nº 9 (4º Trimestre 2023)
ISSN: 2792-7962 – ISSNe: 2792-7970

Conciliación laboral y familiar de los progenitores y los cuidadores en el Real Decreto-Ley 5/2023: Panorámica general

Reconciliation of work and family life for parents and caregivers in Royal Decree-Law 5/2023: An overview

José Luis Monereo Pérez
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada.
Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social.
Director de las Revistas de Derecho de la Seguridad Social y Crítica de las Relaciones de Trabajo, Laborum
https://orcid.org/0000-0002-0230-6615

Susana Rodríguez Escanciano
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de León.
Subdirectora de la Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum
https://orcid.org/0000-0001-5910-2982

Guillermo Rodríguez Iniesta
Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Murcia.
Magistrado (supl.) del Tribunal Superior de Justicia de Murcia.
Subdirector de las Revistas de Derecho de la Seguridad Social y Crítica de las Relaciones de Trabajo, Laborum
https://orcid.org/0000-0001-5054-8822

Cita Sugerida: MONEREO PÉREZ, J.L., RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. y RODRÍGUEZ INIESTA, G. «Conciliación laboral y familiar de los progenitores y los cuidadores en el Real Decreto-Ley 5/2023: Panorámica general». *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*. nº 9 (2023): 11-33.

"La igualdad es una necesidad vital del alma humana. Consiste en el reconocimiento público, general, efectivo, expresado realmente por las instituciones y las costumbres, de que la misma cantidad de respeto y consideración es debida a todo ser humano, porque el respeto se deba al ser humano como tal y no tiene grados. Por tanto, las inevitables diferencias entre los hombres jamás deben tener el significado de una diferencia en el grado de respeto"

Simone Weil[1]

"Los derechos de conciliación son derechos a contra corriente de la tradición, de las pautas de corrección de la sociedad, manifestadas en estereotipos, hábitos y normas limitativas de derechos de las mujeres, procedentes de su configuración patriarcal"

Casas Baamonde[2]

[1] Weil, S.: *Raíces del Existir. Preludio a una declaración de deberes hacia el ser humano,* edición y estudio preliminar, "Filosofía social y del trabajo y crítica de la política en Simone Weil", a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2023, p. 18.

[2] Casas Baamonde, M.E.: "Prólogo. Conciliación y corresponsabilidad", Rodríguez Rodríguez, E. y Martínez Yañez, N.M. (Dirs.): *Conciliación y corresponsabilidad de las personas trabajadoras: presente y futuro* Bosch, Barcelona, 2021, pp. 19-20.

1. INTRODUCCIÓN: LA NUEVA REGULACIÓN DE LOS DERECHOS DE CONCILIACIÓN EN SU CONTEXTO TÉCNICO-LEGISLATIVO

La "*legislación motorizada*" de nuestro tiempo (expresión, ésta, acuñada originariamente por Carl Schmitt) encuentra una nítida expresión en el 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[3]. Ya resulta harto significativa la estructura interna de este Real Decreto-Ley: se estructura en varios "libros"[4]. Esto refleja que la actividad legislativa se ha motorizado de un modo en cierto sentido desmesurado, con el riesgo -a veces actualizado- de que se merme la calidad de las leyes, debido a la rapidez en su proceso de elaboración; rapidez que se vincula, ciertamente, a las razones de urgencia que motivan la aprobación de un Decreto-Ley dictado por el Gobierno como instrumento legislativo dictado al amparo del art. 86.1 de la Constitución Española (en adelante, CE). Su necesaria tramitación parlamentar "ex posterior" (art. 86.2 CE) y la posibilidad de tramitar -antes de ese procedimiento normal u ordinario- el Decreto-Ley como proyecto de ley por el procedimiento de urgencia, facilitan una más depurada elaboración técnica de legislar contribuyendo, así, a una mayor seguridad jurídica (art. 86.3 CE, en relación con el principio de seguridad jurídica consagrado en el art. 9.3 CE)[5].

Se regulan una multiplicidad de materias, que tienen en común al menos tres aspectos principales: 1ª) Dar respuesta a ciertas situaciones de vulnerabilidad social; 2ª) La necesaria transposición en nuestro ordenamiento jurídico de Directivas de la Unión Europea; y 3ª) La extraordinaria y urgente necesidad de adoptar las diferentes medidas previstas en este Real Decreto-Ley, respecto a lo cual se han de aportar las razones que justifican la adopción de las medidas por concurrir la extraordinaria y urgente necesidad prevista en el art. 86 CE.

Por lo que aquí más interesa, el Real Decreto-ley 5/2023 procede a la trasposición de 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. La Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, se asienta y es expresión de los principios de igualdad de género y de equilibrio entre vida familiar y vida profesional que se reafirman en los principios 2 y 9 del Pilar Europeo de Derechos Sociales. Es, asimismo, fruto de la evolución de la propia Unión Europea en el contenido y alcance de los derechos de conciliación, siendo la tercera de las directivas sobre esta materia: su antecedente remoto fue la Directiva 96/34/CE del Consejo, de 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la Unión de las Confederaciones de la Industria y de los Empleadores de Europa (UNICE), el Centro Europeo de la Empresa Pública (EEP) y la Confederación Europea de Sindicatos (CES), una Directiva sobre permisos parentales que se basaba tan solo en la configuración de derechos de ausencia de las personas con responsabilidades de cuidado y que ni reflejaba las consecuencias de género de las cuestiones de cuidado ni, en consecuencia, preveía medios efectivos para promover la corresponsabilidad. Este camino sería iniciado con la siguiente Directiva sobre la materia, la Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de

[3] Con una extensión de 224 páginas del BOE. https://www.boe.es/boe/dias/2023/06/29/pdfs/BOE-A-2023-15135.pdf

[4] Este Real Decreto-Ley se estructura en una parte expositiva y una parte dispositiva que consta de *cinco libros*, conformados por 226 artículos, cinco disposiciones adicionales, diez disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y nueve disposiciones finales.

[5] De interés respecto al sentido y alcance del principio de seguridad jurídica y la técnica legislativa, SSTC Pleno 104/2000, de 13 de abril, 15/1986, de 31 de enero, fj.1, 46/1990, de 15 de marzo, Fj. 4, 36/1991, de 14 de febrero, fj.5, entre otras.

marzo de 2010, por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, celebrado por BUSINESSEUROPE, la Asociación Europea de Artesanías, Pequeñas y Medianas Empresas (UEAPME), el CEEP y la CES, y se deroga la Directiva 96/34/CE.

Ello no obstante, será con la aprobación de la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, con la que la conciliación de responsabilidades pasa a un lugar central. Se va más allá del establecimiento de permisos y otorga una relevancia especial a la adaptación de condiciones de trabajo, introduciendo con rotundidad la dimensión de la corresponsabilidad, como se advierte en numerosos aspectos, tanto en los considerandos como en el articulado. Esta Directiva establece un nuevo marco que requiere seguridad en el conocimiento y en el ejercicio de los derechos sobre el tiempo de trabajo relacionados con los derechos de cuidado de menores de edad y dependientes, por lo que enlaza con la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, y con la Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea. La Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, tiene, por tanto, como objetivo dar respuesta a una realidad social concreta: 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. La Directiva da respuesta adecuada a la situación de doble atención a las responsabilidades familiares y a las de trabajo en el marco y conforme a unas exigencias concretas como son relaciones laborales más igualitarias y la aplicación efectiva del principio de no discriminación por razón de sexo. Dispone que los puestos de trabajo deben adaptarse a las distintas vicisitudes derivadas de la crianza de menores de edad y cuidado de dependientes y mayores, y establece unas condiciones efectivas para que haya un reparto real de tareas y un ejercicio corresponsable. En definitiva, la transposición de la Directiva enriquece las mejoras y aportaciones del 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, y va más allá de las cuestiones de la doble jornada femenina o los largos permisos, en pro de las fórmulas de trabajo flexible y acotamiento de las ausencias laborales lo que permite avanzar en la igualdad real en el ámbito laboral, a través del verdadero reconocimiento del derecho de conciliación como parte del elenco de derechos de toda persona trabajadora.

Todo ello conduce a llevar a cabo modificaciones en un grupo normativo vinculado a esta materia: el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, que aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET); y en la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social. La modificaciones del ET 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.

Al efecto, se modifica la letra c) del art. 4.2, referente a los derechos de las personas trabajadoras en la relación laboral, especificando 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 será constitutivo de discriminación por razón de sexo. Así se da cumplimiento a lo establecido en el art. 11 de la Directiva (UE) 2019/1158, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, que establece la obligación de que los Estados miembros configuren mecanismos para que no sufran perjuicio alguno ni trato discriminatorio las personas que ejerzan sus derechos de conciliación. Esta formulación 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 declare 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. También se opera una modificación en el art. 34.8 ET. Esta disposición fue modificada por el 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, a efectos de incrementar el ámbito del derecho a la adaptación de la jornada de las personas con dependientes a cargo, pero requiere de ajustes puntuales a efectos de que se acomode totalmente a las previsiones del art. 9 de la Directiva (UE) 2019/1158, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre fórmulas de trabajo flexible.

Asimismo se modifica el art. 37.3 ET, en su letra a), para dar acogida a otras formas de convivencia de manera similar a como se amplía el ámbito subjetivo de la Directiva y la relación de familiares recogida en el art. 3.1.e), así como en su letra b), a efectos de transponer al ordenamiento español el permiso de cuidadores previsto en el art. 6 de la Directiva (UE) 2019/1158. De ese modo, se amplía el número de días y también el ámbito subjetivo de este permiso, incorporando a las personas convivientes sobre las que se llevará a efecto el cuidado efectivo, esto es, atendiendo a las necesidades de asistencia y cuidados importantes dando cumplimiento de este modo a lo establecido en el art. 3.1.c) de la Directiva (UE) 2019/1158, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, acerca del abanico de las posibles personas beneficiarias trascendiendo el ámbito de las unidades familiares de convivencia. Por lo demás, esta disposición se completa para incluir en la cobertura a las parejas de hecho.

