

La necesidad de adaptar ciertos derechos personales y familiares a parejas de hecho y núcleos monoparentales

Carolina Blasco Jover

*Profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Alicante*

Extracto

La conciliación de la vida familiar y laboral es un tema que siempre ha estado de actualidad por las innegables consecuencias que a nivel personal y profesional posee para las personas trabajadoras y para las empresas. Y más aún en una época como esta, de crisis sanitaria y económica, que ha hecho saltar las costuras de un derecho que, a decir verdad, nunca ha estado bien atado o perfilado. No obstante, este trabajo va más allá. No se centra tanto en ese debate que se ha abierto tras el tsunami que ha provocado la COVID-19 en materia de conciliación, sino, más bien, en cómo los derechos de conciliación (y otros derechos por circunstancias personales como el permiso por matrimonio) actualmente vigentes en el Estatuto de los Trabajadores adolecen de ciertas disfuncionalidades que terminan por afectar a parejas de hecho y familias monoparentales, es decir, estructuras familiares que se alejan del modelo tradicional. Su realidad social es evidente, como lo son las mayores cargas familiares que debe soportar el titular de un hogar monoparental o los lazos afectivos que se generan entre dos personas que optan por no constituir matrimonio entre ellas. La redacción estatutaria puede llegar a ignorar en cierta forma las necesidades de estos núcleos familiares; unas necesidades que, de igual forma que las tradicionales, merecen ser tenidas en cuenta. Este estudio pretende efectuar una revisión crítica de ciertos derechos previstos en el texto legal, proponiendo reformas que, quizá en un futuro no muy lejano, pudieran ser tenidas en cuenta por la legislación ordinaria.

Palabras clave: pareja de hecho; familia monoparental; conciliación; derechos por circunstancias personales.

Fecha de entrada: 20-07-2020 / Fecha de revisión: 02-09-2020 / Fecha de aceptación: 08-09-2020

Cómo citar: Blasco Jover, Carolina. (2020). La necesidad de adaptar ciertos derechos personales y familiares a parejas de hecho y núcleos monoparentales. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 451, 109-148.



The need to adapt certain personal and family rights to common-law partners and single-parent families

Carolina Blasco Jover

Abstract

Family and work life balance is a topic that has always been current due to the undeniable consequences that it has on a personal and professional level for workers and for companies. And even more in the current health and economic crisis, which has demolished a right that, in truth, has never been well tied or outlined. However, this work goes further. It does not focus so much on that debate opened after the tsunami triggered by COVID-19 has caused in terms of conciliation, but rather in how the conciliation rights (and another personal rights currently like permission by marriage) in force in the Workers Statute suffer from certain dysfunctionalities that end up affecting unmarried couples and single-parent families, that is to say, family structures that move away from the traditional model. Their social reality is evident, as are the greater family burdens that the owner of a single-parent home or the affective bonds that are generated between two people who choose not to constitute marriage between them. The Workers Statute may go so far as to ignore the needs of these family groups; needs that, just like the traditional ones, deserve to be taken into account. This work aims to carry out a critical review of the right provided in the legal text, proposing reforms that, perhaps in the not too distant future, could be taken into account by the ordinary law.

Keywords: common-law partners; single-parent families; family and work life balance; personal rights.

Citation: Blasco Jover, Carolina. (2020). The need to adapt certain personal and family rights to common-law partners and single-parent families. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 451, 109-148.





Sumario

1. Introducción y delimitación del objeto de estudio
 2. Breve apunte sobre la situación demográfica de las familias monoparentales y de las parejas de hecho en España
 3. Suficiencias e insuficiencias de la legislación actual en materia de derechos de conciliación y derechos por circunstancias personales y propuestas de mejora
 - 3.1. El permiso por matrimonio
 - 3.2. El permiso por fallecimiento, accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización
 - 3.3. El permiso para el cuidado de lactante
 - 3.4. El permiso por hospitalización de menor tras el parto
 - 3.5. La reducción de jornada
 - 3.6. La movilidad geográfica por traslado de cónyuge
 - 3.7. La suspensión por nacimiento de hijo/a, adopción o acogimiento
 - 3.8. La excedencia por cuidado de hijos/as y de familiares
 4. A modo de conclusiones
- Referencias bibliográficas

1. Introducción y delimitación del objeto de estudio

Incluso en la situación en la que se enmarca el desarrollo de este trabajo, la crisis sanitaria, social y económica que ha provocado la pandemia de la COVID-19, se ha estado debatiendo, si bien por razones no netamente laborales, sino más bien de oportunismo político y de demagogia ideológica, la necesidad de reformar el Estatuto de los Trabajadores (ET) con la finalidad de derogar la reforma laboral acaecida en el año 2012 en sus aspectos más lesivos. No obstante, más allá de los temas más candentes, existen otros de los que también merece la pena ocuparse, pues existen en el texto legal ciertas disfuncionalidades que, hoy en día, en aras de una mayor igualdad jurídica, convendría corregir. Tales disfuncionalidades o anomalías tienen que ver, por lo que aquí interesa, con las uniones no matrimoniales y las familiares monoparentales¹, entendiendo por tales (Iglesias de Ussel, 1998, p. 28) las formadas por un solo ascendiente y uno o varios hijos o hijas y cuya situación como estructura familiar deriva de múltiples condicionantes: la maternidad en solitario, el fin de la relación entre la pareja (separación de hecho o de derecho, viudedad, divorcio, abandono familiar, anulación del matrimonio), la adopción o el acogimiento por personas solteras o la ausencia de la convivencia por otras circunstancias como la hospitalización de un miembro de la pareja o su encarcelamiento o la emigración².

¹ Un objetivo este, el de la protección a la diversidad familiar, que, por cierto, está incluido en el acuerdo de coalición entre PSOE y Unidas Podemos (punto 5.3).

² En el ámbito estatal, el concepto de familia monoparental no ha sido aún objeto de definición legal (aunque un tibio intento lo encontramos en el art. 82.2 Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del impuesto sobre la renta de las personas físicas). Sí, por el contrario, en el ámbito autonómico. Así, por ejemplo, el Decreto 19/2018, de 9 de marzo, del Consell, por el que se regula el reconocimiento de la condición de familia monoparental en la Comunitat Valenciana, distingue entre familia monoparental y en situación de monoparentalidad. La primera:

[...] está conformada de alguna de las maneras siguientes:

- a) Aquella formada por una persona y su descendencia, que esté inscrita en el Registro Civil solo con ella como progenitora.
- b) Aquella formada por una persona viuda o en situación equiparable y la descendencia que hubiera tenido con la pareja desaparecida.
- c) Aquella formada por una persona y las personas menores de edad que tenga en acogida por tiempo igual o superior a 1 año, y las mayores de edad que hayan estado en acogida permanente; o aquella formada por una persona que tenga la consideración de familia acogedora de urgencia-diagnóstico.
- d) Aquella formada por una persona y su descendencia sobre la que tenga en exclusiva la patria potestad.

La realidad social de estas estructuras familiares que se alejan del modelo tradicional es evidente, como lo son también las mayores cargas familiares que debe soportar el titular de un hogar monoparental o los lazos afectivos que se generan entre dos personas que optan por no constituir matrimonio entre ellas. La redacción estatutaria, por lo que atañe básicamente a los derechos de conciliación y a ciertos derechos personales como el permiso por matrimonio, puede llegar a ignorar en cierta forma las necesidades de estos núcleos familiares; unas necesidades que, de igual forma que las tradicionales, merecen ser tenidas en cuenta. Este estudio pretende, pues, analizar si las concretas medidas que se enumeran a este respecto en el ET dispensan la necesaria protección a las personas integrantes de aquellos dos colectivos. Piénsese, a estos efectos, que el concepto de familia tradicional, basado en un modelo de participación dual en el que ambos cónyuges se encargan (o deben encargarse) de las responsabilidades familiares, no es que haya quedado obsoleto, pero sí que ha perdido su monopolio por la irrupción de otras unidades familiares

En situación de monoparentalidad, por su parte, se encuentra la familia que está conformada de alguna de las maneras siguientes:

- a) Aquella formada por una persona y su descendencia sobre la que tiene la guarda y custodia exclusiva si los ingresos anuales de la unidad familiar, incluidas las pensiones de alimentos, divididos por el número de unidades de consumo son inferiores al 150 % del IPREM vigente calculado en 12 mensualidades.
- b) Aquella formada por una mujer que ha sufrido violencia de género, de acuerdo con la Ley orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, y la descendencia sobre la que tiene la guarda y custodia.
- c) Aquella formada por una pareja y su descendencia, en la que una de las personas progenitoras esté en situación de ingreso en la prisión o de hospitalización en un centro hospitalario, por un periodo ininterrumpido durante un tiempo igual o superior a 1 año, si los ingresos anuales de la unidad familiar, incluidas las pensiones de alimentos, divididos por el número de unidades de consumo son inferiores al 150 % del IPREM vigente calculado en 12 mensualidades.
- d) Aquella formada por una pareja que convive y la descendencia, en la cual una de las personas progenitoras tenga reconocido un grado 3 de dependencia, la incapacidad permanente absoluta o la gran invalidez si los ingresos anuales de la unidad familiar, incluidas las pensiones de alimentos, dividido por el número de unidades de consumo son inferiores al 150 % del IPREM vigente calculado en 12 mensualidades.

Por su parte, la Proposición de Ley integral de protección y apoyo a las familias presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos (BOCG de 14 de febrero de 2020) define a la familia monoparental como:

[...] la integrada por un ascendiente con uno o más hijos, siempre que no conviva con otra persona con la que constituya matrimonio o pareja de hecho, en los siguientes supuestos:

- a) Cuando el ascendiente figure como el único progenitor del hijo o hijos en el Registro Civil.
- b) Cuando el ascendiente tenga en exclusiva la patria potestad del hijo o hijos.
- c) Cuando el ascendiente esté viudo o en situación equiparada.

Se asimilarían a ellas:

[...] las familias constituidas por dos ascendientes con uno o más hijos, cuando solo uno de ellos tenga en exclusiva la guardia y custodia de los mismos, sean o no comunes, y siempre que ambos no convivan juntos ni con otra persona con la que constituyan matrimonio o pareja de hecho.

o de convivencia que no se ajustan *stricto sensu* a los requisitos convencional y legalmente fijados. La elaboración normativa al pensar en el primer modelo de familia ha generado, en mi opinión, ciertas salvedades en materia de derechos que deben ser erradicadas si no se quiere ofrecer una protección sesgada para unos colectivos y para otros. Por ello, desde este trabajo, se va a abogar por actualizar el catálogo de derechos familiares y personales para adaptarlo a las nuevas realidades sociales, y ello a partir de dos ideas clave. Por un lado, la perspectiva de género, pues no puede obviarse que la mayor parte de las familias monoparentales están encabezadas por mujeres sobre las que recae todo el peso de intentar compatibilizar trabajo y vida familiar. La conciliación, sobre todo en estos casos, se vuelve aquí un pilar fundamental para no convertirse en un colectivo en riesgo de exclusión social. Por otro, el hecho social cada vez más arraigado que suponen las uniones no matrimoniales en nuestro país. Las normas, en este caso, las laborales, no pueden desconocer la protección que merece la pareja de hecho, ya que, aunque no unida por vínculo conyugal, su convivencia con la otra persona y el cuidado mutuo que existe entre ambas y entre estas y la familia que constituyan la debe hacer merecedora de ciertos permisos o derechos que, por ahora, se le niegan.

La finalidad de este trabajo, pues, es analizar cuál es el estado actual de la legislación para comprobar el tratamiento que se le otorga a la familia monoparental y a la unión de convivencia, cuáles son los derechos previstos por las normas laborales que podrían ser, en un futuro quizá no muy lejano, modificados para conseguir avances en esta materia y cuál sería la base que permitiría sustentar la aplicabilidad de tales derechos a los supuestos que aquí nos ocupan. No obstante, antes de ello, resulta de todo punto conveniente, para contextualizar este estudio, reseñar, cuál es la situación sociodemográfica de estos dos núcleos de población.

2. Breve apunte sobre la situación demográfica de las familias monoparentales y de las parejas de hecho en España

Tomando como referencia los datos estadísticos del Instituto Nacional de Estadística (INE) del año 2019 (último año a la fecha de cierre de este trabajo), el total de hogares en España era de 18.625.700, suponiendo una variación anual del 0,5 % en comparación con los referenciados en el año 2018. De ellos, 3.937.200 estaban formados por parejas sin hijos/as, mientras que 6.219.200 lo estaban por parejas con hijos/as. Ello supone que en España el prototipo de familia lo conforma la pareja, pues un total de 10.156.200 hogares están integrados por dos personas adultas y, de ellos, en el 61,23 %, conviven, además, los hijos/as. Si ponemos ahora el foco en las familias monoparentales, se puede observar cómo experimentan un leve ascenso en el año 2019, llegando a un total de 1.887.500 hogares (variación anual del 0,5 %). Y lo cierto es que esta cifra no ha parado de crecer. Si en el año 2000, los hogares monoparentales eran en torno a los 182.000, en la actualidad, como se ha apuntado, existen casi un total de 2 millones de hogares en esa situación, por

lo que puede decirse que son el único modelo de familia que dibuja una clara línea ascendente. Su peso porcentual sobre el total de hogares que conviven con hijos/as es, además, de entidad, pues representa un 23,28 %, es decir, aproximadamente una cuarta parte de esos hogares³.

En los hogares monoparentales, además, y volviendo a una idea ya apuntada en la introducción, se observa un evidente sesgo de género, pues son las mujeres las que mayoritariamente están al frente de los mismos. En concreto, en el año 2019, había 1.530.600 hogares con una mujer a la cabeza de estas familias (el 81,1 % del total), siendo ella viuda en un 40,5 % de los hogares, divorciada en un 29,2 %, soltera en un 14,4 %, separada en un 9,6 % y casada en un 6,3 %. Los hogares con padres al frente representaban, por el contrario, el resto, 356.900, aunque bien es cierto que, mientras que en ese año los hogares liderados por la madre con hijos/as presentaron una variación relativa del -0,5 %, el de padres con hijos/as presentó tal variación en positivo, en concreto, en un 4,9 %; hecho este seguramente debido al incremento en el número de custodias compartidas. Con todo, tal abrumadora mayoría de madres a cargo ha representado una tendencia a lo largo de estos años⁴ y lleva a pensar, desde luego, en la necesidad, como se solicita desde muy diversos foros, de avanzar hacia políticas de empleo y conciliación que tengan en cuenta esta realidad y que faciliten a las mujeres, que son las más proclives a padecer cierto tipo de discriminaciones o inconvenientes de otra índole en el ámbito laboral, poder compatibilizar trabajo y familia de la mejor forma posible. Muchos estudios e informes, de hecho, ya advierten que el triple factor de vulnerabilidad por el que atraviesan estos hogares (género, responsabilidades no compartidas y edad⁵) no hace más que situar a las mujeres a su cargo en un serio riesgo de exclusión social⁶. La falta de oportunidades laborales que se adapten a sus especiales circunstancias, la ausencia prolongada de ingresos, las inferiores oportunidades de promoción o la insuficiencia, como se verá después, de las actuales

³ Comparativamente, por ejemplo, los hogares que en España están formados por parejas homosexuales representan el 0,88 % del total.

