

LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA (UE) 2019/1158: MUCHO MÁS QUE UNA NORMA DE PERMISOS DE CUIDADO Y LA NECESIDAD DE ADAPTACIÓN DE LA NORMATIVA INTERNA DE DESPIDO

EMMA RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

NET21 NÚMERO 11, JUNIO 2022

El pasado 14 de junio se abrió el plazo de consulta pública en el que se facilita la una somera información sobre el Anteproyecto de Ley de transposición de la Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea, y de la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo.

La transposición de la Directiva (UE) 2019/1158 es uno de los hitos derivados del Pilar Europeo de Derechos Sociales aprobado en Gotemburgo en noviembre de 2017. Junto a esta norma se aprobaron otras dos con estrecha relación entre sí: la Directiva (UE) 2019/1152 y la creación de la Autoridad Laboral Europea. Conviene tenerlo presente y, de hecho, en el referido trámite de consulta pública que ha abierto el Ministerio de Trabajo y Economía Social, se refiere a las dos Directivas simultáneamente, pues la transposición se contempla de manera conjunta, como fue su aprobación. Se trata de una decisión acertada y lógica porque ambos textos comunitarios responden al objetivo del trabajo decente recogido por el propio Pilar conforme a los ODS.

Es sabido que, en la Unión Europea, el balance vida-trabajo ha sido un tema central y consustancial a su propia evolución normativa, convirtiéndose en la punta de lanza del derecho a la igualdad de género. Clara muestra de esto ha sido el impulso recogido -sobre todo en los borradores iniciales- en el Pilar Europeo de Derechos Sociales, heredero de las múltiples Directivas en el mismo sentido, pero también de los derechos reconocidos *ad initio* en la

Carta Social Europea y en su versión revisada, con lo que conlleva su ratificación en cuanto a derechos sociales.

De hecho, el 24 de marzo de 2020 se publicaron las Conclusiones del Comité Europeo de Derechos Sociales correspondientes al año 2019/XXI-4, relativas a los derechos de los menores, de la familia migrantes, aunque en sus conclusiones finales hace referencia a la protección social de todos frente a la pobreza y exclusión social derivada de la pandemia. Del análisis de los resultados sobre los mecanismos de supervisión, por lo que aquí se refiere, destacan aquellos que comprometen a las partes a establecer medidas para promover el acceso efectivo entre otros bienes, al empleo, a la vivienda, a la formación, de personas o familias que se encuentren o corran el riesgo de encontrarse en una situación de exclusión social o de pobreza (art.30). Este precepto general sobre la protección social conecta con el derecho a la igualdad de oportunidades en el empleo, como desafío importante para reducir la feminización de la pobreza (art. 20), así como con las garantías hacia la protección del embarazo y la maternidad (art. 8, apartados 4 y 5), a través de mecanismos jurídicos que prohíban cualquier tipo de discriminación retributiva y faciliten la adaptación y flexibilidad de los puestos y horarios de trabajo, eliminando cualquier tipo de discriminación por razón de sexo.

Tradicionalmente, entre las instituciones que permiten conciliar la vida personal y la laboral se señalan, en primer lugar, a los permisos, en sentido amplio, que permitan a las personas trabajadoras interrumpir sus carreras profesionales para dedicarse al cuidado de sus familiares. Asimismo, cada vez se ha hecho más hincapié en que deben procurarse horarios de trabajo flexibles, para posibilitar que las condiciones laborales puedan ser adaptadas a la vida personal y a las obligaciones familiares de los trabajadores, sin que implique la renuncia completa a ninguna de ellas. Y, en tercer lugar, se viene reclamando el papel principal de los poderes públicos que han de procurar unos servicios adecuados que atiendan el cuidado de las personas adultas dependientes y de las menores, en general.

En efecto, las licencias han tenido un protagonismo que, sin embargo, se ha revelado ineficiente, mientras que las jornadas flexibles de trabajo y, en general, los mecanismos que permiten la adaptación del tiempo de trabajo al tiempo “de no trabajo” se acomodan mucho más al objetivo de la verdadera conciliación. Y ello es así porque el estudio de estas figuras debe abordarse desde el prisma de la igualdad entre sexos. Hay que tener en cuenta que, en España, el 89% de los cuidadores son mujeres, la mayoría cónyuges e hijas, con edades comprendidas entre los 45 y los 65 años, según cifras del Consejo Superior de Investigaciones Científicas (CSIC), y el 85% de las mujeres siguen

encargándose del trabajo doméstico y el 95% se ocupa del cuidado de los hijos (Eurostat).

