

**LAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR EL REAL DECRETO-LEY
5/2023, DE 28 DE JUNIO, EN CUMPLIMIENTO DE LA DIRECTIVA (UE)
2019/1158, DE 20 DE JUNIO: OTRO IMPORTANTE PASO ADELANTE HACIA
LA CONCILIACIÓN CORRESPONSABLE**

Xavier Solà i Monells
Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Autónoma de Barcelona

Abstract

El Real Decreto-Ley 5/2023, de 28 de junio, ha introducido cambios importantes en diversos mecanismos de conciliación del derecho interno español para completar la transposición de la Directiva (UE) 2019/1158, de 20 de junio. El presente estudio analiza con detalle las modificaciones realizadas para determinar su alcance, identificar los problemas aplicativos que pueden generar y valorar el resultado final desde una perspectiva crítica.

Royal Decree-Law 5/2023, of 28 June, has introduced important changes to various conciliation mechanisms in Spanish domestic law in order to complete the transposition of Directive (EU) 2019/1158 of 20 June. This study analyses in detail the amendments made in order to determine their scope, identify the enforcement problems they may generate and assess the final result from a critical perspective.

Title: The modifications introduced by the Royal Decree-law 5/2023, of June 28th, in compliance with Directive (EU) 2019/1158, of June 2019: another important step forward towards corresponsable conciliation

Palabras clave: igualdad, conciliación, corresponsabilidad, Directiva 2019/1158, Ley de Familias

Keywords: equality, conciliation, co-responsibility, Directive 2019/1158, Family Law

IUSLabor 3/2023, ISSN 1699-2938, p. 4-49

DOI. 10.31009/IUSLabor.2023.i03.01

Fecha envío: 20.10.2023 | Fecha aceptación: 15.11.2023 | Fecha publicación: 5.12.2023

Sumario

1. Justificación y objetivos
2. Cambios en materia de permisos retribuidos
 - 2.1. Ampliación subjetiva y cuantitativa del permiso reconocido en el artículo 37.3.b) del TRLET
 - 2.1.a) Justificación de la intervención
 - 2.1.b) Delimitación y alcance de las modificaciones
 - 2.2. Creación de una nueva tipología: el permiso por fuerza mayor familiar (artículo 37.9 del TRLET)
 - 2.3. Otros ajustes
3. Clarificación y potenciación del derecho de adaptación de condiciones de trabajo (artículo 34.8 del TRLET)
 - 3.1. Incorporación de una delimitación subjetiva general
 - 3.2. Mejora del procedimiento legal subsidiario
 - 3.3. Ampliación de la obligación empresarial de justificación
 - 3.4. Potenciación del derecho a recuperar las condiciones de trabajo previas
4. Creación de un nuevo mecanismo de conciliación: el permiso parental (artículo 48 bis del TRLET)
 - 4.1. Naturaleza y titularidad
 - 4.2. Duración y cobertura económica
 - 4.3. Distribución
 - 4.4. Procedimiento de ejercicio
5. Otras modificaciones
 - 5.1. Ampliación subjetiva de la reducción de jornada y la excedencia para cuidado de familiares
 - 5.2. Mejora de las reglas de protección de los intereses empresariales en el ámbito de los artículos 37.4, 37.6 y 46.3 del TRLET
 - 5.3. Incremento de la protección antidiscriminatoria y frente al despido de las personas que utilizan mecanismos de conciliación
 - 5.4. Una pequeña e insuficiente mejora para las familias monoparentales
6. Reflexión final
7. Bibliografía

1. Justificación y objetivos

La aprobación 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 profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo (en adelante Directiva 2019/1158) constituye uno de los hitos más destacados del marco normativo europeo en la larga lucha en pro de la igualdad efectiva entre mujeres y hombres. Como se ha destacado, la aprobación de esta norma supone una “*revolución de los derechos de conciliación*”¹, que tiene como ejes centrales la promoción de la corresponsabilidad, la potenciación de los mecanismos de conciliación cualitativos basados en la adaptación de las condiciones de trabajo sin afectación al *quantum* de jornada, la superación del núcleo familiar como ámbito de los cuidados y la protección efectiva de las personas que ejercitan tales derechos frente a cualquier conducta discriminatoria.

El Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, de garantías urgentes para la igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación (en adelante RDL 6/2019), modificó profundamente varios de los instrumentos de conciliación articulados por el derecho interno español dando cumplimiento por anticipado a muchas de las obligaciones que la entrada en vigor de esa norma comunitaria generó para el Estado español. No obstante, desde un primer momento la doctrina advirtió la existencia de diversos desajustes que aquella reforma normativa no había evitado y que debían resolverse antes de la finalización del plazo de transposición, el 2 de agosto de 2022.

El camino seguido para aprobar la norma que completase la transposición de la Directiva 2019/1158 ha sido largo y complejo. Se inicia formalmente poco antes de la expiración del plazo, en junio de 2022, con la apertura de una consulta pública previa a la elaboración de un anteproyecto. El Anteproyecto de Ley de Familias se aprueba formalmente por el Consejo de Ministros el 13 de diciembre de 2022² y unos meses más tarde, el 28 de marzo, se aprueba el Proyecto de Ley, presentado al Congreso de los Diputados el día 30 del mismo mes³. La tramitación quedó abortada poco después por la convocatoria anticipada de elecciones generales, que comportó la disolución de las Cortes Generales.

¹ La expresión corresponde a MANEIRO VÁZQUEZ, Yolanda, *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.

² Puede consultarse su texto íntegro y la extensa Memoria que lo acompaña en <https://www.mdsocialesa2030.gob.es/servicio-a-la-ciudadania/proyectos-normativos/documentos/apl-ley-familias.pdf>

³ https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-151-1.PDF

Consciente de la amplia superación del plazo máximo de transposición y tras recibir algunas advertencias de la Comisión Europea, el Gobierno decidió incorporar en el Real Decreto-Ley 5/2023, de 28 de junio (en adelante RDL 5/2023), que incluye un conjunto muy amplio y diverso de medidas⁴, una parte del Proyecto de la Ley de Familias, concretamente las modificaciones al Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado mediante el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre (en adelante TRLET); al Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre; y a la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social. Todas estas modificaciones se ubicaron en el Libro Segundo de la norma de urgencia y entraron en vigor de forma inmediata, el 30 de junio de 2023⁵.

El objetivo del presente trabajo es realizar un análisis detallado de los cambios que el RDL 5/2023 ha introducido en TRLET, identificar los eventuales problemas aplicativos que pueden generar y valorar el resultado desde una perspectiva crítica para determinar, de una parte, si realmente completan la transposición de la Directiva 2019/1158, y de otra, si ofrecen soluciones adecuadas a las necesidades de cuidados que actualmente afrontan las personas trabajadoras y promocionan una atención equilibrada de tales necesidades entre mujeres y hombres.

Para conseguir que el análisis sea lo más ordenado y claro posible conviene estructurarlo en tres grandes bloques, que corresponden a los principales ámbitos de incidencia del RDL 5/2023 (permisos retribuidos, derecho de adaptación de condiciones de trabajo y permiso parental), dejando un último bloque para otras modificaciones sobre cuestiones concretas pero no por ello menos trascendentes.

