

VI.

CONCILIACIÓN Y CORRESPONSABILIDAD EN LOS CUIDADOS: LÍNEAS EVOLUTIVAS Y RETOS PARA LOS DERECHOS LABORALES

Ana Rosa Argüelles Blanco

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Oviedo*

1. De la responsabilidad femenina a la corresponsabilidad familiar y social

Es sabido que durante décadas en España el régimen político y el poder legislativo concibieron los cuidados como una responsabilidad fundamentalmente femenina. Que las propias normas propiciaron que los hombres fuesen los encargados de proporcionar el sustento económico a las familias —hasta el punto de que durante un largo período del franquismo contraer matrimonio implicó una excedencia forzosa de las trabajadoras en su puesto de trabajo— en tanto que la contribución primordial de las mujeres era la atención del hogar y de quienes en él habitasen. En ese contexto, los primeros derechos para la conciliación de la vida laboral y familiar se establecieron, como era el lógico desarrollo de las premisas de las que el conjunto del ordenamiento jurídico partía, como de titularidad exclusivamente femenina. En alguna medida todavía arrastramos en nuestros usos sociales los efectos de la feminización de los cuidados propia de la normativa franquista¹ y la distribución de responsabilidades se construye en el seno de la familia conforme a unos roles de género que se acentuaron como consecuencia de los cambios en la organización social derivados de la pandemia de Covid-19². Sin referirnos aquí a su génesis en las normas sectoriales, fundamentalmente en las reglamentaciones de trabajo y ordenanzas laborales aprobadas por el Ministerio de Trabajo durante el régimen franquista, baste mencionar, como normativa de alcance ya general, lo dispuesto por la Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales (art. 25.4) que reconocía «a la mujer trabajadora» el derecho a un período de excedencia no superior a tres años por cada hijo nacido y vivo a contar desde la fecha del parto; junto con otros como el descanso laboral antes y después del parto, y la pausa o reducción de jornada por lactancia. Si bien es verdad que el derecho a la reducción de la jornada «por cuidado directo de algún menor de seis años o a un minusválido físico o psíquico», se reconocía, en masculino genérico, a «el trabajador».

1 Como ya comenté en ARGÜELLES BLANCO, A. R., *La protección de intereses familiares en el ordenamiento laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 25, esa normativa provocó arraigadas reglas sociales, así como estructuras económicas que lastraron la eficacia de los esfuerzos normativos que se realizaron a favor del derecho a la igualdad entre mujeres y hombres tras proclamarse en la vigente Constitución con el propósito de dotarlo de garantías suficientes. Durante el pasado siglo no terminó de configurarse una pareja simétrica —más ampliamente, unas relaciones familiares igualitarias— basada en la corresponsabilidad de ambos sexos.

2 El informe presentado en el CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL DE ESPAÑA, «Mujeres, trabajos y cuidados: Propuestas y perspectivas de futuro» Pleno ordinario de 27 de abril, de 2022, disponible en https://www.igualdadempresa.es/recursos/estudiosMonografia/docs/Informe_MUJERES_TRABAJOS_Y_CUIDADOS.pdf, consultado el 24 de marzo de 2023, p. 26, ha puesto de relieve que «la pandemia ha impuesto una reorientación de la vida social hacia el ámbito privado lo que, dado un escenario de partida de una mayor carga de trabajo no remunerado por parte de las mujeres, no puede sino tender a acrecentar la brecha de género en este ámbito».

La promulgación de la Constitución de 1978 y su proclamación del derecho a la igualdad abrió un camino en el que se fueron reconociendo paulatinamente a los hombres primero el acceso al ejercicio de algunos derechos para la conciliación de la vida laboral y familiar, consecuencia de la cesión por parte de la mujer trabajadora de la totalidad o una parte de su período de disfrute; y después la titularidad individual de esos derechos, señaladamente de la reducción de la jornada por razones de guarda legal, la excedencia por cuidado de hijos o familiares a cargo y la suspensión del contrato por paternidad.

Un claro síntoma de la lentitud con que se fue desarrollando ese proceso ha sido el hecho de que ni siquiera culminase el proceso de individualizar la titularidad de los derechos de conciliación la LO 3/2007, de 22 de marzo, puesto que en su versión inicial continuó atribuyendo la titularidad del derecho a la reducción de la jornada por lactancia a las mujeres trabajadoras. Tuvo que ser la intervención judicial, más concretamente la sentencia del Tribunal de Justicia (sala segunda) de 30 de septiembre de 2010, Asunto C-104/09 Roca Álvarez, la que pusiera de manifiesto que el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres en el empleo y el trabajo se oponía a una medida nacional, como lo era la nuestra, «que prevé que las mujeres, madres de un niño y que tengan la condición de trabajadoras por cuenta ajena, pueden disfrutar de un permiso, según varias modalidades, durante los nueve primeros meses siguientes al nacimiento de ese hijo, en tanto que los hombres, padres de un niño y que tengan la condición de trabajadores por cuenta ajena, sólo pueden disfrutar del citado permiso cuando la madre de ese niño también tiene la condición de trabajadora por cuenta ajena». Como resultado, fue el Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, y, consiguientemente, la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (disposición final primera), —reforma tan criticada en otros aspectos, pero sin duda acertada en este— el que, por fin, corrigió en el artículo 37.4 ET ese último reducto de atribución a la mujer trabajadora en exclusiva de la capacidad de generar un derecho a la reducción de jornada o permiso en los supuestos de nacimiento de hijo, adopción o acogimiento para la lactancia del menor, cuyo ejercicio, eso sí, venía pudiendo transferir al padre desde tiempo atrás, pero que este no tenía reconocido por sí mismo.

Ello, no obstante, la LO 3/2007 debe ser destacada como la norma pionera en la muy relevante cuestión de instituir la corresponsabilidad entre hombres y mujeres como un pilar fundamental para el ordenamiento jurídico español³, declarando que: «Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral se reconocerán a los trabajadores y las trabajadoras en forma que fomenten la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares, evitando toda discriminación basada en su ejercicio» (art. 44.1). Lo que sobre todo se tradujo en aquel momento en el deseo de equiparar de forma progresiva el régimen jurídico del permiso de paternidad con el de la suspensión del contrato de trabajo por maternidad, para así «contribuir a un reparto más equilibrado de las responsabilidades familiares» (art. 44.3). En su disposición transitoria novena se dispuso que esa equiparación, a través de la ampliación del tiempo de permiso se produciría «de forma progresiva y gradual» hasta alcanzar el objetivo de cuatro semanas a los seis años de la entrada en vigor de la norma. El resultado práctico fue que sucesivas leyes a finales de cada año pospusieron, una y otra vez, la entrada en vigor de esa nueva regla que se había adelantado en el texto del artículo 48 bis ET, hasta que, por fin, ha sido la reforma llevada a cabo 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 en la ocupación⁴, la que, de forma decidida, ha modificado la letra d) del apartado 1 del artículo 45 y, en consonancia, el apartado 4 del artículo 48 ET, para establecer como causa de suspensión del contrato de trabajo el nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento en términos absolutamente igualitarios para mujeres y hombres, incluida la obligatoriedad de las seis semanas ininterrumpidas inmediatamente posteriores al parto. Avance muy importante en términos de promoción de la igualdad de oportunidades laborales por cuanto debiera, si no

3 En su exposición de motivos la LO 3/2007, al referirse a la atención especial que su texto presta a la corrección de la desigualdad en el ámbito específico de las relaciones laborales, señalaba que «(m)ediante una serie de previsiones, se reconoce el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y se fomenta una mayor corresponsabilidad entre mujeres y hombres en la asunción de obligaciones familiares, criterios inspiradores de toda la norma que encuentran aquí su concreción más significativa».

4 La Resolución de 3 de abril 2019 ordenó la publicación del Acuerdo de Convalidación del Real Decreto-ley 6/2019 por parte del Congreso de los Diputados.

eliminar, al menos atenuar los prejuicios para la contratación de mujeres en edad fértil que se derivaban de que solo respecto de las madres hubiera la certeza de una ausencia del puesto en caso de nacimiento. Pero es que, además, el Real Decreto-ley 6/2019 introdujo mejoras en algunos derechos para el caso de asunción equilibrada de las responsabilidades familiares: es el caso de la hora de ausencia o reducción de la jornada por lactancia, en que se ha dispuesto que «cuando ambos progenitores, adoptantes, guardadores o acogedores ejerzan este derecho con la misma duración y régimen el período de disfrute podrá extenderse hasta que el lactante cumpla doce meses», frente a los nueve que suponen el límite en otro caso.

El derecho se reconoce en el caso de nacimiento a la madre biológica y al «otro progenitor», debiendo tenerse en cuenta en la actualidad que «el término de madre biológica incluye también a las personas trans gestantes», como ha advertido la recientemente promulgada Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI (Disp. final decimocuarta. Ocho, que añade un nuevo párrafo final al aptdo. 4, art. 48 ET).

Con este definitivo impulso a la corresponsabilidad tuvo que ver seguramente, además de la propia convicción del Gobierno y la mayoría parlamentaria que hizo posible la aprobación de aquella norma, el contexto que ofrecían los trabajos que se estaban desarrollando en el seno de la Unión Europea, y que culminaron con 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. Directiva de la que se ha afirmado que establece por primera vez a nivel del derecho de la Unión reglas que contribuyen de manera eficaz a la corresponsabilidad entre hombres y mujeres en el cuidado de los hijos⁵. Y así, destaca que «(l)as políticas de conciliación de la vida familiar y la vida profesional deben contribuir a lograr la igualdad de género promoviendo la participación de las mujeres en el mercado laboral, el reparto igualitario de las responsabilidades en el cuidado de familiares entre hombres y mujeres y la eliminación de las desigualdades de género en materia de ingresos y salarios» (considerando 6). Advirtiendo de que los Estados deben tener en cuenta, que «el perceptor principal de ingresos en una familia solo va a poder acogerse a su derecho a disfrutar un permiso parental si este está suficientemente bien remunerado, para poder mantener un nivel de vida digno» (considerando 31); en definitiva, no debe producir su ejercicio un menoscabo económico para que efectivamente se garantice la corresponsabilidad⁶.

En relación con otro derecho, el de la excedencia por cuidado de familiares, también el Real Decreto-ley 6/2019 mejoró el régimen jurídico para los casos de ejercicio corresponsable. Así, se dispuso que «(c)uando 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», frente a los doce en los que de otra forma se mantendría, salvo en el caso de ser ampliada por la condición de familia numerosa.

En definitiva, puede concluirse que en la actualidad la corresponsabilidad se ha convertido en la clave de bóveda en la arquitectura de un sistema para la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de todas las personas progenitoras y cuidadoras. Un sistema que tiene como objetivo garantizar la igualdad de oportunidades laborales entre mujeres y hombres. Pro futuro, es posible anunciar que la garantía de la no discriminación por el ejercicio de los derechos de conciliación, con asunción equilibrada de las responsabilidades familiares (art. 44.1 LO 3/2007) sería mayor si volviera a presentarse una iniciativa legislativa en los términos que se contenían en el Proyecto de Ley de Familias presentado al Congreso de los Diputados por el Gobierno bipartito PSOE-Po-

5 Como afirma DE LA CORTE RODRÍGUEZ, M., «La Directiva relativa a la conciliación de la vida familiar y profesional y su repercusión en la legislación española», *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, n.º 146, 2020, p. 69.

6 Ello resulta decisivo para favorecer la corresponsabilidad familiar. Como pone de manifiesto MANEIRO VÁZQUEZ, Y., *Cuidadores, igualdad y no discriminación y corresponsabilidad: la (r)evolución de los derechos de conciliación de la mano de la Directiva (UE) 2019/1158*, Bomarzo, Albacete, 2023, p. 29, «(a)unque resulte prosaico, la falta de remuneración de los trabajadores varones durante el disfrute del permiso parental, a diferencia de lo previsto para el permiso de las madres, resultó ser una circunstancia claramente disuasoria de su empleo por parte de los hombres trabajadores, para evitar la merma de sus ingresos y de la situación económica familiar en un momento caracterizado, precisamente, por el incremento de los gastos».

demos⁷. Ello porque su disposición final tercera, donde se contienen diversas modificaciones al texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, hubiera reformado la letra c) del artículo 4.2, para reconocer a las personas trabajadoras el derecho en la relación de trabajo a no ser discriminadas «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».

Legislar activamente, con la colaboración indispensable de una negociación colectiva —tanto a través de los convenios colectivos como de los planes de igualdad— que debe reforzar los derechos establecidos con carácter general en la normativa estatal, en pro de la asunción corresponsable de los cuidados familiares tanto por las mujeres como los hombres continúa siendo necesario, pero no es suficiente. Proporcionar cuidados a quienes los necesitan se ha convertido en un problema social de primera magnitud, que lejos de resolverse está adquiriendo una dimensión cada vez más preocupante, por el envejecimiento de la población y la mayor dificultad que representa encontrar servicios adecuados para colaborar en la atención a nuestros mayores, muchos de ellos con una red familiar escasa o físicamente lejana; circunstancia esta última que promueven las características del mercado laboral y la difícil búsqueda de un empleo de calidad. Así lo tienen presente las instituciones comunitarias, que realizan la advertencia de que las políticas de conciliación de la vida laboral y la vida profesional «deben tener en cuenta los cambios demográficos, incluidos los efectos del envejecimiento de la población» (considerando 6, Directiva 2019/1158). Esos cambios demográficos instan a los poderes públicos a asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia (art. 39.1 CE), no solo reforzando y mejorando los servicios de atención a la tercera edad, porque, como de forma muy gráfica se ha señalado, los servicios públicos de cuidado son «el amigo invisible de la corresponsabilidad»⁸, sino también dejando de tratar a los derechos de conciliación cuando se ejercen para el cuidado de personas mayores como derechos «de segundo grado»⁹.

Es claro que la normativa tanto heterónoma como autónoma deben evolucionar y revisar sus contenidos desde una perspectiva que ofrezca un concepto más extenso y ambicioso de la corresponsabilidad. Que penetre rotundamente en la responsabilidad social corporativa y las políticas empresariales —instrumento valioso podría ser la consideración que merecen esas prácticas corresponsables en las evaluaciones para la concesión del «Distintivo de igualdad en la empresa» (DIE), como ya tiene en cuenta el Real Decreto 1615/2009, de 26 de octubre¹⁰, y en las marcas autonómicas de excelencia en igualdad—; pero también en todas las políticas públicas.

Nuestro ordenamiento jurídico debe ofrecer soluciones a esa problemática situación social, la de un número creciente de personas dependientes, en su mayoría de edad muy avanzada; así lo reclama de forma rotunda el mantenimiento de un auténtico estado del bienestar. Este debe conseguir más que la regulación de unas prestaciones y servicios sociales cuya insuficiencia resulta enervante y preocupante para asegurar a todas las personas una vida digna, en especial en los estados de dependencia y vejez. Debe garantizar recibir esos servicios en tiempo y forma. Son también necesarios unos derechos laborales que permitan a todas las personas trabajadoras asumir las responsabilidades familiares, sin riesgos de pérdida o renuncia del empleo, atendiendo las nuevas realidades interpersonales. Las empresas deben implicarse decididamente también en la búsqueda de soluciones ofreciendo siempre, hasta donde las

7 El texto del Proyecto de Ley se encuentra disponible en https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-151-1.PDF

8 Sobre los servicios públicos de cuidado como «amigo invisible de la corresponsabilidad», *vid.* en extenso, MANEIRO VÁZQUEZ, *Cuidadores, igualdad y no discriminación y corresponsabilidad: la (r)evolución de los derechos de conciliación de la mano de la Directiva (UE) 2019/1158*, *cit.* pp. 80 y ss., que pone de relieve que deben orientarse más allá del cuidado de la infancia para proporcionar también el cuidado de personas mayores enfermas o dependientes.

9 Tal y como ha puesto de manifiesto, con gran acierto, RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., «Los cuidados a las personas mayores: aspectos organizativos, subjetivos y asistenciales de los denominados “servicios públicos de proximidad”», *Lex social*, n.º 2021, p. 712.

10 Pues declara en su exposición de motivos que «entre los aspectos de mayor relevancia en la valoración para la concesión del distintivo empresarial en material de igualdad, se incluyen las actuaciones tendentes a facilitar la conciliación de la vida personal, familiar y profesional de todas las personas, estableciendo objetivos generales y articulando medidas flexibles que permitan su adaptación a la diversidad de necesidades, situaciones y carencias que se puedan presentar en el personal de las empresas». Idea que luego se traduce en su inclusión entre los criterios de valoración en el artículo 10.2 e), pero sin concretarse allí efectos para esa supuesta mayor relevancia.

características del proceso productivo lo admitan, fórmulas flexibles de trabajo, cuestión ésta a la que nos referiremos en un posterior epígrafe. En esa línea han incidido los compromisos contraídos por las asociaciones empresariales y organizaciones sindicales más representativas a nivel estatal en el IV Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva (BOE 31 de mayo de 2023), apostando, según manifiestan en su preámbulo por una visión transversal de la igualdad que integre, con perspectiva de género, «instrumentos de flexibilidad interna en aras a una mayor corresponsabilidad entre mujeres y hombres».

