

Revista Internacional y Comparada de

**RELACIONES
LABORALES Y
DERECHO
DEL EMPLEO**

Escuela Internacional de Alta Formación en Relaciones Laborales y de Trabajo de ADAPT

Comité de Gestión Editorial

Alfredo Sánchez-Castañeda (México)

Michele Tiraboschi (Italia)

Directores Científicos

Mark S. Anner (Estados Unidos), Pablo Arellano Ortiz (Chile), Lance Compa (Estados Unidos), Jesús Cruz Villalón (España), Luis Enrique De la Villa Gil (España), Jordi García Viña (España), José Luis Gil y Gil (España), Adrián Goldin (Argentina), Julio Armando Grisolia (Argentina), Óscar Hernández (Venezuela), María Patricia Kurczyn Villalobos (México), Lourdes Mella Méndez (España), Antonio Ojeda Avilés (España), Barbara Palli (Francia), Juan Raso Delgue (Uruguay), Carlos Reynoso Castillo (México), María Luz Rodríguez Fernández (España), Alfredo Sánchez-Castañeda (México), Michele Tiraboschi (Italia), Anil Verma (Canada), Marcin Wujczyk (Polonia)

Comité Evaluador

Henar Alvarez Cuesta (España), Fernando Ballester Laguna (España), Jorge Baquero Aguilar (España), Francisco J. Barba (España), Ricardo Barona Betancourt (Colombia), Miguel Basterra Hernández (España), Carolina Blasco Jover (España), Esther Carrizosa Prieto (España), M^a José Cervilla Garzón (España), Juan Escribano Gutiérrez (España), María Belén Fernández Collados (España), Alicia Fernández-Peinado Martínez (España), Marina Fernández Ramírez (España), Rodrigo Garcia Schwarz (Brasil), Sandra Goldflus (Uruguay), Miguel Ángel Gómez Salado (España), Estefanía González Cobaleda (España), Djamil Tony Kahale Carrillo (España), Gabriela Mendizábal Bermúdez (México), David Montoya Medina (España), María Ascensión Morales (México), Juan Manuel Moreno Díaz (España), Pilar Núñez-Cortés Contreras (España), Eleonora G. Peliza (Argentina), Salvador Perán Quesada (España), Alma Elena Rueda (México), José Luis Ruiz Santamaría (España), María Salas Porras (España), José Sánchez Pérez (España), Esperanza Macarena Sierra Benítez (España), Carmen Viqueira Pérez (España)

Comité de Redacción

Omar Ernesto Castro Güiza (Colombia), Maria Alejandra Chacon Ospina (Colombia), Silvia Fernández Martínez (España), Paulina Galicia (México), Noemi Monroy (México), Maddalena Magni (Italia), Juan Pablo Mugnolo (Argentina), Francesco Nespoli (Italia), Lavinia Serrani (Italia), Carmen Solís Prieto (España), Marcela Vigna (Uruguay)

Redactor Responsable de la Revisión final de la Revista

Alfredo Sánchez-Castañeda (México)

Redactor Responsable de la Gestión Digital

Tomaso Tiraboschi (ADAPT Technologies)

La corresponsabilidad y el interés superior del menor como principios en la interpretación judicial del tiempo de trabajo: avances y deficiencias

Ana CASTRO FRANCO*

RESUMEN: La corresponsabilidad tiene como objetivo el reparto equitativo de las tareas domésticas y de las cargas familiares entre hombres y mujeres. No cabrá desconocer que el ejercicio del derecho a conciliar, articulado a través de permisos, excedencias, reducciones de jornada y cualquier mecanismo tendente a garantizar la compatibilidad entre las esferas personal y profesional, supone un arma de doble filo, por cuanto hace pesar en gran medida sobre las mujeres el deber de cuidado. Las últimas reformas legislativas en España han apostado por iniciativas como la equiparación de la duración de la suspensión del contrato de trabajo por nacimiento de hijo o hija para ambos progenitores o la prestación para el ejercicio igualitario del cuidado del lactante. Sin embargo, estos derechos no están siendo solicitados, en su mayoría, por varones, desvirtuando así la pretensión de eliminar cualquier desventaja en términos de salario, estabilidad en el empleo o promoción, que pueda afectar a las trayectorias de las personas a cargo de tales responsabilidades. A la par, los juzgados y tribunales van dando ejemplo al aplicar la perspectiva de género y la prohibición de un trato discriminatorio hacia el menor, como ha sucedido con el reconocimiento de los permisos de 26 semanas a las familias monoparentales.

Palabras clave: Corresponsabilidad, tiempo de trabajo, igualdad de género, interpretación judicial, interés del menor.

SUMARIO: 1. La conciliación en las empresas: una asignatura pendiente. 2. El marco normativo tras la entrada en vigor del RD-Ley 5/2023. 3. El derecho de las familias monoparentales a doblar el permiso de maternidad. 4. ¿El juez está legitimado para determinar quién debe conciliar? 5. ¿Toda denegación de adaptación de la jornada implica una vulneración del derecho a la conciliación? 6. Supuestos novedosos de adaptación de jornada: turno de mañana, no trabajar los sábados y teletrabajo. 7. Derecho de los varones al permiso para asistir a la preparación al parto y prestación por nacimiento. 8. Conclusiones. 9. Bibliografía.

* Doctora en Derecho del Trabajo y la Seguridad Social FPU (Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades), Universidad de León (España).



Co-Responsibility and the Best Interests of the Child as Principles in Judicial Interpretation of Working Time: Progress and Shortcomings

ABSTRACT: The aim of co-responsibility is the equal sharing of domestic tasks and family responsibilities between men and women. It cannot be ignored that the exercise of the right to work-life balance, articulated through leave, leave of absence, reduced working hours and any mechanism aimed at guaranteeing compatibility between the personal and professional spheres, is a double-edged sword, as it places the duty of care on women to a large extent. The latest legislative reforms in Spain have opted for initiatives such as the equalisation of the duration of the suspension of the work contract for the birth of a child for both parents or the allowance for the equal exercise of infant care. However, these rights are not being requested, for the most part, by men, thus undermining the aim of eliminating any disadvantage in terms of salary, job stability or promotion, which could affect the careers of those in charge of such responsibilities. At the same time, the courts and tribunals are setting an example by applying the gender perspective and the prohibition of discriminatory treatment of children, as has happened with the recognition of 26 weeks' leave for single-parent families.

Key Words: Co-responsibility, working time, gender equality, judicial interpretation, interests of the child.

1. La conciliación en las empresas: una asignatura pendiente

Los principios de igualdad y no discriminación por razón de sexo tutelados por el ordenamiento jurídico, en particular con la individualización y equiparación de derechos en materia de conciliación, no siempre encuentran adecuado reflejo en la práctica. El bienestar de las personas está íntimamente relacionado con el acceso al mercado laboral y la permanencia en el mismo. Hoy en día, los requisitos de desempeño profesional impuestos a hombres y mujeres impiden una adecuada vida familiar y se convierten en un factor de desigualdad para estas últimas.

Así, la conciliación sigue constituyendo un reto considerable para muchos progenitores y trabajadores que tienen responsabilidades en el cuidado de familiares, habida cuenta la creciente prevalencia del horario laboral ampliado y de los cambios en los calendarios de trabajo, lo que incide negativamente en el empleo femenino.

La llamada “doble presencia” implica que las mujeres busquen puestos de trabajo en sectores con horarios compatibles con las tareas de cuidados, soliciten mayoritariamente la reducción de jornada o se acojan a contratos temporales, con las inevitables consecuencias negativas tanto en la remuneración como en sus posibilidades de promoción.

La predisposición a prestar servicios a tiempo parcial, en empleos precarios o ligados a la economía informal que permitan organizar los tiempos para atender los cuidados y el hogar, penaliza a las trabajadoras debido a los salarios bajos y la inseguridad laboral, en ocasiones sin acceso a prestaciones sociales.

Según la Encuesta de Condiciones de Vida elaborada por el INE, en 2021 el 24,4 de trabajadoras entre 25 a 54 años y con un hijo prestaba servicios a tiempo parcial, en comparación al 4,1% de los varones. En el caso de dos hijos el porcentaje se sitúa en el 24,6% de las mujeres y el 3,3% de los hombres; mientras que con tres hijos o más la cifra asciende a 25,5% y 5% respectivamente¹. Las últimas estadísticas disponibles, del año 2022, muestran diferencias casi imperceptibles: un 23% de mujeres-3,4% de hombres con un hijo ocupados a tiempo parcial; un 25,2%-2,5% si tienen dos hijos; un 24,6-5,1% con tres hijos o más.

El motivo principal para trabajar a tiempo parcial a raíz del cuidado de personas dependientes es querer cuidar personalmente de hijos u otros familiares, 63,5% de mujeres y 68,8% de hombres. El porcentaje más alto en trabajadoras corresponde al grupo de edad de 35 a 44 años (52,1%) y en

¹ Vid. INE, *Ocupados a tiempo parcial por número de hijos. España, UE-27 y UE-28. Serie 2019-2022*, en www.ine.es, 13 marzo 2024.

los trabajadores al de 45 a 54 años (46,9%)².

Asimismo, a resultas de la crisis sanitaria provocada por el Covid-19 el trabajo a distancia se presenta como un revulsivo para la conciliación de en la medida en que el teletrabajo permite un ahorro en los tiempos de desplazamiento, mayor flexibilidad horaria que el trabajo presencial y, en principio, una mayor adaptabilidad a las necesidades o exigencias que requiere el cuidado³. Una manzana envenenada, pues las tareas de cuidado a otros se intensifican y la superposición de tiempos y espacios de las actividades diarias constituye una fuente de tensión en el desarrollo del trabajo remunerado, lo que produce un deterioro general de la conciliación de la vida laboral y familiar.

Si el trabajo se vuelve incompatible con las cargas familiares, son las mujeres mayoritariamente quienes se ven abocadas a la inactividad. El término “suelos pegajosos” hace alusión a las obligaciones que, atendiendo a la persistencia de los roles de género, impiden o dificultan el desarrollo profesional de ellas en igualdad de condiciones a sus compañeros.

Pues bien, todas las referencias a las antiguas prestaciones de maternidad y paternidad se deben entender referidas a la prestación de nacimiento y cuidado de menor, según lo previsto en la disposición adicional única del RD-Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación. Hoy en día, el permiso es de 16 semanas para ambos progenitores y constituye un derecho individual y no transferible. El texto legal se promulgó en un contexto de persistentes desigualdades de género en el ámbito laboral, visibles en la brecha salarial y en la distribución desigual de las responsabilidades familiares. La normativa busca eliminar estas desigualdades mediante la equiparación de los permisos de maternidad y paternidad, transformándolos en una única prestación por nacimiento y cuidado de menor. Esta medida pretende fomentar la corresponsabilidad entre ambos progenitores y garantizar que tanto hombres como mujeres puedan disfrutar de los mismos derechos y obligaciones en el cuidado de sus hijos.

Los permisos de maternidad crecieron exponencialmente desde los 127.739 del año 1996, hasta los 359.160 del año 2008. A partir de 2009 y hasta la sustitución de la prestación, la tendencia fue la contraria habida

² Vid. INE, *Personas ocupadas, cuidado de personas dependientes (niños o adultos enfermos, incapacitados o mayores)*, en www.ine.es, 13 marzo 2024, gráfico *Ocupados a tiempo parcial porque cuidan a personas dependientes por motivo (%)*. 2022.

³ Vid. A. SÁNCHEZ-ARAGÓN, Á. BELZUNEGUI-ERASO, A. ERRO-GARCÉS, I. PASTOR-GOSÁLBIZ, *Teletrabajo y conciliación: ¿una trampa para las mujeres?*, en *Oikonomics*, 2022, n. 19, pp. 4-5.

cuenta de la implementación del permiso de paternidad en virtud del la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres⁴. Durante 12 años se solicitaron más de 255.000 permisos de paternidad al año, con un total de 3.066.378.

