



Enero 2024

La enigmática «cláusula pasarela» y el «fantasma» permiso de lactancia acumulada de «28 días»: «¿gato por libre?»

Cristóbal Molina Navarrete

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Jaén*

1. ¿Demasiado boato preambular, para tan poca reforma normativa? En la nueva secuencia de «leyes» de urgencia «ómnibus» (para todo tema regulable) y «escoba» (barre para el BOE todo lo que debería haber sido ya publicado, pero no se ha hecho) que el nuevo Gobierno nos regaló para saludar el tiempo navideño, hallamos el Real Decreto-Ley ([RDL 7/2023, de 19 de diciembre](#) (estuvo precedido por el [RDL 6/2023, de 19 de diciembre](#), aprovechado para dar vida a buena parte de las reformas en los servicios públicos, incluido muy especialmente el de Administración de Justicia, que se frustraron tras disolverse las Cortes antes del 23-J, y seguido por el [RDL 8/2023, de 27 de diciembre](#)). Aunque lo más relevante del mismo reside en una reforma, también a medio gas, de la rama asistencial de desempleo (un análisis de los puntos cruciales de este aspecto de la reforma puede verse en el [editorial de la profesora Margarita Miñarro](#), en primer número de 2024 de la [RTSS.CEF](#)), este [RDL](#) también generaba, ya desde el título, la expectativa de llevar a cabo, entre otras reformas laborales y de Seguridad Social, las debidas para «completar la transposición» de la [Directiva \(UE\) 2019/1158](#), del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores.

La sola referencia de tal sintagma («completar la transposición») debería extrañar. Primero porque significa reconocer que la primera fue deficiente. Precisamente, el último RDL dictado antes

de las elecciones, el [5/2023, de 28 de junio](#), otro ejemplo de normas de urgencia ómnibus y escoba, pretendió asumir tal labor. Ya se sabe, «las prisas son malas compañeras para la regulación». Aunque, segundo, sorprende la premura y la improvisación, porque debió haberse efectuado a más tardar el 2 de agosto del año 2022 (art. 20 [Directiva 2019/1158](#)), extemporaneidad que nos ha costado la apertura de un proceso de incumplimiento por parte de la Comisión ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), con el consiguiente riesgo de una importante sanción. Al respecto, y sin entrar aquí en profundidades, es bien conocido que entre las cuestiones que quedaron pendientes de transposición estaba una más adecuada regulación, y sobre todo la atribución del carácter retribuido (o compensado), del nuevo permiso parental ex [artículo 48 bis del Estatuto de los Trabajadores \(ET\)](#) (y [art. 49 g\) Estatuto Básico del Empleado Público –EBEP–](#)), aplicación de los artículos 5 y 8.1 de la [directiva](#) (4 meses, de los que 2 serán retribuidos o económicamente compensados).

Cierto, había tiempo para ello. La [directiva](#) daba un plazo adicional para que cada Estado previera el modo en virtud del cual garantizará el carácter retribuido (salario) o compensado (prestación económica del sistema de Seguridad Social) de ese periodo, al menos 2 meses de los 4 reconocidos, difiriendo a más tardar al 2 de agosto de 2024 la compensación económica de las últimas 2 semanas retribuidas. ¿Albricias, esta vez nos habríamos –parcialmente– adelantado? La entrada que el preámbulo (cada vez esta parte de las leyes de urgencia son más propias de la técnica de los «cuentos» –navideños– que de las cuentas de lo que realmente se hace normativamente) elige para justificar la reforma a tal fin parecía esperanzada, en esta ocasión seríamos un Estado cumplidor. Para el preámbulo de la norma de urgencia la [directiva](#) sería expresión de una innovadora y más eficaz política de corresponsabilidad en la atribución del trabajo de cuidar, de modo que, en efecto, estamos ante una importantísima normativa para avanzar en la reducción de las brechas de género, esto es:

«[...] las políticas de conciliación deben servir para contrarrestar la desventajosa situación de las mujeres en el mercado de trabajo, así como los efectos nocivos derivados de la perpetuación de los roles de cuidado».