Pero tampoco sería justo que la necesaria corresponsabilidad social pasase solo por descargar sobre la organización y el patrimonio de las empresas todo el peso que, sin duda, representa para ellas el reconocimiento de unos derechos para la conciliación en términos más generosos. Volvemos, pero no solo, a retomar la tantas veces invocada necesidad de racionalizar los tiempos, todos los tiempos no solo los laborales, en nuestra sociedad. Las personas trabajadoras no aciertan a compaginar la dedicación diligente y con el rendimiento debido a su empresa con los requerimientos no solo de atención y compañía, sino también de horas en que realizar múltiples gestiones para sus seres queridos, acompañándolos o reemplazándolos en ellas, durante los horarios en que otras empleadas y empleados les emplazan (en servicios sanitarios, servicios sociales, administraciones públicas de diversa naturaleza, entidades bancarias, etc.). Horarios que de forma un tanto irracional parecen programados para usuarios de los servicios que fueran personas desempleadas o jubiladas, sin una propia jornada laboral que respetar. Quizá en esa organización de los tiempos en que los servicios se ofrecen pesa en el subconsciente de quienes los dirigen y gestionan que el país tiene mucho paro y una población envejecida. Pero no es una situación deseable. Para el ejercicio de los derechos de conciliación debe tenerse en cuenta, cada vez más, esa «vulnerabilidad administrativa» que genera otro tipo de dependencia, incrementada por la administración electrónica, comprendida ésta en sentido *lato*, —incluidos los sistemas de cita previa a través de webs— que a algunas generaciones lejos de ayudarlas las dificulta en el acceso a los servicios que requieren, para los que necesitarán reclamar apoyo a sus próximos. Hay que tenerlo muy presente al interpretar las referencias de nuestras normas a la razón de edad por la que el familiar «no pueda valerse por sí mismo»; también al organizar aquellos servicios.

Por tanto, es obligado ofrecer fórmulas —y no solo invocando a la negociación colectiva para que se ocupe de ellas, sino proporcionándolas la normativa estatal— para que los que afortunadamente tienen un empleo y quieren conservarlo no se vean, por esas circunstancias colaterales a la relación laboral pero que terminan por impactar también en ella, incurriendo en falta de rendimiento, absentismo o, en el peor de los casos, abocados a abandonar temporal o definitivamente el trabajo porque la vida no les da para más y la pregunta al entablar una relación interpersonal termine por ser ¿tú cuidas o trabajas? En último término, además, las decisiones sobre una posible renuncia al empleo comprobaríamos, una vez más, que tendría un claro sesgo de género en la mayoría de los casos, con lesión al derecho a la igualdad de oportunidades. Lesión ahora no por parte de la empresa, sino por una inadecuada articulación y organización de la red pública y privada de cuidados y una todavía insuficiente legislación laboral.

Pero volvamos, tras esta divagación sobre el contexto prestacional y burocrático que rodea a los entornos laborales y familiares, al plano de las políticas legislativas, en el que ya se refleja, en alguna medida, esa misma preocupación por la necesidad de ampliar el alcance de la corresponsabilidad. La mencionada Directiva 2019/1158 deja atisbar en sus considerandos iniciales la comprensión de que con el cambio demográfico y la presión que trae consigo sobre el gasto público, se espera que aumente la necesidad de cuidados no profesionales. E indica que «los Estados miembros deben tener en cuenta que el hecho de que los hombres y las mujeres se acojan por igual a los permisos relacionados con la familia depende también de otras medidas adecuadas, como la oferta de servicios de guardería y cuidados de larga duración accesibles y asequibles, que son fundamentales para permitir a los progenitores y a otras personas que sean responsables del cuidado de familiares, entrar y permanecer en el mercado laboral o reincorporarse a él» (12). Articular esos servicios de forma eficaz es la corresponsabilidad que compete a las administraciones públicas y, en colaboración con ellas, a otras entidades. Así, interpela, de algún modo, la Directiva a los interlocutores sociales para que cumplan su papel y asuman la corresponsabilidad que tienen en el cumplimiento de los objetivos de la norma, por más que una dificultad para que se hayan dado pasos de mayor alcance haya sido, precisamente, la falta de acuerdo que se puso de relieve entre ellos en la fase de consulta (7). Debe tenerse muy presente, además, que el Objetivo 5 de la Agenda 2030, sobre Objetivos de Desarrollo Soste-

nible, es reconocer y valorar el trabajo de cuidados no remunerado «mediante la prestación de servicios públicos, la provisión de infraestructuras y la formulación de políticas de protección social» (meta 5.4). En suma, como bien se ha señalado por alguna autora «(p)ara que la simbiosis entre el trabajo y la familia funcione es necesario construir una estrategia de socialización con el compromiso de los poderes públicos y de la propia sociedad»¹¹.

Alienta especialmente nuestra apuesta por construir un sistema de corresponsabilidad social la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, esa a la que se ha reprochado, con acierto, que perdiera la oportunidad de reconocer las responsabilidades para el cuidado de familiares como causa específica de discriminación en el empleo¹².

La exposición de motivos de la Ley 15/2022 explica que uno de sus principios inspiradores es «la coordinación entre las diferentes administraciones públicas y la colaboración entre las mismas, los agentes sociales y la sociedad civil organizada, todo ello para favorecer la corresponsabilidad social ante la discriminación» (III). Pues bien, de la misma manera, incluso con ese objetivo último de garantizar la igualdad y evitar discriminaciones indirectas en las relaciones laborales, nadie debe quedar al margen a la hora de buscar soluciones al problema que representa proporcionar a toda la población los cuidados necesarios. Es necesario que en ellos se impliquen, de forma solidaria, tanto los sujetos individuales como los colectivos. Hablamos, pues, de la necesidad de incorporar transversalmente a todo tipo de políticas y normas un compromiso general para facilitar que reciban los cuidados todas las personas que por diferentes razones estén en situación de dependencia. Debe implicarse en ello el conjunto de la población trabajadora, tanto quienes necesitan ejercitar los derechos, como quienes deben ser tolerantes con algunos efectos sobre su relación laboral del ejercicio por parte de compañeras y compañeros; también las administraciones públicas y las entidades privadas, especialmente las empresas. A nuestro juicio, esa concepción más amplia de la corresponsabilidad en la conciliación y los cuidados, evitando un impacto negativo en la igualdad de oportunidades laborales de las personas cuidadoras, es en la que deben concentrarse los esfuerzos durante los próximos años en las políticas públicas normativas —tanto heterónomas como autónomas— y en las estrategias empresariales. Tomando muy en consideración en estas últimas que ello permitirá, cada vez más, atraer y retener el talento, pues será un valor más atractivo incluso que las buenas retribuciones una ordenación racional del tiempo de trabajo, que proporcione seguridad sobre los descansos, sin incertidumbres sobre cuándo se va a reclamar a la persona trabajadora que preste servicios y que a la vez le proporcione a ésta mayores márgenes para la adaptación de su jornada, sin rigideces horarias. En esta línea, deben destacarse los compromisos contraídos por los agentes sociales más representativos en el V Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva: el de que los convenios colectivos promoverán la implementación de la distribución irregular de la jornada con el fin de compatibilizar las necesidades productivas y organizativas de las empresas con la vida personal y familiar «articulando los sistemas de compensación de las diferencias, por exceso o por defecto»; la racionalización del horario de trabajo, con el objetivo de mejorar la productividad, pero también el de favorecer la conciliación; y la flexibilidad en los horarios de entrada y salida al trabajo, cuando el proceso productivo y organizativo lo permita.

Esa nueva corresponsabilidad social, más allá de la corresponsabilidad familiar, también obligaría a repensar la titularidad de algunos derechos laborales y el sujeto causante de su ejercicio, cuya correcta atención y cuidados sería el bien jurídico protegido. Promoviendo unas relaciones interpersonales más solidarias, como se expondrá a continuación, dentro de círculos y redes más amplias de parentesco y convivencia.

11 En palabras de FERNÁNDEZ PRIETO, M., «Conciliación de responsabilidades de progenitores y cuidadores e igualdad de oportunidades en la Directiva (UE) 2019/1158», *Revista Derecho Social y Empresa*, n.º 12, 2020, p. 11. Ello, como continúa, para garantizar la indemnidad de las personas trabajadoras que precisan conciliar y para minimizar los perjuicios que el ejercicio de los derechos reporta a las empresas.

12 *Vid.* MANEIRO VÁZQUEZ, *Cuidadores, igualdad y no discriminación y corresponsabilidad: la (r)evolución de los derechos de conciliación de la mano de la Directiva (UE) 2019/1158*, *cit.*, p. 69. Esta autora analiza con detalle las diferentes etapas en la evolución de la vinculación entre los derechos de conciliación el principio fundamental de igualdad entre mujeres y hombres en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, revelando que tras una segunda etapa en que se apreció una desvinculación que parecía que iba a reforzar la conciliación como causa autónoma de discriminación prohibida, en la última se ha rebajado esa expectativa. Especialmente interesante resultan sus reflexiones a propósito de otra oportunidad perdida con la sentencia *Coleman* para pronunciarse sobre la vulneración de los derechos de cuidado como causa de discriminación directa o indirecta (*ibidem*, pp. 59-62).

2. Del cuidado directo de menores y familiares próximos al cuidado de las personas convivientes

La primera y más temprana transición en cuanto al interés jurídico protegido o sujeto beneficiario en último término del ejercicio de los derechos para la conciliación, antes incluso de que se acuñara para ellos esa denominación, es la que se produjo entre la mera protección de la filiación biológica y la del cuidado de los menores a cargo por el ejercicio de responsabilidades derivadas de otras instituciones jurídicas.

Si buscamos, de nuevo, la primigenia preocupación de las normas laborales por proporcionar tiempo para los cuidados a las personas trabajadoras (concretamente, a las mujeres, como ya se indicó) esos derechos solo facilitaron inicialmente la atención del hijo o de la hija biológicos y recién nacidos, ampliándose a sus primeros años de vida en sucesivas etapas normativas. Diferentes reformas laborales, derivadas, como lógica consecuencia, de las producidas en la normativa civil, procedieron a una equiparación en la protección de la filiación, contemplando también la derivada de la adopción y, en menor medida, fueron incorporándose a los derechos para los cuidados algunas formas de acogimiento, primero a los efectos de la suspensión del contrato de trabajo (Ley 3/1989, de 3 de marzo y, especialmente, Ley 8/1992 de 30 de abril) y luego de la excedencia para proporcionar cuidados a hijos (Ley 39/1999, de 5 de noviembre). Esa pauta de evolución normativa de alguna forma culmina con el Real Decreto-ley 3/2012 (disp. final primera) que, para el derecho a la ausencia o reducción de jornada por lactancia de un hijo menor de nueve meses, sumó la situación de acogimiento del menor de esa edad (apartado 4, artículo 37 ET), extendiendo así el ámbito de protección no solo por razón de la individualización en la titularidad del derecho, ya comentada, sino por contemplar los cuidados de menores de nueve meses en casos de inexistencia de relación de filiación. Acogimiento pre-adoptivo o permanente que ya con anterioridad facultaba para la reducción de la jornada por guarda legal, con reducción proporcional del salario (apartado 5, artículo 37 ET). Cabe siquiera mencionar que la disposición final decimotercera de la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, modificó la letra d) del apartado 1 del artículo 45 del Estatuto de los Trabajadores refiriéndose como causas para la suspensión del contrato al nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, suprimiendo al referirse a este último la precisión de que ello «siempre que su duración no sea inferior a un año», exigencia que anteriormente recogía el texto de la norma estatutaria.

Desde hace décadas ha habido circunstancias, señaladamente el número de menores a cargo —sea por nacimiento, adopción o acogimiento múltiples— o su discapacidad, que han supuesto una mejora en el ejercicio de los derechos, siendo motivo para la ampliación de la duración de la suspensión del contrato de trabajo. De igual forma que se ha ido proporcionando un régimen de ejercicio más ventajoso a las familias reconocidas oficialmente como numerosas; siendo la primera disposición que modificó el apartado tres del artículo 46 ET en este sentido la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, (arts. 9,10 y disp. adic. primera. tres), ampliando el tiempo de reserva de su puesto de trabajo en caso de excedencia hasta los quince meses en las de categoría general y los quince meses en las de categoría especial. El ejercicio de los derechos en términos de corresponsabilidad es la más reciente razón a la que se ha vinculado la ampliación de ese tiempo de reserva, como se ha comentado en el epígrafe precedente. La evolución proyectada sería que se tomaran en consideración, para proporcionarles una protección especial, otras circunstancias más allá del mero número de personas a cargo, con la introducción en nuestras normas de la nueva calificación de «familias con mayores necesidades de apoyo a la crianza» (disp. ad. segunda del Proyecto de Ley de Familias), que podrían, obedecer, según proyectaba el Gobierno bipartito PSOE-Podemos, a que estén formadas por una sola persona progenitora, donde haya personas en situación de dependencia, formadas por personas pertenecientes e los colectivos LGTBI, residentes en el medio rural, procedentes de otro Estado o territorio, etc. Veremos cómo termina, finalmente esta propuesta de enfoque, muy sugerente, pero, a nuestro juicio, de nuevo focalizada en exceso esa crianza, olvidando que tanto o más complicada resulta la conciliación cuando quienes necesitan el cuidado son las personas de avanzada edad y, por tanto, esos cambios demográficos que las políticas públicas, todas, deberían tener en mente. Faltaría aquí profundizar en la segunda transición en nuestras normas, que pronto pasaremos a comentar.

Antes de ello, siquiera en unas líneas, como muestra de la evolución normativa que se ha producido ya hace unos años, merece la pena dejar apuntada la incorporación, entre las causas para el permiso retribuido, del derecho al tiempo indispensable para la asistencia a las preceptivas sesiones de información y para la preparación de los preceptivos informes psicológicos y sociales previos a la declaración de idoneidad, que deban tener lugar dentro de la jornada de trabajo, en los casos de adopción o acogimiento (apartado 3, letra f, art. 37 ET, reformado por Ley 26/2015, de 28 de julio, que modifica el sistema de protección a la infancia y a la adolescencia).

El segundo tipo de transición se produjo cuando apareció en nuestra normativa la preocupación por reconocer derechos para atender no solo a menores a cargo por razones de filiación o guarda, sino también de otros familiares que, por razones de edad, accidente o enfermedad, no puedan valerse por sí mismos. Fue la mencionada Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras la que supuso un gran hito normativo, tanto por sistematizar los derechos reconocidos en nuestro ordenamiento jurídico-laboral para favorecer el cumplimiento de responsabilidades familiares e introducir mejoras en su régimen jurídico y efectos, como por contemplar, al fin, la necesidad de proporcionar tiempo para el cuidado de los familiares hasta el segundo grado por consanguinidad y afinidad, sean descendientes o ascendientes, reconociendo esa necesidad de proporcionarles cuidados como causa tanto para el ejercicio del derecho a la reducción de la jornada de trabajo para su cuidado directo como a la excedencia. Con el convencimiento ya de que la dependencia que tomar en consideración no es solo la de nuestros menores, sino también la de nuestros mayores.

Algunos convenios colectivos, en especial por lo que se refiere a los permisos retribuidos de corta duración, han proporcionado una regulación más generosa, tomando en consideración al grupo familiar en sentido más extenso. En particular, se encuentran en ellos, sobre todo, ampliaciones del permiso por enfermedad u hospitalización de parientes hasta el tercer grado¹³. Seguramente en ello ha influido el interés de las comisiones negociadoras, más atentas siempre a introducir mejoras en la regulación de esta figura —con probabilidad, porque las integran personas, muchas veces varones, que consideran que recurrirán a ella en más ocasiones— que en la de la suspensión o de la excedencia. Algunos convenios prevén permisos retribuidos por consulta médica que le corresponderán al trabajador para el acompañamiento de hijos¹⁴; no se registra en los estudios que hemos podido consultar una previsión similar, sin embargo, para acompañar a otros familiares. Debieran los sujetos legitimados para negociar atender también esta necesidad, siquiera por medio al recurso a licencias no retribuidas; ciertamente, estas aparecen en algunos convenios recogidas sin carácter causal, por lo que pudieran servir a tal fin.

Conviene recordar aquí, siquiera brevemente, cómo el Tribunal Supremo aclaró que la afinidad debe definirse teniendo en cuenta los deberes y usos sociales que son práctica entre los afines en la convivencia social. Deberes y usos que se caracterizan por su reciprocidad y bilateralidad, especialmente en lo que concierne a los permisos que regula el artículo 37.3 ET (STS 18-02-1998, Rec. n.º 539/1997)¹⁵. Lo que en definitiva conduce a que los derechos puedan ejercitarse considerando como afines tanto a los familiares hasta el segundo grado del cónyuge, como a los cónyuges de los consanguíneos hasta el segundo grado de la propia persona trabajadora.

13 Vid. VELASCO PORTERO, M.^a T., «El tiempo de trabajo y su organización», en Sánchez Trigueros, C. (dir.), KAHALE CARRILLO, D. y VELASCO PORTERO (T.) (coord.), *El principio de igualdad en la negociación colectiva*, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Madrid, 2016, p. 248. Ya con anterioridad dio cuenta de diversos convenios con cláusulas que extienden el permiso, aunque por debajo de los dos días fijados por la ley, en el caso de familiares que no se incluyan en la regla mínima del art. 37.3 ET, CABEZA PEREIRO, J., «Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral de las personas trabajadoras», en LOUSADA AROCHENA, J. F., (Coord.), *El principio de igualdad en la negociación colectiva, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos-Ministerio de Trabajo e Inmigración*, Madrid, 2008, p. 253.