⁴ El mismo título de la norma, que por su extensión no se ha incluido en texto, da cuenta de esta característica, “*por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad; de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles y conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores; y de ejecución y cumplimiento del Derecho de la Unión Europea (en adelante RDL 5/2023)*”.

⁵ Así lo establece la Disposición Final novena del RDL 5/2023 que respecto a estos contenidos no cree necesario posponer la entrada en vigor, a diferencia de otros apartados, para los que se establece una *vacatio legis* de un mes (Libro Primero y Título VII del Libro Quinto) o se retrasa hasta la aprobación del desarrollo reglamentario (Título III del Libro Tercero).

2. Cambios en materia de permisos retribuidos

2.1. Ampliación subjetiva y cuantitativa del permiso reconocido en el artículo 37.3.b) del TRLET

2.1.a) Justificación de la intervención

La primera novedad relevante que introduce el RDL 5/2023 respecto a los permisos retribuidos es la ampliación subjetiva y cuantitativa del permiso contemplado en el artículo 37.3.b) del TRLET, habitualmente denominado “*permiso por infortunios familiares*”⁶, previsto hasta ese momento para hipótesis de “*fallecimiento, accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario (...)*” de determinados familiares. La pretensión de tal cambio es, según indica expresamente la norma reformadora en el apartado III de su preámbulo, transponer al ordenamiento español el permiso para cuidadores previsto en el artículo 6 de la Directiva 2019/1158.

La doctrina había puesto de manifiesto en numerosas ocasiones la disonancia que existía entre el derecho interno español y el derecho de la UE en relación al ámbito subjetivo del permiso para cuidadores, dado que el artículo 3.1.d) de la Directiva 2019/1158 atribuye el derecho no solo a las personas que deben prestar cuidados a un “*familiar*” sino también a “*a una persona que viva en el mismo hogar que el trabajador y que necesite asistencia o cuidados importantes por un motivo médico grave*”. Más compleja resultaba la identificación del concreto mecanismo sobre el que debía actuarse operando la ampliación subjetiva necesaria para adecuar el derecho interno. Respecto a esta cuestión no existía consenso, porque no se identificaba en la normativa española una institución que correspondiese claramente a aquel permiso. Ni la reducción de jornada ni la excedencia por cuidado de hijos y otros familiares (artículos 37.6 y 46.3 del TRLET, respectivamente) se consideraban del todo adecuadas porque, aun existiendo puntos de coincidencia en los supuestos justificativos, son mecanismos concebidos para utilizarse durante períodos prolongados de tiempo, mientras que aquel permiso se configura para atender necesidades de cuidados puntuales. Tampoco el permiso contemplado en el artículo 37.3.b) del TRLET se consideraba un mecanismo exactamente equivalente, pero aún así la opinión más extendida entre la doctrina era que, excepto en relación al ámbito subjetivo, el conjunto de instituciones previstas en el derecho interno permitía entender cubiertas las exigencias del artículo 6 de la Directiva 2019/1158⁷.

⁶ BASTERRRA HERNÁNDEZ, Miguel, “Los permisos retribuidos del artículo 37.3 del ET: un análisis aplicativo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 195, 2017, p. 9-13.

⁷ Tal es la conclusión a la que llega CABEZA PEREIRO, Jaime, “La Directiva (UE) 2019/1158 y su transposición al derecho interno”, en MARTÍNEZ YÁÑEZ, Nora María y RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Emma

El RDL 5/2023 se aparta claramente de esa posición doctrinal porque presupone, de una parte, que la figura equivalente en el derecho interno al permiso de cuidadores es el permiso contemplado en el artículo 37.3.b) del TRLET, y de otra que, con independencia del desajuste en el ámbito subjetivo, el derecho español no cubre las exigencias del derecho de la UE. Ambas consideraciones son, en mi opinión, acertadas.

Entre la necesidad de “*prestar cuidados o ayuda personales*” (a un familiar) o “*asistencia y cuidados importantes por un motivo médico grave*” (a una persona con la que se conviva) y la necesidad de atención derivada de “*accidente o enfermedad grave, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario*” existe un evidente paralelismo. Un paralelismo que permite sustentar, sin forzar los términos, que la segunda delimitación de los hechos causantes constituye una especificación de la primera -mucho más genérica-⁸, en consonancia con el propio artículo 3.1.d) de la Directiva 2019/1158, que atribuye a los Estados miembros la “*definición*” de las concretas circunstancias que generan el permiso para cuidadores. Además, en ambos casos nos hallamos ante instrumentos que permiten dejar de trabajar períodos cortos de tiempo, concretamente unos pocos días, de forma que también desde esta perspectiva se aprecia un encaje lógico, que no existe en el caso de la reducción de jornada ni en el de la excedencia⁹.

Canalizar la transposición del permiso para cuidadores reconocido en el artículo 6 de la Directiva 2019/1158 a través del artículo 37.3.b) del TRLET supone que las ausencias derivadas de su ejercicio tendrán garantizada una cobertura económica completa. Nos

(directoras) *Conciliación y corresponsabilidad de las personas trabajadoras. Presente y futuro*, Barcelona, J.M. Editor, 2020, p. 77. Dicho autor considera que “*no es claro en este punto que deba apreciarse una discordancia entre el Derecho interno y la Directiva de conciliación (...) resulta difícil que a este respecto pueda concluirse un incumplimiento de la misma, aunque nada cambie en la norma interna en relación a los permisos de cuidadores*”, En la misma línea se ha afirmado que el permiso para cuidadores “*no va a suponer cambios sustanciales*”, porque “*nuestro ordenamiento contempla desde hace tiempo algunas fórmulas para la atención de mayores y dependientes*” (LÓPEZ ÁLVAREZ, María José, “*La adaptación de la directiva de conciliación de la vida familiar y profesional al ordenamiento español*”, *Femeris*, vol. 7, nº 2, 2022, p. 77-78). En contra se posiciona RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana, “*Trabajo y corresponsabilidad familiar: análisis a la luz de la Directiva 2019/1158*”, *Diario La Ley*, nº 9600, 2020, p. 7. En su opinión el artículo 6 de la Directiva 2019/1158 “*obliga a la intervención del legislador español diseñando un permiso específico*”,

⁸ La doctrina ha destacado “*el manejo de terminología deliberadamente imprecisa*” respecto a la justificación causal del permiso para cuidadores, particularmente en la hipótesis de las personas convivientes, que “*apela a una situación de cierta entidad, pero que no tiene que ser necesariamente una enfermedad, sino cualquier otro motivo médico*”, dando cabida a “*situaciones epidemiológicas, limitaciones motrices, dependencias de cierta medicación y otros tantos motivos que no se relacionen necesariamente con una patología o un accidente sobrevenidos*” (CABEZA PEREIRO, Jaime, “*La Directiva de conciliación de la vida familiar y laboral*”, *Revista de Derecho Social*, nº 92, 2020, p. 66).