En el año 2016, la "Comisión Junker", incluyó entre su plan de trabajo la iniciativa "Un nuevo comienzo para hacer frente a los desafíos de la conciliación de la vida laboral y familiar", que pretendía incrementar la participación de las mujeres en el mercado de trabajo. Con anterioridad, en julio de 2015, ante la falta de avances en su tramitación, se había anunciado la retirada de la propuesta de modificación de la Directiva relativa al permiso de maternidad, de manera que esa nueva propuesta se presenta con un cariz amplio que pretende abrir "la vía a un nuevo enfoque para cumplir los objetivos estratégicos de mejorar la protección de las madres, lograr una mejor conciliación de la vida profesional y la vida familiar y facilitar la participación de las mujeres en el mercado de trabajo".

El 26 de abril de 2017, el Parlamento y el Consejo presentaron la propuesta de Directiva relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y de los cuidadores, por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo. Entre las razones y objetivos que la justifican, el propio texto de la propuesta enumera profusamente resultados sobre el fracaso de las medidas adoptadas hasta ahora, lo que ha abocado a las mujeres a una situación de infrarrepresentación en el empleo –trabajos a tiempo parcial, temporales o informales-. Las consecuencias inmediatas se trasladan a la brecha salarial de género, llegando a alcanzar el 28% en algunos Estados miembros y el 40% de media en el UE, en el ámbito de las pensiones. A la vez, critica abiertamente la carencia de disposiciones que permitan que los hombres asuman las mismas responsabilidades familiares que las mujeres al no establecer permisos de cuidado equitativos y sin vinculación al género.

La nueva Directiva, que por primera vez deriva de una iniciativa de la Comisión y no de un Acuerdo social de las partes sociales, como sus antecesoras, incluye una nueva clasificación de los permisos, diferenciando entre el de paternidad y el parental, a la vez que también mantiene el permiso por fuerza mayor, pero crea otro distinto que denomina "permiso para cuidadores". La duración será independiente entre cada permiso y se convierten en intransferibles. Así, contarán de diez días, el de paternidad; cuatro meses, el parental, y para cuidadores, un período mínimo de cinco días anualmente. Además, se eleva la edad mínima del menor hasta la que se permite disfrutar de estos permisos, así como solicitar formas de trabajo flexibles con una duración de esas fórmulas que pueden someterse a límites razonables. Resulta fundamental, en cualquier caso, completar estos permisos específicos de alejamiento del puesto de trabajo, con las posibilidades de

adaptación flexible al empleo, una vez que ha finalizado aquél o, incluso, durante su disfrute, en la medida que eso podrá facilitar la reincorporación del trabajador. Este es el punto clave y que marcará la diferencia respecto de la anterior regulación porque se refuerza el derecho a la reincorporación al trabajo tras el permiso parental.

La previsión de la anterior Directiva sobre animar a los trabajadores y a los empresarios "a tomar disposiciones para definir medidas adecuadas para la reintegración" queda superada en la actual redacción del art. 9 de la nueva Directiva. Esta regulación responde a una previsión de carácter imperativo sobre la regulación del trabajo flexible que pretende incidir directamente en la corresponsabilidad, al fomentar el retorno al mundo laboral de la mujer, tradicional destinataria de los permisos parentales más extensos, con el consustancial riesgo de su desprofesionalización. En este nuevo reconocimiento se permite cierta limitación – como mínimo será hasta los 8 años- y requisitos –cierta antigüedad en el puesto-, pero se configura como un derecho subjetivo al que los Estados miembros deberán de dar cobijo en sus ordenamientos internos de manera que resulte efectivo, admitiendo que estas fórmulas de trabajo flexible puedan supeditarse a "límites razonables". En otras palabras, como señala la Directiva se trata de que "las mujeres y los hombres deberán tener igual acceso a permisos especiales para cumplir con sus responsabilidades de cuidado y animárseles a utilizarlos de forma equilibrada".

Ahora bien, de manera consustancial a esos nuevos permisos, se refuerzan las garantías para su puesta en práctica a través de la consolidación de los derechos adquiridos o en curso de adquisición que se generen durante su disfrute, la protección económica, el desplazamiento de la carga de la prueba y se estipulan sanciones a determinar por los Estados, pero que suponen una protección frente el trato o consecuencias desfavorables de quién se acoja a estos permisos. Destacan en este sentido, dos preceptos básicos e innovadores del texto europeo a los que habrá de adaptarse completamente la normativa interna.

Por un lado, el artículo 9 de la Directiva, según el cual, una vez finalizado el plazo por el que se acordó la fórmula de trabajo flexible, la persona interesada tiene un derecho subjetivo de vuelta a sus condiciones anteriores, limitando ese derecho a la mera solicitud sólo en el caso de que pretenda el retorno anticipadamente.