Por otra parte, se introduce una nueva letra b bis) para separar del anterior el permiso por fallecimiento del cónyuge, pareja de hecho o parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, cuya causa es diversa, lo que aconseja esta nueva distribución sistemática. Se introduce un nuevo apartado 9 del art. 37, en el que se transpone el art. 7 de la Directiva 2019/1158, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, que da respuesta a aquellas situaciones, distintas de las de los permisos de cuidadores y parentales, que permiten a las personas trabajadoras ausentarse por razones justificadas de urgencia familiar y que requieren la presencia inmediata de aquéllas. Como se indica en el Considerando 28 de la Directiva, se refiere a «motivos familiares urgentes o inesperados», es decir, a la necesidad de atender sucesos esporádicos, previéndose como retribuidas las horas equivalentes a cuatro días al año, sin perjuicio de lo que al respecto pudieran establecer los convenios colectivos. La Directiva (UE) 2019/1158, dispone en su art. 5.5 que debe motivarse el aplazamiento del disfrute de los permisos parentales cuando el disfrute del permiso parental en el período solicitado altere seriamente el buen funcionamiento de la empresa, debiendo justificarlo por escrito por razones de seguridad jurídica.

En razón a ello se modifican los artículos 37.4 y 6, y 46.3 ET para que, en caso de coincidencia en la misma empresa del disfrute por parte de ambas personas progenitoras de los permisos de lactancia, reducción de jornada o excedencia -todos ellos permisos o periodos de ausencia relacionados con la familia- la empresa deba aportar un plan de disfrute alternativo si concurren razones fundadas y objetivas de funcionamiento de la misma, dando así cumplimiento a las exigencias del citado precepto. Igualmente se modifican los artículos 37.6 y 46.3 ET, para matizar los permisos vinculados al cuidado de dependientes con el fin de incluir de manera expresa a los familiares por consanguinidad de las parejas de hecho. De conformidad con lo establecido en los artículos 5 y 8 de la Directiva (UE) 2019/1158, se regula, a través de la introducción de un nuevo art. 48 bis, en el ET, un permiso parental específico que se ocupa del cuidado de los hijos e hijas, o de los niñas y niños acogidos por más de un año, y hasta la edad de ocho años, intransferible y con posibilidad de su disfrute de manera flexible.

En coherencia con este conjunto de reformas que inciden en el ET se modifican los artículos 108.2 y 122.2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, con la

finalidad de establecer el sistema de garantías jurisdiccionales en consonancia con las modificaciones efectuadas en los artículos 53.4 y 55.5 del ET.

Asimismo, se modifican los artículos 53.4 y 55.5 ET, para asegurar el pleno ajuste de nuestro ordenamiento jurídico al art. 12 de la Directiva (UE) 2019/1158, en lo referente a la protección contra el despido derivada del disfrute de permisos de conciliación, recogiendo el disfrute de todos los derechos de conciliación, incluyendo los nuevos, entre las causas de nulidad. Atendiendo a este objetivo, se modifica el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, que aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público, para insertar modificaciones en el régimen de permisos, a fin de acompasar el permiso por accidente o enfermedad grave [(art. 48.a)] a lo establecido en la Directiva (UE) 2019/1158.

Estamos, pues, ante un bloque de reformas de gran calado en cumplimiento del Derecho Social de la Unión Europea en material conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores.

2. CORRESPONSABILIDAD EN LOS NUEVOS ENTRAMADOS FAMILIARES

La necesidad de compatibilizar la vida personal y familiar con la actividad laboral de la persona constituye una convicción firmemente asentada en la sociedad actual[6], de manera que un correcto acercamiento a la conciliación tal y como en la actualidad toma expresión implica partir del contexto de las sociedades del bienestar en las que la existencia de un entramado de derechos subjetivos permite obtener capacidad de elegir el uso del tiempo y distribuirlo entre el trabajo, el cuidado de la familia y la vida personal. Esta facultad (más bien desiderátum), pese a la evolución *in bonus* de estos últimos años, ha estado siempre muy ligada a la lucha por conseguir la igualdad efectiva entre mujeres y hombres; primero, en los actos más esenciales de la vida; y después, aunque no menos importante, en el ámbito empresarial[7].

No puede extrañar, por ende, que las primeras medidas de conciliación se dirigieran con carácter exclusivo al sexo femenino, en tanto persistía la idea de la necesaria mayor implicación de las mujeres en las exigencias del hogar, lo cual ha servido para fortalecer los prejuicios que el empleador pudiera tener sobre la capacidad de compromiso de la mujer en su productividad y, en consecuencia, una mayor reserva a la hora de proceder a su contratación.

El tránsito, instaurado en un segundo momento, hacia parámetros neutros en la formulación de los derechos de conciliación tampoco sirvió para mitigar la abrumadora presencia femenina en el

[6] Blasco Pellicer, A.: "El tratamiento convencional del derecho de adaptación y distribución de la jornada por conciliación de la vida personal, familiar y laboral", *Propuestas para la igualdad de género en los procesos de negociación colectiva*, Rodríguez Escanciano, S. y Martínez Barroso, M.R. (Dirs.), Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2016, p. 363.

[7] Ordóñez Pascua, N.: "El gran reto de la conciliación laboral en la responsabilidad social empresarial", Rodríguez Escanciano, S. y Martínez Barroso, M.R. (Dirs.): *La igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres y las acciones de responsabilidad social*, Porto, Juruá, 2019, p. 147. Asimismo, López Insua, B.M.: *El principio de igualdad de género en el Derecho Social del Trabajo,* Murcia, Laborum, 2017, pp. 141 y ss.; Monereo Pérez, J.L. y López Insua, B.M.: "El principio de igualdad y no discriminación por razón de género en los convenios colectivos", Martínez Barroso, M.R. y Rodríguez Escanciano, S. (Dirs.) y Álvarez Cuesta, H. (Coord.): *Propuestas para la igualdad de género en los procesos de negociación colectiva,* Cizur Menor (Navarra), Thompson-Aranzadi, 2016; *Ibid.,* "La protección de la maternidad: análisis jurídico-crítico de los instrumentos de tutela y acción protectora", Moya Escudero, R. y Serrano Falcón, C. (Coord.): *Estudios sobre diversos aspectos jurídicos de la mujer,* Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2016.

ejercicio de tales prerrogativas "reproductivas"[8], quedando enfatizado su rol de cuidadoras familiares en detrimento de su empleabilidad y carrera profesional[9].

Dado que la conciliación de la vida laboral y familiar no es un tema femenino, en un tercer estadio evolutivo, la lógica de la política legislativa sobre el tiempo de trabajo ha pretendido conseguir que tanto el hombre como la mujer puedan decidir libremente cuál es el modelo familiar a adoptar[10], avanzando -aun cuando los pasos dados todavía han sido timoratos- hacia una conciliación responsable que no relegue a la mujer trabajadora a la labor exclusiva de cuidado familiar, pues en la práctica supone la obligación de las féminas de desarrollar las denominadas dobles y triples jornadas[11]. Debe primar la búsqueda del equilibrio entre trabajo y familia a través de programas sociolaborales reales y efectivos que disminuyan el impacto, que actualmente recae aún en el género femenino, de conciliar las demandas de trabajo asalariado y las responsabilidades familiares, incidentes de forma directa en la igualdad de oportunidades de hombres y mujeres, no en vano el desequilibrio en el diseño de las políticas sobre conciliación de la vida familiar y la vida profesional entre varones y féminas incrementa los estereotipos, los sesgos, las postergaciones y las diferencias de género en materia laboral y familiar[12].

En este marco de novaciones normativas, tampoco hay que olvidar la pérdida de protagonismo de la familia tradicional, acompañado del surgimiento de nuevas realidades familiares, que se apartan del modelo clásico y quedan ancladas -en un elenco meramente ejemplificativo- sobre los siguientes factores[13]: la participación económica de la mujer; la caída de la nupcialidad y la fecundidad; la adopción internacional; el envejecimiento de la población; los cambios de los "calendarios" familiares (la edad media para tener el primer hijo se ha retrasado como también se pospone la salida del hogar familiar de los hijos mayores de edad); el crecimiento significativo el número de familias monoparentales compuestas por un solo progenitor -varón o, normalmente, mujer—y sus descendientes; la coexistencia de convivientes *more uxorio*, uniones homosexuales o transexuales -con o sin vínculo matrimonial— o personas separadas o divorciadas que rehacen su vida en pareja con la aportación de los hijos fruto de matrimonios anteriores; la maternidad subrogada, la fecundación artificial de féminas en solitario o la adopción de menores por un solo individuo dejan atrás el antiguo estigma de madre soltera, sin olvidar que es la figura de la custodia compartida la que sirve de germen para uno de los casos más novedosos de hogar, cual es el del padre y la madre separados o divorciados que de forma intermitente conviven con el menor en períodos semanales, quincenales, mensuales o, incluso, en el caso de adolescentes, semestrales[14]; en fin, la cohabitación en el hogar de personas sin lazo de parentesco ni de afectividad con el solo objetivo de compartir gastos de subsistencia como

[8] Según los datos del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones en el primer trimestre del año 2023 el 84,6% de las excedencias correspondieron a las mujeres. https://inclusion.seg-social.es/

[9] Ballester Pastor, M.A.: *Retos y perspectivas de la discriminación laboral por razón de sexo*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2016, p. 100.

[10] Almendros González, M.A. y Monereo Pérez, J.L., Coords.: "Tiempo de trabajo y conciliación laboral: permisos, licencias, reducciones y redistribuciones de jornada para conciliar trabajo y familia", *Observatorio de la Negociación Colectiva. La regulación legal y convencional del tiempo de trabajo*, Madrid, CCOO, Fundación 1º de Mayo, Lefebvre, Madrid, 2020, p. 298.

[11] López Ahumada, E.: *Tiempo de trabajo y economía digital. Limitación del tiempo de trabajo y garantía del descanso laboral*, Cinca, Madrid, 2022, p. 58.

[12] Rodríguez Copé, M.L.: "La futura Ley de familias y su incidencia en la conciliación de intereses personales y laborales del empleado público", *Derechos laborales individuales y colectivos en el empleo público. Libro homenaje a Pedro Gómez Caballero*, Durán López, F. y Sáez Lara, C., Coords., Sevilla, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2023, p. 168.