Asimismo, se insiste en que lo importante no es la denominación de los permisos («derechos de ausencia por motivos familiares»), sino en las garantías de efectividad «para satisfacer los objetivos de la [directiva](#)» y que se concretaría en la siguiente tríada: (1) efectividad de la participación de las mujeres en el mercado de trabajo, manteniendo sus carreras profesionales, (2) eficacia de la garantía de corresponsabilidad del trabajo de cuidar, para evitar la perpetuación de roles y (3) atención al coste económico ligado a los permisos para el trabajo de cuidar. Justamente, en este marco se hace referencia al novedoso permiso parental, que se quiere autónomo y diferenciado respecto de los ya clásicos permisos por nacimiento. Del que, a su vez, predica tres cualidades:

- a) Titularidad exclusiva e intransferible de cada «progenitor» (padre o madre).

- b) Disfrute flexible, a «voluntad de la persona trabajadora», para que facilite corregir la «situación de desventaja profesional provocada por la atención de las responsabilidades de cuidado», de manera que atienda «a sus necesidades y durante un periodo que va más allá del nacimiento» –hasta cumplir 8 años– (¿derecho subjetivo de autodeterminación razonable del permiso parental?).
- c) Que mantenga su carácter «pagado», mediante «prestación compensatoria del salario dejado de percibir durante su disfrute para cambiar las pautas de comportamiento del progenitor varón».

«Corramos un tupido velo» sobre esta última observación aquí. Un inciso que no por realista deja de sorprender. El preámbulo no exhibe gran confianza en las razones –nada altruistas ni siquiera de solidaridad familiar– de los varones para ejercer derechos de conciliación para el trabajo de cuidar (ese mismo varón, por cierto, [que el TJUE y la jurisprudencia social española consideran «discriminado» en el ámbito del complemento de «contribución demográfica» y/o reducción de la brecha de género ex at. 60 LGSS](#)). Lo que aquí interesa es que para el preámbulo-cuento, el [artículo 48 bis del ET](#) cumple la tríada.

Pero, ¿cómo se alcanza esa conclusión si ni el [artículo 48 bis del ET](#) ni el [artículo 49 g\) del EBEP](#) contemplan tal carácter retribuido ni hay prestación de Seguridad Social que actúe de la referida compensación? Lógicamente, introducirá una reforma en esos preceptos para hacer efectiva su ambiciosa comprensión del significado de la política de conciliación de la vida laboral y familiar en general, y del permiso parental en particular ¿no es eso? No. La única reforma que concreta tan solemne y grandilocuente discurso es la del [artículo 37.4 del ET](#), generalizando el permiso de lactancia acumulado. Pero, ¿qué tiene que ver el [artículo 37.4 del ET](#) con el [48 bis del ET](#) (permiso de 8 semanas para cuidar menores de hasta 8 años)?

2. ¿«Nuevo milagro del pan y los peces»? : ni generaliza el permiso acumulado de 28 días de lactancia ni compensa 4 semanas de permiso parental. El único cambio legal a tal fin del [RDL 7/2023](#) es la desaparición del carácter condicionado a la previsión de la negociación colectiva, o al acuerdo individual, de acumular en jornadas completas (días laborables, no naturales) el permiso de una hora para la lactancia (no es acumulable la alternativa de reducción de media hora, salvo mejora convencional: [STS, Sala 4.ª, 419/2018, de 19 de abril, FJ Cuatro, in fine](#)). En consecuencia, el carácter condicionado, convencional o contractual, previo ([STS, Sala 4.ª, de 11 de noviembre de 2009, rec. 133/2008](#)), desaparece y, a partir del 21 de diciembre de 2023, cada persona puede autodeterminar el modo de ejercer el permiso (derecho individualizado y gestión flexible, consustancial a su dimensión constitucional e incluso fundamental, pese a lo restrictivo de la polémica [STS 379/2023, de 25 de mayo](#)). Por lo que podrá acumular o no la hora de ausencia en jornadas laborales completas, dividiendo, si acumula, el número de días laborables que faltan hasta que el hijo/la

hija cumpla 9 meses –o la mayor edad del convenio– por las horas correspondientes a su jornada, nos explica la [STS, Sala 4.ª, 986/2023, de 21 de noviembre](#).

