

La ampliación de los derechos de conciliación de la vida profesional y familiar en caso de parto múltiple

(Comentario a la sentencia del TJUE de 16 de septiembre de 2010 sobre el permiso parental)

José Javier Miranzo Díez

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Castilla-La Mancha.

RESUMEN:

La Directiva 96/34/CE, reguladora del permiso parental, se inserta en el contexto de aquellas iniciativas comunitarias que persiguen mejorar la conciliación de la vida profesional y familiar de los trabajadores. La citada norma, sin embargo, no contempla expresamente la situación de partos o adopciones múltiples, por lo que surge la duda en orden a determinar si los progenitores tienen derecho en estos casos a disfrutar de un doble permiso parental. En el presente estudio se analiza la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación con el tratamiento diferenciado que deben recibir estas situaciones, así como los efectos que tal doctrina ha de tener en los ordenamientos internos y en particular en el ordenamiento jurídico español, donde el permiso parental es identificado con la excedencia por cuidado de hijos.

Palabras clave: Conciliación; vida laboral; permiso parental; parto múltiple, gemelos; excedencia; cuidado de hijos.

Keywords: Reconciliation; work life; parental leave; multiple birth; twins; leave; child care.

ABSTRACT

The Directive 96/34/EC of parental leave is included in the context of those EU rules that seek to improve the reconciliation of work and family life of workers. This policy however, doesn't include specific rules for multiple births or adoptions, so the question arises in order to determine if the parents in these cases are entitled to enjoy a double parental leave. The present study examines the doctrine established by the Court of Justice of the European Union regarding differential treatment that these situations should receive, as well as the effects that such teaching has to take in the internal regulations and in particular in the Spanish legal system, where parental leave is identified with childcare leave.

Fecha recepción original: 17 de marzo de 2011

Fecha aceptación: 5 de abril de 2011

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN Y ANTECEDENTES
 - II. EL PERMISO PARENTAL Y OTROS DERECHOS DE CONCILIACIÓN EN EL ÁMBITO DE LA UNIÓN EUROPEA. SU TRANSPOSICIÓN AL DERECHO INTERNO ESPAÑOL
 - III. DOCTRINA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA SOBRE LA TITULARIDAD DEL PERMISO PARENTAL
 - IV. PARTO MÚLTIPLE Y DURACIÓN DEL PERMISO PARENTAL
 - V. LOS EFECTOS DE LA SENTENCIA EN EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA EXCEDENCIA PARA EL CUIDADO DE HIJOS Y EN OTRAS MEDIDAS DE CONCILIACIÓN
-

I. INTRODUCCIÓN Y ANTECEDENTES

Recientemente el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), en la sentencia de 16 de septiembre de 2010 (C-149/2010, Asunto Chatzi), que es objeto del presente comentario, ha resuelto la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Administrativo de Apelación de Tesalónica (Grecia) en el que se solicita un pronunciamiento sobre si los progenitores tienen derecho a duplicar la duración del permiso parental contemplado en la Directiva 96/34/CE¹ en el caso de nacimiento de gemelos. Tal Directiva, como es sabido, se limita a aplicar y a incorporar a su contenido el Acuerdo Marco suscrito el 14 de diciembre de 1995 por las organizaciones interprofesionales de carácter general UNICE, CEEP y CES mediante el que se establece el denominado permiso parental. Un permiso que es perfilado en el Acuerdo como un derecho individual reconocido a los trabajadores, hombres o mujeres, y que se justifica en la finalidad de facilitar la conciliación de las obligaciones profesionales y familiares de los padres que trabajan, así como en la necesidad de lograr una distribución más equitativa de las responsabilidades familiares.

Antes de adentrarnos en el análisis de la sentencia, conviene advertir, sin embargo, que los interlocutores sociales con fecha 18 de junio de 2009 suscribieron un nuevo Acuerdo Marco que ha dado lugar a la aprobación de la nueva Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo², y a la derogación expresa de la Directiva 96/34/CE, de la que trae causa la presente resolución judicial, con efectos a partir del 8 de marzo de 2012³.

La nueva regulación comunitaria, aunque somete a revisión algunos aspectos de su régimen e implementa nuevas medidas dirigidas a alcanzar más eficazmente el objetivo de la norma, respeta, en esencia, el régimen jurídico del permiso parental tal y como venía diseñado en la Directiva 96/34/CE. Básicamente, en lo que ahora atañe, las modificaciones más relevantes se refieren, por un lado, al carácter «intransferible» de parte del permiso, lo que acaba con la posibilidad contemplada en la anterior normativa de que los ordenamientos internos pudieran hacer totalmente transferible el per-

¹ Directiva 96/34/CE del Consejo, de 3.6.1996, relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por UNICE, el CEEP y la CES (*DOUE*, núm. L 145, de 19.6.1996).

² Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8.3.2010, que aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, celebrado por BUSINESSEUROPE, la UEAPME, el CEEP y la CES (*DOUE*, núm. L 68, de 18.3.2010).

³ Artículo 4 de la Directiva 2010/18/UE: «*Queda derogada la Directiva 96/34/CE con efectos a partir del 8 de marzo de 2012. Las referencias a la Directiva 96/34/CE se entenderán hechas a la presente Directiva.*».

miso diseñado por el ordenamiento comunitario restando así eficacia al reparto de cargas familiares que persigue la norma. Y de otro, a la duración mínima del mismo, que con la nueva normativa aumenta de tres a cuatro meses. A éstas, se acompañan otras medidas, no menos relevantes, dirigidas a asegurar y a reforzar las garantías del trabajador en el reingreso a su anterior puesto de trabajo.

Sin embargo, en modo alguno esta nueva regulación, que sigue sin pronunciarse sobre la duración del permiso parental en caso de parto múltiple y cuya entrada en vigor, por otra parte, como se ha indicado, queda diferida para el año 2012, afecta a la doctrina sentada por el TJUE en el caso que es objeto de enjuiciamiento.

Su relevancia, en realidad, queda acrecentada ante el nuevo silencio legal de la norma sobre la cuestión que nos ocupa. Y no sólo eso. Es que, además, en este caso, los criterios y razones en los que apoya su decisión el Tribunal podrían en teoría proyectarse igualmente sobre el conjunto de los permisos articulados por los Estados miembros que de una u otra forma tengan por finalidad procurar la atención del cuidado de los hijos, lo que podría llevar en algunos casos a un replanteamiento de los criterios manejados hasta este momento sobre el particular por las legislaciones internas.

Cabe señalar en este sentido que la Directiva 96/34/CE, y por extensión la 2010/18/UE, se inserta en el contexto más amplio de todas aquellas iniciativas comunitarias que persiguen mejorar «la conciliación de la vida profesional, privada y familiar de los trabajadores con hijos» y en último extremo lograr «la igualdad de hombres y mujeres por lo que respecta a las oportunidades en el mercado laboral y al trato en el trabajo», lo que conecta directamente, entre otras, con la Directiva 2006/54/CE⁴, que sustituye a la anterior Directiva 2002/73/CE⁵, relativa a la igualdad de trato en lo que se refiere al acceso al empleo, formación, promoción profesional y condiciones de trabajo, o con la Directiva 92/85/CE⁶, que contempla el descanso por maternidad, que de este modo, a mi juicio, habrían de pasar por el tamiz de los criterios asumidos en la sentencia⁷.

⁴ Directiva 2006/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio, de Aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (*DOUE*, núm. L 204, de 26.7.2006).

⁵ Directiva 2002/73/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre, que modifica la Directiva 76/207/CEE, de 9 de febrero, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los que se refiere al acceso al empleo, a la formación, y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo (*DOUE*, núm. L 269, de 5.10.2002).

⁶ Directiva 92/85/CE, del Consejo, de 19 de octubre, de Aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la mujer embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (*DOUE*, núm. L 348, de 28.11.1992).