14 Vid. DOMÍNGUEZ MORALES, A., *Igualdad, no discriminación y negociación colectiva*, Ediciones Cinca, Madrid, 2018, p. 190

15 Afirmó el Tribunal Supremo en la citada sentencia que «(e)sta bilateralidad de la relación de afinidad permite en principio afirmar que no sólo es cuñado el hermano del cónyuge, sino también el cónyuge del hermano, en cuanto que una u otra posición dependen del punto de vista que se adopte para describir la relación, y en cuanto que ésta, descrita en toda su complejidad, comprende los lazos o vínculos en uno y otro sentido existentes en la misma». Y continuó poniendo de manifiesto que «(e)l sustrato social de la relación jurídica de afinidad es la unión o proximidad entre dos linajes que produce la existencia de un eslabón común entre ellos; así lo recuerdan las propias fuentes romanas que se han examinado en este litigio (Digesto 38.10.4.3). Y es

Cuestión esta, la de la conveniencia del reconocimiento de derechos de conciliación para la atención de parientes por afinidad que, no obstante, ha planteado dudas muy razonables a la doctrina académica¹⁶, porque ello podría repercutir negativamente en la asunción corresponsable de la obligación de proporcionar cuidados a la familia, por cuanto favorecería perpetuar la tradicional distribución de roles otorgando a la mujer la función de cuidadora no solo de sus consanguíneos, sino también de los afines. Dudas que seguramente tuvieron en mente quienes redactaron y aprobaron las normas extraordinarias que se aplicaron durante la pandemia por Covid-19.

Efectivamente, merece la pena que nos detengamos a examinar algunas particularidades en la configuración de los derechos de conciliación especiales que se introdujeron el artículo 6 del Real Decreto-ley 8/2020, integrados luego en el «Plan MECUIDA», sobre el que luego volveremos. En cuanto a su titularidad, el Gobierno aprovechó para alinearse y dar un primer paso en la dirección marcada por las disposiciones 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 cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo (por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental). En cuanto a los familiares hasta el segundo grado, el Real Decreto-ley 8/2020, a diferencia de la formulación habitual en las normas estatutarias, solo se refirió a los que lo fueran por consanguinidad, sin mención a los afines. Esta apuesta ciertamente permitiría favorecer la distribución equilibrada de cargas familiares entre sexos, evitando que las mujeres asuman el rol de cuidadoras de quienes no son consanguíneos, pero, sin embargo, quizá no fue el momento más oportuno para incorporarla. Por ello, no se entendió la exclusión de los afines en semejante escenario, olvidando que la necesidad del cuidado de familiares afines no siempre obedece a una perpetuación de roles o a un no corresponsable reparto de las obligaciones de cuidado, pudiendo deberse, en aquel contexto, a la inexistencia de familiares consanguíneos, a que tuvieran una carga de trabajo reforzada en servicios esenciales, contagio o aislamiento¹⁷.

Atajando ya esos posibles reproches continuaría avanzando en esa senda de favorecer una genuina corresponsabilidad, ocupándose cada cual de sus parientes consanguíneos el ya citado Proyecto de Ley de Familias, algunos de cuyos avances probablemente asumirá un nuevo proyecto por cuanto se alinean con previsiones de la Directiva UE 2019/1158. De acuerdo con su disposición final tercera, el apartado 8 del artículo 34 ET, tendrían el derecho a solicitar adaptaciones de la duración y distribución de la jornada de trabajo, en la ordenación del tiempo de trabajo y en la forma de prestación, incluido el trabajo a distancia, las personas trabajadoras que tengan necesidades de cuidado de familiares por consanguinidad hasta el segundo grado; sin que se mencione a quienes lo sean por afinidad. La norma hasta ahora, por cierto, se refería solo al propósito de hacer efectivo el derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral, sin limitar el grado de parentesco; solo la edad de los hijos o hijas (hasta que cumplan doce años) cuando fueran el sujeto causante de la solicitud. Así pues, una de cal y otro de arena si la reforma saliera adelante en estos términos, porque quedarían al margen situaciones en que los cuidados pudieran ser necesarios por encima de aquel segundo grado, incluso en el caso de parentesco por consanguinidad. Si bien es verdad que este límite se salva por la referencia a convivientes dependientes, que luego comentaremos.

justamente esta proximidad la que ha generado unos deberes o usos sociales, que el ordenamiento jurídico convierte, dentro de ciertos grados o líneas, en obligaciones o normas jurídicas de distinto contenido (deberes, permisos, prohibiciones, incompatibilidades)». (FJ quinto)

- 16 Así, CABEZA PEREIRO, «Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral de las personas trabajadoras», *loc. cit.*, que considera muy interesante y plausible técnica la empleada por algunos convenios de mejorar la duración del permiso en el caso de fallecimiento, hospitalización o enfermedad de parientes consanguíneos y no de afines, pp. 250-251. Consideración que compartimos, pues contribuye a favorecer la corresponsabilidad.
- 17 En este sentido, *vid.* BARRIOS BAUDOR, G., «Adaptaciones y/o reducciones especiales de jornada con ocasión de las crisis sanitaria COVID-19: Plan MECUIDA», *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 6, 2020, p. 5. Por su parte, Gala Durán, C: «Las medidas adoptadas en materia de Seguridad Social y conciliación de la vida laboral y familiar en relación con la crisis del Coronavirus Covid-19», *La Administración práctica: enciclopedia de administración municipal*, n.º 5 /2020 (BIB 2020\11318), p. 7, señaló que resultaba discutible «por cuanto resulta evidente que, por ejemplo, los suegros pueden requerir de cuidados en una situación como la presente»; a su entender, se trató de un olvido inicial, ya que al vincularse el mencionado artículo 6 con el artículo 37.6 ET sí quedarían incluidos los familiares por afinidad.

Del mismo modo y seguramente con idéntico propósito, pretendía modificar el Anteproyecto de Ley de Familias, elaborado por el Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030 en la reunión del Consejo de Ministros celebrada el 28 de marzo de 2023¹⁸, el régimen jurídico de la reducción de la jornada por cuidado directo de un familiar por segundo grado de consanguinidad, suprimiendo del apartado 6 del artículo 37 la referencia inmediata que se hacía a la afinidad; lo mismo pretendía hacerse con la excedencia por cuidado de familiares, pues en el apartado 3 del artículo 46 se hacía referencia inicialmente, como causa del derecho, a la atención del familiar hasta el segundo grado de consanguinidad exclusivamente. No obstante, debe destacarse que el Ministerio en este caso se cuidaba en esta ocasión ahora de proponer que los afines también sustentarían la solicitud si fuera necesario. Así, se introduciría un nuevo párrafo en el artículo 37.5 señalando que «También tendrá derecho a la reducción de jornada en atención a las mismas circunstancias y con el mismo alcance quien precise encargarse del cuidado directo de un familiar hasta el segundo grado del cónyuge o pareja de hecho siempre que no existieran familiares por consanguinidad directa hasta el segundo grado que pudieran acceder a la reducción descrita en el inciso anterior». Y, en términos prácticamente idénticos, se proponía reconocer también el derecho a la excedencia para cuidar al familiar del cónyuge o pareja de hecho en un nuevo párrafo dentro del artículo 46.3 ET. No obstante, el Gobierno bipartito dio marcha atrás en la reforma de este aspecto en el régimen jurídico del derecho a la reducción de la jornada y a la excedencia, puesto que en el Proyecto de Ley presentado al Congreso de los Diputados reapareció la tradicional referencia al segundo grado tanto de consanguinidad como por afinidad. Quizá en la práctica resultaría difícil probar en cada caso la inexistencia de familiar por consanguinidad o que le afectan circunstancias impeditivas para proporcionar los cuidados. Sin embargo, coincidimos con la citada doctrina (con la que se alineaba, seguramente, el texto del anteproyecto) en que la ruptura de inercias familiares sobre los roles de cuidadoras atribuidos a las mujeres hace conveniente repensar la consolidación de derechos vinculados al parentesco por afinidad, limitando las circunstancias en las que pudiera ser invocado para el ejercicio de derechos.

Volviendo a fijar la vista en el contenido del «Plan MECUIDA», la tramitación en fechas próximas de la Directiva (UE) 2019/1158 seguramente tuvo que ver con que, en cuanto al sujeto pasivo o causante, los derechos para la conciliación regulados para hacer frente a la pandemia se reconocieron para el cuidado «personal y directo» del cónyuge, pero también de la pareja de hecho. Equiparación entre el matrimonio y la pareja de hecho que, si bien ya habían introducido numerosas cláusulas de convenios colectivos¹⁹, aún no se había producido en el Estatuto de los Trabajadores. Y se hizo sin distinguir, para esta situación, entre las parejas que estuvieran inscritas o no en un registro. Es esta una tercera transición, la de equiparación entre el matrimonio y la pareja de hecho a la que, con casi total seguridad, se va a dar carácter estable en la normativa estatal, de alcance general que próximamente se apruebe, en obligada transposición de la normativa comunitaria. Que culminaría así la línea de modernización del concepto de familia iniciada por las normas que reformaron el régimen jurídico de la suspensión del contrato de trabajo una vez que se promulgó la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modificó el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, admitiéndolo entre personas del mismo sexo.

Así lo establecía el mencionado Proyecto de Ley de Familias, que en su disposición final tercera había previsto la reforma de diferentes preceptos del Estatuto de los trabajadores en los que se regulan derechos para la conciliación de vida personal, familiar y laboral, introduciendo referencias al cuidado de la pareja de hecho como causa para su ejercicio: el apartado 8 del artículo 34 ET, sobre adaptaciones de la duración y distribución de la jornada de trabajo, en la ordenación del tiempo de trabajo y en la forma de prestación; las letras a), b) y c) del artículo 37 ET, pasando a reconocer el derecho a quince días naturales de permiso retribuido en el caso de registro de la pareja de hecho, cinco días en caso accidente o enfermedad grave, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario de dicha pareja y

18 El texto de este Anteproyecto está disponible en <https://www.mdsocialesa2030.gob.es/servicio-a-la-ciudadania/proyectos-normativos/documentos/apl-ley-familias.pdf> (Consultado el 28 de marzo de 2023).

19 Entre los estudios que constatan este hecho, *vid.*, de nuevo, los de CABEZA PEREIRO, «Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral de las personas trabajadoras», *loc. cit.*, pp. 252-253, y VELASCO PORTERO, «El tiempo de trabajo y su organización», *loc. cit.*, pp. 246-247, en el que se indica como entre los muchos convenios que extienden estos permisos a los acontecimientos relacionados con la pareja de hecho, algunos exigen un periodo de convivencia anterior (p. 250).

dos días —ampliables por necesidad de desplazamiento a cuatro, como venía siendo lo habitual— por su fallecimiento. En este caso, la adecuada trasposición de la norma europea, según hemos comentado, obliga a que se adopte una nueva iniciativa legislativa con ese objetivo.

Queda aún otra línea de evolución, otra transición, por comentar. La pandemia, que puso a prueba la resiliencia de toda la sociedad y también la capacidad de adaptación del ordenamiento jurídico, singularmente el laboral, a la situación más adversa que muchos habíamos llegado a conocer en nuestras vidas, hubiera sido el momento para promulgar ya normas mucho más comprensivas con la auténtica dimensión social de la necesidad de proporcionar cuidados a las personas que los necesitan, traspasando las tradicionales fronteras del parentesco. No se hizo así, por más que el derecho previsto en el artículo 6 del Real Decreto-ley 8/2020 a la adaptación o reducción de la jornada se construyó como un derecho individual de cada uno de los progenitores o «cuidadores», avanzando una expresión que recoge también la Directiva (UE) 2019/1158, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, mucho más ambiciosa que las precedentes en materia de permiso parental no solo en los derechos que reconoce, sino también en cómo diseña su régimen jurídico.

En la norma de la Unión Europea, criticada porque trató de corregir las carencias de su predecesora en las medidas orientadas al cuidado de los hijos, desatendiendo el cuidado de otros familiares²⁰, se ha regulado, sin embargo, un «permiso para cuidadores», definido como la «ausencia del trabajo a la que pueden acogerse los trabajadores a fin de prestar cuidados o ayuda personales a un familiar o a una persona que viva en el mismo hogar que el trabajador y que necesite asistencia o cuidados importantes por un motivo médico grave, conforme a lo definido por cada Estado miembro» (art. 3.1.c). Siendo cuidador el «trabajador que dispensa cuidados o presta ayuda a un familiar o a una persona que viva en el mismo hogar que el trabajador y que necesite asistencia o cuidados importantes por un motivo médico grave, conforme a lo definido por cada Estado miembro (art. 3.1.d). El permiso deberá ser al menos «de cinco días laborables al año por trabajador» (art. 6) y debiendo los Estados miembros adoptar las medidas necesarias para garantizar el disfrute de este derecho, si bien pudiendo «estar supeeditado a su adecuada justificación con arreglo a la legislación o usos nacionales» y pudiendo distribuir esos permisos para cuidadores «sobre la base de períodos de un año, por persona necesitada de asistencia o apoyo, o por caso». Es esta ampliación a cinco días de permiso otra reforma hubiera integrado el proyecto de Ley de Familias, con reforma del apartado 3 letra b) del artículo 37 ET, con el propósito de transponer la disposición comunitaria. Transposición a la que también obedece la inclusión en ese precepto de un nuevo apartado 9 en el que se reconocerá, por fin, el derecho a horas retribuidas de ausencia «equivalentes a cuatro días al año» —lo que permite pensar que pudieran solicitarse de forma discontinuada— de la persona trabajadora «a ausentarse del trabajo por fuerza mayor cuando sea necesario por motivos familiares urgentes e imprevisibles, en caso de enfermedad o accidente que hagan indispensable su presencia inmediata» (disp. final tercera).

Se constituye, en suma, a la convivencia con la persona que precisa atención como el vínculo relevante para reconocer algunos derechos, exista o no parentesco, aunque dejando sin precisar los requisitos que se le pueda exigir²¹. Y esta es una nueva transición que está en nuestro ordenamiento laboral por hacer —al margen de alguna singular previsión conven-

20 Vid. MANEIRO VÁZQUEZ, *Cuidadores, igualdad y no discriminación y corresponsabilidad: la (r)evolución de los derechos de conciliación de la mano de la Directiva (UE) 2019/1158*, cit. pp. 26-27. Bien al contrario, RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, S., «Los derechos de conciliación corresponsable en el derecho español a la luz de la Directiva 2019/1158», *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, n.º 154, p. 149, considera que la Directiva 2019/1158 comprende el conjunto de «responsabilidades asistenciales de los progenitores y de los cuidadores», de modo que abarca la crianza de los menores y la atención de mayores, personas enfermas y dependientes tanto familiares como convivientes en el mismo hogar. Ambas lecturas, a nuestro juicio, son compatibles, porque el hecho es que el permiso para cuidadores avanza en el segundo camino como la segunda autora sugiere, pero sin duda continúa dándosele un relieve menor que a los derechos para la crianza, como sostiene la primer.

21 En este sentido, MANEIRO VÁZQUEZ, *Cuidadores, igualdad y no discriminación y corresponsabilidad: la (r)evolución de los derechos de conciliación de la mano de la Directiva (UE) 2019/1158*, cit., p. 114, pone de relieve que no parece exigirse un tiempo mínimo de convivencia, ni se concreta si debe tener lugar en el momento en que surge la necesidad de proporcionar los cuidados o pudiera decidirse después, con ocasión de ese hecho. Como señala, son todas estas cuestiones que quedan a la determinación de los Estados miembros.

cional²²— y a la que, en nuestra opinión, habría que dar un mayor alcance en cuanto al tipo de derechos que esa convivencia con la persona necesitada de asistencia pueda dar acceso. Lo preferible, lo socialmente necesario, de ahora en adelante, sería hablar de personas que, por vínculos de parentesco sin limitación de grado o convivencia —previa o sobrevenida por causa de la dependencia— se encontraran necesitadas de proporcionar y recibir cuidados. Esa situación de necesidad podría ser acreditada por cualquier forma admitida en derecho: respecto a la persona cuidada, mediante informes médicos o de servicios sociales; respecto a la cuidadora, por la existencia de responsabilidades civiles de cuidado y la ausencia de otras personas cuidadoras, en general o, más ampliamente, en la localidad de residencia de la primera²³.

En ese sentido caminaba el Proyecto de Ley de Familias. Confiemos en que se mantengan en ella las previsiones establecidas para facilitar los cuidados de personas a cargo con las que no exista parentesco, pues es este un avance social muy necesario por las características poblacionales a las que ya nos hemos referido. En ese sentido, se había proyectado modificar el apartado 8 del artículo 34 ET para que las adaptaciones de tiempo de trabajo y forma de la prestación que en él se regulan constituyesen también un derecho para aquellas personas trabajadoras que «tengan necesidades de cuidado (...) de otras personas dependientes, cuando, en este último caso, convivan en el mismo domicilio, debiendo justificar las circunstancias que fundamentan su petición». Nos gustaría, incluso, que la norma fuera más allá, pidiendo esa acreditación de circunstancias que hacen necesaria la adaptación, pero sin exigir la convivencia. Cualquiera que haya tenido personas a cargo —muchas veces familiares más allá del segundo grado al que se refiere antes la norma— conoce que, por ejemplo, los horarios de acompañamiento a nuestros mayores en las residencias, cuando la situación laboral, de la vivienda, etc., no permite que estén en nuestro domicilio, no son precisamente flexibles —bien al contrario, me voy a permitir decir que son de una rigidez casi cuartelaria— ni fáciles de encajar con una jornada laboral partida.