¿Y esa sencilla fórmula matemática da siempre 28 días de permiso laborables, para todas las personas y cualquiera que sea su régimen contractual y el convenio de aplicación? Así lo afirma, nada menos que en [rueda de prensa](#) (aunque no le preguntan por eso, pero ella lo deslizó por ser muy importante laboralmente), el 20 de diciembre pasado, la ministra de Trabajo y vicepresidenta segunda del Gobierno, siempre presta a desmentir, nunca a crear, *fake news* laborales. Naturalmente, a partir de ahí todos los medios de comunicación y las redes sociales, los más serios y los no tanto, generalistas y especializados, ofrecen ese titular como una gran novedad de la reforma de urgencia. Entonces ¿recientes convenios colectivos que fijan ese periodo en un máximo de 14 días laborables, como el artículo 33 del [Convenio colectivo del sector de las agencias de viajes](#), deben aumentarlo? No, la reforma no cambia realmente nada en el funcionamiento sustantivo del permiso ni, aún menos, en el tiempo de duración, que podrá ser de 28 días o de bastantes menos, dependiendo de las mismas variables que antes de la reforma (número de hijos/as, la jornada de cada persona según convenio colectivo y tipo contractual, días laborables que haya entre la fecha de la reincorporación tras permiso de nacimiento y *dies ad quem* del periodo de cómputo del permiso, eventuales mejoras convencionales, etc.).

En suma, pese al título de la norma y la «venta política» de quien la ha producido, con enorme improvisación, pese a llevar año y medio de retraso en el cumplimiento del deber de transposición, (1) ni «se completa» la transposición, como se dice, porque mantiene su parcialidad, faltando la transposición del carácter retribuido de una parte del permiso parental, al menos para las madres (a las que se dice querer corregir su desventaja en el mercado de trabajo por su sobrerrepresentación en el trabajo de cuidar, frente al varón remiso porque no se compensan adecuadamente esas ausencias, salvo el permiso de nacimiento) ni (2) se mejora el régimen del permiso de lactancia (ni aclara las dudas que genera su aplicación hasta el momento ni incrementa hasta 28 días el permiso para todas las personas). Pero, entonces ¿a qué se debe tanta confusión?

3. Acogida de la enigmática «cláusula pasarela» comunitaria, primero explicitada, luego ocultada, en la exposición de motivos: ¿audacia legal o cicatería garantista? Sí hay una explicación, no una justificación, a estos malentendidos. Y remanece, otra vez, de la exposición de motivos de la [norma de urgencia que se comenta](#) en este punto (para otro momento quedará el renacer de los marcos autonómicos de negociación colectiva con la reforma sorpresiva para los interlocutores sociales, pero esperable por los acuerdos políticos de investidura, del [artículo 84 del ET](#); e incluso la reforma del sistema de elección de representación unitaria en el sector cultural, de más calado en lo solemne de su explicación que, una vez más, en lo escasamente significativo del cambio legal). Ahora no tanto por lo que dice, sino por lo que calla.

En efecto, la lectura sosegada del actual «preámbulo-cuento» deja ver con toda claridad un salto lógico. Primero, de forma muy sintética, recuerda que en España –esto es cierto– existe una pluralidad de derechos de conciliación de la vida laboral y familiar, distintos a los permisos (suspensiones compensadas por la Seguridad Social) ligados al nacimiento, impliquen:

- a) en unos casos permiso, con ausencia total o parcial, a través de reducciones (ej. [art. 37.6](#), o [art. 37.4 ET](#), según la modalidad elegida para el permiso de lactancia)
- b) o no conlleven ausencia, aunque sí reducción, en su caso, en línea con el artículo 9 de la [directiva](#), promoviendo la organización flexible del trabajo productivo para conciliarlo con el reproductivo (ej. [art. 34.8 ET](#), cada vez más polémico en su aplicación jurisprudencial, todo sea dicho –ej. la muy discutible [STS, Sala 4.ª, 983/2023, de 21 de noviembre](#), que niega la posibilidad de elegir turno fijo a la trabajadora que ha reducido su jornada por guarda legal [ex art. 37.6 ET](#), excluyendo esa opción de su derecho subjetivo a la concreción horaria, remitiéndola al [art. 34.8 ET](#))
- c) compensados o no (ej. excedencias del [art. 46.3 ET](#)). Pues bien, en esta norma se procede a abordar una modificación del permiso de lactancia con la finalidad de mejorar los términos del ejercicio del derecho y a la vez se refuerza y complementa el recientemente reconocido permiso parental.

Tras esa afirmación, pasa de inmediato a decir –lo que no es cierto– que «[mejora] los términos del ejercicio del derecho y a la vez se refuerza y complementa el recientemente reconocido permiso parental». Pero ¿cómo consigue ese «milagro» si no modifica el [artículo 48 bis del ET](#)? En principio, por la enigmática «cláusula pasarela» del artículo 20.6 de la [directiva](#).

En ella se autoriza a los Estados miembros a que tengan en cuenta

«[...] cualquier período de ausencia al trabajo relacionada con la familia y cualquier remuneración o prestación económica por esta, entre otros por permisos de maternidad, paternidad, parental o para cuidadores a que pueda acogerse el trabajador en el ámbito nacional y que supere los estándares mínimos previstos en la presente Directiva o en la Directiva 92/85/CEE, siempre que se respeten los requisitos mínimos para dichos permisos y que no se reduzca el nivel general de protección garantizado a los trabajadores en los ámbitos de aplicación de dichas Directivas».

No lo expresa en el preámbulo finalmente aprobado, cuyo valor interpretativo es bien conocido, aunque no sea vinculante, pues no es cuerpo normativo, claro está. Pero sí estaba en el borrador inmediatamente anterior al definitivo. En él, tras recordar esta, hasta el momento poco frecuentada cláusula, aunque muy conocida en el ámbito del derecho de la

Unión Europea (es una técnica que se usa tanto en el ámbito del derecho fundacional como en el del derecho derivado y permite mucha flexibilidad a los Estados miembros a la hora de dar cumplimiento a sus obligaciones comunitarias), confesaba que buscaba:

«[...]integrar en nuestra normativa la parte del permiso parental establecida en los artículos 5 y 8.3 de la Directiva (UE) 2019/1158 [...] que no puede considerarse exista en nuestra legislación, entre ellos una compensación económica adecuada de parte del permiso» (exposición de motivos).

Incluso se apelaba expresamente a que tal opción contaba con el visto bueno de la Comisión Europea. En suma, el «trasvase» entre permisos que permite la aplicación de la cláusula pasarela, lleva al Gobierno a entender que se cumple el mandato de trasposición de todos los artículos de la [directiva](#), incluido su artículo 8.3, con esa modificación del permiso de lactancia. La audacia legislativa es innegable, tanto como su inadecuación para los objetivos de un cumplimiento efectivo de los mandatos comunitarios. Si se tiene en cuenta que la norma española prevé 8 semanas respecto del permiso parental [ex artículo 48 bis del ET](#) (la norma comunitaria recoge 4 meses –lo que significa que la norma española resta 4 días, al contar por semanas, no por meses–), y que lo único obligatorio para la compensación es la mitad de ese permiso, 2 meses para la [directiva](#), 4 semanas para la norma española, podría, quizás entenderse de dónde sale ese periodo de 28 días, hasta ahora tan «fantasma».

