

LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA 2019/1158 DE CONCILIACIÓN DE LA VIDA FAMILIAR Y LA VIDA PROFESIONAL A TRAVÉS DEL RD LEY 5/2023

THE TRANSPOSITION OF DIRECTIVE 2019/1158 ON WORK-LIFE BALANCE FOR PARENTS
AND CARERS THROUGH RD LAW 5/2023

Patricia Nieto Rojas

Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad Nacional de Educación a Distancia

pnieto@der.uned.es ORCID [0000-0003-3734-3392](https://orcid.org/0000-0003-3734-3392)

Recepción de trabajo: 01-06-2023 - Aceptación: 14-07-2023 - Publicado: 20-09-2023

Páginas: 75-102

■ 1. LOS EFECTOS LABORALES DE LA FEMINIZACIÓN DE LOS CUIDADOS. ■ 2. LA TRANSPOSICIÓN DE LOS DERECHOS DE CONCILIACIÓN CONTENIDOS EN LA DIRECTIVA 2019/1158 EN EL RD LEY 5/2023. ■ 2.1. La petición de fórmulas de trabajo flexible. La modificación del art. 34.8 ET para adecuarlo a la Directiva 2019/1158. ■ 2.2. La apuesta por la corresponsabilidad en la nueva configuración de los permisos parentales. ■ 2.2.1. El permiso parental. ■ 2.2.2. Permiso ante necesidades sobrevenidas de conciliación. La transposición de la fuerza mayor familiar y el permiso para cuidadores. ■ 3. LA ESPECIAL PROTECCIÓN DE DETERMINADAS UNIDADES FAMILIARES. UNA BREVE MENCIÓN A LAS FAMILIAS MONOPARENTALES. ■ 4. OTRAS MEDIDAS LABORALES DE PROTECCIÓN. LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN POR EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE CONCILIACIÓN. ■ 5. CONCLUSIONES. ■ 6. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

La legislación laboral en materia de igualdad entre hombres y mujeres dedica una buena parte de su articulado a los instrumentos de conciliación y esta atención cobra pleno sentido no solo porque la dificultad de conciliar trabajo y familia es una causa de abandono del mercado de trabajo que afecta casi exclusivamente a las mujeres con responsabilidades de cuidados, sino porque la efectiva igualdad requiere mecanismos que aseguren el tránsito a un modelo de corresponsabilidad en los cuidados. El presente artículo se centrará en la respuesta comunitaria y nacional a la corresponsabilidad, significadamente en los mecanismos de flexibilidad en el tiempo y lugar de trabajo, así como en el análisis crítico del RD Ley 5/2023 con el que el legislador español ha procedido a la transposición de la Directiva 2019/1158.

PALABRAS CLAVE: igualdad, flexibilidad, corresponsabilidad, cuidados, permisos.

ABSTRACT

The labor legislation devotes a good part of its articles to the work-life balance which will preserve existing rights and build on them with improved and new rights for both women and men. Inadequate measures to reconcile work with care responsibilities tend to impact women disproportionately; the lack of adequate leave to provide care of other dependent relatives exacerbates the unequal sharing of care responsibilities. This article will focus on the European and national response to balance life and work, and in the new framework approved with the project of family's law, especially the new measures relative with the work life balance adopted with the RD Law 5/2023 for the transposition of Directive 2019/1158.

KEYWORDS: equality, work-life balance, care responsibilities, flexibility.

1. LOS EFECTOS LABORALES DE LA FEMINIZACIÓN DE LOS CUIDADOS

La subordinación de la lógica de la reproducción a la lógica de la producción y la división sexual del trabajo en la que esta distribución descansa trasladó “los costes de la reproducción a las unidades familiares y, en el seno de ellas, a las mujeres”¹, quedando el Estado solo de manera subsidiaria como proveedor de estos servicios. La atención a las personas dependientes, aunque ciertamente no pueda explicar en toda su extensión la discriminación que sufren las mujeres en el mercado de trabajo², es el factor que con más relevancia afecta no solo a su inserción sino a su mantenimiento en este en términos de igualdad, pues, aun habiendo habido progresos en la corresponsabilidad masculina, el peso de la labor de crianza recae desproporcionadamente en las mujeres. Y aunque ciertamente el 39 CE obliga a la protección constitucional de la familia, todavía hoy el coste de oportunidad en términos de acceso y mantenimiento en el empleo de las mujeres con responsabilidades de cuidado es un efecto constatado sin que la respuesta dada ni por el Derecho del Trabajo ni por la Seguridad Social se pueda calificar como suficiente.

Las políticas de conciliación de la vida laboral y profesional, iniciadas en el ordenamiento jurídico español con la Ley 39/1999 y claramente favorecidas por la Ley Orgánica 3/2007 y el RD Ley 6/2019³, no han sido capaces de lograr una implicación plena de los hombres en las tareas de cuidado. Es más, las medidas legales de conciliación, redactadas a partir de una titularidad neutra, han contribuido a perpetuar la tradicional asignación de roles con un efecto ampliamente denunciado: la distribución fuertemente desigual de las labores domésticas y de cuidado no solo provoca que las mujeres realicen menos horas de trabajo (por tener reducciones de jornada, por trabajar a tiempo parcial, por tener menos disponibilidad para realizar horas extras, etc.) sino mayores dificultades para promocionar y para ocupar puestos de responsabilidad.

La falta de igualdad efectiva de la mujer en el ámbito laboral, no solo en nuestro país, sino en la mayoría de los países de nuestro entorno, está íntima, aunque no exclusivamente, relacionada con la maternidad. Sin duda, el grado de desigualdad de género varía entre países, pero la evidencia confirma que, en todos ellos, las diferencias entre hombres y mujeres que ya han entrado al mercado

1 Nuño Gómez, L., *El mito del varón sustentador. Orígenes y consecuencias de la división sexual del trabajo*, Barcelona Icaria, 2010, pág. 174.

2 Ballester Pastor, M. A., Cabeza Pereiro, J., “Retos, expectativas y decepciones del derecho a la conciliación de responsabilidades”, en Cruz Villalón, J. (ed.) *Tutela y promoción de la plena integración de la mujer en el trabajo: libro homenaje a la profesora Teresa Pérez del Río*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2015, pág. 107.

3 Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (BOE 5-11-1999) y Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (BOE 23-3-2007) y Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación (BOE 8-3-2019).

laboral con un capital humano similar son pequeñas, incluso inexistentes en algunos países al inicio de su carrera profesional y, sin embargo, sus trayectorias laborales comienzan a divergir de forma notable y continuada a partir de que la mujer es madre y, en ocasiones, un poco antes⁴.

Esta falta de equidad laboral, tanto en horas de trabajo como en falta de promoción laboral, es la que finalmente produce la relativa poca presencia de la mujer en puestos de responsabilidad y por tanto de decisión en las empresas. Y aunque, ciertamente, en los últimos años, en la UE se ha producido un efecto de visualización de la cuestión de conciliación-corresponsabilidad tanto en el espacio normativo como en los pronunciamientos del TJUE, la mayoría de los instrumentos para incrementar la corresponsabilidad está en manos de los Estados miembros. Aun así, las instituciones de la Unión Europea pueden contribuir a establecer el marco y marcar el rumbo y, a este respecto, la Directiva 2019/1158⁵ supuso un notable cambio de paradigma al ofrecer a los Estados Miembros una ventana de oportunidad en un contexto de reforma estructural de la protección social de las familias, instando a un incremento en la corresponsabilidad de los hombres en las tareas de cuidado.

Es cierto que, desde la óptica de la legislación española, la Directiva se muestra claramente insuficiente con un lacónico periodo de diez días laborables de carácter retribuido, cuyo disfrute se concentra tras el nacimiento de un hijo. Aun así, al estar configurado como un derecho individual sin que sea posible su transferencia incorpora un fuerte incentivo para que los hombres también se acojan al mismo⁶ al tiempo que implica un cambio radical en una norma social no escrita pero vigente que asume que los cuidados son responsabilidad de la mujer. Como estos son muy intensivos en tiempo, la asunción casi exclusiva de esta responsabilidad por parte de las mujeres les imposibilita abarcar, en condiciones de igualdad, otros ámbitos de responsabilidad; es más, mientras el cuidado y su gestión colectiva no se resuelva sin sesgos de género, la contrapartida será un mercado de trabajo en el que las mujeres estarán en peores condiciones que los hombres ya que, hasta la fecha, las mujeres siguen cubriendo aquella parte del cuidado que no se cubre por los hombres, las empresas o el Estado.

La igualdad en la esfera privada es clave para la igualdad en el mercado de trabajo y en la esfera pública y, desde esta perspectiva, un diseño igualitario de los permisos desde la ley y, especialmente, la forma de uso de estos permisos es un elemento clave para un avance sustantivo hacia la igualdad de género⁷. La senda iniciada a este respecto por el ordenamiento español en la igualación de

4 Véanse las atinadas reflexiones de la catedrática de Economía, Sara de la Rica, en el siguiente enlace: <http://nadaesgratis.es/sara-de-la-rica/tras-el-8m-cinco-propuestas-para-la-igualdad-de-oportunidades-de-genero-en-el-ambito-laboral>

5 Directiva 2019/1158, 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, (DOUE L27.2019).

6 La redacción de la Propuesta de Directiva (SWD (2017) 202 final) 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, contenía la referencia a los "padres", la cual ha sido sustituida en el art. 4.1 de la Directiva 2019/1158 por la referencia a "el progenitor o, cuando esté reconocido por la legislación nacional, un segundo progenitor equivalente".