Pues bien, en nuestro ordenamiento interno, si bien el Real Decreto-ley 6/2019, de medidas urgentes para la igualdad de mujeres y hombres, de 8 de marzo, introdujo importantes modificaciones en materia laboral y de Seguridad Social anticipándose, en parte, al espíritu de la norma europea sobre la individualización de los permisos de conciliación y en las fórmulas de trabajo flexible, lo cierto es que la nueva redacción del derecho de adaptación de jornada del art. 34.8 ET, en realidad, según la literalidad del precepto, se limita a otorgar el derecho de las personas trabajadoras “a solicitar” los cambios que considere oportunos en la duración y distribución de su jornada laboral para hacer efectivos sus derechos de conciliación de la vida familiar y laboral.

Esto ha llevado a buena parte de la doctrina a criticar la débil exigibilidad hacia quien se solicita, derivada de esta fórmula empleada por el legislador frente al reconocimiento indubitado de los derechos recogidos en el art. 37 ET. Justo este es el argumento empleado por alguna sentencia que, con una interpretación restrictiva del derecho y desconectándolo de su componente de derecho fundamental, deniega ese derecho a la trabajadora por entender que el art. 34.8 ET tan sólo contempla la posibilidad de solicitarlo y, en su caso, abre un período de treinta días para negociarlo con la empresa, supeditado a que el solicitante acredite las obligaciones de cuidado, no bastando la circunstancia de tener un hijo menor, ni que se trate de una gran empresa (STJ Galicia, de 5 de octubre de 2020). En contraste, otros pronunciamientos más recientes se pronuncian a favor de esa conexión entre el ejercicio del derecho de conciliación -baja parental del trabajador varón- y el del derecho fundamental de igualdad -art. 14 CE, prohibición de discriminación por “razones de índole personal o social”-, declarando la nulidad de los actos que se deriven de tales circunstancias (STJ Cataluña, de 4 de abril de 2022).

A pesar de estas quiebras en la norma, la nueva configuración del derecho de adaptación de jornada, juntamente con el refuerzo de sus garantías procesales –se vincula con el art. 139, 1, a) LRJS-, han supuesto evidentes mejoras. Sin embargo, se ha hecho patente otra flaqueza como es el escrutinio al que se somete a la vida personal de la persona trabajadora que se ve obligada a acudir ante los tribunales para reclamar su derecho. Una alternativa a este “escaparate” en el que se coloca la persona solicitante sería establecer parámetros objetivos determinados por el propio legislador –la negociación colectiva también podría jugar un papel destacado, aunque se plantean complicaciones si afecta a derechos de terceros- ante la existencia de más de un titular con obligaciones de cuidado sobre un mismo sujeto.

En segundo lugar, el art. 12 de la Directiva, sobre la protección frente al despido, establece dos cláusulas principales que no se encuentran recogidas en toda su intensidad en la normativa interna. En primer lugar, la prohibición de despido de la persona trabajadora que ejerza estos derechos de conciliación y, correlativamente a esta protección, en caso de producirse, la justificación de las causas por escrito y la inversión de la carga de la prueba, como puntos de partida en el desarrollo del procedimiento, y que configuran un marco más garantista para la persona afectada por esa vulneración de sus derechos.

El legislador interno parece haberse quedado simplemente en la formulación derivada de la prohibición de despido de la trabajadora embarazada recogida en la Directiva 92/85/CE, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de las 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 esté en período de lactancia". Este texto legal ofrece un tratamiento unitario de la protección a la maternidad y a la lactancia, por lo que aborda medidas tendentes a garantizar la regulación del descanso por maternidad, el reconocimiento de una prestación y el mantenimiento de los derechos laborales, entre los que contempla la prohibición expresa del despido durante el tiempo de la baja maternal. Esta regulación hay que ponerla en relación con la prevención de riesgos laborales, en especial con la protección a la mujer embarazada y al período de lactancia (arts. 1, 2, 5 y 10).

La Directiva 92/85/CE introduce en su artículo 8 el permiso por maternidad. Señala que los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para que "las trabajadoras embarazadas o que hayan dado a luz y se encuentren en período de lactancia, disfruten de un permiso de maternidad de como mínimo catorce semanas ininterrumpidas, distribuidas antes y/o después del parto, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales". Además "este permiso deberá incluir, un permiso por maternidad obligatorio de como mínimo dos semanas, disfrutadas antes y/o después del parto".

En la misma línea protectora, el artículo 10 prohíbe el despido de la trabajadora durante el período del embarazo y la terminación del permiso por maternidad. En concreto señala que "los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para prohibir el despido de las trabajadoras, a que se refiere el artículo 2, durante el período comprendido entre el comienzo de su embarazo y el final del permiso de maternidad", y en el art. 2 define a las trabajadoras embarazadas como "cualquier trabajadora embarazada que

comunique su estado al empresario, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales". Esto será objeto de una controvertida jurisprudencia entorno a la necesidad de comunicación del embarazo al empresario, so pena de que el despido, en caso de producirse, de calificase como improcedente o procedente, pero no nulo.