[13] González Ortega, S.: "La protección social de las situaciones de dependencia", *Protección social de las personas dependientes*, González Ortega, S. y Quintero Lima, G., Coords., Madrid, La Ley, 2004, p. 28.

[14] Goñi Sein, J.L.: "La familia monoparental: ausencia de atención política y legislativa y su impacto sobre la situación sociolaboral de la mujer", *Temas Laborales*, núm. 82, 2005, pp. 11 y ss.

consecuencia de la subida exponencial de los precios de los alquileres o la estrecha cohabitación de personas y mascotas hacen surgir nuevas necesidades de cuidado humano y no humano.

Además de mutar el concepto de cuidador, que ya no puede quedar ceñido a un grupo de personas ligado por vínculos de consanguinidad o afinidad con el sujeto causante del derecho[15], cabe señalar como elemento básico y central de todas estas novaciones sociales que la "cuestión para familiar" deja de ser un asunto interno y se somete cada vez más al "control público y social", poniendo de manifiesto nuevas demandas a las que el legislador debe dar respuesta no sólo a través de una red administrativa de servicios de calidad sino también mediante el diseño de medidas tuitivas en el desarrollo de la actividad laboral capaces de eliminar de una vez por todas las repercusiones negativas en el trabajo de las mujeres, favoreciendo un reparto equilibrado en las cargas de responsabilidades de cuidado[16].

Bajo estas renovadas coordenadas demográficas y sociales, la Directiva 2019/1158, de 20 de junio de 2019, incorpora una serie de instrumentos destinados no solo a fomentar el valor de la corresponsabilidad donde los derechos puedan ser desarrollados en un marco realmente igualitario por hombres y mujeres capaz de atender a las nuevas necesidades de convivencia sino a diseñar los mecanismos adecuados para garantizar la protección contra el despido y otras consecuencias desfavorables, evitando que las empresas emprendan conductas que puedan atentar contra el ejercicio corresponsable de los derechos de la vida familiar y laboral[17]. Como en ocasiones anteriores[18], nuestro ordenamiento interno ha superado con creces los derechos reconocidos en la norma europea, apostando no solo por una titularidad indistinta sino fomentando su ejercicio por parte de los varones, haciéndolo obligatorio o incluso ampliando su extensión para el caso de ejercicio simultáneo, sin olvidar vetar la transferibilidad y potenciar la garantía de indemnidad. Todo ello acompañado también por una ampliación de los beneficiarios para dar cobijo a cuidadores convivientes no familiares, sin olvidar tampoco, como medida transversal por la que apuesta la última agenda gubernativa, proporcionar una mayor dotación de servicios de cuidados debidamente subvencionados (guarderías, ludotecas, centros de día, ayuda a domicilio, casas de acogida para víctimas de violencia…), todo ello acompañado de un creciente esfuerzo de los interlocutores sociales en el diseño de reglas convencionales más adecuadas para una ordenación más equilibrada del conflicto trabajo-familia.

No obstante estos aspectos positivos, es menester adoptar una perspectiva no sólo descriptiva sino crítica sobre el nuevo régimen jurídico con el fin de detectar lagunas y carencias, pues la superación de la tradicional división de tareas según el sexo y la erradicación de la atribución prioritaria del trabajo de cuidado familiar a las mujeres todavía no se han alcanzado de forma plena.

3. LA DIRECTIVA 2019/1158

La densidad normativa de los derechos de conciliación ha crecido en el ámbito del Derecho Comunitario, primero, y de la Unión Europea, después. Sin necesidad de remontarnos a antecedentes

[15] Cabeza Pereiro, J.: "La Directiva (UE) 2019/1158 y su trasposición al derecho interno", Rodríguez Rodríguez, E. y Martínez Yañez, N.M. (Dirs.): *Conciliación y corresponsabilidad de las personas trabajadoras: presente y futuro*, Bosch, Barcelona, 2021, p. 72.

[16] Rodríguez Copé, M.L.: "La futura Ley de familias y su incidencia en la conciliación de intereses personales y laborales del empleado público", Durán López, F. y Sáez Lara, C. (Coords.): *Derechos laborales individuales y colectivos en el empleo público. Libro homenaje a Pedro Gómez Caballero,* Sevilla, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2023, p. 169.

[17] Dormido Abril, J.: "La protección contra el despido y otras consecuencias desfavorables: sobre la transposición de la Directiva (UE) 2019/1158 a la legislación española", *Fermeris*, Vol. 7, núm. 2, p. 46 .

[18] Guillén Rodríguez, M.. Moreno Manzanaro, N. y González Benega, S.: "Conciliación de la vida laboral y familiar en España. El impacto de las políticas de la Unión Europea", *Documentación Social*, núm. 154, 2009, pp. 119 y ss.

más remotos, la protección de la vida familiar y laboral se encuentra expresamente recogida en los arts. 16 de la Carta Social Europea y 27 de la versión revisada. El primero determina el compromiso de las Partes Contratantes, "con miras a lograr las condiciones de vida indispensables para un pleno desarrollo de la familia, célula fundamental de la sociedad… a fomentar la protección económica, jurídica y social de la familia, especialmente mediante prestaciones sociales y familiares, disposiciones fiscales, apoyo a la construcción de viviendas adaptadas a las necesidades de las familias, ayuda a los recién casados o por medio de cualesquiera otras medidas adecuadas". Por su parte, el art. 27 de la versión revisada, bajo el título "derechos de los trabajadores con responsabilidades familiares a la igualdad de oportunidades y de trato", establece la obligación de los Estados a adoptar medidas apropiadas: "a) para permitir a los trabajadores con responsabilidades familiares acceder y permanecer en la vida activa, o regresar a la misma tras una ausencia debida a dichas responsabilidades, incluidas medidas en el ámbito de la orientación y la formación profesionales; b) para tener en cuenta sus necesidades en lo que respecta a las condiciones de trabajo y Seguridad Social; y c) para desarrollar o promover servicios, públicos o privados, en particular servicios diurnos y otros medios para el cuidado de los niños".

Por su parte, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en su art. 33, establece que "con el fin de poder conciliar la vida familiar y profesional, toda persona tiene derecho a ser protegida contra cualquier despido por una causa relacionada con la maternidad, así como el derecho a un permiso pagado por maternidad y a un permiso parental con motivo del nacimiento o la adopción de un niño".

Además, el principio 9 del Pilar Europeo de Derechos Sociales proclamado por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión el 17 de noviembre de 2017, refuerza el objetivo de la corresponsabilidad y sugiere el derecho a la adaptación de la jornada con el siguiente tenor: "los padres y las personas con responsabilidades asistenciales tienen derecho a los permisos adecuados, a unas condiciones de trabajo flexibles y a servicios de asistencia. Las mujeres y los hombres deben tener igualdad de acceso a permisos especiales para cumplir con sus responsabilidades asistenciales y de animárseles a utilizarlos de forma equilibrada"[19]. Asimismo, la Estrategia para la Igualdad de Género 2020-2025, en la que, después de hacer un diagnóstico de la situación laboral de las mujeres, se aboga por acabar con la violencia y los estereotipos de género, garantizar la igualdad de participación y de oportunidades en el mercado laboral y alcanzar el equilibrio de género en la toma de decisiones y la política.

Como no podía ser de otra manera, en las Directivas para el empleo más recientes se reconoce, a modo de regla transversal, que una mejor conciliación del trabajo y la vida familiar es de vital importancia para que hombres y mujeres accedan y se mantengan en el mercado laboral. Los instrumentos fundamentales que en este ámbito aprobó el Consejo fueron la Directiva 92/85/CEE, de 19 de octubre de 1989, sobre aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad de la salud en el trabajo de la mujer trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia y la Directiva 2010/18/UE, de 8 de marzo de 2010, que derogó la 96/34/CEE, de 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo Marco sobre permiso parental[20].

[19] 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*, núm. 11, 2019, p. 1111.

[20] Rodríguez Copé, M.L.: "La futura Ley de familias y su incidencia en la conciliación de intereses personales y laborales del empleado público", *Derechos laborales individuales y colectivos en el empleo público. Libro homenaje a Pedro Gómez Caballero*, Durán López, F. y Sáez Lara, C., Coords., Sevilla, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2023, p. 169.

Con posterioridad, la nueva Directiva 2019/1158[21] introduce una auténtica "revolución de los derechos de conciliación"[22]. Su principal objetivo no es sino 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, en pro de unas relaciones laborales más igualitarias y la aplicación efectiva del principio de no discriminación por razón de sexo. Como aspectos destacables, la Directiva dispone 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 interrupciones de la actividad laboral[23]. En definitiva, establece la obligación de que los Estados miembros configuren mecanismos para que no sufran perjuicio alguno ni trato discriminatorio las personas que ejerzan sus derechos de conciliación.

4. SU TRANSPOSICIÓN AL ORDENAMIENTO INTERNO ESPAÑOL

En el caso del Estado español, una gran parte del contenido de la Directiva 2019/1158 ya se encontraba en nuestro ordenamiento jurídico interno y, en algunos casos -como sucede con el permiso de paternidad- se superaban los mandatos que en la misma se establecen, pero todavía quedaban varias mejoras por acoger[24]. La disolución de las Cámaras el día 29 de mayo de 2023 y la convocatoria de elecciones generales a celebrar el día 23 de julio frustró la aprobación de la proyectada Ley de Familias que recogía las novedades en materia de conciliación de la vida laboral y familiar derivadas de la Directiva 2019/1159, siendo necesario utilizar la vía de la legislación de urgencia al objeto de cumplir con el plazo de transposición que ya había sido temporalmente superado (desde agosto de 2022)[25], opción esta última que se llevó a cabo de forma sorpresiva mediante el 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.

Aun cuando este Decreto Ley se introduce en la senda de otras disposiciones previas promulgadas para buscar una ecuación equilibrada entre trabajo y familia[26], lo cierto es que introduce

[21] Nuñez-Cortés Contreras, P.: "Avances en corresponsabilidad y flexibilidad en cuidado del lactante y adaptación de jornada por motivos familiares", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 55, 2020, p. 110.

[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*, Albacete, Bomarzo, 2023, p. 23.