⁷ En este sentido, CASTRO ARGÜELLES, M^a A., «Condiciones de empleo y trabajo» en GARCÍA MURCIA, J. (dir.), *La transposición del derecho social comunitario el ordenamiento español*, MTASS, Informes y Estudios, Madrid, 2005, pg. 382.

En síntesis, el supuesto fáctico que sirve de soporte a la presente resolución judicial parte de la consideración de que el ordenamiento jurídico helénico reconoce a sus funcionarios públicos el derecho a reducir la jornada de trabajo en dos horas diarias cuando tengan hijos de hasta dos años de edad y en una hora cuando tengan hijos de entre dos y cuatro años de edad, reducción de jornada que el progenitor puede sustituir por el derecho a disfrutar de un «permiso parental remunerado de nueve meses para cuidar a su hijo». La señora Chatzi, funcionaria de la Administración civil y demandante en el litigio de origen, da a luz gemelos y disfruta por esta causa, tal como dispone la normativa interna, de un primer permiso parental remunerado de nueve meses de duración, transcurrido el cual solicita un nuevo permiso de nueve meses por el segundo de sus hijos gemelos que le es denegado por la Administración helena al entender que el parto múltiple de una funcionaria no genera el derecho a tantos permisos parentales como hijos nazcan.

Frente a la decisión denegatoria del segundo permiso, la señora Chazti interpone un recurso ante el Tribunal Administrativo de apelación de Tesalónica que decide suspender el procedimiento y plantear la cuestión prejudicial ante el TJUE.

Dos son fundamentalmente las cuestiones que se suscitan en la resolución del recurso. Se trata de determinar, en primer término, si es posible considerar a la luz de lo dispuesto en el artículo 24 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea en el que se reconocen los derechos del niño, jurídicamente vinculante desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, que el Acuerdo Marco contenido en el Directiva 96/34/CE, «genera paralelamente un derecho al permiso parental para el niño», de manera que la concesión de un único permiso en el supuesto de nacimiento de gemelos constituiría una discriminación basada en el nacimiento contraria al artículo 21 de la Carta de Derechos Fundamentales.

Y en segundo lugar, si el permiso parental previsto en la Directiva se concede por el mero hecho del nacimiento o del alumbramiento, esto es, «con independencia de número de hijos que nazcan en él», lo que podría comportar igualmente una vulneración del principio de igualdad consagrado en el artículo 20 de la Carta de Derechos Fundamentales en el caso de nacimientos de gemelos.

II. EL PERMISO PARENTAL Y OTROS DERECHOS DE CONCILIACIÓN EN EL ÁMBITO DE LA UNIÓN EUROPEA. SU TRANSPOSICIÓN AL DERECHO INTERNO ESPAÑOL

Ya se ha dicho anteriormente que el denominado permiso parental que recoge la Directiva 96/34/CE forma parte de un amplio y disperso acervo de medidas comunitarias que se cuidan de procurar la conciliación de la vida familiar y profesional y la corresponsabilidad en el cuidado de los hijos. Algunas de estas medidas, como el permiso de paternidad, o la protección

del derecho de reincorporación de la mujer al mismo puesto de trabajo tras disfrutar del permiso de maternidad, encuentran su natural acomodo en la normativa sobre igualdad de oportunidades entre hombre y mujeres. Otras, en cambio, como es el caso destacadamente de los permisos y descansos previstos en relación con la maternidad, aparecen formalmente vinculadas en el ordenamiento comunitario con la seguridad y salud laboral de la mujer trabajadora embarazada, que haya dado a luz o durante el período de lactancia, lo que no resulta ilógico dado que la finalidad principal, aunque no la única, que persigue el permiso de maternidad es la protección de la condición biológica de la mujer. Y otras, en fin, como los permisos vinculados a razones familiares urgentes, son medidas que, si bien apenas aparecen esbozadas, se insertan en la presente Directiva.

Tal diversidad de permisos y de fuentes normativas, exige con carácter previo identificar con claridad el permiso parental al que se refiere la normativa comunitaria, distinguir éste de otras figuras contempladas en la misma, y verificar la forma en que se ha llevado a cabo la transposición de ésta y del resto de las medidas de conciliación diseñadas por la Unión Europea al ordenamiento jurídico español. Desde esta perspectiva, pues, son tres básicamente los instrumentos de conciliación que aquí nos interesa identificar: el permiso de maternidad, el permiso de paternidad, y el permiso parental.

En el ámbito comunitario, como se ha dicho, el permiso de maternidad aparece regulado en la Directiva 92/85/CEE, sobre aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y salud de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia. En su artículo 8 se fija la duración mínima del permiso en catorce semanas ininterrumpidas, de las cuales dos serán de obligado ejercicio exclusivo por la mujer, pudiendo disfrutarse antes o después del parto, período durante el cual la norma comunitaria reconoce el derecho a percibir una retribución o prestación económica adecuada (art. 11.2b), y establece una protección específica frente al despido discriminatorio por razón de embarazo que garantiza la protección de la mujer durante el tiempo que medie entre el comienzo del embarazo y la terminación del descanso (art. 10).

En relación con este permiso, hay que decir que nuestro ordenamiento jurídico ya contaba con anterioridad a la publicación de la norma comunitaria con una regulación que era plenamente conforme con las previsiones de la Directiva⁸. Así, sin remontarnos a otros antecedentes, el Estatuto de los Trabajadores de 1980 ya contemplaba la suspensión del contrato del contrato por maternidad con reserva de puesto de trabajo por un período máximo de catorce semanas, período que fue ampliado a dieciséis semanas

⁸ Como recuerdan GARRIGUES GIMÉNEZ, A., NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P. y CEBRIÁN CARRILLO, A., «La maternidad y paternidad en el derecho de la Unión Europea. Comentario a la Directiva 2006/54/CE; su inmediata incorporación a la futura Ley de igualdad y el propósito reparador de ésta respecto de algunos efectos transitorios de la Directiva 92/85/CE», *RMTAS*, núm. 67, 2007, pg. 243.

por la Ley 3/1989, de 3 de marzo⁹, y que se ha mantenido sin alteraciones tanto por la Ley 39/1999, de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras¹⁰, como por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, de Igualdad efectiva de mujeres y hombres¹¹. Y lo mismo podría decirse respecto a otros derechos de conciliación como el permiso remunerado de dos días por nacimiento de hijo (art. 37.3 b ET), el permiso o reducción de jornada por lactancia (art. 73.4 ET), la reducción de jornada por guarda legal (art. 37.5 ET) o la excedencia para el cuidado de hijos (art. 46.2 ET), cuya regulaciones estatutarias originarias datan igualmente de aquella época.

En la actualidad, la regulación del permiso de maternidad, con las indudables novedades y mejoras introducidas por la Ley de Igualdad y por las leyes sobre conciliación que le han precedido, se contiene en el artículo 48.4 ET. Técnicamente, el período de maternidad se configura en nuestro ordenamiento como una suspensión del contrato con reserva de puesto de trabajo (art. 45.1 d ET) que genera el derecho a percibir la correspondiente prestación económica del sistema de Seguridad Social. Su duración, como es bien sabido, se fija en dieciséis semanas ininterrumpidas, ampliables en caso de parto múltiple en dos semanas más por cada hijo, pudiendo la madre trabajadora distribuir libremente el período de suspensión del contrato antes o después del parto, siempre que seis semanas sean inmediatamente posteriores al mismo. Fuera de este período de descanso de seis semanas tras el nacimiento del hijo que resulta obligatorio para la madre, cuando ambos progenitores trabajen se admite la posibilidad de cesión total o parcial del período de descanso por la madre al otro progenitor quien podrá disfrutar del período de suspensión transferido (con el máximo, por tanto, de diez semanas después del parto) de modo sucesivo o simultáneo con la madre¹².

