

LA DIRECTIVA SOBRE CONCILIACIÓN Y SU TRASPOSICIÓN EN ESPAÑA

M^a LUISA DE LA FLOR FERNÁNDEZ
Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Cádiz

EXTRACTO

Palabras claves: Conciliación, corresponsabilidad, discriminación por razón de sexo, permisos parentales

El artículo estudia la reciente transposición de la Directiva 2019/1158 de 20 de junio a través del RD-Ley 5/2023 de 28 de junio. A lo largo del presente trabajo se analiza de forma crítica los ajustes y modificaciones que en cumplimiento de la norma comunitaria se introducen en nuestra normativa interna en las que se acentúan la importancia de las políticas de conciliación y corresponsabilidad como uno de los ejes fundamentales para lograr la igualdad entre mujeres y hombres. Así, de un lado, se pone de relieve la intransferibilidad de los nuevos permisos y el fomento de las fórmulas de trabajo flexible como medidas que permiten el mantenimiento de los vínculos laborales de las personas trabajadoras, y promueven la corresponsabilidad. De otro, se enlaza el trato desfavorable por el ejercicio de los derechos de conciliación y corresponsabilidad con la prohibición de discriminación por razón de sexo.

ABSTRACT

Keywords: Conciliation, co-responsibility, discrimination based on sex, parental permission

This article studies the recent transposition of Directive 2019/1158 of June 20 through RD-Ley 5/2023 of June 28. Throughout the present work, the adjustments and modifications that, in compliance with the community norm, are introduced in our internal regulations, are analyzed critically, in which the importance of conciliation and co-responsibility policies are accentuated as one of the fundamental axes for the equality between women and men. Thus, on the one hand, it seeks to highlight the non-transferability of the new permits and the promotion of flexible work formulas as measures that allow the maintenance of labor ties of workers, and promote co-responsibility. On the other hand, unfavorable treatment due to the exercise of the rights of conciliation and co-responsibility is linked to the forbiddance of discrimination based on sex.

ÍNDICE

1. UN NUEVO PARADIGMA: DE LA CONCILIACIÓN A LA CORRESPONSABILIDAD
2. LA DIRECTIVA 2019/1158 Y SU ACCIDENTADO CAMINO HACIA LA TRANSPOSICIÓN A NUESTRO DERECHO INTERNO
3. LA EQUIPARACIÓN ENTRE EL MATRIMONIO Y LAS PAREJAS DE HECHO Y EL CONCEPTO EXTENSO DE FAMILIA COMO PRESUPUESTO DE LAS MEDIDAS DE CONCILIACIÓN Y CORRESPONSABILIDAD
4. LAS FÓRMULAS DE TRABAJO FLEXIBLE: LA ADAPTACIÓN DE LA DURACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LA JORNADA DE TRABAJO
5. EL PERMISO PARA CUIDADORES
6. EL PERMISO POR FUERZA MAYOR
7. LOS AJUSTES EN EL PERMISO POR NACIMIENTO Y CUIDADO DE HIJOS
8. EL PERMISO PARENTAL
 - 8.1. El permiso parental retribuido: transposición incompleta
 - 8.2. El permiso parental no retribuido
 - 8.3. La facultad empresarial de aplazamiento
9. LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS LABORALES DE LOS TRABAJADORES Y LA PROTECCIÓN FRENTE AL DESPIDO

1. UN NUEVO PARADIGMA: DE LA CONCILIACIÓN A LA CORRESPONSABILIDAD

La Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo, aborda las políticas de conciliación y corresponsabilidad como de uno de los ejes fundamentales para lograr la igualdad entre hombres y mujeres, siendo este su objetivo prioritario. Se trata de una norma que pretende superar la perspectiva de las políticas de conciliación de primera generación, cuya finalidad consistía en facilitar un conjunto de medidas para la compatibilización de las tareas profesionales y laborales que, utilizadas persistentemente por las mujeres, han tenido como resultado un incremento de las diferencias de género en materia laboral y familiar¹, retroalimentando la discriminación laboral de la mujer. Así, en los considerandos de la Directiva se enfatiza la corresponsabilidad como elemento corrector, fomentando que los progenitores distribuyan de forma igualitaria las responsabilidades tanto en el ámbito familiar, compartiendo las tareas domésticas y de cuidado, como en el profesional, incentivando a los hombres a hacer uso de los derechos de conciliación (considerando n^º 6).

¹ Cabeza Pereiro, J., "La Directiva de conciliación de la vida familiar y profesional" Revista de Derecho Social n^º 92, 2020 pág.47.

Constituyen manifestaciones de este cambio de perspectiva el fortalecimiento de los principios estructurales de los derechos de conciliación como son los de individualización, e intransferibilidad². Así, se crea un permiso vinculado al nacimiento del hijo de titularidad masculina o del otro progenitor que cuestiona el tradicional reparto de roles, alejándose de posiciones tradicionales de protección de la seguridad y salud de la madre; de otro lado, se amplía el período reservado a la in-transferibilidad del permiso parental y se contemplan incentivos económicos para promover el disfrute paterno.

Pero, sobre todo, el contenido de la nueva Directiva de conciliación va más allá del establecimiento de permisos, potenciando los derechos de presencia a través de fórmulas de trabajo flexibles, “a fin de poder ajustar sus modelos de trabajo para ocuparse de sus responsabilidades en el cuidado de familiares, acogiéndose, cuando sea posible, a fórmulas de trabajo a distancia, calendarios flexibles o reducción del horario laboral” (considerando nº 34). Se promueve, por tanto, una mayor “soberanía” de los trabajadores sobre su tiempo de trabajo y vida familiar a través de modelos de trabajo flexible tanto una vez finalizado los permisos, como durante su disfrute como fórmula que permite avanzar en la igualdad real en el ámbito laboral y familiar con lo que se modifica la perspectiva mantenida hasta el momento, abriéndose paso fórmulas que transitan desde las políticas de conciliación hacia las de corresponsabilidad³.

Junto a ello, la norma comunitaria aborda los retos que plantean los cambios demográficos con un envejecimiento de la población, instando por primera vez a los Estados miembros a que tengan en cuenta el aumento de las necesidades de cuidado de familiares al elaborar sus políticas de conciliación (considerando nº 27). De este modo la norma comunitaria otorga relevancia, desde el propio título, al cuidado de mayores, enfermos y dependientes, introduciendo un permiso para cuidadores para los que también se prevé puedan disfrutar del derecho de adaptación de la jornada⁴. No obstante, ha de advertirse que pese al avance que representa este nuevo permiso, su reconocimiento no viene acompañado por la obligación de retribución, lo que, unido a la breve duración del mismo, muestra que se trata de una primera aproximación en la que se refleja de forma palmaria la tibieza del legislador comunitario en la protección de mayores, y enfermos en relación con la dispensada al nacimiento y crianza de los hijos.

² Lousada Arochena JF., *El principio de igualdad de mujeres y hombres: en especial, en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2013 p.441 <http://hdl.handle.net/2183/11720>. Págs. 457 y ss.

³ Casas Baamonde, M.E. “Soberanía sobre el tiempo de trabajo e igualdad de trato y de oportunidades de mujeres y hombres” *Derecho de las Relaciones Laborales* nº 3 2019 pág 236.

⁴ López Álvarez M.J. “La adaptación de la directiva de conciliación de la vida familiar y profesional al ordenamiento español” *Femeris: Revista multidisciplinar de Estudios de Género*, Vol 7 nº2 2022 pág.68.

Al hilo de lo anterior, ha de señalarse que uno de los aspectos claves de los derechos de conciliación viene constituido por los servicios de atención a la familia, cuya importancia reconoce la propia Directiva en la medida que estos inciden directamente en las posibilidades reales que tienen las personas trabajadoras de conciliar la vida laboral y familiar, sobre todo ante la creciente demanda de cuidados derivada del progresivo envejecimiento de la población. Sin embargo, la Directiva solo alude a ellos de forma tangencial en el considerando nº 12, remitiendo la cuestión a los Estados miembros que son los que deberán, a la hora de diseñar sus políticas de conciliación, “tener en cuenta que el hecho de que los hombres y las mujeres se acojan por igual a los permisos relacionados con la familia depende también de otras medidas adecuadas, como la oferta de servicios de guardería y de cuidados de larga duración accesibles y asequibles, que son fundamentales para permitir a los progenitores y a otras personas que sean responsables del cuidado de familiares, entrar y a permanecer en el mercado laboral o reincorporarse a él”, sin que posteriormente se traslade su contenido al articulado, por lo que no tiene incidencia práctica alguna.

Con todo, pese al significativo avance que supone este cambio de perspectiva centrada en “lograr la igualdad de género promoviendo la participación de las mujeres en el mercado laboral, el reparto igualitario de las responsabilidades en el cuidado de familiares entre hombres y mujeres y la eliminación de las desigualdades de género en materia de ingresos y salarios” (considerando nº 6) la Directiva de conciliación adolece de una falta de compromiso decidido con el principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo, pues aunque los considerandos generan grandes expectativas, no llegan a cristalizar en su articulado, que evita considerar que el trato desfavorable por ejercicio de los derechos de conciliación constituya una discriminación por razón de sexo⁵.

Finalmente, con el fin de no duplicar los sistemas de protección de aquellos Estados miembros que han ido construyendo un conjunto de medidas en torno a la conciliación de la vida familiar, que en conjunto pueden considerarse cumplen con el derecho europeo, resulta relevante hacer referencia a la cláusula pasarela establecida en el art 20.6 de la Directiva. La citada cláusula permite que los Estados miembros puedan tener en cuenta cualquier período de ausencia del trabajo relacionado con la familia, señaladamente el permiso de maternidad, el permiso de paternidad, el permiso parental y el permiso para cuidadores, que esté previsto en la legislación nacional o en los convenios colectivos, siempre que se superen los estándares mínimos previstos en la Directiva 2019/1158 y la Directiva 92/85, y no se reduzca el nivel general de protección garantizado a los trabajadores en el ámbito de aplicación de las Directivas.

⁵ Ballester Pastor M.A “De los permisos parentales a la conciliación: Expectativas creadas por la Directiva 2019/1158 y su transposición al ordenamiento español” *Derecho de las Relaciones Laborales* nº 11, 2019 pág. 1112-1123; Cabeza Pereiro, J.”La Directiva de conciliación de la vida familiar y profesional” op., cit., pág. 77.