[23] Rodríguez Copé, M.L.: "La futura Ley de familias y su incidencia en la conciliación de intereses personales y laborales del empleado público", *Derechos laborales individuales y colectivos en el empleo público. Libro homenaje a Pedro Gómez Caballero*, Durán López, F. y Sáez Lara, C., Coords., Sevilla, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2023, p. 170.

[24] Valdueza Blanco, M.D.: "Incidencia en España de la Directiva 2019/1158, de conciliación de la vida familiar y profesional, en la igualdad efectiva entre hombres y mujeres", Barcelón Cobedo, S.; Carrero Domínguez, C. y De Soto Rioja, S. (Coords.): *Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Homenaje al profesor González Ortega*, Sevilla, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2022, p. 283.

[25] Se ha recibido "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". Blasco Jover, C.: "Cuando se cierra una puerta se abre una ventana. El Real Decreto Ley 5/2023 salva in extremis la esencia de la Ley de Familias", *Lex Social*, Vol. 13, núm. 2, 2023, p. 12.

[26] Entre las que cabe mencionar: la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de conciliación de la vida laboral y familiar; la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las familias numerosas; la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Protección Integral contra la violencia de género; la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación,

una serie de novedades tendentes no sólo a conseguir una implicación plena de los hombres en las tareas de cuidado, sino a ampliar el concepto de cuidador, apostando, a la postre, por reforzar la garantía de indemnidad en el ejercicio de los derechos reconocidos[27].

Como no podía ser de otra manera, en este espacio reducido que sirve de modesto pórtico al número 9 de la Revista Crítica de Relaciones de Trabajo no se pretende realizar un estudio exhaustivo del régimen jurídico vigente en materia de conciliación de la vida laboral y familiar del que han dejado y dejarán testimonio elocuentes plumas, sino que únicamente se van a poner de manifiesto los trazos gruesos incorporados en la, por ahora, última reforma sobre la materia.

4.1. Refuerzo de la tutela antidiscriminatoria

Sin duda, el Real Decreto Ley 5/2023 pretende avanzar en la igualdad real en el ámbito laboral, a través del reconocimiento efectivo del derecho de conciliación como parte del elenco de derechos básicos de toda persona trabajadora. De ahí que, en primer lugar, cabe dar noticia de la modificación introducida en la letra c) del artículo 4.2 Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET)[28], referente a los derechos de las personas trabajadoras en la relación laboral, especificando 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 será constitutivo de discriminación por razón de sexo[29] o de género (en cuanto el sexo se proyecta en una discriminación sociocultural de las mujeres como colectivo)[30], contando como es fácilmente deducible con todas las garantías derivadas de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación.

Que el ejercicio de derechos conciliatorios no suponga ningún perjuicio a la persona peticionaria es una exigencia derivada de la Directiva 2019/1158, que recoge, por una parte, el principio de no afectación derivado del ejercicio de los derechos de conciliación (art. 10), a través de tres previsiones fundamentales: 1) se respetarán "los derechos adquiridos, o en proceso de ser adquiridos, por los trabajadores a la fecha en que se inicie alguno de los permisos (parentales)…, incluidos eventuales cambios derivados de la legislación, los convenios colectivos o los usos nacionales"; 2) "los Estados

reformada por la Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre; la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, de igualdad efectiva entre mujeres y hombres; la Ley 15/2005, de 8 de julio, que ha modificado el art. 68 del Código Civil para establecer que los cónyuges deberán "compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo"; el Real Decreto Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación; el Real Decreto Ley 8/2020, de 17 de marzo, por el que se aprueba el Plan Mecuida, cuyo objetivo se centra en la atención de las necesidades familiares surgidas con motivo de la expansión de la pandemia por la COVID-19; la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia; la Ley 19/2021, de 20 de diciembre, por la que se establece el Ingreso Mínimo Vital; o la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación , que pretende conseguir una auténtica igualdad capaz de superar, dentro de la discriminación genérica de la mujer un fenómeno más específico y más grave, el de la mujer con responsabilidades familiares, que es objeto de una doble discriminación por su condición femenina y por su posición familiar, lo cual significa una carga real de actividad, acompañada de una "pobreza de tiempo disponible" y, cómo no, de una precariedad laboral y de una minoración salarial, que derivan de la competencia desigual entre hombres y féminas en el mercado laboral . Ello sin olvidar la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI.

[27] Dormido Abril, J.: "La protección contra el despido y otras consecuencias desfavorables: sobre la transposición de la Directiva (UE) 2019/1158 a la legislación española", *Femeris*, Vol. 7, núm. 2, 2022, pp. 44 y ss.

[28] Cuyo texto procedía de la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI

[29] Por extenso, 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.

[30] STCo 67/2022, de 2 de junio.

miembros garantizarán que, al finalizar los permisos (parentales)…, los trabajadores tengan derecho a reincorporarse a su trabajo o a un puesto equivalente en unas condiciones que no les resulten menos favorables, así como a beneficiarse de cualquier mejora de las condiciones laborales a las que hubieran tenido derecho si no hubieran disfrutado el permiso"; 3) "los Estados miembros definirán el régimen del contrato de trabajo o de la relación laboral durante los períodos de permiso (parental)…, también por lo que respecta a la Seguridad Social, incluidas las cotizaciones al sistema de pensiones, y se asegurarán de que la relación laboral se mantenga durante esos períodos"[31].

Por otra parte, el art. 12 de la Directiva 2019/1158 establece la prohibición del despido por haber disfrutado o solicitado alguno de los derechos reconocidos en la citada norma europea. En el hipotético supuesto de que alguna persona protegida por la Directiva fuera despedida, las causas habrán de ser justificadas por escrito, provocando en caso contrario la nulidad de la decisión y operando en caso de reclamación judicial el principio de inversión de la carga de la prueba. Se configura, así, al calor de este precepto y del corpus de doctrina emanado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea[32], un específico mecanismo probatorio de doble fase, en el que el demandante debe aportar indicios suficientes de la lesión y el demandado causa justificada de su decisión. Tal postulado no implica una estricta inversión de la carga de la prueba, pues el primero ha de proporcionar elementos de conexión entre la acción y la reacción empresarial, como puede ser la proximidad temporal o la imbricación causa-efecto, poniendo de manifiesto que tal lesión se ha producido y el motivo oculto de aquel acto[33]. Dicho en otros términos, "los indicios, individualmente considerados o valorados en su conjunto, han de ser suficientes para generar una razonable sospecha, apariencia o presunción de la existencia de un acto de represalia empresarial", generando "dudas razonables" de la "vulneración de un derecho"[34].

Esta modulación de la carga de la prueba implica, a la postre, un mecanismo para facilitar la posición de la parte actora, no en vano cuando se alegue que una decisión empresarial encubre en realidad una conducta lesiva incumbe al empleador la carga de probar que su actuación obedece a motivos razonables, reales y objetivos, extraños a todo propósito atentatorio. No se trata de situar al empleador ante la prueba diabólica de un hecho negativo, como es la inexistencia de móvil lesivo, pero en realidad recae sobre la parte demandada la carga de probar, sin que le baste simplemente intentarlo, que su actuación viene amparada en causas reales, absolutamente extrañas a la pretendida vulneración de derechos, así como que aquellas tuvieron entidad suficiente para moverle a adoptar la decisión enjuiciada, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios aportados por el demandante[35]. No obstante, la parte actora debe poner de manifiesto el *fumus boni iuris* en que se basan sus alegaciones como presupuesto para que se desplace sobre el empresario o el sujeto que discrimina la carga de acreditar las razones que han conducido a adoptar su decisión, ajenas a todo motivo peyorativo[36]. Creada esta apariencia de lesión, corresponde al demandado la carga de justificar *ad casum* que su actuación tuvo razones reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración.

---

[31] Nuñez-Cortés Contreras, P.: *Novedades en relación con la jornada de trabajo y los derechos de conciliación (tras la aprobación del RD 6/2019, de 1 de marzo)",* Madrid, Dykinson, 2019, p. 22.

[32] STJUE C-404/2018, de 20 de junio de 2019, asunto *Hakelbracht y Vandenbon*.

[33] STJUE C-167/97, de 9 de febrero de 1999, asunto *Seymour-Smith*. Castellano Buruillo, E.: "La transposición del Derecho de la Unión Europea. El caso de la carga de la prueba", *Temas Laborales*, núm. 116, 2012, pp. 243 y ss.

[34] Casas Baamonde, M.E.: "Tutela judicial efectiva y garantía de indemnidad (el derecho a la garantía de indemnidad en la jurisprudencia constitucional)*"*, *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución Española. Estudios en homenaje al Profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer*, Casas Baamonde, M.E.; Durán López, F. y Cruz Villalón, J., Coords., Madrid, La Ley, 2006, p. 733.

[35] García Ninet, J.I.: *"Art. 9"*, *Comentarios a la Ley de Igualdad*, García Ninet, J.I., Dir., Valencia, CISS, 2008, p. 53.

[36] Fernández López, M.F.: "Igualdad y prohibición de discriminación en el marco laboral*"*, *Derecho Social de la Unión Europea*, Casas Baamonde, M.E. y Gil Alburquerque, R., Dirs., 2ª edición, Madrid, Francis Lefebvre, 2019, p. 238.

Deberá, por lo tanto, acreditar, que los hechos motivadores de la medida son legítimos o, aun sin afianzar su licitud, se presentan razonablemente ajenos a todo móvil atentatorio[37].

Es más, a la luz de la Ley 15/2022, la consecuencia de la nulidad de la decisión empresarial no conllevará únicamente la reincorporación de la persona trabajadora a su puesto de trabajo percibiendo los salarios adeudados sino también una indemnización de los daños materiales y morales, presumiéndose la existencia de estos últimos (art. 27)[38].

En fin, el art. 4.2 c) recoge también la interpretación del Tribunal Constitucional, que había dejado clara "la dimensión constitucional… de todas aquellas medidas tendentes a facilitar la compatibilidad de la vida laboral y familiar de los trabajadores, tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE), como desde el mandato de la protección a la familia y a la infancia (art. 39 CE), perspectiva que ha de prevalecer y servir de orientación para cualquier duda interpretativa"[39].