Huelga decir, por lo demás, que el régimen jurídico del permiso de maternidad resulta aplicable a los casos de adopción o acogimiento de un menor de seis años o de menores en los que concurren las condiciones previstas en el artículo 45.1 d) ET, esto es, menores discapacitados o menores que tengan especiales dificultades de inserción social y familiar, así como que el ámbito de aplicación del permiso, tras la Ley 3/2007, se extiende en la actualidad a las parejas heterosexuales¹³.

⁹ Ley 3/1989, de 3 de marzo, que amplía a dieciséis semanas el permiso de maternidad y se establecen medidas para favorecer la igualdad de trato de la mujer en el trabajo (BOE 8.3.1989).

¹⁰ BOE de 12.11.1999.

¹¹ BOE núm. 71, de 23.3. 2007.

¹² En caso de fallecimiento de la madre, el padre puede hacer uso de la totalidad o de la parte que reste del período de suspensión, con independencia de que ésta fuera trabajadora o no por cuenta ajena. También procede la suspensión del contrato por el padre en el caso de que la madre, trabajadora por cuenta propia o ajena, no tuviera derecho a suspender su actividad profesional con derecho a prestaciones.

¹³ DE LA PUEBLA PINILLA, A. «Dimensión laboral de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres», *RL*, núm. 8, 2007, pg. 20, en versión extraída de <http://www.laley.es>.

Aunque, como se puede apreciar, en su actual régimen jurídico se reconocen sin duda medidas de fomento de la distribución del reparto de responsabilidades familiares, convenientemente impulsadas sobre todo por la Ley 39/1999 y más tarde por la Ley de Igualdad, conviene recordar aquí también que la finalidad esencial del permiso, claramente explicitada en la Directiva 92/85/CE, sigue siendo, en todo caso, la protección de la condición biológica de la mujer y de las «especiales relaciones entre la mujer y su hijo durante el período que sirve al embarazo y al parto», evitando que la acumulación de cargas familiares y el ejercicio simultáneo de una actividad profesional perturbe dichas relaciones¹⁴, tal y como ha expresado el propio TJUE en distintas ocasiones¹⁵. Se trata, en consecuencia, de un derecho de titularidad exclusivamente materna¹⁶. De ahí que en caso de maternidad biológica la posibilidad de cesión de parte del descanso por maternidad sea un derecho cuya titularidad corresponda a la madre sin que sea posible hablar de un derecho individual y autónomo del otro progenitor. Lo cual no quita, por otra parte, para que las más recientes reformas legislativas hayan puesto el acento precisamente en el reparto de las cargas familiares, y por tanto, en otra de las finalidades a la que debe servir el permiso de maternidad, que no es otra que la atención y cuidado de los hijos, y la corresponsabilidad en esta tarea de ambos progenitores.

El permiso de paternidad, por su parte, reconocido por primera vez en nuestro ordenamiento por la Ley 3/2007, encuentra su referente actual en el ámbito del Derecho comunitario en la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación¹⁷. Su origen se remonta a la Resolución del Consejo y de los Ministros de Trabajo y Asuntos Sociales, de 29 de junio de 2000, en la que se alentaba a los estados miembros a reconocer un permiso individual e intransferible al padre que permitiera la participación equilibrada en las responsabilidades familiares, manteniendo al mismo tiempo sus derechos laborales. Se trata de un derecho exclusivo del padre, diferente al permiso por maternidad y al permiso parental, cuyo reconocimiento las normas comunitarias se limitan, pues, a recomendar, sin imponer obligación alguna en tal sentido a los Estados miembros y sin fijar un duración mínima u otras condiciones para el ejercicio del mismo. Tan sólo se establece en el artículo 16 de la Directiva

¹⁴ GARRIGUES GIMÉNEZ, A., NUÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P. y CEBRIÁN CARRILLO, A., «La maternidad y paternidad...», cit., pg. 242.

¹⁵ En este sentido, por todas, STJCE de 14 de abril de 2005 (TJCE 2005, 98).

¹⁶ BALLESTER PASTOR, M^a A., «Licencia por maternidad: aspectos laborales y de seguridad social», en AA VV *Trabajo y familia en la jurisdicción social. Conciliación de la vida familiar y laboral y protección contra la violencia de género*, Cuadernos de Derecho Judicial, C.G.P.J., Madrid, 2007, pgs. 90-91. Afirma la autora, en este sentido, que el disfrute paterno del permiso de maternidad «se encuentra condicionado por tres elementos: el disfrute materno previo...; la voluntad materna para que dicha transferencia tenga lugar; el hecho de que ambos trabajen, por lo que la falta de desarrollo de actividad alguna por parte de la madre impide el acceso al padre».

¹⁷ DOUE núm. L 204, de 26.7.2006.

la obligación de los Estados miembros que reconozcan el permiso de tomar las medidas necesarias para proteger a los trabajadores frente al despido motivado por el ejercicio de este derecho y asegurar el reingreso del trabajador a su mismo puesto de trabajo o a otro equivalente. Consideraciones que resultan en su caso igualmente de aplicación al reconocimiento por los Estados del homólogo permiso por adopción de hijos, cuya titularidad corresponde a hombres y mujeres, y que del mismo modo es contemplado por la Directiva.

A la vista de ello, y siguiendo estas pautas marcadas por la normativa comunitaria, Ley de Igualdad 3/2007 incorporaba a nuestro ordenamiento jurídico un permiso de paternidad de trece días de duración en los casos de nacimiento, adopción o acogimiento de un hijo, ampliable en caso de parto o adopción múltiples en dos días más, y que se añadía al permiso por nacimiento de hijo de dos o cuatro días de duración previsto en el artículo 37.3.b) ET. Se trata en este caso de un permiso, con la correspondiente prestación de Seguridad Social, cuya titularidad en el supuesto de parto corresponde en exclusiva al otro progenitor, y que es independiente del disfrute compartido de los períodos de descanso por maternidad¹⁸. Su finalidad, obviamente, es potenciar la corresponsabilidad y la asunción de responsabilidades familiares por parte del padre (o del otro progenitor) en el cuidado del hijo, razón por lo cual se configura como un permiso individual e intransferible.

La propia Ley de Igualdad ya anunciaba en su disposición transitoria novena el compromiso del Gobierno de aumentar la duración del permiso de paternidad hasta alcanzar las cuatro semanas de duración. Con esta finalidad, pues, se publicaba la Ley 9/2009, de 6 de octubre¹⁹, que efectivamente ampliaba la duración del permiso a cuatro semanas ininterrumpidas, pero cuya entrada en vigor, en lo que constituye, a mi juicio, la expresión de una discutible y cada vez más extendida técnica legislativa que anticipa el reconocimiento de un derecho cuya efectividad, sin embargo, queda diferida largamente en el tiempo, quedaba diferida nada menos que al día 1 de enero del año 2011, con el resultado, por todos conocido, de que esta ampliación de la duración del permiso de paternidad, en realidad, no ha llegado nunca a ser aplicada dado que la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011, en su disposición final decimotercera, debido a la necesidad de contención del gasto público, ha vuelto retrasar su entrada en vigor hasta el 1 de enero del año 2012²⁰.

¹⁸ En los supuestos de adopción o acogimiento, dispone el art. 48 bis ET, este derecho corresponderá sólo a uno de los progenitores, a elección de los interesados; no obstante, cuando el período de descanso por maternidad sea disfrutado por uno de los progenitores, el derecho a la suspensión por paternidad únicamente podrá ser ejercido por el otro.

¹⁹ Ley 9/2009, de 6 de octubre, de ampliación de la duración del permiso de paternidad en los casos de nacimiento, adopción o acogida (*BOE* de 7.10.2009).

²⁰ Disposición final decimotercera Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011 (*BOE* de 23.12.2010).