2. LA DIRECTIVA 2019/1158 Y SU ACCIDENTADO CAMINO HACIA LA TRANSPOSICIÓN A NUESTRO DERECHO INTERNO

Tras un largo proceso legislativo de elaboración de la fallida Ley de Familias y a pocos días de que se inicie la campaña electoral, el RD-Ley 5/2023, de 28 de junio, por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad; de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles y conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores; y de ejecución y cumplimiento del Derecho de la Unión Europea (en adelante RD-Ley 5/2023) traspone a nuestra normativa la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo.

El RD-Ley 5/2023 se autocalifica como norma “ómnibus” aludiendo con tal denominación la inclusión de un conjunto muy numeroso y heterogéneo de medidas sin conexión alguna, del que es expresivo su extenso título, entre las que destacamos la transposición varias Directivas comunitarias. Igualmente, el RD-Ley 5/2023 puede calificarse de norma “escoba”, por cuanto tiene como objetivo aprobar todas las normas que habían quedado en el tintero tras la convocatoria de elecciones y que centrándonos en la normativa comunitaria exige de una norma con rango de ley que las incorpore al ordenamiento interno.

En la propia exposición de motivos se justifica el patente retraso en la transposición de la normativa comunitaria en hechos tales como “la repetición de las elecciones generales en 2019 con la consiguiente disolución de las Cortes Generales, la existencia de un Gobierno en funciones durante un tiempo prolongado, así como el estallido de la pandemia del COVID-19 en el año 2020”. Y ciertamente ha de subrayarse que se han producido varios intentos para su transposición. Inicialmente la transposición de la citada Directiva formó parte del Anteproyecto de Ley por el que se modificaba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores por el que se trasponía la Directiva 2019/1152, de 20 de junio, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea⁶, si bien posteriormente se desgajó, incorporándose por razones evidentes de sistematicidad en el anteproyecto de Ley de Familias que fue aprobado como proyecto de Ley por el Consejo de Ministros el 28 de marzo de 2023. Tras la convocatoria electoral y la disolución de las Cortes se frena su proceso legislativo decayendo el proyecto de Ley de Familias que se encontraba en el Congreso de los Diputados en el trámite de

⁶ Cuya transposición queda pendiente al no haber sido incluida en el RD-Ley 5/2023, de 28 de junio, aspecto que ha sido criticado por los sindicatos.

enmiendas, para que finalmente, el Consejo de Ministros aprobase el 28 de junio el RD-Ley 5/2023 en el que se llevaba a cabo la mentada transposición.

La trascendencia de la transposición se pone de relieve desde el inicio en la extensa exposición de motivos de la norma en la que se destaca que la incorporación de la normativa comunitaria en nuestro ordenamiento en plazo es un objetivo que “resulta del todo prioritario habida cuenta del escenario diseñado por el Tratado de Lisboa de 2007”. En la misma se recuerda que la introducción por la Comisión de un nuevo criterio de aplicación del artículo 260.3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) en 2017 tiene como consecuencia que de su incumplimiento puedan derivar, además de la imposición de importantes sanciones económicas, multa coercitiva a tanto alzado contra el Estado incumplidor que se solicitará al Tribunal de Justicia, entrando, incluso, en el detalle de explicar los criterios para para el cálculo del importe de las mismas actualizados recientemente. En particular respecto de la Directiva de conciliación se advierte que el plazo de transposición venció el pasado 1 de agosto de 2022 y que se ha recibido carta de emplazamiento de la Comisión Europea de 20 de septiembre de 2022, además de dictamen motivado por falta de comunicación de las medidas nacionales de transposición con fecha 19 de abril de 2023. Así las cosas, la exposición de motivos apoyándose en la STC 1/2012, de 13 de enero y el informe del Consejo de Estado de 14 de febrero de 2008 justifica la utilización del RD-Ley como cauce de incorporación al ordenamiento interno del derecho de la Unión Europea, dada las consecuencias de los retrasos, y la existencia de procedimientos de incumplimiento contra el Reino de España.

De los cinco libros en los que se estructura el RD-Ley 5/2023, es el libro II el que procede a la transposición de la Directiva de conciliación, dividiéndose en tres títulos: el título I (artículo 127) incluye las modificaciones en el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el RD-Legislativo 2/2015, de 23 de octubre (ET); En paralelo, el título II (artículo 128) incorpora parcialmente el contenido de la Directiva al Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado mediante RD-Legislativo 5/2015, de 30 de octubre (EBEP); el título III (artículo 129) derivado de las modificaciones realizadas a los artículos 53.4 y 55.5 del ET contiene la modificación de los artículos 108.2 y 122.2 de la Ley 36/2011, 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS).

3. LA EQUIPARACIÓN ENTRE EL MATRIMONIO Y LAS PAREJAS DE HECHO Y EL CONCEPTO EXTENSO DE FAMILIA COMO PRESUPUESTO DE LAS MEDIDAS DE CONCILIACIÓN Y CORRESPONSABILIDAD

Resulta evidente que la noción de familia es relevante para ejercicio de los derechos de conciliación y corresponsabilidad porque es la unidad destinataria de los cuidados que asumen las personas trabajadoras. En este sentido, el artículo 3.1 e) de la Directiva de conciliación incluye a los miembros de las parejas de hecho como sujetos protegidos y titulares de los derechos de conciliación al considerar familiar al “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”. En nuestro ordenamiento, la equiparación entre matrimonio y pareja de hecho, pese a ser una realidad muy extendida y ya no tan novedosa en nuestra sociedad, no ha terminado de completarse. Conviene recordar en este punto que el Tribunal Constitucional ha venido manteniendo una interpretación evolutiva y plural del concepto de familia afirmando que “nuestra Constitución no ha identificado la familia a la que manda proteger con la que tiene su origen en el matrimonio, conclusión que se impone no sólo por la regulación bien diferenciada de una institución y otra (artículos 32 y 39 CE), sino también, junto a ello, por el mismo sentido amparador o tuitivo con el que la Norma fundamental considera siempre a la familia y, en especial, en el repetido artículo 39 CE, protección que responde a imperativos ligados al carácter social de nuestro Estado (artículos 1.1. y 9.2. CE) y a la atención, por consiguiente, de la realidad efectiva de los modos de convivencia que en la sociedad se expresen”, cuestionándose “si el matrimonio, más allá de esta regulación civil que le es propia, puede constituirse en supuesto de hecho de otras normas jurídicas que, en sectores distintos del ordenamiento, atribuyan derechos o, en general, situaciones de ventaja”⁷.

Como es conocido, en nuestro ordenamiento no existe norma estatal que defina las parejas de hecho, siendo las Comunidades Autónomas las que han abordado su regulación superando este vacío normativo. No obstante, la inexistencia de norma estatal no ha impedido que esta realidad social haya sido regulada en el ámbito social, específicamente respecto de determinadas prestaciones de Seguridad Social en las que se opta por un concepto restringido de pareja de hecho exigiéndose

⁷ STC 222/1992 11 de diciembre CI 1797/1990 sobre la supuesta inconstitucionalidad del artículo 58.1. de la Ley de Arrendamientos Urbanos. Más recientemente, la STC 198/2012 de 6 de noviembre, RI 6864-2005 al hilo del recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio entre personas del mismo sexo consideró constitucional el derecho a la adopción de hijos por las parejas casadas heterosexuales u homosexuales.

acumulativamente el cumplimiento de los requisitos de convivencia y formalización con una antelación mínima⁸.

Tampoco el RD-Ley 5/2023 ofrece un concepto de las parejas de hecho, sino que se limita a reconocerlas como sujeto causante y titulares de los derechos de conciliación en los mismos términos que el matrimonio en los artículos 34.8, 37.3 b), 37.3 bis, 37.6 y 46.3. ET, salvo en el artículo 37.3 a) en el que extiende el permiso de quince días por matrimonio a las parejas de hecho refiriéndose explícitamente a las “registradas”, lo que pudiera interpretarse que solo respecto de este permiso de quince días se requiere el elemento formal frente al resto de los derechos reconocidos. Conviene advertir en este punto, que la malograda Ley de Familias que trasponía la Directiva de conciliación, definía por primera vez y con carácter general en su articulado la pareja de hecho como la constituida con análoga relación de afectividad a la conyugal por quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona ni constituida pareja de hecho, exigiéndose su acreditación mediante certificación de la inscripción en los registros específicos o en documento público. Desde nuestro punto de vista, es esta definición a la que se remite la norma laboral, si bien hubiera sido oportuno que el RD-Ley 5/2023 hubiera definido expresamente que ha de entenderse por pareja de hecho. En cualquier caso, parece oportuno decantarse por esta noción basada en el compromiso formal ya que permite verificar la existencia de una pareja de hecho equiparando a ambos modelos familiares, incluso desde el punto de vista formal, ya que en la unión matrimonial el vínculo surge tras su formalización, además de ofrecer seguridad jurídica al empleador.

En correspondencia con la equiparación entre el matrimonio y la pareja de hecho los artículos 37.3 b), 37.6 y 46.3 del ET extienden la protección incluyendo a los parientes hasta segundo grado de la pareja de hecho. No se aluden específicamente a los mismos en los artículos 34.8 y 37.9 ET lo cual es coherente ya que, como posteriormente se analizará, tanto el derecho a la adaptación de jornada como el nuevo permiso por causa de fuerza mayor se abre a los cuidadores convivientes con o sin vínculos de parentesco. Más dificultades encontramos en la justificación de la exclusión de los familiares de la pareja de hecho en el permiso por fallecimiento, que se circunscribe al “cónyuge, pareja de hecho o parientes hasta segundo grado de consanguinidad o afinidad” y, por tanto, quedan excluidos, ya que la pareja de hecho no constituye parentesco ni obviamente por consanguinidad ni por afinidad, como sí ocurre en este último caso con el matrimonio.

En paralelo, el artículo 128 del RD-Ley 5/2023 incorpora en el EBEP a la pareja de hecho en el apartado a) del artículo 48 relativo a los permisos “por accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización

⁸ En este sentido el artículo 221. 2. LGSS y art. 6.1 Ley 19/2021, de 20 de diciembre, por la que se establece el ingreso mínimo vital.

que precise reposo domiciliario” o “cuando se trate de fallecimiento”. Sin embargo, no se traslada este reconocimiento al apartado h) del citado artículo relativo a la reducción de jornada ni tampoco al artículo 89.4 que regula la excedencia por cuidado de familiares.