En el ordenamiento español, 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 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 gestación. Esta protección se extiende ahora a la práctica totalidad de derechos de conciliación en la transposición efectuada en el Real Decreto 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 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 extinciones contractuales por razón de la solicitud o disfrute de fórmulas de trabajo flexible[40].

Es más, resta señalar que la doctrina constitucional ha subrayado que cualquier trato peyorativo en las condiciones laborales (normalmente económicas o de tiempo de no trabajo) por el disfrute de los permisos parentales se considera contrario al principio de igualdad de trato y no discriminación entre hombres y mujeres[41].

4.2. Acomodación temporal (y locativa) del trabajo

Cierto es que la visión clásica de las medidas de conciliación, tanto en Derecho Europeo como en el ordenamiento jurídico español, presentaba un marcado carácter femenino, lo que enfatizaba estereotipos de género, al pivotar sobre la posibilidad de otorgar tiempo (ausencias al trabajo), de forma remunerada o no, para que la trabajadora, cuidadora clásica y tradicional de los menores, de los mayores, de los enfermos y de las personas con discapacidad, pudiera atender sus responsabilidades domésticas, minorando el período dedicado a sus actividades laborales.

[37] Aragón Gómez, C.: "La tutela judicial del derecho a la igualdad entre mujeres y hombres en el orden social", *Comentarios laborales de la Ley de Igualdad entre Mujeres y Hombres*, Mercader Uguina, J.R., Dir., Valencia, Tirant Lo Blanch, 2007, p. 729.

[38] Arufe Varela, A.: "El daño moral al trabajador en la Ley 15/2022: reparación y reposición", *Revista General de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, núm. 64, 2023.

[39] SSTCo 3/2007, de 15 de enero y 108/2019, de 30 de septiembre.

[40] Nieto Rojas, P.: "La transposición de la Directiva 2019/1158 de conciliación de la vida familiar y la vida personal a través del Real Decreto Ley 5/2023", *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, núm. 7, 2023, p. 98.

[41] SSTC 119/2021, de 31 de mayo y 153/2021, de 13 de septiembre. Navarro Nieto, F.: "Actualidad normativa y jurisprudencial en los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 262, 2023.

No menos verdad resulta que desde hace unos años ha comenzado a asumirse que, para conseguir un buen encaje entre las obligaciones laborales y familiares, no basta con facilitar a las mujeres la concesión de asuetos en el trabajo para destinarlos al cuidado de los hijos o personas dependientes, pues ello provoca la desvinculación de su entorno laboral, la dedicación a tiempo parcial, así como menores posibilidades en su progresión retributiva o para retomar tardíamente su carrera, con el inherente descenso en la atención por el sistema de Seguridad Social, todo ello enarbolado con un denostado efecto boomerang al considerar muchos empresarios que se trataba de una mano de obra más cara. Se apuesta ahora por el diseño de medidas, no sólo neutras, personales e intransferibles, capaces de permitir la asunción de responsabilidades familiares tanto por hombres como por mujeres, sino por la posibilidad de formular adaptaciones en la distribución de la jornada de trabajo, en la ordenación del horario de trabajo y en la forma de prestación de la actividad, presencial o a distancia. Como es fácil de adivinar, el derecho de conformación del tiempo y de la forma de trabajo beneficia a las dos partes implicadas en la relación laboral: por un lado, a la persona trabajadora se le permite mantener sus horas de servicios sin ver mermada su remuneración, a la vez que se encuentra en una mejor posición para seguir impulsando una carrera profesional compatible con su vida familiar; por otro, la empresa se lucra de poder retener el talento y a menudo de un incremento del rendimiento, al posibilitar una mejor organización de los tiempos de trabajo de sus empleados, mujeres y hombres[42].

Dichas modulaciones, en lo que se refiere al tiempo de trabajo, comprenden variadas fórmulas como pudieran ser jornadas continuadas, supresión de viajes y desplazamientos aprovechando las nuevas tecnologías, limitación en las franjas horarias para celebrar reuniones de trabajo, horas de libre disposición, bolsas de horas, semana comprimida, acumulación de las horas de trabajo en determinadas épocas del año, amplios espacios de entrada y salida, cambio de jornada continuada a partida o viceversa, posibilidad de trabajar a distancia con mayor flexibilidad o de no someterse a un régimen de turnos incompatible con deberes de cuidado.

Así pues, la Directiva 2019/1158 establece, con carácter mucho más profundo que su antecesora, la Directiva 2010/18, el derecho de los progenitores y cuidadores que trabajen a solicitar formas de trabajo flexible (a distancia, calendarios laborales con épocas más o menos intensas, reducción de horas de trabajo) para el cuidado de un menor de ocho años con una extensión que puede estar sometida a límites razonables. Se deja libertad en la transposición para establecer períodos mínimos de antigüedad no superiores a seis meses como requisito previo de acceso. Asimismo, se enuncia el derecho de las personas trabajadoras a volver a sus modelos originarios una vez cambien las circunstancias. La denegación y el aplazamiento empresarial deberán estar justificados teniendo en cuenta tanto las propias necesidades de la empresa como las de las personas trabajadoras.

La Directiva de 2019 va a exigir, además, ponderar las circunstancias obrantes *in casu* aplicando un juicio doble, relativo a la necesidad, idoneidad y razonabilidad, tanto de la petición como de la denegación con el fin de alcanzar un justo equilibrio entre las argumentaciones de la empresa y de la persona trabajadora[43]. En suma, la exigencia de razonabilidad en las posiciones en conflicto y el hecho de que este último sólo pueda articular la negativa a la adaptación en virtud de motivos objetivos, tiene consecuencias positivas sobre la disponibilidad del tiempo destinado a los quehaceres familiares sin mermar la implicación de la persona trabajadora en sus cometidos profesionales[44].

[42] Lasaosa Irigoyen, E.: *Adaptación de la jornada de trabajo y de la forma de prestación por motivos de conciliación de la vida familiar y laboral*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2022, p. 44.

[43] Molina Navarrete, C.: "Autodeterminación (soberanía) sobre el tiempo y adaptación de la jornada a la carta por razones conciliatorias: entre utopías", *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros),* núm. 441, 2019, p. 15.

[44] SSTC 3/2007, de 15 de enero y 26/2011, de 14 de marzo.

Bajo estas mismas premisas, el art. 34.8 ET reconoce el derecho a la adaptación de la jornada o de la forma de prestación de la actividad laboral, configurado como una modificación sustancial a la inversa sin reducción de la dedicación ni pérdida de la retribución, cuyo tenor ha sido mejorado en su redacción por mor del Real Decreto Ley 5/2023. Este precepto sigue reconociendo el derecho a solicitar adaptaciones en la duración y distribución de la jornada y en la ordenación del tiempo de trabajo o en la forma de prestación (incluido el trabajo a distancia) para hacer efectivo el derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral. Es más, de su tenor se sigue infiriendo que no basta la mera conveniencia conciliatoria, ni existe obligación empresarial de aceptar la propuesta, que debe ser proporcionada, "en relación con las necesidades de la persona trabajadora y con las necesidades organizativas o productivas de la empresa". No se trata, por tanto, de un derecho absoluto o de aplicación inmediata sino de un derecho condicionado, lo cual contrasta con las medidas de flexibilidad unidireccional reconocidas al empresario como puede observarse fácilmente en la relativización de los topes máximos sobre jornada, superables a través de la negociación colectiva o permitida por la regulación sobre jornadas especiales, la extensión del módulo anual de jornada que sustituye a módulos de inferior duración (por tanto, más rígidos), la posibilidad de pactar la distribución irregular de la jornada, más aún, la oportunidad de acudir a dicha distribución irregular aun cuando no hay pacto, la superación del principio de anualidad, la flexibilidad legal y jurisprudencial en materia de horas extraordinarias, la prerrogativa de redistribuir los períodos de descanso, las horas complementarias en el contrato a tiempo parcial[45].

No obstante, pese a este desequilibrio no corregido por la última reforma, el Real Decreto Ley 5/2023 amplía el ámbito de aplicación de la composición flexible a instancia de la parte débil del nexo contractual: personas con hijos de hasta doce años, así como aquellas que tengan necesidades de cuidado respecto de los hijos mayores de esa edad, el cónyuge o pareja de hecho, familiares por consanguinidad hasta el segundo grado del trabajador u otras personas dependientes cuando convivan en el mismo domicilio, y que, por razones de edad, accidente o enfermedad no puedan valerse por sí mismos, debiendo justificar las circunstancias (de cuidado) en las que se fundamenta la petición[46]. Sin duda, este precepto está intentando dar cobertura a las necesidades de atención de las personas de edad avanzada e incluso muy longevas ("envejecimiento del envejecimiento" o "sobre-envejecimiento")[47], pues no cabe duda que las variables "edad y dependencia" están estrechamente relacionadas, ya que el volumen de sujetos con limitaciones de su capacidad funcional aumenta significativamente en los grupos de edad superiores, sobre todo a partir de los ochenta años ("cuarta edad"). O dicho de forma más explícita, a medida que las personas cumplen años cada vez es más probable que comiencen a tener limitaciones, en mayor o menor grado, para gestionar su propia vida cotidiana en los aspectos más básicos y habituales. Se sabe, además, que la edad avanzada está asociada, con un paralelismo exacto, a una mayor probabilidad de desarrollar enfermedades crónicas: hipertensión, afectaciones coronarias, diabetes, tumores, artritis, reumatismo, artrosis, colesterol, cataratas, demencia, parkinson, depresión o ansiedad, entre otras[48].

[45] Gorelli Hernández, J.: "Tiempo de trabajo y conciliación de la vida laboral y familiar y personal: el RD-Ley 6/2019", *El nuevo escenario en materia de tiempo de trabajo, XXXVIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Sevilla, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2020, p. 132.

[46] Igartua Miró, M.T.: "La promoción de la igualdad de género a través de fórmulas de trabajo flexible. Reflexiones y propuestas a la luz de la Directiva (UE) 2019/1158", *Femeris*, Vol. 7, núm. 2, 2022, p. 95.