También nos parece plausible que se proyectase modificar la letra b) del artículo 37 ET para reconocer cinco días por accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario de «cualquier persona distinta de los anteriores (*cónyuge, pareja de hecho o parientes hasta el segundo grado de consaguineidad afinidad*), que conviva con la persona trabajador en el mismo domicilio y que requiera el cuidado efectivo de aquella».

En definitiva, proporcionar los necesarios cuidados a las personas dependientes pasa por romper la «pared de cristal» que representa la familia y el grado de parentesco para muchas personas que están solas —en sentido absoluto o por lejanía, en grado y/o territorio, de los parientes—y los requieren. Probablemente, este es principal reto al que nos enfrentaremos en las próximas décadas en la materia que nos ocupa. Dejemos, desde las normas laborales, que la solidaridad fluya con quienes son dependientes y conviven con nosotros, en sentido amplio; al menos con aquellas personas con las que declaremos, de algún modo que pueda contrastarse, hacernos responsables.

3. La adaptación de la jornada y otras condiciones de trabajo como genuina fórmula para la conciliación

Comenzando de nuevo con una fugaz y parcial mirada hacia otras etapas de nuestra legislación laboral, el tiempo para los cuidados se proporcionaba fundamentalmente regulando derechos a la ausencia, más allá de los permisos ocasionales de corta duración y del

22 Menciona VELASCO PORTERO, «El tiempo de trabajo y su organización», *loc. cit.*, p. 248, el caso el Convenio colectivo de la industria textil y de la confección, que reconoce, al menos, el permiso a un día sin retribución por fallecimiento «de persona que conviva en el hogar». Ciertamente, es un permiso ya para el caso de infortunio fatal, no para proporcionar previamente los cuidados, que es lo que aquí postulamos.

23 Como ya apuntó, respecto a la acreditación de los deberes de cuidado a efectos del ejercicio de los derechos reconocidos en el Real Decreto-ley 8/2020, BARRIOS BAUDOR, «Adaptaciones y/o reducciones especiales de jornada...», *loc. cit.*, p. 2.

permiso o reducción de la jornada por lactancia²⁴ que también provocan, en definitiva, una desconexión con el trabajo, aunque de baja intensidad. Así, se reconocieron períodos de menor o mayor extensión en forma de suspensión del contrato de trabajo o de excedencia (durante un tiempo forzosa para la mujer casada), en los que la persona trabajadora dejaba de prestar servicios por completo para centrarse en procurar atención a quien la requería con un derecho a la reserva del puesto de trabajo o, en un nivel menor de protección, con la expectativa de cubrir una vacante apropiada para reincorporarse una vez que la excedencia voluntaria finalizase. Estos derechos, que permiten la asunción de determinadas responsabilidades familiares y proporcionar cuidados a menores y mayores dependientes, especialmente a partir la Ley 39/1999 han experimentado numerosas mejoras en su régimen jurídico a través de múltiples reformas que han afectado tanto a su titularidad como a su duración, a la flexibilidad en el ejercicio del derecho, a la extensión por más tiempo de la reserva del puesto de trabajo, etc.

Pero por más que se hayan establecido algunas disposiciones dentro del régimen jurídico de la suspensión del contrato de trabajo y las excedencias con el propósito de que el ejercicio de estos derechos no suponga un lastre o una rémora en el derecho a la promoción profesional de quien los ejercita, con consecuencias en la igualdad de oportunidades de mujeres y hombres, a nadie se le escapa que la mayor garantía para una carrera profesional exitosa es que no exista una desvinculación por un período considerablemente largo del entorno laboral. Aunque existen medidas arbitradas por la legislación para asegurar un progreso adecuado y las expectativas de promoción (por ejemplo, la obligación empresarial de convocar a cursos de formación profesional, especialmente con ocasión de la reincorporación, para el caso de excedencia por cuidado de menores o familiares, *ex art. 46.3 ET*), la interrupción prolongada de los servicios siempre puede tener consecuencias indeseadas *ad futurum*. Amén del impacto adverso de género que provoca el ejercicio de esos derechos de conciliación en materia de pensiones, desproporcionado incluso, como ha sido puesto de manifiesto²⁵.

De ahí que consideremos que las reducciones de la jornada laboral, los permisos ocasionales y licencias de corta duración y, sobre todo, la flexibilidad y la adaptación del tiempo de trabajo son los mejores mecanismos tanto para la conciliación entre tiempo de trabajo y tiempo para los cuidados, como para garantizar el derecho a la igualdad de oportunidades en el empleo y de trato en las condiciones de trabajo entre las mujeres y los hombres.

No es el propósito de estas reflexiones entrar en los detalles de las numerosas y significativas reformas operadas en el texto de los apartados 4 y 5 del artículo 37 del Estatuto de los Trabajadores desde la Ley 8/1980, de 10 de marzo hasta nuestros días. Son numerosos los estudios doctrinales sobre las causas de reducción de la jornada laboral vinculadas al derecho a la conciliación, sea por cuidado del lactante menor de nueve meses, por nacimiento de hijo o hija que deban permanecer hospitalizados tras el parto, por guarda legal del menor de doce años, persona con discapacidad o cuidado directo de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que no puedan valerse por sí mismos. Como también sobre el derecho a proporcionarse el tiempo y los cuidados necesarios para su protección integral que permiten mediante la reducción de su jornada laboral reconocido a las víctimas de violencia de género o del terrorismo (art. 37.8 ET).

No obstante, merece la pena poner de relieve que no todas esas reformas mejoraron, desde la perspectiva de atención a las necesidades de las personas trabajadoras, los términos de posible ejercicio del derecho, como cabría esperar, sino que alguna trajo consigo importantes restricciones para ponerlo en práctica. Así, la efectuada por la disposición final primera de la Ley 3/2012 en el apartado 5 del artículo 37 ET es un claro ejemplo del potente efecto —en este caso, contrario a los intereses de la conciliación— que puede llegar a tener la introducción de

24 A la evolución de las normas laborales establecidas para articular el trabajo con la protección de la familia en el siglo XX, con carácter previo a la aprobación de la Ley de Conciliación 39/1999, dediqué un análisis detenido en ARGÜELLES BLANCO, *La protección de intereses familiares en el ordenamiento laboral*, *op. cit.*, pp. 43-50.

25 *Vid.*, por sobre el particular, el comentario de POYATOS I MATAS, G., «Cuidados, pensión de jubilación y perspectiva de género», *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, n.º 458, 2021, en especial, pp. 122-126, a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias/Las Palmas 186/2021, de 17 de febrero y el voto particular disidente en el que se incluye cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

una sola palabra nueva —derecho a una reducción de la jornada de trabajo «diaria»— en un texto legal. Pues de un plumazo con ella se dio al traste con la evolución que la jurisprudencia había experimentado en los años precedentes²⁶.

Sin restar un ápice de importancia a la potencialidad conciliadora entre vida laboral, familiar y personal que tienen las reducciones de la jornada laboral por las causas reconocidas con ese objetivo, un examen de las múltiples resoluciones judiciales que han tenido que dictarse, no solo por los conflictos entre entidades empleadoras y personas trabajadoras por los términos de su ejercicio sino, especialmente, por la lesión de otros, señaladamente los retributivos, como consecuencia de aquel, ponen de manifiesto que tampoco es un herramienta jurídica ideal para la finalidad pretendida si se la analiza desde la perspectiva de la garantía de la igualdad de trato y oportunidades laborales. Siendo la reducción de la jornada en demasiadas ocasiones fuente de discriminaciones indirectas, en especial²⁷ en las retribuciones como demuestra un examen de las resoluciones dictadas por los órganos de la jurisdicción social²⁸, seguramente siempre que sea viable y bastante la fórmula que ofrece mayores garantías es el derecho de las personas trabajadoras a solicitar adaptaciones de la duración y distribución de la jornada de trabajo.

Efectivamente, en la tesitura social y jurídica propia del siglo XXI ha parecido necesario ampliar el espectro de los derechos para la conciliación, mejorando con ello la calidad de trabajo y vida de las personas. Como bien se ha señalado desde la OIT, «los trabajadores necesitan mayor soberanía sobre su tiempo», tanto mediante limitaciones a su tiempo máximo de trabajo —e, incluso, de puesta a disposición, pues sería bueno revertir la tendencia a considerar más valiosa a la persona trabajadora más disponible²⁹— como ampliaciones en sus derechos para acomodar el horario con el fin de equilibrar vida personal y laboral³⁰ «Sobera-

-
- 26 Como ya criticamos en ARGÜELLES BLANCO, A. R., «Nuevas fórmulas jurídicas y problemas sociales en la gestión del tiempo de trabajo», ARGÜELLES BLANCO, A. R. y ROMERO BURILLO, (Dir.), *Régimen jurídico y gestión racional del tiempo en la empresa*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 122-124. Ello porque tras haberse resuelto durante años favorablemente las demandas de excluir varios de los días laborables de la semana, al aplicar la reducción de la jornada, al tener en adelante que ser una reducción «diaria» se excluyó esa posibilidad. Y con ello, a nuestro juicio, la asunción equilibrada y corresponsable de los cuidados para algunos supuestos de miembros de una misma unidad familiar que trabajasen en distintas empresas y quisieran repartirse los días de la semana para cuidar a la persona a cargo; sólo se podría ya repartir las horas del día, no de la semana. Téngase en cuenta que, en algunos casos de los anteriormente vistos por nuestros tribunales, la solicitud se instaba por parte de la persona trabajadora precisamente porque el otro cuidador tenía su jornada laboral parcial concentrada ab initio en determinados días de la semana. No obstante, ya entonces señalamos que seguramente la regla introducida por la Ley 3/2012 no debía considerarse como derecho necesario, siendo susceptible de ser modificada por convenio en beneficio de la parte trabajadora y que esa debería ser la tendencia en la negociación colectiva.
- 27 *Vid.* un comentario de la doctrina judicial y la jurisprudencia más reciente en GARCÍA ROMERO, B., «Necesidades de cuidados, derechos laborales y medidas para mitigar su impacto en la protección social», en GARCÍA ROMERO B. y LÓPEZ ANIORTE, M. C. (Dir. y coord.), *Protección social de los cuidados*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 50-52.
- 28 Como ejemplo de todas ellas baste mencionar el supuesto examinado por la STSJ Madrid 481/2005, de 30 de mayo, en que la empresa vulneró el derecho a la igualdad y no discriminación al establecer diferencias en los complementos retributivos —por dedicación y objetivos— y disminución de los días de libranza entre el personal con jefatura de sección a tiempo completo y con jornada reducida —todas ellas mujeres— por cuidado de hijos.
- 29 Haciendo referencia a la extensión, bien al contrario, de esta conciencia, comprensible desde la perspectiva de las empresas que recurren cada vez más a sistemas de producción *just in time*, MARTÍNEZ BARROSO, M.ª R., «Tiempo de trabajo y desconexión digital. Hacia una nueva ordenación a partir de la normativa comunitaria y su interpretación judicial», *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, n.º 154, 2022, p. 71, pone de manifiesto que «no puede obviarse el recorte significativo que esta flexibilidad empresarial supone para los derechos laborales, al interferir en los tiempos inicialmente planificados para el ocio y las responsabilidades familiares», que ofrece un minucioso estudio sobre las guardias de presencia y las guardias de localización, con delimitación de la calificación como tiempo de trabajo de las guardias de disponibilidad no presencial en función de su impacto sobre el tiempo libre (*ibidem*, pp. 75).
- 30 *Vid.* el sugerente estudio de RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E., «La “soberanía del tiempo”. Unilateralidad e imposición en la distribución del tiempo de trabajo frente a conciliación corresponsable», *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 40 (1), 2022, pp. 38-39, a propósito de los instrumentos internacionales en los que, avanzada ya la primera década del siglo XXI, se ha comenzado a destacar la necesidad de mantener las limitaciones del tiempo de trabajo para apoyar a los trabajadores en el cumplimiento de sus responsabilidades familiares y como parte básica de la promoción de la igualdad de género. Destacando entre ellos el estudio general «relativo a los instrumentos sobre el tiempo de trabajo-garantizar un trabajo decente para el futuro» presentado en la 107.ª

nía del tiempo de vida» que también favorecería la pretendida reducción de la semana laboral a cuatro días o treinta y dos horas³¹.

En derecho español, un primer empuje de la normativa general en ese sentido lo proporcionó la Ley Orgánica 3/2007, concretamente su disposición adicional primera, al incluir un nuevo apartado 8 en el artículo 34 del Estatuto de los Trabajadores que favorecía introducir una flexibilidad que permitiese a la persona trabajadora 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. No obstante, en ese primer momento el Parlamento se limitó a incorporar una norma promocional de la negociación colectiva o individual en ese sentido, sin decidirse a incorporar un auténtico «derecho» subjetivo *ex lege* por cuanto, aunque en el texto legal apareciera ese término inicialmente, terminaba por señalar que lo sería «en los términos que se establezcan en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue (el trabajador) con el empresario, respetando, en su caso, lo previsto en aquella» Y los estudios al respecto no hicieron sino poner de manifiesto un desarrollo muy limitado en los convenios colectivos del mandato legal³².

Pronto el Tribunal Constitucional advirtió de la posibilidad de interpretar que de ese apartado 8 del artículo 34 ET no nacía un derecho directo del trabajador, dictando resoluciones contradictorias, que provocaron una preocupante inseguridad jurídica (SSTC 24/2011, de 14 de marzo y 26/2011, de 14 de marzo)³³. El Tribunal Supremo, en lo que fue consolidada jurisprudencia, optó por esa interpretación, descartando que de aquel precepto se dedujera la posibilidad de que la persona trabajadora solicitase la variación de su horario o el cambio en la asignación de turnos³⁴. Fueron numerosas las resoluciones denegatorias de las demandas de las personas trabajadoras que intentaron canalizar sus pretensiones acogiéndose exclusivamente a la ley para ello y que aclararon que, sin reducción de la jornada, no había un auténtico derecho a modificar el horario de trabajo.

Años después, la Ley 3/2012 introdujo un párrafo señalando que «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 pro-

reunión de la Conferencia General, de 2018; y el informe de la Comisión Mundial “Trabajar para un futuro prometedor», de 22 de enero de 2019. Como medida para desprecariar el mercado laboral, recientemente se recogió en el llamado Informe PRESME, la de «Empoderar a las personas trabajadoras sobre el tiempo de trabajo y el tiempo de no trabajo, con especial referencia a la desconexión digital» (COMISIÓN DE PERSONAS EXPERTAS SOBRE EL IMPACTO DE LA PRECARIEDAD LABORAL EN LA SALUD MENTAL EN ESPAÑA, Precariedad laboral y salud mental. Conocimientos y políticas (el título en cursiva), Vicepresidencia Segunda del Gobierno-Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2023, p. 2. Disponible en <https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/trabajo14/Documents/2023/170323-informe-salud-mental.pdf>. Consultado el 5 de junio de 2023)

- 31 Como expresa MIÑARRO YANINI, M., «Del fallido debate de la jornada de “35” horas al de “32”: la dialéctica entre reducción o distribución de la jornada de trabajo», *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, n.º 456, 2021, p. 7.
- 32 Por todos, *vid.* lo afirmado por LAHERA FORTEZA, J. y GARCÍA QUIÑONES, J. C., *Tiempo de trabajo y conciliación familiar*, Bomarzo, Albacete, 2008, pp. 37-64 y 121, tras un exhaustivo análisis de los resultados de la negociación colectiva en la materia en el período de la muestra, antes y después de la reforma operada por la LO 3/2007.
- 33 La primera sentencia de las arriba mencionadas no apreció vulneración del derecho a la no discriminación por denegar la solicitada adscripción a un turno fijo en lugar de seguir sujeta la trabajadora a turnos rotatorios; sin embargo, la segunda concedió el amparo porque las resoluciones recurridas no reconocieron el derecho al trabajador varón al cambio de turno rotatorio a turno fijo. Sobre esta doctrina, en extenso, *vid.*, GARCÍA RUBIO, M.ª D., «Nuevas aportaciones de la jurisprudencia constitucional en materia de conciliación de la vida laboral y familiar: el reconocimiento de la discriminación por circunstancias familiares y disparidad de criterios respecto al derecho de adaptación de la jornada», *Relaciones Laborales*, n.º 13, 2011, pp. 51 y ss.
- 34 Así, entre otras, la STS de 20 de octubre de 2010 (Rec. n.º 3501/2009) resolvió que «no se contempla en el Estatuto de los trabajadores otra posibilidad de variación del horario que la del artículo 41.1.º b) del Estatuto de los Trabajadores, como modificación sustancial de las condiciones de trabajo a instancia de la dirección de la empresa en las condiciones tasadas por el precepto, pudiendo dar lugar, en su caso, a las rescisión del contrato». En el mismo sentido se había pronunciado ya el Tribunal en las STS de 13 de junio de 2008 (Rec. n.º 897/2007) y de 18 de junio de 2008 (Rec. 1825/2007), en ambas con el voto particular formulado por los Magistrados Excm. Sra. Dña. Rosa Virolés y Excmo. Sr. Jordi Agusti, que instaban «una interpretación y aplicación de la norma controvertida teniendo en cuenta la especial naturaleza y trascendencia del derecho reclamado y la realidad social a día de hoy».

ductividad de las empresas». Insistiendo así en la misma línea promocional y sin que tuviera ninguna consecuencia legal no seguir esa voluntad del legislador de promover la utilización de los mencionados modos de organización del tiempo de trabajo³⁵.

