

MATERNIDAD Y CONCILIACIÓN EN EL TRABAJO POR CUENTA AJENA TRAS EL REAL DECRETO-LEY 6/2019, DE 1 DE MARZO: UNA PRIMERA APROXIMACIÓN

Maternity and conciliation at work. Rdl 6/2019. A first approximation

JOSÉ FERNANDO LOUSADA AROCHENA

Magistrado especialista de lo social – TSJ/Galicia

Doctor en Derecho / Graduado Social

Profesor asociado de Derecho Procesal Universidad de A Coruña

Fecha de recepción: 12/06/2019

Fecha de aceptación: 13/06/2019

SUMARIO: 1. EL PERMISO POR NACIMIENTO Y CUIDADO DE MENOR. 1.1. Duración del permiso y periodo obligatorio. 1.2. Hospitalización de neonatos y fallecimiento del hijo o hija. 1.3. Distribución del permiso. 1.4. Individualización. 1.5. Disfrute del permiso. 1.6. Situaciones de transitoriedad. 2. EL PERMISO POR ADOPCIÓN, GUARDA O ACOGIMIENTO. 2.1. Regulación del permiso. 2.2. Situaciones de transitoriedad. 3. DISCAPACIDAD DEL HIJO O HIJA Y NACIMIENTO, ADOPCIÓN, GUARDA O ACOGIMIENTO MÚLTIPLE, Y OTRAS MODIFICACIONES EN LA REGULACIÓN DE LAS SUSPENSIONES DE LA RELACIÓN LABORAL. 4. EL PERMISO PARA EL CUIDADO DEL LACTANTE Y LA NUEVA PRESTACIÓN SOCIAL POR SU EJERCICIO CORRESPONSABLE. 4.1. La profundización en la individualización del permiso. 4.2. La nueva prestación social por ejercicio corresponsable de cuidado de lactante. 4.2.1. Situación protegida. 4.2.2. Beneficiarios. 4.2.3. Prestación económica. 5. EL DERECHO A LA ADAPTACIÓN DE LA JORNADA DE TRABAJO PARA LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA PERSONAL, FAMILIAR Y LABORAL. 6. UNA AMPLIACIÓN TEMPORAL (VIRTUALMENTE INEFECTIVA) DEL DERECHO A LA RESERVA EN LA EXCEDENCIA PARA

EL CUIDADO DE HIJO O HIJA. 7. GARANTÍAS POR EL EJERCICIO DE DERECHOS DE MATERNIDAD Y CONCILIACIÓN. 8. UNAS APRECIACIONES FINALES SOBRE LA REFORMA.

RESUMEN: El Real Decreto 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, acomete diversas reformas en la materia de maternidad y conciliación en el trabajo por cuenta ajena. El estudio se dedica a su análisis específico. En particular, se analiza el nuevo permiso por nacimiento y cuidado de menor, que es indudablemente la reforma con mayor impacto sobre la opinión pública pues a través de ese permiso se materializa el incremento del permiso a favor del progenitor distinto de la madre biológica hasta la duración del permiso a favor de la madre biológica. También se analizan las modificaciones en el permiso por cuidado de lactante, en el derecho a la adaptación de la jornada de trabajo y en las garantías de ejercicio de derechos de maternidad y paternidad. Se finaliza el estudio con unas conclusiones críticas, y con el deseo de que el decreto ley se convierta en ley formal.

ABSTRACT: Summary: The Royal Decree-Law 6/2019, dated 1 March, on urgent actions to guarantee equal treatment and opportunities between women and men in employment and occupation, undertakes various amendments in the area of maternity and work-life balance. The study is dedicated to its specific analysis. In particular, it is analysed the new birth and child care permission, which is undoubtedly the amendment with the greatest impact on public opinion, since this permission materializes the increase of the permission duration in favour of the parent other than the biological mother until the duration of the permission in favour of the biological mother. Moreover, it is also analysed the changes in the nursing care permission, in the right to the adaptation of the workday and in the guarantee of the exercise of maternity and paternity rights. The study is finished with critical conclusions, and with the desire that the decree-law becomes a formal law.

PALABRAS CLAVE: Maternidad, conciliación, trabajo por cuenta ajena.

KEY WORDS: Maternity, balance between work and family life, Labour law.

1. EL PERMISO POR NACIMIENTO Y CUIDADO DE MENOR

Sin duda alguna la más llamativa de las modificaciones acometidas por el Real Decreto 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 (en adelante, el RDL 6/2019), en el ámbito del trabajo por cuenta ajena (no solo en relación con la regulación de la maternidad y la conciliación que es objeto de estudio, en general en relación con todas las materias reguladas) ha sido la unificación de las anteriores licencia por maternidad biológica y permiso por paternidad en una sola institución denominada permiso por nacimiento y cuidado de menor, que se regula en el apartado 4 del artículo 48 del ET (lo que ha motivado numerosas reformas de normas concretas con la exclusiva finalidad de modificar la denominación del permiso de maternidad como si no bastase con establecer una norma general ordenando el cambio de denominación). Al mismo tiempo que se realiza esa unificación se separa la regulación del permiso por adopción, guarda o acogimiento, que aparece en el apartado 5 del artículo 48 del ET, aunque su regulación es paralela a la del permiso por nacimiento y cuidado de menor.

Tales unificación y desmembramiento merecen críticas bien diferentes. Mientras el desmembramiento del permiso por adopción, guarda o acogimiento merece una crítica positiva porque supone deslindar entre derechos de maternidad derivados del parto y derechos de conciliación derivados del cuidado, la unificación de las anteriores licencia por maternidad biológica y permiso por paternidad es bastante cuestionable.

En primer lugar, porque pone el acento en el nacimiento y cuidado de menor, dejando en segundo plano el hecho de la maternidad biológica que, como hecho diferencial femenino, debe ser objeto de protección desde la perspectiva de la salud laboral y que adicionalmente es una importante causa de discriminación de las trabajadoras, aspectos ambos que quedan invisibilizados con la nueva denominación.

En segundo lugar, porque difícilmente se cambiará el uso social en cuanto a la denominación de licencia / subsidio por maternidad y permiso / subsidio por paternidad; de hecho los medios que se han hecho eco de la aprobación del RDL han destacado la ampliación del permiso de paternidad, que realmente ya no existe como tal en el ET.

Y, en tercer lugar, porque el RDL 6/2019 ni siquiera generaliza la denominación pues se aplica a las reformas realizadas en el ET, pero no a las reformas realizadas en el

EBEP, en el cual se sigue hablando de permiso por nacimiento para la madre biológica, de permiso por adopción, por guarda con fines de adopción o acogimiento, tanto temporal como permanente, y de permiso del progenitor diferente de la madre biológica por nacimiento, guarda con fines de adopción, acogimiento o adopción de un hijo o hija.

Siguiendo esta misma línea crítica, se ha dicho¹ que “el cambio terminológico a permiso de nacimiento del RDL da una falsa (o, al menos, confusa) sensación de que su función primordial es el cuidado, aunque insista en su carácter intransferible. No puede olvidarse que las normas deben elaborarse pensando también en quienes podrían encargarse de legislar y gobernar con posterioridad, y cabe la posibilidad de que éstos carezcan de las mismas convicciones de quienes las hicieron. Si no se refuerza el término paternidad nada impide que posteriores Gobiernos, no tan conscientes de la cuestión corresponsabilizadora, eliminen sin planteárselo la referencia a la intransferibilidad considerando que el bien principal es el cuidado del menor. De este modo, el permiso de nacimiento terminaría siendo disfrutado en su totalidad por las madres, lo que empeoraría considerablemente su situación laboral respecto a la actual”.

1.1. Duración del permiso y periodo obligatorio

La duración del permiso por nacimiento y cuidado de menor, es, tanto si lo disfruta la madre biológica como si lo disfruta el otro progenitor, de 16 semanas, de las cuales serán obligatorias, tanto para la madre como para el padre, las seis semanas ininterrumpidas inmediatamente posteriores al parto, que habrán de disfrutarse a jornada completa, lo que, si es la madre quien disfruta el permiso, se justifica en la protección de la salud de la madre, y, si es el otro progenitor quien disfruta el permiso, en el cumplimiento de los deberes de cuidado previstos en el artículo 68 del Código Civil. La búsqueda del paralelismo entre maternidad y paternidad ha determinado la inusual introducción en la propia letra de la norma de las finalidades que con ella se pretenden.

Pero es que siendo distintas las finalidades del descanso obligatorio postparto, el paralelismo queda totalmente quebrado: la finalidad del disfrute materno es la salud de la propia madre, de manera que su incumplimiento se puede reconducir a las infracciones del orden social en materia de salud laboral; pero ya no es tan fácil reconducir la finalidad del disfrute paterno a alguna de las infracciones del orden social.