⁴ Tomando como referencia el arco temporal de 2013 a 2019, se constata cómo el número de hogares monoparentales con mujeres a cargo se mantiene en torno al millón y medio, mientras que el de hogares con hombres al frente se sitúa en una horquilla de entre 300.000 a casi 360.000, aproximadamente.

⁵ Dejando a un lado a las mujeres mayores de 65 años, la edad mayoritaria de las mujeres al frente de estas familias oscila en el rango de entre los 45 a los 54 años. No obstante, a este rango de edad le sigue de cerca el de 35 a 44 años. Es decir, en ambos casos, habida cuenta del retraso en la maternidad, no es infrecuente que pueda existir en el seno de las familias lideradas por estas mujeres un conflicto entre la necesidad de compaginar el trabajo con el cuidado de menores dependientes.

⁶ Según el informe para 2019 de la Red Europea de Lucha contra la Pobreza y la Exclusión Social, el indicador de pobreza AROPE (*At Risk Of Poverty and/or Exclusion*) para los hogares monoparentales es en España del 42,9 %; cifra que es exactamente el doble de la tasa media de todos los hogares y casi veinte puntos porcentuales superior a la que soportan las familias nucleares (dos personas adultas con uno o más niños/as dependientes). Esta notable diferencia con el resto de tipos de familia se ha mantenido, además, sin interrupción, incluso durante los mejores años del periodo expansivo anterior a la crisis.

medidas de conciliación colocan a muchas madres solas ante el abismo del desempleo de larga duración o, en el mejor de los casos, ante la tesitura de aceptar trabajos de escasa cualificación o, incluso, no regulados, que igualmente las conducen hacia la precariedad. Todo ello debiera ser tomado en cuenta en la agenda política nacional e incluso europea para evitar la cronificación de la adversa situación por la que atraviesan los hogares monoparentales. Apostar por medidas de acción positiva, por la flexibilidad o por la mejora de los mecanismos de conciliación son maneras, entre otras, de abordar de forma integral la vulnerabilidad de estos hogares y de sus cabezas de familia, máxime si se tiene en cuenta que su grado de compromiso con las empresas contratantes será normalmente alto habida cuenta de que el salario se convierte en la principal fuente de financiación de su familia.

El análisis que realiza el INE de los hogares españoles también evidencia la pérdida del monopolio del matrimonio como vínculo que une a las parejas. En efecto, aunque las parejas casadas siguen siendo la inmensa mayoría (en 2019 representaban el 84,29 %), se evidencia una clara predisposición por la convivencia extramatrimonial, siendo de media un total de 1.600.000 personas las que, en el periodo 2013-2019, decidieron unirse de esta forma. Dato este todavía más llamativo si tenemos en cuenta que en el año 2001 el número de parejas de hecho censadas era de 563.723, lo que evidencia que esta forma de convivencia está, aunque con sus ligeras variaciones, en alza en España. Por otra parte, las estadísticas contabilizan que 46.600 de tales uniones de hecho son de parejas homosexuales, más de la mitad de ellas formadas por hombres (27.000 en total). Por lo demás, es tendencia que quienes constituyen con más frecuencia pareja de hecho son las personas solteras (1.265.000) frente a las que ya han estado unidas anteriormente por vínculo matrimonial (516.500); una línea progresiva esta que, si bien con pequeñas variaciones en el intervalo de años de 2013 a 2019, se mantiene prácticamente constante. De las parejas de hecho constituidas por personas solteras, un poco más de la mitad conviven sin descendencia (53,5 %), mientras que el resto (46,5 %) convive con hijos/as, ya sean comunes (87,75 %) o no comunes (12,24 %). El abrumador dato del 87,75 % no hace más que confirmar la predilección de las personas solteras que se unen de forma extraconyugal por tener descendencia sin pasar antes por los ritos de la unión matrimonial. Tal predisposición ya no se muestra tan contundente cuando se trata de parejas de hecho en las que los dos o uno de sus integrantes han estado unidos por vínculo matrimonial y, tras disolverlo, se unen mediante esta forma de convivencia. Así, del total de estas parejas de hecho, el 40,25 % convive sin hijos/as, mientras que el 59,75 % convive con descendencia. Y, de estos últimos, el 52,73 % convive con hijos/as comunes, mientras que el 47,27 % convive con hijos/as no comunes.

Visto, pues, que los datos demuestran que la realidad de las parejas de hecho y de las familias monoparentales no puede desdeñarse habida cuenta de que son situaciones familiares con una progresión constante a lo largo de estos años, pasemos ahora a analizar las concretas medidas en materia de derechos por circunstancias personales y familiares que quizá podría contemplar un futuro ET.

3. Suficiencias e insuficiencias de la legislación actual en materia de derechos de conciliación y derechos por circunstancias personales y propuestas de mejora

3.1. El permiso por matrimonio

La letra a) del artículo 37.3 del ET recoge el primer permiso que debe ser objeto de estudio, el permiso por matrimonio. Es esta una licencia de 15 días naturales que se concede a las personas trabajadoras que han optado por un determinado modo de unión estable, la matrimonial, con la finalidad, precisamente, de facilitar la transición de un estado civil a otro. La circunstancia que activa este permiso, por lo tanto, está ligada al hecho de contraer nupcias. No nos encontramos, pues, ante un derecho perteneciente a las personas ya casadas. Sus destinatarias son las personas trabajadoras futuras contrayentes, ya que es el acto en sí de la unión matrimonial lo que va a determinar que exista razón para su concesión⁷. Téngase en cuenta, asimismo, que este permiso no se limita a un único matrimonio durante la vida de la persona trabajadora. Al contrario, pues se generarán tantos permisos como matrimonios se hayan contraído, y ello ya sea con la misma persona o con otra distinta⁸. Por lo demás, qué tipo de matrimonio es el que se requiere es algo que, aunque sabido, conviene recordar. Justificará la activación de este derecho toda aquella unión estable que se realice siguiendo los requisitos de fondo y forma que marcan los artículos 49 a 65 del Código Civil (CC). Se concederá, pues, el permiso cuando se haya contraído válidamente matrimonio civil, religioso o, incluso, por poderes, siendo indiferente que tal unión sea entre parejas de distinto o del mismo sexo⁹.

⁷ La titularidad de este permiso es, por lo tanto, de la persona trabajadora que va a contraer nupcias. Pero no es extraño encontrar en los convenios cláusulas que permitan la concesión de un permiso, normalmente de 1 o 2 días, por el matrimonio de ciertos familiares. Así, por ejemplo, puede verse el Convenio colectivo estatal del corcho (Resolución de 6 de marzo de 2020, BOE de 14 de mayo), el Convenio de Air Nostrum LAM, SA (pilotos) (Resolución de 10 de marzo de 2020, BOE de 13 de mayo), el Convenio de EDF Fenice Ibérica, SLU (Resolución de 19 de marzo de 2020, BOE de 13 de mayo), el Convenio de estaciones de servicio (Resolución de 2 de marzo de 2020, BOE de 11 de marzo), el Convenio colectivo de Orange Espagne, SAU (Resolución de 7 de octubre de 2019, BOE de 18 de octubre) y el Convenio de empresas de seguridad (Resolución de 19 de enero de 2018, BOE de 1 de febrero).

⁸ Es posible encontrar convenios, no obstante, en los que se limita el número de veces en que se disfruta este permiso en un periodo de tiempo determinado, por ejemplo, en no más de una ocasión en un plazo de 3 años, aunque solo en el caso de las parejas de hecho (Convenio colectivo de Orange Espagne, SAU. Resolución de 7 de octubre de 2019, BOE de 18 de octubre) o una vez al año, aunque también solo en el caso de las parejas de hecho (Convenio colectivo sectorial, de ámbito estatal, de las administraciones de loterías. Resolución de 5 de junio de 2019, BOE de 19 de junio).

⁹ Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio (BOE de 2 de julio).

Ahora bien, el problema es evidente que se plantea cuando la persona trabajadora opta por una fórmula de unión con su pareja distinta al acto del matrimonio. Y es que, no obstante las diversas oportunidades que ha tenido quien legisla para modificar el tenor literal del precepto, señaladamente a través de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de conciliación de la vida laboral y familiar de las personas trabajadoras, de la Ley orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, sobre medidas de protección integral contra la violencia de género, y de la también Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, lo cierto es que las parejas de hecho no se encuentran incluidas en el radio de acción del artículo 37.3 a) del ET. Con todo y naturalmente, de lo anteriormente expuesto no cabe derivar que, a través de la negociación colectiva, no sea posible establecer otro régimen jurídico más favorable para la persona trabajadora, habida cuenta de la naturaleza de norma mínima de este precepto¹⁰. De hecho, existen actualmente multitud de convenios que admiten la concesión de esta licencia también a las parejas unidas a través de una fórmula distinta a la matrimonial, siempre y cuando cumplan con unos determinados requisitos, por ejemplo, la inscripción en el Registro de Parejas de Hecho correspondiente¹¹.

Señalados resumidamente los términos en que este derecho puede activarse, interesa ver ahora si pueden existir argumentos jurídicos bastantes para cuestionar, desde el plano constitucional, el mantenimiento de la existencia de una unión matrimonial como elemento que condiciona, al menos en el terreno estatutario, el ejercicio de este permiso. O, por decirlo de otro modo, ¿puede ser contrario al mandato contenido en el artículo 14 de la Constitución española (CE) una norma como la de la letra a) del artículo 37.3 del ET que excluye a ciertos núcleos de convivencia de un permiso como el que aquí se trata cuando lo que se pretende conseguir con su concesión es que la pareja disponga de cierto tiempo libre para constituirse como tal y para celebrar su unión?

¹⁰ Sobre el papel de los convenios para extender adecuadamente la protección del artículo 37.3 a) del ET a las parejas de hecho debidamente acreditadas, puede leerse, por todas, la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 9 de diciembre de 2010 (rec. 1572/2010).

¹¹ Entre otros, pueden citarse el Convenio colectivo de Michelin España Portugal, SA, para los centros de trabajo de Tres Cantos (Madrid) y de Illescas (Toledo) (Resolución de 19 de junio de 2020, BOE de 3 de julio), el Convenio colectivo estatal del corcho (Resolución de 6 de marzo de 2020, BOE de 14 de mayo), el Convenio de EDF Fenice Ibérica, SLU (Resolución de 19 de marzo de 2020, BOE de 13 de mayo), de CTC Externalización, SLU (Resolución de 1 de marzo de 2020, BOE de 18 de marzo), de BT España, Compañía de Servicios Globales de Telecomunicaciones, SAU (Resolución de 1 de marzo de 2020, BOE de 11 de marzo), de Orange Espagne, SAU (Resolución de 7 de octubre de 2019, BOE de 18 de octubre), Logifruit, SL (Resolución de 18 de febrero de 2019, BOE de 12 de marzo), el Convenio de Estudios e Ingeniería Aplicada XXI, SA (Resolución de 19 de junio de 2015, BOE de 3 de julio) y el Convenio de Allianz, Compañía de Seguros y Reaseguros, SA (Resolución de 2 de agosto de 2018, BOE de 27 de agosto). También se dan casos en los que el convenio es fiel a la letra del precepto estatutario y extiende todos los permisos que reconoce, menos el de matrimonio, a las parejas de hecho. Claros ejemplos son el Convenio colectivo estatal de empresas de seguridad (Resolución de 19 de enero de 2018, BOE de 1 de febrero) y el Convenio colectivo de Decathlon España, SA (Resolución de 13 de marzo de 2017, BOE de 27 de marzo).

El Tribunal Constitucional (TC) –no se desconoce– no ha tachado de inconstitucional el precepto. De hecho, en reiteradísimas ocasiones¹² ha señalado que ambos tipos de convivencia, la marital y la extramarital, son realidades diferentes y no equiparables, protegida la primera por normas de alto nivel (art. 32 CE), mientras que no así la segunda. Y siendo el derecho a contraer matrimonio un derecho constitucional que los poderes públicos pueden promover y favorecer, se señala como perfectamente legítimo que quien legisla establezca diferencias de trato y consecuencias jurídicas más favorables a las uniones matrimoniales que a las puramente fácticas, siempre, claro está, que con ello no se impida a la pareja unirse a través de otras fórmulas de convivencia. Por lo tanto, y con base en este argumento, la expulsión de las parejas de hecho del ámbito de aplicación personal del permiso por matrimonio resulta ser una decisión legislativa perfectamente compatible con las exigencias propias del principio de igualdad; principio que en absoluto impone otorgar un trato unitario a todas las realidades jurídicas que pudieran plantearse. Antes al contrario, porque el tratamiento diferenciador resulta posible, pero siempre y cuando encuentre una justificación objetiva y razonable. Y aquí, en el concreto ámbito de este permiso, siempre parece haber existido tal justificación.

Este tradicional argumento, la no equiparación legislativa entre las parejas unidas en matrimonio y las unidas por otra fórmula de convivencia por tratarse de supuestos distintos, ha llevado, como se sabe, a que se articularan derechos para unas y otras cuyo ejercicio es o bien diferente (piénsese en los requisitos exigidos para que quien integre una pareja de hecho pueda lucrar la pensión de viudedad) o bien excluyente, como es el caso del permiso que aquí se trata (y de otros), y ello sin que desde las más altas instancias judiciales se haya planteado la inconstitucionalidad de tales medidas. Ahora bien, en mi opinión, creo que debe ser tiempo ya de avanzar y superar ciertos anacronismos propios de una legislación estatutaria y de una visión de otra época, ajena a las nuevas realidades y cambios sociales.