[47] Anaut-Bravo, S.: *Servicios sociales: definición en el marco del Estado de Bienestar*, *El sistema de servicios sociales en España*, Anaut-Bravo, S., Coord., Pamplona, Aranzadi, 2019, p. 54.

[48] Rubio Rubio, L. y Dumitrache, C.G.: "Salud y tercera edad", Monereo Pérez, J.L; Maldonado Molina, J.A. y Rubio Herrera, R. (Dirs.): *Prevención y protección de la dependencia: un enfoque transdisciplinar,* Granada, Comares, 2014, p. 103.

Ahora bien, pese a la valoración positiva de la ampliación del ámbito subjetivo, no parece pertinente condicionar el disfrute del derecho de los cuidadores de personas dependientes a la convivencia en el mismo domicilio[49].

Por lo demás, el precepto aquí analizado atribuye a la negociación colectiva la posibilidad de "establecer, con respeto a lo dispuesto en este apartado, los términos de su ejercicio, que se acomodarán a criterios y sistemas que garanticen la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre personas trabajadoras de uno y otro sexo". Se elimina, por tanto, la obligación de intervención convencional establecida con anterioridad, que había venido siendo sistemáticamente incumplida dado el escaso interés de los convenios colectivos por esta materia. En todo caso, en defecto de regulación convencional, el empresario está obligado a iniciar un período de negociación individual durante un máximo de 15 días, actuando bajo los principios de máxima celeridad y de buena fe, alejado de cualquier ánimo caprichoso o abusivo[50], debiendo plantear una oferta alternativa que posibilite, de forma razonable, las pretensiones de conciliación o justificar suficientemente por escrito la negativa fundada en la necesidad de llevar a cabo un esfuerzo empresarial especialmente gravoso. Se presume, en una especie de silencio positivo, su concesión si no concurre oposición motivada expresa en dicho plazo[51].

Una cuestión difícil de resolver es la referida a que la aceptación de la solicitud y su satisfacción pueda requerir medidas organizativas que afectan a otros trabajadores, pudiendo mencionar alguna sentencia que entiende que tales inconvenientes no pueden servir de excusa para fundamentar una decisión empresarial denegatoria[52].

Como señala el precepto estatutario mencionado, las discrepancias entre la persona trabajadora y la empresa en cuanto a la adaptación del tiempo (y lugar) de trabajo debe ser resuelta por el órgano judicial que ventile a posteriori el asunto a través del cauce habilitado por el art. 139 Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (LRJS), que exige realizar un juicio de proporcionalidad doble, relativo a la necesidad, idoneidad y razonabilidad, tanto de la petición como de la denegación con el fin de alcanzar un justo equilibrio entre ambas argumentaciones considerando *in casu* las circunstancias concurrentes y buscando la equidistancia entre posiciones o intereses. La remisión al procedimiento establecido en el art. 139 LRJS refuerza la posición de la persona trabajadora ante una denegación empresarial de lo solicitado, pues, a la postre, puede suponer el reconocimiento del derecho por una vía indirecta: judicial y no legal, acompañada de la posible acumulación en la demanda de una acción por daños y perjuicios causados derivados de la negativa de la empresa a la medida adaptativa o de la demora en la efectividad de tal medida, integrando las garantías propias de los derechos fundamentales a tal proceso cuando se invoque la vulneración de un derecho de tal naturaleza asociado a la conciliación de la vida laboral y familiar, lo cual habilitará, además, la posibilidad de recurrir en suplicación la sentencia de instancia, en principio vetada en esta modalidad procesal.

---

[49] Cano Galán, Y.: "Diseccionando el Real Decreto Ley (ómnibus) 5/2023, de 28 de junio: especial referencia a las novedades laborales y de Seguridad Social", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 9, 2023.

[50] La STSJ Aragón 19 enero 2021 (rec. 637/2020) concreta las exigencias de buena fe en la negociación en los siguientes términos: 1) que la negociación sea efectiva, proponiéndose alternativas; 2) que las partes se esfuercen en justificar los motivos que fundamentan su posición, así como los perjuicios que padecerían si no se aceptara su propuesta; 3) que las alternativas sean motivadas, en el sentido de razonables y satisfactorias; 4) que la eventual negativa de la empresa sea igualmente motivada, en el sentido de objetivamente razonada. Navarro Nieto, F.: "Actualidad normativa y jurisprudencial en los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 262, 2023, autor a quien se ha seguido en la presente exposición.

[51] Criterio seguido en la STSJ Madrid 18 noviembre 2022 (rec. 969/2022).

[52] STSJ Galicia 18 febrero 2022 (rec. 7045/210).

Es más, la indemnización pertinente ha de comprender el resarcimiento de los daños patrimoniales o materiales sufridos, entendidos como aquellos que hayan repercutido de forma clara en la esfera económica de la persona trabajadora tanto por lo que hace al daño emergente (gastos asumidos para contratar servicios de cuidados derivados de actividades extraescolares, servicios domésticos, centros de día, residencias, etc.) como por lo que afecta al lucro cesante (salarios dejados de percibir por ejercer otros derechos que implican mermas retributivas como una reducción de jornada o una excedencia). También incluye, lógicamente, los daños morales anudados al posible atentado al derecho a la no discriminación.

En fin, 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 previa una vez concluido el período acordado o cuando decaigan las causas que motivaron la solicitud. Ahora bien, nada impide solicitar también volver al status primigenio, aunque se mantengan las causas que motivaron la petición, siempre que concurra un cambio de circunstancias que así lo justifique. En este último caso, la empresa podrá denegar el regreso anticipado solicitado solo cuando existan razones objetivas motivadas para ello, debiendo informar al trabajador de las causas que apoyan la decisión[53].

4.3. Ampliación del permiso por nacimiento y cuidado de hijo en las familias monoparentales

Además del permiso (en caso de adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento) para la asistencia a las preceptivas sesiones de información y preparación y para la realización de los preceptivos informes psicológicos y sociales previos a la declaración de idoneidad, siempre que deban tener lugar dentro de la jornada de trabajo, el Decreto Ley 5/2023 introduce un último párrafo en el art. 48.6 ET cuyo tenor reseña que "en caso de haber una única persona progenitora, ésta podrá disfrutar de las ampliaciones completas previstas en este apartado para el caso de familias con dos personas progenitoras". La referencia tiene que entenderse realizada al supuesto de suspensión del contrato por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento, en cuyo caso, se tendrán 16 semanas de suspensión de la actividad para cada persona progenitora, adoptante, guardadora o acogedora, que ahora se multiplican por dos tratando de proteger a las familias monoparentales. Ello supone una cierta corrección de la jurisprudencia, que había venido denegando el derecho al disfrute de ocho semanas adicionales de prestación por nacimiento y cuidado de hijo a la madre en solitario que ya estaba disfrutando de ese derecho[54]. Esta extensión temporal no ha sido, sin embargo, incorporada al art. 49 Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP).

A este respecto cabe recordar que el Real Decreto Ley 6/2019 unificó la licencia por maternidad biológica y el permiso por paternidad en una sola institución denominada permiso por nacimiento y cuidado de menor (art. 48.4 ET), anticipándose a la Directiva 2019/1158 al reconocer que "el nacimiento suspenderá el contrato de trabajo del progenitor distinto de la madre biológica durante 16 semanas". En todo caso, la suspensión del contrato de trabajo, transcurridas las primeras seis semanas inmediatamente posteriores al parto, podrá disfrutarse en régimen de jornada completa o parcial (lo que posibilita que se mantenga el contacto con la empresa y viene a suponer en la práctica una reducción de jornada retribuida sin perjuicio económico al complementarse el salario parcial con la prestación de Seguridad Social parcial), si bien esta segunda posibilidad no constituye un derecho absoluto de padre/madre sino que está condicionada al acuerdo con el empresario. La persona

[53] Nieto Rojas, P.: "La transposición de la Directiva 2019/1158 de conciliación de la vida familiar y la vida profesional a través del Real Decreto Ley 5/2023", *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, núm. 7, 2023, p. 87.

[54] SSTS 2 marzo 2023 (rec. 3972/2020) y 14 junio 2023 (rec. 1642/2022).

trabajadora deberá comunicar a la empresa, con una antelación mínima de quince días, el ejercicio de este derecho en los términos establecidos, en su caso, en los convenios colectivos. Las posibilidades de fraccionar la suspensión se podrán materializar desde la sexta semana hasta que el hijo cumpla doce meses, debiendo utilizar siempre un módulo semanal (una o varias semanas acumuladas), evitando la atomización del permiso[55]. Cuando los dos progenitores que ejerzan este derecho trabajen para la misma empresa, la dirección podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones fundadas y objetivas, debidamente motivadas por escrito (art. 48.4.9 ET), debiendo entender, como efectivamente recoge el art. 48.5 ET para la suspensión por adopción, guarda o acogimiento, que esta limitación se ciñe a las diez semanas distintas de las obligatorias[56].

La prestación económica inherente al nacimiento y cuidado del menor será, tanto para la maternidad como para la paternidad, del 100 por 100 de la base reguladora que se toma en cuenta para el cálculo de la incapacidad temporal por contingencias comunes con los mismos requisitos de cotización para ambos progenitores[57]. En este sentido, aun cuando el subsidio especial de 42 días se reserva para aquellas trabajadoras que no cumplan el período mínimo de carencia en los supuestos de nacimiento, cabe felicitarse por la doble ampliación operada: por una parte, de los sujetos beneficiarios que supone la inclusión del otro progenitor distinto a la madre biológica y la otra persona adoptante, guardadora o acogedora de la pareja que no hubiera disfrutado en su totalidad de la suspensión por maternidad; por otra, de la duración de la prestación y la forma de disfrute, permitiendo que una parte de esta se pueda desarrollar a lo largo del primer año del nacimiento o de la obtención de la resolución judicial o administrativa[58].

4.4. El denominado permiso parental

Teniendo en cuenta que la Directiva reconoce un permiso parental de al menos cuatro meses para cuidar a un menor de ocho años, aunque solo dos deben ser remunerados e intransferibles, el Decreto Ley 5/2023 introduce una nueva causa de suspensión del contrato de trabajo en el art. 45 o) ET en referencia al "disfrute del permiso parental", cuyo régimen jurídico se desarrolla en el art. 48 bis ET bajo los siguientes parámetros:

1) Se configura como un derecho individual de las personas trabajadoras, hombres o mujeres, sin que pueda transferirse.