.....

1 Se ha expresado en estos términos críticos María Amparo BALLESTER PASTOR, “El RDL 6/2019 para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación: Dios y el diablo en la Tierra del Sol”, Revista Femeris, pendiente de publicación.

Más aún, la propia redacción de la norma legal más parece derivar el incumplimiento del disfrute paterno al ámbito de las relaciones matrimoniales, de lo cual se sigue alguna interrogante problemática: ¿incurre el padre casado con la madre biológica en incumplimiento de deberes matrimoniales? ¿con qué sanción? ¿y qué pasa con los progenitores no casados, a los que no se les puede aplicar el artículo 68 del CC?

1.2. Hospitalización de neonatos y fallecimiento del hijo o hija

No se aprecian cambios significativos entre la regulación actual del permiso por nacimiento y cuidado de menor y la regulación anterior de la licencia por maternidad en relación con los casos de hospitalización de neonatos y de fallecimiento del hijo o hija más allá de contemplar el derecho atribuido al otro progenitor distinto de la madre.

En los casos de parto prematuro y en aquellos en que, por cualquier otra causa, el neonato deba permanecer hospitalizado a continuación del parto, el periodo de suspensión podrá computarse, a instancia de la madre biológica o del otro progenitor, a partir de la fecha del alta hospitalaria, excluyendo de dicho cómputo las seis semanas posteriores al parto, de suspensión obligatoria del contrato de la madre biológica. La diferencia con la regulación anterior de la licencia por maternidad está en que antes era la madre biológica o en su defecto el padre quienes decidían en relación con la suspensión de la licencia por maternidad, mientras que en la regulación actual es la madre biológica o el otro progenitor quienes deciden cada uno respecto a su permiso. Por su lado, las seis semanas posteriores al parto solo son de suspensión obligatoria del contrato de la madre biológica porque esa obligatoriedad se justifica en su propia salud.

En los casos de parto prematuro con falta de peso y en aquellos otros en que el neonato precise, por alguna condición clínica, hospitalización a continuación del parto, por un periodo superior a siete días, el periodo de suspensión se ampliará en tantos días como el nacido se encuentre hospitalizado, con un máximo de trece semanas adicionales, y en los términos en que reglamentariamente se desarrolle. No hay aquí diferencias con la regulación anterior de la licencia por maternidad, salvo, naturalmente, que el progenitor distinto de la madre tendrá el mismo derecho a ampliar que la madre.

En el supuesto de fallecimiento del hijo o hija, el periodo de suspensión no se verá reducido, salvo que, una vez finalizadas las seis semanas de descanso obligatorio, se solicite la reincorporación al puesto de trabajo. Dado que el derecho concedido a cada progenitor es un derecho individual e intrasferible, ambos progenitores pueden disfrutar la totalidad de su permiso hasta el máximo de dieciséis semanas, computando en su caso el tiempo que ya hubieren disfrutado antes del fallecimiento de hijo o hija.

1.3. Distribución del permiso

La distribución del permiso por nacimiento y cuidado de menor está predeterminando legalmente en las seis semanas posteriores al parto: el disfrute será ininterrumpido y a tiempo completo. Por el contrario, el periodo restante de suspensión del contrato de cada uno de los progenitores por el cuidado de menor podrá distribuirse a voluntad de aquellos, en periodos semanales a disfrutar de forma acumulada o interrumpida y ejercitarse desde la finalización de la suspensión obligatoria posterior al parto hasta que el hijo o la hija cumpla doce meses. No obstante, la madre biológica podrá anticipar su ejercicio hasta cuatro semanas antes de la fecha previsible del parto (una posibilidad de anticipación que no se concede al otro progenitor, aunque no hubiera sido inoportuno concedérselo con un límite razonable –por ejemplo, una semana-, en particular si el padre se encontrase desplazado por motivos laborales, y con la finalidad precisamente de poder acompañar a la madre en el momento del parto).

Si la unificación entre maternidad biológica y paternidad generaba ya algunos problemas con relación al permiso obligatorio de seis semanas postparto, más genera todavía en orden a la distribución pues, en su afán unificador a ultranza, el RDL 6/2019 ha hecho tabla rasa de algunas garantías que la maternidad tenía en la anterior regulación con fundamento en las normas internacionales y comunitarias aplicables.

(1) Una de esas unificaciones excesivas la encontramos en la ampliación del arco temporal de disfrute del permiso por nacimiento y cuidado de menor hasta los doce meses del menor, sea la madre biológica o el otro progenitor quien lo disfrute, lo que conduce necesariamente a que el disfrute del permiso no sea ininterrumpido. Se trata de una medida que, desde la óptica de la conciliación corresponsable, debe ser bien recibida porque incrementa las facultades de autoorganización de las personas trabajadoras en el disfrute de los permisos para el cuidado de hijos o hijas. De ahí que su aplicación al otro progenitor distinto a la madre biológica se valore positivamente.

Pero la cuestión cambia cuando se trata de la madre biológica pues ello puede suponer una merma real de las garantías ligadas a la protección de la maternidad. Al respecto, la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de las medidas para promover la mejoría de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia, obliga –en su artículo 8.1- a los Estados miembros a tomar las medidas necesarias para que las trabajadoras disfruten de un permiso por maternidad de como mínimo catorce semanas ininterrumpidas con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales.

Se podría contraargumentar para salvar la contradicción con la norma comunitaria que, como la trabajadora es libre de interrumpir o no, su derecho a no interrumpir se encuentra salvaguardado en la regulación interna. Pero nos encontramos con una lectura

muy simple porque la supuesta libertad de la trabajadora se puede convertir en la realidad en una adecuación de la voluntad de la trabajadora a las necesidades productivas de la empresa, sobre todo si tenemos en cuenta la precarización en general de nuestro mercado de trabajo, y en particular del trabajo de las mujeres.

La ininterrupción del disfrute es, en consecuencia, una exigencia contenida en la normativa comunitaria que, en modo alguno, se puede considerar caprichosa o arbitraria, sino garantista de los derechos de las madres trabajadoras en el contexto de una relación desigual de poder como es la relación laboral. Si lo que el RDL 6/2019 quería era facilitar la autoorganización de las madres y, por extensión, de ambos progenitores, en el cuidado del hijo o hija, lo más adecuado hubiera sido (como sí se hace en algunos Estados miembros de la Unión Europea) permitir, una vez transcurridas las seis semanas post-parto, la posibilidad de disfrute ininterrumpido a tiempo parcial como auténtico derecho de la madre sin necesidad de tener que negociarlo y acordarlo con la empresa (que es lo que criticablemente se exige en nuestro ordenamiento legal).

(2) Otra de esas unificaciones excesivas es que la facultad de adelantar el disfrute del permiso por nacimiento y cuidado de menor, que antes del RDL 6/2019 se admitía para la madre biológica sin más limitación que respetar las seis semanas de descanso obligatorio, se limita ahora a cuatro semanas. Dado que el progenitor distinto a la madre no puede adelantar a antes del parto el disfrute del permiso por nacimiento y cuidado de menor, parece que la restricción de la facultad de la madre obedece de nuevo a la mayor unificación posible entre disfrute por la madre biológica y el otro progenitor.

Nos encontramos con una restricción sin justificación aparente y con especial trascendencia para las trabajadoras de temporada y, en general, para las trabajadoras a tiempo parcial con distribución vertical del tiempo de trabajo, que en muchas ocasiones aprovechan los periodos entre campañas, o en general de no trabajo, para planificar el embarazo y el parto, lo que ahora se encontrarán limitadas a realizar dado que solo pueden adelantar cuatro semanas, y no el resto del permiso salvadas las seis semanas.

Se trata de una restricción frontalmente contraria al Convenio OIT número 103, sobre la protección de la maternidad (1952), ratificado por España, donde se establece –en su artículo 3.3- que, más allá de las seis semanas post-parto, el resto del descanso podrá ser tomado, de conformidad con lo que establezca la legislación nacional, antes de la fecha presunta del parto, después de la fecha en que expire el descanso obligatorio, o una parte antes de la primera de estas fechas y otra parte después de la segunda.

Parecidamente se manifiesta la Directiva 92/85/CEE, que –en su artículo 8.1- garantiza catorce semanas distribuidas antes y/o después del parto, lo que, literalmente interpretado (la expresión y/o es suficientemente significativa al respecto), deja a la sola voluntad de la madre el disfrute del permiso derivado de la maternidad antes del parto.