En efecto, la solución podría ser bien distinta si se optase por un criterio interpretativo o, incluso, reformista de las normas basado en la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas. Y, desde esta perspectiva, el hecho de que el precepto estatutario solo otorgue el permiso por matrimonio a los supuestos derivados de uniones matrimoniales implica, a mi juicio, un trato desigual prohibido que debería, en una futura reforma, ser atajado (Molina Navarrete, 2020, p. 162). La piedra angular de este planteamiento creo que puede encontrarse en el artículo 39 de la CE. Este es un precepto que, como se sabe, protege a la familia, pero sin que se exprese claramente que la familia a la que hay que tutelar es a la tradicional, a la nacida del vínculo matrimonial. Antes al contrario, pues, de un lado, en el precepto no se contempla una definición del término «familia», por lo que este puede abarcar muy diversas realidades y, de otro, se señala que:

¹² En este sentido, *vid.* Sentencias del TC (SSTC) 184/1990, de 15 de noviembre, y 39/1998, de 17 de febrero, entre otras. Siguiendo esta línea, *vid.* la STS de 22 de octubre de 2019 (rec. 78/2018).

[...] los poderes públicos deberán velar por la protección integral de los hijos, iguales estos ante la ley –y aquí está el quid de la cuestión– con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil¹³ [y que las personas progenitoras] deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.

Si en estos términos se expresa el artículo 39 de la CE, restando importancia a que la familia se haya constituido a través del vínculo conyugal¹⁴ para que deba protegerse y tutelarse a los hijos/as y a las madres y para que se despliegan los deberes paternofiliales, quizá pueda plantearse una relectura del precepto en clave actual y en el sentido de convertirlo en el eje a partir del cual pueda sostenerse que la Constitución no establece diferencias entre el matrimonio y otras uniones estables para entender conformada la familia. Argumentación esta que no entraría en contradicción con lo dispuesto en el artículo 32 de la CE, precepto que, aunque coloque a la institución del matrimonio al más alto nivel, lo cierto es que tan solo contempla el derecho de la pareja a contraerlo, no excluyendo, por tanto, otras opciones igualmente legítimas derivadas del libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE).

Lógica consecuencia de este planteamiento es que pueda defenderse, al contrario de lo que hace el TC, la equiparación entre matrimonio y unión estable de convivencia por lo que al permiso del artículo 37.3 a) del ET se refiere. ¿O acaso concurre en las parejas de hecho alguna necesidad, de la índole que fuera, que justificara otorgarles un tratamiento distinto y específico? La respuesta se muestra, a mi juicio, clara y contundente: ninguna particularidad existe en ellas por la que quepa defender un tratamiento diferenciador y más gravoso por excluyente. De hecho, si atendemos a la finalidad para la que fue concebido este permiso (conceder ese lapso de tiempo para formalizar la unión y celebrarla), ni sociológica ni jurídicamente puede llegar a pensarse que las parejas de hecho no se encuentren en la misma situación que las unidas por vínculo conyugal. Antes al contrario, porque tanto unas como otras se encuentran, ante el acaecimiento de un mismo suceso (la unión estable), en igual situación jurídica merecedora de idéntica tutela. Por lo tanto, dado que la base de unos supuestos y de otros vendría a ser la misma, podría llegar a defenderse, sin

¹³ Con esta alusión a las madres, parece que pueda existir en el precepto constitucional un cierto reconocimiento a la familia monoparental formada por madre e hijo/a que merecería igual protección jurídica por parte de los poderes públicos que la familia tradicional formada por ambas personas progenitoras. Si esto así se acepta, es claro que el permiso por nacimiento de hijo/a podría hacerse valer tanto en el seno de una familia tradicional como en el seno de una familia monoparental. Y ello en el bien entendido que quien ostenta la condición de cabeza de familia en este último supuesto podría ser tanto la madre sola como el padre solo, en tanto que resultaría de todo punto ilógico, y más actualmente, defender que el artículo 39.2 de la CE estaría agotando todas las posibilidades de familia monoparental que se pueden llegar a constituir.

¹⁴ En este sentido, *vid.* STC 222/1992, de 11 de diciembre.

mayores ambages, que la protección dispensada para ambos casos debiera ser también la misma¹⁵. Ello no obstante, cabe reconocer que no a toda pareja de hecho se le podría conceder este permiso.

En efecto, obvio es que sí cabría tal reconocimiento cuando de una pareja de hecho formalizada se tratara, entendiendo por tal la que cumpliera con todos los requisitos legales que se le impusieran para su reconocimiento oficial, que deberían ser, básicamente, su inscripción o acreditación notarial como pareja y la inexistencia de vínculo matrimonial anterior para evitar con ello supuestos de uniones no monogámicas. En estos casos en los que existe una relación pública y notoria, acreditada en el plano jurídico, de dos personas que, pudiendo contraer matrimonio entre sí, deciden no hacerlo libremente por los motivos que fueren, ha de reconocerse que existiría el presupuesto de base por el que este permiso fue creado, otorgar cierto tiempo libre para formalizar convenientemente la unión y disfrutar de un lapso temporal para la celebración. No se opondría, sin embargo y a mi parecer, al principio de igualdad una reforma del artículo 37.3 a) del ET que excluyera a otro tipo de parejas de hecho, las «no formales», del ámbito de aplicación del permiso. Podría parecer esta una limitación un tanto rigorista; pero lo cierto es que, de algún modo y en algún punto, ha de fijarse la frontera de la protección, pues, a fin de cuentas, de lo que se trata es de conceder un permiso que es retribuido a cargo de la empresa y cuya solicitud ha de quedar debidamente justificada. Y así la inscripción registral o, en su caso, la constitución en documento público de la pareja serían los acontecimientos que, como análogos a la boda, determinarían el reconocimiento del derecho al permiso para las uniones *more uxorio*. Tales medios son, a mi modo de ver, adecuados y proporcionados al fin que con ellos se pretende: acreditar que ha existido una acción deliberada y consciente por parte de quienes integran la pareja de proporcionar a su convivencia la pertinente cobertura jurídica, para la que se necesita de tiempo libre para llevarla a cabo y que puede quedar debidamente acreditada ante la empresa. La formalización de la pareja actuaría entonces como reveladora, en el plano del derecho, de un proyecto de vida estable y sólido –no, por tanto, esporádico, incierto u oculto a terceras personas–, proporcionando seguridad jurídica a la empresa y evitando, en consecuencia, el posible fraude en la utilización del permiso¹⁶.

¹⁵ Así se defiende también en el voto particular de la STS de 22 de octubre de 2019 (rec. 78/2018). Por su parte, la STC 184/1990, de 15 de noviembre, ya advertía que no:

[...] toda medida que tenga como únicos destinatarios a los cónyuges, con exclusión de quienes conviven establemente en unión de hecho, [podrá ser] siempre y en todos los casos compatible con la igualdad jurídica y la prohibición de discriminación que la Constitución garantiza en su artículo 14.

¹⁶ Entendiendo ello de modo distinto, *vid.* el Convenio colectivo de Beer&Food (Resolución de 13 de junio de 2020, BOE de 25 de junio) que amplía a la pareja de hecho el permiso por matrimonio exigiendo tan solo el certificado de convivencia expedido por el Ayuntamiento.

Sentado lo anterior, no se obvia, sin embargo, que esta equiparación en el articulado legal entre parejas de hecho y matrimoniales podría implicar un nuevo problema. Piénsese en la persona trabajadora que formalizó su unión como pareja de hecho ante el registro correspondiente y a la que se le concedió el permiso de 15 días. Si, posteriormente, esa persona trabajadora decide contraer nupcias con quien es su actual pareja, ¿debería concedérsele de nuevo el permiso con base, esta vez, en el hecho del matrimonio? En mi opinión, la respuesta a esta pregunta debe ser negativa. Permitir la segunda concesión del permiso supondría que la empresa debería asumir, de nuevo, los costes de la ausencia de una de sus personas trabajadoras, algo que, ciertamente, quizá no esté justificado si se atiende a la finalidad de esta licencia. En efecto, si el objetivo que se pretende cumplir es la concesión de unos días libres para llevar a cabo la transición o el cambio de estado civil, puede decirse que este ya se alcanzó la primera vez que se concedió el derecho. Y si ello es así, no puede más que concluirse, en consecuencia, que, una vez disfrutados los 15 días, no habría posibilidad de volver a disponer de ellos por segunda vez para contraer nupcias con la misma pareja, habida cuenta de que el permiso ya se habría agotado.

Es más, otro argumento vendría a refrendar este planteamiento. Si quien legisla articula la modificación legislativa a través de la equiparación entre los matrimonios y las parejas de hecho, cabe pensar que lo que estaría haciendo, al fin y al cabo, sería reconocer que el hecho causante que provoca el permiso es el mismo, la unión estable entre dos personas, ya se llame esta matrimonio o convivencia extramatrimonial¹⁷. También desde esta perspectiva, entonces, quedaría fuera de toda duda que la identificación entre ambas situaciones no podría ser entendida como avaladora de un doble permiso, uno por matrimonio y otro por creación de pareja de hecho estable. Teniendo en cuenta que las personas trabajadoras son libres de casarse o de constituir una unión libre, parece evidente que, una vez disfrutado de un permiso por un motivo, lo que no cabe es volverlo a disfrutar por cambio del estatus familiar con la misma pareja. Cosa distinta, eso sí, sería que se contemplasen dos tipos de permisos, el permiso de matrimonio, por un lado, y, por otro, un permiso específico para parejas de hecho, dotado de su regulación particular.

3.2. El permiso por fallecimiento, accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización

En el artículo 37.3 b) del ET, en su redacción dada por el Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para la igualdad de mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, contempla el permiso para atender a ciertos infortunios familiares. Es esta una

¹⁷ Así, por ejemplo, el Convenio colectivo de AP-1 Europistas, Concesionaria del Estado, SAU (Resolución de 3 de septiembre de 2014, BOE de 13 de septiembre), estipula que «no podrá disfrutarse el permiso más de una vez por una unión (entendiendo por unión tanto boda como pareja de hecho) con la misma persona».

licencia cuya finalidad es armonizar o hacer compatibles las obligaciones de trabajo con los deberes sociales y familiares de asistencia y compañía que surgen en los puntuales casos de fallecimiento o enfermedad grave de parientes o afines muy próximos, máxime cuando el conocimiento por parte de la persona trabajadora de cualquiera de los infortunios descritos en la norma puede impedirle de modo psicológico continuar con su labor¹⁸. Y, a estos efectos, dos son los requisitos legales que deben concurrir simultáneamente para que pueda ser concedida: de un lado, que la causa que la active sea alguna de las cuatro contempladas en la norma (un fallecimiento, un accidente o enfermedad que puedan ser calificados de graves, una hospitalización o una intervención quirúrgica que, aunque no requiera hospitalización, precise, no obstante, de reposo domiciliario); de otro, que las personas causantes de estos infortunios se encuentren dentro del círculo familiar más próximo de la persona trabajadora. Comenzando por esto último, habría que decir que la lectura que ha de darse al término empleado en el precepto, «parientes», acotado en el segundo grado, pasa por entender comprendidas en el mismo a una serie de personas que se encuentran, como se ha dicho, dentro del círculo familiar más próximo de la persona trabajadora, y ello con independencia de que exista o no convivencia o roce familiar entre ellas, porque nada exige el precepto. Así las cosas, dentro de la línea consanguínea, habría que entender incluidos, teniendo en cuenta el tope del segundo grado, a hijos/as y nietos/as, en línea recta descendiente, a padres/madres y abuelos/as, en línea recta ascendiente, y a hermanos/as, en línea colateral. Del mismo modo, familiares por afinidad, también hasta el segundo grado, serían los hijos/as del cónyuge, los cónyuges de los hijos/as y nietos/as, los padres y madres de aquellos y los abuelos/as y hermanos/as políticos.

Dejando a un lado el olvido de quien legisla de los hijos/as adoptados y que conveniría que fuera corregido si nos atenemos a lo estipulado en el artículo 108 del CC, ya de entrada llama la atención, por lo que aquí importa, que no se incluya al cónyuge entre las personas causantes del permiso. Ciertamente, como el matrimonio no genera parentesco (art. 915 CC), a quien es cónyuge no se le puede considerar como a un familiar hasta segundo grado, con lo que, en principio, estaría excluido del radio de acción del precepto. Sin embargo, parece ilógico que pueda denegársele este permiso por accidente, enfermedad, hospitalización, intervención quirúrgica o fallecimiento, máxime cuando es este el que otorga la protección a los familiares por afinidad. Por ello, no estaría de más, a fin de evitar hipotéticas controversias futuras, que se impulsara una reforma legislativa al respecto¹⁹.

¹⁸ STS de 18 de febrero de 1998 (rec. 539/1997). Su punto de referencia se encuentra, como se sabe, en la Directiva 96/34/CE del Consejo, de 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental, cuya cláusula tercera dispone que los Estados miembros o los interlocutores sociales «adoptarán las medidas necesarias para autorizar a los trabajadores a ausentarse del trabajo por motivos de fuerza mayor vinculados a motivos familiares urgentes en caso de enfermedad o accidente que hagan indispensable la presencia inmediata del trabajador».

¹⁹ Como ya se hace, por otra parte, en algunos convenios colectivos. Por citar solo uno, *vid.* Convenio colectivo para el sector de harinas panificables y sémolas (Resolución de 4 de junio de 2020, BOE de 17 de junio).

¿Y qué ocurre con las parejas de hecho? Porque la lógica de incluir a quien es cónyuge en el radio de acción de este permiso podría no encontrarse cuando de un miembro de la pareja de hecho se tratase, toda vez que podría esgrimirse el mismo argumento que en el caso del permiso por matrimonio: la no equiparación entre las uniones matrimoniales y las no matrimoniales²⁰. No obstante, y habida cuenta de que la familia no matrimonial posee los mismos efectos por lo que se refiere al parentesco que la conyugal y de que idéntica carga psicológica puede sufrir la persona trabajadora a causa del infortunio padecido por su pareja de hecho (o, incluso, por los familiares de esta), parece difícil justificar el tratamiento desigual en estos casos. Si bien se mira, el reconocimiento de este permiso a las parejas unidas de forma no matrimonial no puede suponer desviación alguna de su finalidad, pues la preocupación por la otra persona y el anhelo de proveerla de ayuda en difíciles momentos existirán con independencia de que se hayan contraído o no nupcias. Abunda en esta idea el hecho de que ninguna referencia expresa se realiza en este permiso al matrimonio. La no existencia de tal requerimiento en el tenor literal del artículo 37.3 b) del ET serviría, de este modo, para avalar, junto con lo dicho anteriormente, una interpretación amplia del ámbito subjetivo de la norma²¹.