Huelga reconocer que la inclusión de los miembros de las parejas como sujetos protegidos y titulares de los derechos de conciliación era necesaria, sin embargo hubiera sido deseable que el legislador aprovechando la oportunidad que brindaba la transposición de la Directiva, hubiera culminado su reconocimiento al menos, en el ámbito laboral, considerando familiar a la pareja de hecho tanto a los efectos del artículo 1.3 e) ET en relación con el ámbito de aplicación del ET, como respecto del derecho al traslado del otro miembro de la pareja de hecho del trabajador de la misma empresa a la misma localidad cuando haya cambiado de residencia su pareja de hecho (art. 40.3 ET).

Al hilo del reconocimiento de la pareja de hecho, en lo relativo a los derechos de conciliación, resulta necesario abordar el concepto de familia que, como es conocido, en el ordenamiento laboral se identifica con un concepto de familia extenso, compuesta por descendientes y ascendientes por consanguinidad y afinidad hasta segundo grado. Esta noción de familia ha sido muy criticada por la doctrina *iuslaboralista* existiendo un amplio consenso en limitar el número de sujetos que generan estos derechos, circunscribiéndolos al parentesco por consanguinidad. Las críticas se dirigen fundamentalmente respecto del derecho de reducción de jornada y de la excedencia por cuidado de familiar porque se trata de derechos que se conectan con períodos de ausencia parcial o total de larga duración que disminuyen o anulan los ingresos y las expectativas profesionales de las personas que los ejercen, mayoritariamente mujeres que siguen asumiendo el cuidado de la familia, a los que se añaden los familiares de las parejas de hecho⁹. De hecho, según los datos del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones en el primer trimestre del año en curso ha aumentado el número de personas que solicitan la excedencia para el cuidado de un menor o familiar en las que se muestra la brecha de género existente, ya que el 84,6% de las excedencias correspondieron a las mujeres¹⁰.

⁹ M.E. Casas Baamonde “Conciliación de la vida familiar y laboral: constitución, legislador y juez” Derecho de las Relaciones Laborales nº 10 2018, pág. 1073, Cabeza Pereiro, J “La Directiva (UE) 2019/1158 y su transposición al derecho interno” en *Conciliación y corresponsabilidad de las personas trabajadoras: presente y futuro* (Dir. E, Rodríguez Rodríguez y N.M Martínez Yañez), edit. Bosch 2021 pág. 72; M.A. Ballester Pastor “De los permisos parentales...” op. cit., pág. 1126. Molero Marañón ML “los desafíos de una genuina conciliación de la vida profesional y familiar en la sociedad española del siglo XXI” Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, número extraordinario Mujer en el futuro del trabajo 2017 pág 162.

¹⁰ <https://inclusion.seg-social.es/documentos>

Fueron estas las razones que llevaron al anteproyecto de Ley de Familias, haciéndose eco de la doctrina, a excluir el parentesco por afinidad, salvo en los supuestos en que “no existieran familiares por consanguinidad hasta el segundo grado del sujeto causante”, en cuyo caso sí era posible el ejercicio de estos derechos respecto de los parientes por afinidad. Sin embargo, lo cierto es que quizás por parecer que limitaba derechos, tales previsiones desaparecieron del proyecto Ley de Familias y obviamente tampoco han sido contempladas en el RD-Ley 5/2023.

4. LAS FÓRMULAS DE TRABAJO FLEXIBLE: LA ADAPTACIÓN DE LA DURACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LA JORNADA DE TRABAJO

La ordenación del tiempo de trabajo es, sin lugar a dudas, uno de los aspectos claves de los derechos de conciliación y corresponsabilidad, cuyo objetivo es garantizar una distribución equitativa de tiempos de trabajo y responsabilidades familiares, reforzando la presencia ya sea a tiempo completo o con horario reducido, de la persona trabajadora en la empresa, señaladamente de las mujeres que siguen ocupándose de las tareas de atención y cuidado a la familia.

La regulación de las fórmulas de trabajo flexible se contempla en el artículo 9 de la Directiva de conciliación en el que se reconoce el derecho a solicitar modelos de trabajo flexibles a las personas trabajadoras con hijos de hasta ocho años y a los cuidadores de personas convivientes sin vínculos familiares. A estos efectos el art. 3.1 f) de la Directiva de conciliación define las fórmulas de trabajo flexible como “la posibilidad de los trabajadores de adaptar sus modelos de trabajo acogándose a “a fórmulas de trabajo a distancia, calendarios laborales flexibles o reducción del horario laboral”, por lo que pueden calificarse dentro de la categoría de fórmulas de trabajo flexible tanto la distribución y adaptación como la reducción de la jornada¹¹.

Tanto la Directiva de conciliación como la exposición de motivos del RD-Ley 5/2023, otorgan “una relevancia especial a la adaptación de las condiciones de trabajo” y abogan inequívocamente por el establecimiento de modelos de trabajo flexible, como cauce que permite a las personas trabajadoras ocuparse de sus responsabilidades familiares de forma cotidiana sin abandonar el mercado de trabajo. En tal sentido, se afirma que son los puestos de trabajo los que “deben adaptarse a las distintas vicisitudes derivadas de la crianza de menores de edad y cuidado de dependientes y mayores, y establecer unas condiciones efectivas para que haya un reparto real de tareas y un ejercicio corresponsable”¹².

¹¹ Un comentario extenso sobre la Directiva en Ballester Pastor, M.A. “De los permisos parentales ...” op. cit, págs..1127-1129.

¹² Exposición de motivos del RD-Ley 5/2023 de 28 de junio.

Sobre estas premisas, el artículo 127 introduce determinados ajustes en el art. 34.8 ET, pues, como es sabido, el RD-Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación llevó a cabo una completa remodelación de las instituciones que contempla¹³. Dentro de esta destacamos: la ampliación de las posibilidades de actuación de las personas trabajadoras que pueden afectar no sólo la distribución, y a la duración del tiempo de trabajo sino también a “la forma de prestación”; en segundo lugar, la citada reforma ordenó un procedimiento detallado precisando que, la adaptación de jornada solicitada para la atención de responsabilidades familiares, deberá ser razonable y proporcional en relación con las necesidades de la persona trabajadora y con las necesidades organizativas o productivas de la empresa, debiéndose tener en consideración tanto sus propias necesidades como las de la organización empresarial. Por lo demás, el artículo 34.8 ET se sigue remitiendo a la negociación colectiva en la que se pactarán los términos del ejercicio de este derecho que deberán acomodarse “a criterios y sistemas que garanticen la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre las personas de uno y otro sexo”.

Por tanto, las modificaciones al artículo 34.8 ET no implican una alteración del régimen jurídico de la adaptación de jornada y, en línea con lo dispuesto en el art. 9 de la Directiva de conciliación, no se configura el derecho a la adaptación de la jornada como un derecho absoluto de aplicabilidad inmediata. En consecuencia, el artículo 34.8 ET garantiza un derecho de solicitud de la adaptación a iniciativa de las personas trabajadoras, que habrá de ser estudiado y atendido por la empresa, abriéndose para ello un proceso de negociación individual que puede terminar en la denegación por parte de la empresa pese a existir la necesidad de conciliación¹⁴. Así pues, las modificaciones realizadas al artículo 34.8 ET solo introducen mejoras técnicas y determinados ajustes con el fin de trasponer el art. 9 de la Directiva de Conciliación a nuestro ordenamiento.

Dentro de estas últimas, se amplía el número de sujetos cuya atención permite solicitar la adaptación, incluyéndose a personas dependientes sin vínculos familiares cuando convivan en el mismo domicilio. De este modo se da cumplimiento a la Directiva de conciliación que, ya desde su propio título se dirige no solo a los progenitores, sino a los cuidadores, estableciendo un nuevo permiso expresamente para estos, que estudiaremos *infra*. De acuerdo con el art. 3.1 d) de la Directiva de conciliación se define el término cuidador como el “trabajador que dispensa

¹³ Un estudio amplio sobre el tema en Gorelli Hernández J. “La nueva regulación de la adaptación de la jornada: de la melancolía a una esperanza contenida” Revista de Derecho de las Relaciones Laborales nº 2 2019 pp. 113 y ss. Barrios Baudor, G.L “Adaptación de la jornada de trabajo por motivos de conciliación de la vida familiar y laboral” Revista Aranzadi Doctrinal nº 9 2019.

¹⁴ Casas Baamonde, M.E. “Soberanía sobre el tiempo de trabajo e igualdad de trato y de oportunidades de mujeres y hombres” op., cit., pág., 239.

cuidados o presta ayuda a un familiar o persona que viva en el hogar del trabajador”, por lo que no necesariamente deben estar unidas por vínculos familiares, con la condición de que convivan en el mismo domicilio. Además, el artículo 34.8 ET, aunque no era necesario, pues la titularidad del derecho se concede a las personas trabajadoras con necesidades de conciliación familiar, enumera los familiares a los que se circunscribe la adaptación del tiempo y la forma de trabajo, incluyendo a los “hijos e hijas mayores de 12 años, el cónyuge o pareja de hecho, familiares por consanguinidad hasta el segundo grado de la persona trabajadora”. Igualmente, se especifica que para que se genere el derecho a favor de las personas trabajadoras, que los familiares y convivientes no puedan valerse por sí mismo “por razones de edad, accidente o enfermedad”, debiendo el titular del derecho “justificar las circunstancias en las que fundamenta su petición”.

Respecto del procedimiento para lograr la adaptación de jornada, en coherencia con la relevancia que se otorga a las fórmulas de trabajo flexible, se introducen algunas modificaciones que tienen como objetivo garantizar y dar mayor efectividad a este derecho de conciliación. Así, en primer lugar, con el fin de aclarar el papel que desempeña la negociación colectiva se introduce una pequeña variación en el párrafo cuarto. Básicamente se mantiene la misma redacción, requiriéndose para la aplicabilidad inmediata de este derecho de conciliación, la existencia de un convenio o pacto colectivo que así lo prevea, advirtiéndose que el derecho a solicitar la adaptación es un derecho individual de las personas trabajadoras, no condicionado a los términos recogidos en la negociación colectiva. Con este fin, en el párrafo cuarto, refiriéndose a la negociación colectiva, se sustituye el verbo “se pactarán” los términos de su ejercicio, que tiene una connotación más categórica, por “se podrán establecer” con lo que, aun cuando no era necesario, pues resulta inequívoco que la vía convencional se contempla como la vía principal¹⁵, se aclara que esté o no regulado el derecho a la adaptación en la norma convencional, la persona titular tiene derecho a solicitarlo y por tanto, no impide el acuerdo individual entre empresa y la persona trabajadora el hecho de que la negociación colectiva recoja mecanismos de adaptación¹⁶.