Por lo tanto, esta Directiva se decanta exclusiva y directamente por la protección de la salud de la mujer embarazada, que haya dado a luz, o durante el período de lactancia. De hecho, se inserta dentro de las previsiones de la Directiva 89/391/CEE, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo. No se trata de una regulación sobre conciliación de vida personal, familiar y laboral, y ahí está la falla o la ausencia de la vigente normativa laboral interna, de modo que parece predicable de él la doctrina dictada en el asunto *Porras Guisado*, Asunto C-103/16, sentencia de 22 febrero 2018.

En los últimos pronunciamientos del Tribunal de Justicia puede observarse una especial preocupación desde la perspectiva de reforzamiento del derecho al permiso parental, sin que de ello se derive ningún tipo de perjuicio para el trabajador que lo disfruta. En concreto, blindo los "derechos adquiridos" o "en curso de adquisición" a los que el trabajador pueda tener derecho cuando inicie el permiso parental - STJUE de 7 de septiembre de 2017, C-174/16, asunto *H. y Land Berlín-*, hasta que lo finalice, tal y como ya había declarado este mismo Tribunal. Sobre el sentido de "puesto de trabajo" y de "derechos adquiridos", recuerda que deben de ser objeto en toda la Unión de una interpretación autónoma y uniforme que busque facilitar el "efecto útil" de la Directiva 2010/187UE, y de los artículos 14, apartado 1, letras a) y c), 15 y 16 de la Directiva 2006/54/CE. Al igual que se prevé el mantenimiento de la totalidad de los derechos o ventajas derivados directa o indirectamente de la relación laboral, a los que el trabajador puede tener derecho frente al empresario al inicio del permiso parental - SSTJUE de 16 de julio de 2009, C-537/07, asunto *Gómez Limón*, y de 22 de octubre de 2009, C-116/08, asunto *Meerts-*.

El RD-Ley 6/2019, en relación con el despido, introdujo en el art. 53.4 ET el inciso "para considerarse procedente deberá acreditarse suficientemente que la causa objetiva que sustenta el despido requiere concretamente la extinción del contrato de la persona referida". Según ese tenor literal la doctrina del TJUE es extensible, por tanto, a los derechos derivados del ejercicio de la maternidad, sin embargo, no parece responder por completo a la nueva intensidad del derecho de conciliación que diseña la Directiva 2010/18/UE.

Para ello, sería más oportuno que el despido derivado de la solicitud de adaptaciones de la jornada o de la forma de prestación laboral del art. 34.8 ET, conllevara la nulidad de la extinción por mandato legal, es decir, que en el art. 53 ET y, correlativamente, en el art. 55 ET, se contemplase una referencia explícita a la causa del ejercicio de conciliación, con la pertinente valoración judicial y calificación oportuna del despido, en su caso.

Lo cierto es que el Tribunal Constitucional ha parecido asumir un compromiso con la igualdad efectiva, conceptualizada como “parificación” —parificación ciudadana, hemos de entender— (vid. por todas SSTC 3/2007, de 15 de marzo, FJ 2; 26/2011, de 15 de marzo, FJ 5). Así, las medidas de acción positiva se han contemplado lícitamente en el ámbito del empleo, contrarrestando las desventajas derivadas de la pertenencia al colectivo concreto del sexo femenino, pero también por ejercicio mayoritario de los permisos de cuidado de familiares y sus consecuencias directas e indirectas sobre las condiciones laborales y sus derechos de protección social. No en vano, ese derecho a la conciliación se circunscribe a la concepción de la igualdad que ha respaldado la constitucionalidad de normas como la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, o la Disposición Adicional Segunda de la en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que introduce la paridad electoral (SSTC 59/2008, de 14 de mayo, y 12/2008, de 29 de enero, respectivamente). Y legislación y jurisprudencia constitucional empiezan, en fin, a dejar atrás una concepción de la igualdad material centrada en hecho físico del parto o la lactancia natural, en consonancia con la construcción actual de los derechos de conciliación como derechos de titularidad individual, vinculados con el propio derecho a la igualdad del art. 14 CE.

Hay que tener en cuenta que los derechos de conciliación se plantean desde una perspectiva individual para que las personas trabajadoras, con independencia de su género, puedan disfrutarlo indistintamente con el fin último de que se consiga la corresponsabilidad. El hecho de que las mujeres adquieran puestos de dirección y rompan con el denominado “techo de cristal”, implica que los derechos y obligaciones vinculados al cuidado de sus familiares no supongan ningún menoscabo sobre ellas, como tradicionales destinatarias de estos permisos, lo que en muchos casos ha conllevado la “desprofesionalización”. Por ello, los Estados miembros están llamados a erradicar esas diferencias y fomentar el reparto entre las personas trabajadoras so pena de perpetuar los detestables por discriminantes, roles de género.