7 Castellanos Serrano, C., "Reformar y evaluar el permiso de nacimiento y cuidado de menor para asegurar el objetivo de corresponsabilidad". *IgualdadES*, 7, 2022, pág. 606

permisos solo puede calificarse como una decisión plausible. Que ya en el año 2007 la LOIEMH regulase de manera autónoma la suspensión del contrato por paternidad fomentó “un uso más equitativo del permiso entre padres y madres, estableciendo que una parte del permiso no puede transferirse bajo ninguna circunstancia y que, por lo tanto, se perderá si solo uno de los dos no toma el permiso parental”⁸ y que, finalmente, el RD Ley 6/2019 equiparase los permisos alineó a España entre los países que ofrecen mejores condiciones de licencia remunerada para que padres u el otro progenitor en la terminología comunitaria. Ahora bien, los datos respecto al uso de estos permisos en el año 2022 son muy gráficos⁹: “casi el 98 % de madres reciben la prestación de la seguridad social de las dieciséis semanas seguidas, mientras este es el caso para el 76 % de los varones, colectivo mayoritario dentro de los segundos progenitores. Es decir, según estos datos, en menos del 25 % de los casos, se hace uso del permiso que permite extender el tiempo de cuidado en el hogar, en diez semanas según el diseño actual, y que en general supone un mayor grado de corresponsabilidad en el cuidado infantil dentro de las parejas”. Atendiendo a estos datos, cabría plantearse una reforma legal que, impidiendo la transferibilidad de los permisos, elimine la obligación de simultaneidad de las seis semanas obligatorias iniciales. En ninguna parte de la Directiva 2019/1158 se obliga a la simultaneidad de los permisos; justo al contrario, se aboga por la flexibilidad y uso a voluntad de los progenitores¹⁰. Late en la regulación nacional una referencia no explícita al art. 68 del Código Civil, que regula el cuidado al cónyuge, sin que parezca que esta exigencia tenga una justificación suficiente, sino que si el bien jurídico protegido, es el cuidado del menor, no se compeadece bien con la obligatoriedad de disfrutar de seis semanas de manera conjunta, incluso aunque no exista la necesidad de recuperación física de la madre biológica.

La Estrategia para la Igualdad de Género 2020-2025, de la Comisión Europea¹¹, recuerda, a este respecto, que “mejorar la conciliación de la vida privada y la vida profesional de los trabajadores es una de las formas de abordar las diferencias entre hombres y mujeres en el mercado de trabajo. Ambos progenitores tienen que sentirse responsables y facultados en lo relativo a las responsabilidades asistenciales”. Para lograr este propósito, es imprescindible reforzar la accesibilidad y la calidad de los servicios públicos de atención a menores y familiares enfermos o dependientes con el fin de que las personas con deberes de cuidado, no se alejen, total o parcialmente, del mercado de trabajo¹². Esta misma exigencia se reitera en el Pilar Social, tanto en el principio número 9 como en el 18 de los que parece deducirse una preocupación real de la UE por fomentar el acceso a servicios de cuidado, lo cual parece especialmente relevante, pues en aquellos Estados Miembros donde rige una amplia

8 López Terrada, E., “Permisos parentales y conciliación”, en Ballester Pastor, A. (ed.) *La transposición del principio antidiscriminatorio comunitario al ordenamiento jurídico laboral español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 149.

9 Castellano Serrano, C., “Reformar y evaluar el permiso de nacimiento y cuidado de menor para asegurar el objetivo de corresponsabilidad”. *IgualdadES*, 7, 2022, pág. 592.

10 *Ibidem.* pág. 601.

11 COM (2020) 152 final. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al comité de las regiones. Una Unión de la igualdad: Estrategia para la Igualdad de Género 2020-2025.

12 Rodríguez González, S., “Desigualdad por causa de género en la Seguridad Social: carreras de cotización y prestaciones”, *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, vol. 38, 2017, pág. 123. *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, vol. 38, 2017, p. 123.

red de estas características, los beneficios advertidos son variados¹³, singularmente para el mantenimiento de las mujeres con responsabilidades familiares en el mercado de trabajo.

Sin perjuicio de otras vías de protección, la institución familiar es fundamentalmente objeto de protección en el ordenamiento jurídico español a través de una doble vertiente: la política fiscal y las prestaciones familiares encuadradas bien en la Seguridad Social, bien en la llamada asistencia social donde las medidas de protección no son solo de naturaleza prestacional (de contenido monetario o no) sino también de promoción y fomento. Y aunque ciertamente la Ley de Dependencia trató de publicar estos cuidados, existe todavía hoy una carencia de oferta de servicios que finalmente se acaba supliendo desde la propia familia.

Este hecho tiene un impacto negativo en la incorporación de las mujeres al mercado laboral en condiciones de igualdad y favorece tanto la desigualdad de género como la desigualdad entre clases sociales, puesto que no todas las familias tienen la misma capacidad económica para acceder a estos servicios.

Lamentablemente, España está a la cola de los países de la Europa Occidental en cuanto al gasto público social que financia estos servicios y, dentro de estos, “los menos financiados son los servicios de ayuda a las familias, incluyendo las escuelas de infancia desde los 0 años y los servicios de atención a las personas dependientes, tanto a domicilio como residenciales. El actual grado de (sub) desarrollo de todos estos servicios —servicios de dependencia, y servicios de educación a la primera infancia— se ha traducido en una enorme sobrecarga para la mujer, especialmente durante la pandemia, siendo su dedicación a las ‘responsabilidades familiares’ (cuidado de sus niños y de las personas en situación de dependencia) el doble de la dedicación pre-pandemia”¹⁴.

2. LA TRANSPOSICIÓN DE LOS DERECHOS DE CONCILIACIÓN CONTENIDOS EN LA DIRECTIVA 2019/1158 EN EL RD LEY 5/2023

Tradicionalmente los derechos de conciliación se han articulado mediante el reconocimiento legal de derechos de ausencia, siendo, a estos efectos, los permisos retribuidos, las suspensiones contractuales y, con menor intensidad, las excedencias para el cuidado de personas dependientes las figuras centrales. Sin embargo, “una adecuada política de conciliación no es la que asegura el derecho de ausencia sino la que favorece el equilibrio entre las esferas laboral y de cuidados a

¹³ Cruz Villalón, J., “Elementos condicionantes para la efectividad de la conciliación laboral en España”, en Mella Méndez, L. (ed.) *Conciliación de la vida laboral y familiar y crisis económica: estudios desde el derecho internacional y comparado*, Delta Publicaciones Universitarias, Madrid, 2015, pág. 25.

¹⁴ Véase, a este respecto, las reflexiones de Vicenç Navarro, “El abandono de las familias: el escaso desarrollo del cuarto pilar del bienestar”, en <https://blogs.publico.es/vicenc-navarro/2021/04/06/el-abandono-de-las-familias-el-escaso-desarrollo-del-cuarto-pilar-del-bienestar/>

través de medidas de acomodación temporal del trabajo, garantizando de este modo el derecho de presencia¹⁵; es más, distintas investigaciones¹⁶ advierten del sesgo de género y clase que tienen estos permisos, toda vez que la penalización económica que conlleva su uso, hasta el 100 % del salario en el caso de las excedencias, concentra su utilización en familias de dobles ingresos con situaciones laborales no precarizadas.

La existencia de fórmulas de trabajo flexible, como el teletrabajo, la distribución irregular de la jornada o los horarios laborales compactados se configuran, por el contrario, como una fórmula óptima no solo porque su petición no implica una penalización económica sino porque tiene un menor impacto en las trayectorias laborales de las personas peticionarias. El desarrollo de este tipo de fórmulas supone un tránsito hacia un modelo de conciliación centrado en la flexibilidad, ahora sí, bidireccional, esto es, la exigida por la empresa al trabajador, pero también a la inversa, pues es básico que los trabajadores puedan mantener el control sobre determinados aspectos del empleo, tales como la jornada.

Es de aplaudir, por ello, que el vigente Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva¹⁷ inste a profundizar en medidas de conciliación corresponsable de la vida personal, laboral y familiar al tiempo que reconoce que la negociación colectiva es el ámbito adecuado para avanzar en las medidas legalmente establecidas y adaptarlas a las realidades de las empresas y centros de trabajo y a las personas trabajadoras. Ahora bien, cualquier reforma en este sentido debe tener como eje prioritario la apuesta por la corresponsabilidad, pues como certeramente recordaba la proposición de ley sobre tiempo de trabajo corresponsable, presentada por el grupo parlamentario Unidas-Podemos¹⁸, “el derecho de las personas trabajadoras a los cuidados solo puede garantizarse si se articula un modelo que permita organizar el tiempo de trabajo con la suficiente flexibilidad”.

La Directiva 2019/1158 recuerda a este respecto la obligatoriedad de los poderes públicos de eliminar cualquier desventaja o merma en términos de mejora y progreso que pueda afectar a las carreras profesionales de las personas que se ocupan de manera informal de las tareas de cuidado de familiares o dependientes. Atendiendo a este mandato, la pedagógica exposición de motivos del non-nato proyecto de Ley de Familias¹⁹ disponía “que los puestos de trabajo deben adaptarse a las distintas vicisitudes derivadas de la crianza de menores y cuidado de dependientes y mayores, y establece unas condiciones efectivas para que haya un reparto real de tareas y un ejercicio corresponsable, garantizando, en su caso, el carácter intransferible y retribuido de determinadas

¹⁵ Rodríguez González, S., *Tiempo de trabajo y vida privada*, Granada: Comares, 2016, pág. 23.

¹⁶ Escobedo, A, “Una oportunidad de ampliación y mejora del sistema español de licencias remuneradas parentales y por cuidados familiares”. *IgualdadES*, 7, 2022, pág. 611-628.

¹⁷ Accesible en: <https://www.ccoo.es/d44899d601a725e92eca4a892f7094ce000001.pdf>.

¹⁸ BOCG 16.11.2018.

¹⁹ Cuyo texto puede consultarse en el BOCG 14.4.2023

interrupciones de la actividad laboral” al tiempo que instaba a una modificación del artículo 4.2 ET para especificar que el trato desfavorable dispensado a mujeres u hombres por el ejercicio de sus derechos de conciliación o corresponsabilidad de la vida familiar y laboral se consideraría constitutivo de discriminación por razón de sexo, previsión que, como veremos, sí que fue acogida por 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 Europea²⁰, en lo sucesivo RD Ley 5/2023.

Que el ejercicio de derechos conciliatorios no suponga ningún perjuicio a la persona peticionaria es una exigencia derivada del artículo 11 de la Directiva que establece la obligación de que los Estados miembros configuren mecanismos para que las personas trabajadoras no sufran perjuicio alguno ni trato discriminatorio al tiempo que es una formulación 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.