Otra de las modificaciones es la relativa al período de duración del proceso de negociación individual entre el empresario y la persona trabajadora que pasa de treinta días, lo que, sin duda, era excesivo teniendo en consideración los intereses conciliatorios, que en la mayoría de los casos tienen carácter perentorio, a quince días. A tal fin, y aun cuando no es exigible por la Directiva de conciliación, que en su art. 9 alude solo a un “período razonable”, se reduce este período, indicando que “tendrá que desarrollarse con la máxima celeridad, y en todo caso, durante un período reduce

¹⁵ Barrios Baudor, G.L. “Adaptación de la jornada de trabajo por motivos de conciliación de la vida familiar y laboral” op., cit., pág.17.

¹⁶ Gorelli Hernández, J. “La nueva regulación de la adaptación de la jornada...” op. cit.: de la pág. 117.

a 15 días”. Además, se impone al empresario la obligación de justificar su negativa en dicho plazo, de forma que, si no se produce “la oposición motivada expresa en este plazo”, se presume su concesión, con lo que se obliga al empresario a estudiar y atender la solicitud efectuada de la persona trabajadora, reforzándose su posición.

En cuanto a las alternativas que tiene la empresa, una vez finalizado el proceso de negociación, el actual artículo 34.8 ET mantiene las mismas, si bien se revisa su redacción para identificar de forma más clara cuándo procede cada una de las alternativas. Así, se indica que “la empresa, por escrito, comunicará la aceptación de la petición” y “en caso contrario”, es decir, cuando no se llegue a un acuerdo entre la empresa y el trabajador, aquella necesariamente “planteará una propuesta alternativa que posibilite las necesidades de conciliación de la persona trabajadora o bien manifestará la negativa a su ejercicio”. Como consecuencia de la vinculación entre la denegación y la propuesta alternativa empresarial, se introduce un ajuste de carácter material consistente en extender la obligación de justificar las razones objetivas sobre las que se sustenta la decisión empresarial, a los supuestos en los que la empresa reconduzca la petición planteando una propuesta alternativa, prevista antes de la modificación operada por el RD-Ley 5/2023, solo en caso de denegación. Con ello, se obliga al empresario, tanto respecto de la denegación como en el caso de hacer una propuesta alternativa, a precisar las necesidades productivas y organizativas, lo que va a facilitar la labor de ponderación judicial de los intereses en juego en ambos supuestos en caso de impugnación por parte de la persona trabajadora¹⁷.

Otra de las modificaciones materiales derivadas de la Directiva de conciliación es la relativa al reingreso del trabajador a sus anteriores condiciones. El apartado 3 del art. 9 de la Directiva de Conciliación contempla una vez finalizado el tiempo de disfrute de la adaptación, un doble procedimiento según si la adaptación ha llegado al término del período acordado o si se trata de un regreso anticipado. En el primero de los supuestos, la persona trabajadora tiene un derecho a una restauración automática, esto es, “a volver a su modelo de trabajo original”, mientras que si se trata de un retorno anticipado tendrá derecho a solicitarlo, siempre que justifique el cambio en las circunstancias, en cuyo caso “los empleadores estudiarán y atenderán las solicitudes”, teniendo en cuenta “tanto sus propias necesidades como las de los trabajadores”. Frente a ello, antes de la reforma, el artículo 34.8ET reconocía a la persona trabajadora solo el derecho “a solicitar el regreso a su jornada o modalidad contractual anterior” tanto si había concluido el periodo acordado como si se tratara de una vuelta anticipada, pudiendo este aspecto disuadir a las personas trabajadoras a solicitar la adaptación¹⁸. Este desajuste ha sido corregido en doble aspecto, de un lado, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 9.3 de la Directiva de conciliación,

¹⁷ Ibidem pág. 119.

¹⁸ I. Beltrán Heredia “El derecho de adaptación de la jornada para conciliar la vida familiar y laboral (art. 34.8 ET)” Blog *Una mirada crítica a las relaciones laborales* <https://ignasibeltran.com/tiempo-de-trabajo-y-descanso-jornada/#2>

el reformado artículo 34.8 ET incorpora un derecho subjetivo “a regresar a la situación anterior a la adaptación una vez concluido el período acordado o previsto o cuando decaigan las causas que motivaron la solicitud”, y, de otro, mejora las condiciones del regreso anticipado de la norma cuando se pretenda la vuelta antes de lo previsto, en cuyo caso “de concurrir un cambio de circunstancias que así lo justifique, la empresa sólo podrá denegar el regreso solicitado cuando existan razones objetivas motivadas para ello”.

Los ajustes realizados por el mentado RD-Ley al artículo 34.8 no incluyen modificaciones respecto de la resolución de las discrepancias surgidas entre la empresa y la persona trabajadora, que serán resueltas por la jurisdicción social a través del procedimiento de tutela establecido en el artículo 139 LRJS. No se ha previsto, por tanto, una remodelación de la norma procesal ni tampoco de la sancionadora, lo que hubiera dotado a estos derechos de mayores garantías de su cumplimiento¹⁹.

Finalmente, respecto de las adaptaciones de jornada ya iniciadas, la disposición transitoria segunda del RD-Ley 5/2023 establece que se mantendrá la vigencia de aquellas adaptaciones de jornada que estuvieran aplicándose, aclarando que será de aplicación lo dispuesto en la nueva redacción del artículo 34.8 ET, “en particular, lo relativo al regreso a la situación anterior” que como se ha indicado ha sido corregido para ajustarse a lo dispuesto en la Directiva de conciliación.

5. EL PERMISO PARA CUIDADORES

La Directiva de conciliación incorpora en su artículo 6 un novedoso permiso de cinco días al año para cuidadores que su artículo 3.1c) configura como un permiso de “ausencia del trabajo” al que pueden acogerse “los trabajadores a fin de prestar cuidados o ayuda personales a un familiar o a una persona que viva en el mismo hogar que el trabajador y que necesite asistencia o cuidados importantes por un motivo grave”. Son escasas las previsiones contenidas en el artículo 6 de la Directiva, que se limita a fijar su duración facultando a los Estados a “fijar los detalles adicionales relativos al ámbito de aplicación del permiso para cuidadores y a sus condiciones de conformidad con la legislación o los usos nacionales” sin que se contemplen derechos mínimos que definan de forma clara sus contornos²⁰.

Con este fin, el RD-L 5/2023 modifica el artículo 37.3 b) ET estableciendo igualmente en términos un tanto lacónicos un permiso remunerado que el trabajador

¹⁹ Ballester Pastor, M.A. “El RD-L 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” *Femeris: Revista multidisciplinar de Estudios de Género*, Vol. 4, nº 2, 2019, pág.16.

²⁰ Lo que ha sido objeto de críticas por parte de la doctrina López Álvarez, M.J. “La adaptación de la directiva de conciliación de la vida familiar y profesional al ordenamiento español” *op.*, *cit.*,

debe preavisar y justificar “de “cinco días por accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario del cónyuge, pareja de hecho o parientes hasta el segundo grado por consanguinidad o afinidad, incluido el familiar consanguíneo de la pareja a de hecho, así como de cualquier otra persona distinta de las anteriores, que conviva con la persona trabajadora en el mismo domicilio y que requiera el cuidado efectivo de aquella” dejando pendiente diversos aspectos de su régimen jurídico.

Queda definido de forma clara la duración y su vinculación a determinadas necesidades de carácter puntual de familiares y convivientes de la persona trabajadora, así como el carácter retribuido del mismo superando en este punto la cobertura de la norma comunitaria. Igualmente, los sujetos causantes se identifican en el ámbito laboral, como hemos apuntado, con una noción extensa de familia, a los que se añade el conviviente sin vínculos familiares, favoreciendo que su cuidado puntual pero sostenido en el tiempo pueda distribuirse y compartirse entre el máximo número de personas que conviven en el mismo domicilio.

Por lo que hace a la duración del permiso, la Directiva de conciliación establece que será como mínimo de cinco días al año, quedando a criterio del Estado el modo de cómputo que podrá fijarse “por persona necesitada de asistencia o apoyo, o por caso” (art. 6.2) fórmula que parece permitir que cada persona trabajadora pueda solicitar más de un permiso cuando preste atención a más de un familiar o conviviente, o se produzcan diversos episodios que necesiten de atención en una misma persona. Sin embargo, el artículo 37.3. b) ET, presumiblemente debido su carácter retribuido, pone el foco de atención no en el sujeto causante sino en el titular del derecho, de modo que cada persona trabajadora podrá disfrutar de un solo permiso de cinco días al año con independencia de los familiares o convivientes que se encuentren en la situación protegida.

Más cuestiones de adaptabilidad suscita la causa que genera el permiso, ya que el artículo 3.1 de la Directiva con una terminología más flexible se refiere de forma genérica a la necesidad de “asistencia o cuidados importantes por un motivo médico grave”, lo que se contrapone con la enumeración exhaustiva del artículo 37.3 b) ET, que no incluye explícitamente las necesidades de atención de las personas dependientes por enfermedad crónica o por edad que afrontan con mayor intensidad las personas trabajadoras diariamente, dado el envejecimiento de la población²¹.

pág., 67 que señal que la conciliación y cuidado de hijos sigue siendo preferente para el legislador comunitario y así se pone de manifiesto en la muy diferente duración de los permisos parentales y de cuidadores o en el carácter retribuido de unos y otros.

²¹ Molero Marañón, M.L. “los desafíos de una genuina conciliación de la vida profesional y familiar en la sociedad española del siglo XXI” op., cit., pág. 165; Y. Maneiro Vázquez *Cuidadores, igualdad y no discriminación y corresponsabilidad: la (r)evolución de los derechos de conciliación de la mano de la Directiva (UE) 2019/1158* Bomarzo 2023 pág. 122.