Finalmente, llegamos a la Directiva 96/34/CE (actual Directiva 2010/18/UE), reguladora del permiso parental. Ésta reconoce un permiso individual a los trabajadores, hombres y mujeres, «por motivo del nacimiento o la adopción de un hijo, para poder ocuparse del mismo durante un mínimo de tres meses hasta una edad determinada que puede ser de hasta ocho años», permiso, que según advierte el propio Acuerdo que sirve de contenido a la Directiva, es «distinto al permiso de maternidad».

La norma comunitaria deja en manos de los Estados miembros y/o los interlocutores sociales no sólo la determinación del tiempo exacto de duración del permiso sino también la concreción de las condiciones de acceso y las distintas modalidades posibles del mismo (jornada completa, jornada parcial, de forma fragmentada o en forma de un crédito de tiempo), si bien tal determinación ha de hacerse de acuerdo con las pautas que se establecen en la cláusula 2.3 del Acuerdo marco que incorpora la Directiva. Resulta así que su régimen jurídico es ciertamente muy flexible y quedaría caracterizado por la autonomía y libertad que se reconoce expresamente a las legislaciones internas para subordinar el ejercicio del derecho la exigencia de una antigüedad mínima del trabajador en la empresa, antigüedad que, en todo caso, no podrá ser superior a un año; para fijar determinados períodos de preaviso para su ejercicio; o para definir, las circunstancias en las que el empresario está autorizado denegar las concesión del permiso por motivos justificados relacionados con el funcionamiento de la empresa.

Lo esencial de su régimen jurídico²¹, en cualquier caso, al margen de las especificaciones que sobre tales extremos pueda realizar cada Estado, es que la titularidad del derecho pertenece individualmente al hombre y a la mujer, que su duración mínima es de tres meses, y que su reconocimiento comporta el derecho del trabajador al reingreso en el mismo puesto de trabajo que ocupaba con anterioridad al inicio del permiso o, «en caso de imposibilidad» el derecho de reincorporación a un trabajo «equivalente o similar a su contrato o a su situación aboral», el mantenimiento de los derechos adquiridos o en curso de adquisición, y la continuidad de las prestaciones de seguridad social para los diferentes riesgos, y en particular la asistencia sanitaria.

Con estos presupuestos, todo parece indicar, como en efecto ha afirmado unánimemente la doctrina²², que el permiso al que alude la Directiva se identifica fundamentalmente en nuestro ordenamiento con la excedencia

²¹ Un estudio más detallado sobre el contenido del permiso parental de la Directiva 96/34/CE, en SIERRA HERNÁIZ, E., «Comentario a la Directiva 96/34/CE, del Consejo, de 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo Marco sobre el Permiso Parental celebrado por UNICE, el CEEP y la CES», *Actualidad Laboral*, Tomo 2000-3 (I), 2000, pgs. 715-721.

²² Así lo afirma, tempranamente, SIERRA HERNÁIZ, E., «Comentario a la Directiva 96/34/CE...», cit., págs. 719-720. De esta opinión, son igualmente CASTRO ARGÜELLES, M^a A., «Condiciones de empleo y trabajo... en GARCÍA MURCIA, J. (Dir.), *La transposición del derecho social comunitario...*, cit., pg. 384; y GARRIGUES GIMÉNEZ, A., NUÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P. y CEBRIÁN CARRILLO, A., «La maternidad y paternidad...», cit., pg. 270, entre otros.

para el cuidado de hijos prevista en el artículo 46.3 ET. Interpretación que viene avalada además por el hecho de que la única ocasión en la que se ha utilizado esta expresión «permiso parental» en nuestro ordenamiento haya sido en la Ley 4/1995, de 23 de marzo, de regulación del permiso parental y por maternidad²³, en la que precisamente se modificaban distintos aspectos de la figura de la excedencia para el cuidado de hijos²⁴.

La transposición de la Directiva 96/34/CE al ordenamiento jurídico español se llevó por la Ley 39/1999, si bien con anterioridad ya se contemplaba en el Estatuto de los Trabajadores una excedencia para el cuidado de los hijos que cumplía las disposiciones mínimas de la Directiva en cuanto a la duración y a la reserva del puesto de trabajo. En realidad, la verdadera aportación de la Ley 39/1999 respecto a regulaciones anteriores fue la individualización de este derecho, no haciendo en consecuencia necesario que ambos padres trabajen para poder disfrutar de la excedencia para atender al cuidado de hijo, así como la admisión expresa de la posibilidad de un ejercicio simultáneo de la excedencia por ambos progenitores.

En su configuración actual, pues, la excedencia para atender el cuidado de hijos constituye un derecho individual e intransferible de los trabajadores, hombres o mujeres, con posibilidad, por tanto, de disfrute simultáneo, si bien cuando dos trabajadores de la misma empresa generaran ese derecho por el mismo sujeto causante, al empresario se le reconoce la posibilidad de limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas en el funcionamiento de la empresa.

El derecho surge desde el inicio de la relación laboral y en consecuencia no se encuentra condicionado en nuestro país, como ocurre en otros ordenamientos jurídicos²⁵, ni por la exigencia de un tiempo mínimo de prestación de servicios previos en la empresa, ni por la naturaleza temporal o indefinida del contrato. Tampoco resulta exigible por nuestra legislación plazo de preaviso alguno al trabajador para su ejercicio. Su duración se establece que no podrá ser superior a 3 años a contar desde la fecha del nacimiento del hijo o de la resolución judicial o administrativa, en caso de adopción o acogimiento, teniendo presente que cuando un nuevo hecho causante diera lugar a un nuevo período de excedencia, el inicio de la misma pone fin, en su caso, a la que se viniera disfrutando. El tiempo en el que el trabajador permanezca en esta situación resulta computable afectos de antigüedad y durante el primer año al trabajador se le reconoce el derecho a la reserva de su mismo puesto de trabajo. Transcurrido este plazo, tan sólo contempla el derecho al reingreso a un puesto del mismo grupo profesional o categoría equivalente.

²³ BOE núm.71, de 24.3. 1995.

²⁴ CASTRO ARGÜELLES, M^a A., «Condiciones de empleo y trabajo... en GARCÍA MURCIA, J. (Dir.), *La transposición del derecho social comunitario...*, cit., pg. 384.

²⁵ Como pone de manifiesto ARASTEY SAHÚN, M.L., «Excedencias por causas familiares: aspectos laborales y de Seguridad Social», en AA VV *Trabajo y familia en la jurisdicción social...*, cit., pgs. 190-191.

Se trata, por tanto, como se observa, de una regulación que no plantea en principio conflicto alguno con la legalidad comunitaria. Es más, considerando el artículo 46.3 ET en su conjunto y no sólo en referencia a la excedencia para el cuidado de hijos, como aquí se ha hecho, puede apreciarse que el derecho a disfrutar de la excedencia se reconoce con contornos más amplios en nuestro ordenamiento, extendiéndolo, con particularidades en cuanto a su duración, al cuidado de familiares hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad que por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad no puedan valerse por sí mismos y no desempeñen actividad retribuida, protección que la Directiva 96/34/CE no contempla.

La consecuencia lógica e inmediata de esta identificación entre el permiso parental regulado en la Directiva 96/34/CE y la excedencia del artículo 46.3 ET contemplada en nuestro ordenamiento jurídico es entender que la sentencia de 16 de septiembre de 2010 del TJUE ciñe su radio de acción al concreto contenido del régimen jurídico de la excedencia para el cuidado de hijos y familiares. Lo cual, siendo cierto, no puede llevar a olvidar, sin embargo, la inevitable proyección que el supuesto fáctico de la misma, el alumbramiento de gemelos, y la doctrina allí contenida, ha de tener sobre el resto de permisos que persiguen la conciliación de la vida personal y familiar de los trabajadores y trabajadoras con responsabilidades en el cuidado de los hijos.