⁹ Coincide en este punto LÓPEZ ÁLVAREZ, María José, “*La adaptación...*”, *ob. cit.*, p. 78.

hallamos ante un permiso retribuido y ello supone, como ha señalado repetidamente la jurisprudencia, que la parte empresarial deberá seguir pagando tanto el salario base como los complementos salariales que integren la retribución ordinaria de la persona trabajadora que lo ejercita, aunque no exista prestación de servicios¹⁰. Conviene recordar que la Directiva 2019/1158 no impone a los Estados miembros la articulación de una cobertura económica para el permiso para cuidadores¹¹, aunque en su Considerando núm. 32 les “*anima*” a establecerla “*a fin de garantizar que los cuidadores ejerzan realmente este derecho, en particular los hombres*”. El RDL 5/2023 atiende esta recomendación y ello merece una valoración positiva, porque facilita e incentiva el ejercicio efectivo del derecho.

Situada la referencia en el artículo 37.3.b) del TRLET resulta clara la existencia de una discordancia cuantitativa. La norma estatutaria reconoce dos días de permiso por cada hecho causante, que pueden incrementarse a cuatro días si “*la persona trabajadora necesite hacer un desplazamiento al efecto*”, mientras que el derecho europeo otorga “*cinco días laborables al año por trabajador*”. En muchos casos el derecho interno ofrecerá un resultado superior (siempre que se produzcan más de dos hechos causantes durante el año, hipótesis en la que se tendrá derecho como mínimo a seis días de permiso), pero en otros la duración del permiso puede quedar por debajo de esos cinco días (cuando solo se produzcan uno o dos hechos causantes y no se requiera desplazamiento). Así pues, no solo se requería un ajuste subjetivo sino también cuantitativo y desde esa perspectiva se explican los cambios introducidos por el RDL 5/2023.

¹⁰ Véase, por todas, la STS de 23 de junio de 2021 (rec. 161/2019), donde se discute el mantenimiento de un plus de idiomas, un complemento por festivos y domingos y un plus de nocturnidad cuando se utiliza el permiso previsto en el artículo 37.3.b) del TRLET. Recuperando el criterio establecido en anteriores pronunciamientos, particularmente la STS de 6 de marzo de 2012 (rec. 80/2011) y la STS de 3 de diciembre de 2019 (rec. 141/2018), el Tribunal Supremo admite que “*el convenio colectivo puede incidir sobre el importe de la remuneración*” pero destaca la existencia de un “*mínimo indisponible, que no es otro que la inclusión de todos aquellos conceptos que se vinculen a la contraprestación efectiva a la actividad laboral ordinaria*”, La aplicación de esta regla lleva a mantener aquellos tres complementos, una solución que también se fundamenta en el artículo 4 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, de Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres, conforme al cual resulta obligado tener presente el principio de igualdad de trato en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas. El Tribunal Supremo destaca que en la práctica aquel permiso es utilizado mayoritariamente por mujeres y que una interpretación que niegue el pago de los complementos discutidos “*por más que pretenda ser neutra y exenta de todo ánimo lesivo para el derecho de igualdad, tiene en este punto un mayor impacto sobre el colectivo femenino*”, concluyendo que supondría “*un supuesto de discriminación indirecta para las mujeres*”,

¹¹ Esta figura queda fuera del artículo 8, donde se determina qué mecanismos deben tener garantizada una “*remuneración o prestación económica*”, La garantía se reduce al permiso de paternidad y a una parte del permiso parental, circunstancia que llevó a la doctrina a “*apreciar una cautela regulatoria que lleva a configurar un derecho de mínimos*” respecto al permiso para cuidadores (LÓPEZ ÁLVAREZ, María José, “La adaptación...”, *ob. cit.*, p. 77.

2.1.b) Delimitación y alcance de las modificaciones

El primer cambio que se introduce en el artículo 37.3.b) del TRLET consiste en la ampliación del elenco de sujetos que otorgan derecho al permiso, incorporando al “cónyuge”, a la “pareja de hecho”, al “familiar consanguíneo de la pareja de hecho” y a “cualquier otra persona distinta a las anteriores que conviva con la persona trabajadora en el mismo domicilio y que requiera el cuidado efectivo de aquella”. Revisemos con detenimiento cada una de estas hipótesis.

La adición del cónyuge es con toda seguridad la novedad menos relevante, dado que la anterior versión del precepto incluía, como la actual, los parientes por afinidad hasta segundo grado y ello había llevado a considerar que la falta de una referencia expresa a aquel constituía un error u olvido del legislador, que en ningún caso podría comportar la negación del permiso para atender al cónyuge¹².

El primer cambio significativo lo encontramos en la inclusión de la pareja de hecho. Es un ajuste forzado por el artículo 1.e) de la Directiva 2019/1158, que considera “familiar” a la “pareja de hecho cuando las uniones de hecho estén reconocidas en el Derecho nacional” y permite acabar con una diferencia de trato difícilmente justificable, que la negociación colectiva había corregido en un número considerable de casos¹³.

La inclusión de la pareja de hecho tiene como consecuencia lógica e inmediata que se incorporen también sus familiares consanguíneos. Aunque la norma se refiera en singular a “familiar” parece obvio que quedan comprendidos todos los familiares hasta segundo grado, igual que en las parejas conyugales, porque lo contrario sería mantener una diferencia de trato contraria a la finalidad de la norma, que no es otra que la equiparación de ambas situaciones.

¹² ROJO TORRECILLA, Eduardo, “Permisos y licencias (Análisis del artículo 37.3 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y de su desarrollo convencional)”, en APARICIO TOVAR, Joaquín y LÓPEZ GRANDÍA, Juan (coordinadores), *Tiempo de trabajo*, Albacete, Bomarzo, 2007, p. 217.

¹³ Como acertadamente ha señalado la doctrina (BLASCO JOVER, Carolina, “Cuando se cierra una puerta se abre una ventana: el RD ley 5/2023 salva in extremis la esencia de la ley de familias”, *Lex Social. Revista De Derechos Sociales*, nº 13, 2023, p. 22) la duda que puede plantearse en este punto, y también respecto a otros derechos donde se incorpora a las parejas de hecho (artículo 37.3.b.bis, artículo 37.9, artículo 37.6 y artículo 46.3 del TRLET), es si quedan incluidas todas o solo las formalizadas en el correspondiente registro público. Dicha autora se inclina por la primera opción, que sin duda parece la más consistente, atendiendo a la literalidad de la norma -que no requiere expresamente ese registro, a diferencia del artículo 37.7.a) del TRLET- y a la finalidad de los distintos derechos implicados, aunque el problema puede diluirse en aquellas hipótesis donde se da entrada a las personas convivientes, dado que por esta vía quedarían cubiertas las parejas de hecho no registradas.