La Seguridad Social tramitó 473.720 prestaciones por nacimiento y cuidado de menor en 2022, lo que implica un incremento del 0,4% respecto a 2021. De estas, 224.359 han correspondido al primer progenitor, habitualmente la madre, y 249.361, al segundo progenitor, normalmente el padre.

En los seis primeros meses de 2024 se gestionaron 234.801 expedientes: 110.117 correspondieron al primer progenitor y 124.684, al segundo progenitor, esto es, más del 53% de los permisos corresponderían, en su mayoría, a los padres. El número de permisos aumenta ligeramente (1,3%) respecto al mismo periodo de tiempo de 2023, cuando se tramitaron 231.775⁵.

Por otro lado, el número de excedencias dadas de alta en 2022 fue de 47.455, de las que 33.290 correspondieron a mujeres (70,2%), y 14.165 a varones (29,8%)⁶. El número de excedencias se ha reducido de media un 1% respecto a 2021. El análisis por sexo demuestra el desigual reparto de las tareas de cuidado, pues la inmensa mayoría de las excedencias continúan a cargo de la madre.

Ahora bien, se ha experimentado un incremento del porcentaje de las solicitadas por los padres, que ha pasado de un 3,33% en 2005, a un 11,98%, en 2022. En el primer semestre de 2024 se dieron de alta 23.948 excedencias de las que 20.224 correspondieron a mujeres, el 84,4%, y 3.724 a hombres, lo que equivale al 15,6%. El número de excedencias ha descendido un 4% respecto al mismo periodo del ejercicio 2023.

Para muchos trabajadores, pero en especial para las mujeres, la maternidad y el cuidado de personas mayores suponen puntos de inflexión en sus carreras profesionales. Es frecuente que coincida la responsabilidad de la crianza de los hijos e hijas con la asistencia a los progenitores, en cuanto se ha venido a denominar “generación sándwich”⁷. Es necesario promover que las empresas pongan en marcha medidas efectivas para

⁴ Vid. INSTITUTO DE LAS MUJERES, *Mujeres en cifras 1983-2023*, 2023, pp. 40-41.

⁵ Vid. MINISTERIO DE INCLUSIÓN, SEGURIDAD SOCIAL Y MIGRACIONES, [La Seguridad Social ha tramitado 234.801 prestaciones por nacimiento y cuidado de menor en los seis primeros meses del año](#), en www.inclusion.gob.es, 30 julio 2024.

⁶ Vid. LA REVISTA DE LA SEGURIDAD SOCIAL, [La Seguridad Social tramitó 473.720 permisos por nacimiento y cuidado de menor en 2022](#), en revista.seg-social.es, 27 enero 2023.

⁷ Vid. RED.ES (coord.), [Mujeres y digitalización. De las brechas a los algoritmos](#), Instituto de la Mujer y para la Igualdad de Oportunidades, Ministerio de Igualdad, 2020, p. 28.

poner freno a la pérdida de talento femenino y para que el trabajo sea compatible con las necesidades familiares y personales.

Son muchas las normas promulgadas en los últimos años para lograr la paridad en el seno de las relaciones laborales. Desde la LO 3/2007⁸, pasando por el RD-Ley 6/2019, hasta el RD-Ley 5/2023, de 28 de junio, por el que, entre otras cuestiones, se aprobaba la transposición 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. A continuación, procede analizar algunas disposiciones que tratan de conseguir la asunción del cuidado de la familia de forma igualitaria.

2. El marco normativo tras la entrada en vigor del RD-Ley 5/2023

Las mujeres siguen estando muy infrarrepresentadas en el mercado laboral y en los puestos directivos y la disparidad de empleo por razón de género a nivel europeo produce anualmente pérdidas económicas por valor de 370.000 millones de euros. Las medidas deben suponer una ayuda para los progenitores y cuidadores, al evitar que se vean obligados a escoger entre vida familiar y carrera profesional.

La Directiva (UE) 2019/1158 establece requisitos mínimos relacionados con el permiso de paternidad, el permiso parental y el permiso para cuidadores, así como fórmulas de trabajo flexible. A su vez, el texto otorga una relevancia especial a la adaptación de condiciones de trabajo, introduciendo con rotundidad la dimensión de la corresponsabilidad, como se advierte tanto en los considerandos como en el articulado.

Al objeto de fomentar un reparto más equitativo entre mujeres y hombres de las responsabilidades en el cuidado, la norma supranacional contempla un permiso titularidad del padre con ocasión del nacimiento de su hijo o hija, cuya incidencia es claramente positiva desde una perspectiva de género. También incorpora un permiso para cuidadores, de cinco días laborables al año, con el fin de ofrecer más oportunidades de permanecer en el mercado de trabajo, pues se prevé un aumento constante de las necesidades en el cuidado de familiares debido al envejecimiento de la población.

El permiso parental se configura como un derecho individual de al menos cuatro meses, antes de que el hijo alcance una determinada edad,

⁸ *Vid.* M.J. RAMO, [El cambio de enfoque en la igualdad entre hombres y mujeres: de la conciliación a la corresponsabilidad](#), en [bloglaboral.garrigues.com](#), 5 marzo 2020.

como máximo ocho años. A fin de animar a los padres a hacer uso de su derecho, cada progenitor dispone al menos de dos meses del permiso parental, con carácter exclusivo y no transferible.

La Directiva establece fórmulas de trabajo flexible, el reconocimiento expreso de la discriminación por conciliación, la protección frente al despido, y la protección de los derechos laborales de las personas trabajadoras en caso de disfrute de permisos o ausencia del trabajo⁹.

A nivel interno, el Estatuto de los Trabajadores combina la flexibilidad empresarial y personal¹⁰.

En cuanto al primer grupo, resaltan la jornada irregular en función de la producción; la compensación entre descansos y horas extraordinarias; los descansos semanales concentrados; la disposición de las vacaciones con factores empresariales; el trabajo a tiempo parcial con horas complementarias disponibles del trabajador; o las modificaciones de horarios, turnos y jornadas.

En el segundo, encuentran acomodo las adaptaciones de la duración y distribución de la jornada de trabajo, en la ordenación del tiempo de trabajo y en la forma de prestación, para hacer efectivo el derecho a la conciliación; la reducción acumulable por lactancia; la reducción en el caso de nacimiento prematuro de hijo o hija, o que, por cualquier causa, deban permanecer hospitalizados a continuación del parto; la reducción por cuidado de un menor de doce años, una persona con discapacidad que no desempeñe una actividad retribuida, el cónyuge o pareja de hecho, o un familiar; la reducción por cuidado de hijo gravemente enfermo; la consideración de la violencia de género en los derechos de conciliación familiar; o la renuncia a horas complementarias del tiempo parcial por cuidado de hijo o familiar.

En la misma línea, destacan los permisos retribuidos por matrimonio o registro de pareja de hecho, nacimiento de hijo, fallecimiento, accidente o enfermedad grave, preparación al parto, o traslado; así como las excedencias por cuidado de hijo y de familiar dependiente y las suspensiones del contrato por riesgo durante el embarazo y la lactancia hasta nueve meses, nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento o disfrute del permiso parental.

El RD-Ley 5/2023 supuso un cambio de paradigma, por cuanto introduce cambios en diversos mecanismos de conciliación para completar la transposición de la Directiva (UE) 2019/1158. En relación a la

⁹ Vid. M. FERNÁNDEZ PRIETO, *Conciliación de responsabilidades de progenitores y cuidadores e igualdad de oportunidades en la Directiva (UE) 2019/1158*, en *Revista Derecho Social y Empresa*, 2020, n. 12, pp. 97-98.

¹⁰ Vid. J. LAHERA FORTEZA, *Organización flexible del tiempo de trabajo y conciliación familiar*, en *Documentación Laboral*, 2014, n. 100, p. 39.

promoción de la igualdad de género, al garantizar que ambos progenitores y cuidadores tengan los mismos derechos, se reduce la carga desproporcionada que tradicionalmente recaía sobre las mujeres, promoviendo una distribución más equitativa de las responsabilidades familiares.

El art. 4.2 ET ahora hace referencia expresa al derecho del trabajador a no ser discriminado por razón de sexo, incluido el trato desfavorable dispensado a mujeres u hombres por el ejercicio de los derechos de conciliación o corresponsabilidad de la vida familiar y laboral.

Si bien el art. 34.8 ET ya se modificó por el RD-Ley 6/2019, a efectos de incrementar el ámbito del derecho a la adaptación de la jornada de las personas con dependientes a cargo, requería de ajustes puntuales. Así, se amplía el derecho a solicitar la adaptación de la jornada a los trabajadores que tengan necesidades de cuidado respecto de los hijos mayores de doce años, el cónyuge o pareja de hecho, familiares por consanguinidad hasta el segundo grado, así como de otras personas dependientes cuando, en este último caso, convivan en el mismo domicilio y, por razones de edad, accidente o enfermedad no puedan valerse por sí mismos.

El precepto dispone que en la negociación colectiva se podrán regular los términos de su ejercicio, en atención a criterios y sistemas que garanticen la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre trabajadores de uno y otro sexo. En su ausencia, la empresa, a instancia del interesado, abrirá un proceso de negociación a desarrollar, en todo caso, durante un periodo máximo de quince días, presumiéndose su concesión si no concurre oposición motivada expresa en este plazo. Finalizado dicho proceso, el empresario comunicará por escrito la aceptación de la petición, planteará una propuesta alternativa que posibilite la conciliación del trabajador o manifestará la negativa a su ejercicio.

El trabajador debe regresar a la situación anterior a la adaptación una vez concluido el periodo acordado o previsto o cuando decaigan las causas que motivaron la solicitud. La empresa solo podrá denegar el regreso cuando existan razones objetivas motivadas para ello.

En la aplicación de este derecho deben evitarse soluciones ajenas a la finalidad de la norma, pues lógicamente confluyen dos intereses enfrentados, a saber, la conciliación de la vida personal y profesional de la plantilla y las necesidades organizativas y productivas de la empresa. Ambas partes requieren cierto grado de flexibilidad, no en vano la solución más eficaz va a pasar por la vía del consenso, a través de pactos colectivos y de acuerdos individuales¹¹.

¹¹ Vid. P. NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, M.C. ARRUGA SEGURA, *Más novedades sobre permisos*

El art. 37.3 ET recoge ahora otras formas de convivencia en consonancia con la Directiva. Se amplía el número de días y el ámbito subjetivo de este permiso, incorporando a las personas convivientes sobre las que se llevará a efecto el cuidado efectivo e incluye en la cobertura a la pareja de hecho.

Por su parte, una nueva letra *b-bis* dota de un espacio propio al permiso por fallecimiento del cónyuge, pareja de hecho o parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad. El apartado 9 da respuesta a aquellas situaciones, distintas de las de los permisos de cuidadores y parentales, que permiten a los trabajadores ausentarse por motivos familiares urgentes o inesperados, previéndose como retribuidas las horas equivalentes a cuatro días al año.

Los arts. 37, apartados 4 y 6, y 46.3 han experimentado cambios de manera que, en caso de coincidencia en la misma empresa del disfrute por parte de ambos progenitores de los permisos de lactancia, reducción de jornada o excedencia, el empleador deba aportar un plan de disfrute alternativo si concurren razones fundadas de funcionamiento de la misma. Los arts. 37.6 y 46.3 incorporan matices en relación con los permisos vinculados al cuidado de dependientes a fin de incluir a los familiares por consanguinidad de las parejas de hecho.