Tampoco se puede obviar, por otra parte, en la interpretación del contenido de estos derechos de conciliación, la dimensión constitucional que tiene la excedencia para el cuidado de hijo y en general todas aquellas medidas que tienden a facilitar la compatibilidad de la vida laboral y familiar de los trabajadores, en tanto a través de los mismos se trata de hacer efectiva la igualdad de oportunidades en el mercado de trabajo, y considerando sobre todo el hecho de que sea el colectivo femenino el que en la práctica habitualmente asuma las responsabilidades familiares (STC 109/1993, de 25 de marzo). Una dimensión constitucional que en caso de la excedencia para el cuidado de los hijos se ha vinculado directamente además por nuestro Tribunal Constitucional a la «garantía del instituto familiar», pues la misma, al margen «de cooperar al efectivo cumplimiento del deber de los padres de prestar a asistencia de todo orden a los hijos durante su minoría de edad (art. 39.3 CE)», constituye un derecho atribuido a los trabajadores para «hacer efectivo el mandato constitucional dirigido a los poderes públicos de garantizar el instituto de la familia (art. 39.1 CE)»²⁶.

III. DOCTRINA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA SOBRE LA TITULARIDAD DEL PERMISO PARENTAL

La primera cuestión sobre la que el órgano jurisdiccional remitente interpela al TJUE versa, tal y como se ha anticipado, sobre el posible reconocimiento en la Directiva comunitaria de un derecho individual al permiso

²⁶ STC 203/2000, de 24 de julio (RTC 2000, 203).

parental cuya titularidad pertenecería al niño, no exclusivamente a los progenitores. Una regulación, por cierto, como se cuida de advertir con carácter previo el Tribunal, que resulta de aplicación tanto al personal que presta servicios en el ámbito del sector privado como al personal funcionario, como es el caso del supuesto examinado.

La cuestión es relevante, en efecto, toda vez que si se estima que la Directiva 96/34/CE confiere en relación con el permiso parental un derecho individual al niño, indudablemente la negativa a conceder un segundo permiso parental en el caso de nacimiento de gemelos comportaría una lesión de sus derechos. Un interpretación que, a juicio del órgano remitente, podría encontrar acomodo en el artículo 24 de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores que establece el derecho de los menores «a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar», lo que implicaría indirectamente, según su criterio, el reconocimiento de un pretendido derecho del menor a la obtención a través de sus progenitores de un permiso parental.

El TJUE, sin embargo, sale al paso de esta interpretación sobre la base de entender que la titularidad del permiso aparece clara y expresamente formulada en la cláusula 2.1 del Acuerdo, según la cual el derecho al permiso parental corresponde «a los trabajadores, hombres o mujeres». No hay en consecuencia, a juicio del Tribunal, otros titulares, pues, como expresa la dicción literal del texto, es a los progenitores, «y sólo a ellos» a quienes corresponde el disfrute del permiso parental.

La conclusión anterior, que compartimos, y que no parece que ofrezca margen para la duda a la vista del tenor literal del Acuerdo, resulta además avalada por la propia finalidad del permiso parental, que no es otra, a tenor de la cláusula primera del Acuerdo, que «facilitar la conciliación de las responsabilidades profesionales y familiares de los padres que trabajan». Una específica finalidad de conciliación de la vida familiar y laboral de los trabajadores que se hace más patente, si cabe, en nuestro ordenamiento interno, por cuanto al cuidado de los hijos se añade la modalidad de la excedencia para el cuidado de familiares, cuya regulación en esencia comparten.

Desde esta óptica, en efecto, como acaba concluyendo el Tribunal, no cabe duda que las excedencias familiares, tanto en la legislación interna como en la comunitaria, se configuran inequívocamente como un derecho del progenitor, con independencia del sexo, sin que sea posible su extensión a otros sujetos. Un derecho que ciertamente se dirige a la atención de los hijos, pero que se confiere a los progenitores en tanto a ellos corresponde el derecho y el deber de garantizar la educación de sus hijos, y en consecuencia los que libremente pueden, como titulares del derecho, hacer uso o no del mismo según conveniencia o necesidad.

Frente a la invocación del artículo 24 de la Carta Comunitaria, relativo al derecho a la protección del menor, que realiza el órgano jurisdiccional remitente para sustentar un pretendido derecho del hijo al permiso parental,

cabe señalar que el precepto de la misma que sirve de fundamento para la adopción de la Directiva 96/34/CE no es el mencionado artículo 24 sino es el artículo 16 de la misma cuya finalidad, como ya se dijo, es la conciliación de las obligaciones familiares y laborales, y que con este mismo objetivo, como nos recuerda el Tribunal, se incluyó además el permiso parental entre los derechos sociales fundamentales en el artículo 33 de la Carta Comunitaria. Así lo refleja con claridad, por otra parte, el apartado 4 de las consideraciones generales del Acuerdo marco que sirve de contenido de la Directiva²⁷.

Por lo tanto, nada en rigor, ni la literalidad del Acuerdo ni la finalidad del permiso, induce a pensar que la normativa comunitaria haya pretendido reconocer con la Directiva 96/34/CE un supuesto derecho individual del niño al permiso parental. Y así lo estima el TJUE, a nuestro juicio con acierto, al dar respuesta a la cuestión planteada.

IV. PARTO MÚLTIPLE Y DURACIÓN DEL PERMISO PARENTAL

Bastante más sutil y compleja en su análisis y resolución se presenta la segunda de las cuestiones que suscita el órgano remitente en el caso enjuiciado. A través de la misma no se trata ya de afirmar la existencia del derecho a disfrutar de un doble período de excedencia sobre la base de una pretendida titularidad del derecho de hijo, sino de determinar si por la vía del principio de igualdad de trato podría entenderse que el alumbramiento de gemelos genera el derecho de los progenitores a disfrutar de tantos permisos parentales como hijos hubieran nacido.

Con carácter previo, sin embargo, se plantea una cuestión que entiendo es esencialmente de carácter formal y que es objeto de atención por parte del Tribunal. Básicamente se trata de que la citada cláusula 2 del Acuerdo, al reconocer el derecho al permiso parental, señala que los trabajadores tienen el derecho a disfrutar del permiso parental «por motivo de nacimiento o adopción de un hijo», empleando en consecuencia el singular (nacimiento...de un hijo), lo que podría interpretarse en el sentido de que el «trabajador tiene derecho a un permiso parental distinto para cada hijo»²⁸.

En realidad, aunque a primera vista su redacción puede resultar ambigua y llamar efectivamente a distintas interpretaciones, parece evidente que al uso aquí del término «hijo» en singular no debe atribuirse relevancia alguna en

²⁷ Apartado 4 de las consideraciones generales del Acuerdo marco sobre el permiso parental de 14 de diciembre de 1995: «Considerando que la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, en su punto 16 relativo a la igualdad de trato para hombres y mujeres, prevé el establecimiento de medidas que permitan a éstos compaginar más fácilmente sus obligaciones personales y familiares».

²⁸ Esta es, en síntesis, la opinión de la Abogada General, Juliane KOKOT: «El Acuerdo marco no dice de forma genérica que el permiso parental deba servir para «ocuparse de los hijos», sino que individualiza el derecho del permiso a un hijo determinado («para poder ocuparse del mismo»), a cuyo nacimiento lo vincula», as. Chatzi (C-149/10), presentada el 7.7.2010, apartado 30.

orden a determinar el derecho de los progenitores a disfrutar de un doble permiso parental pues la expresión bien podría tener, como afirma el Tribunal, un mero valor genérico, esto es, en referencia «a todos los hijos como categoría de personas que pueden generar el derecho a un permiso parental».