La fallida tramitación del Proyecto de Ley de Familias, a consecuencia de la convocatoria de elecciones generales y la consiguiente disolución de las Cortes Generales, ha llevado al Gobierno a rescatar parte de las previsiones contenidas en la citada norma e incorporarlas al RD Ley 5/2023. Una decisión que, al margen de otras consideraciones, se justifica en su propia exposición de motivos por el “riesgo de multa con arreglo a lo establecido en el artículo 260.3 TFUE” al haber sido superado el plazo de transposición que expiró “el pasado 1 de agosto de 2022”, habiendo recibido el estado español “carta de emplazamiento de la Comisión Europea de 20 de septiembre de 2022, además del dictamen motivado por falta de comunicación de las medidas nacionales de transposición con fecha 19 de abril de 2023”. Así las cosas, “resulta necesario acudir a la aprobación de un real decreto-ley para proceder a dicha transposición, lo que permitirá cerrar los procedimientos de infracción abiertos por la Comisión Europea”.

El presente artículo analizará las principales novedades incorporadas en este texto al tiempo que identificarán algunas disfunciones de la nueva regulación estatutaria.

20 Real Decreto-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 (BOE 29-6-2023).

2.1. La petición de fórmulas de trabajo flexible. La modificación del art. 34.8 ET para adecuarlo a la Directiva 2019/1158

Pocas dudas caben acerca de que la conciliación de la vida personal y laboral como herramienta de primer orden para la consecución del principio rector de protección a la familia contenido en el art. 39 CE, ha ganado notable importancia y complejidad técnico-jurídica en los últimos años²¹. Las medidas de ordenación flexible del tiempo de trabajo se han considerado “las más proclives a lograr un verdadero «equilibrio» (traducción aproximada del implantado término anglosajón *right to work-life balance*) entre trabajo y familia, apoyado en la plena efectividad de la «corresponsabilidad» en la asunción de los cuidados entre mujeres y hombres²²”.

La Directiva 2019/1158 recuerda a este respecto que los empleadores, al examinar las solicitudes de fórmulas de trabajo flexible reguladas en el art. 11, podrán “tener en cuenta, entre otras cosas, la duración de la fórmula de trabajo flexible solicitada, así como sus recursos y su capacidad operativa para ofrecer dichas fórmulas. El empleador debe poder decidir si acepta o rechaza la petición de un trabajador de acogerse a fórmulas de trabajo flexible. Las circunstancias específicas subyacentes a la necesidad de acogerse a estas fórmulas pueden cambiar. Por tanto, los trabajadores deben tener derecho no solo a volver a su modelo de trabajo original al término de un periodo acordado mutuamente, sino también a hacerlo antes de que este periodo finalice, siempre que algún cambio en las circunstancias subyacentes así lo requiera”.

El legislador español ha transpuesto este derecho de forma muy consistente no solo al ampliar el elenco de personas que pueden justificar la petición de solicitud al reconocer el derecho para atender necesidades de cuidado también respecto de los hijos e hijas mayores de doce años, el cónyuge o pareja de hecho, familiares por consanguinidad hasta el segundo grado de la persona trabajadora, así como de otras personas dependientes cuando, en este último caso, conviviesen en el mismo domicilio, y que por razones de edad, accidente o enfermedad no puedan valerse por sí mismos. Con el firme propósito de incrementar la corresponsabilidad, la petición de adaptación de jornada para otras personas que, en su caso, convivan en el domicilio, seguramente pensando en familiares por consanguinidad, deviene necesario acreditar un requisito adicional, cual es justificar las circunstancias que fundamentan la petición (v. gr. que no existan familiares por consanguinidad que puedan hacer uso de ese derecho). Solo cabe aplaudir la limitación a los familiares propios pues evita que sean las mujeres las que asuman de manera casi exclusiva estos cuidados, aunque se ha de advertir que, en este aspecto, la propuesta es menos incisiva que la prevista en el RD Ley 8/2020 que solo permitía la activación de los permisos del Plan MECUIDA para familiares directos.

Se ha de tener en cuenta que el ámbito subjetivo del art. 34.8 ET difiere del contemplado en el art. 37.6 y 46.3 ET, habida cuenta que se reconoce el derecho de reducción de jornada y de excedencia

21 Tascón López, R., “El derecho de desconexión del trabajador (potencialidades en el ordenamiento español) (I)”, *Trabajo y Derecho*, vol. 41, pág. 12.

22 Igartua Miró, M. T. *Ordenación flexible del tiempo de trabajo: jornada y horario*, Valencia, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, pág. 252.

para “el cuidado del cónyuge o pareja de hecho, o de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad y por afinidad, incluido el familiar consanguíneo de la pareja de hecho, que por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad no pueda valerse por sí mismo, y no desempeñe actividad retribuida”. Empero, en las peticiones de adaptación se exige la convivencia en el domicilio y una justificación adicional para quienes no sean familiares directos. Así las cosas, la necesidad de cuidado de los hijos menores de doce años se presume en base a su corta edad, pero, en el resto de los casos, la persona peticionaria deberá acreditar la necesidad de cuidado sin que la persona atendida tenga que presentar un grado mínimo de discapacidad, es decir, será la persona trabajadora quien deba probar la concurrencia de tales circunstancias²³ a través de cualquier medio válido en derecho sin que pueda exigirse una situación de extrema gravedad.

En una sociedad especialmente envejecida como la española, y sin una adecuada cobertura del sistema público, se hace imprescindible la atención directa de las personas trabajadoras que se encargan de la atención de sus mayores. Si en la década de los 30 y 40 precisan de medidas que les permitan la conciliación con el cuidado de sus hijos/as, en los 50 y 60 será la atención de sus progenitores la que precisará de instrumentos de adaptación en la materia.

En suma, el legislador español transpone el art. 9 de la Directiva dando una nueva redacción al art. 34.8 ET con dos novedades importantes: de un lado, amplía el alcance subjetivo del derecho pues se sigue manteniendo la referencia a los hijos menores de doce años, pero también se podrá solicitar fórmulas de trabajo flexible quienes tengan necesidades de cuidado respecto de los hijos e hijas mayores de doce años, el cónyuge o pareja de hecho, familiares por consanguinidad hasta el segundo grado de la persona trabajadora, así como de otras personas dependientes cuando, en este último caso, convivan en el mismo domicilio, y que por razones de edad, accidente o enfermedad no puedan valerse por sí mismos, debiendo justificar las circunstancias en las que fundamenta su petición.

De otro lado, el legislador hace nuevamente una llamada a la negociación colectiva para que regule los términos de ejercicio del derecho, los cuales se acomodarán a criterios y sistemas que garanticen la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre personas trabajadoras de uno y otro sexo. Ahora bien, ante el silencio negocial, la empresa abrirá un proceso de negociación que tendrá que desarrollarse con la máxima celeridad y, en todo caso, durante un periodo máximo de quince días, presumiéndose su concesión si no concurre oposición motivada expresa en este plazo.

Esta regulación es la concreción en el ordenamiento nacional de lo previsto en el art. 9 de la Directiva, en él que se establece que “los empleadores estudiarán y atenderán las solicitudes de acogerse a fórmulas de trabajo flexible en un plazo razonable de tiempo, teniendo en cuenta tanto sus propias necesidades como las de los trabajadores”. Este periodo razonable se concreta en nuestra legislación en un plazo de quince días, periodo en el que la empresa, ante la solicitud de la persona trabajadora, estudiará la petición. Finalizado este, la empresa, por escrito, comunicará la aceptación

23 STSJ La Rioja 2.6.2005 (Rº 119/2005). El hecho de tener una edad avanzada no presupone por sí mismo la necesidad de cuidado que habilite el derecho a la reducción, sino que esta circunstancia ha de ser probada.

de la petición, contemplándose como novedad que si no concurre oposición motivada expresa en este plazo se presumirá su concesión.

Puede, no obstante, que la empresa plantee una propuesta alternativa que posibilite las necesidades de conciliación de la persona trabajadora o bien que manifieste la negativa a su ejercicio. Cuando se utilice esta posibilidad, esto es, si la empresa plantea una propuesta alternativa o se deniega la petición, se motivarán las razones objetivas en las que se sustenta la decisión.

En todo caso, en la interpretación de este derecho deben evitarse soluciones ajenas a la finalidad de la norma y, en este sentido, la negociación colectiva asume un elemento central en su desarrollo. La organización del tiempo de trabajo es un tema delicado y al tiempo conflictivo en el que confluyen intereses del trabajador derivados de sus necesidades de conciliación e intereses empresariales derivados fundamentalmente de sus necesidades organizativas y productivas²⁴. En la medida que ambas partes demandan flexibilidad, el choque es inevitable, con una casuística tan amplia que resulta imposible que la misma pueda ser abarcada por vía legislativa; es más, aunque la ley contuviese múltiples disposiciones regulando el régimen de ejercicio tanto de los derechos de conciliación como del poder de dirección y organización del empresario, la solución más eficaz va a pasar siempre por la vía del consenso, tanto a través de pactos colectivos como de acuerdos individuales.

Respecto al contenido del derecho de adaptación, tres son los tipos de medidas que se pueden solicitar: las de duración y distribución de la jornada (por ejemplo, inicio y final flexible de jornada, o parcialidad de la jornada distribuida a lo largo de la semana, del mes o del año sin alterar el número de horas contratadas pues, en tal caso, tendría que articularse como una reducción de jornada con los límites contenidos en el vigente art. 37.6 ET), las de ordenación del tiempo de trabajo (por ejemplo, jornada flexible, jornada continua o jornada partida) y las relativas a la forma de prestación, donde se hace una mención especial al trabajo a distancia.

La petición de trabajo flexible se configura como un derecho individual de cada uno de los progenitores o cuidadores y, aunque la Ley Orgánica de Igualdad ya señalaba a este respecto que los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral se reconocerán a los trabajadores y las trabajadoras en forma que fomenten la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares, evitando toda discriminación basada en su ejercicio (art. 44.1), cabe plantearse si cuando la decisión sea solicitada por una persona casada o formalmente constituida como pareja de hecho, la petición se deberá hacer acreditando que, por las condiciones de tiempo de trabajo del otro miembro de la pareja, la adaptación que se solicita es ajustada al tiempo en el que no hay cobertura del otro miembro para el cuidado.

24 Cristóbal Roncero. R., "Reducción y adaptación de jornada por razones de conciliación de la vida personal, familiar y laboral", *Revista Ministerio Empleo y Seguridad Social*, vol. 133, 2017, pág. 131.