Una de las novedades más relevantes es la previsión de un permiso parental específico para el cuidado de los hijos e hijas, o de los niñas y niños acogidos por más de un año, y hasta la edad de ocho años *ex art. 48-bis*. Este permiso intransferible tendrá una duración no superior a ocho semanas, continuas o discontinuas, y podrá disfrutarse a tiempo completo, o parcial. Dicha duración es claramente inferior a los cuatro meses fijados por la Directiva.

Sin embargo, el art. 20.6 de la norma europea aclara que los Estados podrán tener en cuenta cualquier periodo de ausencia del trabajo relacionada con la familia y cualquier remuneración o prestación económica por esta, entre otros permisos de maternidad, paternidad, parental o para cuidadores en el ámbito nacional y que supere sus estándares mínimos¹².

En paralelo, resalta la reducción de jornada y la excedencia por cuidado de familiares para quien precise encargarse del cuidado directo del cónyuge o pareja de hecho, o un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad y afinidad, incluido el familiar consanguíneo de la pareja de hecho, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo, y

y fórmulas de trabajo flexible, en *Revista Derecho Social y Empresa*, 2023, n. 19, p. 155.

¹² Vid. S. BARCELÓN COBEDO, *Adaptación de jornada, reducciones y permisos en materia de conciliación en el RDL 5/2023*, en *Temas Laborales*, 2024, n. 171, p. 130.

que no desempeñe actividad retribuida. En el ejercicio de este derecho se tendrá en cuenta el fomento de la corresponsabilidad entre mujeres y hombres, evitando la perpetuación de roles y estereotipos de género.

Los arts. 53.4 y 55.5 ET varían para asegurar el pleno ajuste del ordenamiento jurídico interno al art. 12 de la Directiva, en lo relativo a la protección contra el despido derivada del disfrute de permisos de conciliación. De este modo, la extinción contractual también será nula cuando traiga su causa en el disfrute del permiso parental; la solicitud del permiso contemplado en el art. 37.3.b ET; y en la solicitud o disfrute de una adaptación de jornada *ex* art. 34.8 ET.

Los permisos previstos en los arts. 37, apartados 4 y 6, y 46.3 ET que se estuviesen disfrutando a la entrada en vigor de la norma lo harán de acuerdo con la normativa que les fuese de aplicación al comienzo de su disfrute. Ello no limitará, en ningún caso, el permiso parental del art. 48-*bis* ET que podrá disfrutarse en su integridad cuando finalice el de aquellos.

En 2019 se produjo una mejora sustancial con la equiparación de la duración de la suspensión del contrato de trabajo por nacimiento de hijo o el ejercicio corresponsable del cuidado del lactante, desde que cumpla nueve meses hasta los doce meses de edad, permitiendo a uno de los progenitores recibir una prestación de la Seguridad Social cuando, trabajando ambos, disfruten del derecho a la reducción de la jornada en media hora con la misma duración y régimen.

El RD-Ley 5/2023 continua esta línea de actuación al sumar nuevos mecanismos de conciliación partiendo de las obligaciones impuestas por la Directiva (UE) 2019/1158, pero a menudo va un paso más allá, mediante regulaciones más favorables. Con todo, persisten algunos desajustes, entre los cuales cabe destacar la ausencia de cobertura económica para los trabajadores que disfruten del permiso parental. Existen diversas imprecisiones que generan dificultades aplicativas y conflictividad judicial, como por ejemplo la ausencia de límites máximos en el permiso articulado en el art. 37.3.b ET o la diversidad de fórmulas utilizadas para determinar en qué supuestos el empresario puede incidir sobre el momento de disfrute de los derechos de ausencia¹³.

El RD-Ley 2/2024, de 21 de mayo, por el que se adoptan medidas urgentes para la simplificación y mejora del nivel asistencial de la protección por desempleo, y para completar la transposición de la Directiva (UE) 2019/1158, modifica el art. 37.4 ET que regula el permiso de lactancia.

¹³ *Vid.* X. SOLÀ I MONELLS, [Las modificaciones introducidas por el Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, en cumplimiento de la Directiva \(UE\) 2019/1158, de 20 de junio: otro importante paso adelante hacia la conciliación corresponsable](#), en [IUSLabor](#), 2023, n. 3, p. 45.

Dicho permiso consistía en una hora de ausencia al día, que podía dividirse en dos fracciones de media hora, o en una reducción de la jornada en media hora, y que podía acumularse en días completos previa previsión en convenio colectivo o acuerdo individual con la empresa. La norma elimina estas limitaciones, convirtiendo todas las posibilidades de disfrute, incluida la acumulación de las horas retribuidas de ausencia, en un derecho de todas las personas trabajadoras.

Esta reforma se intentó llevar a cabo por el RD-Ley 7/2023, de 19 de diciembre, en vigor desde el 21 de diciembre de 2023 hasta el 12 de enero de 2024, que finalmente no fue convalidado por el Congreso de los Diputados. En este segundo y, obviamente próspero intento, la medida pretende progresar en la adaptación del ordenamiento jurídico interno al Derecho europeo. La Directiva incorpora el permiso parental, intransferible para cada progenitor, con al menos 2 semanas retribuidas, que en España se introduce sin compensación económica por el controvertido art. 48-*bis* ET. Pues bien, según el propio RD-Ley 2/2024, con esta modificación se estaría cumpliendo con la exigencia de un permiso parental retribuido de 2 semanas de duración.

Por un lado, el convenio colectivo está llamado a asumir un rol esencial para la ampliación funcional de la norma y como elemento distintivo de cuantas empresas logren la fidelización de las personas trabajadoras. El tiempo de trabajo es, junto a los salarios, el gran tema de la negociación colectiva desde los albores del movimiento obrero organizado. Medir y acotar la intensidad del trabajo, reducir la jornada laboral o aumentar la certidumbre respecto a la duración, distribución y ordenación de la misma, ocupan una parte significativa del esfuerzo de los interlocutores sociales.

Procederá observar con cautela las cláusulas que reproducen la norma total o parcialmente, pues los constantes cambios normativos mueven hacia la obsolescencia o a la contradicción sobrevenida. Las partes firmantes, sabedoras de las implicaciones que la ausencia de conciliación presenta en la salud de los trabajadores y los riesgos laborales, contemplan no solo propósitos abstractos sino también medidas concretas, aun cuando pocas veces son todo lo novedosas que se desearía.

Algunas buenas prácticas vienen dadas por la implementación de acciones positivas encaminadas a permitir que los trabajadores puedan conciliar, en las mejores condiciones posibles; la introducción de mecanismos que favorezcan la corresponsabilidad y la integración de la perspectiva de género en la gestión de todas las políticas empresariales; la información sobre los diferentes derechos al alcance de los trabajadores, haciéndolos más accesibles; la racionalización de la distribución del tiempo de trabajo para un desempeño equilibrado entre el empleo y la conciliación;

la creación de una comisión encargada de realizar el seguimiento de la aplicación práctica de las medidas previstas sobre esta materia; o, la incorporación de medidas de difusión del catálogo de prerrogativas relacionadas con el cuidado de la parentela encaminadas a facilitar una participación equitativa en el disfrute de los mismos entre ambos sexos¹⁴.

Por otro lado, las medidas de conciliación todavía son solicitadas, en buena parte, por las trabajadoras. Es aquí donde la labor de los juzgados y tribunales puede marcar la diferencia, pues muchos pronunciamientos ya tienen en cuenta la exigencia de que haya corresponsabilidad.

Tanto la legislación europea e interna como la interpretación de las normas a cargo de los tribunales otorgan las mismas obligaciones familiares, personales y laborales a los hombres y, en general, a todos los miembros de la familia para así disponer de condiciones equivalentes. Procede ahondar en la riqueza de matices y los avances alcanzados a través de la jurisprudencia.

3. El derecho de las familias monoparentales a doblar el permiso de maternidad

La legislación ha de dar respuesta a la realidad cambiante, donde las familias monoparentales están en continuo crecimiento, y la ausencia de un marco jurídico en el que puedan encuadrarse genera vacíos legales y sociales. En el pasado, este tipo de núcleo familiar obedecía a nacimientos fuera del matrimonio y contextos de ausencia por razones migratorias, de guerra, ruptura de la pareja, o fallecimiento del cónyuge; mientras, en la actualidad, el principal motivo viene dado por el número de divorcios o separaciones, así como la elevada cantidad de mujeres que voluntariamente deciden formar una familia en solitario¹⁵.

Las familias monoparentales no son tenidas en cuenta en el art. 48.4 ET, pues el permiso por nacimiento y cuidado de hijos es de titularidad individual e intransferible. Ello hace que las familias con dos progenitores puedan disfrutar de hasta 32 semanas de prestación, mientras las familias monoparentales solo acceden a 16 semanas. Distintos pronunciamientos

¹⁴ Vid. R. FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, P. PRIETO PADÍN, *La conciliación de la vida laboral y familiar en los convenios colectivos de sectores emergentes: aspectos novedosos*, en J.J. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ (dir.), *Nuevos escenarios y nuevos contenidos de la negociación colectiva*, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2020, p. 357.

¹⁵ Vid. A. CABELLO ROLDÁN, *La protección social de las familias monoparentales en España*, en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 2023, n. 2, pp. 343-344.

van más allá de la literalidad del precepto y sostienen que este conculca el art. 14 de la Constitución Española (CE) al generar un trato peyorativo en estas familias, dada la obligación de proteger el interés del menor amparado por Tratados y normas internacionales¹⁶. El Instituto Nacional de la Seguridad Social ha reconocido que las familias con un solo progenitor ostentan el derecho a disfrutar de las dos semanas adicionales de permiso por nacimiento y cuidado de hijo o menor con discapacidad o en caso de parto, adopción o acogimiento múltiple, pero ha denegado las solicitudes de acumulación de permisos en el único progenitor, lo que ha conducido a judicializar estas pretensiones¹⁷.

A favor de otorgar a la madre trabajadora el derecho a acumular a su maternidad el tiempo que hubiese correspondido al padre se habían pronunciado las salas de Galicia, Cantabria, el País Vasco y Madrid y la sala de lo contencioso del Tribunal Supremo. En contra, los tribunales superiores de Asturias, Valencia y Navarra y la sala de lo social del Supremo. Fundaciones como Isadora Duncan y las propias familias asistían atónitas a la sucesión de sentencias contradictorias sobre permisos.

A título de ejemplo el Tribunal Superior de Justicia de Navarra¹⁸ subraya que la constitución de una familia monoparental, tanto si se trata de una mujer como de un hombre (que puede recurrir a la maternidad subrogada), genera en este terreno una serie de derechos que están diseñados en la ley, en tanto que amplía a doce semanas más la prestación controvertida solo para las familias biparentales. Según explican los magistrados, el permiso de 16 semanas que contempla el art. 48 ET para el progenitor distinto a la madre tiene como finalidad favorecer la conciliación de la vida personal, familiar y laboral al fomentar la corresponsabilidad de los padres en el cuidado de los hijos comunes, al tiempo que permite la creación de vínculos tempranos entre padres e hijos. Estima que el argumento de la protección del menor como sustento del recurso es engañoso, pues no existe una vulneración de un teórico derecho del menor de las familias monoparentales a ser cuidado en condiciones de igualdad con respecto a las biparentales. A su entender, constituye una prestación profesional y de nivel contributivo, lo que dota de unas características muy concretas y unos requisitos de acceso a la misma, lo que explica su

¹⁶ Vid. I. BALLESTER PASTOR, *Las familias monoparentales tienen derecho a un permiso por nacimiento de 26 semanas: la construcción judicial que alcanza hasta donde el legislador no llega*, en *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 2022, n. 8, p. 1.