Se trata, en cualquier caso, a mi juicio, de una cuestión menor, convenientemente resuelta por el Tribunal, puesto que la resolución del caso enjuiciado pasa por acudir inevitablemente de nuevo a una interpretación finalista del permiso parental. Y aquí se abren dos posiciones que se manifiestan en las observaciones presentadas por los distintos Gobiernos. La de entender, por un lado, que el permiso parental está vinculado «a la capacidad del progenitor de dedicarse por entero al niño»²⁹, lo que serviría de justificación para la concesión de un doble permiso parental en caso de nacimiento de gemelos. O la de entender, por el contrario, que el mayor número de hijos a atender en estos casos no afecta a la finalidad ni a la duración que deba tener el permiso parental puesto que obviamente se entiende que los progenitores deben atender simultáneamente a los dos, de modo que de poco sirve a estos fines, según ello, la concesión de un doble permiso parental. Y es que cuando se produce un parto múltiple lo que en verdad queda afectado, según en esta segunda interpretación, es «la intensidad de las tareas» a realizar por los progenitores, hecho que en sí mismo no justificaría la concesión adicional de otro permiso parental.

Ciertamente, a nadie escapa en este debate que el nacimiento de gemelos comporta sin duda alguna una acumulación de las cargas y de las tareas que derivan del cuidado del menor, y que, en consecuencia, en este sentido se trata de una situación notoriamente más gravosa y de mayor dificultad para los progenitores que la que se produce en el caso de nacimiento de un único hijo. Es una situación de mayor carga familiar por todos reconocida y que no merece mayor explicitación aquí. Quizás sólo añadir al respecto, para una mejor contextualización de estas situaciones, que a la dificultad objetiva de criar varios hijos a la vez, suelen sumarse también otros problemas de orden económico, médico (embarazos de alto riesgo, partos prematuros,..) y en ocasiones psicológico.

Pero partiendo de esta indiscutible premisa, no es menos cierto que este aumento de cargas que se produce para los progenitores en el caso de nacimiento de gemelos «es de orden cuantitativo, en la medida en que deben responder concomitantemente a las necesidades de dos niños», de tal suerte que ese esfuerzo adicional «no se prolonga más en el tiempo, ya que los gemelos, en principio, atraviesan a la vez por la mismas fases de desarrollo». No se trata, pues, en efecto, o al menos no esencialmente, de una cuestión que vaya a ser salvada con una mera duplicación del período de la duración del permiso parental. De hecho, como afirma el Tribunal, doblar la duración del permiso parental ni es seguramente la medida más apropiada a

²⁹ Observaciones de los Gobiernos chipriota y del Reino Unido, apartado 46.

este tipo de situaciones, ni desde luego es la única medida «a la que pueden recurrir los Estados para facilitar la articulación de la vida familiar y profesional de los progenitores de gemelos».

Tampoco está tan claro, por otra parte, como se esgrime, que el permiso parental tenga por finalidad «dedicarse por entero al niño». Al menos no existe esa certeza en el ámbito interno donde se han venido sucediendo algunas resoluciones judiciales que han confirmado la posibilidad del progenitor que se encuentra disfrutando de una excedencia para el cuidado de hijos pueda acceder a otro empleo en otra empresa que le permita conciliar mejor su vida laboral y familiar. Sirva de ejemplo de esta afirmación la reciente STSJ de Madrid de 15 de abril de 2009³⁰, en la que se avala por el órgano judicial la conducta de una trabajadora que habiendo comenzado el disfrute de una excedencia para el cuidado de hijo en una empresa, suscribe un contrato con una nueva empresa, situación que en opinión de la Sala no comporta la pérdida del derecho al reingreso en la primera si la trabajadora, por cualquier causa, cesa en la segunda. Y aunque debe reconocerse, ciertamente, que en este punto conviven doctrinas contradictorias en nuestros Tribunales, son ya varios los pronunciamientos de otras Salas de los Tribunales Superiores de Justicia que apuntan en esta misma dirección³¹.

La cuestión es desde luego delicada. Evidentemente, por un lado, parece claro que la utilización por el progenitor de la excedencia para el cuidado de hijo no puede llevar a desvirtuar la finalidad específica para la que se concede. Así, por ejemplo, en hipótesis sería difícilmente justificable la actitud del progenitor que durante un período de excedencia para el cuidado del hijo aceptara un empleo que no facilita sino que empeora la conciliación de su vida laboral y familiar. Sin embargo, negar de plano toda posibilidad de que el progenitor pueda acceder a un nuevo empleo mientras disfruta de un período de excedencia, situación en la que no se percibe salario ni prestaciones, puede llevar igualmente a desnaturalizar el propio objeto de la excedencia, que no es otro que la atención del hijo y el de favorecer la conciliación de esta obligación con su vida profesional, en tanto ello supondría rechazar también la posibilidad de que el progenitor pueda conciliar la atención del hijo con su nuevo empleo, si realmente en este nuevo puesto de trabajo ello es posible, y obtener así ingresos durante ese período.

Debe tenerse en cuenta, además, que la cuestión tiene sin duda relevancia constitucional por cuanto, como nos recuerda nuestro Tribunal Constitucio-

³⁰ STSJ Madrid 15 de abril de 2009 (AS 2009, 1626). Un comentario de la misma en RODRÍGUEZ COPÉ, M^a. L., «La excedencia por cuidado de hijos, ¿medida para facilitar la conciliación familia-trabajo?», AS 2009 (BIB 2009, 2009), donde la autora defiende la posibilidad del progenitor de «simultanear la excedencia por cuidado de hijo con un trabajo compatible con las obligaciones parentales», en tanto se trata de «un legítimo ejercicio del derecho», pág. 6 (en versión extraída de Westlaw).

³¹ Así, STSJ Cataluña 22 de marzo de 2007 (AS 2007, 2283): «... la excedencia por cuidado de hijos tiene por finalidad tal cuidado, pero ello no supone apartar al trabajador de la vida laboral».

nal³², en la inmensa mayoría de los casos son las mujeres las que hacen uso de este tipo de excedencias para el cuidado de hijos y por lo tanto las que se ven obligadas a abandonar su puesto de trabajo. De modo que si afirmamos que la mujer debe dedicarse durante este período de excedencia «de forma exclusiva a la atención íntegra, total y directa del menor», estamos cayendo precisamente en los mismos errores que nuestra legislación de conciliación quiere evitar, esto es, la discriminación laboral de la mujer y las desigualdades del colectivo femenino en el acceso al mercado de trabajo.

La solución a la problemática que plantea el nacimiento de gemelos no pasa, pues, por el reconocimiento de un doble permiso parental. Primero, porque tal medida ni es exigible en la literalidad de la norma ni es adecuada a los fines pretendidos de solventar la mayor intensidad de las cargas familiares. Pero menos aún si, como es el caso, se justifica en una pretendida obligación impuesta en la norma de dedicarse «por entero al niño».

Lo anterior no quiere decir, claro está, que no se reconozca la particular situación que viven los progenitores con hijos gemelos, situación, por cierto, que no es equiparable a la de los padres de niños con escasa diferencia de edad, ni tampoco que se obvien sus mayores responsabilidades familiares. Simplemente lo que ocurre es que se entiende que la vía más adecuada para la atención de esas especiales necesidades que produce el nacimiento de gemelos ha de venir de la mano de la previsión en los ordenamientos internos de otras medidas complementarias de conciliación.

Desde esta posición, el Tribunal considera que los ordenamientos internos tienen en sus manos, respetando las disposiciones mínimas del Acuerdo marco en cuanto a la duración mínima del permiso parental (3 meses), la facultad de fijar su duración, las condiciones de acceso y sus modalidades de ejercicio. Pueden decidir así fijar una duración más extensa que la duración mínima establecida en el Acuerdo para el caso de nacimiento de gemelos o pueden establecer reglas específicas que permitan una «cierta flexibilidad» en su ejercicio a los progenitores en estos casos.