En cuanto al requisito de la convivencia en el mismo domicilio se exige respecto de los no familiares o familiares que excedan del segundo grado, por lo que a *contrario sensu* las personas trabajadoras podrán solicitarlo respecto de los familiares enumerados, aunque no convivan en el mismo domicilio. Tampoco se establece período mínimo de convivencia, ni su necesidad de mantenimiento a lo largo del tiempo, por lo que habrá de entenderse que se trata de una convivencia actual, exigible en el momento que se solicita el permiso²².

6. EL PERMISO POR FUERZA MAYOR

El artículo 7 de la Directiva de conciliación define el permiso por causa de fuerza mayor como un derecho de ausencia del trabajo “por motivos familiares urgentes, en caso de enfermedad o accidente que hagan indispensable la presencia inmediata del trabajador” dejando una amplia libertad a los Estados miembros para establecer su configuración, sugiriendo tan solo que estos podrán limitar el derecho al permiso “a un tiempo determinado por año, por caso o por año y caso”.

Con el fin de dar respuesta a los requerimientos comunitarios se incluye un nuevo apartado 9 al artículo 37 ET, permitiendo a las personas trabajadoras ausentarse del trabajo para atender una urgencia familiar sobrevenida e imprevisible que requiera su presencia inmediata, siendo precisamente estos dos elementos los que lo distingue del permiso para cuidadores²³. No se lleva a cabo ninguna modificación paralela del EBEP con lo que parece que en principio los empleados públicos no disfrutarán de este permiso, salvo que pudiera relacionarse con el permiso contemplado en la letra j) del artículo 48 en el que se alude a deberes relacionados con la conciliación de la vida familiar y laboral o incluso con el permiso contemplado en la letra k) del citado artículo de seis días de duración por asuntos particulares, aunque este no está vinculado con la conciliación de la vida familiar y laboral.

El permiso por fuerza mayor regulado en el citado artículo mejora la cobertura de la normativa comunitaria en lo relativo a los sujetos causantes porque se vincula a motivos familiares urgentes relacionados tanto con familiares como con personas convivientes, estos últimos ausentes en la regulación comunitaria. En relación a los familiares, a diferencia del permiso para cuidadores en el que se determina expresamente el grado de parentesco por consanguinidad o afinidad, el permiso por fuerza mayor se refiere de forma genérica a los familiares, por lo que consideramos que cualquier familiar puede generar el permiso, sin que

²² Maneiro Vázquez, Y. *Cuidadores, igualdad y no discriminación y corresponsabilidad: la (r)evolución de los derechos de conciliación de la mano de la Directiva (UE) 2019/1158* Bomarzo 2023 pág. 123.

²³ M.A Ballester Pastor “De los permisos parentales a la conciliación...” op., cit., pág 1125.

deba necesariamente identificarse con los parientes contemplados para cuidadores ni tampoco con el concepto más restringido de familiar del artículo 3.1 e) de la Directiva de conciliación.

En cuanto a la retribución, frente al silencio de la Directiva, el segundo párrafo del artículo 37.9 ET establece el derecho de las personas trabajadoras a que “sean retribuidas las horas de ausencia” con un límite de cuatro días “conforme a lo establecido en convenio colectivo, o en su defecto, en acuerdo entre empresa y la representación legal de las personas trabajadoras”, en cuyo caso deberán acreditar el motivo de ausencia. Por lo que en este importante aspecto habrá de estarse a lo que disponga la negociación colectiva a la que se le atribuye un papel relevante en la regulación del ejercicio del derecho.

No se determina la duración del permiso ni en la Directiva de conciliación ni en el artículo 37.9 ET, lo que resulta congruente con el supuesto de hecho protegido en el que se requiere la presencia inmediata de la persona trabajadora por un caso de fuerza mayor urgente, y en consecuencia la persona trabajadora podrá ausentarse por el tiempo imprescindible tantas veces como su presencia sea requerida sin que se establezca un límite temporal. Ahora bien, esta afirmación ha de matizarse cuando la norma convencional disponga el derecho a la retribución de las horas de ausencia en cuyo caso se establece un umbral máximo “equivalente a cuatro días al año”. Nada impide que de agotarse este período la persona trabajadora pueda ausentarse por fuerza mayor, si bien sin derecho a remuneración.

7. LOS AJUSTES EN EL PERMISO POR NACIMIENTO Y CUIDADO DE HIJOS

La Directiva de conciliación introduce por primera vez en el ámbito comunitario un permiso de paternidad que los trabajadores o progenitor equivalente disfrutarán con ocasión del nacimiento de su hijo o hija. Pese a esta significativa novedad, ha de recordarse que con anterioridad el Parlamento Europeo propuso la modificación de la Directiva 92/85/CEE del Consejo con el fin de reconocer un permiso de paternidad y un permiso por adopción. La incorporación de este nuevo permiso de diez días de carácter individual e intransferible en el artículo 4 de la Directiva tiene como finalidad asegurar la implicación de los padres en las tareas de cuidado y crianza de los hijos e hijas desde el momento de su nacimiento, fomentando “un reparto más equitativo entre mujeres hombres de las responsabilidades en el cuidado de familiares, y de permitir que se cree un vínculo temprano entre padres e hijos” (considerando nº 19).

Pese al innegable avance que supone el establecimiento del permiso de paternidad, lo cierto es que la escasa duración del permiso prevista por la Directiva en comparación con las catorce semanas fijadas para el permiso de maternidad, dificulta, cuando no hace inviable, que esta medida coadyuve a superar los

estereotipos de género asociados a la maternidad y a los costes que de la misma derivan en el ámbito profesional.

Mucho más ambiciosa se muestra nuestra normativa interna que ofrece una mayor cobertura tanto respecto de la situación protegida como de la acción protectora. En efecto, el artículo 48.4 y 5 ET delimita la situación protegida de forma amplia y junto al nacimiento del hijo o hija protege la adopción, la guarda con fines de adopción y el acogimiento familiar mientras que la norma comunitaria en línea con la licencia por maternidad se circunscribe a la paternidad biológica. Respecto al carácter retribuido, en el artículo 179 LGSS prevé una prestación que garantiza la percepción del cien por ciento de la base reguladora. De otro lado, tras las modificaciones introducidas por el RD-Ley 6/2019 de 1 de marzo, se produce una reconfiguración de los antiguos permisos por maternidad y paternidad, unificándose en el actual permiso por nacimiento y cuidado de hijos. Con el objetivo de conseguir un reparto equitativo de las responsabilidades se refuerza el papel del padre, se incrementa la duración del antiguo permiso por paternidad hasta su total equiparación con el permiso de maternidad de dieciséis semanas de duración y de carácter intransferible. Igualmente se introducen modificaciones en su configuración y modo de disfrute más flexible que puede ejercitarse hasta que el hijo o hija cumpla los doce meses²⁴, con posibilidad de fraccionamiento por semanas completas transcurridas las seis semanas de descanso obligatorio, lo que implica un avance en desmontar los estereotipos de género que rodean la maternidad²⁵.

Pese a la adecuación de nuestra normativa a la Directiva de conciliación, se introduce en el párrafo 6 del artículo 48 ET una ligera variación dirigida a la protección las familias monoparentales, que no ha sido incorporada al artículo 49 del EBEP. Tras la reforma del RD-Ley 6/2019, de 1 de marzo, el citado párrafo previa una ampliación adicional de dos semanas del permiso por nacimiento y cuidado del menor en los supuestos de discapacidad del hijo o hija y en los casos de nacimiento, adopción, guarda o acogimiento múltiple, correspondiendo una semana para cada progenitor en coherencia con el objetivo de reconocer derechos

²⁴ Ballester Pastor, M.A “El RDL 6/2019 para la garantía de la igualdad de traty de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación: Dios y el diablo en la tierra del sol” op. cit., pág. , 28 que pone de manifiesto los problemas de adecuación con la Directiva 92/85/CEE del consejo, de 19 de octubre, relativa a la aplicación de las medidas para promover la mejoría de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia en la que se establece el disfrute ininterrumpido de un permiso por maternidad de como mínimo catorce semanas, si bien podría entenderse que el fraccionamiento no vulnera la Directiva porque el mismo se configura como una mera posibilidad sin que la trabajadora pierda su derecho al disfrute continuado. Lousada Arochena, J.F “Maternidad y conciliación en el trabajo por cuenta ajena tras el Real Decreto-Ley 6/2019 de 1 de marzo: una primera aproximación” Revista de Derecho Social y Empresa, nº 11 2019 pág. 6.

²⁵ Más ampliamente en Benito Benítez, M.A “La protección de la maternidad y de la corresponsabilidad” Trabajo y Derecho nº 74, 2021.

individuales a los progenitores. Pues bien, la actual regulación contempla la situación especial de las familias monoparentales y permite la acumulación de las dos semanas indicando, que “en caso de haber una única persona progenitora, esta podrá disfrutar de las ampliaciones completas previstas en este apartado para el caso de familias con dos personas progenitoras”, trasladando con ello, el criterio de gestión 16/2019 del INSS que, teniendo en consideración el interés superior del menor, permite la acumulación del período adicional a favor del único progenitor existente.

En lo tocante a la demanda de las familias monoparentales en torno a la acumulación total o parcial del permiso del otro progenitor, no se contiene previsión alguna. No obstante, el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse recientemente resolviendo un recurso de casación en el que zanja la cuestión²⁶. La sentencia se sustenta sobre los siguientes argumentos: 1) la acumulación supondría crear una prestación contributiva nueva en favor de los progenitores de familias monoparentales, intervención que excede de la función que el Estado encomienda a los jueces y tribunales “de aplicación e interpretación del derecho, pero no la de creación del derecho”; 2) la normativa interna no resulta contraria a la CE, ni se sitúa al margen de la normativa internacional y resulta compatible con las exigencias derivadas de la Directiva 2019/1158, “sin perjuicio de que de *lege ferenda* pudiera ser deseable que fuera mayor o más intensa, lo que, obviamente, también sería predicable para otros colectivos sociales”; 3) no contraviene las previsiones de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea en lo relativo a la protección del interés superior del menor, pues está presente en la regulación, junto al principio de igualdad entre mujeres y hombre y de corresponsabilidad. 4) aplicando una perspectiva de género, considera el Tribunal que la configuración de permisos individuales e intransferibles para cada progenitor tiene como finalidad evitar “que el ejercicio de aquellos perpetúe roles de género que no se corresponden con la situación social actual ni mucho menos con el principio de igualdad que sustenta todo el ordenamiento”, concluyendo que no hay discriminación, sino que nos hallamos ante “un eventual déficit de protección concreto querido y consentido por el legislador”.