2) No se condiciona el derecho a la acreditación de ninguna antigüedad en la empresa.

3) El ámbito temporal que posibilita el disfrute del permiso se extiende, al igual que en la Directiva 2019/1158, hasta el momento en que el menor cumpla ocho años.

---

[55] Casas Baamonde, M.E.: "Soberanía sobre el tiempo de trabajo e igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres", *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 3, 2019, p. 238; Pastor Martínez, A.: "Las medidas laborales del 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 educación: un paso hacia la efectividad de la igualdad de trato y de oportunidades desde la corresponsabilidad", *IusLabor*, núm. 1, 2019, p. 201.

[56] Gorelli Hernández, J.: "Hacia la corresponsabilidad mediante la suspensión por nacimiento de hijos", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 53, 2019, p. 290.

[57] Aragón Gómez, C.: "La prestación por nacimiento y cuidado del menor, fruto de la reforma introducida por el Real Decreto Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantizar la igualdad de trato entre mujeres y hombres", *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*. núm. 219, 2019, pp. 229 y ss.

[58] Romero Burillo, A.M.: "De la prestación por maternidad a la prestación por nacimiento y cuidado de menores: una aproximación a la regulación contenida en el Real Decreto Ley 6/2019", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 224, 2019, pp. 83-85.

4) El objeto de este permiso es el cuidado de hijo, hija o menor acogido por tiempo superior a un año. Incluye, por un lado, las situaciones de nacimiento, adopción o acogimiento, y, por otro, cualquier tipo de cuidado (alimentos, educación, acompañamiento…) sea más o menos intenso.

5) La duración del permiso no será superior a ocho semanas, continuas o discontinuas, sin que exista un tope mínimo, pudiendo disfrutarse, bien a tiempo completo, bien en régimen de jornada a tiempo parcial conforme a lo establecido reglamentariamente, pero no se admite una ampliación de la duración en determinados supuestos (discapacidad del hijo o hija, discapacidad de alguno de los progenitores, parto o adopción múltiples, condición de familia numerosa, monoparentalidad…). Corresponderá a la persona trabajadora especificar la fecha de inicio y fin del disfrute o, en su caso, de los períodos de asueto, debiendo comunicarlo a la empresa con una antelación de diez días o la concretada por los convenios colectivos, salvo fuerza mayor, teniendo en cuenta además la situación de aquella y las necesidades organizativas de la empresa. Además, el convenio colectivo a la hora de fijar el plazo de preaviso (mayor o menor de 10 días), habrá de tener en cuenta no sólo la necesidad de cuidado sino "la situación de la empresa y las necesidades organizativas", expresiones que permitirán atender, entre otros parámetros, a la dimensión de la corporación o a la cualificación o posición estratégica de la persona trabajadora dentro de la organización.

6) Aun cuando el lapso temporal (ocho semanas) es sustancialmente inferior al previsto en la Directiva 2019/1158 (dieciséis semanas), lo cierto es que tal discrepancia puede entenderse compensada con la regulación interna de otras instituciones destinadas al cuidado de hijo como las reducciones de jornada, las excedencias o el permiso de dieciséis semanas por paternidad (de solo diez días en la norma europea).

7) Queda pendiente de desarrollo reglamentario si el permiso parental debe ser retribuido o merecedor de una prestación de Seguridad Social. La disposición final 8ª Real Decreto 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 dicha transposición de la Directiva era el 2 de agosto de 2022, pero para la retribución del permiso parental se fija en la propia norma comunitaria un lapso más amplio, concretamente hasta el 2 agosto de 2024, cabe pensar, siguiendo a la mejor doctrina, 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 conlleva[59]. De momento, y dado que no se ha modificado el art. 144 Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), tampoco se ha previsto que el tiempo de disfrute del permiso parental se entienda cotizado a efectos de protección social.

8) El disfrute de este permiso está incluido entre las circunstancias que provocan la nulidad del despido disciplinario (art. 55.5 ET) u objetivo (art. 53.4 ET), lo que significará que le bastará a la persona trabajadora con demostrar que el hecho causante existe (que tiene a su cuidado un hijo menor de ocho años), debiendo entonces probar el empresario que el cese no está relacionado con el ejercicio del derecho señalado; prueba que, de producirse, comportará la declaración de procedencia del despido o, en caso contrario, la mentada nulidad, acompañada de la readmisión, el abono de los salarios dejados de percibir y una indemnización de daños y perjuicios[60].

[59] Nieto Rojas, P.: "La transposición de las Directivas 2019/1158 de conciliación de la vida familiar y la vida profesional a través del Real Decreto Ley 5/2023", cit., p. 88.

[60] Blasco Jover, C.: "Cuando se Cierra una puerta se abre una ventana. El Real Decreto Ley 5/2023 salva in extremis la esencia de la Ley de Familias", cit., p. 15.

9) 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 igual de flexible.

10) Tal y como establece la nueva disposición adicional 19ª.2 ET, también en el supuesto de ejercicio del permiso parental a tiempo parcial el salario a tener en cuenta a efectos del cálculo de las indemnizaciones por despido será el que hubiera correspondido a la persona trabajadora sin considerar la reducción de jornada.

11) Se ha regulado con previsiones semejantes el permiso parental en el EBEP mediante la adición de una nueva letra g) en el artículo 49, dedicado a los "permisos por motivos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, por razón de violencia de género o de violencia sexual y para las víctimas de terrorismo y sus familiares directos". En su último párrafo se aclara que, "A efectos de lo dispuesto en este apartado, el término de madre biológica incluye también a las personas trans gestantes"[61].

4.5. Permiso por fuerza mayor familiar

El art. 7 de la Directiva 2019/1158 regula el permiso por emergencia familiar, concebido como el derecho de las personas trabajadoras a ausentarse del trabajo por motivos familiares urgentes en caso de enfermedad o accidente, que hagan in dispensable la inmediata presencia de la persona trabajadora. Los Estados miembros podrán limitar el derecho a ausentarse del trabajo por fuerza mayor a un tiempo determinado por año o por caso o por año y por caso. Su objetivo último es la atención de circunstancias sobrevenidas tan frecuentes en edades tempranas de los descendientes o en edades avanzadas de los ascendientes[62].

Descendiendo a nuestro ordenamiento interno, como consecuencia de la aprobación del Decreto Ley 5/2023 se ha reconocido también dicho asueto, en virtud del cual se atribuye el derecho retribuido a ausentarse del trabajo (hasta un número de horas equivalente a cuatro días al año) cuando sea necesario por motivos familiares urgentes relacionados con parientes o, mejorando los términos de la Directiva, personas convivientes, en caso de enfermedad o accidente que hagan indispensable la presencia inmediata del trabajador (art. 37.9 ET). Se trata, de nuevo, de un avance importante pensado para la atención de personas mayores dependientes afectados por enfermedades crónicas capaces de generar recidivas, brotes y afecciones que se intensifican en ciertos momentos o de menores de corta edad que frecuentemente sufren enfermedades infecto-contagiosas.

No se lleva a cabo ninguna modificación paralela del EBEP, de manera que en principio los empleados públicos no disfrutarán de este permiso, salvo que pudiera relacionarse con el permiso contemplado en la letra j) del art. 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 supuesto no está vinculado con la conciliación de la vida familiar y laboral[63].

[61] Cabero Morán, E.: "El ejercicio corresponsable de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral de las personas trabajadoras", *Trabajo y Derecho*, núm. 105, 2023.

[62] Rodríguez Escanciano, S.: "La Directiva 2019/1158, de 20 de julio, relativa a la conciliación de la vida familiar y profesional de los progenitores y cuidadores. Su transposición al ordenamiento jurídico español", *Anuario Coruñés de Derecho Comparado del Trabajo*, Vol. XIV, 2022, p. 249 y ss.

[63] De la Flor Fernández, M.L.: "La Directiva sobre conciliación y su transposición en España", *Temas Laborales*, núm. 168, 2023, p. 52

4.6. Permiso para cuidadores

El art. 6 de la Directiva 2019/1158 regula un permiso de cinco días laborales, introduciendo dos conceptos básicos: por un lado, el de "cuidador", que comprende a aquel sujeto que "dispensa cuidados o presta ayuda en caso de enfermedad grave o dependencia a un familiar o a una persona que viva en el mismo hogar que el trabajador y que necesite asistencia o cuidados importantes por un motivo médico grave, conforme a lo definido por cada Estado miembro"; por otro, el de "familiar", que incluye al "hijo, hija, padre, madre o cónyuge del trabajador o pareja de hecho de este cuando las uniones de hecho están contempladas en el derecho nacional"[64]. Nada dice el art. 8 de la Directiva sobre la remuneración durante el disfrute de este lapso, al contrario de lo que se reconocía en la propuesta inicial de la Comisión, dejando libertad a los Estados miembros en tal sentido al calor del texto definitivo.

En el ordenamiento español, además de reconocer el permiso por matrimonio a las parejas de hecho registradas [art. 37.3 a) ET] y de fijar en dos días (ampliables a cuatro en caso de desplazamiento) el permiso por fallecimiento del cónyuge, pareja de hecho o parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad [art. 37.3 b) bis ET], se reconoce un permiso 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 de hecho, así como de cualquier otra persona distinta de las anteriores, que conviva con el trabajador en el mismo domicilio y que requiera el cuidado efectivo de aquel [art. 37.3 b) ET]. 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[65]. Además se incluye en el listado de beneficiarios a las personas convivientes, sin que se exija un período previo en tal sentido.

Ahora bien, la enumeración exhaustiva de causas realizada por el art. 37.3 b) ET no incluye las necesidades de atención de las personas dependientes por enfermedad crónica o por edad que afrontan con mayor intensidad las personas trabajadoras diariamente[66].

4.7. Permiso para el cuidado del lactante

El actual Real Decreto Ley 5/2023 ha modificado el art. 37.4 ET en relación con la ausencia o reducción de jornada por lactancia para permitir el ejercicio compartido por ambos progenitores, que sólo será susceptible de limitación por razones fundadas y objetivas de funcionamiento de la empresa si ambos trabajan en la misma, debiendo motivarlas "por escrito" y ofreciendo, además, un plan alternativo que asegure el disfrute de ambas personas trabajadoras y que posibilite el ejercicio de los derechos de conciliación[67].