Todavía más novedoso es el cuarto cambio, que supone la incorporación al derecho interno de las nuevas necesidades de cuidado derivadas de formas de convivencia diferentes a la familia tradicional, unas necesidades reconocidas y tuteladas por la norma europea. La modificación se concreta en incluir entre los sujetos que pueden generar derecho al permiso a quienes convivan en el mismo domicilio de la persona trabajadora¹⁴ y “*requieran el cuidado efectivo*” de aquella. Esta última exigencia es la que puede plantear mayores problemas interpretativos¹⁵, que deberán resolverse caso por caso atendiendo al vínculo existente entre ambos sujetos y a la causa que genera derecho al permiso, es decir, al accidente, enfermedad grave, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precisa reposo domiciliario.

El segundo cambio que se introduce sobre el permiso contemplado en el artículo 37.3.b) del TRLET es la ampliación del número de días de permiso, que pasa de dos a cinco, y su unificación, dado que en el nuevo régimen normativo resulta irrelevante si se requiere o no desplazamiento. La duración no resulta afectada por esta circunstancia, a diferencia de lo que sucedía en el marco normativo precedente y se mantiene para el permiso por fallecimiento reubicado en el artículo 37.3.bis del TRLET.

No cabe duda de que esta ampliación de duración cubre las exigencias del derecho de la UE, dado que se garantiza a toda persona trabajadora un mínimo de cinco días anuales de permiso para prestar cuidados a familiares o convivientes que lo requieran, pero la forma como se lleva a cabo es cuestionable porque se mantiene la fórmula utilizada por el derecho interno, reconociendo un número de días por cada hecho causante, y no se incorpora ningún límite máximo¹⁶, que probablemente hubiese resultado oportuno teniendo en cuenta que la duración se ha incrementado más del doble respecto a la duración ordinaria anterior.

La unificación de la duración planteará, a buen seguro, problemas aplicativos respecto a las numerosas cláusulas existentes en los convenios colectivos que reproducen el anterior esquema del artículo 37.3.b) del TRLET, otorgando días adicionales de permiso cuando se requiera desplazamiento, en términos iguales o superiores a los reconocidos por el marco normativo precedente. La solución más razonable pasa, a mi entender, por

¹⁴ A falta de mayores precisiones, cabe interpretar que la norma requiere una convivencia efectiva y también mínimamente continuada o estable, que ordinariamente deberá acreditarse a través del empadronamiento. No se exige, por el contrario, que los convivientes que requieren cuidados sean familiares, de forma que pueden incluirse cualquier persona, incluso parientes más allá del segundo grado de consanguinidad o afinidad.

¹⁵ El Consejo Económico y Social ya advirtió sobre el “*carácter abierto de la expresión cuidado efectivo*” (Dictamen 6/2023, de 10 de marzo, sobre el Anteproyecto de Ley de Familias, p. 25).

¹⁶ Ya sea un número máximo de días de permiso al año, ya sea un número máximo de hechos causantes que pueden generar derecho a permiso.

considerar inaplicables tales previsiones porque ha desaparecido la base legal que las sustentaba, aplicando el mismo criterio que la jurisprudencia ha utilizado para resolver las desajustes generados años atrás por la supresión del permiso retribuido por nacimiento de hijo¹⁷.

Finalmente, no podemos dejar de señalar un aspecto sobre el que el RDL 5/2023 podía haber incidido pero que no ha sufrido cambios: la especificación de la naturaleza de los días de permiso reconocidos en el artículo 37.3.b) del TRLET, esto es, la clarificación de si se trata de días naturales o laborables. Es sobradamente conocida inseguridad jurídica que ha planteado esta cuestión, que ha derivado en muchísima conflictividad judicial generando múltiples pronunciamientos del Tribunal Supremo. Aunque en la actualidad exista una línea jurisprudencial consolidada al respecto¹⁸, se ha perdido una magnífica oportunidad para cerrar la cuestión a nivel normativo, como en su momento puso de manifiesto el Consejo Económico y Social¹⁹. El contexto era idóneo, dado que el artículo 6 de la Directiva 2019/1158 indica expresamente que los días que conforman el permiso para cuidadores son “*laborables*”.

2.2. Creación de una nueva tipología: el permiso por fuerza mayor familiar

La segunda novedad relevante que aporta el RDL 5/2023 en materia de permisos retribuidos es la creación de una nueva tipología que se ubica en el artículo 37.9 del TRLET. Aunque dicho precepto reconozca formalmente un “*derecho a ausentarse*” no cabe duda de que conforme a las categorías de nuestro derecho interno nos hallamos ante un permiso²⁰, que como se verá posteriormente es parcialmente retribuido. El apartado

¹⁷ Véase la STS 27/1/2021 (nº 98/2021) y otras posteriores que reiteran el mismo criterio, como la STS de 1 de junio de 2022 (nº 509/2022), la STS de 5 de abril de 2022 (nº 301/2022) o la STS de 11 de enero de 2023 (nº 21/2023).

¹⁸ Perfectamente resumida en el Fundamento Jurídico 5º de la STS de 7 de junio de 2023 (nº 414/2023) donde se establece que, excepto en el caso de que exista una regulación convencional que mejore el marco legal sobre permisos retribuidos y fije una regla distinta, tanto el primer día de disfrute -el denominado *dies a quo*-, como todos los restantes deben ser laborables, es decir, deben ser días en los cuales exista obligación de prestar servicios, con la única salvedad de que la propia norma legal especifique un criterio de cómputo distinto, como sucede en el caso de los quince días de permiso por matrimonio o registro de pareja de hecho, donde se indica expresamente que se trata de días “*naturales*”, El fundamento es simple, “*El permiso sólo es concebible si se proyecta sobre un período de tiempo en el que existe obligación de trabajar, pues de lo contrario carecería de sentido que su principal efecto fuese <ausentarse del trabajo>*”,

¹⁹ Dictamen 6/2023, de 10 de marzo, sobre el Anteproyecto de Ley de Familias, p. 25.

²⁰ Y ello no solo porque genera interrupciones no periódicas puntuales de la prestación de servicios sino porque los restantes permisos recogidos en el artículo 37 del TRLET, concretamente en sus apartados 3, 4 y 5, también se presentan formalmente como derechos de ausencia. También lo consideran un permiso SALA FRANCO, Tomás, “Novedades en materia laboral del Real Decreto-Ley 5/2023, de 18 de junio”, *Briefs AEDTSS*, nº 50, 2023, p. 3 (accesible en <https://www.aedtss.com/novedades-en-materia-laboral-del-real->

III del preámbulo de la norma reformadora deja claro que esta nueva figura constituye la transposición del artículo 7 de la Directiva 2019/1158, que reconoce el derecho de ausencia del trabajo por fuerza mayor.

La necesidad de adecuar el ordenamiento jurídico interno en este punto ya había sido advertida por la doctrinal²¹, para la cual el artículo 37.3.b) del TRLET solo cubría una parte de las ausencias que aquel derecho permite (las derivadas de enfermedades o accidentes graves), quedando desprotegida la atención de familiares por motivos urgentes no graves. De entre las diversas soluciones posibles, el legislador de urgencia opta por la creación de un nuevo permiso, que probablemente es la opción más razonable, dada la singularidad de la hipótesis²². Se afronta por fin un desajuste arrastrado durante años puesto que, conviene recordarlo, el derecho de ausencia por fuerza mayor ya se reconocía en la Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo de 2010, por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental²³, e incluso en la Directiva 96/34/CE del Consejo, de 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental²⁴.