Las normas promulgadas para hacer frente a la situación pandémica propiciaron un régimen más comprensivo con la necesaria repercusión en la jornada laboral de los cuidados. Seguramente porque la crisis sanitaria puso de manifiesto con toda su crudeza que, por más que haya una red pública para proporcionar cuidados, con síntomas ya de agotamiento y falta de adecuación a las necesidades sociales en tiempos pre-pandémicos, esa red tiene un funcionamiento excesivamente lento para atajar a tiempo los problemas y sus servicios resultan insuficientes. Siendo obligado y crucial para que lleguen esos cuidados el despliegue de las relaciones familiares y, más ampliamente, las de convivencia o, incluso, de buena vecindad y amistad. Impulsado por las medidas extraordinarias acordadas por los propios agentes sociales mayoritarios, CEOE, CEPYME, UGT y CCOO, el Gobierno aprobó el Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social de la COVID-19, considerada como «la norma clave que configuró el entramado institucional del Derecho del Trabajo en la emergencia, que complementarían y modificarían las posteriores normas de urgencia, en una continua adaptación al devenir de la crisis sanitaria, prorrogando la vigencia temporal de algunas de esas instituciones más allá del estado de alarma o desvinculándolas de éste en la fase de desescalada»³⁶. Entre sus objetivos estaba el de reforzar la protección de los trabajadores, las familias y los colectivos vulnerables.

Más allá de lo que supusieron las normas dictadas durante ese duro y peligroso tiempo para, primero, otorgar la condición de preferente y prioritario al trabajo a distancia (art. 5 RDL 8/2020) y luego tratar de promoverlo en la medida de lo posible y razonable (RD-ley 21/2020), por razones de salud pública y prevención de riesgos pero, también, facilitando una necesidad incrementada por el contexto de cierre de centros escolares y de instituciones asociadas a la dependencia, de conciliar la actividad laboral con el cuidado familiar, el «Derecho del trabajo de urgencia en la emergencia»³⁷ se ocupó de facilitar la conciliación entre el trabajo presencial y el cuidado de familiares mediante la introducción de dos derechos excepcionales y temporales —cuya vigencia fue sucesivamente prorrogada— a la adaptación del horario y a la reducción de jornada por concurrencia de «circunstancias excepcionales relacionadas con las actuaciones necesarias para evitar la transmisión comunitaria del COVID-19». Dichas medidas para la conciliación, contempladas en el artículo 6 del RD-ley 8/2020, terminaron prorrogándose y cristalizando en el que pasó a denominarse como «Plan MECUIDA» (art. 15 RD-ley 15/2020, de 21 de abril), que se mantuvo finalmente vigente por el Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia (disposición. ad. tercera), hasta el 31 de enero de 2021. En estas disposiciones se reguló el derecho a una reducción especial de la jornada, y también no ya un «derecho a solicitar» (ex anterior dicción del art. 34.8 ET) sino un «derecho a acceder» a su adaptación, aplicable tanto en el supuesto de trabajo presencial como a distancia. Se pasa entonces de la mera expectativa a un derecho subjetivo perfecto³⁸. La exposición de motivos del RD-ley 8/2020 aventuraba que la persona trabajadora «tenderá a solicitar preferentemente la adaptación de la jornada, que le permite mantener el trabajo y la retribución, o reducciones de intensidad baja a efectos de perder la mínima cuantía retributiva». La afirmación sirve también para el contexto sociolaboral postpandemia.

35 Como puso de manifiesto GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, «Medidas para favorecer la flexibilidad interna en las empresas en la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma laboral», en I. GARCÍA-PERROTE y J. MERCADER, *La regulación del mercado laboral. Un análisis de la Ley 3/2012 y de los aspectos laborales del Real Decreto-ley 20/2012*, Valladolid, Lex Nova, 2012, pp. 273-274.

36 CASAS BAAMONDE, M.^a y RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER, M., «Las medidas laborales y de seguridad social en el estado de alarma y en la “desescalada”», en RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER y CASAS BAAMONDE (Dir. y coord.), *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la pandemia*, Francis Lefebvre, Madrid, 2020, p. 34.

37 *Ibidem*, p. 32 y, en particular, pp. 39-40 sobre el trabajo a distancia y las medidas para conciliación de familia y trabajo.

38 Puso de relieve FALGUERA BARÓ, M. A., *Análisis de urgencia de la legislación laboral durante el estado de alarma por el Covid-19*, Bomarzo, 2020, pp. 26-27, que «Si bien se mira el artículo 34.8 ET se limita a regular un plazo de negociación entre las partes (con posterior intervención judicial), mientras que la norma de flexibilidad extraordinaria analizada reconoce plenamente el derecho. Mutatis mutandis... (...) podría asimilarse a las competencias empresariales en el caso de una modificación sustancial de las condiciones de trabajo (aunque sin que la decisión del sujeto que ostenta el derecho sea, en este caso, de carácter ejecutivo».

Con gran amplitud, teniendo en cuenta el carácter temporal y excepcional de las medidas contempladas, se permitió no sólo la adaptación de la jornada, sino también de otras condiciones de trabajo. Así se mencionaron todas estas posibilidades, en una lista abierta: «El derecho a la adaptación de la jornada podrá referirse a la distribución del tiempo de trabajo o a cualquier otro aspecto de las condiciones de trabajo, cuya alteración o ajuste permita que la persona trabajadora pueda dispensar la atención y cuidado (...) Puede consistir en cambio de turno, alteración de horario, horario flexible, jornada partida o continuada, cambio de centro de trabajo, cambio de funciones, cambio en la forma de prestación del trabajo, incluyendo la prestación de trabajo a distancia, o en cualquier otro cambio de condiciones que estuviera disponible en la empresa o que pudiera implantarse de modo razonable y proporcionado» (apartado 2, art. 6 RD-ley 8/2020). Ciertamente, para hacer ese juicio de razonabilidad tendría particular relevancia la dimensión de la entidad afectada³⁹.

Una importante novedad, en lo que atañe a este comentario, es que se pasó a establecer que el trabajador podía exigir la adaptación de la jornada de trabajo sin ser necesario un acuerdo individual o por convenio. En cuanto al ejercicio del derecho se atribuyó «la concreción inicial a la persona trabajadora, tanto en su alcance como en su contenido, siempre y cuando esté justificada, sea razonable y proporcionada, teniendo en cuenta las necesidades concretas de cuidado que debe dispensar, debidamente acreditadas, y las necesidades de organización de la empresa». Así pues, el empresario solo podía oponerse cuando la medida no estuviera justificada, resultara irrazonable o desproporcionada.

Lo más destacable es que algunas de esas reglas, articuladas para hacer frente la pandemia, vinieron para quedarse, como ha ocurrido con el teletrabajo, del que se esperaba, en buena lógica, que, una vez vista su potencialidad, tuviera una futura superior extensión, con prevalencia del modelo semipresencial⁴⁰. En términos generales, puede pensarse que la adaptación de la jornada laboral resulta mucho más fácil en el trabajo a distancia que en el prestado de forma presencial. Por lo que potenciar el trabajo a distancia supondría, en principio, favorecer la conciliación y el tiempo para los cuidados, y así lo ha manifestado la propia OIT, apostando por que se aproveche la tecnología para conciliar la vida profesional con la personal⁴¹.

No obstante, tampoco pueden desconocerse las limitaciones existentes para ello y sus posibles inconvenientes, como, en general, los de las formas de trabajo basadas en el uso de las TIC, a distancia o no, pues las empresas consiguen con el uso de software especializados optimizar y ajustar los horarios a los riesgos y demandas empresariales; pero ello con la proliferación de horarios de trabajo impredecibles e inestables, que, además de inconvenientes de índole económica, producen otros para el ejercicio de derechos laborales como el de desconexión digital y el de conciliación laboral, personal y laboral⁴². El trabajo remoto difumina de forma acusada los contornos entre la vida privada y la profesional, siendo difícil hacer efectivo el derecho a la desconexión digital⁴³, imprescindible para que las posibilidades de conciliación existan⁴⁴. Como ha señalado la doctrina, puede que el derecho a un registro horario adecuado resulte insuficiente y hubiera ofrecido mayores garantías una preceptiva habilitación de sistemas de

39 Como señaló GALA DURÁN, «Las medidas adoptadas en materia de Seguridad Social y conciliación de la vida laboral y familiar en relación con la crisis del coronavirus Covid-19», *loc. cit.*, p. 7.

40 CRUZ VILLAZÓN, J. «Teletrabajo y coronavirus: de la emergencia a la permanencia», en RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER y CASAS BAAMONDE (Dir. y coord.), *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la pandemia*, Francis Lefebvre, Madrid, 2020, pp. 186-187.

41 Vid. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Trabajar para un futuro más prometedor*, Ginebra, 2019, p. 13.

42 Compartimos lo afirmado por JALIL NAJI, M.: «La transposición de la Directiva 2019/1152: ¿Una oportunidad para intervenir en la precariedad laboral asociada a la ordenación jurídica del tiempo de trabajo», *Congreso Internacional «Retos interdisciplinarios en el Entorno de la Industria 4.0»*, p. 206.

43 MARTÍN RIVERA, L., «Tendencias recientes en la ordenación del tiempo de trabajo», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 250, p. 160, se refiere a este hecho, comentando un informe de Eurofound que muestra la tendencia debido al teletrabajo a unas jornadas más prolongadas, mayor intensidad del trabajo y a la superposición entre el trabajo remunerado y la vida personal.

44 Como ha comentado, QUÍLEZ MORENO, J. M.^a, «La jornada de trabajo y su relación con el trabajo efectivo: Reflexiones sobre si el mismo es eficaz o eficiente y cumple con el trabajo decente», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 254, 2022, p. 43, respecto al trabajo a distancia «si lo que se pretende conseguir es conciliar trabajo con vida familiar, lo que no se puede obtener es una merma de derechos, una jornada excesiva, y una sobrecarga laboral, pero en un entorno más “doméstico”».

desactivación de los equipos⁴⁵, o, al menos, alertas en los dispositivos electrónicos cuando se exceda el tiempo de trabajo y se utilicen durante el tiempo de descanso⁴⁶. Sin olvidar otros riesgos asociados, como el de la invisibilidad y el aislamiento de la persona teletrabajadora o, incluso, el propio retorno a un reparto de las tareas domésticas y familiares más tradicional si los trabajos que desarrollan mayoritariamente las mujeres son más fácilmente reconducibles al trabajo a distancia⁴⁷. Por más que, debe remarcar, en el V Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva los agentes sociales signatarios hayan recordado el artículo 8.3 de la Ley de Trabajo a Distancia señalando que en el diseño de los mecanismos para el paso de trabajo presencial a trabajo a distancia «se deberá evitar la perpetuación de roles y estereotipos de género y tener en cuenta el fomento de la corresponsabilidad» (cap. X).

Desde luego, no puede imponerse que el trabajo a distancia se plantee como el mecanismo para la cuando las condiciones tanto del puesto de trabajo como también de la vivienda de la persona trabajadora no permitan una satisfactoria implementación por esta vía. Algunos servicios requieren la presencia continuada en el centro de trabajo, es fácil entenderlo y necesario determinar cuáles sean, para lo que la negociación colectiva es el mejor instrumento. Pero también algunos alojamientos familiares no reúnen las características mínimas para asegurar un espacio en el que la persona trabajadora pueda concentrarse en las tareas laborales y el que entre trabajo y familia más que conciliación lo que va a haber es una concurrencia conflictiva. En todo caso, el régimen actualmente ofrecido por la Ley 10/2021, de 9 de julio, expresamente recuerda que «(l)as personas que realizan trabajo a distancia tienen los mismos derechos que las personas trabajadoras presenciales en materia de conciliación y corresponsabilidad, incluyendo el derecho de adaptación a la jornada establecido en el artículo 34.8 del Estatuto de los Trabajadores, a fin de que no interfiera el trabajo con la vida personal y familiar» (art. 4.5)⁴⁸.

El ya mencionado 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, por su parte, aprovechó la línea de tendencia abierta por las reglas surgidas en el «derecho del trabajo de urgencia en la emergencia», pero ya con la perspectiva de su consolidación en nuestra legislación laboral. Se le reprochó que continuaba «dejando muchos cabos sueltos en la necesidad de terminar con horarios familiarmente hostiles, prolongados durante todo el día, con jornadas partidas y salidas tardías del trabajo». Y «quedando incólume la facultad de oposición empresarial» a la adaptación de los tiempos de trabajo por cuanto debieran ser cambios «razonables» y proporcionados a las necesidades de las personas y a las demandas organizativas y productivas⁴⁹.

Pero debe destacarse que esa norma realizó una significativa reforma del apartado 8 del artículo 34 ET, por más que el precepto no reconozca, propiamente, un derecho absoluto y automático, sino una expectativa de derecho⁵⁰. Debe tenerse presente que en su exposición

45 En este sentido, *vid.* MONTROYA MEDINA, D.: «Teletrabajo y prevención de riesgos laborales», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 243, 2021, p. 51.

46 AGUILERA IZQUIERDO, R. y CRISTÓBAL RONCERO, R., «Nuevas tecnologías y tiempo de trabajo: el derecho a la desconexión tecnológica», en VV. AA., *El futuro del trabajo que queremos.*, Vol. II, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Madrid, 2017, p. 340.

47 Sobre los diferentes riesgos que puede representar el trabajo a distancia para la mujer trabajadora y para la propia conciliación de la vida laboral y familiar, *vid.* ROMERO BURILLO, A. M.^{a.}, *El marco regulador del teletrabajo*, Atelier, Barcelona, 2021, pp. 149 y ss.

48 Por otra parte, en su disposición final segunda la Ley 10/2021 modificó la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, incorporando un nuevo artículo 138 bis, sobre la «Tramitación en reclamaciones sobre acceso, reversión y modificación del trabajo a distancia» en el cuyo apartado 2 se dispone que «(c)uando la causa de la reclamación en materia de trabajo a distancia esté relacionada con el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, reconocidos legal o convencionalmente, se regirá por el procedimiento establecido en el artículo 139.»

49 RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., «Medidas para la conciliación de la vida laboral y familiar ante la emergencia sanitaria por Covid-19», en RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER Y CASAS BAAMONDE (Dir. y coord.), *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la pandemia*, Francis Lefebvre, Madrid, 2020, p. 269.

50 Como ponen de relieve, entre otras, MARTÍNEZ MORENO, C.: «La nueva regulación de la adaptación de la jornada con fines de conciliación ¿hasta dónde llega el avance?», *Revista de Derecho Social y de la Empresa*, n.º 12, 2020, p. 17. En el mismo sentido, *vid.* NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P., *Novedades en relación con la jornada de trabajo y los derechos de conciliación (Tras la aprobación del RD 6/2019, de 1 de marzo)*, Dickinson, Madrid, 2019, p. 102.

de motivos el Gobierno reconoce que «las medidas de naturaleza fundamentalmente promocional o de fomento obtuvieron resultados discretos, cuando no insignificantes». Como lo era la regulación que se ofrecía, según se ha comentado aquí, sobre el derecho —necesitado de acuerdo colectivo o individual— a la adaptación de la duración y distribución de la jornada. De ahí, seguramente, que intervenga convencido de que «(e)l derecho a la igualdad de trato entre mujeres y hombres debe suponer la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo, y, especialmente, las derivadas de (...) la asunción de obligaciones familiares». Sin duda la eliminación de discriminaciones indirectas se propicia favoreciendo de forma más decidida esa ordenación del tiempo de trabajo adaptada a las obligaciones familiares.

Efectivamente, con la modificación de la disposición estatutaria comentada el derecho se refuerza y se establecen mayores garantías para que pueda llegar a ejercitarse, sin que se vea dificultado su ejercicio por la empresa de forma caprichosa. Así, se incorporó un llamamiento más rotundo a la negociación colectiva. por cuanto que el convenio de forma obligatoria deberá establecer «los términos de ejercicio, que se acomodarán a criterios y sistemas que garanticen la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre las personas trabajadoras de uno y otro sexo». Uno de los compromisos contraídos por asociaciones empresariales y organizaciones sindicales más representativas a nivel estatal en el V Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva es, precisamente, «Desarrollar los términos del ejercicio del derecho a solicitar la adaptación de jornada, concretando los principios y reglas para la concesión de dichas adaptaciones, su reversión y los plazos de contestación a las solicitudes» (cap. XII).

Y, en caso de laguna de regulación en la norma convencional, se abrirá un procedimiento de negociación individualizada. Sobre el que también se fijan algunas pautas en la propia norma de rango legal: el período máximo para esa negociación será de treinta días; concluido el cual la empresa habrá de comunicar si acepta la posición planteada por la persona trabajadora, o plantea, por escrito, una propuesta alternativa «que posibilite las necesidades de conciliación de la persona trabajadora». Finalmente, si la empresa no proporciona una alternativa, deberá indicar «las razones objetivas en que se sustenta su decisión». Por tanto, se deriva ahora un deber empresarial de dejar constancia documental de su respuesta y, lo que es mejor, de motivarla, particularmente en el caso de que deniegue lo solicitado por la persona trabajadora sin ofrecerle alguna otra posibilidad o fórmula de acomodar su tiempo de trabajo a las necesidades familiares. Con argumentos que no se limiten a la mera apreciación subjetiva sobre el negativo impacto en el proceso productivo o la organización del trabajo del ejercicio del derecho, ni, por tanto, al inclusivo interés u opinión empresarial al respecto.