Con todo, creo que puede defenderse aquí una diferencia con respecto a lo que se dijo más arriba sobre el permiso por matrimonio. Allí, si se recuerda, se expuso como condicionante de la pareja de hecho que estuviera debidamente constituida. Quedaban excluidas, pues, del radio de acción del permiso el resto de uniones, las parejas de hecho «puras», que no se hubiesen constituido como tales en la forma legalmente prevista para quedar sujetas al régimen jurídico propio de estas. Pues bien, aquí creo que en buena lógica debe mantenerse una postura distinta, más amplia e integradora. Como antes se ha explicado, que se exija en el caso del permiso por matrimonio la inscripción o formalización de la pareja es de todo punto coherente con la estructura del permiso, que necesita de un acontecimiento a partir del cual pueda computarse el plazo de los 15 días y que pueda justificarse ante la empresa. No obstante, y en el caso de la licencia que en este epígrafe se aborda, no

²⁰ Lo que no ha impedido, ello no obstante, que los convenios colectivos hayan extendido el círculo de familiares de un modo tal que abarque también a los convivientes *more uxorio* e, incluso –aunque ello ya no es tan habitual– a los familiares de estos. Entre ellos se encuentran los Convenios de Districenter, SA (Resolución de 1 de marzo de 2020, BOE de 11 de marzo), de Hertz de España, SL (Resolución de 23 de diciembre de 2019, BOE de 7 de enero), de Logifruit, SL (Resolución de 18 de febrero de 2019, BOE de 12 de marzo), de ESC Servicios Generales, SL (Resolución de 21 de marzo de 2018, BOE de 4 de abril), el Convenio de empresas de seguridad (Resolución de 19 de enero de 2018, BOE de 1 de febrero), el de Iberdrola Inmobiliaria, SAU (Resolución de 12 de febrero de 2016, BOE de 23 de febrero) y el del Grupo de Empresas E.ON España (Resolución de 20 de enero de 2015, BOE de 30 de enero).

²¹ De hecho, ya existen convenios que contemplan a la pareja de hecho como sujeto causante de este permiso. Así, por citar dos, *vid.* Convenio colectivo de Michelin España Portugal, SA, para los centros de trabajo de Tres Cantos (Madrid) y de Illescas (Toledo) (Resolución de 19 de junio de 2020, BOE de 3 de julio) y Convenio colectivo del Grupo de empresas Mercadona, SA, y Forns Valencians Forva, SA, Unipersonal (Resolución de 4 de febrero de 2019, BOE de 18 de febrero).

considero que pueda existir inconveniente alguno para incluir a las uniones no formalizadas, pero estables, en el ámbito subjetivo de aplicación del derecho.

En efecto, en mi opinión, este permiso debe hacerse extensible tanto a las parejas de hecho constituidas formalmente como a las que no lo estén. A las primeras, incluso, sin exigírseles que acrediten una convivencia estable, notoria e ininterrumpida antes del hecho causante, porque si nada de ello se requiere para el resto de parientes, sería exagerado, a mi modo de ver, requerírsele a las parejas de hecho que ya hubiesen oficializado su unión. Por un motivo similar, no creo que pueda exigirse que tal formalización deba haber sido realizada con una antelación mínima al hecho causante, bastando, pues, como en el caso del matrimonio, con que se constate la correspondiente inscripción o formalización en documento público para que uno u otro elemento puedan erigirse como hecho constitutivo de la realidad y seriedad, en el plano jurídico, de la pareja. Requerir, además de ello, la verificación de que las personas convivientes hayan formalizado su unión con cierto lapso temporal de antelación al hecho causante no vendría a ser más, en mi opinión, que una exigencia probatoria duplicada sobre un mismo extremo, la existencia de la pareja de hecho.

Pero, como se ha dicho, no solo se aboga por extender este derecho a las parejas de hecho formalizadas, sino también a las que no lo estén. A mi modo de ver, el incumplimiento de los requisitos formales constitutivos de la realidad de la pareja no puede ser tomado como causa suficiente para negar a los miembros de otras clases de parejas el disfrute del derecho, porque iguales vínculos afectivos se han podido crear en el seno de una unión formalizada que en el seno de otra no formalizada pero cuyo vínculo es duradero en el tiempo. Cuestión distinta, eso sí, será delimitar qué deba entenderse por tal vínculo duradero. Y aquí, irremediabilmente, debe entrar en juego el requisito de la convivencia, pues no de otro modo podría verificarse la existencia de la pareja y su propósito de mantener un proyecto conjunto de vida estable y sólido que, precisamente por su durabilidad, podría haber generado unos vínculos afectivos tales entre sus miembros que sería lo que explicaría, en última instancia, la concesión del permiso.

A estos efectos, podría sostenerse, en este sentido, la aplicación por analogía de los 5 años de convivencia inmediata, notoria e ininterrumpida previstos por el artículo 221 de la Ley general de la Seguridad Social (LGSS) para que el miembro de la pareja de hecho superviviente pueda lucrar la pensión de viudedad. No obstante, exigir tal lapso temporal en este contexto parece excesivo. Ciertamente es que en la pensión de viudedad tiene su lógica en tanto que entronca directamente con la concesión de una pensión vitalicia a cargo de fondos públicos y las cautelas, a juicio, de quien legisla deben extremarse. Pero, en el plano que ahora nos ocupa, el disfrute de un permiso de tan corta duración, 5 años se antoja verdaderamente un lapso de tiempo extremadamente dilatado para que a través de él se pueda acreditar la proyección en el tiempo de la pareja y, por ende, su realidad. Por ello, veo más conveniente defender que se entienda la existencia de este vínculo duradero si se acredita un tiempo inferior de convivencia inmediata e ininterrumpida al hecho causante, pero que fuera lo suficientemente extenso (1 año tal vez) para que pueda afirmarse que quienes

componen la pareja se unen con cierta voluntad de permanencia y con una voluntad conjunta y seria de afecto, socorro y auxilio mutuo. Ello no obstante, tal requisito podría no exigirse si la pareja tuviera descendencia en común, en cuyo caso podría bastar la acreditación de convivencia estable debidamente probada²².

Como se ha visto, pues, existen argumentos bastantes para abogar por la reforma del ámbito subjetivo del permiso del artículo 37.3 b) del ET. No obstante, no son los únicos, pues tales rectificaciones podrían realizarse, igualmente, sobre la base de lo dispuesto en la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento 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. Así, el artículo 1 e) de tal norma europea dispone que familiares de la persona trabajadora son el «hijo, hija, padre, madre o cónyuge del trabajador, o pareja de hecho de este cuando las uniones de hecho estén reconocidas en el derecho nacional». Y fíjese, además, que quedan excluidos los parientes por afinidad, lo que tal vez no sea un desacierto desde el punto de vista del impacto de género que tienen los derechos de conciliación, pues son las mujeres las que suelen ocupar el rol de cuidadoras respecto de sus suegros/as. La eliminación de la afinidad en el permiso que nos ocupa, con base en lo dispuesto en la norma europea, tal vez podría contribuir a lograr una mayor corresponsabilidad entre hombres y mujeres en este contexto.

En otro orden de ideas y sentado ya que una futura reforma del precepto estatutario por lo que hace a su ámbito subjetivo de aplicación podría plantearse en el sentido que aquí se indica, cabe apuntar ahora una cuestión acerca de los acontecimientos que activan el disfrute del permiso y, más en concreto, en el de la enfermedad del familiar. Fíjese que, en este caso, la alteración de la salud que se produzca como consecuencia de un proceso patológico o de un suceso acaecido repentinamente ha de poder ser calificada como «grave». Tal gravedad ha de existir, pues, cuando se solicita el permiso y no en un momento posterior, ya que, en ese caso, el sentido y la finalidad de la norma habrían quedado cuando menos en entredicho. Pues bien, más allá del debate acerca del concepto mismo de «gravedad», que deberá ser interpretado en atención a las circunstancias concurrentes del caso en concreto, lo cierto es que, con tal exigencia, se puede poner en un cierto apuro a quien es cabeza de familia monoparental, pues ante una enfermedad calificada como de «no grave», este permiso no podrá solicitarse para el cuidado del hijo/a enfermo, a salvo, claro está, de previsión más favorable en convenio (Goñi Sein, 2005, p. 24).

Tal disfunción en estos supuestos podría quedar atemperada de argumentar que la persona progenitora podría hacer uso de su derecho a la adaptación por conciliación del

²² Solución esta que no es ajena a nuestro ordenamiento jurídico en tanto que ya la incorpora el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (art. 2 bis).

artículo 34.8 del ET o de otros instrumentos, como la reducción de jornada, que la propia norma habilita para conciliar oportunamente la vida familiar con la laboral. Al límite, incluso podría solicitar el disfrute de alguno de los días de vacaciones que le restaran. No obstante, todos estos instrumentos, si bien se mira, no hacen más que colocar al progenitor solo o a la progenitora sola en la difícil tesitura de o bien someterse a una negociación *a priori* difícil con la empresa, o bien ver reducidas sus opciones retributivas o vacacionales. Por ello, y en la línea de un futuro ET que incidiera aún más en la importancia que la conciliación tiene ya no solo a nivel familiar, sino también empresarial y hasta productivo, no estaría de más que se plantease la posibilidad de fijar legalmente que, previa negociación colectiva, se creara una bolsa de horas de libre disposición acumulables entre sí, de hasta un tanto por ciento de la jornada anual y con carácter recuperable, dirigida de forma justificada a la adopción de medidas de conciliación para el cuidado y atención de hijos/as menores, pero también, y ya trascendiendo del hecho biológico de la maternidad, de personas mayores o con diversidad funcional o discapacidad reconocida a cargo²³.

3.3. El permiso para el cuidado de lactante

El artículo 2.9 del Real Decreto-Ley 6/2019 modifica el apartado cuarto del artículo 37 del ET con el fin de otorgarle una nueva redacción al permiso por lactancia más ajustada a los cánones que marca la corresponsabilidad. De esta forma, se reforma su denominación, se clarifican aspectos tales como su finalidad y su titularidad, se realizan ajustes en el ejercicio del derecho a la reducción de jornada y se introduce como novedad lo que bien podría pasar a denominarse «reducción de jornada corresponsable» a la que también como novedad se le anuda una prestación económica a cargo de la Seguridad Social. Con todo y a pesar de la reciente reforma, lo cierto es que, a los efectos que en este trabajo importan, pueden encontrarse en el nuevo precepto ciertas disfuncionalidades que pueden afectar a las familias monoparentales. Veamos.

Como se conoce, es este un permiso que tiene por objeto el cuidado de los hijos/as de corta edad, una edad que se fija en los 9 meses, y que, como es fácilmente comprensible, requiere de las personas adultas una rigurosa y especial atención a las necesidades vitales, físicas y afectivas de la persona menor. No es un permiso, por tanto, para la protección de

²³ Enfatizando en esta necesidad de conciliar más allá del supuesto contemplado en la norma estatutaria, ya existen convenios que contemplan una bolsa de horas que la persona trabajadora podrá utilizar para acompañar al médico a menores o a familiares (en ocasiones, incluso, a la pareja de hecho) que precisen de tratamiento por encontrarse en situación terminal o grave. Así, Convenio colectivo estatal del corcho (Resolución de 6 de marzo de 2020, BOE de 14 de mayo), Convenio de Globalia Handling, SAU (Resolución de 10 de marzo de 2020, BOE de 13 de mayo) y Convenio de CTC Externalización, SLU (Resolución de 1 de marzo de 2020, BOE de 18 de marzo).

la maternidad, ni tampoco está destinado en exclusiva a la alimentación del hijo/a²⁴. Siendo ello así, resultaba evidente que una hipotética reforma del artículo 37.4 del ET debía conllevar un cambio en la denominación del permiso, que es precisamente lo que hace el Real Decreto-Ley 6/2019. En efecto, amén de realizar la sustitución del término «trabajadores» por «personas trabajadoras» para adoptar un lenguaje más inclusivo y políticamente correcto (aunque, a mi modo de ver, no era jurídicamente necesario), la denominación que ahora se otorga al permiso por lactancia es la de «permiso para el cuidado del lactante», lo que va en la línea antedicha de dejar bien claro cuál es la finalidad que debe perseguirse con este permiso y desterrar, de una vez por todas, la identificación del mismo con el hecho biológico de la lactancia materna, que puede darse o no darse, siendo indiferente este dato (Blasco Jover, 2019, p. 55).

Con todo, puede plantearse si no hubiera sido adecuado dar un paso más allá en los nuevos perfiles configuradores de este derecho. Este permiso cierto es que nació para solventar una necesidad muy concreta, ofrecer un tiempo a la madre trabajadora para dedicarse a la alimentación del hijo/a recién nacido. Con el tiempo, este modo de entender el permiso cambió hasta el punto de otorgarlo indistintamente y de modo intransferible tanto a la madre como al padre biológicos, tanto a la madre como al padre adoptivos y a quienes acojan a la persona menor o la tengan en guarda para su adopción. Y si ello es así y el permiso va destinado, en general, al cuidado de esta en una fase tan especial de su vida y de tanta dependencia de las personas adultas, es posible preguntarse si cabría la extensión de este derecho a sujetos –también personas trabajadoras, pues de otro modo no tendría sentido la concesión de un permiso como este– que tuvieran con aquella otros vínculos familiares distintos a los enunciados²⁵.

Pues bien, a mi modo de ver, la finalidad de la institución y la mejor tutela del bien jurídico protegido conducen a pensar que la reforma operada por el Real Decreto-Ley 6/2019 debiera haber entrado también en esta cuestión y haber eliminado o, en su caso, complementado las circunstancias de filiación que dan lugar al reconocimiento del derecho. A fin de cuentas, si de lo que se trata es de proporcionar el debido cuidado y atención a la persona lactante, se debería haber pensado también en aquellos supuestos en los que otros parientes, por ausencia de las personas progenitoras o, al límite, por la existencia de una de ellas que asume sola toda la responsabilidad, tuvieran que hacerse cargo del menor u ofrecer un apoyo adicional en su crianza²⁶ en esa fase tan importante de su vida, afectiva, física y psicológicamente hablando, y compatibilizar esa tarea con el trabajo que estuviesen

²⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de septiembre de 2010 (asunto Roca Álvarez).

²⁵ Aunque dentro del segundo grado por mantener la coherencia interna entre normas estatutarias.

²⁶ Cuya necesidad habría de quedar debidamente acreditada a través, por ejemplo, del informe que pudieran realizar los servicios sociales.

desempeñando²⁷. Este planteamiento, no se desconoce, puede no estar exento de crítica en tanto que podría argumentarse en contra que, para ello, estas personas podrían acogerse a la excedencia por cuidado de familiares, a la reducción de jornada prevista en el artículo 37.6 del ET o a la ya citada adaptación por conciliación contemplada en el artículo 34.8 del ET.