Queda pendiente la revisión del subsidio especial por nacimiento regulado en los artículos 181 y 182 de la LGSS destinado exclusivamente a las trabajadoras por cuenta ajena que, en caso de parto, reúnan todos los requisitos para el acceso al subsidio por nacimiento y cuidado de hijos, salvo el período de cotización. Este subsidio no contributivo se justifica dado el carácter obligatorio que para la madre tenía el período de las seis semanas posteriores al parto. Al introducir, el RD-Ley 6/2019, de 1 de marzo un permiso obligatorio de seis semanas para el otro progenitor, desaparece su fundamento poniendo al otro progenitor en una situación en la que no puede renunciar al descanso obligatorio sin que pueda ser beneficiario

²⁶ STS de 2 de marzo JUR/2023/116005/ nº de recurso 3972/2020.

de la prestación, lo que produce una discriminación directa y contraviene el carácter retribuido en los supuestos que los trabajadores ejerzan su derecho a disfrutar del permiso (artículo 8.1 de la Directiva)²⁷.

8. EL PERMISO PARENTAL

Se trata de un permiso de ausencia que en el ámbito comunitario no resulta una medida inédita pues ya las anteriores Directivas 96/34/CE del Consejo, de 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental y la Directiva 2010/18 /UE del Consejo, por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, lo regulaban. La primera lo configuraba como derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres, por motivo de nacimiento o 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 y que debían definir los Estados miembros y/o los interlocutores sociales. Por su parte, la segunda, ampliaba el permiso de tres a cuatro meses por cada hijo y con el objetivo de un uso más equitativo del mismo, disponía que al menos uno de los cuatro meses no pudiera transferirse al otro progenitor, pero, aunque reconocía la importancia que tienen los ingresos en la utilización real del permiso parental, dejaba este asunto a los Estados miembros y a los interlocutores sociales.

La Directiva de conciliación insiste en estos dos elementos como medidas para conseguir el objetivo de una distribución de las responsabilidades de cuidado igualitaria entre mujeres y hombres. Concretamente en su artículo 5 regula el permiso parental como un derecho individual atribuido a los progenitores y adoptantes de un hijo o hija con una duración de cuatro meses, de los cuales dos meses son intransferibles. Y es que la norma comunitaria, consciente del reducido uso que hacen los padres de este permiso transfiriendo parte del mismo a las madres, ahonda en el carácter intransferible del permiso como mecanismo para fomentar el disfrute paterno, aumentando de uno a dos meses el período intransferible de manera que el período de permiso intransferible no disfrutado se pierde, mientras que el resto del permiso mantiene su carácter transferible²⁸. En segundo lugar, se aborda el derecho a retribución o prestación de la Seguridad Social, que, sin duda, constituye un tema de sumo interés por cuanto puede condicionar el ejercicio del derecho, sobre todo el que los padres, que en su mayoría son la fuente principal de ingresos de la familia, se acojan al mismo. A tal efecto, el artículo 8.1 establece que serán los Estados miembros o los interlocutores sociales los que definirán

²⁷ Cabeza Pereiro, J “La Directiva UE 2019/1158 y su transposición al derecho interno” op., cit., pág. 78.

²⁸ M.A. Ballester Pastor “La conciliación de responsabilidades: estado de la cuestión a la luz de la propuesta de Directiva de la Comisión Europea de 26 de abril de 2017” Lan Harremanak: Revista de relaciones laborales n^º 38, 2017, pág. 13.

dicha remuneración o prestación económica, pero sólo respecto del período no transferible. Aunque no se concreta el umbral mínimo del mismo, el párrafo 3 del art. 8 puntualiza que la fijación de la cuantía debe realizarse “de manera que se facilite el que ambos progenitores puedan disfrutar el permiso parental” lo que parece indicar que la compensación económica debe aproximarse al salario.

Pues bien, con el objetivo de trasponer lo dispuesto en los artículos 5 y 8 de la Directiva de conciliación se inserta el permiso parental en una nueva letra o) en el artículo 45.1 y se añade nuevo artículo, el 48 bis) del ET, intitulado permiso parental. Y complementariamente, con la finalidad dar cumplimiento a las exigencias del artículo 5.5. de la Directiva de conciliación en torno a la necesidad de motivación del aplazamiento en los supuestos de disfrute simultáneo cuando el período solicitado por ambos progenitores altere seriamente el buen funcionamiento de la empresa, se modifica el permiso por lactancia, la reducción de jornada y la excedencia por motivos familiares (artículos 37.4 y 6 y 46.3 ET) que hasta el momento han dado soporte al permiso parental.

8.1. El permiso parental retribuido: transposición incompleta

El artículo 48 bis ET incorpora *ex novo* en nuestro ordenamiento el permiso parental específico que podrán disfrutar “las personas trabajadoras para el cuidado de hijo, hija o menor acogido por tiempo superior a un año, hasta el momento en el que el menor cumpla ocho años”. Este nuevo derecho de conciliación que tendrá una duración de ocho semanas, se configura como un derecho de ausencia de titularidad individual, por lo que cada progenitor tendrá derecho a disfrutarlo por un mismo sujeto causante, sin que pueda transferirse su ejercicio al otro progenitor, con lo que se evita que sea uno de los progenitores, generalmente la mujer, la que acumule el permiso.

Por lo que hace respecto del momento de inicio, la persona trabajadora formulará su solicitud teniendo en cuenta la situación de la empresa y las necesidades organizativas de la misma. El permiso parental puede ejercitarse en un arco temporal que va desde su nacimiento o adopción o en el caso de acogimiento que este sea superior a un año, hasta que el hijo o la hija cumpla ocho años.

En lo relativo a la concreción temporal del permiso, los titulares del derecho gozan de la facultad de especificar “la fecha de inicio y fin del disfrute” o en caso de que se opte por el ejercicio fraccionado “los períodos de disfrute”, fijándose el plazo de preaviso en diez días o el establecido en los convenios colectivos. No se delimita la fracción mínima, aunque dado que tanto el permiso por nacimiento y cuidado del hijo o hija como el actual artículo 49 g) EBEP se decantan por el módulo semanal, pudiera ser ésta la fracción mínima de disfrute, aprovechando toda la experiencia acumulada en el ámbito de la gestión de la prestación de nacimiento y cuidado del hijo o hija. En línea con la centralidad que adquieren las fórmulas de trabajo flexible, las personas trabajadoras tienen amplias facultades

de organización permitiéndose su disfrute de modo continuo o discontinuo, tanto a tiempo completo como a tiempo parcial lo que incentiva, sobre todo, el disfrute paterno más conectado con el ejercicio flexible, remitiéndose su desarrollo a lo que se establezca reglamentariamente.

En cuanto a los requisitos para su perfeccionamiento, pese a la habilitación realizada por la norma comunitaria a los Estados miembros para establecer requisitos que condicionen el acceso al permiso, la norma interna no establece la necesidad de acreditar un período de antigüedad o carencia mínima, al menos, no lo hace directamente en el artículo 48 bis ET, que se limita a recoger el supuesto de hecho protegido y el régimen de disfrute.

Otro de los aspectos que revisten sumo interés atañe a la retribución o prestación de Seguridad Social por cuanto puede condicionar el ejercicio del derecho. Sin embargo, pese a la importancia de este asunto, queda pendiente, lo que implica que no se ha llevado a cabo la transposición completa, sin que de momento implique incumplimiento, por cuanto, como se ha señalado, el artículo 20.2 de la Directiva de conciliación prevé para la remuneración o prestación del permiso parental un plazo más amplio, que se extiende dos años, más hasta el 2 de agosto de 2024. Esta situación ha sido prevista por el propio RD-Ley 5/2023 que su la disposición final octava dedicada a la incorporación del Derecho Comunitario dispone que “el libro segundo traspone parcialmente la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo; salvo su artículo 5 y su artículo 8, apartado 3, respecto de la remuneración o la prestación económica del permiso parental”.

En definitiva, se aborda la regulación de este permiso dejando el asunto más espinoso a una futura norma que lo desarrolle. Entre las alternativas que tiene el legislador es previsible que haga uso de la cláusula pasarela y construya el permiso parental, si quiera parcialmente, a partir de los existentes en nuestro ordenamiento. Esta fórmula ya se apunta en la exposición de motivos del RD-L 5/2023 en que la se indica que las modificaciones realizadas “responden a un doble propósito: de un lado se evita penalizar o duplicar los sistemas de protección frente a las situaciones descritas –crianza de los hijos e hijas, cuidado de mayores y dependientes– y de otro, con el límite necesario, introducir los requisitos mínimos de cada permiso y las mejoras que no resultan absorbibles”, con lo que parece probable que en el desarrollo reglamentario haga uso de la citada cláusula.

En tal caso habrían de realizarse determinadas mejoras que no resulten absorbibles en aplicación de la cláusula pasarela. Obviamente, ni la excedencia por cuidado de hijos, ni la reducción de jornada por guarda legal, que hasta el momento han sostenido el permiso parental, son medidas que se adapten a los requerimientos de la Directiva de conciliación, porque en nuestro ordenamiento no se establece

retribución o prestación del sistema de Seguridad Social, más allá de los beneficios en el ámbito de la cotización aplicables a estas medidas.

En cuanto al permiso por nacimiento y cuidado de hijos e hijas, aun cuando en el caso de disfrute paterno la transferencia al permiso parental no presenta problemas de adecuación en cuanto a su duración y a su retribución²⁹, lo cierto es que ni este ni éste ni el materno (que presenta más dificultades de encaje por su duración)³⁰ serían trasladables al permiso parental, ya que su ejercicio quedaría limitado al primer año de vida del menor. En efecto, el permiso por nacimiento y cuidado del hijo o hija requiere intermediación temporal, estableciéndose incluso un período obligatorio de seis semanas posteriores al nacimiento, adopción o acogimiento que habrá de disfrutarse de manera ininterrumpida y a tiempo completo. En cuanto a las diez semanas restantes de descanso voluntario en las que cabe su ejercicio a tiempo parcial, habrán de disfrutarse dentro del arco temporal que va desde la finalización del descanso obligatorio y hasta que el menor cumpla doce meses, lo que supondría un estrechamiento temporal del ejercicio del permiso parental retribuido que necesariamente habría de disfrutarse antes de que el menor cumpla un año, mientras que la norma comunitaria extiende su ejercicio hasta los ocho años de edad. Tales restricciones hacen que no sea suficiente la sola utilización de la cláusula pasarela para dar cumplimiento a los requerimientos de la norma comunitaria.