Aunque podría defenderse esta exigencia a la luz de la finalidad perseguida por el RD Ley 6/2019, que no es otra que la de incrementar el nivel de corresponsabilidad de mujeres y hombres²⁵, la misma podría colisionar con la revelación de datos muy íntimos de la esfera personal al afectar a decisiones intrafamiliares que no son fácilmente verificables, de ahí que hayamos defendido que el juez (y, con más razón, la empresa) no puede solicitar más información de la vida personal y familiar de quien desea conciliar que la indispensable para alcanzar los fines constitucionalmente protegidos.

El titular del derecho de adaptación no está obligado a demostrar la imposibilidad de que concilie su cónyuge (u otro familiar) porque el derecho de adaptación se configura en el art. 34.8 ET como un derecho de titularidad individual cuyo ejercicio no se condiciona a la existencia de una suerte de “necesidad insuperable de conciliar” derivada de la imposibilidad de atender la conciliación a través de otras medidas y/o con ayuda de otras personas. El derecho de adaptación depende, únicamente, de la existencia de los presupuestos objetivos que dan derecho a conciliar: tener hijos o familiares a los que cuidar y verse imposibilitado para hacerlo manteniendo el régimen de prestación de trabajo²⁶.

Para la resolución de la controversia, la base para la decisión (judicial o empresarial) debiera ser siempre una ponderación de intereses: entre el interés legítimo del trabajador en cambiar su turno, cambiar su horario, teletrabajar, etc. y el interés igualmente legítimo de la empresa de mantener una organización productiva competitiva y eficiente.

Esta ponderación de intereses solo puede realizarse correctamente si el trabajador aporta las razones por las que solicita la adaptación: son estas razones, que pueden pesar más o menos, las que deben confrontarse con las necesidades organizativas o productivas de la empresa. Y entre las razones y las necesidades la ligazón es la proporcionalidad: lo que se pide por el trabajador y las razones por las que se pide deben guardar proporcionalidad con lo que es posible en la empresa, “atendiendo a todas las circunstancias en juego”²⁷.

Ahora bien, como certeramente ha recordado la mejor doctrina, “esta eclosión lleva aparejada, inevitablemente, una mayor litigiosidad, en la que, en muchos casos, lo que se plantean son conflictos de intereses y no jurídicos, para los que serían deseables procedimientos arbitrales internos a la empresa, con participación de los representantes de los trabajadores, alternativos a la intervención judicial”²⁸, tesis que habíamos sostenido con anterioridad tras analizar la prolija doctrina judicial respecto a las peticiones de adaptación de la jornada por necesidades conciliatorias²⁹.

25 Goerlich Peset, J. M. “La adaptación de la ejecución del contrato por razones de conciliación de la vida familiar tras el RDL 6/2019”. <https://elderecho.com/la-adaptacion-de-la-ejecucion-del-contrato-por-razones-de-conciliacion-de-la-vida-familiar-tras-el-rdl-6-2019>

26 Viqueira Pérez, C. “Límites a la adaptación de jornada”. Revista de Jurisprudencia Laboral, BOE, vol. 4, 2021.

27 Véanse las atinadas reflexiones del profesor Gómez Abelleira: <https://forodelabos.blogspot.com/2019/04/el-nuevo-derecho-solicitar-adaptaciones.html>

28 Durán López, F. “¿Y quién paga todo esto?”, <https://cincodias.elpais.com/opinion/2023-04-13/y-quien-paga-todo-esto.html> y Del Rey Guanter, S. La reciente intensificación de la “paralaboralidad” normativa: algunas causas y consecuencias, <https://www.aedtss.com/la-reciente-intensificacion-de-la-paralaboralidad-normativa-algunas-causas-y-consecuencias/>

29 Nieto Rojas, P. “La adaptación de jornada por necesidades de conciliación de la vida familiar en el RD Ley 6/2019”, en Mercader Uguina, J. R., De la Puebla Pinilla, A. (Dir.), *Tiempo de reformas: en busca de la competitividad empresarial y de la cohesión social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pág. 266.

Otra novedad de la nueva redacción del art. 34.8 ET es la mayor consistencia con la que se regula la posible reversibilidad a la situación anterior al reconocer el derecho de la persona trabajadora a regresar a la situación anterior una vez concluido el período acordado o cuando decaigan las causas que motivaron la solicitud. Ahora bien, también podrá solicitar volver a la situación previa, aunque se mantengan las causas que motivaron la petición —v. gr. cuidado de un hijo menor de edad—, siempre que concurra un cambio de circunstancias que así lo justifique —v. gr. modificación del régimen de custodia—. En tal caso, la empresa podrá denegar el regreso solicitado solo cuando existan razones objetivas motivadas para ello, debiendo informar al trabajador de las causas que motivan la decisión.

2.2. La apuesta por la corresponsabilidad en la nueva configuración de los permisos parentales

Conceptualmente, la Directiva 2019/1158 delimita con algo más de nitidez el permiso parental que se reconoce para el cuidado del hijo o hija y puede proyectarse durante los primeros años de crianza, concretamente hasta que los menores cumplan ocho años, frente a la licencia por maternidad o por paternidad, que es un permiso que se concede vinculado al momento concreto de nacimiento del hijo o hija y que cuenta con una particular protección en los términos referidos en el primer epígrafe de este trabajo. Sigue sin estar clara, pese a todo, la distinción entre ambos derechos porque tampoco se establece un período mínimo a partir del nacimiento para disfrutar el permiso parental, sino que solo se contempla un límite para su petición, vinculado a la edad del menor³⁰.

De otra parte, y conociendo que la mayoría de los padres no aprovechan su derecho al permiso parental y transfieren una proporción considerable de este a las madres³¹, el legislador comunitario amplía de uno a dos meses el período mínimo que no puede ser transferido al tiempo que mantiene el derecho contemplado en la Directiva 2010/18/UE de que cada uno de los progenitores disfrute de un mínimo de cuatro meses de permiso parental si bien solo se garantiza la retribución en el periodo intransferible.

2.2.1. El permiso parental

Que la Directiva configure parte de este permiso en una lógica de intransferibilidad no solo garantiza que cada progenitor disponga al menos de dos meses de permiso parental retribuido, con carácter exclusivo, sino que animará a los padres a hacer uso de su derecho. En este ánimo promocional, los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que cada trabajador tenga un derecho individual a disfrutar de un permiso parental de cuatro meses que debe disfrutarse antes de que el hijo alcance una determinada edad, como máximo ocho años, que se especificará por cada

³⁰ López Álvarez, M. J. "La adaptación de la directiva de conciliación de la vida familiar y profesional al ordenamiento español", *Femeris*, vol. 7. Núm. 2, 2021, pág. 73.

³¹ Considerando 20 Directiva 2019/1158

estado miembro o por los convenios colectivos. Igualmente, los Estados miembros o los interlocutores sociales determinarán dicha edad de modo que se garantice que cada progenitor pueda ejercer efectivamente su derecho a un permiso parental de manera efectiva y en condiciones equitativas”.

La transposición efectuada por el legislador español a través del 127.7 RD Ley 5/2023 se produjo mediante la adición de un nuevo apartado al art. 48 del texto estatutario en los siguientes términos:

«Artículo 48 bis. Permiso parental.

1. Las personas trabajadoras tendrán derecho a un permiso parental, para el cuidado de hijo, hija o menor acogido por tiempo superior a un año, hasta el momento en que el menor cumpla ocho años. Este permiso, de duración no superior a ocho semanas, continuas o discontinuas, podrá disfrutarse a tiempo completo, o en régimen de jornada a tiempo parcial conforme a lo establecido reglamentariamente.

2. Este permiso constituye un derecho individual de las personas trabajadoras, hombres o mujeres, sin que pueda transferirse su ejercicio. Corresponderá a la persona trabajadora especificar la fecha de inicio y fin del disfrute o, en su caso, de los períodos de disfrute, debiendo comunicarlo a la empresa con una antelación de diez días o la concretada por los convenios colectivos, salvo fuerza mayor, teniendo en cuenta la situación de aquella y las necesidades organizativas de la empresa. En caso de que dos o más personas trabajadoras generasen este derecho por el mismo sujeto causante o en otros supuestos definidos por los convenios colectivos en los que el disfrute del permiso parental en el período solicitado altere seriamente el correcto funcionamiento de la empresa, ésta podrá aplazar la concesión del permiso por un período razonable, justificándolo por escrito y después de haber ofrecido una alternativa de disfrute más flexible».

Como se puede observar, la transposición española no condiciona el derecho a la acreditación de ninguna antigüedad en la empresa, aunque conviene recordar que el art. 8.4 de la Directiva sí que permite supeditar el derecho a un período de trabajo o a una antigüedad que no podrá exceder de un año. Lo que sí que prevé transposición efectuada por el legislador español, al igual que contempla la propia Directiva en el art. 5.6, es la posible modificación de las fechas de disfrute de este permiso si dos o más personas trabajadoras en la misma empresa solicitan simultáneamente ejercer este derecho por el mismo sujeto causante. Ahora bien, de producirse esta circunstancia, la empresa no solo habrá de justificar la razón que motiva esta negativa, sino que tendrá que garantizar el ofrecimiento de una fecha alternativa si bien compartimos que la regulación propuesta es ciertamente criticable, toda vez que deja “traslucir una preferencia por la posición empresarial, admitiendo la posibilidad del aplazamiento de un derecho para hacer frente a necesidades que, en la mayoría de los casos, son inaplazables”³².

32 Reche Tello, N., “La nueva Directiva de conciliación de los progenitores y cuidadores: ¿otra oportunidad perdida?”, *Revista de Derecho Social* núm. 89, 2020, pág. 82; Gorelli Hernández, J., “Un análisis normativo de la evolución de las políticas de conciliación en la Unión Europea. De la maternidad a la corresponsabilidad”, *Femeris*, vol. 7, 2022, pág. 30.

Respecto a la forma de ejercicio, el legislador comunitario contempla que este permiso puede disfrutarse de forma flexible en las modalidades que se establezcan internamente, por ejemplo, un cierto número de semanas consecutivas de trabajo separadas por períodos de permiso (v. gr. cuatro semanas en periodo no lectivo en dos años consecutivos). Como se observa, la intención que se demuestra es clara: es este un derecho de disfrute directo, que no se hace depender (obsérvese que se utiliza el verbo “comunicar” y no “solicitar”) de una previa negociación con la empresa, como ocurre en el supuesto de la adaptación de jornada. O, dicho de otra forma, el empresario no podrá aceptar o rechazar la petición de la persona trabajadora. Únicamente, le quedará aceptarla, siempre, eso sí, que se hubiese avisado con la antelación debida³³, con la única salvedad de que ambos progenitores presten servicios en la misma empresa en los términos ya analizados.