Entrando ya en la delimitación de este nuevo permiso, centraremos primero la atención en el supuesto habilitante. La norma alude a “*motivos familiares urgentes relacionados con familiares o personas convivientes en caso de enfermedad o accidente que hagan indispensable su presencia inmediata*”.

decreto-ley-5-2023-de-18-de-junio/; consultado: 5.10.2023) y GORDO GONZÁLEZ, Luis, “Novedades laborales del RDL 5/2023, de 28 de junio, publicado en el BOE de 29 de junio”, *Blog El Foro de Labos*, 29 de junio de 2023, p. 4 (accesible en <https://www.elforodelabos.es/2023/06/novedades-laborales-del-rdl-5-2023-de-28-de-junio-publicado-en-el-boe-el-29-de-junio/>; consultado 15.9.2023).

²¹ Véanse, entre otras: BALLESTER PASTOR, María Amparo, “De los permisos parentales a la conciliación: expectativas creadas por la Directiva 2019/1158 y su transposición al ordenamiento español”, *Derecho de las relaciones laborales*, nº 11, 2019, p. 1.126; LÓPEZ ÁLVAREZ, María José, “La adaptación...”, *ob. cit.*, p. 78 y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana, “Trabajo y corresponsabilidad...”, *ob. cit.*, p. 8.

²² Otra posibilidad, apuntada por RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana, “Trabajo y corresponsabilidad...”, *ob. cit.*, p. 8, hubiese sido ampliar la delimitación causal del artículo 37.3.b) del TRLET.

²³ La Cláusula 7 de dicho instrumento, titulada “*Ausencia del trabajo por motivos de fuerza mayor*”, establecía, en términos similares a los de la Directiva 2019/1158 pero menos definidos, “1. Los Estados miembros o los interlocutores sociales adoptarán las medidas necesarias para autorizar a los trabajadores a ausentarse del trabajo, conforme a la legislación, los convenios colectivos o los usos nacionales, por motivos de fuerza mayor vinculados a asuntos familiares urgentes en caso de enfermedad o accidente que hagan indispensable la presencia inmediata del trabajador.

2. Los Estados miembros o los interlocutores sociales podrán precisar las condiciones de acceso y las modalidades de aplicación de la cláusula 7.1 y limitar dicho derecho a una duración determinada por año o por caso.”

²⁴ Concretamente en la Clausula III de dicho Acuerdo, cuya redacción es casi idéntica a la reproducida en la anterior nota a pie.

Queda claro, de entrada, que la persona a atender puede ser tanto un “*familiar*” como una “*persona conviviente*”. Ambos conceptos deben delimitarse, conforme al principio de interpretación sistemática, en base a las pautas contenidas en el artículo 37.3.b) del TRLET. Habrá que entender, por tanto, que en el primero quedan comprendidos el cónyuge, la pareja de hecho y los parientes hasta segundo grado por consanguinidad o afinidad, incluidos los familiares consanguíneos de la pareja de hecho, y en el segundo las personas que convivan con la persona trabajadora en el mismo domicilio y requieran el cuidado efectivo de aquella. La inclusión de las personas convivientes supone una mejora respecto al artículo 7 de la Directiva 2019/1158, que parece dejarlas fuera cuando se refiere genéricamente a “*motivos familiares*”²⁵.

Con independencia de esa divergencia, la delimitación del supuesto de hecho coincide exactamente con la efectuada en la norma europea, manteniendo incluso la misma redacción. El elemento definitorio es la urgencia de la necesidad de atención, manifestada en la exigencia de presencia inmediata de la persona trabajadora; una urgencia derivada de una enfermedad o accidente que no debe ser necesariamente grave pero sí requerir una respuesta rápida²⁶. Se requiere, indirectamente, una circunstancia sobrevenida imprevisible y/o inevitable que determine esa necesidad de atención urgente y justamente por ello se incorpora el concepto “ *fuerza mayor*”²⁷. Algunos posibles ejemplos serían una llamada de la escuela solicitando la recogida inmediata de un hijo que tiene fiebre o la necesidad de acompañar al servicio médico de urgencias a una madre aquejada de forma repentina por fuertes dolores de estómago²⁸. En el anterior marco normativo no existía, más allá de lo que hubiese articulado la negociación colectiva, ningún mecanismo que permitiese abandonar transitoriamente el puesto de trabajo para atender este tipo de necesidades, puntuales pero muy relevantes, y por ello la creación de este nuevo permiso

²⁵ Una expresión que a mi entender debe interpretarse en base al artículo 3.1.e) de la misma norma, donde se define el término “*familiar*” de forma restrictiva, limitándolo al hijo, hija, padre, madre o cónyuge de la persona trabajadora o pareja de hecho de esta. Idéntica postura mantiene CABEZA PEREIRO, Jaime, “La Directiva...”, *ob. cit.*, p. 68. Distinta es la opinión de BALLESTER PASTOR, María Amparo, “De los permisos...”, *ob. cit.*, p. 1.126. Dicha autora considera que “*la interpretación más adecuada parece que sería la de entender que los motivos familiares son solo los que afectan a los familiares referidos en el artículo 3.1.c de la Directiva*”.

²⁶ Así lo han destacado, en relación con la norma europea, BALLESTER PASTOR, María Amparo, “De los permisos...”, *ob. cit.*, p. 1.125-1.126 y LÓPEZ ÁLVAREZ, María José, “La adaptación...”, *ob. cit.*, p. 77.

²⁷ En el caso del artículo 7 de la Directiva 2019/1158 aparece en el título del precepto y en la delimitación del supuesto de hecho, mientras que en el artículo 37.9 del TRLET, que no dispone de título, solo aparece en el segundo.

²⁸ La doctrina también ha apuntado como potenciales supuestos “*las enfermedades menores, incluso las comunes en la infancia, o los traumatismos de los menores por los que fueran llamados los progenitores durante la jornada*” (BALLESTER PASTOR, María Amparo, “De los permisos...”, *ob. cit.*, p. 1.126) y “*una indisposición repentina de un familiar o una incidencia durante el horario escolar*” (LÓPEZ ÁLVAREZ, María José, “La adaptación...”, *ob. cit.*, p. 77).

constituye un importante paso adelante en materia de conciliación que merece una valoración muy positiva.

Igual de positivo es que el permiso se configure como parcialmente retribuido, señalando que *“Las personas trabajadoras tendrán derecho a que sean retribuidas las horas de ausencia por las causas previstas en el presente apartado equivalentes a cuatro días al año, conforme a lo establecido en convenio colectivo o, en su defecto, en acuerdo entre la empresa y la representación legal de las personas trabajadoras (...)”*. Son varias las cuestiones que suscita la interpretación de esta regla y que merecen ser analizadas con detenimiento.