Esta más clara apuesta por la regulación en convenio, sumada a los requisitos exigidos, en último término, a la decisión empresarial supusieron un avance, por más que fuera tímido. Y, como también se ha destacado, el nuevo tenor legal del apartado 8 del artículo 34 mejoró, incluso, los términos de la Directiva 2019/1158, de 20 de junio de 2019⁵¹, que se refiere en su artículo 9 a las «fórmulas de trabajo flexible» para ocuparse de obligaciones de cuidado. Ello porque la norma comunitaria, por ejemplo, limita ese recurso al cuidado de hijos, limitación que, como se verá a continuación no aparece en la normativa interna; y permite a los Estados miembros supeditar el derecho a períodos de trabajo anterior o a una antigüedad que no podrá ser superior a seis meses, requisito que tampoco aparece en la norma estatal española.

En el penúltimo párrafo del precepto comentado, sobre adaptación del tiempo y otras condiciones de trabajo, se indica que «(l)o dispuesto en los párrafos anteriores 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». Precepto este último en cuyos apartados encontramos algunas causas para la reducción de la jornada —lactancia, guarda legal— a cuya solicitud se había supeditado con anterioridad, según se ha comentado, el que hubiera, en sentido estricto, un derecho a esa adaptación del tiempo de trabajo. Consideramos que esa regulación del derecho a solicitar adaptaciones «sin perjuicio» de esos otros derechos se deba entender como que pueden ser cumulativos. Se pudiera solicitar uno de ellos y, si resultara insuficiente para la conciliación, ejercitar, además, el otro.

51 En lo relativo a la edad del menor (12 años en la norma estatal frente a 8 en la comunitaria), la no exigencia de antigüedad y la compatibilidad con otros permisos establecidos en el derecho español. *Vid.*, de nuevo, RODRÍGUEZ ESCANCIANO, «Medidas para la conciliación...», *cit.*, p. 270.

También interesa destacar otra precisión introducida por la reforma, relativa a la edad del menor si es su atención o cuidado la causa de ejercicio del derecho. En el caso de que las personas trabajadoras sean progenitoras dice ahora el precepto estatutario que «tienen derecho a efectuar dicha solicitud hasta que los hijos o hijas cumplan doce años».

Cabe también manifestar que las alusiones de la norma al objeto de la adaptación que puede solicitar la persona trabajadora también varían. Se refiere en la actualidad a «la ordenación del tiempo de trabajo y en la forma de prestación, incluida la prestación de su trabajo a distancia». Desapareciendo las alusiones que se hacían, en concreto, a la promoción de la utilización de la jornada continuada, el horario flexible y otras formas de organización del tiempo de trabajo y de los descansos. No obstante, hay que entender que la genérica referencia a «la ordenación del tiempo de trabajo» comprende todas esas posibilidades y la auténtica novedad estriba en la referencia a la forma de prestación del trabajo, en especial, con el recurso al trabajo a distancia como medida que pudiera favorecer, al menos en algunos casos, la conciliación.

También merece la pena poner de manifiesto que en la búsqueda de ese equilibrio entre los intereses empresariales y los de la persona trabajadora, a esta se le recuerda que las adaptaciones solicitadas «deberán ser razonables y proporcionadas en relación las necesidades de la persona trabajadora y con las necesidades organizativas de la empresa».

Finalmente, la reforma comentada también se interesó por proporcionar certidumbre en cuanto al momento de terminarse las adaptaciones conseguidas. Y así, expresa que la persona trabajadora tendrá derecho a solicitar su regreso a su jornada o modalidad de trabajo anterior una vez concluido el período acordado; pero también cuando el cambio de las circunstancias así lo justifique, lo que pudiera ocurrir antes de que finalice ese período para el que se habían previsto. En todo caso, también se han señalado sus deficiencias, poniendo de manifiesto que «el retorno a las condiciones de trabajo original tampoco se garantiza como un derecho subjetivo de la persona interesada, lo que supone una contradicción con la regulación de la Directiva» y menoscaba su efectividad práctica, especialmente desde la perspectiva de la corresponsabilidad⁵². Aunque también se ha señalado que cuando la fórmula de trabajo flexible se haya reconocido sin fijación de un límite temporal solo hay un derecho de solicitud de la reversión, que debe ser tomado en consideración por el empresario, salvo mejora que se establezca por la normativa estatal al respecto⁵³.

Por último, como en el caso del ejercicio de otros derechos establecidos para la conciliación de la vida personal, familiar y laboral de las personas trabajadoras, las discrepancias entre las partes se resolverán a través del procedimiento laboral especial regulado en el artículo 139 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

Es obligado concluir este comentario refiriéndonos «al derecho que nos viene», o, quizá «al derecho que nos venía» si hubiese llegado aculminar su tramitación parlamentaria el proyecto de Ley de Familias. Como ya se expresó en el epígrafe anterior en el Proyecto de Ley se había previsto una nueva reforma del apartado 8 del artículo 34 ET, justificada por la necesidad de ajustes puntuales a efectos de que se acomode totalmente a las previsiones del artículo 9 de la Directiva (UE) 2019/1158, sobre fórmulas de trabajo flexible. Concretamente, el apartado 2 de la disposición final tercera introducía una modificación, en primer lugar, para reducir por mitad el período máximo de negociación individual entre la empresa y la persona trabajadora cuando no haya previsión en convenio sobre los términos del ejercicio del derecho a la adaptación, que pasaría a fijarse en quince días, frente a los treinta actuales. Reducción que será muy de agradecer cuando las circunstancias familiares que atender sean —como ocurre en tantas ocasiones— apremiantes⁵⁴.

52 Así lo manifiesta RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, «La “soberanía del tiempo”. Unilateralidad e imposición en la distribución del tiempo de trabajo frente a conciliación corresponsable», *loc. cit.* p. 45. En el mismo sentido, IGARTÚA MIRÓ, M.ª. T., «Promoción de la igualdad de género a través de “fórmulas de trabajo flexible”. Reflexiones y propuestas a la luz de la Directiva (UE) 2019/1158», *Femeris*, vol. 7, n.º 2, pp. 99-100, manifiesta que seguramente la Directiva regula el regreso de la persona trabajadora a la situación anterior de forma más ajustada que el derecho interno, configurándolo como un derecho de retorno, siempre, al menos, que se haya fijado un límite temporal.

53 *Vid.* lo expresado por CABEZA PEREIRO, J., «La Directiva de conciliación de la vida familiar y profesional», *Revista de Derecho Social*, n.º 92, 2020, p. 70.

54 Como señala MANEIRO VÁZQUEZ, *Cuidadores, igualdad y no discriminación y corresponsabilidad: la (r)evolución de los derechos de conciliación de la mano de la Directiva (UE) 2019/1158*, *loc. cit.*, p. 147, la duración esta-

Por otro lado, se reforzaría con la reforma el deber empresarial de motivar el rechazo a la solicitud en los términos planteados por la persona trabajadora, pues se deberían ofrecer las razones objetivas en que se sustenta tanto si se niega al ejercicio del derecho como también, y aquí radicaría la novedad, cuando plantee a la persona trabajadora una propuesta alternativa. Perfeccionando así la dicción vigente en cuya literalidad podría escudarse la empresa para no ofrecer justificación al denegar la adaptación en los mismos términos solicitados por la persona trabajadora si en último término la ofrece, pero en condiciones parcialmente diferentes. Igualmente, se añadiría la exigencia de que la empresa exponga las razones objetivas para denegar el regreso a la situación anterior solicitado por la persona trabajadora, *ante tempus*, cuando concorra un cambio de circunstancias que así lo justifique. Confiamos en que estas líneas de reforma, que merecían a nuestro juicio una valoración positiva, sean finalmente introducidas por una nueva iniciativa legislativa.

4. El cooperador necesario: la previsibilidad y transparencia en los tiempos de trabajo

Una última cuestión que abordar, no menor, es que para una satisfactoria conciliación de vida personal, familiar y laboral también es necesario proporcionar a la persona trabajadora y cuidadora una buena organización y, como parte de ella, una previsibilidad sobre los tiempos de trabajo y de vida personal.

Es sabido que una de las herramientas jurídicas que se han proporcionado a la empresa para favorecer la productividad y la competitividad ha sido la distribución irregular de la jornada. Esa estrategia flexibilizadora en la ordenación del tiempo de trabajo se inició con la Ley 11/1994, de 19 de mayo, que modificó ya el texto original del Estatuto de los Trabajadores para disponer en el artículo 34.2 que mediante convenio colectivo o, en su defecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, se podría establecer la distribución irregular de la jornada a lo largo del año. Casi dos décadas después, se reformuló esa posibilidad, que pasa de ser una potestad convencional a una facultad empresarial. Fue el artículo 9 del Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral el que modificó el precepto incorporando una previsión según la cual la empresa podrá distribuir de manera irregular a lo largo del año el 5 por ciento de la jornada; porcentaje que incrementó al 10 por ciento la Ley 3/2012. Una disposición similar había sido previamente introducida en el artículo 85.3 por el Real Decreto-ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la negociación colectiva. No se incluyeron en la ley las cautelas que las organizaciones firmantes del II Acuerdo para el Empleo y la Negociación colectiva, suscrito con fecha de 23 de mayo de 2013 (en el que se refrendaba la conveniencia de articular esa flexibilidad en el 10 % de la jornada anual), quisieron que se introdujeran para que el alcance de esa facultad se sujetara a alguna ponderación de los intereses y circunstancias concurrentes, vía negociación colectiva. En ese acuerdo tanto sindicatos como asociaciones empresariales afirmaron que el convenio colectivo es el espacio adecuado para ordenar el uso flexible de elementos del tiempo de trabajo, en un sentido complementario a las previsiones legales⁵⁵.

Pero, claro, desde la perspectiva de la persona trabajadora la posibilidad de distribución irregular de la jornada por parte de la empresa viene acompañada de incertidumbre y, con ella, de dificultad para conciliar tiempo de trabajo y tiempo propio, con incidencia sobre la posibilidad de atender las responsabilidades familiares. Con acierto se ha puesto de manifiesto que esa

blecida en treinta días para el período de negociación «es especialmente perjudicial para aquellas solicitudes de adaptación que respondan a necesidades de cuidado puntuales y de corta duración, como podría ser, por ejemplo, la necesidad de que la persona trabajadora sustituya o complemente la actividad del cuidador habitual de la persona mayor durante un tiempo»; aunque, a la vez, la misma autora ponía de relieve que «el período de treinta días puede ser adecuado para el análisis estudio por la empresa de aquellas solicitudes que supongan un mayor perjuicio o una mayor necesidad de ajuste de la dinámica empresarial». A la vista de lo establecido en la reforma proyectada, no obstante, quince días parecen un período razonable, a nuestro juicio, para ese estudio.

55 Sobre la distinción entre dos niveles de flexibilidad, ordinaria y extraordinaria temporal, y otras reglas que los agentes sociales suscribieron en el mencionado Acuerdo, *vid.* ARGÜELLES BLANCO, «Nuevas fórmulas jurídicas y problemas sociales en la gestión del tiempo de trabajo», *cit.*, pp. 82-84.

adaptabilidad del tiempo de trabajo a las exigencias del negocio mediante la distribución irregular de la jornada constituye un «flanco oscuro para la conciliación»⁵⁶. Quizá deban limitarse esos márgenes de flexibilidad empresarial, al menos una vez ejercitados los derechos de conciliación, en particular a la vista de la Directiva 2019/1158, anteriormente comentada⁵⁷.

Máxime porque los poderes empresariales de disposición sobre el horario laboral y su modificación no se sujetan a preavisos razonables para reorganizar la vida personal cuando la persona trabajadora tiene bajo su cuidado directo a personas dependientes. Cabe recordar que se estableció que el trabajador deberá conocer con un preaviso mínimo de cinco días el día y la hora de la prestación de trabajo resultante de la distribución irregular de la jornada. Ni siquiera se han llegado a exigir, pues, los siete días que se fijaron como requisito para la realización de horas complementarias en el trabajo a tiempo parcial (artículo 12.5 ET)⁵⁸, en el que, precisamente, la precariedad que se cierne sobre la persona trabajadora es aún mayor⁵⁹. Menos de una semana para reorganizarse junto con otras personas que proporcionen cuidados de la propia familia, cuando exista, o cuyos servicios deban conseguirse a través de, por ejemplo, su solicitud a una empresa de ayuda a domicilio.

¿Puede nuestra sociedad, con una población envejecida y un creciente número de personas dependientes, permitirse tal grado de incertidumbre en la ordenación del tiempo de trabajo? Seguramente no. Al menos mientras los servicios públicos y privados aún se revelan insuficientes en el día a día de muchas familias para la atención a sus familiares y convivientes. En especial en el caso de aquellas que disponen de menos recursos económicos y, por ello, menos capacidad de celebrar contratos con residencias, centros de día o de ayuda a domicilio —muchas veces, también saturados— y quedan totalmente a expensas de la lenta maquinaria pública para ofrecer esas prestaciones. Al final, todo ello termina por conducir en demasiadas ocasiones a faltas de puntualidad o, incluso, a un absentismo que tampoco a la empresa interesa. O al ejercicio de derechos —como la excedencia— que alejan a la persona trabajadora durante demasiado tiempo de su entorno laboral, con los riesgos de sufrir los potenciales perjuicios en la carrera profesional —y en la de cotización— que ya expusimos. Es necesario insistir en que, incluso en los contextos de crisis económica —que no basta para legitimar cualquier recorte de derechos laborales— debe apostarse por una gestión sostenible del tiempo de trabajo, que atienda a todos los intereses en juego y tenga en cuenta su relevancia para el conjunto de la sociedad, en todos los ámbitos.

56 Vid. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., «Medidas para la conciliación de la vida laboral y familiar ante la emergencia sanitaria por Covid-19», *loc. cit.*, pp. 261-262. La misma autora puso de relieve cómo durante la propia pandemia se diseñó una nueva fórmula de distribución irregular de la jornada, en forma de permiso retribuido de carácter obligatorio para el personal laboral por cuenta ajena que prestara servicios en empresas que desarrollaran actividades no esenciales, entre el 30 de marzo y 9 de abril, con la recuperación sucesiva de las horas perdidas, sujeta de no alcanzarse acuerdo a la notificación por parte de la empresa; «lo cual, a la postre, va a suponer una imposición con pocos márgenes para la conciliación de la vida laboral y familiar, que hace que se convierta en programática la cortapisa esbozada sobre el respeto a tal derecho» (*ibidem*, pp. 258-259 y p. 267).

57 Entiende IGARTÚA MIRÓ, «Promoción de la igualdad de género a través de “fórmulas de trabajo flexible”. Reflexiones y propuestas a la luz de la Directiva (UE) 2019/1158», *loc. cit.*, p. 93, que la Directiva da carta de naturaleza, «en ausencia de disposiciones específicas en el orden interno, como ocurre en el nuestro, a solicitudes de adaptación, consistentes en la no realización de horas procedentes de la distribución irregular u horas extraordinarias». Sobre las diferentes interpretaciones doctrinales del alcance de la facultad empresarial de distribuir irregularmente la jornada cuando el trabajador se encuentre disfrutando derechos de conciliación, así como sobre la disponibilidad para la negociación colectiva de ofrecer reglas que resuelvan esta confrontación de intereses, *vid.* NIETO ROJAS, P. «La adaptación de la jornada por necesidades de conciliación de la vida familiar en el RD Ley 6/2019. El derecho reconocido en el art. 34.8 ET y los límites a su ejercicio», en de la PUEBLA PINILLA, A. y MERCADER UGUINA, J. R., *Tiempo de reformas. En busca de la competitividad empresarial y de la cohesión social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 253-261.

58 Por cierto que, como pone de relieve MIRANDA BOTO, J. M.^a, «Algo de ruido. ¿Cuántas nueces? La nueva Directiva (UE) 2019/1152, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea y su impacto en el Derecho español», *Temas Laborales*, n.º 149, 2019, p. 82, la actual redacción del artículo 12 ET «parece casar mal con la previsibilidad que exige la nueva Directiva. No es descartable que en la transposición se introduzca la necesidad de fijar de antemano el marco temporal en el que podrá exigirse la realización de ese trabajo».

59 Como ha puesto de relieve IGARTÚA MIRÓ, M.^a, *Ordenación flexible del tiempo de trabajo: Jornada y horario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 178-179, para este tipo de contrato las posibilidades de distribución irregular de la jornada, al existir una jornada de trabajo inferior, se incrementan exponencialmente.

Me atrevo a dejar apuntado que quizá una menor previsibilidad o distribución irregular del tiempo de trabajo sería admisible, más que por razones productivas, por razones de que en la empresa se presten los servicios esenciales para la comunidad que también limitan el derecho fundamental a la huelga ex art. 28.2 CE. Al margen de ese condicionante que puede suponer velar por el interés general para distribuir la jornada laboral, establecer el horario y los turnos, en ese tipo de servicios, debería perseguirse un empleo de calidad para la población trabajadora, con mayor seguridad sobre la disposición del tiempo propio.