1.4. Individualización

El derecho al permiso por nacimiento y cuidado de menor es un derecho individual de la persona trabajadora sin que pueda transferirse su ejercicio al otro progenitor. Aquí se encuentra uno de los elementos más positivos de la reforma que, además, ha permitido simplificar la regulación del artículo 48.4 del ET. Y es que la individualización del derecho determina la desaparición de los supuestos de disfrute paterno de la licencia de maternidad –una desaparición que por el momento es más virtual que real pues los supuestos de disfrute paterno desaparecen del artículo 48.4 del ET, pero se mantienen transitoriamente vigentes hasta 1 de enero de 2021 según lo establecido en la disposición transitoria 13ª del ET, en la redacción del RDL 6/2019-.

Ahora bien, cuando los dos progenitores que ejerzan este derecho trabajen para la misma empresa, la dirección empresarial podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones fundadas y objetivas, debidamente motivadas por escrito. Según la literalidad de la norma, la empresa puede limitar su ejercicio simultáneo, pero no puede denegar definitivamente el ejercicio del derecho a ninguno de sus dos titulares. En todo caso, serán estos quienes decidirán quien disfruta el derecho en cada momento, pues la facultad concedida a la empresa literalmente no abarca la designación de quien no puede ejercitar el derecho. Resulta muy dudoso que la empresa pueda utilizar esta facultad cuando se trate de los periodos de descanso obligatorio legalmente previstos.

1.5. Disfrute del permiso

El disfrute de cada período semanal o, en su caso, de la acumulación de dichos períodos, deberá comunicarse a la empresa con una antelación mínima de quince días, en los términos establecidos, en su caso, en los convenios colectivos. El RDL 6/2019 no contempla, sin embargo, la obligación de comunicar los periodos de disfrute a la Seguridad Social, lo que obviamente tendrá que hacerse a los efectos de la percepción del subsidio por nacimiento y cuidado de menor, y seguramente ello se establecerá cuando se apruebe el oportuno desarrollo reglamentario. Entre tanto la ausencia de un plazo normativamente establecido puede jugar a favor de actuaciones restrictivas de los derechos de las personas trabajadoras dada la dificultad de control por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social del disfrute del permiso por nacimiento y cuidado de menor.

Por lo demás, la suspensión del contrato de trabajo, transcurridas las primeras seis semanas inmediatamente posteriores al parto, podrá disfrutarse en régimen de jornada completa o de jornada parcial, previo acuerdo entre la empresa y la persona trabajadora, y conforme se determine reglamentariamente. No aporta aquí ninguna novedad el RDL

6/2019, con lo cual sin problema se puede aplicar el desarrollo reglamentario establecido para la normativa derogada sobre la licencia por maternidad.

1.6. Situaciones de transitoriedad

Cuando se trata del permiso por nacimiento y cuidado de menor disfrutado por la madre biológica, los periodos de suspensión regulados en el RDL 6/2019 serán disfrutados por la madre biológica desde el 1 de abril de 2019 (disposición transitoria 13^a del ET y disposición final 2^a del RDL 6/2019). Se trata de una inmediata efectividad de la reforma que, sin embargo, no supone ninguna mejora porque la duración del permiso coincide con el que había antes de la reforma para la licencia por maternidad.

Cuando se trata del permiso por nacimiento y cuidado de menor disfrutado por el otro progenitor distinto de la madre biológica, la transitoriedad es mucho más compleja:

- A partir de 1-4-2019, el otro progenitor contará con un periodo de suspensión total de ocho semanas, de las cuales las dos primeras, deberá disfrutarlas de forma ininterrumpida inmediatamente tras el parto. La madre biológica podrá ceder al otro progenitor un periodo de hasta cuatro semanas de su periodo de disfrute no obligatorio.
- A partir de 1-1-2020, el otro progenitor contará con un periodo de suspensión total de doce semanas, de las cuales las cuatro primeras deberá disfrutarlas de forma ininterrumpida inmediatamente tras el parto. La madre biológica podrá ceder al otro progenitor un periodo de hasta dos semanas de su periodo de disfrute no obligatorio.
- A partir de 1-1-2021, cada progenitor disfrutará de igual periodo de suspensión del contrato de trabajo, incluyendo seis semanas de permiso obligatorio para cada uno de ellos, siendo de aplicación íntegra la nueva regulación del RDL 6/2019.

En tanto no se produzca la total equiparación en los periodos de suspensión de ambos progenitores, y en el periodo de aplicación paulatina: (a) En caso de fallecimiento de la madre biológica, con independencia de que esta realizara o no algún trabajo, el otro progenitor tendrá derecho a la totalidad de 16 semanas de suspensión previstas para la madre biológica. (b) En el caso de nacimiento, el otro progenitor podrá seguir haciendo uso del periodo de suspensión inicialmente cedido por la madre biológica, con la aclaración de que podrá seguir haciendo uso del periodo de suspensión inicialmente cedido por la madre biológica aunque, en el momento previsto para la reincorporación de la madre al

trabajo, esta se encuentre en situación de incapacidad temporal. (c) En el caso de que un progenitor no tuviese derecho a suspender su actividad profesional con derecho a prestaciones de acuerdo con las normas que regulen dicha actividad, el otro progenitor tendrá derecho a suspender su contrato de trabajo por la totalidad de 16 semanas, sin que le sea aplicable la limitación del régimen transitorio.

De este manera, se mantienen transitoriamente vigentes, con las particularidades contempladas en la disposición transitoria 13^a del ET, las posibilidades de disfrute por el padre del permiso por maternidad biológica que se reconocían antes del RDL 6/2019: en caso de fallecimiento de la madre durante o con posterioridad al parto; cuando, salvo las seis semanas obligatorias, la madre ejercita una opción de disfrute a favor del otro progenitor; y en caso de que la madre no tuviera derecho a suspender su actividad profesional con derecho a prestaciones según las normas que regulen dicha actividad.

Se establece una disposición transitoria específica para el abono del periodo no obligatorio de la prestación por nacimiento y cuidado de menor, tanto si lo disfruta la madre biológica como el otro progenitor distinto de la madre biológica, pues si ese periodo no obligatorio se disfruta de manera interrumpida el abono de la prestación no se producirá hasta el agotamiento total del disfrute en tanto no se realicen, por parte de la Entidad Gestora, los desarrollos informáticos necesarios en los aplicativos de gestión, trámite y pago de la citada prestación (según la disposición transitoria 32^a de la LGSS).

Además de las dificultades de aplicación de este sistema de transitoriedad, su sola existencia plantea ciertos problemas más generales que conviene aquí detallar.

El primero es la dificultad de integrar una norma de desarrollo progresivo en el tiempo en el concepto de situación de urgente necesidad que justifica la aprobación de un decreto ley (artículo 86 de la CE), con el consiguiente riesgo de que esta norma en concreto pueda, en caso de ser impugnada a través de recurso de inconstitucionalidad o a través del planteamiento de una cuestión de constitucionalidad, ser anulada por el TC; de ahí la conveniencia de que el Parlamento tramite el contenido del RDL 6/2019 como un Proyecto de Ley, y acabe siendo totalmente integrado en una Ley en sentido formal.

El segundo, es el riesgo de que, por motivos ajenos a los inspiradores del RDL 6/2019, acabe aplazándose la entrada en vigor de las ampliaciones previstas para el permiso por nacimiento y cuidado de menor, una situación de la que tenemos una muy mala experiencia todavía muy cercana (la eficacia de Ley 9/2009, de 6 de octubre, que amplió el permiso de paternidad a 4 semanas, no se produjo hasta 1 de enero de 2017).

2. EL PERMISO POR ADOPCIÓN, GUARDA O ACOGIMIENTO

2.1. Regulación del permiso

Las modificaciones contempladas en el RDL 6/2019 en relación con el permiso por adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las CCAA que lo regulen, siempre que el acogimiento simple sea de duración no inferior a un año, de menores de edad, son traslaticias de lo establecido para el permiso por nacimiento y cuidado de menor:

- Su duración (en paralelo al permiso por nacimiento y cuidado de menor) será de dieciséis semanas para cada adoptante, guardador o acogedor, de las cuales seis semanas deberán disfrutarse a jornada completa de forma obligatoria e ininterrumpida inmediatamente después de la resolución judicial por la que se constituye la adopción o bien de la decisión administrativa de guarda con fines de adopción o de acogimiento.
- Las diez semanas restantes (en paralelo también al permiso por nacimiento y cuidado de menor) se podrán disfrutar en períodos semanales, de forma acumulada o interrumpida, dentro de los doce meses siguientes a la resolución judicial por la que se constituya la adopción o bien a la decisión administrativa de guarda con fines de adopción o de acogimiento. La suspensión de estas diez semanas se podrá ejercitar en régimen de jornada completa o a tiempo parcial, previo acuerdo entre la empresa y la persona trabajadora afectada, en los términos que reglamentariamente se determinen.
- En ningún caso (norma preexistente) un mismo menor dará derecho a varios períodos de suspensión en la misma persona trabajadora (es decir, un mismo menor no puede generar primero un permiso por guarda o acogimiento y luego otro por adopción).
- En los supuestos de adopción internacional, cuando sea necesario el desplazamiento previo de los progenitores al país de origen del adoptado, el periodo de suspensión previsto para cada caso en este apartado, podrá iniciarse hasta cuatro semanas antes de la resolución por que se constituye la adopción (norma preexistente).
- La persona trabajadora (en paralelo al permiso por nacimiento y cuidado de menor) deberá comunicar a la empresa, con una antelación mínima de quince días, el ejercicio de este derecho en los términos fijados en su caso en los convenios colectivos.