8.2. El permiso parental no retribuido

La parte no retribuida del permiso parental se identifica en nuestro ordenamiento con el permiso por cuidado del lactante, pero sobre todo con la reducción de jornada por guarda legal y con la excedencia por cuidado de hijos e hijas reguladas en los artículos 37.4 y 6 y 46.3 del ET. De hecho, la exposición de motivos del RD-Ley 5/2023 explica que la modificación de estas disposiciones deriva de la obligación empresarial establecida en el artículo 5.5 de la Directiva

²⁹ Ya que su duración de 16 semanas es muy superior a los diez días previstos por la Directiva con lo que con el exceso (catorce semanas) se cumpliría sobradamente con las 8 semanas previstas para el permiso parental retribuido garantizándose el cien por ciento de los salarios percibidos. Cabeza Pereiro, J. “La Directiva (UE) 2019/1158 y su trasposición al derecho interno” op. cit., pág. 79; M.J. López Álvarez “La adaptación de la directiva de conciliación de la vida familiar y profesional al ordenamiento español” op., cit., pág., 64 yss.; De la Corte Rodríguez, M., “La Directiva relativa a la conciliación de la vida familiar y profesional y su repercusión en la legislación española” Revista del Ministerio de Trabajo y economía social nº 146/2020 págs. 90-91.

³⁰ Fundamentalmente porque la duración mínima del permiso de maternidad establecido en la Directiva 92/85 es de catorce semanas, por lo que, al margen de la exigencia comunitaria de que su disfrute sea ininterrumpido, solo pueden ser útil dos semanas para cumplir con los dos meses exigidos por la normativa comunitaria. Ni siquiera, como ha puesto la doctrina de relieve, uniendo estas dos semanas del permiso que exceden del mínimo comunitario, con la acumulación del periodo de la hora diaria del permiso por el cuidado del lactante alcanza los dos meses retribuidos exigidos por el artículo 8.3 de la Directiva.

de motivar el aplazamiento de los permisos parentales, por lo que el resto del contenido de estos preceptos permanecen inalterado, salvo la inclusión de la pareja de hecho y el familiar consanguíneo de esta como sujetos protegidos.

Ambas instituciones se configuran como derechos de titularidad individual sin posibilidad de transferencia al otro progenitor por lo que en este aspecto en nuestro ordenamiento la totalidad del permiso parental tendría carácter intransmisible, superándose los estándares mínimos de la Directiva. Otros aspectos, sin embargo, no parecen acomodarse a las exigencias europeas si consideramos a cada una de estas instituciones de forma aislada. Así, respecto del momento de disfrute, el permiso parental se extiende hasta que el menor cumpla ocho años mientras, mientras que la excedencia el período de suspensión de la relación laboral tiene una duración máxima *no superior a tres años* a contar desde la fecha de nacimiento o, en su caso, de la resolución judicial o administrativa, para los casos de adopción o acogimiento por lo que en caso de nacimiento de ninguna manera puede extenderse más allá de los tres años de edad del menor. En cuanto al modo de disfrute, aunque en la excedencia cabe el disfrute de forma fraccionada, permitiendo al trabajador distribuir el permiso en varios periodos, no prevé su ejercicio a tiempo parcial que evitaría la desprofesionalización de las mujeres que son las que mayoritariamente se acogen. Lo contrario ocurre respecto de la reducción de jornada que permite las formas de disfrute flexible del permiso parental pero no satisface la configuración del permiso como un derecho de ausencia.

Hubiera sido deseable que el legislador, aprovechando la ocasión que brindaba la transposición, hubiera introducido modificaciones más sustantivas que corrigieran las deficiencias que tienden a perpetuar los roles de género. Más efectividad hubieran adquirido los derechos de conciliación y corresponsabilidad si se hubiera acometido una revisión de la excedencia desvinculando su ejercicio de la edad del menor, permitiendo su disfrute parcial, o se hubiera incluido en la regulación de la reducción de jornada por guarda legal junto al módulo diario, el semanal, mensual o anual³¹, abriéndose la posibilidad de acumulación de la reducción en jornadas completas con lo que se permite el disfrute del permiso parental de manera continuada o interrumpida a tiempo completo. O, en fin, como se ha apuntado por la doctrina, construir sobre la reducción de jornada por guarda legal el permiso parental en su totalidad por ser una medida “dúctil” que permite su disfrute flexible, anudándola a una prestación económica, aspectos ambos que puede incentivar a que cada progenitor, pero sobre todo a que los padres hagan uso al permiso parental³², lo que sería congruente con el nuevo párrafo que cierra tanto el artículo 37.6 como el 46.3 ET en el que se ordena que “en el ejercicio de

³¹ M.A. Ballester Pastor “El RDL 6/2019 para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres...” op., cit., pág. 34.

³² J. Cabeza Pereiro “La Directiva...” op. cit. pág. 91.

este derecho se tendrá en cuenta el fomento de la corresponsabilidad entre mujeres y hombres y, asimismo, evitar la perpetuación de roles y estereotipos de género”.

8.3. La facultad empresarial de aplazamiento del permiso

Planteada la solicitud de disfrute del permiso parental por la persona trabajadora se abre la posibilidad al empresario de aplazamiento que en nuestra normativa se contempla de manera diferenciada en el 48 bis del ET para la parte retribuida del mismo y en los artículos 37.4 y 6 y 46.3 ET para la parte no retribuida. Se trata de un procedimiento similar y aunque se observa alguna diferencia significativa entre uno y otro lo analizaremos de forma conjunta, poniendo de relieve las divergencias existentes³³.

En primer lugar, el artículo 5.5 de la Directiva de conciliación no define las circunstancias en las que puede al empleador aplazar la concesión de un permiso parental, sino que son los Estados miembros los que deberán definirlos tras llevar a cabo consultas de conformidad con la legislación, los convenios colectivos o los usos nacionales. En este aspecto la regulación de la parte retribuida y no retribuida difieren. Así, respecto de la primera, el artículo 48 bis ET establece que una vez formulada la solicitud por la persona trabajadora, el empleador podrá plantear el aplazamiento en los supuestos en los que dos o más personas generasen este derecho por el mismo sujeto causante o “en otros supuestos definidos por los convenios colectivos” con lo que se le atribuye un papel clave a la negociación colectiva en la determinación de las circunstancias que autorizan al empresario a efectuar el aplazamiento del permiso. Más limitada se muestra la regulación de la parte no retribuida del permiso parental (artículos 37.4 y 6 y 46.3 ET) en la que la capacidad del empleador se restringe a los supuestos de disfrute simultáneo sin que se contemplen otras circunstancias, con lo que se refuerza la posición de las personas trabajadoras. Obviamente, en cualquier caso, nada impide que las personas trabajadoras puedan acogerse al permiso en momentos distintos ya que la facultad empresarial para proceder al aplazamiento solo alcanza al disfrute simultáneo o respecto de la parte retribuida, además a los supuestos contemplados en los convenios colectivos.

En los casos en los que el aplazamiento esté justificado, el empresario solo podrá demorar la concesión del permiso durante un “tiempo razonable” sin que se especifique el tiempo durante el cual se permite al empleador posponer el disfrute del permiso parental ya se trate del permiso retribuido o no, con lo que en los supuestos en los que se dilate el disfrute, puede desvirtuarse la finalidad de la medida, sobre todo porque es de suponer que la concreción del permiso se haya

³³ En este aspecto ha de señalarse que el EBEP no contempla el aplazamiento en su artículo 48 h) relativo a la reducción de jornada por guarda legal o cuidado de familiares excepto los supuestos de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave artículo 49 e).

realizado teniendo presente las obligaciones de cuidado de los hijos e hijas, que en muchas ocasiones resultan perentorias e inaplazables³⁴.

En segundo lugar, en cuanto a las causas que dan lugar al aplazamiento se aprecian diferencias. En el caso del permiso retribuido (art. 48 bis ET) el empresario solo puede basar su decisión argumentado que el período solicitado por el trabajador altera “seriamente el correcto funcionamiento de la empresa”, justificándolo por escrito. Sin embargo, la parte no retribuida del permiso se vincula a “razones fundadas y objetivas de funcionamiento de la empresa” debiendo igualmente justificar las razones de su denegación por escrito, lo que es claramente menos exigente que lo dispuesto en el artículo 48 bis) ET que únicamente permite el aplazamiento de la concesión del permiso, cuando el empleador pueda argumentar que el período solicitado altere “seriamente” el funcionamiento de la empresa.

En tercer lugar, por lo que respecta al plan alternativo que previamente debe plantear el empresario antes de proceder al aplazamiento, el artículo 5.7 de la Directiva de conciliación dispone que “los empleadores, en la medida de lo posible, ofrezca formas flexibles de disfrutar el permiso parental”³⁵. Así, si el trabajador lo ha solicitado a tiempo completo el empresario deberá ofrecer antes de proceder a su aplazamiento otra fórmula de disfrute más flexible. El artículo 48 bis) ET siguiendo lo establecido en la norma comunitaria restringe la capacidad empresarial de aplazamiento, ya que éste solo es posible si previamente se ofrece una “alternativa de disfrute más flexible”, configurándose como un mecanismo subsidiario o residual que solo es admisible si la alternativa de disfrute flexible no satisface las necesidades de conciliación de la persona trabajadora³⁶. Frente a la regulación realizada respecto del permiso retribuido, no se contempla la alternativa previa al aplazamiento de disfrute flexible respecto del permiso no retribuido, que solo lo alude a la obligación de presentar un plan alternativo que podrá consistir tanto el disfrute del permiso a tiempo completo como a través de fórmulas flexibles. No obstante, quizás la referencia expresa respecto del permiso no retribuido a que el plan alternativo “asegure el disfrute de ambas personas y que posibilite el ejercicio de los derechos de conciliación” conlleve un proceso de negociación previo con el trabajador con el fin de buscar una alternativa que conjugue de forma adecuada los intereses empresariales con los derechos de conciliación y corresponsabilidad de las personas trabajadoras. Así, consideramos que, dado el carácter bidireccional del plan, el empleador no podrá reformular la solicitud de la persona trabajadora de forma que haga inviable la solicitud de disfrute o no satisfaga las necesidades de las personas trabajadoras. Ha de advertirse, que no se alude en el artículo 48

³⁴ N. Reche Tello “La nueva Directiva de conciliación de los progenitores y cuidadores: ¿otra oportunidad perdida? Revista de Derecho Social n^º 89, 2020, pág. 82.