Por más que nuestra legislación reconozca a la persona trabajadora la posibilidad de reducir o adaptar la jornada y el tiempo de trabajo para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral, esa efectividad no se alcanzará si no cuenta con la garantía que supone tener certeza de que dispondrá según su conveniencia del tiempo libre de obligaciones laborales que le proporcionan aquellas medidas y los derechos al descanso, tanto anual como, especialmente, diario y semanal. Porque también con esos tiempos de descanso se procura —aunque no solo— la conciliación.

El artículo 31 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, bajo la rúbrica de «Condiciones de trabajo justas y equitativas», proclama que: «Todo trabajador tiene derecho a trabajar en condiciones que respeten su salud, seguridad y dignidad, a la limitación de la duración máxima del trabajo y a los períodos de descanso diarios y semanales, así como a un período de vacaciones anuales retribuidas». Sin aquella limitación y esos descansos la salud, efectivamente, se resiente, en particular por la generación de situaciones de estrés y su cronificación con el «síndrome de *burnout*»; y, en definitiva, los excesos de jornada y hasta los períodos de disponibilidad o conexión más débil con las demandas del poder directivo podrían convertirse en focos de riesgos psicosociales. Máxime si al estar sujeta a ellos la persona trabajadora percibe que está atendiendo de forma insuficiente o insatisfactoria sus responsabilidades familiares, generándole ello el consiguiente sentimiento de culpa, por no prestar atención y cuidados a quienes en su entorno los necesitan. Como se ha puesto de relieve desde la presidencia de la Comisión de expertas/os sobre el Impacto de la Precariedad Laboral en la Salud Mental, en el llamado Informe PRESME, cuando los trabajadores y trabajadoras «se ven sometidos a una disciplina constante pero invisible, a no controlar el tiempo, a estar siempre disponibles. El individuo es jurídicamente libre, pero su tiempo laboral no le pertenece», de modo que esa «tóxica forma de trabajar (...) penetra en los cuerpos y en las mentes de las personas generando daños en la salud, sufrimiento psíquico y trastornos mentales»⁶⁰.

En el mencionado precepto, entre otros, se apoya la Directiva (UE) 2019/1152, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea, que lo menciona en su primer considerando⁶¹. Sus previsiones tenían como plazo de trasposición al ordenamiento de los Estados miembros el 1 de agosto de 2022. Sin embargo, es esta una tarea que continúa pendiente en España mientras se escriben estas líneas, lo que hace oportuno que recordemos, en lo que atañe al tema objeto de estas reflexiones, sus contenidos. La trasposición de esta norma debiera buscar esa racionalidad en la ordenación del tiempo de trabajo, por la que apostamos, atendiendo a todos los intereses confluyentes, pues de la propia Directiva se ha dicho que «es buena muestra de los equilibrios a los que se ve obligado el Derecho de la UE, al afirmar que busca promover un empleo que ofrezca transparencia —término que sustituyó al de “seguridad” por enmienda del Parlamento Europeo— al tiempo que garantiza la capacidad de adaptación al mercado laboral»⁶².

60 BENACH, J., «Prefacio», en *COMISIÓN DE PERSONAS EXPERTAS SOBRE EL IMPACTO DE LA PRECARIEDAD LABORAL EN LA SALUD MENTAL EN ESPAÑA*, *Precariedad laboral y salud mental. Conocimientos y políticas*, Vicepresidencia Segunda del Gobierno-Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2023, p. 2. Disponible en <https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/trabajo14/Documents/2023/170323-informe-salud-mental.pdf> (Consultado el 5 de junio de 2023)

61 Como bien ha señalado MANEIRO VÁZQUEZ, *Cuidadores, igualdad y no discriminación y corresponsabilidad: la (r)evolución de los derechos de conciliación de la mano de la Directiva (UE) 2019/1158*, *cit.*, p. 106, aunque la relación entre ambas directivas de 2019, la 1158 y la 1152 no se manifieste expresamente en su contenido «el vínculo entre los objetos de ambas es innegable e inquebrantable, de modo que no puede regularse un tema sin atender el otro».

62 MIRANDA BOTO, J. M.^a, «Algo de ruido. ¿Cuántas nueces? La nueva Directiva (UE) 2019/1152, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea y su impacto en el Derecho español», *loc. cit.*, p. 76. Se refiere MERCADER UGUINA, J. R., «Los “tiempos” de la Directiva (UE)

Es un objetivo de la Directiva mediante reglas que afectan al régimen jurídico del tiempo de trabajo, entre otras materias, paliar los efectos que en la calidad de vida de las personas trabajadoras provoca la proliferación de algunas formas de empleo no convencionales o atípicas. Vista por muchos como una respuesta al fenómeno del trabajo en plataformas, sin embargo, no está pensada exclusivamente para ese entorno laboral, pues solo permite que queden al margen de sus disposiciones, si lo deciden así los Estados miembros, las personas trabajadoras que tengan una relación laboral en la que el tiempo de trabajo predeterminado y real sea igual o inferior a una media de tres horas semanales en un período de referencia de cuatro semanas consecutivas; contando a efectos de esa medida el trabajado para todos los empleadores que formen parte, en su caso, del mismo grupo o la misma entidad (art. 1.3). Posible exclusión que, sin embargo, no se aplica al trabajo a demanda (aptdo. 4, art. 1, en relación con art. 11), forma esta de flexibilidad exacerbada que, por fortuna, al menos *ex lege* —la realidad a veces transcurre por otros caminos— no está permitida en el ordenamiento laboral español.

La finalidad de la Directiva, declarada en el artículo 1.1, «es mejorar las condiciones de trabajo mediante la promoción de un empleo que ofrezca una transparencia y una previsibilidad mayores, a la vez que se garantiza la capacidad de adaptación del mercado laboral». De nuevo, refleja la apuesta por una «flexiseguridad» que atienda tanto a los intereses empresariales como a los de las personas trabajadoras. No obstante, la preocupación social prevalece sobre la económica, pues del texto restante se deduce que, aún consciente de los retos que traen consigo los cambios en las organizaciones productivas y en las formas de prestar el trabajo, lo prevalente será evitar «las relaciones laborales que den lugar a unas condiciones de trabajo precarias, en particular prohibiendo la utilización abusiva de contratos atípicos». Para esas consideraciones se apoya la Directiva en el principio 5 del Pilar europeo de derechos sociales, proclamado en Gotemburgo el 17 de noviembre de 2017⁶³.

La parte que más nos interesa de la Directiva 2019/1152 es el capítulo III, sobre los «Requisitos mínimos relacionados con las condiciones de trabajo». Entre ellas, y por lo que se refiere a la materia aquí comentada, las medidas dispuestas pretenden ofrecer a la persona trabajadora la posibilidad de reservar un tiempo para atender sus responsabilidades familiares, disfrutar y organizar el tiempo propio con una mínima certeza de que estarán realmente libres para aquellas personas o tareas que los necesitan. Certidumbre que solo el conocimiento cabal de los tiempos de trabajo proporciona. Con ese fin, se establece una previsibilidad mínima del trabajo en el artículo 10, precepto de extraordinario valor en el que aquella garantía se articula basándose en unos elementos que son definidos al inicio de la norma (art. 2): el calendario de trabajo, el patrón de trabajo y las horas y días de referencia.

Para sectores de actividad y puestos en los que la empresa distribuye de forma muy flexible los tiempos de trabajo y descanso cobra singular relevancia la regulación del «patrón de trabajo», entendido como «la forma de organización del tiempo de trabajo y su distribución con arreglo a un determinado patrón determinado por el empleador» (art. 2, letra c). Un modelo, en suma, que servirá a la persona trabajadora como guía para conocer en alguna medida cuándo podrá ser requerida para prestar servicios por su empresario, en uso de las facultades directivas. Este es un concepto, el del «patrón de trabajo», que debería ser introducido en el artículo 34 ET y, quizá, también en el artículo 35 para delimitar las horas extraordinarias⁶⁴. Desde luego, también habría de formar parte de los contenidos sobre los que el empresario deberá informar por escrito al trabajador conforme dispone el apartado 5 del artículo 8 ET.

2019/1152: transparencia y lucha contra la precariedad laboral como objetivos», *Documentación laboral*, n.º 122, 2021, p. 12, a la declarada «alma dual» de la norma, que persigue perseverar en la transparencia de las condiciones laborales, pero además «integrar instrumentos efectivos de lucha contra la precariedad laboral y, por extensión, que permitan enfrentarse con garantías a los cambios en el proceso de transformación digital en ciernes».

63 *Vid* su texto íntegro en https://www.educacionyfp.gob.es/dam/jcr:914b1a2e-a293-495d-a51d-95006a47f148/EPSR-booklet_es.pdf (Consultado el 31 de marzo de 2023)

64 Además, como señala MIRANDA BOTO, «Algo de ruido. ¿Cuántas nueces? La nueva Directiva (UE) 2019/1152, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea y su impacto en el Derecho español», *loc. cit.*, p. 81, quizá ese precepto debería ser ajustado para que defina las horas extraordinarias como las que se realicen sobre la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo y fuera del horario de referencia fijado.

Se distinguiría entonces entre empleos sujetos a un patrón de trabajo previsible, con un ritmo de trabajo en el que el calendario se establece con una completa certidumbre o con un pequeño margen para los cambios; y otros en que el patrón será total o mayoritariamente imprevisible. En estos últimos la persona trabajadora queda al albur de un amplísimo poder de dirección empresarial para requerir el ajuste de la prestación de servicios a muy cambiantes necesidades organizativas y productivas. Un patrón de trabajo de calidad frente a un patrón de trabajo de poca calidad, en definitiva, pero que debe ser conocido y asumido voluntariamente desde el inicio. Es respecto al segundo tipo de empleos, los de patrón total o mayoritariamente imprevisible, donde las instituciones comunitarias se han preocupado por introducir un mínimo de seguridad para las personas trabajadoras, que evite formas abusivas de utilizar la flexibilidad empresarial en la organización del tiempo de trabajo. Exigiendo que los Estados miembros garanticen que el empleador solo podrá obligar a prestar servicios a la persona trabajadora sujeta a un patrón de trabajo total o mayoritariamente imprevisible cuando se cumplan y concurren dos condiciones; si no se cumplieran ambas aquella tendrá derecho a rechazar la tarea asignada sin que ello le pueda ocasionar consecuencias desfavorables (art. 10.2).

Al determinar esas dos condiciones tiene importancia otro elemento definido por la Directiva: las «horas y días de referencia», entendidas como «los tramos horarios en días específicos durante los cuales puede tener lugar el trabajo previa solicitud del empleador» (art. 2, letra b)⁶⁵. Como la doctrina ya ha puesto de manifiesto, «esta es una noción, a primera vista, no presente en el Estatuto de los Trabajadores con carácter general, por lo que deberá incorporarse, presumiblemente en el artículo 34»⁶⁶. Así pues, la obligación de trabajar existirá cuando el trabajo tiene lugar en unas horas y unos días de referencia predeterminados, sobre los que habrá tenido que ser previamente informado de que en ellos se le puede exigir que preste servicios (por remisión del precepto al art. 4.2, letra m); y, además, ese empleador le informará de la tarea asignada con un preaviso razonable, en términos que comentaremos luego⁶⁷. Así, al menos se despejan algunas incertidumbres y permanece en manos de la persona trabajadora cierta capacidad de autoorganización de su tiempo propio, también el que quiera destinar a las necesidades de proporcionar atención y cuidados.

La necesaria previsibilidad en la prestación laboral no estará garantizada suficientemente si no se recibe una información completa y en tiempo apropiado sobre todos los elementos necesarios que atañen a la ordenación de los tiempos de trabajo y descansos. Esta obligación se regula en el artículo 4 del capítulo II, con unos tiempos de entrega que mejoran, en beneficio de la persona trabajadora, los que establecía la precedente Directiva 91/533/CEE. Por lo que a este comentario compete, los Estados miembros velarán porque se exija a los empleadores informar a los trabajadores sobre «la cantidad de vacaciones remuneradas a las que el trabajador tenga derecho o, si no es posible facilitar este dato en el momento de la entrega de la información, las modalidades de atribución y de determinación de dichas vacaciones» (art. 4.2.k). Son términos prácticamente idénticos a los que ya recogía el apartado 2, letra f) del artículo 2 de la Directiva 91/533/CEE.

Novedad vinculada al ya comentado artículo 10 es la información obligada en función de que el patrón de trabajo sea total o mayoritariamente previsible o, por el contrario, total o mayoritariamente imprevisible. En el primer caso, la información incluirá al menos «la duración de la jornada laboral ordinaria, diaria o semanal, del trabajador, así como cualquier acuerdo relativo

65 Advierte MERCADER UGUINA, «Los “tiempos” de la Directiva (UE) 2019/1152: transparencia y lucha contra la precariedad laboral como objetivos», *loc. cit.*, p. 19, que, entre las decisiones que deberían haberse tomado para transponer la Directiva antes de 1 de agosto de 2022—aún pendientes— estaría la de concretar en que debe consistir la referencia a «días específicos», en particular para los patrones de trabajo total o mayoritariamente imprevisibles. Y se pregunta ¿Control de la irregularidad para que existan periodos abusivos? ¿Formas de trabajo a llamada y su proyección sobre el régimen de horas complementarias?

66 MIRANDA BOTO, «Algo de ruido. ¿Cuántas nueces? La nueva Directiva (UE) 2019/1152, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea y su impacto en el Derecho español», *loc. cit.*, p. 81.

67 Previsión complementaria es la que atiende a las consecuencias de que se produzca una retractación en la decisión empresarial, asegurándose de que ello no perjudique en exceso a la persona trabajadora. Así, se dispone que si los Estados miembros permitieran la cancelación de la tarea asignada «adoptarán las medidas necesarias, de conformidad con la legislación, los convenios colectivos o la práctica nacionales, para garantizar que el trabajador tenga derecho a una indemnización si el empleador cancela, sin observar un plazo de preaviso razonable determinado, la tarea asignada acordada previamente con el trabajador».(art. 10.3).

a las horas extraordinarias y su remuneración y, en su caso, cualquier acuerdo sobre cambios de turno». En definitiva, un nivel de detalle que mejora la escueta referencia a «la duración de la jornada o semana laboral normal del trabajador» que fijaba como contenido de la obligación de información el artículo 2.2.i) de la Directiva 91/533/CEE.

Pero más relevancia cobra la obligación empresarial de informar al trabajador cuando el patrón es total o mayoritariamente imprevisible. El contenido mínimo de la información —sea quien fuere en último término responsable⁶⁸— comprenderá la relativa al hecho de que el calendario de trabajo sea variable, a la cantidad de horas pagadas garantizadas y la remuneración del trabajo realizado fuera de esas horas; también se precisarán las horas y los días de referencia en los cuales se puede exigir al trabajador que trabaje; y, finalmente, se indicará el período mínimo de preaviso al que el trabajador tiene derecho antes del comienzo de la tarea, así como el plazo para la cancelación de esa tarea, conforme a lo dispuesto por el artículo 10.3. Aunque la Directiva no lo exija, seguramente convendría que se incluyera también la advertencia de la indemnización a la que podría tener derecho la persona trabajadora si no se respetase el preaviso determinado⁶⁹.

En opinión de quien escribe, la mayor transparencia y una información eficaz se aseguraría solo si no se hiciera uso de la posibilidad que, lamentablemente, abre el apartado 3 del art. 4, al admitir que la información contemplada en el apartado 2, letras g) a l) y o) (entre ellas, las que mencionan elementos relacionados con el tiempo de trabajo, incluido el de patrón imprevisible) «podrá ofrecerse, en su caso, en forma de una referencia a las disposiciones legales, reglamentarias, administrativas o estatutarias o a los convenios colectivos que regulen dichas materias». La garantía se diluye mediante este recurso a lo prevenido en otra fuente de derechos y obligaciones, que la persona trabajadora probablemente no conozca bien en una mayoría de casos y, muy especialmente, en los trabajos más precarios. Esta obligación de información empresarial sobre los elementos esenciales de la relación laboral debería tener una finalidad divulgativa, que asegurase el conocimiento de los propios derechos, que de otro modo cumpliría solo limitadamente.

Se ocupa también la Directiva 2019/1152 del plazo y de los medios de información (art. 5). Respecto a las materias aquí examinadas, en su mayoría deberá proporcionarse individualmente al trabajador durante el período comprendido entre el primer día de trabajo y el séptimo día natural. De las vacaciones, su cantidad, modalidades de atribución y determinación podrá informarle la empresa en el plazo de un mes desde el primer día de trabajo. Es clara, pues, la mejora del derecho que se desprende de la obligación empresarial configurada, por cuanto se reduce notablemente el plazo de los dos meses durante los que permitía cumplirla el artículo 3 de la Directiva 91/533/CEE.

El estudio de los diferentes aspectos relacionados con las obligaciones empresariales de información ha llevado a concluir que para que el ordenamiento español se adecúe a las exigencias de transposición de la Directiva será preciso tanto ampliar los contenidos de esa información, como reducir los plazos para comunicarla y, en fin, establecer un sistema sancionador para el caso de incumplimiento mucho más duro y eficaz⁷⁰. Y para que ese sistema sancionador detecte y corrija efectivamente posibles abusos, sin duda una pieza clave será el registro horario de las horas de trabajo efectivamente realizadas que, como consecuencia de la aprobación del Real Decreto-ley 8/2019, de 8 de marzo, actualmente se exige también para controlar la jornada ordinaria, *ex art.* 34.9 ET. Que este sea, de acuerdo con la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 14 de mayo de 2019 (Asunto C-55/18, Federación

68 Como pone de manifiesto MIRANDA BOTO, «Algo de ruido. ¿Cuántas nueces? La nueva Directiva (UE) 2019/1152, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea y su impacto en el Derecho español», *loc. cit.*, p. 78, la norma comunitaria abre el camino a una extraña externalización de los deberes de información al incluir una nueva y original posibilidad: «determinar qué personas deben considerarse responsables de las obligaciones que establece la presente Directiva para los empleadores siempre que todas estas obligaciones se cumplan» (art. 1.5), lo que podría conducir, si esta posibilidad se incorpora, a completar la mención al empresario del artículo 8.5 ET.