Pero para el Tribunal también es posible, y así lo subraya, adoptar igualmente otras medidas que respondan más adecuadamente las necesidades específicas de los progenitores con gemelos, como pueden ser las ayudas económicas, el acceso a guarderías u otras estructuras de acogida del niño, o la previsión de prestaciones específicas que posibiliten una libre elección del modo de guarda.

En definitiva, de acuerdo con el fallo de la sentencia, no existe en el caso de nacimiento de gemelos el derecho de los progenitores a disfrutar de un doble permiso parental, pero sí la obligación del legislador nacional, interpretando la cláusula 2 del Acuerdo a la vista del principio de igualdad de trato que exige dispensar distinto tratamiento para situaciones diferentes, de establecer «un régimen de permiso parental que, en función de la

³² STC 240/1999, de 20 de diciembre (RTC 1999, 240).

situación en el Estado miembro de que se trata, garantice a los progenitores de gemelos un trato que tenga debidamente en cuenta sus necesidades específicas» (Fallo 2).

Una decisión que, en consecuencia, deja abierto el modelo de atención a estas situaciones por las legislaciones nacionales, y que comporta ineludiblemente la obligación de verificar si nuestra normativa interna responde a tales exigencias.

V. LOS EFECTOS DE LA SENTENCIA EN EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA EXCEDENCIA PARA EL CUIDADO DE HIJOS Y EN OTRAS MEDIDAS DE CONCILIACIÓN

Ya se ha comentado a grandes trazos cuál es el régimen jurídico de excedencia para el cuidado de hijos, derecho en el que se viene a materializar en nuestro ordenamiento jurídico la transposición del permiso parental de la Directiva 96/34/CE, y como su regulación, en lo que se refiere a la duración de la misma, es conforme con la normativa comunitaria por cuanto se establece que no podrá ser superior a 3 años a contar desde la fecha del nacimiento del hijo o de la resolución judicial o administrativa, en caso de adopción o acogimiento.

Ciertamente, el Acuerdo Marco posibilitaría, como primera medida de atención a las situaciones de parto múltiple, la ampliación en nuestro ordenamiento de la duración de la excedencia en el caso de nacimiento de gemelos a una duración que podría llegar incluso, sin desbordar siquiera el propio marco temporal que señala la Directiva 96/34/CE, hasta los ocho años (cláusula 2). De hecho, tal posibilidad de extensión de la duración de un permiso en el caso de parto múltiple es una situación que ya es contemplada por nuestro ordenamiento en el régimen jurídico de otros derechos de conciliación. Es el caso, por ejemplo, de la ampliación del permiso de maternidad en dos semanas más a partir del segundo hijo que se produce en caso de parto múltiple (art. 48.4 ET); del permiso de paternidad, ampliable en caso de parto o adopción múltiples en dos días más a partir del segundo hijo (art. 48 bis ET); o del incremento proporcional que experimenta el permiso de lactancia «en los casos de parto múltiple» (art. 37.4 ET), medida introducida por la Ley Orgánica 3/2007 de Igualdad, aunque con anterioridad, incluso, ya venía siendo admitida por nuestro Tribunales³³. Son medidas que encuentran su lógica y su plena justificación en la

³³ En este sentido RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., «Parto múltiple y acumulación del permiso de lactancia tras la Ley 3/2007, de 22 de marzo, de igualdad efectiva entre hombres y mujeres», AS, núm. 19, 2008. Hay que tener en cuenta, sin embargo, que la reciente STS de 1 de noviembre de 2009 (RJ 2010, 247), que casa la SAN 30 de septiembre 2008 (AS 2008, 2665), declara que el incremento proporcional del permiso de lactancia en caso de parto múltiple «no se aplica a la acumulación». Acumulación que «ni siquiera es necesaria en el esquema legal», de forma que «si no hay previsión convencional o acuerdo con el empresario, no habrá acumulación», y por tanto, «un convenio colectivo podría establecer, tras la vigencia del nuevo artículo 37.4 del Estatuto de los Trabajadores, un

escasa edad de los hijos y en las mayores atenciones que en estos períodos inmediatamente posteriores al nacimiento requieren, en el mayor esfuerzo que la crianza simultánea de varios hijos exige, y sobre todo, en el caso del permiso de lactancia, en la mayor disponibilidad temporal que es exigida a los progenitores para el cumplimiento de las obligaciones alimenticias de varios hijos de la misma edad³⁴.

Así pues, si tuviéramos que proyectar la doctrina que encierra la sentencia de TJUE a estos concretos supuestos, habría que establecer como primera conclusión que nuestro ordenamiento contempla adecuadamente las situaciones de nacimiento de gemelos en tanto, según exige el tribunal, se establece una regulación diferenciada para situaciones desiguales. Cuestión distinta es que, desde esta misma perspectiva, se estime insuficiente esta ampliación de los permisos de maternidad o paternidad para el caso de nacimiento de gemelos. Y ello es así, porque el TJUE en ningún momento, como se ha visto, impone a tal fin topes máximos o mínimos a las legislaciones internas en la regulación de reglas específicas sobre la duración de la excedencia para el cuidado de hijos en el caso de nacimiento de gemelos. Simplemente, se limita a declarar, tras negar el derecho de los progenitores a disfrutar en estos casos de un doble permiso, la necesidad de garantizar «un trato que tenga debidamente en cuenta sus necesidades específicas», lo que habrá de valorarse en el marco del conjunto de la protección que se dispensa a esa situación.

La posibilidad de ampliación de la duración para el caso de la excedencia para el cuidado de hijo, como ocurre en esos otros derechos de conciliación, es, por tanto, igualmente posible. Ahora bien, sin descartar de todo punto esta posibilidad, no parece, a mi juicio, compartiendo en este punto íntegramente las consideraciones del TJUE, que ésta sea la solución más adecuada. Entre otras razones, porque su duración máxima de tres años, en la generalidad de los casos, parece un tiempo más que razonable para atender a los fines que se pretenden³⁵, y que resulta coincidente, además, con

tope de 14 días de acumulación, un tope con un número de días superior o inferior, o excluir incluso la acumulación».

³⁴ En este sentido RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., «Parto múltiple y acumulación del permiso de lactancia tras la Ley 3/2007...», cit., pg. 5, en versión extraída de westlaw. Téngase en cuenta, como afirma la autora, que el permiso de lactancia, a diferencia del permiso de maternidad «supone un breve cese en la prestación de la actividad durante un intervalo muy corto de tiempo con el fin de proporcionar la nutrición necesaria al menor de nueve meses», pág. 7.

³⁵ Téngase en cuenta, además, que no es descartable (STSJ Navarra 23 de febrero de 2006 [AS 2006, 988]), aunque desde luego se trata de un criterio polémico y discutible, la utilización por los progenitores de la excedencia para el cuidado de familiares (dos años) de forma sucesiva a la excedencia para el cuidado de hijo, una vez que éste ha cumplido los tres años. En contra, entre otras, STJ País vasco 2 de mayo de 2007 (AS 2007, 3096). Vid. Al respecto LÓPEZ-TAMÉS IGLESIAS, «Alcance y aplicación de algunas cuestiones sobre la vida laboral y familiar en la doctrina de los Tribunales Superiores», AS, núm. 19, 2011, pgs. 18-19, en versión extraída de Westlaw.

la edad de escolarización voluntaria en el primer ciclo de educación infantil en nuestro país.