No obstante, dos argumentos vendrían a avalar el posicionamiento que aquí se defiende. El primero, basado en razones de practicidad. Porque, fíjese que cualquiera de estas tres opciones planteadas ocasiona, a mi parecer, problemas quizá incompatibles con la mejor tutela y protección del bien jurídico protegido por el permiso por cuidado de lactante. Así, de un lado, la excedencia recogida en el segundo párrafo del artículo 46.3 del ET parece estar pensada (aunque muy discutiblemente, como luego se dirá) para el cuidado de otras personas de la familia (las de edad avanzada) y, además, implica la pérdida del salario. Por otro lado, la reducción de jornada, al margen de otras consideraciones, conlleva –y aquí estaría el problema– una reducción proporcional del salario, algo que no se considera, en líneas generales, en el permiso por cuidado de lactante. Y, en fin, en cuanto a la adaptación por conciliación, es este un derecho que, como se conoce, está vinculado, a salvo de que el convenio establezca otra cosa, a que la empresa admita la solicitud de la persona trabajadora teniendo en cuenta las necesidades organizativas y productivas de la empresa, mientras que el permiso que aquí se estudia, existiendo preaviso y justificación, debe concederse sin tener en cuenta otras consideraciones.

El segundo argumento se alinea con una opción interpretativa de las normas que tenga en cuenta el interés superior del menor de acuerdo con lo dispuesto en la Convención sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989 (ratificada por España en 1990). Así, de acuerdo con el artículo 3.1 de la citada norma:

[...] en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

Este interés superior exige adoptar, como señala la Observación general número 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, «un enfoque basado en los derechos, en el que colaboren todos los intervinientes, a fin de garantizar la integridad física, psicológica, moral y espiritual holísticas del niño y promover su dignidad humana» (párrafo cinco). Para ello:

²⁷ Ampliación esta que no sería novedosa en nuestro ordenamiento, pues ya la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, instaura la figura de los «cuidadores no profesionales» y los define, en su artículo 2.5, como quienes «prestan atención a personas en situación de dependencia en su domicilio, [siendo] personas de la familia o de su entorno, no vinculadas a un servicio de atención profesionalizada».

[...] todos los Estados partes deben respetar y poner en práctica el derecho del niño a que su interés superior se evalúe y constituya una consideración primordial, y tienen la obligación de adoptar todas las medidas necesarias, expresas y concretas para hacer plenamente efectivas este derecho (párrafo trece) [y tener en cuenta que] el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial significa que los intereses del niño tienen máxima prioridad y no son una de tantas consideraciones (párrafo 39).

Esta consideración primordial exige, por lo demás, tener en cuenta varios elementos, entre ellos, la familia que «debe interpretarse en un sentido amplio que incluya a los padres biológicos, adoptivos o de acogida o, en su caso, a los miembros de la familia ampliada o la comunidad» (párrafo 59), el cuidado emocional del menor que es una «necesidad básica de los niños, que si los padres o tutores no la satisfacen [se requerirá] que se tomen medidas para que el niño cree lazos afectivos seguros [...] para ofrecer al niño un entorno estable» (párrafo 72) y las posibles situaciones de vulnerabilidad del menor (párrafo 75).

La convención, de igual forma, señala en su artículo 3.2, que:

[...] los Estados partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

Por su parte, el artículo 5 señala que:

[...] los Estados partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente convención.

Ciertamente, todos estos mandatos internacionales van encaminados a una misma dirección, lograr el bienestar del niño/a; un bienestar que, por lo que aquí interesa, bien podría conectarse con una reforma del ámbito subjetivo del permiso para el cuidado de lactante que permitiera a otras personas de la familia ejercer el derecho en situaciones como las anteriormente descritas de progenitores ausentes o de padres o madres solos que suponen de forma intrínseca una mayor vulnerabilidad de la persona menor. Ello contribuiría, a mi modo de ver, a paliar las necesidades de cuidado emocional de ese niño/a, proporcionándole un entorno estable en sus primeros meses de vida a cargo de miembros de su propia familia. Con todo, no llegándose a producir esta ampliación de los márgenes subjetivos del permiso, bien podría plantearse, de nuevo sobre la base de ese interés superior

del menor que debe tomarse como consideración primordial, que se articulara legalmente un derecho a la flexibilidad horaria, más allá de lo dispuesto en el artículo 34.7 del ET, que contemplara para estas concretas situaciones (y junto con otras) la necesidad de tutela y cuidado del menor por esas otras personas de la familia. O que incluso estas personas pudieran acogerse a esa hipotética bolsa de horas a la que se hacía referencia en el anterior epígrafe. Serían estas, aun así, medidas un tanto insuficientes para atender al debido cuidado de quien acaba de nacer en una época de tan especial vulnerabilidad; pero medidas, al fin y al cabo, que podrían contribuir a proporcionarle ese entorno estable que necesita.

Se detecta, por otra parte, otra disfuncionalidad en la configuración de este permiso que podría contravenir los derechos de las familias monoparentales. Señala también la norma que:

[...] cuando ambos progenitores, adoptantes, guardadores o acogedores ejerzan este derecho con la misma duración y régimen, el periodo de disfrute podrá extenderse hasta que el lactante cumpla 12 meses, con reducción proporcional del salario a partir del cumplimiento de los 9 meses.

Indudablemente estamos ante la concesión de un periodo de gracia del permiso que intenta favorecer la corresponsabilidad entre ambas personas progenitoras (Ballester Pastor, 2019, p. 34). Ejercitándose por las dos el derecho con «la misma duración y régimen», su disfrute se podrá extender hasta el año de vida del menor. En línea de principio y sin entrar ahora en otras disquisiciones, existe un problema con esta previsión, pues no queda bien claro si ese derecho al que alude la norma hace referencia al permiso por cuidado de lactante en general o a la reducción de jornada, que es una de las modalidades de su ejercicio. Y, como de la ubicación de esta previsión en el texto nada se saca en claro, quizá un buen modo de resolver esta duda interpretativa sea acudiendo a las normas de Seguridad Social pues el propio Real Decreto-Ley 6/2019, en su artículo 4.9, ha introducido una nueva prestación económica «por ejercicio corresponsable del cuidado del lactante». En ese precepto se indica que:

[...] a efectos de la prestación económica por ejercicio corresponsable del cuidado del lactante, se considera situación protegida la reducción de la jornada de trabajo en media hora que, de acuerdo con lo previsto en el párrafo cuarto del artículo 37.4 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, lleven a cabo con la misma duración y régimen los dos progenitores, adoptantes, guardadores con fines de adopción o acogedores de carácter permanente, cuando ambos trabajen, para el cuidado del lactante desde que cumpla 9 meses hasta los 12 meses de edad.

Se configura, de este modo, una nueva situación protegida que da derecho a la correspondiente prestación y que parte de la base de que ambas personas progenitoras, las dos, han reducido su jornada para cuidar del menor desde que este cumple los 9 meses y hasta que cumpla los 12. Tomando este dato como punto de anclaje y aunando ambas previsiones, la del nuevo artículo 37.4 del ET, *in fine*, con la del nuevo redactado del artículo 183 de

la LGSS, se llega a la conclusión inexorable de que el periodo de gracia que se concede, que se extiende hasta el año de vida de la persona lactante y que queda cubierto por la protección de la Seguridad Social, solo acontecerá cuando se haga uso, «con la misma duración y régimen», de la reducción de jornada de media hora.

Ahora bien, obsérvese que esta ampliación del derecho solo procederá cuando existan dos personas progenitoras, siendo indiferente que estén unidas por vínculo conyugal, que formen pareja de hecho, que estén separadas o divorciadas. El dato relevante es la existencia de las dos pues la finalidad de esta previsión, junto con el carácter intransferible del permiso, es promover y fomentar el cuidado corresponsable del menor. No obstante, a pesar de esta encomiable finalidad y respecto de la cual nada se puede objetar, fíjese que una previsión como esta deja fuera de su ámbito de aplicación al progenitor solo o progenitora sola o sin pareja, que no podrá extender la duración de este permiso más allá de los 9 meses de vida del menor y que, por ello, ni siquiera podrá acceder a la correspondiente prestación pública. Es más, fíjese que ambas personas progenitoras deben hacer uso del derecho en las mismas condiciones y términos, algo que puede ser muy difícil de conjugar cuando media un divorcio o una separación no amistosa.

Se entiende, en fin y como se ha dicho, lo que ha pretendido quien ha legislado, pero, ciertamente, no puede evitar pensarse que, con esta configuración del derecho, se favorece manifiestamente un determinado modelo de familia, el tradicional formado por ambas personas progenitoras, en detrimento de otras formas de convivencia o de no convivencia. Algo ciertamente criticable desde el posicionamiento que en este trabajo se sostiene en tanto que, a mi modo de ver, mal encaja esta previsión con lo dispuesto en el artículo 39 de la CE e, incluso, con la prohibición de discriminación por estado civil de padres y madres. Por ello y aun aplaudiendo el paso que se da hacia la corresponsabilidad, quizá no hubiera estado de más que simplemente se atendiera al interés principal del menor y que cualquier progenitor/a pudiera hacer uso del derecho (no solo de la reducción de jornada) hasta que aquel cumpliera los 12 meses de vida, tal y como, por cierto, se prevé para el ámbito de la función pública en el Estatuto Básico del Empleado Público (art. 48 f).

3.4. El permiso por hospitalización de menor tras el parto

El artículo 37.5 del ET contempla el derecho de «las personas trabajadoras» a «ausentarse del trabajo durante una hora en el caso de nacimiento prematuro de hijo o hija, o que, por cualquier causa, deban permanecer hospitalizados a continuación del parto». También se contempla la posibilidad de que, por el mismo motivo, puedan «reducir su jornada de trabajo hasta un máximo de 2 horas con disminución proporcional del salario». *A priori*, pocas objeciones se le pueden realizar a la configuración legal de este permiso desde los postulados que en este trabajo se defienden. Sus titulares lo podrán utilizar cuando concurra el hecho causante, siendo indiferente que estén unidos conyugalmente, que no lo estén y conformen una pareja de hecho, que sean viudos/as o que estén separados/as o divorciados/as,

pudiendo ejercerlo en estos dos últimos casos tanto quien tenga atribuida la guarda y custodia como quien no la tuviera asignada.

Con todo, conviene hacer una salvedad en la línea ya apuntada anteriormente. Aunque el sujeto de la oración gramatical sean las personas trabajadoras, obvio es que el precepto se refiere exclusivamente al hijo/a de la propia persona trabajadora, que es quien va a disfrutar del permiso. No están incluidos, por tanto, en el radio de acción del precepto los nacimientos de hijos/as de parientes de la persona trabajadora. Siendo ello así y para el caso de las familias monoparentales compuestas por padre o madre solos, no estaría de más plantearse, siempre desde el punto de vista del interés de la persona recién nacida y de procurarle la debida atención afectiva durante su estancia hospitalaria, la misma ampliación a otras personas de la familia que la que se defendió para el caso del permiso para el cuidado de lactante, máxime cuando son estas las que en mayor medida podrían hacer uso del permiso al menos durante las primeras semanas tras el parto, en tanto que la madre biológica o la otra persona progenitora ya dispondrían de la cobertura jurídica suficiente, a través de la suspensión por nacimiento, para poder ausentarse del trabajo²⁸. En su defecto, bien podrían articularse soluciones similares a las anteriormente explicadas y, al límite, incluso podría darse cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 6 de la Directiva (UE) 2019/1158 antes citada que habilita para la creación de un «permiso para cuidadores» de 5 días laborables al año por persona trabajadora. Este permiso se configura, como se sabe, para dar cobertura a las ausencias de la persona trabajadora para «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». Parece, pues, que el derecho trasciende del hecho mismo del parentesco al permitir que la persona trabajadora pueda ausentarse, durante un determinado lapso temporal, para atender a los cuidados, incluso, de cualquier persona que viva en su mismo domicilio. La mera convivencia con quien requiera atención (junto, por supuesto, la concurrencia de un «motivo médico grave») será factor a considerar entonces para la concesión de este permiso. Y si esto así se entiende, este permiso para cuidadores/as bien podría ser utilizado por personas distintas a los progenitores/as para atender al cuidado de la persona menor que debe ser hospitalizada tras el parto.

3.5. La reducción de jornada

Como se conoce, contempla el artículo 37.6 del ET tres tipos de reducciones de jornada: la ligada a la guarda legal de una persona menor o con discapacidad, la que se anuda al cuidado directo de familiares, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por

²⁸ Durante las 6 semanas que le corresponden indefectiblemente a la madre biológica o las 4 (en 2020) o 6 (en 2021) que le corresponden a la otra persona progenitora. Tras ellas, el artículo 48.4 del ET prevé que el periodo de suspensión pueda interrumpirse y computarse, a instancia de la madre biológica o de la otra persona progenitora, a partir de la fecha del alta hospitalaria.

razones de edad, accidente o enfermedad no puedan valerse por sí mismos, y que no desempeñen actividad retribuida y, en fin, la vinculada al cuidado de hijo/a afectado por cáncer o por cualquier otra enfermedad grave. Todas ellas conllevan disminución proporcional del salario.

Pues bien, desde los postulados que erigen este trabajo, varias son las cuestiones a destacar aquí. Así, por lo que respecta a la reducción por guarda legal de menor de 12 años o persona discapacitada, *a priori*, nada que objetar. Quien causa el derecho puede haber nacido o no en el seno de una pareja unida por vínculo matrimonial y la persona beneficiaria, en consecuencia, puede ser la madre, la otra persona progenitora o, en su defecto, cualquier otra que tenga atribuida la tutela de quien sea menor o discapacitado. Es un derecho que puede ejercitarse, además, aunque exista crisis matrimonial o de pareja, debiendo estarse aquí al régimen de guarda que el juez o la jueza haya podido establecer, si compartida o en exclusiva en favor de una sola de las personas progenitoras. Si este fuera el caso, dada la dicción del precepto, parece claro que a quien no se le hubiera concedido la guarda no podrá ejercer el derecho. Este se concede para compatibilizar vida en familia y trabajo y mal puede aprovecharlo quien no convive habitualmente con la persona causante preocupándose por todo lo relacionado con su alimentación, cuidado, vestido, habitación, etc. Situación distinta sería si la guarda fuera compartida, pues resulta evidente que aquí ambas personas progenitoras podrán ejercerlo en atención al tiempo que les haya correspondido pasar con la persona causante.