Se sigue ofreciendo a sus titulares ("progenitores, adoptantes, guardadores o acogedores") las tres opciones tradicionales: la hora de ausencia al trabajo, que se podrá dividir en dos fracciones,

[64] Lousada Arochena, J.F.: "La construcción de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral como derechos fundamentales", *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 9, 2019, pp. 783 y ss.

[65] Nieto Rojas, P.: "La transposición de la Directiva 2019/1158 de conciliación de la vida familiar y la vida personal a través del Real Decreto Ley 5/2023", *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, núm. 7, 2023, p. 93.

[66] De la Flor Fernández, M.L.: "La Directiva sobre conciliación y su transposición en España", *Temas Laborales*, núm. 168, 2023, p. 51

[67] Cano Galán, Y.: "Diseccionando el Real Decreto Ley (ómnibus) 5/2023, de 28 de junio: especial referencia a las novedades laborales y de Seguridad Social", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 9, 2023.

la reducción de la jornada en media hora o la acumulación en jornadas completas en los términos previstos en la negociación colectiva o en el acuerdo al que se llegue con el empresario. Continúa dependiendo de la voluntad de los interesados, como no podría ser de otra forma, acogerse a una u otra modalidad de ejercicio, todas ellas compensadas económicamente de manera íntegra hasta los nueve meses del menor, debiendo preavisarse al empresario "con una antelación de quince días a la fecha en que se iniciará y finalizará el permiso" (art. 37.7 ET)[68]. Las discrepancias respecto de la concreción del permiso se resolverán a través de la vía del art. 139 LRJS.

Se mantiene la situación protegida por la Seguridad Social que da derecho a la correspondiente prestación, cuyo objeto es únicamente la reducción de la jornada en media hora de los dos progenitores para cuidar al menor desde que éste cumple los nueve meses hasta los doce, quedando excluidas la opción por la hora de ausencia o la acumulación. Tal prestación, que consiste en un "subsidio equivalente al 100 por 100 de la base reguladora establecida para la prestación de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes", pretende paliar durante esos tres meses el detrimento salarial sufrido (art. 185 LGSS), pero solamente va a ser reconocida a uno de los progenitores cuando en ambos concurran las circunstancias necesarias para tener la condición de beneficiarios (art. 184.2 LGSS), lo cual dificulta, sin duda -y como crítica-, la pretendida corresponsabilidad[69].

4.8. Reducción de jornada por cuidado de familiares

Se prevé, tras la promulgación del Real Decreto Ley 5/2023, la extensión de la reducción de jornada por guarda legal de un menor de doce años, persona con discapacidad que no desempeñe actividad retribuida o parientes hasta el segundo grado por consanguinidad o afinidad al cuidado directo del cónyuge, pareja de hecho y al familiar consanguíneo de la pareja de hecho, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo. En todo caso, la reducción debe seguir siendo diaria y oscilar entre un octavo y la mitad de la jornada (art. 34.6 ET).

Aun cuando se considera el salario correspondiente a la jornada completa para calcular las indemnizaciones previstas en el Estatuto de los Trabajadores en el caso de trabajadores que tengan reducida su jornada por motivos de conciliación, la ausencia de remuneración sigue provocando que sean las mujeres quienes principalmente utilizan esta medida. Por tal razón, la nueva expresión relativa a que "en el ejercicio de 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", puede generar la duda de si en caso de solicitud por dos progenitores de distinto sexo, la concesión debería realizarse al hombre en detrimento de la mujer[70].

4.9. Excedencia por cuidado de familiares

Se incluye el "cuidado del cónyuge o pareja de hecho" y del "familiar consanguíneo de la pareja de hecho", junto al ya tradicional "familiar hasta el segundo grado de consanguinidad y por afinidad" en las excedencias por cuidado de familiares (art. 46.3 ET). No se exige, empero, convivencia con el familiar.

---

[68] García Campá, S.: "Criar sin parir. Sexo y género como categorías de análisis jurídico en la Sentencia del Tribunal Constitucional 111/2018, de 17 de octubre", *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 433, 2019, p. 171.

[69] Blasco Jover, C.: "La nueva configuración del permiso por lactancia y del derecho a la adaptación de jornada tras el Real Decreto Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para la igualdad de mujeres y hombres en el empleo y la ocupación", *Revista Internacional y comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo. Adapt*, Vol. 7, núm. 2, 2019, p. 63.

[70] Cano Galán, Y.: "Diseccionando el Real Decreto Ley (ómnibus) 5/2023, de 28 de junio: especial referencia a las novedades laborales y de Seguridad Social", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 9, 2023.

Se mantiene su duración máxima de dos años, las razones motivadoras (familiares que por razón de edad, accidente, enfermedad o discapacidad no puedan valerse por sí mismos) y el requisito de que no desempeñen actividad retribuida (lo que es compatible con la percepción de otros ingresos, como prestaciones de Seguridad Social, o rentas)[71]. Al igual que en el supuesto de reducción de jornada de los arts. 37.4 y 6 ET, se añade, como limitación empresarial al disfrute por dos personas trabajadoras de la empresa respecto del mismo sujeto causante, que deberá ser por "razones fundadas y objetivas de funcionamiento debidamente motivadas por escrito", debiendo la empresa ofrecer "un plan alternativo que asegure el disfrute de ambas personas trabajadoras y que posibilite el ejercicio de los derechos de conciliación".

No cabe olvidar, como tarea pendiente, que las excedencias, de duración no superior a tres años para el cuidado de cada hijo (incluidos los casos de guarda con fines de adopción y acogimiento permanente) o de dos (ampliables por la negociación colectiva) para el cuidado de familiares, no son retribuidas y no cuentan con protección social directa más allá de la consideración como cotizado del período de disfrute (art. 46 ET).

4.10. Cuidado de menores enfermos

Además del clásico derecho a ausentarse del trabajo durante una hora en caso de nacimiento prematuro o cuando el hijo deba permanecer hospitalizado tras el parto y también derecho a reducir la jornada hasta dos horas con disminución proporcional del salario, merece una valoración positiva la regulación que se atribuye al progenitor, guardador con fines de adopción o acogedor permanente, durante la hospitalización y tratamiento continuado del menor a cargo afectado por cáncer o por otra enfermedad grave, que implique ingreso hospitalario de larga duración, el derecho a una reducción de la jornada, con disminución proporcional del salario, de al menos la mitad de la duración de aquella; como máximo hasta que el sujeto causante cumpla los veintitrés años o, en algunos casos, los veintiséis, teniendo acceso a un subsidio de Seguridad Social que solo podrá percibir uno de los potenciales beneficiarios (art. 34.6 ET). En concreto, desde el 1 de abril de 2023, cumplidos los 18 años, se podrá reconocer la prestación hasta que la persona causante cumpla los 23 años en los supuestos de padecimiento de cáncer o enfermedad grave diagnosticada antes de alcanzar la mayoría de edad. Asimismo, se mantendrá la prestación económica hasta que la persona causante cumpla los 26 años si antes de alcanzar los 23 años acreditara, además, un grado de discapacidad igual o superior al 65 por ciento. Por otro lado, en los supuestos de nulidad, separación, divorcio o extinción de la pareja de hecho, así como cuando se acredite ser víctima de violencia de género, el derecho se reconocerá a favor de la persona progenitora, guardadora o acogedora que conviva con la persona enferma, aunque el otro no trabaje (Real Decreto 677/2023, de 18 de julio).

El Real Decreto Ley 5/2023 prevé ahora, como en el caso del permiso para el cuidado del lactante, una nueva obligación empresarial consistente en ofrecer un plan alternativo en el caso de que se pretenda limitar el ejercicio simultáneo del derecho por parte de dos o más personas trabajadoras de la misma empresa.

Con todo, y pese a estos avances y la necesidad de seguir profundizando en el camino de la corresponsabilidad tal y como postula el vigente V Acuerdo para el Empleo y la Negociación

[71] Como ha señalado el Tribunal Supremo, el supuesto de cuidado de familiares por razones de edad no incluye la excedencia para el cuidado de los hijos mayores de tres años, porque como regla estos no encajan en el supuesto de que no puedan valerse por sí mismos y no realicen actividades retribuidas. Otra cosa es que la razón para atender el cuidado de un hijo mayor de tres años sea, no meramente la edad, sino las restantes causas enunciadas en el párrafo segundo del art. 46.3 ET (accidente, enfermedad o discapacidad). STS 5 febrero 2021 (rec. 3018/20).

Colectiva[72], no hay que olvidar tampoco la existencia de otra dimensión de la conciliación que concierne al propio bienestar de la persona que trabaja cuando ejerce sus actividades de descanso, de esparcimiento, de ocio y de libre desarrollo de su personalidad. La conciliación no ha de mostrar solo la faceta de disposición "para los demás" sino que debe desplegar también efectos hacia aquella otra que suponga un beneficio para la propia persona usuaria. De ahí la oportunidad político jurídica de abordar también el debate sobre la reducción de la jornada máxima, que, sin duda, será objeto de atención en sucesivos números de la Revista.

[72] Las Organizaciones empresariales y sindicales firmantes del Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva comparten la necesidad de promover la igualdad real entre mujeres y hombres en el empleo. Para conseguir este objetivo, es preciso seguir avanzando en medidas que contribuyan a eliminar las desigualdades que se producen en el ámbito de las empresas, así como *profundizar en medidas de conciliación corresponsable de la vida personal, laboral y familiar, que se deben compatibilizar con las necesidades organizativas y productivas de las empresas*. 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 de las personas trabajadoras. Por ello los convenios colectivos en el ámbito de sus competencias deben establecer una regulación garantista y promocional. Cfr. Capítulo XII ("Igualdad entre mujeres y hombres") del V Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva. Resolución de 19 de mayo de 2023, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el V Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva. «BOE» núm. 129, de 31 de mayo de 2023. https://www.boe.es/eli/es/res/2023/05/19/(2)/dof/spa/pdf