Con todo, el punto más conflictivo de la transposición de la Directiva está siendo el carácter retribuido³⁴ del permiso parental y, en su caso, la intensidad de la remuneración. Ciertamente, el apartado primero del art. 8 de la directiva expresamente contempla su carácter retribuido si bien deja un cierto margen de concreción por parte de los Estados miembros ya que estos “garantizarán que los trabajadores que ejerzan su derecho a disfrutar de uno de los permisos contemplados en el artículo 4, apartado 1 o en el artículo 5, apartado 2, reciban una remuneración o una prestación económica” y, como es de sobra conocido, en nuestro ordenamiento las suspensiones por nacimiento activan una prestación económica de Seguridad Social que alcanza el 100 % de la base reguladora. El permiso parental reconocido en el art. 48 bis ET se incardina, por el contrario, como un periodo suspensivo con reserva de puesto no retribuido, incorporando una nueva letra al art. 45 ET para considerar causa autónoma de suspensión del contrato.

Conviene recordar que es el apartado tercero del art. 5 de la Directiva el que insta a los Estados Miembros a garantizar la remuneración del permiso parental a los periodos de intransferibilidad. Que descansa en manos de los Estados Miembros o de los interlocutores sociales la intensidad de la remuneración ha sido objeto de fundadas críticas, significadamente porque es perfectamente posible que se adopten regulaciones que, por su escasa cuantía, no fomenten el disfrute de tales permisos³⁵ o, como ha decidido el legislador español, sin ningún tipo de compensación económica lo que perpetuará los sesgos de clase y género que se advierte en el uso de excedencias y reducciones de jornada.

A diferencia de lo que se establece para el permiso por paternidad (que recuérdese habrá de contar con una remuneración equivalente, al menos, a la que percibiría el trabajador en caso de baja por enfermedad), la Directiva no hace ninguna referencia a la intensidad de la remuneración. Y aunque ciertamente sí que apostilla que esa compensación económica habrá de articularse “de manera que

33 Blasco Jover, C., “Cuando se cierra una puerta se abre una ventana: el RD L 5/2023 salva in extremis la esencia de la ley de familia”, *Revista Lex Social*, vol. 2, 2023, pág. 34.

34 Véanse las críticas planteadas en trámite de alegaciones por UGT, CCOO y la plataforma de permisos iguales e intransferibles, así como el propio CES en el dictamen que emitió al anteproyecto de ley de familias accesible en: <https://www.ces.es/documents/10180/5301494/Dic062023.pdf>

35 Rodríguez Escanciano, S. “Tiempo de trabajo y conciliación: premisas para un reparto equilibrado bajo el principio de corresponsabilidad”, *Trabajo y Derecho* núm. 13, 2021, pág. 7.

se facilite el que ambos progenitores puedan disfrutar del permiso parental”, lo que, en principio, supone tener que tomar en cuenta el nivel de ingresos ordinario de los titulares del derecho y prever una cobertura razonable para posibilitar el disfrute, a partir de este mínimo, puede plantearse un criterio de adecuación, que oriente la actuación de los legisladores internos, habida cuenta que, si no se opta por una protección económica razonable, su eficacia será bastante residual en la práctica³⁶. Diversos estudios recuerdan que los hombres no suelen usar licencias laborales que no se remunere, al menos, al 80 % de sus ingresos³⁷.

La DF 8ª RD Ley 5/2023 señala expresamente que la transposición de la Directiva es parcial, habida cuenta que no abarca la retribución del permiso parental. Comoquiera que el plazo límite general para la transposición de la Directiva era el 2 de agosto de 2022, pero para la retribución de las dos últimas semanas del permiso parental se fija en la propia norma comunitaria un plazo de transposición más amplio, concretamente hasta el 2 agosto de 2024, cabe pensar que el legislador ha decidido acogerse a este plazo ampliado y diferir en el tiempo la regulación de una cuestión que se antoja problemática, por el coste que conlleva³⁸.

La ubicación del permiso parental en el art. 48 bis ET sugiere una fórmula suspensiva, en la que la compensación económica debiera articularse a través de una prestación de la Seguridad Social. Es igualmente factible que el futuro desarrollo reglamentario configure este permiso como un permiso retribuido, tal y como ocurre, por ejemplo, con el permiso para el cuidado del lactante del art. 37.4 ET. Y, en este sentido, la Directiva no impone una retribución mínima, por lo que podrían buscarse alternativas que sólo ofrezcan al trabajador una cobertura parcial durante el disfrute del permiso con el riesgo cierto de que este tipo de fórmulas desincentiven que los hombres utilicen este permiso, además de tener como efecto diferido que solo se use en familias de dobles ingresos que puedan asumir el coste derivado de la pérdida de ingresos durante este periodo.

Hasta que se desarrolle la regulación reglamentaria del permiso parental, y comoquiera que no se ha modificado el art. 144.4 LGSS, que establece que “la obligación de cotizar continuará en la situación de incapacidad temporal, cualquiera que sea su causa, incluidas las situaciones especiales de incapacidad temporal por menstruación incapacitante secundaria, interrupción del embarazo, sea voluntaria o no, y gestación desde el día primero de la semana trigésima novena; en la de nacimiento y cuidado de menor; en la de riesgo durante el embarazo y en la de riesgo durante la lactancia natural”, durante este periodo, no existirá obligación de cotizar. Esta regulación difiere de la prevista para los empleados públicos ya que el permiso parental se incorpora en el listado de permisos del art. 49 EBEP lo que garantiza su carácter retribuido.

36 Cabeza Pereiro, J. “La Directiva 2019/1158 y su transposición al Derecho interno”, en Rodríguez Rodríguez, E., Martínez Yañez, N., Conciliación y corresponsabilidad de las personas trabajadoras: presente y futuro. Barcelona: Bosch, 2021, pág. 86.

37 Jurado Guerrero, T., “El permiso por nacimiento y cuidado de menor: la transposición de la Directiva europea de conciliación de 2019”. *IgualdadES*, 7, 2022, pág. 576.

38 López Álvarez, M. J. “Por qué el nuevo permiso parental no cumple con los plazos de transposición de la Directiva (UE) 2019/1158”, Brief AEDTSS, 2023, accesible en: <https://www.aedtss.com/por-que-el-nuevo-permiso-parental-no-cumple-con-los-plazos-de-transposicion-de-la-directiva-ue-2019-1158/>

Finalmente, conviene señalar que aunque ciertamente la Directiva contempla una cláusula parecida en el art. 20.6 que permite a los Estados miembros “tener en cuenta cualquier período de ausencia del 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 Directiva”, y que su aplicación permite salvar la duración más amplia del permiso parental de la directiva (cuatro meses) frente a las ocho semanas que recoge el art. 48 bis ET, “considerando que ya se ofrecen en nuestro sistema otros derechos para el cuidado de hijos, como la reducción de jornada o la excedencia. Lo mismo ocurre con la exigencia de retribución de parte del permiso parental, para el caso de los padres y progenitores distintos de la madre biológica. En la medida en que el permiso por nacimiento de hijo tiene en nuestro ordenamiento una duración de dieciséis semanas frente a los diez días que establece la Directiva para el permiso de paternidad, podría utilizarse esa “mejora” para cubrir la exigencia del permiso parental retribuido”³⁹, tenemos que advertir de la inadecuación existente entre la protección prevista para las madres biológicas entre la Directiva y el art. 48 bis ET⁴⁰, pues aun teniendo en cuenta las dos semanas de suspensión adicionales al permiso de maternidad previsto en la Directiva 92/85/CEE —16 semanas en vez de 14— y la posible acumulación en días completos del permiso por cuidado de lactante, que tiene igualmente carácter retribuido, en ningún caso, se alcanzan los dos meses mínimos exigidos por el art. 8.3 de la Directiva.

El legislador nacional tendrá entonces que adecuar la normativa española antes de agosto de 2024 y, a nuestro juicio, lo más conveniente sería a través de una prestación de Seguridad Social, habiéndose sugerido que la misma podría ser coincidente en su umbral de protección, incluso en la carencia, con el subsidio por incapacidad temporal⁴¹. También es necesario el desarrollo reglamentario que articule cómo se podrá utilizar este permiso parental y si el mismo puede ser fraccionado en qué términos y las exigencias procedimentales para su solicitud.

2.2.2. Permiso ante necesidades sobrevenidas de conciliación. La transposición de la fuerza mayor familiar y el permiso para cuidadores

El art. 6 de la Directiva introduce un permiso para cuidadores consistente en el derecho a ausentar durante cinco días laborables al año para atender un problema médico en los términos contenidos en el art. 3 de la Directiva, esto es, para atender a quien “necesite asistencia o cuidados importantes

39 López Álvarez, M. J. “Por qué el nuevo permiso parental no cumple con los plazos de transposición de la Directiva (UE) 2019/1158, cit.

40 Cabeza Pereiro, J. “La Directiva 2019/1158 y su transposición al Derecho interno”, en Rodríguez Rodríguez, E., Martínez Yañez, N., Conciliación y corresponsabilidad de las personas trabajadoras: presente y futuro. Barcelona Roncero: Bosch, 2021, pág. 79.

41 Cabeza Pereiro, J. “La Directiva 2019/1158 y su transposición al Derecho interno”, op. Cit, pág. 88.

por un motivo médico grave, conforme a lo definido por cada Estado miembro. La definición comunitaria de cuidador se construye no sólo sobre los vínculos de parentesco, sino también sobre los de convivencia en el mismo hogar, y es un acierto que así se haga, pues con esta decisión se pretende “dar respuesta a determinadas situaciones en una sociedad donde los modelos clásicos de familia se difuminan y las relaciones de cuidado se organizan sobre la base de estructuras informales y privadas que, no por ello, tienen por qué resultar insatisfactorias”⁴².