En realidad, el problema en el caso de nacimiento de gemelos no es de tiempo, en el sentido de que sea preciso extender la duración del permiso para atender simultáneamente las necesidades de varios menores de la misma edad, sino de proporcionar suficientes ayudas personales y materiales al progenitor o a los progenitores que quedan al cargo del cuidado de los mismos. Y en este sentido, nuestra excedencia, al tratarse de una suspensión del contrato de trabajo sin derecho a prestación, no aparece diseñada desde luego como un remedio que permita a ambos progenitores dedicarse de forma íntegra y simultáneamente en la tarea del cuidado de los menores, debido, sencillamente, a que las familias en muchas ocasiones no puede prescindir normalmente de parte de su ingresos. En la práctica, lo normal será, por tanto, como en tantas ocasiones ha recordado nuestro Tribunal Constitucional, que sean las mujeres las que, tras agotar el período de maternidad, y en su caso, la acumulación de los períodos de lactancia y las vacaciones³⁶, hagan uso de esta excedencias para el cuidado de hijos³⁷.

Frente a esta mayor intensidad de las tareas que en estos casos pesan sobre los progenitores, caben distintas posibilidades. Una opción, que hoy por hoy parece quimérica e impensable pero que sin duda alguna resultaría la medida más útil y eficaz, sería contemplar la posibilidad de extender para el caso de parto múltiple (o de adopción de más de un menor realizada de forma simultánea) el permiso de paternidad hasta hacerlo coincidir en su duración con el permiso de maternidad. En hipótesis, ello permitiría a ambos progenitores, si fuera su deseo, ocuparse simultáneamente de sus hijos gemelos, al menos en sus primeras etapas, haciendo realmente efectivo el principio de corresponsabilidad en el reparto de las cargas familiares. La otra, más realista en las actuales circunstancias, pasaría por asegurar desde las instituciones, como apunta el Tribunal, un régimen de ayudas económicas y materiales adecuadas que en último extremo permitan a los progenitores decidir libremente la forma de custodia y sufragar los elevados costes que supone el nacimiento simultáneo de varios hijos.

Nuestra legislación, como es evidente, en el caso de la excedencia para el cuidado de hijo se ha inclinado por ésta última posibilidad, esto es, por

³⁶ La posibilidad del encadenamiento de estos derechos, como afirma VIQUEIRA PÉREZ, «forma ya parte del inconsciente colectivo, como lo demuestra la naturalidad con que se maneja el cálculo para determinar el tiempo total de ausencia al trabajo (tantas semanas de maternidad más tantas semanas de permiso acumulado, a las que, si es posible, añadiré las vacaciones)», en VIQUEIRA PÉREZ, C., «Derechos de conciliación de la vida laboral, familiar y personal: deficiencias y problemas aplicativos», *AS*, núm. 10, 2010, pg. 4, en versión extraña de Westlaw.

³⁷ STC 240/1999, de 20 de diciembre (RTC 1999, 240). De ahí que cualquier perjuicio en la conservación de sus derechos profesionales causado por el embarazo, o la sucesiva maternidad y en general el ejercicio de los derechos de conciliación, constituyan normalmente un supuesto de discriminación por razón de género. Por todas, SSTC 182/2005 (RTC 2005, 182) y 324/2006, de 20 de noviembre (RTC 2006, 324).

ofrecer una red de prestaciones y ayudas, básicamente de carácter económico, a los progenitores. No ha apostado por una ampliación de la excedencia porque, seguramente, como ha quedado indicado, dada la extensión de la misma, no es necesaria en este caso, lo cual puede ser discutible, pero se trata de una opción que, en todo caso, parece conforme y respetuosa con la doctrina del Tribunal.

A cambio, sin embargo, nuestro ordenamiento jurídico ha venido contemplando, en efecto, todo un mosaico de prestaciones económicas dirigidas a paliar las especiales necesidades de los progenitores en el caso de parto múltiple, entre las que se encuentran, el subsidio especial de maternidad por cada hijo a partir de segundo durante las seis semanas posteriores al parto (art. 6 RD 295/2009)³⁸, la prestación económica no contributiva en pago único por parto o adopción múltiples de cuantía variable en función, entre otros factores, del número de hijos nacidos (art. 181.c. LGSS)³⁹; o la prestación económica igualmente asistencial de pago único por nacimiento o adopción de un tercer o sucesivos hijos, cuya finalidad, aunque no está ligada exactamente al parto múltiple, es compensar el aumento de gastos que produce esta situación en aquellas familias que no superen un determinado nivel de ingresos (art. 3.b. del RD 1335/2005)⁴⁰. A ello habría que añadir las ayudas económicas complementarias, así como otras medidas fiscales, y de carácter social (guarderías, contratación de cuidadores,...) que se pone a disposición de los progenitores desde el ámbito autonómico y local y que afectan a los casos de partos múltiples, sobre las que no es posible ni resulta de interés entra aquí.

En este contexto, merece la pena, en cambio, mencionar también, aunque sólo sea por la novedad que en su momento comportaba la medida, la recientemente desaparecida ayuda estatal por hijo nacido o adoptado, comúnmente denominado «cheque bebé», de 2.500 anuales por cada hijo⁴¹, medida que ha sido suprimida con efectos desde el 1 de enero de 2011 por el

³⁸ Art. 6.2 del RD 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural: «*En caso de parto múltiple y de adopción o acogimiento de más de un menor, realizados de forma simultánea, se concederá un subsidio especial por cada hijo o menor acogido, a partir del segundo, igual al que corresponda percibir por el primero, durante el periodo de seis semanas inmediatamente posteriores al parto, o, cuando se trate de adopción o acogimiento, a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituya la adopción.*».

³⁹ Art. 181.c) del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, que aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social; y arts. 23-24 RD 1335/2005, de 11 de noviembre, que regula las prestaciones familiares de la Seguridad Social (BOE de 22.11.2005).

⁴⁰ Art. 3.b) del RD 1335/2005, de 11 de noviembre, que regula las prestaciones familiares de la Seguridad Social. Su régimen jurídico se desarrolla en los arts. 19 a 22 de la disposición reglamentaria.

⁴¹ Art. 3 de la Ley 35/2007, de 15 de noviembre, por la que se establece la deducción por nacimiento o adopción en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y la prestación económica de pago único de la Seguridad Social por nacimiento o adopción.

Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público.

Llegados a este punto se impone, pues, una valoración de conjunto del tratamiento que recibe en nuestro ordenamiento jurídico el supuesto de parto múltiple y la propia regulación de la excedencia para el cuidado de los hijos. Así lo exige la TJUE. Una valoración, por tanto, que tome en consideración no sólo el régimen jurídico del derecho en cuestión, sino también su juego combinado y coordinado con el resto de los derechos de conciliación, y, sobre todo, la existencia de ayudas que permitan atender las necesidades que se generan en los supuestos de parto múltiple. Corresponde al juez nacional en cada caso, afirma el Tribunal, «verificar si la normativa interna en su conjunto» responde a estas necesidades.

En mi opinión, aunque desde luego este es uno de los espacios donde siempre cabe esperar nuevas acciones y políticas públicas que permitan mejorar la conciliación de la vida familiar y laboral de los trabajadores, nuestra legislación interna, en el momento actual, cumple el estándar de protección exigido por el Tribunal. Desde el punto de vista de la adecuación de nuestra normativa sobre la excedencia para el cuidado de hijos al contenido de la Directiva 96/34/CE, porque no es exigible legalmente ni existe la necesidad, a tenor de la doctrina del TJUE, de duplicar la duración de la excedencia para el cuidado de hijos. Y desde el punto de vista de la valoración de conjunto de nuestra normativa que reclama la sentencia del TJUE, porque nuestro ordenamiento contempla suficientemente en otros derechos de conciliación, precisamente en los momentos que por su edad muy temprana más lo necesita el menor, las particularidades que presentan las situaciones de parto múltiple, al tiempo que introduce para estos casos un régimen específico de ayudas y prestaciones sociales que puede resultar fragmentario e incompleto dado los gastos extraordinarios que asumen los progenitores, pero que responde razonablemente a las necesidades específicas que generan las situaciones de parto múltiple.