Queda clara, de entrada, la segregación entre el derecho a detener la prestación de servicios y el mantenimiento de la retribución. Siempre que se produzca el hecho causante anteriormente descrito las personas trabajadoras tendrán derecho al permiso o, si se prefiere, al *“derecho de ausentarse del trabajo”*²⁹, pero solo en algunos casos conservaran su retribución. Así se deduce de la interpretación conjunta de los dos párrafos del artículo 37.9 del TRLET. La principal cuestión que genera esta separación es qué sucede con las horas no trabajadas por fuerza mayor familiar que no se retribuyan, una cuestión que a buen seguro puede abordar y resolver la negociación colectiva³⁰.

La determinación del concreto número de horas con cobertura retributiva se lleva a cabo con una fórmula un tanto compleja: *“las horas de ausencia (...) equivalentes a cuatro días al año”*. A salvo de las precisiones y/o mejoras que pueda aportar la negociación colectiva, cabe interpretar que será el cuádruple del número de horas de la jornada ordinaria diaria de la persona trabajadora que utiliza el permiso.

La siguiente duda es qué nivel de retribución se reconoce ¿Queda garantizado, como en los permisos del artículo 37.3 del TRLET, el mismo salario que correspondería si se

²⁹ No se impone un límite máximo de ausencias, aunque podría haberse establecido, dado que el artículo 7 de la Directiva 2019/1158 señala *“Los Estados miembros podrán limitar el derecho de cada trabajador a ausentarse del trabajo, por causa de fuerza mayor, a un tiempo determinado por año, por caso, o por año y por caso”*,

³⁰ Las soluciones que podrían articularse son diversas: exonerar a la parte laboral de la recuperación de esas horas perdidas, prever su prestación en un momento posterior (fijado de mutuo acuerdo o unilateralmente por la parte empresarial dentro de determinados parámetros), etc. En ausencia de regla convencional expresa la opción más razonable sería, a mi entender, la recuperación de las horas no realizadas sin cobertura retributiva en un momento posterior establecido de mutuo acuerdo Y ello básicamente por dos razones. De una parte, porque esas horas forman parte de la jornada ordinaria que la parte laboral se ha comprometido a trabajar y que por razones de fuerza mayor no se ha podido ejecutar en el momento inicialmente previsto. De otra, para evitar el perjuicio en forma de pérdida de ingresos que a la parte laboral le generaría la no recuperación.

ejecutase la prestación de servicios? La duda surge porque justo después de reconocer el carácter retribuido de las horas de ausencia equivalentes a cuatro días anuales se precisa “*conforme a lo establecido*” en la negociación colectiva, con la clásica articulación de subsidiariedad entre convenio colectivo y acuerdo de empresa utilizada en otros muchos preceptos estatutarios. No queda claro cuál es la concreta capacidad de incidencia de la autonomía colectiva en este punto ni, en concreto, si puede acotar el salario ordinariamente reconocida excluyendo, por ejemplo, un o diversos complementos salariales³¹.

Conviene recordar que la Directiva 2019/1158, a diferencia de lo que sucede con el permiso por paternidad y una parte del permiso parental, no impone la dotación de cobertura económica al derecho de ausencia por fuerza mayor. Es más, ni tan solo la recomienda, como sucede en el caso del permiso para cuidadores. Existe pues absoluta libertad por parte de los Estados Miembros y en este contexto el legislador de urgencia español ha optado claramente por otorgar cobertura económica a las personas trabajadoras que ejerciten el derecho imponiendo a la parte empresarial el mantenimiento de la retribución hasta un determinado volumen de horas al año, que se concreta en el equivalente a cuatro días de jornada ordinaria. La remisión a la negociación colectiva no puede interpretarse, por tanto, como una habilitación para modificar esta configuración, eliminando la retribución o reduciendo aquel volumen de horas, pero sí parece permitir la exclusión de uno o varios complementos salariales. Adviértase que se indica “*conforme*” a lo establecido en la negociación colectiva, especificación que abre la puerta a modular o concretar la parte del salario que se mantiene, pero no a su negación íntegra, ni tampoco a una acotación tan restrictiva que llegue a cuestionar el carácter retribuido del permiso³².

Otro ámbito que sin duda queda abierto a la negociación colectiva es la determinación de las condiciones de ejercicio del permiso y, particularmente, la justificación de la

³¹ En contra se posiciona NIETO ROJAS, Patricia, “La transposición de la Directiva 2019/1158 de conciliación de la vida familiar y la vida profesional a través del RD Ley 5/2023”, *Revista de Estudios Jurídicos Laborales y de Seguridad Social*, nº 7, 2023, p. 94. En su opinión la negociación colectiva solo puede incidir sobre el procedimiento de ejercicio del derecho, no sobre la determinación de la remuneración, respecto a la que defiende la aplicación analógica de la jurisprudencia establecida respecto al artículo 37.3.b del TRLET y, consecuente, su conservación íntegra en todo caso.

³² En contra se posiciona BLASCO JOVER, Carolina, “Cuando se cierra una puerta...”, *ob. cit.*, p. 30-31. Dicha autora defiende que no puede detraerse ningún concepto salarial, basándose en el efecto disuasorio que tendría en el ejercicio de esta licencia y por la traslación a la hipótesis que nos ocupa de la doctrina contenida en la STS de 3 de diciembre de 2019 (recurso 141/2018), dictada en relación al artículo 37.3 del TRLET.

circunstancia que lo genera³³, a la que alude directamente el inciso final del artículo 37.9 del TRLET cuando se refiere a la “*acreditación del motivo de ausencia*”. Queda descartada la posibilidad de exigir un preaviso, habitual en otros permisos, al tratarse de situaciones sobrevenidas que requieren una respuesta inmediata, pero sí puede requerirse una comunicación formal y especificar a qué instancia debe dirigirse. En cualquier caso, parece claro que la intervención de la negociación colectiva no condiciona la existencia del derecho³⁴, que es directamente ejercitable en base a la regulación contenida en el artículo 37.9 del TRLET³⁵.

2.3. Otros ajustes

Además de todos los cambios ya analizados, el RDL 5/2023 opera otros dos pequeños ajustes en los permisos retribuidos contemplados en el artículo 37.3 del TRLET. De una parte, incorpora el “*registro de pareja de hecho*” en su apartado a) equiparándolo al matrimonio a efectos de generar el permiso retribuido de quince días naturales reconocido en dicho precepto³⁶. De otra, añade a la “*pareja de hecho*” en la relación de sujetos que pueden generar el permiso por fallecimiento, que se segrega del resto de infortunios familiares y se ubica en el nuevo apartado b bis), manteniendo la misma duración que anteriormente tenía reconocida. Con tales ajustes, lógicos y previsibles, se mantiene la coherencia subjetiva entre esos dos permisos retribuidos y los contemplados en los artículos 37.3.b) y 37.9 del TRLET, donde el reconocimiento de las parejas de hecho viene impuesto por el derecho europeo.

Los primeros análisis del nuevo marco normativa ya advierten sobre algunas dudas que pueden generar estos cambios, como por ejemplo la posibilidad de generar un segundo permiso de quince días naturales si tras el registro de la pareja de hecho las mismas personas contraen matrimonio³⁷. Tanto la formulación alternativa como la finalidad de la

³³ Así lo destacan también GORDO GONZÁLEZ, Luis, “Novedades...”, *ob. cit.*, p. 4 y NIETO ROJAS, Patricia, “La transposición...”, *ob. cit.*, p. 94.