Seguidamente, el art. 7 de la Directiva contempla una ausencia del trabajo por causa de fuerza mayor por motivos familiares urgentes en caso de enfermedad o accidente que hagan indispensable la presencia inmediata del trabajador. En el propio texto de la Directiva se recuerda la importancia de tener en cuenta las necesidades especiales, y seguramente sobrevenidas, de quienes tienen hijos o personas dependientes a su cargo, para lo cual insta a los Estados miembros y a los interlocutores sociales a adoptar “las medidas necesarias para autorizar a los trabajadores a ausentarse del trabajo, conforme a la legislación, los convenios colectivos o los usos nacionales, por motivos de fuerza mayor vinculados a asuntos familiares urgentes en caso de enfermedad o accidente que hagan indispensable la presencia inmediata del trabajador”. Tal y como está configurado en el texto de la Directiva, estamos ante el derecho que tiene el trabajador a ausentarse del trabajo para los casos de enfermedad o accidente de familiares que hagan indispensable su presencia (cláusula 3, apartado 1). Será potestad de los Estados miembros concretar los motivos que dan derecho al permiso, así como los detalles adicionales relativos al ámbito de aplicación, a sus condiciones de ejercicio o a la exigencia de una adecuada justificación.

Se trata, por tanto, del reconocimiento de nuevas medidas de ausencia, que no permiten una mejor distribución del tiempo de trabajo, sino que se limitan a garantizar que el trabajador podrá desentenderse, por el tiempo imprescindible, de sus responsabilidades laborales para centrarse exclusivamente en las familiares⁴³. La Directiva no obliga sino simplemente anima a los Estados miembros a que establezcan una remuneración o prestación económica para este permiso a fin de que los cuidadores, en particular los hombres, realmente ejerzan este derecho. Esta garantía de ingresos se ha contemplado en la transposición efectuada por el legislador español que se materializa en las siguientes modificaciones:

En primer lugar, se aprueba una nueva relación de permisos retribuidos, modificando para ello el apartado b) del art. 37 ET para reconocer el derecho a un permiso de una duración 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 consanguineidad o afinidad, 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”.

⁴² López Álvarez, M. J. La adaptación de la directiva de conciliación de la vida familiar y profesional al ordenamiento español, *Femeris*, cit, pág. 70.

⁴³ 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. Albacete, Bomarzo, 2023, pág. 25.

Se mejora en este punto la regulación comunitaria que establece un límite de cinco días anuales, habida cuenta que, en la transposición efectuada por el legislador español se reconoce el derecho de cinco días siempre que se produzca una causa que pueda motivar el permiso.

Seguidamente, se adiciona un apartado b) bis al art. 37 ET para reconocer el derecho a un permiso de dos días por el fallecimiento del cónyuge o pareja de hecho, o parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad. Cuando por tal motivo la persona trabajadora necesite hacer un desplazamiento al efecto, el plazo se ampliará en dos días.

También se modifica la letra a) del art. 37.3 ET para extender el tradicional permiso retribuido de quince días naturales por matrimonio al supuesto de registro de pareja de hecho, equiparando ambas situaciones. La norma no aclara, sin embargo, si ha lugar a solicitar el mencionado permiso de manera consecutiva, en caso de que al registro de la pareja de hecho le siga posteriormente el matrimonio entre las mismas personas⁴⁴, debiendo entender que no.

En segundo lugar, se adiciona un apartado noveno al art. 37 ET, reconociendo a la persona trabajadora el “derecho a ausentarse del trabajo por causa de fuerza mayor cuando sea necesario por motivos familiares urgentes e imprevisibles, en caso de enfermedad o accidente que hagan indispensable su presencia inmediata. Las personas trabajadoras tendrán derecho a que sean retribuidas las horas de ausencia por las causas previstas en el presente apartado equivalentes a cuatro días al año, conforme a lo establecido en convenio colectivo o, en su defecto, en acuerdo entre la empresa y la representación legal de las personas trabajadoras aportando estas, en su caso, acreditación del motivo de ausencia”.

Dos son los caracteres que deben destacarse de la transposición efectuada por el legislador español respecto a la fuerza mayor familiar:

En primer lugar, la garantía la retribución del permiso desde su inicio lo que, sin duda, facilitará el uso indistinto del permiso por hombres o mujeres, habida cuenta que en el caso de que no fueran retribuidas estas horas, existiría una alta probabilidad de que fueran mayoritariamente las mujeres las que utilizarían este derecho, como, de facto, ha ocurrido con las reducciones de jornada y excedencias. Ahora bien, aun aplaudiendo este carácter retribuido, se debería haber analizado también la repercusión que puede acarrear la gestión de este tipo de ausencias en determinadas empresas que dispongan de recursos económicos, técnicos y humanos limitados, como suele ser el caso de las pequeñas y medianas empresas y las microempresas. A este respecto, cabe recordar la conveniencia de valorar la aplicación de incentivos, orientación u apoyo en estos supuestos, en el sentido de la invitación que realiza la Directiva 2019/1158 a los Estados (C 48), garantizando la igualdad de trato para todas las personas trabajadoras independientemente del tamaño de la empresa⁴⁵.

44 Thibault Aranda, X. Nuevo régimen de permisos y fórmulas de trabajo flexibles por conciliación familiar y laboral derivadas del Real Decreto-ley 5/2023, pág. 2. Accesible en: <https://www.abdonpedrajas.com/pics/eventos/novedades-en-materia-de-conciliacion-laboral-y-familiar-rd-5-2023-1.pdf>

45 Dictamen CES 6/2023, sobre Anteproyecto de ley de familias, accesible en: <https://www.ces.es/documents/10180/5301494/Dic062023.pdf>

En segundo lugar, conviene valorar positivamente el disfrute fraccionado en el caso de la fuerza mayor familiar al expresamente referir la unidad de cómputo en horas de trabajo lo que permitirá dar una mayor cobertura a necesidades sobrevenidas de conciliación. Parece de la redacción estatutaria que siempre que se produzca una fuerza mayor familiar, el trabajador podrá ausentarse del trabajo si bien solo serán retribuidas las horas equivalentes a cuatro días al año⁴⁶.

Nuevamente el legislador hace una llamada a la negociación colectiva para la concreción de los términos y procedimientos de utilización de este permiso, y aunque podría plantearse si se hace pender el ejercicio del derecho a la existencia de un acuerdo, la interpretación más razonable debe ser sostener que el derecho es directamente ejercitable y que la negociación colectiva podrá determinar y concretar cómo ejercer dicho permiso, por ejemplo, determinando los medios de justificación o contemplando disfrutar dicho permiso de manera flexible (v. gr. en días sueltos)⁴⁷.

En tercer lugar, se ha de advertir que tanto en el permiso para cuidadores como en el de ausencia por fuerza mayor se prevé la posibilidad de que el sujeto causante sea un conviviente, mejorando así la regulación comunitaria que solo contempla el permiso por fuerza mayor para la atención urgente de familiares. Y aunque ciertamente ninguno de los permisos extraordinarios está previsto "para atender a los cuidados continuados que exigen las enfermedades crónicas o las situaciones de dependencia que requieran la atención permanente de la persona trabajadora"⁴⁸, su aprobación sí que permite atender necesidades sobrevenidas de conciliación que, hasta el momento, no tenía cobertura en nuestro periclitado sistema de permisos.

A pesar de la dificultad que contemplará la acreditación de esta "fuerza mayor", solo cabe aplaudir su inclusión, habida cuenta que no existía en nuestro ordenamiento ningún permiso que permitiera la ausencia siempre que hubiera alguna circunstancia requiriera la presencia inmediata del trabajador, sino que el art. 37.3 b) ET exige la gravedad en los términos ya analizados. Quizá la utilización de la expresión "fuerza mayor" contenida en el art. 37.9, y también en el art. 7 Directiva 2019/1158, no es la más acertada porque no parece que se pueda exigir la situación regulada en el artículo 1105 del Código Civil. Con todo, no se compadece bien la diferencia entre este permiso y el regulado en el art. 37 b) ET, salvedad de entender que el permiso por necesidades familiares urgentes o "fuerza mayor" se utilizará para atender el cuidado de menores o mayores dependientes de manera puntual, aunque la causa que motiva este cuidado no revista la gravedad exigida en el permiso del art. 37 b) ET. En todo caso, sería conveniente que la negociación colectiva fuera diferenciado ambos permisos y las causas que los habilitan.

46 Respecto a la intensidad de la remuneración, alcanzará el 100 % del salario sin que quepa la detracción de ningún complemento, haciendo una interpretación analógica a la doctrina sentada en la STS 3-12-2019 (R° 141/2018).

47 Gordo González, L. "Novedades laborales del RD Ley 5/2023" en <https://www.elforodelabos.es/2023/06/novedades-laborales-del-rdl-5-2023-de-28-de-junio-publicado-en-el-boe-el-29-de-junio/>

48 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", cit. pág. 117.

3. LA ESPECIAL PROTECCIÓN DE DETERMINADAS UNIDADES FAMILIARES. UNA BREVE MENCIÓN A LAS FAMILIAS MONOPARENTALES

El considerando 37 de la Directiva 2019/1158 anima a los Estados miembros a tomar en consideración las particularidades de determinados colectivos especialmente vulnerables, citando de forma expresa a las familias monoparentales. En el estado español, el 81,1 % de los casi 2 millones de hogares monoparentales registrados está encabezado por una mujer (Encuesta Continua de Hogares de 2020) y la tasa de riesgo de pobreza es del 46,8 %, frente al 25,3 %⁴⁹ al tiempo que cabe advertir de la mayor dificultad en el cuidado del menor tanto en términos de recursos económicos como en las posibilidades reales de ejercer los derechos de conciliación.

Ahora bien, el alcance de la protección dispensada a las familias monoparentales compete al legislador nacional y, como veremos, la respuesta incorporada en el RD Ley 5/2023 es claramente insuficiente. La única previsión contemplada es la modificación del apartado sexto del art. 48 ET para permitir la acumulación del permiso de nacimiento en supuestos de discapacidad o partos múltiples. En este caso, y de manera totalmente excepcional, establece que el supuesto de las familias con un solo progenitor se podrá proceder a la acumulación de las ampliaciones legamente establecidas y, en ningún caso, de la totalidad del permiso.