¹⁷ Vid. B. GARCÍA ROMERO, *Permisos por nacimiento y cuidado de menor y su discutida acumulación por el progenitor único en caso de familia monoparental para preservar el interés del menor*, en *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 2022, n. 6, p. 2.

¹⁸ STSJ Navarra 3 octubre 2022 (rec. 322/2022).

naturaleza individual e intransferible.

Por su parte, la Sala Cuarta del Tribunal Supremo¹⁹ desestima la pretensión de conceder una nueva prestación, distinta a la ya reconocida, y coincidente con la que hubiera correspondido al otro progenitor. En su argumentación indica que la configuración del régimen prestacional de la Seguridad Social corresponde exclusivamente al legislador, que rechazó en el Senado una enmienda que pretendía introducir en la Ley una modificación en este sentido. Al mismo tiempo, la sentencia razona que es al legislador al que le compete ponderar los distintos intereses en juego y decidir al respecto la solución más conveniente.

La doctrina no tardó en manifestar su desconcierto ante este segundo ejemplo de decisiones judiciales, pues existen serias dudas de que no implique un cierto retroceso respecto de la jurisprudencia sobre la interpretación judicial integradora y finalista que está condicionada por el grupo normativo que consagra la obligación de hacer valer los derechos del niño y los intereses legítimos de la mujer desde una perspectiva de género²⁰.

En contraposición a las decisiones ya reseñadas, el Juzgado de lo Social de Santander ha reconocido el derecho de la trabajadora a disponer de diez semanas de prestación por nacimiento y cuidado de hijo –sumadas a las dieciséis ya aprovechadas– porque forma una familia monoparental. Con todo, no acoge totalmente la pretensión de la actora, quien solicitaba la ampliación a dieciséis semanas de la prestación, pues seis se deben disfrutar inmediatamente después del nacimiento del bebé. La familia monoparental disfrutaría de 32 semanas frente a las 26 que disfrutaría la biparental en caso de alternancia entre los progenitores en lugar de disfrute conjunto. El magistrado añade que la regulación conlleva una situación discriminatoria de los hijos nacidos en familias monoparentales respecto de las biparentales, proscrita por la Convención sobre los Derechos del Niño. En respuesta al INSS como entidad demandada, que alegó que la finalidad del RD-Ley 6/2019 que amplió el permiso de paternidad a dieciséis semanas fue la equiparación de derechos entre hombres y mujeres y conseguir una igualdad efectiva en los permisos, pero no el interés del menor, el juez aclara que, aun admitiendo tal interpretación teleológica, ello no habilita al legislador a contravenir los tratados internacionales²¹.

La Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo ha reconocido el derecho de las familias monoparentales

¹⁹ STS 2 marzo 2023 (rec. CUD 3972/2020).

²⁰ Vid. J.L. MONEREO PÉREZ, *Familia monoparental y permiso de paternidad: ¿es posible la acumulación y disfrute de los dos permisos en un solo progenitor por vía de interpretación jurídica finalista?*, en *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 2023, n. 3, p. 10.

²¹ Vid. STSJ Cantabria 31 enero 2022 (rec. 922/2021).

a extender de 16 a 26 semanas el permiso de maternidad al objeto de evitar la discriminación de los menores recién nacidos²². Estima el recurso de una profesora a la que la Dirección Provincial de Educación de Valladolid rechazó su solicitud para ampliar dicho permiso por tratarse de una familia monoparental. Un juzgado de lo Contencioso-Administrativo le dio la razón a la interesada, en tanto tipo de familia no puede determinar la diferencia de trato, de modo que el nacido en una familia monoparental tendrá derecho a disfrutar del cuidado, atención y protección familiar por un tiempo igual al que tendría si tuviera una familia biparental. El Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León anuló la sentencia de instancia, confirmando la resolución administrativa.

El tribunal aborda con esmero la cuestión debido a la disparidad de opiniones que existían en esta materia, pues en la ordenación de los permisos convergen una serie de intereses variados como son la protección de la salud y bienestar de la madre; el interés de la familia que exige la presencia de ambos progenitores; el interés del menor; la promoción de la igualdad entre los progenitores respecto de los deberes derivados del cuidado de los hijos; y el favorecimiento la conciliación. Precisamente, el interés del menor destaca con luz propia porque está en juego la igualdad entre los menores recién nacidos, evitando la aparición de cualquier forma de discriminación por razón de nacimiento, y por cualquier otra condición o circunstancia personal o social, según pertenezca a un tipo u otro de familia. La sentencia, subraya que el tipo de familia no puede determinar la diferencia de trato, de modo que el nacido en una familia monoparental disfrutará del cuidado, atención y protección familiar (que establece el art. 68 CC) por un tiempo muy inferior, 16 semanas, que tendría si hubiera nacido en una familia biparental, 26 semanas.

Por lo tanto, constituye una discriminación entre menores habida cuenta del perjuicio indudable que padecen quienes se ven privados tempranamente de los cuidados que dispensan con su presencia constante alguno de sus progenitores²³. Ninguna duda cabe, la diferencia temporal en el número de semanas no es baladí cuando se trata de protección y atención a esa edad tan temprana. Esta interpretación resulta conforme con la Constitución, en concreto los arts. 14 y 39, y el resto del ordenamiento jurídico, respetando la igualdad y el interés superior del menor, mediante la

²² *Vid.* STS 15 octubre 2024 (rec. 5372/2022).

²³ «A falta de una reflexión más pausada que permita justificar con razones fundadas una u otra opción, las recientes noticias judiciales anuncian la inconstitucionalidad de los art. 48.4, 5 y 6 ET y del art. 177 LGSS» (B. FERNÁNDEZ DOCAMPO, [El Tribunal Supremo reabre el debate sobre la ampliación del permiso de nacimiento para familias monoparentales: esta vez 1 + 0 sí es igual a 2](#), Brief AEDTSS, 2024, n. 94).

proscripción de cualquier forma de discriminación por razón de nacimiento.

No hay ninguna circunstancia que proporcione una justificación razonable para explicar la diferencia de efectos jurídicos entre ambas situaciones jurídicas equiparables, entre menores recién nacidos en función del tipo de familia, monoparental o biparental. Todos los recién nacidos deben recibir el cuidado dispensado por el art. 68 CC, en la misma medida, sin que la interpretación de la Ley pueda conducir a conclusiones que lesionen la igualdad.

De hecho, en un supuesto de familia monoparental regulado expresamente, como es el provocado por el fallecimiento de la madre, la norma permite la suma de ambos permisos. En este caso del progenitor viudo la duración del permiso se extiende hasta el límite de las familias biparentales produciéndose la suma o adición postulada para la familia monoparental, naturalmente en la parte que reste del permiso que, en su caso, hizo uso la madre antes de fallecer.

En el caso enjuiciado la Sala resuelve que el art. 49 EBEP, ha de ser interpretado, para evitar la discriminación de los menores recién nacidos y teniendo en cuenta el interés superior de los mismos, en el sentido de adicionarse al permiso previsto en la letra *a* (16 semanas), el previsto en la letra *b* (10 semanas al excluirse las 6 primeras semanas).

La cuestión ha quedado zanjada ¿definitivamente? tras el reconocimiento por el Tribunal Constitucional de permisos ampliados de 26 semanas a todas las familias monoparentales el 6 de noviembre de 2024²⁴. El Pleno ha estimado la cuestión de inconstitucionalidad promovida por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en relación con el art. 48 ET en conexión con el art. 177 LGSS. Un espaldarazo judicial definitivo para los casi dos millones de familias monoparentales españolas, mayoritariamente compuestas por mujeres que crían solas a sus hijos.

Los jueces catalanes consideraban que las previsiones legales cuestionadas derivaban en un trato claramente discriminatorio hacia el menor perteneciente a una familia monoparental, ya que recibirá un tiempo de cuidado inferior que el nacido en una familia biparental, aun cuando tienen idénticas necesidades. Además, las disposiciones, en apariencia neutras, producían una discriminación indirecta por razón de sexo, pues el impacto negativo de la regulación penaliza de manera más intensa a las mujeres trabajadoras, que encabezan en gran medida las familias

²⁴ Vid. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, [*El pleno del Tribunal Constitucional declara inconstitucional que las madres biológicas de familias monoparentales, trabajadoras por cuenta ajena, no puedan ampliar su permiso por nacimiento y cuidado de hijo más allá de 16 semanas*](#), Nota informativa, 2024, n. 109.

monoparentales.

En el caso analizado, la madre biológica solicita la ampliación del permiso por estar criando sola a su hija recién nacida. En la sentencia, de la cual es ponente la magistrada María Luisa Segoviano Astaburuaga, el Constitucional pone el acento en que la norma no prevé la posibilidad de que la madre biológica extienda su permiso por el periodo que hubiera correspondido al otro progenitor y el impacto que esa omisión injustificada tiene en los menores. En efecto, tal omisión supone un obstáculo para equiparar la situación e introduce una diferencia de trato por razón del nacimiento entre niños y niñas nacidos en familias monoparentales y biparentales, que no supera el canon de razonabilidad y proporcionalidad, al obviar por completo las consecuencias negativas que produce tal medida en los nacidos en familias monoparentales.

El legislador dispone de un amplio margen de libertad en la configuración del sistema de Seguridad Social; no obstante, una vez dispuesta una determinada herramienta de protección, su articulación debe respetar las exigencias del art. 14 CE. Que la normativa laboral no contenga ninguna posibilidad de que la madre trabajadora pueda extender su permiso e ignore la relevancia que puede tener esa situación en los niños es inconstitucional. A la espera de las modificaciones pertinentes en la normativa, las disposiciones controvertidas deben interpretarse de tal manera que una familia monoparental tenga, en total, 26 semanas de permiso. Así pues, procede adicionar al permiso para la madre biológica de 16 semanas, el previsto para progenitor distinto de 10 semanas, al excluirse las 6 primeras, que necesariamente deben disfrutarse de forma ininterrumpida e inmediatamente posterior al parto.

Un avance significativo en la protección de los derechos en familias monoparentales, que permitirá dedicar más tiempo al cuidado de los bebés durante los primeros meses de vida. Ahora bien, el fallo en momento alguno hace referencia a la Sentencia del Tribunal Constitucional 3/2007, de 15 de enero, «para, sobre la base de su directa incardinación en el art. 14 CE, elevar los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar a la categoría de derechos constitucionales»²⁵. El Pleno, tras razonar por qué el diferente trato que reciben los recién nacidos en una familia biparental y monoparental vulnera el principio de no discriminación por razón de nacimiento, ha dejado pasar la oportunidad de resolver desde la perspectiva de la discriminación indirecta entre mujeres y hombres.

²⁵ C. MARTÍNEZ MORENO, *¿Han dejado de ser los obstáculos a la conciliación familiar una discriminación por razón de sexo? A propósito de la sentencia del Pleno del TC sobre la protección por nacimiento y cuidado de hijos en familias monoparentales*, Brief AEDTSS, 2024, n. 105.

Resulta obligado continuar reflexionado sobre la adopción de medidas de protección a los niños sujetas a los principios de razonabilidad y proporcionalidad en atención a ciertos parámetros, como la tasa de riesgo de pobreza o exclusión social, que recaen sobre las familias monoparentales²⁶. No cabrá olvidar la tutela antidiscriminatoria por razón de sexo en el ejercicio de los derechos de conciliación y en la aplicación del principio de corresponsabilidad.

4. ¿El juez está legitimado para determinar quién debe conciliar?

Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral se reconocerán a las personas trabajadoras de forma que fomenten la asunción equilibrada de las responsabilidades, evitando toda discriminación basada en su ejercicio. A título de ejemplo, la negativa de un órgano judicial a reconocer a una persona trabajadora la concreta reducción de jornada solicitada, sin analizar en qué medida dicha reducción resulta necesaria para la atención a los fines de relevancia constitucional a los que la institución sirve ni cuáles son las dificultades organizativas que su reconocimiento pudiera causar a la empresa, se convierte en un obstáculo injustificado para la permanencia en el empleo de la empleada y para la compatibilidad de su vida profesional con su vida familiar, y en tal sentido, constituye una discriminación indirecta por razón de sexo, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional²⁷.

La eventual afectación del derecho a la no discriminación en materia de conciliación exige invertir la carga de la prueba y ponderar los intereses en juego. Voces autorizadas de la doctrina señalan que, a la hora de justificar la necesidad de cuidado, si se solicitan permisos o reducción de jornada por lactancia o nacimiento prematuro de hijo o hija, o que, por cualquier causa, deban permanecer hospitalizados a continuación del parto, será preciso acreditar tales circunstancias²⁸. En cuanto a la reducción horaria hace: primero, en el caso de menores basta con demostrar que no superan los doce años; segundo, para el cuidado de una persona con discapacidad que

²⁶ Vid. A. MONTESDEOCA SUÁREZ, *¿Fin a la controversia sobre la ampliación del permiso por nacimiento y cuidado del menor para las familias monoparentales? Un breve apunte desde la perspectiva de la discriminación por razón de nacimiento*, Brief AEDTSS, 2024, n. 99.

²⁷ Vid. STC 3/2007, cit.

²⁸ Vid. B. RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, *La tutela judicial de los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar: una reconsideración a la luz de su dimensión constitucional*, en E. RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, N.M. MARTÍNEZ YÁÑEZ (dirs.), *Conciliación y corresponsabilidad de las personas trabajadoras: presente y futuro*, Bosch, 2021, pp. 332-333.

no desempeñe una actividad retribuida no se precisa el grado de discapacidad, si bien una persona con discapacidad que no requiera cuidado no puede dar lugar al derecho; tercero, en cuanto al cuidado directo del cónyuge o pareja de hecho, o un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad y afinidad, incluido el familiar consanguíneo de la pareja de hecho, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo, se precisa el grado de parentesco y las circunstancias que impiden que pueda valerse por sí mismo.

La adaptación de la jornada por cuidado de hijos se puede instar cuando sean mayores de doce años si concurren circunstancias que así lo justifiquen. En un supuesto analizado recientemente por el Tribunal Superior de Justicia Vasco²⁹ es posible solicitar y obtener la adaptación de jornada laboral, dado que la actora es madre divorciada de una hija de doce años, cuya custodia le corresponde en semanas alternas, de manera que la semana que tiene a la niña a su cargo está más que justificada la adaptación de jornada con la finalidad de no concluir el horario de trabajo a las 22:30 horas y llegar a su domicilio a las 23 horas, estando su hija desatendida toda la tarde.

Se trata de una menor, de doce años (no tiene dieciséis años), y no es solamente que quede sola hasta las 23 horas (no de manera puntual, y no solamente unas horas), es que, de no concederle la adaptación, tampoco concilia la trabajadora su vida familiar, puesto que directamente de lunes a viernes no ve a su hija (por la mañana la niña está en el colegio). La empresa ha justificado que tiene una mayor afluencia de clientes en el local por las tardes, en proporción del 56% frente al 44% por las mañanas, pero lo no constatado es que esa mayor afluencia de clientes por la tarde no existiera también cuando concedió a la actora la adaptación horaria mientras su hija ha sido menor de doce años. No cabe apreciar en la actualidad circunstancias organizativas o productivas en la empresa diferentes de las que confluían hasta enero de 2023, que impidan que la actora en semanas alternas, cuando tiene la custodia de su hija, no pueda continuar realizando la jornada de mañana de 11 horas a 16:30 horas.

La decisión da buena muestra de la necesidad de flexibilizar las medidas de conciliación en un contexto laboral en constante cambio. Ahora bien, el voto particular de la sentencia subraya que excepcionalmente la norma reconoce el derecho a los trabajadores con hijos mayores de 12 años en los que concurren necesidades de cuidado, ya sea por accidente o enfermedad, que les impida valerse por sí mismos. Advierte que no es este el caso de la hija de la demandante, pues esta última solicita el derecho porque su hija

²⁹ STSJ País Vasco 7 mayo 2024 (rec. 115/2024).

tiene horario escolar predominantemente matutino y quiere coincidir con ella durante las tardes.

Un debate interesante suscitado en el plano jurisdiccional viene dado por si el juez puede denegar en su caso la petición de una trabajadora si es el hombre quien debe conciliar.

Precisamente en esos términos, una primera sentencia señala que la jornada del padre de los hijos de la recurrente es inferior a la mitad de la jornada ordinaria y, en buena lógica, lleva a entender que su obligación con la empresa le permite hacerse cargo dos tardes a la semana de los menores por el principio de corresponsabilidad familiar entre hombres y mujeres que destaca la LO 3/2007. El que el progenitor quiera dedicarse, además, a su despacho profesional como abogado y trabajar por cuenta propia es una decisión cuya legitimidad no cuestiona la Sala, siempre y cuando esa dedicación a sus propios asuntos profesionales no se emplee como argumento para eludir el citado régimen de corresponsabilidad en el que basa la trabajadora la crítica que dirige a su empresa³⁰.

En un segundo supuesto, corresponde a la parte actora acreditar tanto las dificultades propias para conciliar sus obligaciones laborales los sábados con la debida atención de su hijo como la de su cónyuge. La cónyuge del demandante y madre del menor objeto de guarda legal es autónoma y explota desde el año 1995 un negocio de peluquería. En consecuencia, tiene libertad organizativa de sus propios horarios. No ha existido una prueba suficiente sobre sus dificultades reales para conciliar la vida laboral y familiar. En realidad, lo que el demandante solicita es que la mercantil y sus compañeros de su trabajo afronten reajustes en los calendarios para que el negocio de su cónyuge no sufra disfunciones los sábados. La aplicación de la solución conciliadora del art. 37.6 ET en clave derecho de concreción horaria exige prueba de las dificultades familiares y de las laborales del otro progenitor³¹. Resulta lógico que la madre del menor soporte también una parte de la responsabilidad, con las incomodidades organizativas y de otro tipo que ello comporta.

En tercer lugar, ante solicitudes de adaptación o reducción de la jornada por guarda legal, la mujer ha de acreditar su interés en la conciliación teniendo en cuenta la incompatibilidad de su horario y el del padre con las necesidades de cuidado del menor a su cargo. Así, cuestiones como el reparto de tareas entre los progenitores o el horario de trabajo del padre son analizadas por el órgano juzgador. En ocasiones, si la jurisdicción social aprecia la no concurrencia de corresponsabilidad, no concede a la

³⁰ *Vid.* STSJ Madrid 15 enero 2018 (rec. 936/2017).

³¹ *Vid.* SJS Pamplona 12 septiembre 2017 (rec. 484/2017).

madre la medida de conciliación requerida.

Así, en cuarto lugar, una sentencia estima la validez de la denegación empresarial de una solicitud de adaptación horaria instada por una empleada cuya pareja prestaba servicios en la misma compañía, pues había renunciado a una jornada denominada “corretornos” que le permitía no coincidir con el padre del menor³². Esta oferta respetaba el principio de corresponsabilidad, ya que permitía una efectiva participación del padre en la vida familiar y un reparto equilibrado de las responsabilidades de cuidado del menor.

A modo de quinto ejemplo y, por no seguir, otro pronunciamiento confirma el rechazo de una petición de adaptación de jornada, al no haberse aportado datos respecto del padre de los menores, por cuanto queda acreditado que el horario de aquel no era incompatible con prestar atención y cuidado a los menores, en cumplimiento al principio de corresponsabilidad parental³³.

5. ¿Toda denegación de adaptación de la jornada implica una vulneración del derecho a la conciliación?

La adaptación de la jornada constituye una medida tendente a alcanzar la “mayor soberanía” de las personas trabajadoras sobre su tiempo de trabajo, y los límites quedan perfilados por las necesidades empresariales de flexibilidad³⁴. En otras palabras, supone otorgar al trabajador la potestad flexibilizadora sobre su horario laboral, de forma que el tiempo de trabajo también se amolde al de no trabajo³⁵. El art. 34.8 ET prevé un supuesto de conciliación por excelencia sin el perjuicio asociado a la minoración salarial de la reducción de jornada o el menoscabo de ocupación efectiva, promoción profesional o formación de los permisos. Destaca la importancia del proceso negociador entre empresa y trabajador, y que este sea efectivo, proponiéndose alternativas y que las partes se esfuercen en justificar los motivos que fundamentan su posición, así como los perjuicios que padecerían si no se aceptara su propuesta. Las alternativas han de estar motivadas, en el sentido de razonables y satisfactorias y la eventual negativa

³² Vid. STSJ Canarias 29 junio 2023 (rec. 927/2022).

³³ Vid. STSJ Madrid 19 diciembre 2022 (rec. 385/2022).

³⁴ Vid. M.E. CASAS BAAMONDE, *La organización del tiempo de trabajo con perspectiva de género: la conciliación de la vida privada y la vida laboral*, en *Documentación Laboral*, 2019, n. 117, p. 19.

³⁵ Vid. E. RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, *La “soberanía sobre el tiempo”. Unilateralidad e imposición en la distribución del tiempo de trabajo frente a conciliación corresponsable*, en *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 2022, n. 1, p. 39.

de la empresa deber ser objetivamente razonada³⁶. Es fundamental actuar con diligencia y llevar a cabo una auténtica negociación de buena fe, a través del intercambio de propuestas y de contrapropuestas, explicando los intereses de cada una de las partes.

Cabe matizar que el precepto reconoce una expectativa de derecho, pues hace referencia a solicitar la adaptación. Las eventuales discrepancias serán resueltas por la jurisdicción social a través del procedimiento establecido en el art. 139 LRJS.

En defecto de previsión en el convenio colectivo aplicable, se establece la obligación de negociar con la persona trabajadora el derecho de conciliación. El Tribunal Superior de Justicia de Asturias³⁷ considera que si existen causas productivas u organizativas que lo impidan y se ofrecen alternativas a la propuesta de la trabajadora y esta las rechaza, es posible no conceder la adaptación de jornada. En el supuesto de hecho, la trabajadora venía prestando servicios desde 2017. En noviembre de 2022 solicita una adaptación de jornada para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral, en concreto, en jornada continua de lunes a viernes, de 9 a 15:30 horas. La empresa contesta en diciembre comunicando la imposibilidad de configurar la prestación de servicios en los términos solicitados en base a razones organizativas.

Resulta acreditado el proceso de negociación entre las partes sin que se llegara a un acuerdo, ofreciendo la mercantil demandada una propuesta alternativa a la solicitud de la trabajadora consistente en fijar una prestación de servicios durante dos tardes/semana como promedio con salida a las 19 horas y efectuar un arrastre para recuperar defectos de horas. La empresa ofrece distintas alternativas a la empleada para que pueda ejercer la conciliación familiar, las cuales no son aceptadas por la trabajadora.

La adaptación de jornada por motivos de conciliación familiar es un derecho inherente a los trabajadores, siempre que motiven y acrediten las causas. Razona la sentencia como el rechazo de la propuesta de adaptación de la jornada es razonable teniendo en cuenta que la demandante pide un turno que no existe, que la misma se turna con sus compañeros en los cuatro turnos rotativos existentes con horarios establecidos y la petición efectuada supondría un perjuicio para sus compañeros que en mayor número son también mujeres y con hijos menores.

Igualmente, no consta que la atención y cuidado de la hija en la guardería resulte incompatible con el tiempo de trabajo de la trabajadora, por lo que queda suficientemente acreditado que la adaptación resulta

³⁶ *Vid.* STSJ Aragón 19 enero 2021 (rec. 637/2020).