- Este derecho (en paralelo también al permiso por nacimiento y cuidado de menor) es individual de la persona trabajadora sin que pueda transferirse su ejercicio al otro adoptante, guardador con fines de adopción o acogedor. No obstante, cuando los dos adoptantes, guardadores o acogedores que ejerzan este derecho trabajen para la misma empresa, esta podrá limitar el disfrute simultáneo de las diez semanas voluntarias por razones fundadas y objetivas, debidamente motivadas por escrito.

No se contempla sin embargo (y a diferencia aquí de lo establecido para el permiso por nacimiento y cuidado de menor), el fallecimiento del menor en la regulación del permiso por adopción, guarda o acogimiento. La aplicación analógica de lo establecido para el permiso por nacimiento y cuidado de menor debe conducir a reconocer la no reducción del periodo de suspensión, salvo que, una vez finalizadas las seis semanas de descanso obligatorio, se solicite la reincorporación al puesto de trabajo.

2.2. Situaciones de transitoriedad

La nueva regulación del permiso por adopción, guarda y acogimiento está sometida a reglas de transitoriedad (contenidas en la disposición transitoria 13ª del ET en relación con la disposición final 2ª del RDL 6/2019) dirigidas a su aplicación progresiva en el tiempo (que merecen las mismas críticas generales que las reglas de transitoriedad establecidas para el permiso por nacimiento de hijo y cuidado de menor: difíciles de casar con la idea de decreto ley y susceptible su vigencia de ser demorada):

- A partir de 1-4-2019, cada progenitor dispondrá de un periodo de suspensión de seis semanas a disfrutar a tiempo completo de forma obligatoria e ininterrumpida inmediatamente después de la resolución judicial por la que se constituye la adopción o bien de la decisión administrativa de guarda con fines de adopción o de acogimiento. Junto a las seis semanas de disfrute obligatorio, los progenitores/as podrán disponer de un total de doce semanas de disfrute voluntario que deberán disfrutar de forma ininterrumpida dentro de los doce meses siguientes a la resolución judicial por la que se constituya la adopción o bien a la decisión administrativa de guarda con fines de adopción o de acogimiento. Cada progenitor podrá disfrutar individualmente de un máximo de diez semanas sobre las doce semanas totales de disfrute voluntario, quedando las restantes sobre el total de las doce semanas a disposición del otro progenitor. Cuando los dos progenitores que ejerzan este derecho trabajen para la misma empresa, esta podrá limitar el disfrute simultáneo de las

doce semanas voluntarias por razones fundadas y objetivas, debidamente motivadas por escrito.

- A partir de 1-1-2020, cada progenitor dispondrá de un periodo de suspensión de seis semanas a disfrutar a tiempo completo de forma obligatoria e ininterrumpida inmediatamente después de la resolución judicial por la que se constituye la adopción o bien de la decisión administrativa de guarda con fines de adopción o de acogimiento. Junto a las seis semanas de disfrute obligatorio, los progenitores/as podrán disponer de un total de dieciséis semanas de disfrute voluntario que deberán disfrutar de forma ininterrumpida dentro de los doce meses siguientes a la resolución judicial por la que se constituya la adopción o bien a la decisión administrativa de guarda con fines de adopción o de acogimiento. Cada progenitor podrá disfrutar individualmente de un máximo de diez semanas sobre las dieciséis semanas totales de disfrute voluntario, quedando las restantes sobre el total de las dieciséis semanas a disposición del otro progenitor. Cuando los dos progenitores que ejerzan este derecho trabajen para la misma empresa, esta podrá limitar el disfrute simultáneo de las dieciséis semanas voluntarias por razones fundadas y objetivas, debidamente motivadas por escrito.
- A partir de 1-1-2021, cada progenitor disfrutará de igual periodo de suspensión del contrato de trabajo, incluyendo seis semanas de permiso obligatorio para cada uno de ellos, siendo de aplicación íntegra la nueva regulación del RDL 6/2019.

En tanto no se produzca la total equiparación en los periodos de suspensión de ambos progenitores, y en el periodo de aplicación paulatina, el periodo de suspensión, en caso de que ambos progenitores trabajen, se distribuirá a opción de los interesados, que podrán disfrutarlo de forma simultánea o sucesiva, dentro de los límites de disfrute compartido establecidos para cada *año del periodo transitorio*. Tales periodos podrán disfrutarse en régimen de jornada completa o a tiempo parcial, previo acuerdo entre empresarios y trabajadores afectados, en los términos reglamentariamente determinados.

Se establece una disposición transitoria específica para el abono del periodo no obligatorio de la prestación por nacimiento y cuidado de menor, tanto si lo disfruta la madre biológica como el otro progenitor distinto de la madre biológica, pues si ese periodo no obligatorio se disfruta de manera interrumpida el abono de la prestación no se producirá hasta el agotamiento total del disfrute en tanto no se realicen, por parte de la Entidad Gestora, los desarrollos informáticos necesarios en los aplicativos de gestión, trámite y pago de la citada prestación (según la disposición transitoria 32ª de la LGSS).

3. DISCAPACIDAD DEL HIJO O HIJA Y NACIMIENTO, ADOPCIÓN, GUARDA O ACOGIMIENTO MÚLTIPLE, Y OTRAS MODIFICACIONES EN LA REGULACIÓN DE LAS SUSPENSIONES DE LA RELACIÓN LABORAL

Sin alteración en su alcance con respecto a la regulación anterior salvo que ahora se reparte la ampliación del permiso atribuyendo una semana para cada uno de los progenitores, adoptantes, guardadores o acogedores, el RDL 6/2019 mantiene la ampliación en dos semanas de los permisos de nacimiento y cuidado de menor, sea la madre biológica quien lo disfrute sea el otro progenitor distinto de la madre, y de adopción, guarda o acogimiento en los siguientes supuestos: (1) en el supuesto de discapacidad del hijo o hija y (2) en el supuesto de nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento múltiple por cada hijo o hija distinta del primero.

La diferencia sistemática en relación con la regulación anterior es que estas ampliaciones se separan y unifican en un apartado 6 del artículo 48 del ET. Tal separación no presenta mayor trascendencia salvo a efectos de los periodos transitorios, pues, por aplicación lógica de las disposiciones transitorias, mientras la madre biológica disfrutará esas ampliaciones desde 1 de mayo de 2019, el otro progenitor y los adoptantes, guardadores o acogedores no las disfrutarán hasta el 1 de enero de 2021, dado que durante ese periodo transitorio tienen predeterminada la duración de sus permisos y en tal predeterminación no se tienen en cuenta las situaciones de ampliación.

Tampoco existen modificaciones relevantes en el resto de los apartados del artículo 48 del ET afectados por el RDL 6/2019: se modifica el apartado 7, relativo a la suspensión por riesgo durante el embarazo y la lactancia natural, para especificar que aquella finalizará el día en que se inicie la suspensión del contrato por nacimiento (antes era por parto); y se altera el orden de los dos apartados finales, de manera que el actual último, el apartado 9, en cuanto establece que los trabajadores se beneficiarán de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a la que hubieran podido tener derecho durante la suspensión del contrato en los supuestos anteriores, también incluye (lo que antes no se hacía) la suspensión, que se contiene en el apartado 8, por violencia de género en los términos establecidos en el artículo 45, apartado 1, letra n), del ET.

4. EL PERMISO PARA EL CUIDADO DEL LACTANTE Y LA NUEVA PRESTACIÓN SOCIAL POR SU EJERCICIO CORRESPONSABLE

El RDL 6/2019, además de rebautizarlo como permiso para el cuidado del lactante (decisión acertada a los efectos de destacar su carácter individualizador), acomete dos cambios relevantes en la regulación del viejo permiso por lactancia: la profundización en la individualización y la creación de una prestación social asociada.