Esta regulación se alinea con la tesis mantenida por la STS de fecha de 2.3.2023, dictada en unificación de doctrina⁵⁰, que no admitió la acumulación de la prestación de cuidado y nacimiento de las familias monoparentales en un único progenitor al entender que dicha decisión "implicaría varias consecuencias que interferirían sensiblemente en el orden normativo expuesto ya que, en primer lugar, supondría crear una prestación contributiva nueva en favor de los progenitores de familias monoparentales que, además, quedaría estrictamente limitada a la duplicación de la duración de la misma, sin modificar los condicionantes específicos en materia de período de cotización previa o del régimen jurídico de su propia concesión o subsistencia, alterando la configuración diseñada por el legislador. En segundo lugar, necesariamente, deberíamos modificar el régimen jurídico de la suspensión contractual por causa de nacimiento y cuidado de hijo que tan prolijamente establece el apartado 4 del artículo 48 ET, lo que, sin duda de clase alguna, afectaría al otro sujeto de la relación contractual que se vería obligado a soportar una duración mayor de la suspensión contractual prevista expresamente en la ley, lo que le afectaría en sus previsiones de sustitución o de reorganización

49 Federación de madres solteras. "Las Familias monoparentales en España: Una retrospectiva", Madrid: Instituto de las Mujeres, 2021, nota 61, accesible en: https://www.inmujeres.gob.es/areasTematicas/AreaEstudiosInvestigacion/docs/Estudios/Familias_monoparentales_en_Espana.pdf

50 R° 3972/2020.

de la empresa y que, a salvo de una intervención normativa ulterior, no le eximiría del cumplimiento de las obligaciones de cotización en materia de Seguridad Social". A juicio del TS, esta decisión solo le corresponde al legislador, sin que la misma pueda ser suplida a través de resoluciones judiciales que vayan más allá de sus propias funciones jurisdiccionales, entre las que no se encuentran, desde luego, la modificación del régimen prestacional de la Seguridad Social, ni la modificación de la organización de la suspensión del contrato de trabajo por causas previstas en la ley, a través de la aplicación de criterios interpretativos concretos previstos legalmente que no se circunscriben a la aplicación de la norma en supuestos fácticos que, razonablemente, no parecen claramente delimitados en el ámbito de afectación de la norma interpretada.

El referido pronunciamiento cuenta con un muy fundamentado voto particular⁵¹ que hace un excelente recorrido por otros pronunciamientos del TS que sí que han reconocido nuevas situaciones protegidas (v. gr. prestaciones de maternidad ante situaciones de gestación subrogada) al tiempo que defiende que la interpretación integradora de las normas aplicables se debería haber hecho en base al interés superior del niño ya que tanto la CE como las leyes orgánicas de protección de la infancia y otros instrumentos de derecho internacional, "establecen que el interés superior del niño debe tenerse en consideración primordial, llegando en varios casos a afirmarse expresamente que ese interés superior del menor y su necesaria consideración primordial, son un derecho y, en todo caso, el principio interpretativo que debe prevalecer". A pesar de la brillantez argumental del referido voto particular, el sistema de protección social es un derecho de estricta configuración legal, de manera que corresponde al legislador la tarea de delimitar la acción protectora del sistema, de decidir qué situaciones de necesidad se protegen, a través de qué mecanismos se articula la protección, su intensidad y las condiciones para el acceso a las prestaciones y para su pérdida.⁵²

Solo cabe lamentar que el legislador mantenga el más sigiloso (y llamativo) de los silencios⁵³ sobre estas unidades familiares sin haber arbitrado en el RD Ley 5/2023 mecanismos de protección sociolaboral equiparables para los distintos modelos de familia, atendiendo a la lógica entre igualdad y diferencia. Como ya habíamos señalado en algún trabajo anterior⁵⁴, el no reconocimiento de la acumulación consagra una concepción de la igualdad funcionalista, que obvia el que las distintas manifestaciones de esta se desarrollan dentro de los hábitat o estructuras sociales.

51 Voto particular formulado por el magistrado Ignacio García- Perrote Escartín, al cual se ha adherido también la magistrada Rosa María Virolés Piñol.

52 Utilizando este argumento, algunos pronunciamientos judiciales entendieron que de las referencias existentes en la normativa internacional sobre el interés superior del menor "no puede deducirse el derecho a que la prestación quede configurada de tal manera a partir de preceptos tan genéricos como los que obligan a adoptar todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas, puesto que si la concreción de dicho precepto se deja en manos de la mera interpretación judicial ello equivaldría a trasladar la potestad legislativa a los órganos judiciales, lo que excede con mucho el alcance interpretativo que puede darse a dicho tratado", STSJ Madrid 6.4.2022 (Rº 172/2022). Más recientemente la STSJ Islas Canarias 24.1.2023 (Rº 1910/2021) recordaba que "no corresponde a los jueces y tribunales, en su función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, configurar derechos de alcance prestacional al margen de los principios básicos del sistema y de su preceptiva configuración legal, suplantando de esta forma las funciones asignadas a otro poder del Estado

53 Bogoni, M., "Familias monomarentales y nueva Ley de Familias: el largo camino hacia el reconocimiento de sus derechos de conciliación", *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, vol. 155, 2023, pág. 90.

54 <https://www.elforodelabos.es/2021/05/familias-monoparentales-pueden-acumular-al-permiso-de-16-semanas-las-otras-16-a-proposito-de-la-sjs-numero-3-orense-24-de-marzo/>

4. OTRAS MEDIDAS LABORALES DE PROTECCIÓN. LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN POR EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE CONCILIACIÓN

Aunque es evidente que el ejercicio de los derechos de conciliación no puede analizarse prescindiendo de la perspectiva de género, pues son “todavía las mujeres trabajadoras las que mayoritariamente utilizan las posibilidades que las normas laborales ofrecen para conciliar la vida laboral con las responsabilidades familiares y las que soportan, por tanto, el impacto que ello genera en su trayectoria profesional y en sus condiciones laborales. Pero el ejercicio de estos derechos por los hombres también suscita la cuestión de su protección frente a tales consecuencias negativas. En este sentido, la finalidad de fomentar la corresponsabilidad que caracteriza a las medidas de conciliación incide en la valoración y calificación de las decisiones o prácticas empresariales que, de alguna manera, perjudican a los trabajadores varones que las ejercen. Si el objetivo es evitar que la conciliación suponga una consolidación del papel de la mujer como cuidadora y principal responsable de las necesidades familiares, es preciso ampliar la tutela para los trabajadores varones que solicitan o ejercen derechos de conciliación, porque cualquier obstáculo a tal ejercicio puede suponer un freno a la corresponsabilidad”⁵⁵.

Para garantizar el ejercicio igualitario de estos derechos, señalan los artículos 11 y 12 de la Directiva que los “Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para prohibir que los trabajadores reciban un trato menos favorable por haber solicitado o disfrutado uno de los permisos contemplados en los artículos 4, 5 y 6, o el tiempo de ausencia del trabajo previsto en el artículo 7, o por haber ejercido los derechos previstos en el artículo 9”. Seguidamente, el artículo 12 mandata a los Estados miembros a adoptar “las medidas necesarias para prohibir el despido y cualquier preparación para el despido de un trabajador por haber solicitado o disfrutado uno de los permisos”. Certeramente⁵⁶ se ha criticado la intensidad de la protección por despido que establece en el art. 12 Directiva, pues difiere de la regulada en la Directiva sobre protección de la maternidad. La cuestión es relevante pues en esta última se establece una protección “durante” los períodos de disfrute mientras que en la regulación de la Directiva 2019/1158, la protección es frente al despido “por haber solicitado o disfrutado uno de los permisos”, es decir, en la primera se incorpora una tutela objetiva frente a una tutela causal.

En nuestro ordenamiento, el art. 55.5 b) ET establece una garantía objetiva y automática a favor de la mujer embarazada, por lo que su despido nunca puede ser calificado de improcedente, sino

55 De la Puebla Pinilla, A. “Últimos pronunciamientos judiciales sobre conciliación y corresponsabilidad”, *Femeris*, vol. 2, 2021, pág. 216.

56 Gorelli Hernández, J., “Un análisis normativo de la evolución de las políticas de conciliación en la Unión Europea. De la maternidad a la corresponsabilidad”, *Femeris*, cit, pág. 32; Rodríguez Escanciano, S. “Tiempo de trabajo y conciliación: premisas para un reparto equilibrado bajo el principio de corresponsabilidad”, *Trabajo y Derecho* cit, pág. 11.

que dará lugar a la declaración de procedencia o de nulidad, sin necesidad, en este caso, de que medie móvil discriminatorio o de que el empleador conozca el estado de gestación⁵⁷. Esta protección se extiende a la práctica totalidad de derechos de conciliación en la transposición efectuada en el RD Ley 5/2023, que asume así la tesis más garantista. Para ello, incorpora una nueva redacción del art. 53.4 ET que regula el despido objetivo y del despido disciplinario del art. 55.5 ET en el sentido de calificar como nulo el despido en los siguientes supuestos:

El de las personas trabajadoras durante los periodos de suspensión del contrato de trabajo por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural a que se refiere el artículo 45.1.d) y e), disfrute del permiso parental a que se refiere el artículo 48 bis, o por enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural, o cuando se notifique la decisión en una fecha tal que el plazo de preaviso concedido finalice dentro de dichos periodos.

El de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del periodo de suspensión a que se refiere la letra a); el de las personas trabajadoras que hayan solicitado uno de los permisos a los que se refiere el artículo 37, apartados 3.b) y b) bis, 4, 5 y 6, o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado o estén disfrutando de las adaptaciones de jornada previstas en el artículo 34.8 o la excedencia prevista en el artículo 46.3; y el de las trabajadoras víctimas de violencia de género o violencia sexual por el ejercicio de su derecho a la tutela judicial efectiva o de los derechos reconocidos en esta ley para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral.

Lo establecido en las letras anteriores será de aplicación, salvo que, en esos casos, se declare la procedencia del despido por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencia señalados.

Como se puede inferir, la principal novedad del RD Ley 5/2023 es que extiende la tutela regulada en el art. 55.5 ET a las extinciones contractuales de quienes hayan solicitado o estén disfrutando de una adaptación de jornada o un permiso parental lo que supone garantizar a las personas peticionarias una tutela reforzada frente a tratos peyorativos, inclusive despidos por razón de la solicitud o disfrute de fórmulas de trabajo flexible. Esta decisión no solo resulta coherente con el art. 8 del Convenio 156 OIT, sobre la igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras con responsabilidades familiares, adoptado el 23 de junio de 1981 y ratificado por España el 11 de septiembre de 1985 que, con un evidente ánimo expansivo, que la responsabilidad familiar no debe constituir de por sí sola una causa justificada para poner fin a la relación de trabajo, sino que supone un correcto cumplimiento de uno de los objetivos que la propia Directiva enuncia y no es otro que el de “eliminar cualquier desventaja o merma en términos de mejora y progreso que pueda afectar a las carreras profesionales de las personas que se ocupan de manera informal de las tareas de cuidado de familiares o dependientes”.