³⁷ STSJ Asturias 24 octubre 2023 (rec. 1053/2023).

necesaria para la conciliación. La corresponsabilidad en el reparto del cuidado de los hijos comunes incumbe a ambos progenitores. Dicho criterio proporciona una valiosa orientación a la hora de interpretar las normas en materia de conciliación y valorar si al momento de solicitar la concreción del tiempo de trabajo por razones familiares, la persona interesada logra acreditar o no que la pareja asume también una responsabilidad cuando menos significativa.

No se trata de imponer ciertas conductas o actuaciones, invadiendo el ámbito de la autodeterminación de la persona en sus asuntos privados, sino de considerar que, si la persona trabajadora no acredita que la pareja no puede asumir y compatibilizar las responsabilidades familiares, no es factible pretender entonces que la integridad del perjuicio derivado de la adaptación del tiempo de trabajo recaiga en exclusiva sobre la empresa. Sin duda, la mujer puede asumir las cargas ligadas al cuidado en exclusiva y por propia voluntad, pero en tal caso no cabe esperar que dicha opción no haya de valorarse a la hora de ponderar los intereses en juego. En este contexto, el tribunal considera que no se vulnera el derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo y del mandato constitucional a la protección a la familia y que la empresa actuó conforme a derecho.

De continuar profundizando en los límites a la adaptación de la jornada, el Tribunal Superior de Justicia de Canarias³⁸ resuelve que en conciliación cabe la adaptación de jornada las veces que sean necesarias para lograr el propósito hasta que el hijo alcance los doce años, pero ello requiere un cambio de circunstancias que justifique objetivamente la nueva petición.

La trabajadora prestaba servicios como vendedora, a tiempo completo, de lunes a domingo, con los descansos preceptivos. En un primer momento, a consecuencia del nacimiento de su hija, le fue concedida reducción de jornada y concreción horaria, pasando a trabajar de lunes a domingo en turnos de mañana (de 9:00 a 15.00 horas) y de tarde (de 14:30 a 20:30 horas). En 2019 solicitó nueva concreción horaria, por razón de la escolarización de su hija, pretendiendo trabajar de lunes a sábado, en horario de 9.00 a 15:00 horas. Tras el rechazo por la empresa y su impugnación judicial, le fue reconocida por un Juzgado de lo Social de Las Palmas. En 2021 solicita no prestar servicios los festivos que recaigan en su jornada laboral, dicese, de lunes a sábados, pues se encontraba al cuidado de una hija de cinco años de edad y el otro progenitor es asimismo trabajador de la entidad empleadora.

La opción por una de las alternativas de conciliación posibles no agota el derecho, que podrá ser ejercitado tantas veces como sea oportuno, si

³⁸ STSJ Canarias 12 septiembre 2022 (rec. 759/2022).

bien, con idéntica exigencia alegatoria y probatoria en relación con la persistencia de la necesidad como del eventual cambio de circunstancias que inhabilita el previo intento de conciliación. En el caso analizado, existe una situación idéntica a la que motivó el reconocimiento de la inicial concreción horaria, sin que circunstancia alguna relativa a la persistente necesidad o alteración de las de carácter familiar, se haya invocado para justificar una nueva modificación con la consiguiente limitación de la potestad organizativa empresarial.

El otro progenitor presta servicios en la misma empresa que la actora, pero ya lo hacía en el momento de la inicial solicitud, siendo el régimen de la prestación idéntico desde el inicio de la relación laboral. Además, si la inicial concreción fue motivada por la escolarización de la menor, tal circunstancia persiste en la actualidad, sin mayores precisiones o exigencias. El desarrollo holístico de la menor no altera, en este caso, la necesidad, pues todo menor precisa del cuidado, atención y protección de sus progenitores; cuidados a valorar en términos de proporcionalidad y racionalidad cuando se tratan de imponer a derechos y libertades también con proyección y reconocimiento constitucional. La demandante solicitó inicialmente una jornada de trabajo y una concreción horaria que entendió colmaba las necesidades de conciliación, partiendo de una situación fáctica que es la misma a la actual, esto es, una menor escolarizada, hija de unos progenitores que prestan servicios en la misma empresa, prestación que comprende el trabajo en festivos cuando no coincida con libranza.

Ninguna duda cabe sobre la necesidad de tutelar los derechos de conciliación partiendo de su carácter condicionado, pero no es posible atender peticiones que carecen de la mínima justificación, razonamiento o motivación, limitándose a la invocación del presupuesto objetivo de la existencia de un menor, en el intento de transformar la conciliación en un derecho absoluto. Por ello, el Tribunal rechaza que, en el supuesto enjuiciado, proceda la nueva adaptación y concreción de la jornada pretendida por la trabajadora, al no haber acreditado cambio alguno en las circunstancias que motivaron la solicitud inicial.

En síntesis, el trabajador debe probar: de un lado, la necesidad de cuidado de la persona por la que solicita la adaptación, debiéndose tomar en consideración particularmente la concurrencia de circunstancias especiales de cuidado o si las necesidades de atención recaen sobre quien las solicita de forma más intensa, tal es el caso de las familias monoparentales; de otro, la colisión con el tiempo de trabajo, siendo insuficiente una mera preferencia.

Frente a la solicitud de adaptación de jornada, la empresa tiene dos vías de actuación, bien rebatir las alegaciones y pruebas de la persona trabajadora

por ser el ejercicio del derecho abusivo o caprichoso bien acreditar la imposibilidad o desproporción de la carga que asumiría la entidad y/o los compañeros de aceptar la petición, en base a causas organizativas o productivas que revistan especial intensidad. La denegación no puede obedecer a razones de mera conveniencia empresarial sin acreditar ningún perjuicio.

6. Supuestos novedosos de adaptación de jornada: turno de mañana, no trabajar los sábados y teletrabajo

El ordenamiento y la doctrina judicial han evolucionado en los últimos años a fin de otorgar mayor flexibilidad a los trabajadores en su relación laboral individual, consagrando al sujeto débil del contrato como titular de un derecho válido para cualquier necesidad de conciliación. Ahora bien, no cabrá llevar a cabo una invocación genérica de la conciliación para burlar los intereses organizativos.

En la primera sentencia seleccionada, un Juzgado de lo Social de Valladolid³⁹ ha concedido a un trabajador la adaptación horaria para prestar servicios en turno de mañana las semanas en las que tenga la custodia de su hijo. El demandante realiza su servicio en turno rotatorio distribuido de mañana de 7:00 horas a 15:00 horas (con descanso de tres días) y turno de tarde de 15:00 horas a 23:00 horas (con descanso de cuatro días). Ha solicitado una adaptación de jornada, a fin de conciliar la vida laboral y familiar, interesando pasar a realizar turno fijo de mañana.

Así pues, ha de prevalecer la protección a la familia y a la infancia sobre el poder de organización de la empresa, cuando no existe abuso de derecho o manifiesto quebranto para la empresa. En este caso, la negativa empresarial constituye un obstáculo injustificado para la conciliación de la vida familiar y profesional del empleado que debe ser solventado.

La decisión judicial explica que la no concesión del cambio de turno del actor de tarde a mañana, en las semanas coincidentes con la custodia de su hijo, afecta gravemente a la planificación familiar, dificultando la atención y cuidado del menor, siendo esta la causa por la que se insta la adaptación de jornada. De esta manera, asistiendo al trabajador el derecho a la adaptación de jornada, no debe quedar mediatizado por la existencia en la empresa de un sistema de turnos ni abarcar o ceñirse únicamente a la mera disminución lineal de la previa jornada, si bien debe quedar incardinada dentro de la jornada ordinaria, entendida en un sentido amplio.

³⁹ SJS Valladolid 28 marzo 2022 (rec. 765/2021).

Aun cuando el régimen de turnicidad cuente con respaldo normativo o convencional, y estando acreditado que la franja de mañana va desde las 7:00 horas a 15:00 horas y el turno de tarde de 15:00 horas a 23:00 horas, el actor tiene derecho a trabajar en turno de mañana las semanas en que tenga la custodia de su hijo y trabajar en turno de tarde cuando no lo tenga.

En segundo lugar, el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León⁴⁰ concluye que la trabajadora tiene derecho a no trabajar los sábados por no haber guardería. La afectada viene prestando servicios en la categoría profesional de controladora en la delegación, de lunes a sábado. En septiembre de 2023 solicita la reducción de su jornada laboral al 60% con ocasión del cuidado de menor de 12 años. La empleada peticiona en concreción horaria, trabajar al 60% de la jornada y concretar el desempeño de dicho porcentaje de 9:30 horas a 14:00 horas. La empresa comunica su aceptación condicionada a incluir los sábados en el desempeño. La trabajadora, contestando a la empresa, relata que es familia monoparental y no puede compatibilizar la conciliación con el cuidado de la menor, habida cuenta de que los sábados no existe guardería. La entidad deniega la concreción y le ofrece alternativas, siempre de lunes a sábado.

El art. 34.8 contempla un derecho laboral reforzado por su dimensión constitucional (art. 14 en relación con el art. 39 CE) que debe ser analizado en cada caso, con la máxima cautela. La empresa no puede acreditar las razones organizativas y productivas que, si bien se incrementan los sábados por la mañana, llevan a la decisión de proceder a la negativa de concreción horaria. En efecto, no justifica que no puedan efectuarse los ajustes necesarios para el cumplimiento de la reducción, pues constando con una amplia plantilla, no se ha probado que no se puedan organizar los turnos de forma que respeten el derecho interesado, limitándose el empresario a insistir que otras compañeras tienen el mismo interés y motivos que la actora. Asimismo, dada la condición de familia monoparental se han de tener en cuenta las circunstancias e intereses en juego. Aun cuando el empresario insista en que no se ha justificado la necesidad del sábado para el cuidado del menor, en realidad no hay guardería sin que la alegación de que una abre previa petición justifique la posición de la entidad. El Tribunal estima vulnerado el derecho a la conciliación y adaptación de jornada de la trabajadora, teniendo derecho a ser indemnizada por los daños y perjuicios causados.

Tercero, con ocasión del auge del teletrabajo durante la crisis sanitaria, esta modalidad de prestación laboral, bien aplicada, constituye en la actualidad una fórmula de conciliación muy utilizada y demandada, tanto

⁴⁰ STSJ Castilla y León 8 abril 2024 (rec. 588/2024).

en el entorno laboral público como en el privado, por todas las personas trabajadoras y no solo por las mujeres, si bien tradicionalmente han sido las que más han solicitado medidas de conciliación⁴¹. Precisamente, el RD-Ley 5/2023 ha abierto la puerta a que más trabajadores puedan solicitar a su empresa una adaptación de jornada. El art. 34.8 reconoce que las personas trabajadoras tienen derecho a solicitar las adaptaciones de la duración y distribución de la jornada de trabajo, en la ordenación del tiempo de trabajo y en la forma de prestación –incluida la modalidad de trabajo a distancia–, para hacer efectivo su derecho a la conciliación. Por ejemplo, se puede reconocer el derecho a trabajar a distancia durante el 100% de la jornada para cuidar de una madre o padre enfermo. Hasta el momento, era algo que podían disfrutar los progenitores con hijos hasta 12 años, pero ahora se especifica claramente que pueden beneficiarse aquellas personas que tengan necesidades de cuidado respecto el cónyuge o pareja de hecho, familiares por consanguinidad hasta el segundo grado de la persona trabajadora, así como de otras personas dependientes. Cabe recordar que los tribunales han extendido el concepto de cuidado de familiar más allá del núcleo íntimo⁴².