4.1. La profundización en la individualización del permiso

Se configura el derecho al permiso por cuidado de lactante como un derecho individual de las personas trabajadoras sin que pueda transferirse su ejercicio al otro progenitor, adoptante, guardador o acogedor. Estamos ante el debido cumplimiento de la individualización de derechos exigida, en relación con la regulación del permiso parental, en la Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo de 2010, que aplica el Acuerdo Marco (revisado) sobre el Permiso Parental de 18 de junio de 2009, celebrado entre Business Europe, UEAPME, CEEP y CES. También es oportuno recordar que el TJUE ha resuelto que el antiguo permiso de lactancia, antecedente de este para el cuidado del lactante, está sujeto a la titularidad indistinta al no estar justificado en la protección de la maternidad (STJUE de 30.9.2010, Caso Roca Álvarez, C-104/09), con lo cual se deduce que el permiso de lactancia es un permiso parental sujeto a una titularidad indistinta, y no un derecho de maternidad de titularidad exclusiva femenina.

No obstante la individualización, si dos personas trabajadoras de la misma empresa ejercen este derecho por el mismo sujeto causante, la dirección empresarial podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa, que deberá comunicar por escrito. Según la literalidad de la norma, la empresa puede limitar su ejercicio simultáneo, pero no puede denegar definitivamente el ejercicio del derecho a ninguno de sus dos titulares. En todo caso, serán estos quienes decidirán quien disfruta el derecho en cada momento, pues la facultad concedida a la empresa literalmente no abarca la designación de quien no puede ejercitar el derecho. De llegarse a aplicar este supuesto, no resultaría lógico que a las personas titulares del permiso por cuidado de lactante se les privase del derecho a la prestación que pudiera corresponderles porque uno de ellos no ha disfrutado el permiso pues sería hacer pechar a las personas titulares con una decisión del empresario que están obligados a asumir.

4.2. La nueva prestación social por ejercicio corresponsable de cuidado de lactante

El RDL 6/2019, aprovechando el vacío que en la LGSS ha producido la desaparición del subsidio por maternidad derivado de la integración del permiso por paternidad en el permiso por nacimiento y cuidado de menor, ha introducido, en los artículos 183 a 185, una nueva prestación social con el fin de cubrir la reducción de jornada para cuidado de lactante, pero solo cuando el cuidado sea asumido por los dos progenitores, adoptantes, guardadores o acogedores: desde esta perspectiva, se la puede calificar como un premio a la corresponsabilidad. Junto con la prestación económica por cuidado de menor afectado por *cáncer* u otra enfermedad grave, son los *únicos* derechos de conciliación a los que se anuda una prestación económica de Seguridad Social.

4.2.1. Situación protegida

Se considera situación protegida la reducción de la jornada de trabajo en media hora que, de acuerdo con el artículo 37.4.IV del ET, lleven a cabo con la misma duración y régimen los dos progenitores, adoptantes, guardadores con fines de adopción o acogedores de carácter permanente, cuando ambos trabajen, para el cuidado del lactante desde que cumpla nueve meses hasta los doce meses de edad (artículo 183 de la LGSS). Los requisitos de la situación protegida son, en suma, los cuatro siguientes:

1º. La jornada de trabajo se debe reducir en media hora de acuerdo con lo establecido en el artículo 37.4.IV del ET, según el cual cuando ambos progenitores, adoptantes, guardadores o acogedores ejerzan el derecho al permiso por cuidado de lactante con la misma duración y régimen, el periodo de disfrute de ese permiso podrá extenderse hasta que el lactante cumpla doce meses, con reducción proporcional del salario a partir del cumplimiento de los nueve meses. Con *está* exigencia explícita de que ambos progenitores, adoptantes, guardadores o acogedores reduzcan su jornada de acuerdo con el ET, se *está* exigiendo implícitamente que ambos sean trabajadores por cuenta ajena, con lo cual no se podría acceder al derecho a la prestación si uno de ellos es empleado público (aunque en este caso la situación protegida por la prestación quedaría cubierta porque el empleado público tendría derecho a un permiso retribuido por lactancia de un menor de doce meses según el artículo 48.f) del EBEP en la redacción dada por el RDL 6/2019), ni tampoco si uno de ellos es un trabajador autónomo (en este caso la situación protegida por la prestación quedaría sin cobertura económica, y ello aún en el supuesto de que el autónomo hubiera efectivamente reducido su jornada de trabajo para el cuidado del lactante: nos encontramos con otro más de los muchos recortes de la cobertura social que sufre el trabajador autónomo).

De las cuatro modalidades de disfrute del permiso para el cuidado del lactante que regula el artículo 37.4 del ET (a saber, derecho a una hora de ausencia al trabajo; división en dos fracciones de esa hora de ausencia al trabajo; sustitución, por la voluntad de quien ejerce el derecho, de la hora de ausencia al trabajo por una reducción de jornada en media hora que se puede proyectar sobre el principio de la jornada, atrasándolo, o sobre el final de la jornada, adelantándolo; y acumulación en jornadas completas en los términos previstos en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con la empresa respetando en su caso lo establecido en aquella), únicamente la reducción de jornada habilita para la prestación económica por ejercicio corresponsable del lactante según el artículo 183 de la LGSS; en los demás casos habrá derecho a la ampliación del permiso hasta los doce meses pues el artículo 37.4.IV del ET no vincula tal derecho una determinada modalidad de disfrute, pero esa ampliación es sin derecho a retribución ni a prestación social. Nos encontramos con una limitación totalmente injustificada desde la perspectiva de la corresponsabilidad que precisamente la legislación ha pretendido fomentar. Quizás la razón de la restricción está en la mayor facilidad de gestionar y controlar la prestación económica en los casos de reducción de jornada, y a la vez el ahorro presupuestario (pues la reducción de jornada es de media hora mientras la ausencia, fraccionada o no, es de una hora, lo que supondría en términos estrictamente matemáticos una duplicación del coste total de la prestación).

Lo que la norma no exige es que la reducción de jornada en media hora hubiera tenido que ser el régimen disfrutado antes de los nueve meses, pues lo que exclusivamente exige es que esa reducción lo sea del mes nueve al doce. O sea, hasta los nueve meses las personas titulares del derecho han podido utilizar cualquiera de las otras tres modalidades de disfrute, incluso la acumulación en jornadas completas, siempre naturalmente que lo hayan hecho agotando la duración del permiso establecida hasta los nueve meses. Y si a partir de los nueve meses se ha optado por la reducción de jornada en media hora con igual duración y régimen, hay derecho a la prestación social.

Un problema interpretativo es si incide sobre la prestación, y en su caso, cómo, el nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento múltiples. Hay tres opciones interpretativas: (1) una interpretación estrictamente literal es que solo se ostentaría derecho a la prestación si ambas personas titulares reducen su jornada en media hora; (2) otra interpretación acorde con la finalidad de la norma es que podrían disfrutar la reducción de jornada que les correspondiese por el nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento múltiples, pero solo tendrían derecho a la prestación correspondiente a la reducción de jornada en media hora; (3) una última interpretación más acorde aún con la finalidad de la norma es que el derecho a la prestación también tendría el incremento proporcional que en el caso correspondiera.

2º. La duración y régimen de la reducción de la jornada de trabajo en media hora debe ser la misma para los dos progenitores, adoptantes, guardadores con fines de adopción o acogedores de carácter permanente. Si uno de los titulares del derecho, después de haber agotado el permiso para el cuidado del lactante antes de los nueve meses, no lo sigue ejercitando con reducción de jornada en media hora después de los nueve meses, no nace la prestación. La acreditación del ejercicio corresponsable del cuidado del lactante se realizará mediante certificación de la reducción de la jornada por las empresas en que trabajen sus progenitores, adoptantes, guardadores o acogedores. Reglamentariamente se determinarán los requisitos que deberá cumplir esta documentación (y lo más adecuado sería que en la norma reglamentaria se publicaran en anexo los formularios que deberían rellenar en estos casos las empresas concernidas).

3º. Ambos progenitores, adoptantes, guardadores con fines de adopción o acogedores de carácter permanente, deben trabajar (se sobreentiende que por cuenta ajena dado que en otro caso no hay derecho a reducir jornada). La duda interpretativa surge con el disfrute del permiso por nacimiento y cuidado de menor, que, tras el RDL 6/2019, se puede disfrutar de manera interrumpida hasta los doce meses del menor, con lo cual este se puede superponer con el derecho a la reducción de jornada en media hora por cuidado del lactante. Resulta lo más lógico entender que ello no impide el acceso a la prestación por ejercicio corresponsable de cuidado de lactante porque, aunque durante el disfrute del permiso por nacimiento y cuidado de menor no se está trabajando, tal disfrute supone un ejercicio de corresponsabilidad superior al del permiso por cuidado de lactante, de manera que, si se privase en este caso del acceso a la prestación, se estaría castigando un mayor ejercicio de corresponsabilidad. Otra solución conduciría, por el solapamiento parcial de ambos derechos, a la pérdida significativa del efecto útil de dos derechos que se han reconocido como novedades destacadas en el RDL 6/2009.