Pero, pese –hay que insistir– a la audacia legislativa, es evidente que, al margen de los guarismos concretos (cómputo por semanas, cómputo por días), las cuentas no salen. En un estricto plano cuantitativo, sí para los varones, esos a los que, paradójicamente, se querría (dice el preámbulo- cuento) incentivar para la corresponsabilidad. El permiso de nacimiento español para padres (el «otro progenitor» –término de lenguaje inclusivo que cada vez más oculta la realidad de las cosas–) sí es muy superior (16 semanas) al previsto por la [directiva](#) (10 semanas). En cambio, por más que sumemos permisos con audacia (también con poca generosidad y exceso de cicatería), las madres biológicas no reciben la debida protección, paradójicamente también aquellas a las que se quiere librar de las brechas de género derivadas de su mayor dedicación al trabajo de cuidar.

4. En espera de la tercera reforma de transposición, esperemos que esta vez sí sea la definitiva, aunque... Por supuesto, nada negativo hay en utilizar los recursos que da la [directiva](#) a transponer, pero siempre que se haga adecuadamente. De las posibilidades que la [directiva](#) ofrece (articular un permiso parental nuevo, como parece es la opción del [artículo 48 bis del ET](#), impulsar cambios en la regulación de permisos hasta ahora usados solo por mujeres, para cambiar el patrón de ausencia del varón en ellos, como sucede con la excedencia por el cuidado de hijos/as, o la cláusula pasarela), la ley laboral española, en dos fases, ha optado por mezclar la primera (permiso nuevo) con la tercera (cláusula pasarela) y el resultado ha sido todo un pastiche que exigirá, sin duda, otra reforma, a fin de dar

cumplimiento adecuado al mandato comunitario. Y hacerlo, precisamente, para que sea realmente cierto lo que dice el preámbulo: convertir los derechos previstos para la conciliación de la vida laboral y familiar no en una mejora social de la distribución sexista de roles, que se perpetúa, sino en una palanca para cambios reales, orientados a su ejercicio efectivamente corresponsable, en espera también de ese sistema nacional del trabajo de cuidar que tantas veces se compromete, también en el Plan Recuperación, Transformación y Resiliencia, previsto en el [componente 22](#), también en el Pilar Europeo de Derechos Sociales, tan recurrentemente invocado.

Una vez más, para todo ello, vamos tarde, sin que el diferimiento a agosto del año que ahora comienza sea bálsamo adecuado. El Consejo Económico y Social fue claro al respecto en su [Dictamen 146/2023](#), donde constató cómo se incumplía, allí donde se decía que se quería mejorar, la igualdad de trato para con las mujeres. Ni lo es jurídicamente, ni tampoco lo es socialmente, en la medida en que de la ley nacional se espera que no se aprovechen las ventanas comunitarias para flexibilizar cumplimientos, sino para ajustar de forma más precisa la regulación. La mejora de garantías de dirigirse allí donde se necesitan, y con la generosidad y extensión que se necesita: el rediseño del sistema para favorecer una corresponsabilidad efectiva, no solo formal, en los papeles normativos, allí donde el BOE nuestro de todos los días soporta cuanto se le eche. Ni la astucia legislativa, ni menos la cicatería garantista económica (por supuesto no todo el peso del nuevo permiso debe recaer en las empresas, por cuanto se trata de un interés social general), son las mejores compañeras en ese vieja, hoy todavía pendiente.

Por lo tanto, hay que ir a una tercera oportunidad. Ahora se [«prometen» nuevas mejoras](#), elevando de 16 semanas a 20 todos los permisos de nacimiento, y también remunerar «cuatro de las ocho» semanas (hay que recordar que son 2 meses, no 4 semanas –como en la película célebre, las medias también cuentan–). Con toda honestidad (sé que en esto vuelvo a ser absoluta minoría), creo que lo primero es una demanda legítima, por supuesto, pero absolutamente huera para la corresponsabilidad, porque el trabajo de cuidar no reside en los primeros meses del año de las criaturas, sino que lo importante de verdad, el riesgo para la carrera de las madres, de las mujeres, viene después. No, no es cuestión de ampliar, sino de redefinir derechos para que o bien se vuelvan realmente corresponsables o se socialicen al mercado con garantía financiera pública. Lo demás, es mareo de perdiz o cartas a reyes/reinas magos/as. Por cierto, espero que los de este año sean generosos con ustedes.