69 Coincidimos con MIRANDA BOTO, «Algo de ruido. ¿Cuántas nueces? La nueva Directiva (UE) 2019/1152, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea y su impacto en el Derecho español», *loc. cit.*, p. 93, que la cuantía de esa indemnización «ha de ser suficientemente alta para compensar al trabajador por la disponibilidad de su tiempo ya comprometido, pero no debería superar al salario del servicio no prestado».

70 *Vid.* SALA FRANCO, T., «La Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea y su transposición en ordenamiento laboral español», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 251, 2022, p. 42.

de Servicios de Comisiones Obreras y Deutsche Bank, S.A.E) un sistema objetivo, fiable y accesible; y que se prevea de modo que encaje con la flexibilidad propia de la adaptación de la jornada por necesidades de conciliación, derecho al que antes hemos aludido⁷¹.

Aunque la Directiva también se preocupa porque las personas trabajadoras afectadas por cambios en aspectos de la relación laboral, entre ellos los relacionados con el tiempo de trabajo y su previsibilidad, reciban del empleador un documento comunicándoselos, lo hace en términos que constituyen una muy débil garantía en cuanto a la previsibilidad, pues basta con que la obligación se cumpla lo antes posible y, a más tardar, el día en que el cambio surta efecto (art. 6.1). No obstante, al menos se mejora lo que establecía el artículo 5 de la Directiva 91/533/CEE, que concedía el plazo máximo de un mes a partir de la fecha de entrada en vigor de la modificación. Se mantiene, por otra parte, la regla conforme a la cual la obligación no alcanza a los cambios que vienen establecidos por fuentes heterónomas o por convenios colectivos, según el propio precepto dispone.

Es claro que en este último aspecto nuestra normativa interna ya está ajustada a las previsiones de la nueva norma comunitaria. ¿Es ello suficiente desde la óptica de la protección del derecho a la conciliación de la vida laboral, familiar y personal, y también de la corresponsabilidad social, por la que apostamos? Claramente no. Y si volvemos los ojos, de nuevo, sobre las disposiciones del Estatuto de los Trabajadores que regulan la ordenación del tiempo de trabajo e, incluso, los términos para el ejercicio de los propios derechos para la conciliación, nos encontramos con que no hay una regulación ecuánime entre las garantías de previsibilidad que se procuran a las empresas y a las personas trabajadoras para organizarse. Por ello, postulamos que se reformen algunas previsiones estatutarias en las que sería necesario introducir la finalidad compensadora con mínimos que equilibren la protección de los intereses en juego.

Para ello es preciso recordar y tener bien presentes las reglas que en el Estatuto de los Trabajadores se han establecido, razonablemente, para que el ejercicio de determinados derechos por parte de la persona trabajadora no perturbe en exceso el normal desarrollo de la actividad productiva. Se regulan plazos de negociación con la persona trabajadora o de comunicación preavisada de su voluntad, que buscan proporcionar cierta previsibilidad a la empresa, en relación con la adaptación y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo el derecho a la conciliación (máximo de treinta días, art. 34.8 ET), con la concreción horaria y determinación de los permisos y reducciones de jornada (quince días, art. 37.7 ET), o con el disfrute de cada período semanal o acumulación de períodos en la suspensión del contrato por nacimiento de hijo/a (quince días, art. 48.4 ET). Pues bien, similares plazos —y no otros que ahora son sensiblemente más cortos— parece justo reivindicar para que la persona trabajadora conozca de los ajustes y cambios que afectarán a su tiempo de trabajo, por más que se haya acordado la distribución irregular de la jornada o esta facultad venga reconocida a la empresa por ley.

La empresa, ciertamente, necesita disponer de un tiempo tras conocer la decisión de la persona trabajadora para hacer los ajustes necesarios en el trabajo y la plantilla; de la misma forma, la persona trabajadora también necesita la información sobre la voluntad empresarial de contar con sus servicios en un plazo suficiente para reorganizar su vida día a día. La «flexibilidad» en la materia pasa por facilitar la adaptabilidad del tiempo de trabajo a las cambiantes necesidades tanto empresariales como personales, pero siempre evitando los daños innecesarios que la incertidumbre o la inmediatez de la ejecución de la decisión de una parte podría provocar a la otra. Por eso, igual que para la empresa, para la persona trabajadora es preciso conocer en tiempo razonable a qué atenerse, para que pueda responder adecuadamente a las demandas de tiempo de trabajo y reaccionar adaptando en consecuencia el personal y familiar sin mayores padecimientos y sin que se produzcan situaciones insalvables de vulnerabilidad y desatención. Solo así habrá un auténtico equilibrio de los intereses en juego.

En definitiva, la necesaria corresponsabilidad social a la que invocábamos al inicio de este estudio requiere que se articulen pronto disposiciones no solo en las políticas empresariales o en la negociación colectiva, sino también en la normativa estatal, mediante la decidida intervención por parte del poder legislativo, que garanticen una previsibilidad en la organización del tiempo

71 Sobre la articulación del registro y su encaje con las fórmulas de horario flexible que se dan con ocasión de la conciliación entre familia y trabajo, *vid.* RODRÍGUEZ MARTÍN-RETORTILLO, R., «El registro obligatorio de la jornada diaria de trabajo. Impacto, efectos y estado de la cuestión tras tres años de vigencia», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 257, 2022, pp. 84-87.

de trabajo que remueva los actuales obstáculos para la conciliación de la vida laboral, personal y familiar, en especial en aquellos trabajos que están sujetos, aún sin denominarlos así nuestra ley, a un patrón de trabajo total o mayoritariamente imprevisible, para que no lo sea tanto.

No puede dejar de mencionarse que, probablemente, esa garantía de previsibilidad en el tiempo de trabajo estará completa si se limita adecuadamente el fenómeno que se ha calificado como «expansión de las zonas grises entre el trabajo y el no trabajo»⁷², pues un exceso en los tiempos de disponibilidad de la persona trabajadora no deja de ser una merma de aquella previsibilidad.

Finalmente, debe recordarse que los comentaristas de la Directiva 91/533 han puesto de manifiesto que, pese al relativamente alto cumplimiento formal por parte de los Estados miembros su grado de eficacia en el mercado de trabajo y el cumplimiento de sus objetivos ha sido escaso. Por ello, nuestro deseo es que la mejora en los contenidos también se acompañe de una mejora en el cumplimiento material de los postulados de la nueva Directiva, en particular en nuestro país, contribuyendo efectivamente a la extensión en nuestra población del trabajo digno y, con él, de una vida más satisfactoria.

5. Bibliografía

AGUILERA IZQUIERDO, R. y CRISTÓBAL RONCERO, R., «Nuevas tecnologías y tiempo de trabajo: el derecho a la desconexión tecnológica», en VV. AA., *El futuro del trabajo que queremos*, Vol. II, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Madrid, 2017, pp. 331-342.

ARGÜELLES BLANCO, A. R.:

— *La protección de intereses familiares en el ordenamiento laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

— «Nuevas fórmulas jurídicas y problemas sociales en la gestión del tiempo de trabajo», ARGÜELLES BLANCO, A. R. y ROMERO BURILLO, (dir.), *Régimen jurídico y gestión racional del tiempo en la empresa*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 79-145.

BARRIOS BAUDOR, G., «Adaptaciones y/o reducciones especiales de jornada con ocasión de las crisis sanitaria COVID-19: Plan MECUIDA», *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 6, 2020, (BIB 2020\12109), pp. 1-11.

BENACH, J., «Prefacio», en *COMISIÓN DE PERSONAS EXPERTAS SOBRE EL IMPACTO DE LA PRECARIEDAD LABORAL EN LA SALUD MENTAL EN ESPAÑA*, *Precariedad laboral y salud mental. Conocimientos y políticas*. Vicepresidencia Segunda del Gobierno-Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2023, p. 2. Disponible en <https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/trabajo14/Documents/2023/170323-informe-salud-mental.pdf>. (Consultado el 5 de junio de 2023).

CABEZA PEREIRO, J.,

— «Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral de las personas trabajadoras», en LOUSADA AROCHENA, J. F., (Coord.), *El principio de igualdad en la negociación colectiva*, *Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos-Ministerio de Trabajo e Inmigración*, Madrid, 2008, pp. 215-285.

— «La Directiva de conciliación de la vida familiar y profesional», *Revista de Derecho Social*, n.º 92, 2020, pp. 41-80.

⁷² Sobre esa expansión y sus causas, *vid.* MARTÍN RIVERA, L., «Tendencias recientes en la ordenación del tiempo de trabajo», *loc. cit.*, n.º 250, pp. 143 y ss.

- CASAS BAAMONDE, M. E. y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.**, «Las medidas laborales y de seguridad social en el estado de alarma y en la “desescalada”», en RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER Y CASAS BAAMONDE (dir. y coord.), *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la pandemia*, Francis Lefebvre, Madrid, 2020, pp. 15-90.
- CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL DE ESPAÑA**, «Mujeres, trabajos y cuidados: Propuestas y perspectivas de futuro», Pleno ordinario de 27 de abril, de 2022, disponible en https://www.igualdadenlaempresa.es/recursos/estudiosMonografia/docs/Informe_MUJERES_TRABAJOS_Y_CUIDADOS.pdf.
- CRUZ VILLAZÓN, J.**, «Teletrabajo y coronavirus: de la emergencia a la permanencia», en RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER y CASAS BAAMONDE (dir. y coord.), *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la pandemia*, Francis Lefebvre, Madrid, pp. 175-198.
- DE LA CORTE RODRÍGUEZ, M.**, «La Directiva relativa a la conciliación de la vida familiar y profesional y su repercusión en la legislación española», *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, n.º 146, 2020, pp. 69-96.
- DOMÍNGUEZ MORALES, A.**, *Igualdad, no discriminación y negociación colectiva*, Ediciones Cinca, Madrid, 2018.
- FALGUERA BARÓ, M. A.**, *Análisis de urgencia de la legislación laboral durante el estado de alarma por el Covid-19*, Bomarzo, 2020.
- FERNÁNDEZ PRIETO, M.**, «Conciliación de responsabilidades de progenitores y cuidadores e igualdad de oportunidades en la Directiva (UE) 2019/1158», *Revista Derecho Social y Empresa*, n.º 12, 2020, pp. 1-29.
- GALA DURÁN, C.**, «Las medidas adoptadas en materia de Seguridad Social y conciliación de la vida laboral y familiar en relación con la crisis del Coronavirus COVID-19», *La Administración práctica: enciclopedia de administración municipal*, n.º 5 /2020, (BIB 2020\11318), pp. 1-10.
- GARCÍA ROMERO, B.**, «Necesidades de cuidados, derechos laborales y medidas para mitigar su impacto en la protección social», en GARCÍA ROMERO B. y LÓPEZ ANIORTE, M. C. (dir. y coord.), *Protección social de los cuidados*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 25-73.
- GARCÍA RUBIO, M. A.**, «Nuevas aportaciones de la jurisprudencia constitucional en materia de conciliación de la vida laboral y familiar: el reconocimiento de la discriminación por circunstancias familiares y disparidad de criterios respecto al derecho de adaptación de la jornada», *Relaciones Laborales*, n.º 13, 2011, pp. 729-757.
- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.**, «Medidas para favorecer la flexibilidad interna en las empresas en la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma laboral», en GARCÍA-PERROTE I. y J. MERCADER, *La regulación del mercado laboral. Un análisis de la Ley 3/2012 y de los aspectos laborales del Real Decreto-ley 20/2012*, Valladolid, Lex Nova, 2012, pp. 223-240.
- IGARTUA MIRÓ, M. T.:**
- *Ordenación flexible del tiempo de trabajo: Jornada y horario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
 - «Promoción de la igualdad de género a través de “fórmulas de trabajo flexible”. Reflexiones y propuestas a la luz de la Directiva (UE) 2019/1158», *Femeris*, vol. 7, n.º 2, pp. 86-114.
- JALIL NAJI, M.**, «La transposición de la Directiva 2019/1152: ¿Una oportunidad para intervenir en la precariedad laboral asociada a la ordenación jurídica del tiempo de trabajo», *Congreso Internacional «Retos interdisciplinarios en el Entorno de la Industria 4.0»*, pp. 201-215.

- LAHERA FORTEZA, J. y GARCÍA QUIÑONES, J. C.**, *Tiempo de trabajo y conciliación familiar*, Bomarzo, Albacete, 2008.
- MANEIRO VÁZQUEZ, Y.**, *Cuidadores, igualdad y no discriminación y corresponsabilidad: la (r) evolución de los derechos de conciliación de la mano de la Directiva (UE) 2019/1158*, Bomarzo, Albacete, 2023.
- MARTÍN RIVERA, L.**, «Tendencias recientes en la ordenación del tiempo de trabajo», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 250, pp. 135-182.
- MARTÍNEZ BARROSO, M.^a R.**, «Tiempo de trabajo y desconexión digital. Hacia una nueva ordenación a partir de la normativa comunitaria y su interpretación judicial», *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, n.º 154, 2022, pp. 69-96.
- MARTÍNEZ MORENO, C.**, «La nueva regulación de la adaptación de la jornada con fines de conciliación ¿hasta dónde llega el avance?», *Revista de Derecho Social y de la Empresa*, n.º 12, 2020, pp. 61-80.
- MERCADER UGUINA, J. R.**, «Los “tiempos” de la Directiva (UE) 2019/1152: transparencia y lucha contra la precariedad laboral como objetivos», *Documentación laboral*, n.º 122, 2021, pp. 9-22.
- MIÑARRO YANINI, M.**, «Del fallido debate de la jornada de “35” horas al de “32”: la dialéctica entre reducción o distribución de la jornada de trabajo», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, n.º 456, 2021, pp. 5-10.
- MIRANDA BOTO, J. M.^a.**, «Algo de ruido. ¿Cuántas nueces? La nueva Directiva (UE) 2019/1152, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea” y su impacto en el Derecho español», *Temas Laborales*, n.º 149, 2019, pp. 71-100.
- MONTOYA MEDINA, D.**, «Teletrabajo y prevención de riesgos laborales», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 243, 2021, pp. 35-76.
- NIETO ROJAS, P.**, «La adaptación de la jornada por necesidades de conciliación de la vida familiar en el RD Ley 6/2019. El derecho reconocido en el art. 34.8 ET y los límites a su ejercicio», en DE DA PUEBLA PINILLA, A. y MERCADER UGUINA, J. R., *Tiempo de reformas. En busca de la competitividad empresarial y de la cohesión social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 245-277.
- NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P.**, *Novedades en relación con la jornada de trabajo y los derechos de conciliación (Tras la aprobación del RD 6/2019, de 1 de marzo)*, Dickinson, Madrid, 2019.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO**, *Trabajar para un futuro más prometedor*, Ginebra, 2019.
- POYATOS I MATAS, G.**, «Cuidados, pensión de jubilación y perspectiva de género», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, n.º 458, 2021, pp. 111-126.
- QUÍLEZ MORENO, J. M.^a.**, «La jornada de trabajo y su relación con el trabajo efectivo: Reflexiones sobre si el mismo es eficaz o eficiente y cumple con el trabajo decente», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 254, 2022, pp. 25-54.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.:**
- «Medidas para la conciliación de la vida laboral y familiar ante la emergencia sanitaria por Covid-19», en RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER y CASAS BAAMONDE (dir. y coord.), *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la pandemia*, Francis Lefebvre, Madrid, 2020, pp. 255-288.

— «Los cuidados a las personas mayores: aspectos organizativos, subjetivos y asistenciales de los denominados “servicios públicos de proximidad”», *Lex social*, n.º 2021, p. 662-728.

RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, S., «Los derechos de conciliación corresponsable en el derecho español a la luz de la Directiva 2019/1158», *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, n.º 154, pp. 141-180.

RODRÍGUEZ MARTÍN-RETORTILLO, R., «El registro obligatorio de la jornada diaria de trabajo. Impacto, efectos y estado de la cuestión tras tres años de vigencia», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 257, 2022, pp. 61-92.

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E., «La “soberanía del tiempo”. Unilateralidad e imposición en la distribución del tiempo de trabajo frente a conciliación corresponsable», *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 40 (1), 2022, pp. 37-55.

ROMERO BURILLO, A. M.^a, *El marco regulador del teletrabajo*, Atelier, Barcelona, 2021.

SALA FRANCO, T., «La Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea y su transposición en ordenamiento laboral español», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 251, 2022, pp. 29-48.

VELASCO PORTERO, M.^a T., «El tiempo de trabajo y su organización», en SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. (dir.), KAHALE CARRILLO, D. y VELASCO PORTERO T. (coord.), *El principio de igualdad en la negociación colectiva*, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Madrid, 2016, pp. 191-281.