Igualmente se planteará otro problema interpretativo si la madre biológica titular del derecho al permiso por cuidado de lactante se encuentra en situación de riesgo durante la lactancia natural: la duda se encuentra en ese caso si el padre ostenta, simultáneamente con ese derecho de la madre biológica, el derecho al permiso por cuidado de lactante hasta los doce meses y la consiguiente prestación económica.

De esta exigencia de que trabajen ambos progenitores, adoptantes, guardadores o acogedores, se deriva además que las familias monoparentales no pueden acceder a esta prestación, lo que, cuando solo un progenitor, adoptante, guardador o acogedor esté en situación de prestar los cuidados por fallecimiento o ausencia del otro, tropieza con la lógica protectora –que si cubre una necesidad en familias biparentales con más razón la debería cubrir cuando la necesidad se concentra en una única persona en una familia monoparental-. Aquí es oportuno apostar por una interpretación flexible de la norma.

Lo que no se exige en la norma que las personas titulares deban ser correlativas. Es decir, no se exige sean los dos progenitores, los dos adoptantes, los dos guardadores con fines de adopción, o los dos acogedores de carácter permanente. O sea, una de las personas titulares puede ser de una categoría, y la otra de otra categoría diferente.

4º. La finalidad es el cuidado del lactante desde que cumpla nueve meses hasta los doce meses de edad. El cuidado se debe entender en un sentido amplio que obviamente no se limita a la alimentación natural o artificial del menor de doce meses y que comprende cualquier clase de cuidados que el mismo requiera, incluyendo aquellos que no exigen el contacto (pensemos, por ejemplo, que la reducción de jornada se utiliza para realizar la compra, u otras gestiones relacionadas con el cuidado del lactante).

El desarrollo reglamentario no puede establecer más exigencias so riesgo de incurrir en ilegalidad. La única habilitación hecha al reglamento es a los efectos de los requisitos de la documentación. Pero no a los efectos de imponer más requisitos a la situación protegida que aquellos establecidos en la propia LGSS y al ET por remisión.

4.2.2. Beneficiarios

Para el acceso al derecho a la prestación económica por ejercicio corresponsable de cuidado de lactante, se exigirán los mismos requisitos y en los mismos términos y condiciones que los establecidos para la prestación económica por nacimiento y cuidado de menor (artículo 184 de la LGSS), a saber: afiliación y alta, carencia y, en su caso, estar al corriente en el pago de las cuotas. Resulta bastante llamativo que la norma se remita a la prestación por nacimiento y cuidado de menor, cuando la prestación por ejercicio corresponsable de cuidado de lactante presenta unos mayores paralelismos con la prestación por cuidado de menor afectado por cáncer u otra enfermedad grave.

Cuando concurren en ambos progenitores, adoptantes, guardadores con fines de adopción o acogedores de carácter permanente, las circunstancias necesarias para tener la condición de beneficiarios de la prestación, el derecho a percibirla solo podrá ser reconocido a favor de uno de ellos. La elección de cuál es derecho de los beneficiarios.

¿Podría solicitarse el cambio en la persona perceptora de la prestación económica durante su percepción? Es una posibilidad admitida para la prestación económica por cuidado de menor afectado por cáncer u otra enfermedad grave siempre que haya acuerdo entre ambos progenitores, adoptantes, guardadores o acogedores, y las empresas respectivas, y siempre que se haga por periodos no inferiores a un mes (artículo 4.5 del Real Decreto 1.148/2011, de 29 de julio). Una interpretación analógica debería llevar a idéntica solución para la prestación económica por ejercicio corresponsable de cuidado de lactante. Esperaremos a ver el desarrollo reglamentario.

Las previsiones contenidas en este capítulo –según acaba diciendo el artículo 184 de la LGSS- no serán aplicables a los funcionarios públicos, que se regirán por lo establecido en el artículo 48.f) del EBEP, y en la normativa que lo desarrolle. Y es que en esa norma se reconoce directamente un permiso retribuido por lactancia de un hijo menor de doce meses, con lo cual el empleado público, de manera individualizada y con independencia de su sexo, ya tiene cubierta (él o ella y el otro/a progenitor, adoptante, guardador o acogedor) la contingencia protegida con la prestación por ejercicio corresponsable de cuidado del lactante. Aquí surge sin embargo un problema interpretativo fruto seguramente de las prisas en aprobar la norma. La LGSS, en su artículo 184, se refiere solo a los funcionarios públicos para remitirse al artículo 48.f) del EBEP. Por su lado, el artículo 7.2 del EBEP y la disposición adicional 22ª del ET establecen que en materia de permisos de lactancia, el personal laboral al servicio de las Administraciones públicas se regirá por lo previsto en el EBEP, no siendo de aplicación a este personal, por tanto, las previsiones del ET sobre las suspensiones de los contratos de trabajo que, en su caso, corresponderían por los mismos supuestos de hecho. Con independencia de la defectuosa redacción de este último inciso del artículo 7.2 del EBEP y de la disposición adicional 22ª del ET (porque la lactancia origina en el ET un permiso retribuido a cargo de la empleadora, y no una suspensión de los contratos de trabajo), de ambas normas se deduce que el personal laboral tendrá derecho al mismo permiso establecido para los funcionarios públicos en el artículo 48.f) del EBEP.

4.2.3. Prestación económica

La prestación económica por ejercicio corresponsable del cuidado de lactante consistirá en un subsidio equivalente al 100 por ciento de la base reguladora establecida para la prestación de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, y en proporción a la reducción que experimente la jornada de trabajo (artículo 185 de la LGSS). Lo que obliga, para cuantificar el importe de la prestación económica por ejercicio corresponsable de cuidado del lactante, a calcular el porcentaje que media hora de duración diaria del permiso por cuidado del lactante representa sobre el total de la jornada de trabajo, y aplicar ese porcentaje a la base reguladora establecida para la prestación de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes (ejemplo: en una jornada diaria de 8 horas, la prestación sería la dieciseiava parte de esa base reguladora; en una jornada diaria de 4 horas, la prestación sería la octava parte de esa base reguladora; frente a la claridad de solución en estos ejemplos paradigmáticos, los cálculos se complicarán necesariamente en aquellos supuestos de distribución irregular de jornada de trabajo, o en los supuestos de trabajadores/as fijos discontinuos).

Esta prestación se extinguirá cuando el o la menor cumpla doce meses de edad. Obviamente, también se extinguirá si antes de cumplir los doce meses de edad, quien disfruta el derecho o el otro progenitor, adoptante, guardador con fines de adopción o acogedor de carácter permanente, se reincorpora a su jornada anterior a la reducción de jornada. Más dudoso es que se extinga la prestación si el otro progenitor, adoptante, guardador con fines de adopción o acogedor de carácter permanente fallece o deviene imposibilitado para prestar los cuidados (por ejemplo, por una hospitalización), porque se trata de una circunstancia sobrevenida que no mengua las exigencias de cuidado del lactante, sino que, antes al contrario, la proyecta sobre uno solo de los progenitores, adoptantes, guardadores con fines de adopción o acogedores con carácter permanente.

5. EL DERECHO A LA ADAPTACIÓN DE LA JORNADA DE TRABAJO PARA LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA PERSONAL, FAMILIAR Y LABORAL

La LOIEMH introdujo en el artículo 34 del ET un nuevo apartado 8 según el cual “el trabajador tendrá derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en los términos que se establezcan en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso, lo previsto en aquella”. Con posterioridad, la Ley 3/2012, de 6 de julio, introdujo un segundo párrafo en ese apartado según el cual “a tal fin, se promoverá la utilización de la jornada continuada, el horario flexible u otros modos de organización del tiempo de trabajo y de los descansos que permitan la mayor compatibilidad entre el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral de los trabajadores y la mejora de la productividad en las empresas”.

Como la letra de la norma no especificaba qué ocurría si no había regulación negociada en convenio colectivo o en acuerdo individual respetando, en su caso, lo previsto en aquella, la cuestión interpretativa central era si cabía una tercera forma de ejercicio del derecho a la adaptación de la jornada de trabajo que podríamos deducir del artículo 38.4 del ET y que pasaría por una reclamación judicial a canalizar a través del artículo 139 de la LRJS. Aunque opiniones doctrinales y judiciales lo negaron, la doctrina científica más atinada, así como numerosas resoluciones judiciales, consideraban que, ante el silencio del convenio colectivo y ante la iniciativa de la persona trabajadora, si el empresario la rechaza de una manera abusiva, arbitraria, injustificada o irrazonable, hay base para demandar judi-

cialmente, y la demanda deberá ser estimada si, valorando los derechos constitucionales en juego –a saber, la no discriminación por sexo del artículo 14 de la CE, la intimidad personal y familia del artículo 18 de la CE y la protección de la familia del artículo 39 del CE-, existe una necesidad de conciliación de la vida personal, familiar y laboral digna de protección².