³⁴ Adviértase que la referencia a la negociación colectiva aparece en el segundo párrafo del nuevo artículo 37.9 del TRLET, que se centra en la retribución del permiso por fuerza mayor familiar, previamente reconocido de forma clara y plena en el párrafo primero del mismo precepto.

³⁵ Idéntica opinión mantienen SALA FRANCO, Tomás, “Novedades...”, *ob. cit.*, p. 3; GORDO GONZÁLEZ, Luis, “Novedades...”, *ob. cit.*, p. 4 y NIETO ROJAS, Patricia, “La transposición...”, *ob. cit.*, p. 94.

³⁶ El condicionamiento del derecho al “registro” se ha valorado como “adecuado y proporcionado” porque implica la formalización de un proyecto de vida estable, proporciona seguridad jurídica y evita el posible fraude en la utilización del permiso (BLASCO JOVER, Carolina, “Cuando se cierra una puerta...”, *ob. cit.*, p. 20).

³⁷ Cuestión apuntada por THIBAUT ARANDA, Javier, “Nuevo régimen de permisos y fórmulas de trabajo flexibles por conciliación familiar y laboral derivadas del Real Decreto-Ley 5/2023”, p. 3 (accesible en <https://www.abdonpedrajas.com/pics/eventos/novedades-en-materia-de-conciliacion-laboral-y-familiar-rd-5-2023-1.pdf>; consultado: 10.10.2023).

norma reformadora, que no es otra que equiparar el tratamiento jurídico de figuras equivalentes, inclinan la balanza hacia una respuesta negativa³⁸, pero la cuestión no puede considerarse cerrada y requerirá muy probablemente más de un pronunciamiento jurisdiccional.

3. Clarificación y potenciación del derecho de adaptación de condiciones de trabajo (artículo 34.8 del TRLET)

Otro de los mecanismos de conciliación de la vida laboral y familiar que resultan afectados por el RDL 5/2023 es el derecho de adaptación de las condiciones de trabajo, recogido en el artículo 34.8 del TRLET. Los cambios introducidos contribuyen a la clarificación y potenciación de este mecanismo, que desarrolla una importante función, por cuanto posibilita la atención de necesidades familiares sin tener que abandonar total o parcialmente el puesto de trabajo ni, consecuentemente, sufrir una pérdida de ingresos ni condicionar la progresión profesional; ventajas que pueden facilitar su utilización por parte de los hombres y contribuir a una mayor corresponsabilidad³⁹.

Los cambios se anuncian ya en el apartado III del preámbulo de la norma reformadora, donde se justifican argumentando que el artículo 34.8 del TRLET “*requiere ajustes puntuales a efectos de que se acomode totalmente a las previsiones del artículo 9 de la Directiva (UE) 2019/1158, sobre fórmulas de trabajo flexibles*”. La doctrina había puesto de manifiesto en más de una ocasión la existencia de las discordancias que ahora se afrontan⁴⁰, en muchos casos superando los mínimos exigidos por la norma europea, como se verá de inmediato.

3.1. Incorporación de una delimitación subjetiva general

El primer ajuste incide en el ámbito subjetivo del derecho, una cuestión que en la redacción precedente del artículo 34.8 del TRLET no se abordaba de forma expresa, excepto para una hipótesis concreta. El primer párrafo de dicho precepto establecía que el derecho a solicitar la adaptación se orientaba a satisfacer “*necesidades de la persona trabajadora*” vinculadas a la “*conciliación de la vida familiar y laboral*”, sin detallar la relación que debía existir entre la persona que dispensa los cuidados y la persona atendida.

³⁸ Idéntica opinión mantienen NIETO ROJAS, Patricia, “La transposición...”, *ob. cit.*, p. 93 y BLASCO JOVER, Carolina, “Cuando se cierra una puerta...”, *ob. cit.*, p. 19. Para una valoración más detenida de la cuestión puede consultarse el detallado análisis que realiza esta última autora.

³⁹ Este positivo efecto ha sido apuntado en diversas ocasiones por la doctrina. Es el caso, por ejemplo, de LÓPEZ ÁLVAREZ, María José, “La adaptación...”, *ob. cit.*, p. 78.

⁴⁰ Véanse, por ejemplo, CABEZA PEREIRO, Jaime, “La Directiva...”, *ob. cit.*, p. 68-71 y BALLESTER PASTOR, Maria Amparo, “De los permisos...”, *ob. cit.*, p. 1.127-1.129.

No obstante, el segundo párrafo precisaba que “*En el caso de que tengan hijos o hijas, las personas trabajadoras tienen derecho a efectuar dicha solicitud hasta que los hijos o hijas cumplan doce años*”.

Desde un primer momento se advirtieron las distorsiones que generaba esta última regla⁴¹. La mayoría de la doctrina se inclinó por interpretarla como una presunción de concurrencia de la necesidad de atención a favor de las personas con hijos e hijas menores de 12 años, entendiendo que no agotaba la titularidad del derecho y que también era posible solicitar una adaptación para atender menores que superasen esa edad cuando pudiesen acreditarse circunstancias que requiriesen el cuidado, así como respecto a otros familiares que planteasen la misma necesidad⁴². Esta interpretación, asumida también por la mayoría de la doctrina judicial⁴³, planteaba algunas dudas respecto a la compatibilidad entre la norma interna y el artículo 9.1 de la Directiva 2019/1158, que reconoce el derecho a fórmulas de trabajo flexibles a los “*cuidadores*”; concepto que conforme a las definiciones ofrecidas por el artículo 1.d) y 1.e) de la misma norma incluye a las personas que deban “*prestar cuidados o ayudas personales*” tanto a un “*familiar*” (hijo, hija, padre, madre, cónyuge o pareja de hecho) como a “*una persona que viva en el mismo hogar del trabajador*”, cuando “*necesite asistencia o cuidados importantes por un motivo médico grave*”. La adecuación al derecho europeo requería interpretar el término “*familiar*” en sentido muy amplio, más allá del definido por el Derecho Civil⁴⁴, generando inseguridad jurídica e importantes dificultades aplicativas⁴⁵.

⁴¹ Véase PASTOR MARTÍNEZ, Alberto, “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 ocupación: un paso hacia la efectividad de la igualdad de trato y de oportunidades desde la corresponsabilidad”, *IUSLabor*, nº 1, 2019, p. 207-208.

⁴² Véase RODRÍGUEZ-RICO ROLDÁN, Victoria, “La adaptación de la jornada de trabajo: los cabos sueltos de su nueva regulación”, *Estatuto de trabajadores, 40 años después. XXX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Comunicaciones. Granada, 26 y 27 de noviembre de 2020*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2020, p. 795 y la doctrina por ella citada en la nota a pie nº 586.

⁴³ Sirva como ejemplo la STSJ del País Vasco de 19 de julio de 2022 (nº 1566/2022).