Con todo, es de destacar que, en el caso de las familias monoparentales compuestas por padres o, especialmente, madres sin pareja y sin otra fuente de ingresos, existe en esta reducción un hándicap muy importante que puede contribuir a que no se solicite en su justa medida. Y ese hándicap no es otro, efectivamente, que la disminución del salario que lleva aparejada. Podría decirse, de nuevo, que a este problema vendría a dar respuesta el derecho a la adaptación por conciliación del artículo 34.8 del ET; pero de nuevo se abriría aquí el siempre difícil y espinoso tema de la negociación con la parte empresarial. Por ello, no estaría de más que, atendiendo a las especiales particularidades de este tipo de familias, se articulara otra fórmula para conciliar de modo óptimo vida familiar y laboral. Una fórmula, además, que podría ser amplia, extensiva, de atender a ese interés superior de la persona menor como consideración primordial de la que se hablaba anteriormente. Se trataría, en suma, de habilitar una suerte de flexibilidad horaria o, si se quiere, de reducción de jornada sin disminución de las retribuciones, de tal vez una hora, para el caso de guarda legal de personas menores de 12 años cuando en estas concurrieran una serie de circunstancias de mayor vulnerabilidad o de sobrecarga de quien ostenta la guarda que hicieran evidente la necesidad legal de una singular tutela, como que el niño/a requiera de especial atención, tenga menos de 3 años, haya nacido en el seno de una familia monoparental o cuando el guardador/a tenga a su cargo dos o más niños/as menores de 12 años²⁹. Y, ciertamente, teniendo en cuenta que

²⁹ En línea, por ejemplo, de lo que prevén ya ciertas normas de las comunidades autónomas, si bien en el ámbito funcional. Así, entre ellas, *vid.* Decreto 42/2019, de 22 de marzo, del Consell, de regulación de las condiciones de trabajo del personal funcionario de la Administración de la Generalitat Valenciana.

en el texto del ET ya pueden encontrarse preceptos que tienen en consideración las necesidades de las familias numerosas concediéndoles cierta ampliación de derechos de las que el resto no disfrutaban, lo que se plantea no podría tildarse de rareza o extrañeza desde el punto de vista legal en tanto que supondría ir un paso más allá y avanzar en la idea de que mejorar la conciliación puede contribuir a lograr una mayor eficacia y productividad en el trabajo.

Por lo que respecta a la segunda reducción de jornada, la destinada a quien precise encargarse del cuidado directo de una persona de la familia, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad³⁰, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí misma, y que no desempeñe actividad retribuida, fijese, ya por lo pronto, que ninguna referencia se realiza ni a quien es cónyuge ni a la pareja de hecho, olvido este sobre el que merecen realizarse todas las consideraciones hechas ya anteriormente y que debiera solventarse en una futura reforma del precepto³¹. Más allá de ello, obsérvese que la norma matiza que el cuidado de quien causa el derecho debe ser «directo», lo que indica claramente que la persona trabajadora debe ser la única que puede ayudar a su familiar, sea menor o mayor de edad, a realizar sus actividades cotidianas. Esta circunstancia podría suponer un freno en el ejercicio del derecho por parte de quienes son familia de la persona que es progenitora y que está sola a cargo de una familia monoparental, porque tendrían que demostrar que son las únicas (no, por tanto, la persona progenitora titular del hogar monoparental) que se encargan de proveer las necesidades y atención de la persona causante. Y esto puede ser así en ciertos casos, pero no en otros en los que, más que de cuidado directo, podría hablarse de apoyo adicional en el cuidado.

Por eso, en mi opinión y desde el punto de vista que se plantea en este trabajo, quizá lo más oportuno sea reformular el enunciado del precepto para dar cabida a más supuestos de los contemplados en la norma. Una reforma que podría pasar sencillamente por incluir a la persona que es cónyuge y a quien es pareja de hecho como posibles sujetos necesitados de atención y por la eliminación del adjetivo «directo» para facilitar el apoyo adicional en el cuidado de las personas causantes. O que, más certeramente, podría ir más allá, eliminando el requisito de parentesco o complementándolo, para acomodarse a otras previsiones legales. En concreto, a lo apuntado por el artículo 2.5 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, que señala que cuidadores/as no profesionales pueden ser «personas de la familia» de quien es dependiente «o de su entorno». Si los cuidados no profesionales los

³⁰ Debe reiterarse aquí lo dicho anteriormente sobre la conveniencia, desde un enfoque de género, de eliminar el condicionante de la afinidad de este tipo de reducciones de jornada. Es lo que ha hecho, precisamente, el Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 (art. 6.1).

³¹ Olvido que, por lo demás, corrigen ciertos convenios colectivos. Así, *vid.*, por citar un ejemplo, el V Convenio colectivo marco del Grupo Endesa (Resolución de 4 de junio de 2020, BOE de 17 de junio). Y olvido, por cierto, que ya corrige también el Real Decreto-Ley 8/2020 antes mencionado (art. 6.1).

puede proporcionar, entonces, una persona trabajadora que no tenga con la persona dependiente la relación de parentesco que exige el precepto estatutario, resultará que no tiene derecho a reducción de jornada alguna cuando ciertamente pudiera necesitarla. A evitar esta disfuncionalidad, a todas luces sin razón de ser, habría de ir encaminada también la modificación normativa por la que se aboga³².

Por último, por lo que atañe a la reducción de jornada para el cuidado directo, continuo y permanente, durante la hospitalización y tratamiento continuado, del menor a cargo afectado por cáncer o por cualquier otra enfermedad grave, que implique un ingreso hospitalario de larga duración, es este un derecho que se concede a las personas progenitoras, adoptantes, guardadoras o acogedoras. Se entiende, evidentemente, el sentido de concederle este derecho a las personas progenitoras que tengan al menor a su cargo (entendiendo la palabra en su más amplia acepción), pero de nuevo aquí se puede hacer la misma salvedad anterior: quien sea cabeza de familia de un hogar monoparental puede tener seriamente dificultoso el acceso a este derecho por las dificultades económicas y organizativas que esto pueda acarrear. Y ello más aún teniendo en cuenta que el disfrute de la prestación que viene anudada a este supuesto de hecho se condiciona a que ambas personas progenitoras trabajen (art. 190 LGSS y art. 4.2 RD 1148/2011, de 29 de julio). En efecto, la protección que dispensa la norma no se activa cuando quiebra, originaria o sobrevenidamente, la situación de hecho que la sostiene, que es que ambas personas progenitoras estén dadas de alta en la Seguridad Social. Se presupone, entonces, que de no trabajar alguna, esta, ostente o no la custodia del menor, dispone del tiempo preciso para cuidar y atender directa y personalmente al menor, siendo innecesario que la que está ocupada reduzca su jornada a ese mismo fin³³.

Ciertamente, puede entenderse este razonamiento desde el punto de vista normativo. La letra de la norma y el diseño de la prestación no dejan ni margen alguno para la duda sobre lo que se pretende (se trata de facilitar la reducción de jornada en caso de que las dos personas progenitoras trabajen y el cuidado del menor en estos casos) ni para diferenciar entre varios modelos de familia. De hecho, parece evidente que la norma está planteada para funcionar en un escenario diríase ordinario o tradicional, uno en el que ambas personas progenitoras forman parte de la misma unidad de convivencia. Pero ¿qué ocurre en el resto de supuestos? Porque la exigencia de que ambas trabajen acaba por expulsar de la protección del sistema a aquella que está sola (una única persona progenitora a cargo por inexistencia, incapacidad o fallecimiento de la otra) cuando, en realidad, la misma situación

³² Modificación que, por lo demás, incluso se alinearía con lo dispuesto en la Directiva 2019/1158 sobre el «permiso para cuidadores», en tanto que, si se recuerda, este permiso trasciende, en cierto sentido, del hecho mismo del parentesco para dar cobertura, también, a supuestos en los que los cuidados son proporcionados por personas trabajadoras que conviven con la persona causante.

³³ SSTs de 12 de junio de 2018 (rec. 1470/2017) y de 28 de junio de 2016 (rec. 80/2015). También Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) de la Comunidad Valenciana de 6 de febrero de 2019 (rec. 96/2018).

de necesidad existe tanto en el caso de las familias tradicionales como en el de las familias monoparentales. ¿Qué motivo existe para negar esta posibilidad de reducción de jornada y de lucrar la prestación a quien es cabeza de familia de un hogar monoparental cuando el supuesto de hecho, la enfermedad del menor, puede incidir de igual modo en el desarrollo de su trabajo? No parece atisbarse ninguno de peso, ciertamente, por lo que quizá habría llegado el momento de repensar también el diseño de esta institución y desvincularla de la necesidad de que existan ambas personas progenitoras, las dos prestando servicios. Pero no solo, en mi opinión, para dar cabida a estos supuestos, sino también, incluso, para impedir que el cese en el trabajo de la persona progenitora que no tiene la custodia, en casos de crisis conyugal o de pareja, pueda suponer la pérdida del derecho y de la prestación de quien tiene a su cuidado a la persona menor enferma.

Sobre esto último, puede argumentarse en contra, como hace el TS³⁴, que una interpretación como la que se propone desbordaría el concepto mismo de la situación protegida y la finalidad a la que responde en atención a lo que disponen las normas reguladoras y que, además, no fomenta la integración del menor con la persona progenitora que no tiene la custodia que puede ser quien, al no trabajar o haber dejado de hacerlo, está en mejores condiciones de prestarle toda la atención que precisa, sin tener que compatibilizarla con el desarrollo de la actividad laboral. Se ha barajado también el hecho de que la regulación de la prestación no permite excluir de la «unidad familiar», que es el término empleado por el artículo 4.2 del Real Decreto 1148/2011, a quien se ha separado o divorciado por cuanto se contempla legalmente la posibilidad de que una de las personas progenitoras tenga la guarda y custodia del menor y, sin embargo, pueda ser la otra quien desempeñe la función cuidadora del hijo/a enfermo. No obstante, y aun pudiendo compartir el argumento de favorecer el nexo de unión entre el menor y la otra persona progenitora, creo que debería estarse también aquí al régimen de custodia que el juez o la jueza hubiese podido establecer, si compartida o en exclusiva en favor de una persona sola. Veamos.

Si la custodia fuera individual, si se atribuye a una de las personas progenitoras y no a la otra, el derecho y la prestación, en mi opinión, debería concederse a quien tiene la custodia, porque es quien se ocupa cotidianamente de la atención y de los cuidados del menor enfermo conformando con él una unidad real de convivencia. Y ello con independencia de que la otra persona progenitora desempeñe o no una actividad laboral, ya que, aunque siga ejerciendo las facultades y deberes que dimanar de la patria potestad, no se ocupa de las decisiones ordinarias que afectan a la convivencia diaria con el menor, no es la que mantiene de suyo, dicho de otro modo, la mayor relación personal y afectiva con el menor y la que se encarga de su enfermedad. Solución distinta entiendo que habría que arbitrar si la custodia fuera compartida y una de las personas progenitoras perdiera su empleo. En este supuesto, las dos se involucran por igual en el cuidado, atención, educación y manutención de la persona menor enferma, las responsabilidades son compartidas en igualdad de

³⁴ Vid. STS de 12 de junio de 2018 (rec. 1470/2017) antes citada.

condiciones, por lo que parece claro que, desde la óptica del derecho y de la prestación, lo que le ocurra (pérdida del empleo) a una de las personas progenitoras, aun en el supuesto de crisis de pareja, debe incidir en la otra.

No obstante, y en cualquier caso, entiendo que esta problemática bien podría solventarse convirtiendo tanto esta reducción de jornada como la prestación que lleva anudada en derechos de titularidad y ejercicio individual, como correctamente se ha hecho con la suspensión por nacimiento de hijo/a y con el permiso para el cuidado de lactante. Fíjese que normativamente se impone que, en caso de que concurren en ambas personas progenitoras las condiciones de acceso a la prestación, solo una de ellas podrá acogerse a la misma. No es necesario agotar argumentos para sostener que, en la práctica, no consagrar el principio de igualdad en el disfrute de la prestación supone perpetuar el tradicional rol de la mujer como cuidadora de los hijos por ser la que, aún hoy en día, ya sea por ciertos convencionalismos sociales, ya sea por propia voluntad, sostiene la mayor parte del peso de la crianza sobre sus hombros. Por lo tanto, no configurándose el derecho como individual, sino, más bien, como un único derecho a lucrar por una u otra persona progenitora, lo más probable que suceda es que quien lo utilice de forma efectiva sea la mujer en la gran mayoría de los casos, suponiendo ello un factor –otro más– que contribuya a su alejamiento del mercado de trabajo. Esta previsión entiendo que debe desaparecer del texto legal para dar paso a una prestación que pertenezca a ambas personas progenitoras, sin que una deje de utilizarla en pos de la otra. Solamente así entendido este derecho, de forma dual y de posible ejercicio simultáneo (aunque con las limitaciones propias de trabajar en la misma empresa), podría erigirse como un mecanismo idóneo para el efectivo reparto de las cargas familiares o, lo que es lo mismo, para alcanzar el fin de la corresponsabilidad³⁵.

Advirtiéndose, pues, de esta anomalía en el diseño del derecho y de la prestación y del hecho de que el estado civil de las personas progenitoras se puede erigir, de nuevo, en un elemento de discriminación directa hacia los hijos/as e, incluso, de discriminación indirecta hacia la mujer, pues es la que, como ya se dijo, está al frente en su mayor parte de los hogares monoparentales o, al límite, de las responsabilidades familiares (Lousada Arochena, 2011, p. 2), no estaría de más que se eliminara el condicionante de que ambas se encuentren de alta en la Seguridad Social (que, por otra parte, no parece tener más sentido que el de frenar los gastos en prestaciones) y que, en el ámbito laboral y más allá de la vía de la adaptación por conciliación para otras personas de la familia que pudieran ofrecer apoyo adicional al cuidado de este menor, se planteara la posibilidad de sortear para este derecho también el requisito de la filiación, dando cobertura así a más personas beneficiarias o, al

³⁵ Se atisba un intento de alcanzar esa corresponsabilidad en la previsión del disfrute alterno de la prestación cuando exista acuerdo entre las personas progenitoras y la empresa o empresas respectivas (art. 4.5 RD 1148/2011). No obstante, lo que se propone aquí es ir, como se puede comprender, un paso más allá para lograr, sin que sea necesaria negociación alguna, la efectiva corresponsabilidad en la tarea del cuidado del menor entre ambas personas progenitoras.

límite, de habilitar también para estos supuestos esa bolsa de horas por motivos de conciliación a la que anteriormente se hacía referencia o de hacer jugar también aquí el «permiso para cuidadores/as» que anteriormente se ha mencionado.