El RDL 6/2019 profundiza en esta línea para atribuir al derecho a la adaptación un mayor contenido, una mejor regulación y, en consecuencia, una mayor efectividad.

Tal tendencia se aprecia en la misma enunciación del derecho cuando se establece 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 prestación de su trabajo a distancia, para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral. Por lo tanto, no se trata solo de adaptar duración y distribución de la jornada de trabajo o en la ordenación del tiempo de trabajo –como sería la jornada continua o el horario flexible-, también cabe afectar a la forma de la prestación, incluida la posibilidad de trabajo a distancia.

Hay una *precisión* adicional que condiciona el derecho, aunque al tratarse de un condicionamiento totalmente razonable, viene a suponer una concreción que repercute en aras a su mayor efectividad. A estos efectos, se establece que las adaptaciones deberán ser razonables y proporcionadas en relación tanto con las necesidades de la persona trabajadora como con las necesidades organizativas o productivas de la empresa. La flexibilidad de la jornada, que es un tópico habitualmente vinculado a las necesidades de la empresa, se declina en la norma de una manera bidireccional: la flexibilidad pro empresa se debe cohonestar con la flexibilidad pro persona trabajadora.

También se establece en la nueva redacción del artículo 34.8 del ET que, en el caso de que tengan hijos o hijas, las personas trabajadoras tienen derecho a efectuar la solicitud de adaptación hasta que cumplan doce años. Si entendemos esta norma como un condicionante del derecho, merece una severa crítica doctrinal pues se dejarían desprotegidas las necesidades de cuidado de familiares *DEPENDIENTES* distintos a los hijos o hijas de doce años o menores. A nuestro juicio, la norma tiene otro sentido diferente: no establece una limitación de carácter subjetivo, sino que viene a decir que, sin mayores exigencias, las necesidades de cuidado existen cuando la persona trabajadora tiene un hijo o hija de hasta doce años; cuando se trate de hijos o hijas de más edad, o de otros familiares necesitados de cuidados, dicha necesidad de cuidados se debe acreditar.

A partir de este enunciado general y de sus condicionantes, se contemplan las dos mo-

.....

2 A esta conclusión llegamos, junto con otras opiniones doctrinales y decisiones judiciales concordantes que allí se citan, en José Fernando LOUSADA AROCHENA / Pilar NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, “Jornada de trabajo y derechos de conciliación”, Editorial Tecnos, Madrid, 2015, páginas 28 a 31.

dalidades de ejercicio que hasta el momento aparecían recogidas en la norma –a saber, ejercicio según lo establecido en la negociación colectiva, y ejercicio consensuado-, y se añade una tercera que, si bien debíamos de entender como deducible por la lógica, antes no estaba explícitamente recogida –a saber, la reclamación judicial-.

(1) Ejercicio según lo establecido en la negociación colectiva. Al respecto se establece que en la negociación colectiva se pactarán los términos de su ejercicio, que se acomodarán a criterios y sistemas que garanticen la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre personas trabajadoras de uno y otro sexo. Insistencia expresa en la ausencia de discriminación sexista directa e indirecta antes no contenida en la norma pero a la que obviamente estaban sujetos los negociadores colectivos por imperativo constitucional. Si a esa insistencia le queremos dar algún sentido útil deberíamos integrar en ella el derecho a la conciliación como derecho fundamental, cuya vinculación con la proscripción de la sexista indirecta ha sido reconocido reiteradamente en la jurisprudencia constitucional desde la STC 3/2007, de 15 de enero. Por ello, una regulación en la negociación colectiva con un condicionamiento irracional o desproporcionado para el ejercicio del derecho a la adaptación que impidiese su aplicación en la práctica estaría vulnerando la prohibición de discriminación sexista.

(2) Ejercicio consensuado. Al respecto se establece que en ausencia de regulación en la negociación colectiva, la empresa, ante la solicitud de adaptación de jornada, abrirá un proceso de negociación con la persona trabajadora durante un periodo máximo de treinta días, un periodo este último acaso excesivamente largo atendiendo a la urgencia característica de la exigencias de conciliación de la vida personal y familiar.

Finalizado el periodo máximo de treinta días (un plazo acaso excesivo si consideramos la habitual perentoriedad de las necesidades de cuidado), la empresa, por escrito, comunicará la aceptación de la petición, planteará una propuesta alternativa que posibilite las necesidades de conciliación de la persona trabajadora o bien manifestará la negativa a su ejercicio. En este último caso, se indicarán las razones objetivas en las que se sustenta la decisión, exigencia imprescindible, a nuestro juicio, para la eventual defensa de la empresa en juicio; o, dicho de otro modo, no se le debería admitir a la empresa la alegación en juicio de otras razones objetivas de denegación del ejercicio.

(3) Reclamación judicial. Al respecto se establece que las discrepancias surgidas entre la dirección de la empresa y la persona trabajadora serán resueltas por la jurisdicción social a través del procedimiento establecido en el artículo 139 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social. Tales discrepancias que pueden venir dadas por la manifestación de la negativa al ejercicio o también por la no conformidad con la propuesta alternativa ofrecida por la empresa, sin perjuicio de que la persona trabajadora se pueda ajustar a ella provisionalmente como mal menor.

Sea cual fuere la forma de ejercicio del derecho a la adaptación de la jornada, la persona trabajadora tendrá derecho a solicitar el regreso a su jornada o modalidad contractual anterior una vez concluido el periodo acordado o cuando el cambio de las circunstancias así lo justifique, aun cuando no hubiese transcurrido el periodo previsto. La fórmula utilizada en la norma de “derecho a solicitar el regreso” no es, desde luego, la más atinada desde la perspectiva de reconocer un derecho a la persona trabajadora. En todo caso, la empresa solo podría denegar el derecho al regreso de una manera temporal y por causas justificadas. O sea, la norma general debe ser el derecho al regreso. Más atinada está la norma cuando prevé el regreso tanto cuando ha concluido el periodo previsto, como cuando así lo justifique el cambio en las circunstancias –pensemos, como supuesto paradigmático, en que la persona a cuidar por la persona trabajadora deja de necesitar cuidados porque se recupera de su enfermedad, o fallece-.

Finalmente, el nuevo apartado 8 del artículo 34 del ET, en la redacción del RDL 6/2009, aclara que se entiende, en todo caso, sin perjuicio de los permisos a los que tenga derecho la persona trabajadora de acuerdo con lo establecido en el artículo 37.

6. UNA AMPLIACIÓN TEMPORAL (VIRTUALMENTE INEFECTIVA) DEL DERECHO A LA RESERVA EN LA EXCEDENCIA PARA EL CUIDADO DE HIJO O HIJA

Ya antes del RDL 6/2019, se establecía –en el artículo 46, apartado 3, último párrafo, del ET- que cuando la persona trabajadora forme parte de una familia que tenga reconocida la condición de familia numerosa, la reserva de su puesto de trabajo se extenderá hasta un máximo de quince meses cuando se trate de una familia numerosa de categoría general, y hasta un máximo de dieciocho meses si se trata de categoría especial. Con el RDL 6/2019, se mantiene esta redacción y se adiciona a renglón seguido –en ese último párrafo- un inciso según el cual “cuando la persona ejerza este derecho con la misma duración y régimen que el otro progenitor, la reserva de puesto de trabajo se extenderá hasta un máximo de dieciocho meses”. Al aparecer este inciso en el mismo párrafo que la regulación establecida para las familias numerosas aparenta que esta ampliación a dieciocho meses solo se aplica al supuesto de familias numerosas de categoría general, pues las de categoría especial ya llegan al máximo de dieciocho meses sin necesidad de mayores exigencias. No obstante, seguramente sea posible una interpretación extensiva de la norma a todos los supuestos de excedencia para el cuidado de hijo o hija, esto es cuando no se trate

de familias numerosas, para los que –según el artículo 46.3 del ET- solo se reconoce el derecho a la reserva de puesto de trabajo durante el primer año de disfrute de la excedencia para el cuidado de hijo o hija.

En cualquier caso, la norma, pretendiendo fomentar la corresponsabilidad, acaba llegando a una solución absurda que la convierte en virtualmente inefectiva. Si el miembro de una pareja decide solicitar una excedencia para el cuidado de hijo o hija, el premio de extender a dieciocho meses el derecho a la reserva del puesto de trabajo suena insuficiente si resulta condicionado a que el otro miembro de la pareja tenga que haber solicitado también la excedencia con la misma duración y régimen. Dicho más sencillo, no parece un supuesto de hecho real –salvo acaso alguna situación familiar muy extraordinaria- que los dos miembros de una pareja dejen de trabajar sin percibir retribución durante un periodo de hasta dieciocho meses. Y menos aún si nos encontramos ante familia numerosa en que las necesidades económicas son mayores.