57 SSTS 17-10-2008, R° 1957/2007, 14-1-2015, R° 104/2014).

La protección para los permisos parentales articulada en los términos expuestos permite atender a la configuración como derechos individuales del trabajador al tiempo que pone “en valor por sí mismo el objetivo de la conciliación de las responsabilidades familiares y profesionales, evitando una instrumentalización absoluta de la conciliación en aras de la igualdad”⁵⁸. Ahora bien, siendo esencialmente casuística la resolución de las posibles controversias derivadas de la negativa empresarial⁵⁹, conviene insistir en que las medidas normativas dirigidas a la conciliación de la vida laboral y familiar de las personas trabajadoras, ya desde la perspectiva de no discriminación por razón de sexo o por circunstancias personales, así como desde la protección a la familia e infancia, gozan de una dimensión constitucional de forma que, a la hora de proceder a la interpretación de las mismas deben tenerse presente esos derechos fundamentales para lo cual han de ponderarse todas las circunstancias concurrentes para poder cohonestar los intereses en juego, aunque, según una reciente STS, “ello no significa que toda decisión sobre concreción horaria implique necesariamente un trato discriminatorio por razón de sexo”⁶⁰ sino que tendrá que plantearse un panorama indiciario que acredite esta discriminación. Por consiguiente, la imposición de indemnización en casos de declaración de despido nulo exige que, además, se pueda considerar acreditado que la actuación empresarial tenía una intencionalidad discriminatoria. Se hará precisa, además de la mera constatación del hecho determinante de la nulidad objetiva, de una conducta vulneradora de los derechos fundamentales, lo que exigirá el análisis casuístico de cada concreto supuesto que haya de juzgarse⁶¹.

5. CONCLUSIONES

La atención a las personas dependientes, aunque ciertamente no pueda explicar en toda su extensión la discriminación que sufren las mujeres en el mercado de trabajo⁶², es el factor que con más relevancia afecta no solo a su inserción sino a su mantenimiento en el mercado de trabajo en términos de igualdad, pues aun habiendo habido progresos en la corresponsabilidad masculina, el peso de la labor de crianza recae desproporcionadamente en las mujeres, y este es uno de los principales

58 López Álvarez, M. J., “Conciliación y corresponsabilidad en el ordenamiento jurídico comunitario”, *Revista Galega de Dereito Social*, vol. 9, 2019, pág. 185.

59 Véase la reciente STS 14-6-2023, R° 2599/2020,

60 STS 25-5-2023, (R° 1602/2020). En sentido contrario, STSJ País Vasco 5-2-2019 (R° 74/2019) y STSJ Andalucía 23-1-2020 (R° 3399/2018)

61 Sobre la indemnización en situaciones de despido de mujeres embarazadas sin conocimiento empresarial de la gestación, es de obligada lectura Mercader Uguina, J.R. “¿La nulidad objetiva por causa de maternidad del art. 55.5 b) ET conlleva la automática indemnización por daños morales?: Luz, más luz...”, <https://www.elforodelabos.es/2021/11/la-nulidad-objetiva-por-causa-de-maternidad-del-art-55-5-b-et-conlleva-la-automatica-indemnizacion-por-danos-morales-luz-mas-luz/>

62 Ballester Pastor, M. A., Cabeza Pereiro, J. “Retos, expectativas y decepciones del derecho a la conciliación de responsabilidades”, en Cruz Villalón, J. (ed.) *Tutela y promoción de la plena integración de la mujer en el trabajo: libro homenaje a la profesora Teresa Pérez del Río*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2015, pág. 107.

frenos para la consecución de una sociedad desde el punto de vista del género más equitativa, máxime cuando las políticas de conciliación de la vida laboral y profesional, redactadas a partir de una titularidad neutra, han contribuido a perpetuar la tradicional asignación de roles. Como hemos argumentado en este trabajo, un factor muy relevante para fomentar la implicación de los hombres en el cuidado de los niños y en las tareas domésticas es la forma de disfrute de los permisos, pues cuando una parte o todo se disfruta en solitario se ha constatado su potencialidad hacia la deseada corresponsabilidad en las labores de cuidado.

El legislador español ha acometido con decisión la tarea de articular un panorama razonablemente completo de medidas tendentes a la conciliación de la vida familiar y laboral en clave corresponsable, salvedad hecha a la criticable regulación del permiso parental en los términos en los que se ha acogido por el art. 48 bis ET.

Cada vez que cuidar implique una disminución de salario, una renuncia al crecimiento profesional o una desmonetización de este tiempo serán las mujeres las que hagan uso de estos derechos. Por ello, solo cabe instar a que, en el futuro desarrollo reglamentario, los costes que implica la retribución del permiso parental sean socializados con una prestación de Seguridad Social, pues si se responsabiliza a las empresas, configurándolo como un permiso retribuido, estas tendrán serios reparos en querer contratar a personas con responsabilidades familiares y bien es sabido que si se reconocen como un permiso no retribuido, como en la actualidad, serán las mujeres las que asuman, a costa de sus trayectorias laborales, este cuidado.

6. BIBLIOGRAFÍA

- Ballester Pastor, M. A. y Cabeza Pereiro, J., "Retos, expectativas y decepciones del derecho a la conciliación de responsabilidades", en Cruz Villalón, J. (ed.) Tutela y promoción de la plena integración de la mujer en el trabajo: libro homenaje a la profesora Teresa Pérez del Río, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2015, págs. 103-138.
- Blasco Jover, C., "Cuando se cierra una puerta se abre una ventana: el RD L 5/2023 salva in extremis la esencia de la ley de familia", *Revista Lex Social*, vol. 2, 2023.
- Bogoni, M., "Familias monomarentales y nueva Ley de Familias: el largo camino hacia el reconocimiento de sus derechos de conciliación", *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, vol. 155, 2023.
- Cabeza Pereiro, J., "La Directiva 2019/1158 y su transposición al Derecho interno", en Rodríguez Rodríguez, E., Martínez Yañez, N. (directoras); *Conciliación y corresponsabilidad de las personas trabajadoras: presente y futuro*. Barcelona Roncero: Bosch, 2021.
- Castellanos Serrano, C., "Reformar y evaluar el permiso de nacimiento y cuidado de menor para asegurar el objetivo de corresponsabilidad". *IgualdadES*, 7, 2022.

- Cristóbal Roncero, R., "Reducción y adaptación de jornada por razones de conciliación de la vida personal, familiar y laboral", *Revista Ministerio Empleo y Seguridad Social*, vol. 133, 2017, págs. 115-138.
- Cruz Villalón, J., "Elementos condicionantes para la efectividad de la conciliación laboral en España", en Mella Méndez, L. (ed.) *Conciliación de la vida laboral y familiar y crisis económica: estudios desde el derecho internacional y comparado*, Delta Publicaciones Universitarias, Madrid, 2015.
- De la Puebla Pinilla, A., «Últimos pronunciamientos judiciales sobre conciliación y corresponsabilidad», *Femeris*, vol. 2, 2021, págs. 215-226.
- Escobedo, A., "Una oportunidad de ampliación y mejora del sistema español de licencias remuneradas parentales y por cuidados familiares", *IgualdadES*, 7, 2022.
- Goerlich Peset, J. M., "La adaptación de la ejecución del contrato por razones de conciliación de la vida familiar tras el RDL 6/2019". <https://elderecho.com/la-adaptacion-de-la-ejecucion-del-contrato-por-razones-de-conciliacion-de-la-vida-familiar-tras-el-rdl-6-2019>.
- Gorelli Hernández, J., "Trabajo y necesidades familiares: la adaptación del tiempo de trabajo", *Iustel. RGSS*, vol. 48, 2018.
- Gorelli Hernández, J., "Un análisis normativo de la evolución de las políticas de conciliación en la Unión Europea. De la maternidad a la corresponsabilidad", *Femeris*, vol. 7, 2022, págs. 10-43.
- Igartua Miró, M. T. *Ordenación flexible del tiempo de trabajo: jornada y horario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pág. 252.
- Jurado Guerrero, T., "El permiso por nacimiento y cuidado de menor: la transposición de la Directiva europea de conciliación de 2019", *IgualdadES*, 7, 2022.
- López Álvarez, M. J., "La adaptación de la directiva de conciliación de la vida familiar y profesional al ordenamiento español", *Femeris*, vol. 7. Núm. 2, 2021, págs. 64-85.
- López Álvarez, M. J., "Conciliación y corresponsabilidad en el ordenamiento jurídico comunitario", *Revista Galega de Dereito Social*, vol. 9, 2019, págs. 155-185.
- López Terrada, E., "Permisos parentales y conciliación", en Ballester Pastor, A. (ed.) *La transposición del principio antidiscriminatorio comunitario al ordenamiento jurídico laboral español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, págs. 17-75.
- 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*. Albacete, Bomarzo, 2023.
- Nuño Gómez, L., *El mito del varón sustentador. Orígenes y consecuencias de la división sexual del trabajo*, Barcelona Icaria, 2010.
- Reche Tello, N., "La nueva Directiva de conciliación de los progenitores y cuidadores: ¿otra oportunidad perdida?", *Revista de Derecho Social* núm. 89, 2020, págs. 65-90.
- Rodríguez Escanciano, S., "Tiempo de trabajo y conciliación: premisas para un reparto equilibrado bajo el principio de corresponsabilidad", *Trabajo y Derecho* núm. 13, 2021.

Rodríguez González, S., *Tiempo de trabajo y vida privada*, Comares, Granada, 2016.

Rodríguez González, S., "Desigualdad por causa de género en la Seguridad Social: carreras de cotización y prestaciones", *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, vol. 38, 2017, págs. 93-125.

Tascón López, R., "El derecho de desconexión del trabajador (potencialidades en el ordenamiento español) (1)", *Trabajo y Derecho*, vol. 41, 2018.

Viqueira Pérez, C., "Límites a la adaptación de jornada", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, BOE, vol. 4, 2021.