3.6. La movilidad geográfica por traslado de cónyuge

Señala el artículo 40.3 del ET que «si por traslado uno de los cónyuges cambia de residencia, el otro, si fuera trabajador de la misma empresa, tendrá derecho al traslado a la misma localidad, si hubiera puesto de trabajo». Estamos ante una norma protectora, qué duda cabe, de la institución del matrimonio, puesto que lo que se pretende con ella es no separar a los cónyuges y, al límite, a todos los miembros del hogar familiar, ante el traslado de uno de ellos a un centro de trabajo de otra localidad. La norma, pues, es muy clara: el cónyuge ha de ser persona trabajadora de la misma empresa y ha de ser cónyuge, no pareja de hecho. Ciertamente, en atención a la finalidad del precepto, esta limitación es criticable³⁶, por mucho que los convenios colectivos puedan ampliar su radio de acción³⁷. Y lo es, de nuevo, porque se prima un estado civil respecto de otro, una forma de familia respecto de otra, cuando la misma necesidad de continuidad de convivencia bajo el mismo techo puede existir en el seno de una pareja de hecho en la que uno de sus miembros ha sido trasladado. Por ello, no estaría de más que una futura reforma de las normas estatutarias corrigiera la deficiencia técnica de la que adolece este precepto e incluyera en su radio de actuación a la persona integrante de una pareja de hecho, entendiendo por tal, como ya se dijo anteriormente, tanto la debidamente formalizada como la no oficializada, pero estable en su unión.

3.7. La suspensión por nacimiento de hijo/a, adopción o acogimiento

Como se dijo, una de las ideas motrices que inspira el Real Decreto-Ley 6/2019 es fomentar la corresponsabilidad entre las personas progenitoras en el cuidado del menor. Sobre esa base, se reforma el artículo 48.4 del ET en lo que atañe a la suspensión por nacimiento de hijo/a para la madre biológica y para la otra persona progenitora convirtiendo el derecho

³⁶ Como así lo evidenció la STSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 28 de febrero de 2005 (rec. 1049/2002).

³⁷ Así, por ejemplo, el Convenio colectivo para los establecimientos financieros de crédito (Resolución de 19 de junio de 2020, BOE de 3 de julio), el Convenio colectivo de ámbito estatal de radiodifusión comercial sonora (Resolución de 13 de septiembre de 2019, BOE de 1 de octubre), el Convenio colectivo estatal del sector de prensa diaria (Resolución de 19 de agosto de 2019, BOE de 27 de agosto) y el II Convenio colectivo de la Asociación para la Gestión de la Integración Social (Resolución de 27 de junio de 2019, BOE de 9 de julio).

en intransferible y de duración equiparable, al menos, en el año 2021 (16 semanas para cada una de las personas progenitoras). Además, se obliga a que ambas disfruten, ininterrumpidamente y a jornada completa, de las 6 semanas inmediatamente posteriores al parto. Y ello para que, por un lado, la madre biológica pueda recuperarse y, por otro, la otra persona progenitora pueda ocuparse del cuidado del menor. Transcurridas esas 6 semanas, la suspensión del contrato de cada una podrá ejercitarse hasta que el hijo/a cumpla 12 meses, distribuyéndose, a su voluntad, en periodos semanales de forma acumulada o interrumpida y en régimen de jornada completa o parcial previo acuerdo con la empresa. Similares modificaciones se han introducido, por su parte, en la suspensión por motivo de adopción, de guarda con fines de adopción y de acogimiento. De igual modo, en fin, con la nueva redacción dada al artículo 48.6 del ET, las 16 semanas que disfruta cada persona progenitora quedan ampliadas en 2 más en el supuesto de discapacidad del hijo/a o en el supuesto de nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento múltiple, en cuyo caso prevé la norma –y aquí radica lo novedoso– que una de esas 2 semanas de más sea disfrutada por cada una de las dos personas progenitoras.

Dos son las reflexiones que, desde los postulados que guían este trabajo, cabe cuando menos plantearse ante la nueva suspensión por nacimiento (entendida la palabra en sentido extenso) de hijo/a. La primera es ese sorprendente reparto equitativo entre las dos personas progenitoras de las 2 semanas de más en caso de discapacidad del hijo/a o de parto, adopción o acogimiento múltiples. Y resulta sorprendente en tanto en cuanto, como se recuerda, con anterioridad a la reforma operada, ninguna distribución imperativa se realizaba de este periodo adicional. Simplemente, se añadían, de concurrir las circunstancias, 2 semanas más a las 16 ya previstas de suspensión, advirtiéndose –eso sí– de que, si ambas personas progenitoras trabajaban, ese periodo adicional se distribuiría a su opción, que podrían disfrutarlo de forma simultánea o sucesiva, pero en todo caso ininterrumpida. No obstante, la nueva redacción, que no deja margen a la interpretación, implica que deban existir dos personas progenitoras necesariamente y que entre ambas se procederá a realizar el reparto de las 2 semanas adicionales, pues a cada una de ellas se le otorgará 1 semana de más. La diferencia es notable, como puede apreciarse.

Evidentemente, se entiende cuál ha sido el modo de discernir de quien ha legislado y, desde esa óptica, nada podría objetarse. Ahora bien, de nuevo no hace falta agotar muchos argumentos para sostener que nos encontramos, otra vez, con una norma que favorece un único modelo de familia, el biparental, en el que ambas personas progenitoras pueden asumir el cuidado del menor y que excluye o, al menos, no parece tener en cuenta la existencia de hogares con una única persona al frente de la familia que asume ella sola la responsabilidad en el cuidado del hijo/a. La retirada en estos supuestos de 1 semana más de suspensión no tiene justificación objetiva y razonable posible porque simplemente no se entiende el motivo por el que, en supuestos en los que la carga de la crianza es mayor, deba el padre o la madre titular de un hogar monoparental disfrutar de 1 única semana de más por encima de su periodo de suspensión. Afortunadamente y aunque lo correcto sea que esta deficiencia se corrija legislativamente, la redacción de la norma ha sido rectificada

por criterio técnico del Instituto Nacional de la Seguridad Social³⁸ en el sentido de conceder las 2 semanas de más cuando exista la suspensión de un único contrato de trabajo, la de la única persona progenitora existente, dejando sin efecto en estos casos el inciso que introduce el reparto entre los dos.

La segunda de las reflexiones que bien puede plantearse al socaire de la reforma operada en el texto del artículo 48.4 del ET es la que gira en torno al menor tiempo de cuidado de los hijos/as nacidos (entiéndase de nuevo en su más amplia acepción) en el seno de las familias monoparentales. Fíjese que la norma convierte el derecho a la suspensión en intransferible, por lo que cada persona progenitora lo podrá hacer valer de forma independiente a la otra. Ello quiere decir, a la postre, que los hijos/as nacidos en una familia biparental o tradicional dispondrán de más tiempo de cuidados que los nacidos en el seno de una familia monoparental, puesto que en las primeras el tiempo sumado de suspensión de ambas personas progenitoras alcanzará las 24 semanas en 2020 y las 32 semanas en 2021, pero en las segundas, en las que existe una única persona progenitora, el tiempo de cuidado solo seguirá siendo de 16 semanas. Desde el punto de vista de la literalidad normativa, esto es correcto en tanto que ni el ET ni la LGSS contemplan la posibilidad de alargar el periodo de descanso individual más allá de lo establecido ni, desde luego, de acumular los periodos de los que dispondrían ambas personas progenitoras en el caso de que solo exista una.

Ahora bien, a los efectos que interesan en este trabajo, debe plantearse si esta opción legislativa constituye una discriminación por razón de nacimiento expresamente prohibida por el artículo 14 de la CE, habida cuenta de que, efectivamente, el menor nacido (o adoptado o acogido) en el seno de una familia en la que se encuentran dos personas progenitoras disfruta de un mayor periodo de descanso de estas (y, por ende, de cuidado y atención por su parte) que el nacido (o acogido o adoptado) en el seno de una familia con una única persona ascendiente. ¿Es este elemento, la menor duración de la suspensión, motivo suficiente para plantear que la institución adolece de una posible discriminación por razón de filiación?

La respuesta, en mi opinión, ha de ser positiva en tanto que las situaciones no son ni idénticas ni comparables. En efecto, la monoparentalidad –ya se ha visto– es una situación jurídica distinta que necesita de un trato desigual fundado en razones objetivas. De este modo, entiendo que la mayor carga en la crianza que recae sobre una única persona ascendiente debiera ser tenida en cuenta aquí también, como lo debiera ser el interés superior del menor en consonancia con el marco ofrecido por la Convención sobre los derechos del niño. De hecho, desde esta perspectiva, podría plantearse si ampliar de alguna forma la suspensión por nacimiento de hijo/a (adopción o acogimiento) más allá de lo legalmente fijado en el caso de que existiera una única persona progenitora incidiría en el bienestar psicosocial del niño/a que, cuando nace o es adoptado o acogido, pasa

³⁸ Criterio de gestión 16/2019, de 31 de julio de 2019.

a integrar una familia monoparental. Es decir, ¿se estaría valorando con una decisión legislativa de este calibre el bienestar psicosocial de ese concreto menor? Personalmente, creo que así lo sería.

La solución jurídica, pues, a esta cuestión pasa por calibrar el asunto desde la perspectiva de la igualdad. Y, desde este punto de vista, no parece que existan razones objetivas y proporcionadas por las cuales deba negarse la ampliación de la suspensión por nacimiento de hijo/a en el caso de las familias monoparentales. Antes al contrario, puesto que la mayor dedicación o carga familiar y el hecho de que al menor se le pueda brindar la posibilidad de disfrutar del mayor tiempo posible del cuidado y atención de la persona que va a hacerse cargo de él son razones de peso que avalarían apostar por una opción legislativa por la que se ampliase la duración de la suspensión en estas circunstancias. Ampliación que podría ser perfectamente de 16 semanas más (las que le corresponderían a la otra persona progenitora si la hubiere) si lo que se pretende es igualar en derechos a los hijos/as de las familias tradicionales y a los de las familias monoparentales.

No se desconoce, sin embargo, que conceder 32 semanas al ascendiente o a la ascendiente en estos casos conlleva un riesgo. Un riesgo, además, con un evidente sesgo de género al ser las mujeres las que en mayor medida ostentan la jefatura del hogar monoparental. Y ese riesgo no es otro que el de la penalización laboral que supone alejarse del mercado laboral durante un periodo tan dilatado de tiempo. Por ello, entiendo que esta opción legislativa por la que desde este trabajo se aboga tal vez pudiera venir complementada por otra u otras a partir de las cuales el progenitor o la progenitora solo pudieran delegar en otra persona el cuidado del menor, algo que, por cierto, encajaría, como antes se dijo, con lo dispuesto en la Convención sobre los derechos del niño. En este sentido, baste traer a colación aquí las fórmulas a las que anteriormente se hacía referencia cuando se estudiaban las disfuncionalidades de otros permisos en este trabajo estudiados. No obstante, incluso podría irse más allá y habilitar legislativamente la opción de que el derecho a la suspensión por nacimiento de hijo/a (o adopción o acogimiento) de la otra persona progenitora lo pudiese disfrutar, si reúne las condiciones para ello, aquella que designe la persona responsable del hogar monoparental que, por razones de parentesco con el menor, pudiera compartir la tarea del cuidado y atención del niño/a (Requena Montes, 2018, p. 670). Quedaría garantizada, de esta forma también, la igualdad entre hijos/as nacidos en el seno de una familia y de otra y, además, no le dificultaría a la persona titular del hogar familiar la vuelta al mercado laboral.

3.8. La excedencia por cuidado de hijos/as y de familiares

El cuadro de las medidas conciliatorias disponibles en el ordenamiento laboral se completa con la figura de la excedencia, ya sea para el cuidado de hijos/as o ya sea para el cuidado de otras personas familiares que no pueden valerse por sí mismas. A los efectos que a este trabajo importan, sería preciso hacer dos matizaciones. De un lado, no estaría de más que,

con la finalidad de doblegar el sesgo de género que tiene la excedencia para cuidado de personas de la familia, estas quedasen restringidas, en atención a lo que marca el artículo 1 e) de la Directiva (UE) 2019/1158, a las consanguíneas de la persona trabajadora. La eliminación de la afinidad en esta excedencia tal vez podría contribuir, como se dijo antes, a lograr una mayor corresponsabilidad entre hombres y mujeres en este contexto. De otro lado, por lo demás, también podría extenderse la especial reserva de puesto de trabajo que aparece para las familias numerosas a las familias monoparentales habida cuenta que la situación de necesidad que subyace en el caso de las primeras (la mayor carga de responsabilidades familiares) aparece también en las segundas al ser una única persona progenitora la que se ocupa de la descendencia. Ciertamente, no se desconoce que esta previsión que aparece en el precepto estatutario ya daría cobertura a las familias monoparentales numerosas, es decir, a las formadas por una persona ascendiente y tres o más hijos/as (Goñi Sein, 2005, p. 42). No obstante, la reforma por la que se aboga iría más allá, en el sentido de extender tal derecho a la reserva de puesto incluso a las familias monoparentales formadas por una única persona ascendiente y una única descendiente. Por lo demás, sobre esta reserva de puesto, aparece en el texto estatutario una previsión a imagen y semejanza de lo que ocurre en el permiso para el cuidado de lactante³⁹ que, si bien avanza hacia la corresponsabilidad, no tiene en cuenta a las familias con una única persona progenitora, por lo que iguales críticas que a aquella deben realizarse.

Ahora bien, dejando a un lado estas disfuncionalidades que, como digo, convendría corregir, una pretendida modificación del texto legal habría de plantearse salvar ciertas deficiencias técnicas o lagunas en su texto que pueden afectar tanto a las personas progenitoras de una familia tradicional como a las de una familia monoparental. Porque, fíjese en la excedencia para el cuidado de hijos/as. Con ella, es claro que se pretende atender al cuidado y a la atención de la persona menor. Ahora bien, una pregunta surge inmediatamente habida cuenta del tenor literal de la norma: ¿cuál es la menor edad protegida por la norma? Porque el artículo 46.3 del ET nada señala al respecto en contraposición a lo que sí indica, por ejemplo, la Directiva (UE) 2019/1158 (8 años) u otras normas estatutarias que tienen idéntico o similar fin como la reducción de jornada por guarda legal o la adaptación por motivos de conciliación (12 años) o la suspensión por adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento (6 años).