Pues bien, será lícita la denegación por parte de la empresa de la solicitud del trabajador por falta de acreditación en la necesidad en el cuidado del familiar, dada la carencia de justificación por parte de la persona trabajadora de que su familiar necesita ayuda o supervisión; falta de razonabilidad en la petición, si la persona interesada no acredita que otros familiares no puedan hacerse cargo del cuidado; y ausencia de proporcionalidad en la solicitud, cuando la empresa ya ha realizado un cambio destinado a permitir las necesidades de conciliación, sin que el sobrecoste de cuidar de los progenitores del trabajador deba ser atendido por la unidad productiva⁴³.

Cuarto, en relación con los derechos de conciliación cabe reiterar el marcado componente de género existente, recordando lo recogido expresamente en la LO 3/2007 en cuanto a la necesidad de garantizar la igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres, y corregir las detectadas desigualdades en ámbitos como el laboral, reconociendo el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, fomentando una mayor corresponsabilidad en la asunción de las obligaciones familiares.

⁴¹ Vid. A. AGUAS BLASCO, V.P. LAFUENTE PASTOR, M.P. CALLAU DALMAU, S. RICO LETOSA ET AL., *Régimen jurídico del tiempo de trabajo: análisis del marco legal y del papel de la negociación colectiva*, en *Acciones e Investigaciones Sociales*, 2023, n. 44, p. 46.

⁴² Vid. STSJ Madrid 15 septiembre 2023 (rec. 74/2023).

⁴³ Vid. R. FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, *La adaptación de la jornada por conciliación: una medida necesitada de justificación razonable y proporcionada y no “a la carta”*, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2023, n. 249, p. 155.

En términos absolutos, cualquier medida tendente a hacer efectivo el derecho a la conciliación resultaría razonable, salvo que obedeciera al mero capricho o a un ejercicio abusivo del derecho no susceptible de tutela. Sin embargo, no se trata de un derecho subjetivo absoluto, sino condicionado a parámetros de proporcionalidad, en su pugna con el derecho de libertad de empresa, organización y dirección empresarial, también de proyección constitucional, y sin desprestigiar derechos de terceros que pudieran verse afectados. El legislador ha considerado conveniente condicionar el ejercicio del derecho de adaptación de la jornada a lo que dispuesto a través de la negociación colectiva o acuerdo entre los propios interesados (empresario y trabajador/a).

El criterio de corresponsabilidad debe utilizarse como principio orientador y teleológico de la normativa en materia de conciliación de la vida laboral y familiar, a fin de valorar si la persona trabajadora que solicita la medida acredita o no que la pareja asume también una responsabilidad sino estrictamente proporcional, al menos significativa.

En el supuesto de autos la trabajadora solicitó a la demandada el disfrute de la concreción de jornada para atender al menor durante las tardes, con un horario y jornada de lunes a viernes de 9:00 a 14:00 horas, tras haber reducido previamente su jornada a 26,5 horas semanales. La empresa denegó la solicitud, alegando que es necesario que la trabajadora rote de mañana y tarde. Asimismo, su pareja es el gerente de la tienda donde presta sus servicios la actora y tiene un horario fijo de 6 a 14 horas por lo que puede cuidar a su hijo por la tarde. La entidad ofreció a la actora hacer turno de noche de 19,00 a 3,30 horas, o incluso que su pareja pasara a rotar en turno de mañana y tarde en turnos contrarios a la actora, alternativas que la demandante rechazó.

La empresa se mostró favorable a realizar un esfuerzo objetivo para acomodar su organización a la solicitud de la demandante, accediendo en lo sustancial como era la fijación de un turno de mañana de lunes a viernes y únicamente se opuso en un aspecto accesorio⁴⁴. Acceder a la solicitud de la trabajadora habría generado un importante desequilibrio en la plantilla, ya que otros compañeros tendrían que ajustar sus horarios para cubrir el turno de tarde, cuando la carga de trabajo es mayor. En efecto, no se ha de exigir a la entidad el esfuerzo organizativo que comportaría acceder a lo que la actora solicita (pues las demás personas trabajadoras alternan turnos, siendo el de tarde el de mayor trabajo). Desea la recurrente tener libres las tardes, al igual que su pareja, pero ello no resulta necesario para que ambos puedan cumplir adecuadamente con sus derechos-obligaciones paterno

⁴⁴ *Vid.* STSJ Canarias 6 junio 2024 (rec. 309/2024).

filiales.

7. Derecho de los varones al permiso para asistir a la preparación al parto y prestación por nacimiento

Hoy en día, los principios de igualdad, conciliación y corresponsabilidad que rigen los últimos cambios normativos y jurisprudenciales en materia de tiempo de trabajo han posibilitado la ampliación de los derechos de los varones. El Tribunal Superior de Justicia de Galicia⁴⁵ ha reconocido por primera vez el derecho de ellos a disfrutar de permisos retribuidos para asistir a técnicas de preparación al parto, pero no el permiso para acudir a exámenes prenatales. La sentencia comienza repasando el marco normativo compuesto por el art. 9 de la Directiva 92/85/CEE sobre seguridad y salud de las trabajadoras embarazadas, el art. 26.5 LPRL y el art. 37.3 ET. Constata ciertas diferencias entre la norma comunitaria, referida a exámenes prenatales, y las internas de transposición que lo extienden a la preparación al parto.

El art. 37 alude a “personas trabajadoras”, sin la concreción que hacen las otras dos normas a la titularidad femenina; mientras en el ámbito del empleo público, el art. 48 EBEP liga el permiso al hecho biológico de la gestación, incluidas las personas funcionarias trans gestantes. Atendiendo a estas fuentes normativas, la Sala opta por no extender el permiso para exámenes prenatales a los trabajadores varones y demás personas progenitoras que no son gestantes.

Si bien es cierto que la corresponsabilidad se vería potenciada si se les reconociese a los hombres el permiso para exámenes prenatales (acompañar a quien los realiza) no se puede negar, tal y como está configurado, que es un derecho de maternidad. En las normas de referencia el permiso se reconoce solamente «para la realización de exámenes prenatales», no «para acompañar en la realización de exámenes prenatales».

En cambio, las técnicas de preparación al parto no tienen el mismo carácter sexuado y se encuadran más bien como un derecho de conciliación. La argumentación de la sentencia de instancia, que el TSJ refrenda, presenta especial interés, pues ambos permisos son, en su origen en la Ley de Prevención de Riesgos de 1995, exclusivamente femeninos, pero fruto de la evolución normativa, jurisprudencial y doctrinal acaecida desde entonces, se llega a la conclusión de que el permiso para técnicas de preparación al parto debe ser extendido a los varones. Lo contrario sería discriminatorio

⁴⁵ STSJ Galicia 7 noviembre 2023 (rec. 4144/2023).

por razón de sexo ya que la legislación no excluye a los trabajadores padres y demás personas no gestantes, pues, mientras que obviamente estos no pueden ser sometidos a permisos prenatales, sí pueden asistir a las técnicas de preparación al parto, y desde la perspectiva del buen fin del proceso de maternidad/gestación, ello suele ser saludable.

Por otra parte, el padre también tiene derecho a la prestación por nacimiento cuando el hijo fallece en el vientre materno. El actor solicitó prestación por nacimiento y cuidado de menor por parto que fue denegada consignando «progenitor distinto de madre biológica en caso de fallecimiento de hijo con 180 días de gestación». El Tribunal Superior de Justicia de Galicia⁴⁶ defiende que el ordenamiento dispensa el mismo tratamiento al permiso y a la prestación por nacimiento de hijo respecto a los progenitores, de ahí que, si legalmente el derecho al reconocimiento a la licencia solo se condiciona al hecho del parto, y como corolario de ello es ese mismo acontecimiento el determinante del acceso a la prestación, esa misma regla debe aplicarse a ambos con independencia de su sexo.

La conclusión se mantiene, aun cuando el art. 48.4 ET haga una remisión para el progenitor distinto de la madre biológica respecto al cumplimiento de los deberes de cuidado, por cuanto dicho reenvío normativo no puede entenderse circunscrito a la atención del hijo recién nacido, sino que también debe extenderse al cumplimiento corresponsable del resto de deberes que el Código Civil impone a ambos miembros de la pareja respecto a descendientes, ascendientes y demás personas a su cargo y a la asunción compartida de todas las cargas familiares, mayormente en un momento en que la pérdida de un hijo origina una situación de especial vulnerabilidad, necesitada de idéntica protección para los dos progenitores.

Ahora bien, pese al reconocimiento de la prestación a algunos padres por varios tribunales, el Tribunal Supremo⁴⁷ considera que no existe el derecho al permiso de paternidad o maternidad a la madre no gestante por bebés fallecidos al final del embarazo y antes del parto. La redacción del art. 48.4 ET dimanante del RD-Ley 6/2019 señala ahora que, en el supuesto de fallecimiento del hijo o hija, el periodo de suspensión no se verá reducido, sin hacer ninguna distinción entre la madre biológica y el otro progenitor. No obstante, los magistrados advierten de que el legislador no modificó el RD 295/2009, de 6 de marzo, regulador de las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural, que niega el reconocimiento el subsidio por paternidad si el hijo fallece antes del inicio de la suspensión

⁴⁶ STSJ Galicia 22 septiembre 2023 (rec. 4041/2022).

⁴⁷ STS 19 octubre 2023 (rec. 292/2022).

del contrato de trabajo.

La norma de 2019 incluyó en sus disposiciones finales la previsión de aprobar un desarrollo reglamentario, estableciendo que el Gobierno, en el plazo de seis meses, debía dictar cuantas disposiciones fueran necesarias para su aplicación y desarrollo. Tal deber en esta materia no ha sido cumplimentado, vedando la hermenéutica extensiva adoptada por la resolución enjuiciada.

El legislador puede, en estos supuestos y en línea con la Directiva (UE) 2019/1158, configurar una situación de suspensión del contrato y prestación por nacimiento en favor del progenitor distinto de la madre biológica, pues resulta afectado en la misma medida por el fallecimiento del descendiente común; sin embargo, deviene imprescindible contar con el oportuno sustento reglamentario. En paralelo, no es posible sustentar el derecho a la suspensión por nacimiento y cuidado del menor del padre biológico, en el caso de fallecimiento intrauterino del feto y, por ende, el subsidio del art. 178 LGSS, en el principio de corresponsabilidad, dado el deceso acaecido, ni en el objetivo de conciliación.

El fallo ha despertado cierto malestar, por cuanto si una ley se ha modificado, su desarrollo reglamentario anterior no debería seguir vigente. Además, se ha perdido la oportunidad de abogar por una concepción de las tareas de cuidado más amplia, en tanto deviene esencial socorrer al cónyuge y compartir las responsabilidades domésticas también abarca la amalgama de trámites a realizar tras el fallecimiento del bebé.

8. Conclusiones

La entrada en vigor del RD-Ley 5/2023 reforzó en el ordenamiento jurídico interno el derecho a la conciliación de la vida laboral, personal y familiar al transponer la Directiva (UE) 2019/1158, habida cuenta de que mejorar la corresponsabilidad es una de las formas de abordar las diferencias entre hombres y mujeres en el mercado de trabajo. Sin pasar por alto lo acertado de incorporar la obligación de tener en cuenta el fomento de la corresponsabilidad en la regulación de la reducción de jornada y excedencia por cuidado del menor, el legislador no define este concepto ni proporciona indicaciones claras. La norma incluye expresamente el trato desfavorable derivado de la corresponsabilidad dentro del principio de no discriminación directa o indirecta para el empleo, de manera que adoptar una decisión peyorativa para una persona trabajadora como consecuencia de su maternidad o paternidad es, sencillamente, infligirle un trato discriminatorio y opuesto al art. 14 CE.