³⁵ Obligación que no se recoge respecto de la administración como empleadora en el artículo 89.4 EBEP, por lo que resulta insuficiente la transposición de la Directiva.

³⁶ M.A. Ballester Pastor “De los permisos parentales a la conciliación...” op., cit., pág. 1122.

bis ET a que en la decisión de aplazamiento del empresario a que deban tenerse en cuenta las necesidades de conciliación de las personas trabajadoras, con lo que en los supuestos en los que el plan alternativo de disfrute más flexible no satisfaga las necesidades de los trabajadores seguido de un aplazamiento justificado, puede tener como resultado un vaciamiento del derecho, sin que pueda afirmarse que el empresario haya incumplido sus obligaciones³⁷.

En cualquier caso, la única posibilidad que tiene el empresario de denegación se puede producir solo respecto del período o de la modalidad de disfrute del permiso, pero no respecto del ejercicio del derecho mismo³⁸. De este modo, ambos titulares podrán acogerse al permiso parental en formato distinto o, en el caso de que el plan alternativo no satisfaga sus necesidades de conciliación, en otra fecha distinta a la solicitada y/o en los casos de aplazamiento justificado.

9. LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS LABORALES DE LOS TRABAJADORES Y LA PROTECCIÓN FRENTE AL DESPIDO

Con el objetivo de asegurar la protección de los derechos laborales de las personas trabajadoras que disfruten de los derechos de conciliación o corresponsabilidad, el artículo 127 diez del RD-Ley 5/2023 realiza tres modificaciones al ET: al artículo 4.3. c) ET con el fin de incardinar el ejercicio de los derechos de conciliación y corresponsabilidad dentro de la prohibición de discriminación por razón de género; en segundo lugar, a la disposición adicional decimonovena del ET en la que se regula el cálculo de las indemnizaciones en determinados supuestos asociados a los derechos de conciliación; y finalmente, a los artículos 53.4 y 55.5 ET a los efectos de incluir dentro de la calificación de nulidad las extinciones relacionadas con las nuevas medidas de conciliación.

En primer lugar, con el objetivo de transponer el artículo 11 de la Directiva de conciliación se modifica la c) artículo 4.2 ET en el que se regula un conjunto de derechos profesionales de las personas trabajadoras con una clara dimensión constitucional. En la nueva redacción se contempla el derecho de las personas trabajadoras “a no ser discriminadas directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleado... por razón de sexo, incluido el trato desfavorable dispensado a mujeres u hombres por el ejercicio de los derechos de conciliación o corresponsabilidad de la vida familiar y laboral”. De esta forma, se conecta el trato desfavorable por el ejercicio de estos derechos con el más genérico principio de prohibición de discriminación por razón de sexo. Y es que, lo cierto es que en este asunto la jurisprudencia no ha mantenido un criterio uniforme y no siempre ha

³⁷ Ibidem pág. 1123.

³⁸ J. Cabeza Pereiro “La Directiva de conciliación de la vida familiar y profesional” op., cit., pág. 61.

identificado el tratamiento peyorativo por haber solicitado o ejercido estos derechos con la discriminación por razón de sexo, sino que, como es conocido, realizando un análisis desde el derecho fundamental a la no discriminación se ha anudado a la discriminación por razón de las circunstancias personales o familiares (art. 14 CE) relacionadas con su responsabilidad parental (art. 39CE), concepción que ha sido plasmada en la STC 26/2011, de 4 de marzo (Rec. 9145-2009). Es por ello que este reconocimiento es muy relevante ya que neutraliza esta línea jurisprudencial y supone el espaldarazo definitivo a la formulación que conecta el trato desfavorable por el ejercicio de los derechos de conciliación a la prohibición de discriminación por razón de sexo. Incluso, la exposición de motivos del RD-Ley 5/2023 con el objetivo de disipar cualquier duda, expone que esta vinculación es consecuente con la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE de 8 de mayo de 2019, C-486/18, asunto Praxair) y del Tribunal Constitucional (STC 79/2020, de 2 de julio de 2020) en las que se ha establecido que, “sobre la base de una mayor afectación femenina, la discriminación por ejercicio de derechos de conciliación puede ser constitutiva de discriminación indirecta por razón de sexo”.

Desde esta perspectiva, la discriminación basada en el ejercicio de estos derechos será una discriminación indirecta por razón de sexo tanto si quienes los ejercitan son las mujeres, en cuyo caso actuarán “según sus roles de géneros”, como si son los hombres actuando, en estos casos “contra sus roles de género”³⁹. En este punto la norma interna supone un evidente avance respecto de la comunitaria que, con menor ambición, no llega a comprometerse de forma decidida con el principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo. En efecto, como se ha señalado, el artículo 11 de la Directiva de conciliación adopta una posición más neutra que consiste en “prohibir que los trabajadores reciban un trato menos favorable” por haber solicitado o disfrutado de los derechos de conciliación y corresponsabilidad, pero no lo conecta con la prohibición de discriminación por razón de sexo, y ello pese a que el artículo se intitula “discriminación” lo que pudiera hacernos creer en una mayor implicación y a las múltiples alusiones que en este sentido se realizan en sus considerandos⁴⁰.

En segundo lugar, en cuanto a las medidas que tienen como finalidad proteger el ejercicio de los derechos de conciliación, se amplía el alcance material de la disposición adicional decimonovena ET prevista para los supuestos de reducción de jornada por motivos familiares (artículo 37.4, 5, 6 y 8 ET) y para los casos de ejercicio a tiempo parcial del permiso de nacimiento y cuidados de cada hijo (art. 48.4 y 5 ET), extendiéndola a los supuestos de disfrute flexible del nuevo permiso parental (art.48 bis ET). De este modo, las indemnizaciones a las que pudiera tener derecho las personas trabajadoras que disfruten a tiempo parcial de

³⁹ Lousada Arochena J.F. *El principio de igualdad de mujeres y hombres: en especial, en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2013 p.441 <http://hdl.handle.net/2183/11720>

⁴⁰ J. Cabeza Pereiro “La Directiva de conciliación...” pag. 73.

los citados derechos de conciliación, deberán calcularse teniendo en cuenta la que le hubiera correspondido sin considerar la reducción de jornada efectuada, siempre y cuando no hubiera transcurrido el plazo máximo legalmente establecido para dicha reducción.

Sin embargo, no se ha previsto la extensión de esta garantía a los supuestos en los se solicite una adaptación de jornada que bien consista en una reducción que no se ajuste a los parámetros dispuestos en el art. 37.6 ET o bien haya sido solicitada por el cuidador de un conviviente no familiar, ambos casos posibles ya que se amplía los titulares del derecho y el alcance material del artículo 34.8 ET⁴¹. Pese a la omisión legislativa, estos supuestos quedan cubiertos por la mencionada disposición, ya que se sería de aplicación la doctrina del TSJUE que, sobre la base del artículo 157 TFUE, considera que cuando se extingue un contrato por voluntad del empresario, la indemnización debe determinarse íntegramente sobre la base de la retribución correspondiente a las prestaciones laborales efectuadas a tiempo completo⁴². Eso sí, solo respecto de la parte de reducción de jornada que se encuentre dentro de los límites establecidos en el artículo 37.6 ET.

Tampoco el legislador ha dispuesto la extensión del mecanismo de cotización ficticia previsto para la reducción de jornada (art. 237.3 y 4 y art. 270.6 LGSS) a los supuestos en los que esta se solicite en el marco de lo previsto en el artículo 34.8 ET a los que no resulta de aplicación la doctrina del TSJUE por no tratarse de retribución sino de prestaciones del sistema de Seguridad Social. Resulta decepcionante que estos beneficios no hayan alcanzado los supuestos descritos, sobre todo, si se tiene en cuenta que es la única alternativa posible para las personas trabajadoras de reducir su jornada cuando la persona necesitada de cuidados es un conviviente sin vínculos familiares. Parece claro, que en estos supuestos la persona titular podrá solicitar y disfrutar del derecho, pero no será merecedora de tutela por parte de los poderes públicos y se verá abocada a recibir una protección de baja intensidad, todo ello en un contexto de promoción de las fórmulas de trabajo flexibles como instrumento que permite el mantenimiento de los vínculos laborales y fomenta la distribución de las responsabilidades de cuidado.

En tercer lugar, respecto de la protección frente al despido las modificaciones efectuadas se limitan incluir entre las causas de nulidad las relacionadas con el disfrute de todos los derechos de conciliación. Así, se modifica los artículos 53.4 y 55.5 ET recogiendo como causa de nulidad el despido de las personas trabajadora

⁴¹ En cuyo caso sería razonable exigir una reducción salarial proporcional, salvo pacto de las partes. I. Beltrán Heredia “El derecho de adaptación de la jornada para conciliar la vida familiar y laboral (art. 34.8 ET)” Blog *Una mirada crítica a las relaciones laborales* <https://ignasibeltran.com/tiempo-de-trabajo-y-descanso-jornada/#2>

⁴² SSTJUE de 22 de octubre de 2009, Caso Meerts (C 116-98) y de 8 de mayo 2019 y Caso RE y Praxair (C 486/18) tanto en los supuestos de indemnización por despido como en el cálculo del subsidio por permiso de recolocación que abona el empleador.

que estén disfrutando, o hayan solicitado o estén disfrutando de las adaptaciones de jornada previstas en el artículo 34.8 ET, reparando el olvido del RD-Ley 6/2019 de 1 de marzo, tan criticado por la doctrina que generó una injustificable infraprotección de esta figura en comparación con otras situaciones similares⁴³. Igualmente, se extiende la calificación de nulidad al nuevo permiso parental (art. 48 bis ET) y de cuidadores (37.3.b) ET). Finalmente, el artículo 129 del RD-Ley 5/2023 da una nueva redacción al artículo 102.2 LRJS sustituyendo la enumeración que se realizaba en el mismo por la remisión a los supuestos señalados en el artículo 55.5 ET y al artículo 122.2 LRJS a los efectos de incorporar la nulidad de la decisión extintiva de los supuestos recogidos en el artículo 53.4 ET.

⁴³ Ballester Pastor M.A., “De los permisos parentales a la conciliación...” op., cit., pág.1132.