7. GARANTÍAS POR EL EJERCICIO DE DERECHOS DE MATERNIDAD Y CONCILIACIÓN

El RDL 6/2019 modifica diversos artículos del ET relativos a las garantías frente al despido en supuestos de ejercicio de derechos de maternidad y conciliación. Muchas de esas modificaciones son de alcance meramente terminológico para sustituir trabajador por persona trabajadora, e incluir el permiso por nacimiento y cuidado de menor. Pero más allá de estos cambios terminológicos se detectan tres reformas concretas que deben ser bien recibidas; de hecho estamos ante reformas que se encuentran entre las más positivas de todas las reformas introducidas en el RDL 6/2019.

La primera de ellas es la incorporación en la regulación del periodo de prueba de un párrafo –en el artículo 14, apartado 2- según el cual “la resolución a instancia empresarial será nula en el caso de las trabajadoras por razón de embarazo, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del período de suspensión a que se refiere el artículo 48.4, o maternidad, salvo que concurren motivos no relacionados con el embarazo o maternidad”. Con ello pasa al baúl de los recuerdos la doctrina contenida en la STS de 18 de abril de 2011, RCU 2893/2010, que había rechazado la aplicación de la prohibición de despido durante el periodo de prueba porque el desistimiento empresarial durante el periodo de prueba es una institución distinta al despido, sin perjuicio de que, si se acredita la existencia de discriminación por embarazo, el despido sería nulo. La STC 173/2013, de 10 de

octubre, ha validado esa solución al entender satisface el canon de motivación reforzada del artículo 24 CE en relación con el 14³.

La segunda de ellas es la incorporación en la regulación de las prohibiciones de despido aplicables a la extinción por causas objetivas –artículo 53, apartado 4- de un inciso según el cual “para considerarse procedente (la extinción por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencia señalados en la norma) deberá acreditarse suficientemente que la causa objetiva que sustenta el despido requiere concretamente la extinción del contrato de la persona referida”. Aquí se está recogiendo la doctrina contenida en la STJUE de 22 de febrero de 2018, Caso Porrás Guisado, C-103/2016, en concreto cuando en su fallo resuelve que el artículo 10, punto 2, de la Directiva 92/85/CEE debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que permite al empresario despedir a una trabajadora embarazada en el marco de un despido colectivo sin comunicarle más motivos que los que justifican ese despido colectivo, “siempre y cuando se indiquen los criterios objetivos que se han seguido para la designación de los trabajadores afectados por el despido”. Ciertamente, la Sentencia solo se refiere a la trabajadora embarazada, y, dado el ámbito subjetivo de la Directiva 92/85/CEE, su doctrina se debería extender también a la trabajadora en parto reciente o en periodo de lactancia natural. Pero el RDL 6/2019 ha optado por una solución de más alcance y –como se acaba de expresar- se refiere a todos los casos de prohibición de despido del artículo 53, apartado 4, del ET.

Y la tercera de ellas es la ampliación en la regulación de las prohibiciones de despido aplicables a la extinción por causas objetivas –artículo 53, apartado 4, letra c)- y al despido disciplinario –artículo 55, apartado 5, letra c)- del periodo de protección de las personas trabajadoras después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar los periodos de suspensión del contrato por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, a que se refiere el artículo 45.1.d), que hasta el RDL 6/2019 era de hasta nueve meses, y desde el RDL 6/2019 será de hasta doce meses desde la fecha del nacimiento, la adopción, la guarda con fines de adopción o el acogimiento. Como ya se interpretaba antes del RDL 6/2019, y se debe seguir interpretando después del RDL 6/2019, este es el límite temporal para la aplicación de la prohibición de despido, pero no impide que, superado ese límite, se pueda llegar a la nulidad del despido si se acredita que es discriminatorio por razón de maternidad o de paternidad.

.....

3 He realizado un comentario crítico de la STC 173/2013, de 10 de octubre, alineándome con las razones argüidas en voto particular disidente del Magistrado Fernando Valdés Dal-Ré, en “Prohibición de despido de las trabajadoras embarazadas y periodo de prueba”, Revista de Derecho Social, número 63, 2013.

8. UNAS APRECIACIONES FINALES SOBRE LA REFORMA

El Real Decreto 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, merece dado su contenido una valoración general positiva: se incrementa la duración del permiso del progenitor distinto a la madre biológica hasta 8 semanas para 2019, hasta 12 semanas para 2020 y hasta 16 semanas para 2021, equiparándose finalmente al permiso de la madre biológica, individualizándose los derechos de cada progenitor y estableciendo un periodo obligatorio; se separa la regulación del permiso por adopción, guarda o acogimiento, además de individualizarse el derecho al permiso para cada adoptante, guardador o acogedor, con un periodo obligatorio; se reforma en profundidad el viejo permiso de lactancia reconvirtiéndolo en un permiso para el cuidado del lactante individual para cada progenitor y con una cobertura económica parcial a través de la creación de una nueva prestación de seguridad social; se reconoce un derecho a la adaptación de la jornada por motivos de conciliación de la vida personal y familiar que supone potenciar el derecho a la presencia de aquellos trabajadores/as que, en vez de utilizar permisos, reducciones de jornada o excedencias para el cuidado de hijos/as o familiares, deciden mantenerse en su puesto de trabajo pero flexibilizando la jornada para no desatender las necesidades de la conciliación; se mejoran de manera muy significativa las garantías de ejercicio de derechos de maternidad y paternidad.

Pero también hay muchos aspectos críticos: se unifica la licencia por maternidad y el permiso por paternidad en un nuevo permiso por nacimiento y cuidado de menor que, en ese afán unificador, hace tabla rasa de algunas garantías de la maternidad biológica contenidas en normas internacionales y comunitarias como la ininterrupción del disfrute o la posibilidad de adelantar el disfrute antes del parto; se establecen para ese permiso a favor del progenitor distinto de la madre y para el permiso por adopción, guarda o acogimiento complejas disposiciones transitorias; la cobertura económica del permiso por cuidado de lactante es muy parcial y ha complejizado la regulación; algunas supuestas mejoras dirigidas a la corresponsabilidad resultan ser inaplicables; se modifican muchas normas con la sola finalidad de adaptaciones terminológicas lo que ofrece una visión de una reforma más profunda de lo que realmente es dicha reforma.

Otras críticas son por omisión. Muy en particular se echa en falta que no se hubiere revisado la reducción de jornada por guarda de menor o cuidado de familiares del artículo 37.5-6 del ET, eliminando la limitación que se introdujo por la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, de que la reducción fuera “diaria” –artículo 37.5 del ET-, lo que –literalmente interpretado- solo permite reducciones de

jornada horizontales –es decir se reducen una o unas horas todos los días en que se trabaja-, impidiendo reducciones de jornada verticales –es decir concentrando todas las horas a reducir en un mismo día o en unos mismos días-, y quedando seriamente en entredicho la posibilidad de otras imputaciones en supuestos de jornadas especiales –por ejemplo, la relevación de un determinado turno de trabajo imputando la reducción de jornada a ese turno de trabajo o la libranza de las guardias a imputando la reducción de jornada a las jornadas en que se realizan las guardias-⁴.

Con todo, la mayor de las críticas procede por el envoltorio jurídico utilizado para la aprobación de todas estas reformas: un decreto ley que el Gobierno puede aprobar pero solo en “situaciones de extraordinaria y urgente necesidad” (artículo 86 de la Constitución Española); nunca con un carácter ordinario y soslayando al Parlamento.

La lectura de unas medidas que, aún con todos sus puntos críticos, son tan absolutamente necesarias para conseguir la igualdad efectiva de mujeres y hombres, en un envoltorio jurídico tan cuestionable, es una contradicción muy fuerte para cualquier jurista. No basta con su convalidación. Una vez se constituya el Parlamento y el Gobierno tras las elecciones generales del 28 de abril, esas medidas tan absolutamente necesarias debe ser llevadas a la discusión parlamentaria y, después de corregir los errores y omisiones que la premura electoralista ha propiciado, deben ser incorporadas a una ley formal, pues solo se consolidarán si se aprueban tras el debate parlamentario con su asunción por la mayoría de los partidos políticos, blindándose además frente a una declaración de inconstitucionalidad futura si llegasen a ser impugnadas ante el TC.

JOSÉ FERNANDO LOUSADA AROCHENA

Magistrado especialista de lo social – TSJ/Galicia

Doctor en Derecho / Graduado Social

Profesor asociado de Derecho Procesal Universidad de A Coruña

.....

4 Sobre los cambios introducidos en la Reforma Laboral, véase José Fernando LOUSADA AROCHENA, “La Reforma Laboral 2010/2012 desde una perspectiva de género”, *Aequalitas*, número 32, 2013.