliación y necesidades empresariales en la organización del tiempo de trabajo: regulación legal, doctrina judicial e importancia de la negociación", 2015, Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, núm. 41, 27 pp.