Ello no obstante, cuando se trata del cuidado de un hijo/a biológico, la cuestión parece resolverse habida cuenta de la duración que la legislación le otorga a la excedencia. Esta solo podrá disfrutarse hasta los 3 años del hijo/a, ya que el *dies a quo* de inicio de la misma se sitúa en la fecha de nacimiento. Más allá de esa edad, no podría solicitarse este tipo de excedencia. Sin embargo, tal límite temporal no jugaría cuando se tratase de una persona menor adoptada o acogida, pues aquí el *dies a quo* se fija en la fecha de la resolución

³⁹ «Cuando la persona ejerza este derecho con la misma duración y régimen que el otro progenitor, la reserva de puesto de trabajo se extenderá hasta un máximo de 18 meses».

judicial o administrativa y esta no tiene por qué coincidir con el hecho del nacimiento. La edad del menor en este supuesto no va, entonces, a importar, por lo que el cuidado del menor mayor de 3 años adoptado o acogido podría generar la solicitud de la excedencia por parte de sus padres/madres o tutores/as.

Siendo este el panorama que perfila la norma, cabe plantearse, de un lado, hasta qué edad del hijo/a adoptado o acogido se podría solicitar la excedencia y, de otro, si el hijo/a biológico menor, pero mayor de 3 años, puede generar derecho a excedencia, aunque fuera la de cuidado de familiares. Y, por lo que respecta a la primera cuestión, dos son las soluciones por las que podría abogarse. Primera, entender que no existe límite de edad alguno, por lo que cualquier persona adoptada o acogida antes de llegar a su mayoría de edad podría generar derecho a la excedencia. Segunda, entender que la excedencia por cuidado de hijos/as en estos supuestos también está topada por razón de la edad de quien causa el derecho, lo que nos llevaría a otra cuestión, que es la de la determinación de esa edad. Quienes abogan por la primera opción sostienen que en caso de adopción o acogimiento no se trata tanto del cuidado y atención del menor, como de procurar su integración en un nuevo ámbito social, cultural y familiar que puede ser muy distinto al de origen (Cruz Villalón, 1999, p. 82). Y esta necesidad existe tenga la persona menor 6 años, 10 o 17. Además, y si se repara en la norma, parece que quien legisló quiso silenciar expresamente para este supuesto cualquier requisito de edad de la persona adoptada o acogida, por lo que, si pudiendo establecerlo, no se optó por ello, no cabría ahora distinguir donde la ley no lo hace. Pues bien, en mi opinión, ciertamente estos dos argumentos podrían tener el suficiente peso para estar de acuerdo con esta primera línea interpretativa, si no fuera porque, por mínimas razones de coherencia sistemática, no puede pretenderse que la excedencia por cuidado del hijo/a biológico venga topada por la edad de aquel y no cuando se trate de una excedencia por cuidado de hijo/a adoptado o acogido (López Terrada, 2012, p. 288). Idénticas razones de cuidado y protección, conciliatorias incluso, existen cuando se trata de un hijo/a biológico que cuando se trata de un hijo/a adoptado o acogido. Que con estos últimos exista, además, otro condicionante, puede admitirse, pero ello no debería servir para abogar por una interpretación de la norma por la que resulte indiferente aquí la edad de la persona menor.

El descarte, pues, de esta opción conduce irremediablemente a abogar por la segunda de las soluciones posibles: la de entender que también en estos supuestos importa la edad del hijo/a para poder acogerse a la excedencia. La cuestión estriba ahora en determinar cuál sea la edad tope del menor. Y aquí se abren, a mi modo de ver, cuatro opciones. Primera, entender que esa edad serían los 3 años, otorgándole entonces a la excedencia por cuidado de hijos/as un tratamiento unitario con independencia de la relación que una a personas causantes con beneficiarias. Segunda, aplicar los 8 años que se derivan de la Directiva (UE) 2019/1158. Tercera, entender aplicable por analogía la edad de los 6 años prevista para los casos de suspensión del contrato por adopción o acogimiento. Y cuarta, entender también aplicable por analogía la edad de los 12 años que se prevé para los casos de reducción de jornada por guarda legal y adaptación por conciliación.

Realmente existen argumentos más que suficientes para defender cualquiera de las cuatro opciones; ello no obstante, creo que lo más conveniente es entender que la edad tope del menor adoptado o acogido debe fijarse en los 12 años y ello tanto por razones de coherencia interna entre normas estatutarias con misma finalidad (Pérez del Río, 1999, p. 53), como por una mejor protección del bien jurídico tutelado por la institución de la excedencia, como, en fin, por otorgar un tratamiento unitario a las dos instituciones mediante las cuales el ordenamiento español ha plasmado la figura del permiso parental europeo, la reducción de jornada y la excedencia por cuidado de hijos/as. El asunto, no obstante, es que llevar a sus últimas consecuencias este planteamiento implica admitir que, cuando el hijo/a es biológico, los 3 años de edad de la persona menor se antojan ciertamente escasos. A mi modo de ver, desde la similitud que anuda ambos supuestos, la edad tope de los 12 años es la que también habría de mantenerse cuando de la excedencia por hijo/a biológico se trata, de tal modo que los 3 años de excedencia no deberían contarse desde la fecha del nacimiento del hijo/a, sino, más bien, desde que se cursara la solicitud a la empresa. Lo contrario resultaría un contrasentido, ya que los mismos intereses están en juego cuando el menor es hijo/a biológico que cuando es adoptado o acogido. Por ello, entiendo que la modificación normativa del artículo 46.3 del ET debería entrar también en esta cuestión y fijar los 12 años del menor como límite máximo para solicitar la excedencia, y ello con independencia de la naturaleza del vínculo de filiación que se haya constituido.

Ligado a lo anterior, cabe plantearse ahora la segunda de las cuestiones que se realizaban al comienzo de este epígrafe: si el hijo/a biológico menor, pero mayor de 3 años, puede ser tutelado por este tipo de excedencia. Si se aboga por la reformulación que antecede de la norma, no cabe duda de que este supuesto también quedaría englobado en el ámbito de protección normativa. No obstante, hasta que ello no ocurra, la interpretación literal del precepto impide solicitar una excedencia por cuidado de hijos/as para atender al menor mayor de 3 años. Cerrada, pues, esa vía, cabe preguntarse si sería posible abogar por una interpretación según la cual el cuidado de esa persona menor quedase amparado por la vía de la excedencia por cuidado de familiares. Ciertamente aquí la letra de la norma deja margen a la interpretación. Porque si se parte de la base de que el supuesto de hecho de esta excedencia es la asistencia a personas necesitadas de atención, no puede más que concluirse que un menor mayor de 3 años es una persona de la familia que, por razón de su edad, no puede valerse por sí misma y requiere de la vigilancia y cuidado de otra persona (Gil Plana, 2017, pp. 239-240). Desde esta perspectiva, obsérvese, además, que excedencia por cuidado de hijos/as y excedencia por cuidado de familiares podrían disfrutarse sucesivamente, pues, cuando concluyera la primera, nada impediría a las personas progenitoras solicitar la segunda para continuar con la atención del menor. Pero esta sería una interpretación. La segunda supondría entender, en consonancia con la exposición de motivos de la Ley 39/1999, que la excedencia por razones familiares está pensada básicamente para personas de la familia mayores y enfermas, que no pueden valerse por sí mismas ni desempeñan actividad retribuida alguna. El cuidado del hijo/a menor pero mayor de 3 años solo tendría cabida aquí si estuviera enfermo, accidentado o discapacitado. Pero, no siendo

el caso, su atención a través de la excedencia debe entenderse regulada por el párrafo primero del artículo 46.3 del ET⁴⁰.

Desde luego, una interpretación lógica de la norma, que busque los motivos de quien ha legislado para instaurar este tipo de excedencia, implica sostener que la segunda de las opciones aquí planteadas es la correcta. Lo que supone afirmar la separación jurídica entre las dos excedencias, pues una y otra tendrían una finalidad clara (una para el cuidado de hijos/as, otra para familiares dependientes por razón de edad, enfermedad o accidente) y resultarían recíprocamente excluyentes. Ello no obstante, y a mi modo de ver, la finalidad de la institución, de la excedencia en su conjunto, y la mejor tutela del bien jurídico protegido conducen a pensar que debe trascenderse de esa interpretación lógica para afirmar sin ambages que la menor edad de los hijos/as hasta el momento en que estos puedan ser autosuficientes puede protegerse también a través de la excedencia por cuidado de familiares. A mayor abundamiento, incluso esta opción debe mantenerse por propia reducción al absurdo: exigir la condición invalidante de enfermedad, accidente o discapacidad para la concesión de excedencia para el cuidado de ese hijo/a sería incoherente, pues supondría, en una interpretación *a sensu contrario*, que, no existiendo tal enfermedad, la persona menor podría valerse por sí misma, cuando es evidente que no tendría esa capacidad y autonomía precisamente por su edad.

Por lo tanto, y a mi juicio, visto el asunto desde la óptica de la protección y el cuidado de la persona menor y de los intereses conciliatorios en juego que, de igual forma pueden tener los miembros de una familia tradicional como los de una familia monoparental, la formulación del segundo párrafo del artículo 46.3 del ET resulta ser desafortunada, algo que, por lo demás, es tónica frecuente de la institución de la excedencia por cuidado de familiares en su conjunto, no solo en este concreto punto. De esta forma, son frecuentes las voces que critican la redacción del precepto por lo que se refiere al grado de parentesco requerido, a las personas causantes (fijese que la norma no alude a los hijos/as adoptados), a la exigencia de no desempeñar actividad retribuida y a las menores garantías, laborales y de Seguridad Social, que otorga esta excedencia frente a la de cuidado de hijos/as (Rodríguez Escanciano, 2007, pp. 871-874). Por eso, desde aquí también se aboga por que una futura reforma del artículo 46.3 del ET trate de forma conjunta ambos supuestos de excedencia, que no diferencie entre cuidado de hijos/as y cuidado de otros familiares, que no otorgue un trato de favor a uno frente al otro como si se pudieran establecer grados distintos de importancia según se cuide a uno u otro sujeto y que tope la edad de la persona menor protegida en –como se ha dicho– los 12 años.

⁴⁰ SSTS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 18 de junio (rec. 218/2017) y de 4 de mayo de 2018 (rec. 133/2017) y de 2 de octubre de 2017 (rec. 186/2017); Sentencia de la Audiencia Nacional de 13 de noviembre de 2017 (proc. núm. 290/2017); y SSTSJ de Castilla y León (Burgos) de 18 de noviembre (rec. 666/2015) y de 23 de octubre de 2015 (rec. 649/2015), entre otras.

4. A modo de conclusiones

Tras las reflexiones y propuestas de revisión crítica que se han realizado desde este trabajo, es evidente que se hace necesaria una reforma más eficiente de los derechos de conciliación y del permiso por matrimonio que tenga en cuenta la protección de ciertas situaciones de necesidad generadas por los nuevos modelos de familia. Y más aún en una época como esta, de crisis sanitaria y económica, que ha hecho saltar las costuras de un derecho que, a decir verdad, nunca ha estado bien atado o perfilado. Los recientes modelos normativos de reducción de jornada y adaptación por conciliación que ha introducido el Real Decreto-Ley 8/2020, si bien basados en circunstancias muy extraordinarias, han evidenciado que otro modo de legislar es posible, uno en el que se tengan más en cuenta las necesidades conciliatorias de las familias. Por lo que aquí se aboga es por continuar en esa senda y por introducir medidas legislativas que dispensen la adecuada protección a otras estructuras familiares, no únicamente o de modo preferente a las tradicionales. Máxime teniendo en cuenta que, como ya se ha indicado, el peso porcentual sobre el total de los hogares de las familias monoparentales, por centrarme ahora en ellas, es de más entidad que el de otros colectivos que, aun no alcanzando ni un 1 % sobre el total, resulta que se les dispensa una mayor atención por parte del sistema. También, pues, desde este punto de vista estadístico, urge estudiar la posibilidad de reforzar los derechos que en este trabajo se han estudiado, apostando por otros modelos normativos más adecuados a la compleja realidad social en la que vivimos.

Referencias bibliográficas

- Ballester Pastor, María Amparo. (2019). El RDL 6/2019 para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación: Dios y el diablo en la tierra del sol. *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, 146, 13-40.
- Blasco Jover, Carolina. (2019). La nueva configuración del permiso por lactancia y del derecho a la adaptación de jornada tras el Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para la igualdad de mujeres y hombres en el empleo y la ocupación. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 2(7), 46-73.
- Cruz Villalón, Jesús. (1999). El fomento de la integración plena y estable de la mujer en el trabajo asalariado. (Comentario a la Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras). *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, n.º extraordinario 1*, 71-104.
- Gil Plana, Juan. (2017). La excedencia para el cuidado de hijos o familiares: puntos críticos. *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 133, 223-267.

- Goñi Sein, José Luis. (2005). La familia monoparental: ausencia de atención política y legislativa y su impacto sobre la situación sociolaboral de la mujer. *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, 82, 11-46.
- Iglesias de Ussel, Julio. (1998). *La familia y el cambio político en España*. Tecnos.
- López Terrada, Eva. (2012). Corresponsabilidad y permisos parentales: la menor edad protegida por el ordenamiento español. En Marta Fernández Prieto y Jaime Cabeza Pereiro (Coords.), *Políticas de conciliación, permisos parentales y empleo* (279-296). Bomarzo.
- Lousada Arochena, José Fernando. (2011). Derechos vinculados al cuidado de menor afectado por cáncer u otra enfermedad grave. *Actualidad Laboral*, 8, 2.
- Molina Navarrete, Cristóbal. (2020). [Exclusión de las «parejas de hecho» del permiso por «matrimonio»: ¿cuius commoda eius incommoda u obsolescencia legal a corregir? Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 717/2019, de 22 de octubre.](#) *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 442, 156-166.
- Pérez del Río, María Teresa. (1999). La Ley 39/1999 de conciliación de las responsabilidades familiares y profesionales: temas de debate. *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, 52, 39-68.
- Requena Montes, Óscar. (2018). La prestación de maternidad por adopción del hijo del cónyuge o pareja: preludio de un segundo permiso parental en el supuesto de familias monoparentales. En *Protección a la familia y Seguridad Social. Hacia un nuevo modelo de protección sociolaboral: II Congreso Internacional y XV Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social, Vol. 1* (pp. 655-670). Laborum.
- Rodríguez Escanciano, Susana. (2007). La excedencia por razones familiares: una realidad jurídica necesitada de mayor protección social. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 11, 855-884.