Algunos Tribunales Superiores de Justicia entienden que el carácter personalísimo de los derechos de conciliación imposibilita cualquier tentativa de entrar a valorar la organización de las tareas personales y familiares; mientras que otros órganos juzgadores han optado por analizar las concretas circunstancias de la persona trabajadora que solicita la medida de conciliación, a fin de garantizar la corresponsabilidad en la decisión empresarial, sopesando la situación laboral del otro progenitor. En esta última línea, el Tribunal Supremo⁴⁸ destaca la dimensión constitucional de todas aquellas normas tendentes a facilitar la compatibilidad de la vida laboral y familiar de las personas trabajadoras, tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo o por razón de las circunstancias personales, como desde la del mandato de protección a la familia y a la infancia. Los juzgados y tribunales no pueden situarse exclusivamente en el ámbito de la legalidad, sino que tienen que ponderar la dimensión constitucional de las circunstancias concurrentes para tratar de cohesionar los distintos intereses de la persona trabajadora y las necesidades organizativas empresariales, mencionándose, entre otras, la edad y situación escolar del menor y las obligaciones laborales del cónyuge.

Una de las novedades a destacar es el denominado permiso parental que en realidad constituye causa de suspensión de la relación laboral durante un máximo de 8 semanas hasta que el menor cumpla 8 años. Este permiso podrá disfrutarse a tiempo completo, o en régimen de jornada a tiempo parcial, y constituye un derecho individual de las personas trabajadoras por lo que no puede transferirse su ejercicio de un progenitor al otro. La regulación alude al desarrollo reglamentario de este derecho, por lo que la principal cuestión incierta es la compensación económica o cobertura de dicho permiso, pues hoy en día no se prevé que sea remunerado. En virtud de la Directiva debería haber sido retribuido al menos la mitad del tiempo desde el 2 de agosto de 2024, pero el Gobierno no plantea esta opción hasta 2025.

El art. 34.8 ET que contempla el derecho a solicitar adaptaciones de jornada por motivos de conciliación amplió el supuesto de hecho, entre otros, al cuidado de personas dependientes, cuando convivan en el mismo domicilio y no puedan valerse por sí mismas. El empresario ostenta un papel ambivalente ante la solicitud de adaptación de jornada habida cuenta de que, tras el preceptivo proceso de negociación de 15 días, se le permite aceptar la petición, denegarla o plantear una propuesta alternativa que posibilite las necesidades de conciliación de la persona trabajadora cuando haya una justificación objetiva y razonable por razones organizativas o

⁴⁸ STS 26 abril 2023 (rec. 1040/2020).

productivas. Así pues, parece inevitable que la empresa conozca la situación particular de quien solicita el derecho, lo cual podría entrar en conflicto con su intimidad.

El art. 37.3.b ET, reflejo del art. 6.1 de la Directiva en el ordenamiento español, amplía el número de días del permiso a 5 y también el ámbito subjetivo mediante la incorporación de las personas convivientes sobre las que se llevará a efecto el cuidado. Ahora bien, cuando exista un vínculo familiar (conyugal o *more uxorio*, consanguíneo o por afinidad) tienen derecho al disfrute de cinco días por accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario, sin que sea preciso acreditar la convivencia de la persona trabajadora con el enfermo, accidentado o paciente, ni que éste requiera el cuidado efectivo de aquella⁴⁹.

En definitiva, la legislación europea y nacional apuestan por reforzar el derecho a la conciliación a través de modificaciones de importante calado pero que, a pesar de sus avances, siguen planteando numerosos interrogantes que los tribunales están llamados a continuar resolviendo. Así ha sucedido en diversos supuestos como el reconocimiento del derecho de las familias monoparentales a doblar el permiso de maternidad para evitar la discriminación de los recién nacidos; la concesión a la persona trabajadora del turno de mañana cuando coincida con la custodia del hijo; el derecho a no trabajar los sábados en ausencia de guardería; la aprobación del teletrabajo por cuidado de mayor; la prestación por nacimiento si el hijo fallece en el vientre materno (según el criterio de solo algunos Tribunales Superiores de Justicia); o el derecho de los varones al permiso para asistir a técnicas de preparación al parto.

9. Bibliografía

AGUAS BLASCO A., LAFUENTE PASTOR V.P., CALLAU DALMAU M.P., RICO LETOSA S. ET AL. (2023), *Régimen jurídico del tiempo de trabajo: análisis del marco legal y del papel de la negociación colectiva*, en *Acciones e Investigaciones Sociales*, n. 44, pp. 11-66

BALLESTER PASTOR I. (2022), *Las familias monoparentales tienen derecho a un permiso por nacimiento de 26 semanas: la construcción judicial que alcanza hasta donde el legislador no llega*, en *Revista de Jurisprudencia Laboral*, n. 8, pp. 1-10

⁴⁹ Vid. STSJ Galicia 27 junio 2024 (rec. 17/2024).

- BARCELÓN COBEDO S. (2024), *Adaptación de jornada, reducciones y permisos en materia de conciliación en el RDL 5/2023*, en *Temas Laborales*, n. 171, pp. 103-136
- CABELLO ROLDÁN A. (2023), *La protección social de las familias monoparentales en España*, en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, n. 2, pp. 341-360
- CASAS BAAMONDE M.E. (2019), *La organización del tiempo de trabajo con perspectiva de género: la conciliación de la vida privada y la vida laboral*, en *Documentación Laboral*, n. 117, pp. 17-21
- FERNÁNDEZ DOCAMPO B. (2024), *El Tribunal Supremo reabre el debate sobre la ampliación del permiso de nacimiento para familias monoparentales: esta vez 1 + 0 sí es igual a 2*, Brief AEDTSS, n. 94
- FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ R. (2023), *La adaptación de la jornada por conciliación: una medida necesitada de justificación razonable y proporcionada y no “a la carta”*, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n. 249, pp. 153-160
- FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ R., PRIETO PADÍN P. (2020), *La conciliación de la vida laboral y familiar en los convenios colectivos de sectores emergentes: aspectos novedosos*, en J.J. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ (dir.), *Nuevos escenarios y nuevos contenidos de la negociación colectiva*, Ministerio de Trabajo y Economía Social
- FERNÁNDEZ PRIETO M. (2020), *Conciliación de responsabilidades de progenitores y cuidadores e igualdad de oportunidades en la Directiva (UE) 2019/1158*, en *Revista Derecho Social y Empresa*, n. 12, pp. 94-121
- GARCÍA ROMERO B. (2022), *Permisos por nacimiento y cuidado de menor y su discutida acumulación por el progenitor único en caso de familia monoparental para preservar el interés del menor*, en *Revista de Jurisprudencia Laboral*, n. 6, pp. 1-8
- INE (2024), *Ocupados a tiempo parcial por número de hijos. España, UE-27 y UE-28. Serie 2019-2022*, en www.ine.es, 13 marzo
- INE (2024), *Personas ocupadas, cuidado de personas dependientes (niños o adultos enfermos, incapacitados o mayores)*, en www.ine.es, 13 marzo
- INSTITUTO DE LAS MUJERES (2023), *Mujeres en cifras 1983-2023*
- LAHERA FORTEZA J. (2014), *Organización flexible del tiempo de trabajo y conciliación familiar*, en *Documentación Laboral*, n. 100, pp. 37-52
- MARTÍNEZ MORENO C. (2024), *¿Han dejado de ser los obstáculos a la conciliación familiar una discriminación por razón de sexo? A propósito de la sentencia del Pleno del TC sobre la protección por nacimiento y cuidado de hijos en familias monoparentales*, Brief AEDTSS, n. 105
- LA REVISTA DE LA SEGURIDAD SOCIAL (2023), *La Seguridad Social tramitó 473.720 permisos por nacimiento y cuidado de menor en 2022*, en revista.seg-social.es, 27 enero

- MINISTERIO DE INCLUSIÓN, SEGURIDAD SOCIAL Y MIGRACIONES (2024), [La Seguridad Social ha tramitado 234.801 prestaciones por nacimiento y cuidado de menor en los seis primeros meses del año](#), en www.inclusion.gob.es, 30 julio
- MONEREO PÉREZ J.L. (2023), [Familia monoparental y permiso de paternidad: ¿es posible la acumulación y disfrute de los dos permisos en un solo progenitor por vía de interpretación jurídica finalista?](#), en [Revista de Jurisprudencia Laboral](#), n. 3, pp. 1-14
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2024), [El pleno del Tribunal Constitucional declara inconstitucional que las madres biológicas de familias monoparentales, trabajadoras por cuenta ajena, no puedan ampliar su permiso por nacimiento y cuidado de hijo más allá de 16 semanas](#), Nota informativa, n. 109
- MONTESDEOCA SUÁREZ A. (2024), [¿Fin a la controversia sobre la ampliación del permiso por nacimiento y cuidado del menor para las familias monoparentales? Un breve apunte desde la perspectiva de la discriminación por razón de nacimiento](#), Brief AEDTSS, n. 99
- NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS P., ARRUGA SEGURA M.C. (2023), [Más novedades sobre permisos y fórmulas de trabajo flexible](#), en [Revista Derecho Social y Empresa](#), n. 19, pp. 133-157
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ E. (2022), [La “soberanía sobre el tiempo”. Unilateralidad e imposición en la distribución del tiempo de trabajo frente a conciliación corresponsable](#), en [Cuadernos de Relaciones Laborales](#), n. 1, pp. 37-55
- RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO B. (2021), [La tutela judicial de los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar: una reconsideración a la luz de su dimensión constitucional](#), en E. RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, N.M. MARTÍNEZ YÁÑEZ (dirs.), [Conciliación y corresponsabilidad de las personas trabajadoras: presente y futuro](#), Bosch
- RED.ES (coord.) (2020), [Mujeres y digitalización. De las brechas a los algoritmos](#), Instituto de la Mujer y para la Igualdad de Oportunidades, Ministerio de Igualdad
- RAMO M.J. (2020), [El cambio de enfoque en la igualdad entre hombres y mujeres: de la conciliación a la corresponsabilidad](#), en bloglaboral.garrigues.com, 5 marzo
- SÁNCHEZ-ARAGÓN A., BELZUNEGUI-ERASO Á., ERRO-GARCÉS A., PASTOR-GOSÁLBEZ I. (2022), [Teletrabajo y conciliación: ¿una trampa para las mujeres?](#), en [Oikonomics](#), n. 19, pp. 1-8
- SOLÀ I MONELLS X. (2023), [Las modificaciones introducidas por el Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, en cumplimiento de la Directiva \(UE\) 2019/1158, de 20 de junio: otro importante paso adelante hacia la conciliación corresponsable](#), en [IUSLabor](#), n. 3, pp. 4-49

Red Internacional de ADAPT



ADAPT es una Asociación italiana sin ánimo de lucro fundada por Marco Biagi en el año 2000 para promover, desde una perspectiva internacional y comparada, estudios e investigaciones en el campo del derecho del trabajo y las relaciones laborales con el fin de fomentar una nueva forma de “hacer universidad”, construyendo relaciones estables e intercambios entre centros de enseñanza superior, asociaciones civiles, fundaciones, instituciones, sindicatos y empresas. En colaboración con el DEAL – Centro de Estudios Internacionales y Comparados del Departamento de Economía Marco Biagi (Universidad de Módena y Reggio Emilia, Italia), ADAPT ha promovido la institución de una Escuela de Alta Formación en Relaciones Laborales y de Trabajo, hoy acreditada a nivel internacional como centro de excelencia para la investigación, el estudio y la formación en el área de las relaciones laborales y de trabajo. Informaciones adicionales en el sitio www.adapt.it.

Para más informaciones sobre la Revista Electrónica y para presentar un artículo, envíe un correo a redaccion@adaptinternational.it.