⁴⁴ Así lo pone de manifiesto BALLESTER PASTOR, María Amparo, “De los permisos...”, *ob. cit.*, p. 1.128.

⁴⁵ Resultan destacables, en este punto, las reflexiones de RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, Sarai, “Los derechos de conciliación corresponsable en el derecho español a la luz de la Directiva 2019/1158”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, nº 154, 2022, p. 154. Dicha autora considera de que formalmente “*La norma española cumple con el alcance subjetivo que requiere la Directiva y lo mejora, pues no define la conexión que debe existir entre el sujeto cuidador y el que precise el cuidado*”, pero admite que tal amplitud genera una importante “*conflictividad en la aplicación práctica (...) que implica riesgos en perjuicio de la persona trabajadora*” y por ello termina reclamando una reforma que “*defina con mayor precisión la conexión que debe existir entre la persona cuidadora y el sujeto que requiere el cuidado*”,

El RDL 5/2023 no ha alterado ninguna de las referencias comentadas, de forma que los dos primeros párrafos del artículo 34.8 del TRLET se mantienen sin variaciones, pero incorpora un tercer párrafo que lleva a cabo una delimitación subjetiva general del derecho de adaptación, identificando cuatro grupos de sujetos que pueden requerir atención y, por tanto, generar el derecho: primero, “*los hijos e hijas mayores de doce años*”; segundo, “*el cónyuge o pareja de hecho*”; tercero, “*los familiares por consanguinidad hasta el segundo grado de la persona trabajadora*”; y cuarto “*otras personas dependientes cuando, en este último caso, convivan en el mismo domicilio*”. En todos los casos se requiere que existan “*necesidades de cuidado*” concretadas en que tales sujetos “*por razones de edad, accidente o enfermedad no puedan valerse por sí mismos, debiéndose justificar las circunstancias en las que se fundamenta su petición*”⁴⁶. Son varios los aspectos de esta delimitación subjetiva general que merecen ser comentados.

Queda claro, de entrada, que la interpretación conjunta del párrafo 2º del artículo 34.8 del TRLET, que como ya se ha indicado no ha sufrido cambios, con la parte inicial del párrafo 3º, ratifica la lectura efectuada por la mayoría de la doctrina científica y judicial: se presume la necesidad de cuidado respecto a los hijos e hijas menores de 12 años, debiendo justificarse para los descendientes que superen esa edad y también cuando el cuidado se proyecte sobre cualquier otro sujeto⁴⁷. Ahora bien ¿cabe entender que tal presunción exonera completamente a la persona trabajadora de motivar su petición de adaptación? A mi modo de ver lo más razonable es interpretar que se produce una rebaja en la exigencia de motivación sin que esta desaparezca totalmente⁴⁸. No cabe olvidar que la norma fuerza a realizar un juicio de razonabilidad y proporcionalidad entre las necesidades de ambas partes, una exigencia que difícilmente podrá cumplirse si no se concretan las de la parte laboral.

En segundo lugar, interesa prestar atención en cómo se delimitan las necesidades cuidado, sobre todo para los supuestos donde se requiere su justificación plena. La fórmula

⁴⁶ Podría plantearse la duda de si es última exigencia solo se aplica a las personas convivientes, dado que aparece justo después de la referencia a este colectivo, o a todos los sujetos referidos. A mi modo de ver debemos inclinarnos por la segunda interpretación, dado que el derecho de adaptación se fundamenta en una necesidad de atención y esta solo se presume respecto a los hijos menores de doce años.

⁴⁷ Idéntica opinión mantiene NIETO ROJAS, Patricia, “La transposición...”, *ob. cit.*, p. 84.

⁴⁸ También se posiciona a favor del mantenimiento de la obligación de justificar las razones que fundamentan la petición THIBAUT ARANDA, Javier, “Nuevo régimen...”, *ob. cit.*, p. 6. En la misma línea, aunque con algunos matices, se posiciona BLASCO JOVER, Carolina, “Cuando se cierra una puerta...”, *ob. cit.*, p. 15. En su opinión “*se presupone que concurren las circunstancias que objetivamente provocan la necesidad de atención del menor*” y bastaría “*con que se acreditasen los presupuestos objetivos que dan derecho a solicitar esta adaptación: la existencia de un hijo menor de doce años, la imposibilidad de conciliar la vida familiar con la laboral en atención al régimen actual de la prestación de trabajo y que lo solicitado facilita la conciliación (...)*”,

escogida mantiene un claro paralelismo con las empleadas en los artículos 37.6 y 46.3 del TRLET, con la salvedad de la exigencia de que la persona atendida no desempeñe una actividad retribuida, que no se incorpora. La necesidad de cuidado existirá cuando la persona atendida “*no pueda valerse por sí misma*”, es decir, requiera el apoyo de otra para sus quehaceres habituales, contemplándose tres posibles hechos causantes de tal situación: la edad, un accidente o una enfermedad. Nos hallamos ante una delimitación amplia y, en mi opinión, acertada, que otorga una enorme potencialidad al derecho de adaptación⁴⁹, superando claramente la configuración del referente europeo, vinculado a la a la necesidad de “*cuidados o atención por un motivo médico grave*”. El silencio del marco normativo precedente también permitía interpretar con amplitud las necesidades de cuidados justificativas de la adaptación, pero su concreción a nivel normativo otorga mayor seguridad jurídica y contribuye a reforzar el derecho.

En tercer y último lugar, conviene destacar la delimitación de los sujetos que potencialmente pueden recibir atención, porque también en ese punto la regulación es más favorable que la de la Directiva 2019/1158. Al margen del cónyuge y la pareja de hecho se incorporan los familiares de segundo grado por consanguinidad, de forma que no se requerirá respecto a ellos que sean “*personas dependientes*”⁵⁰ y que convivan con la persona trabajadora que reclama la adaptación. El cumplimiento de estas dos condiciones sí será necesario, por contra, cuando quiera atenderse a familiares por afinidad y a familiares por consanguinidad de la pareja de hecho; colectivos que se incluyen en las delimitaciones subjetivas efectuadas por los artículos 37.3.b), 37.6 y 46.3 del TRLET, todos ellos modificados por el RDL 5/2023. La exclusión del primero es a buen seguro intencionada, porque en el Anteproyecto de Ley de Familias ya se planteaba la necesidad de restringir la atención de familiares por afinidad a través de algunos mecanismos de conciliación, para evitar la perpetuación de roles y fomentar la corresponsabilidad⁵¹. La operación es, por tanto, acertada, a diferencia de la omisión de

⁴⁹ Distinta fue la valoración del Consejo Económico y Social, que “en aras de la necesaria seguridad jurídica” consideró “*deseable una adecuada objetivación de las nuevas situaciones de cuidado que dan lugar al derecho*” (Dictamen 6/2023, de 10 de marzo, sobre el Anteproyecto de Ley de Familias, p. 25).

⁵⁰ Un concepto que, ante la ausencia de indicaciones específicas, deberá interpretarse en base al artículo 2.2 de la Ley Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, conforme al cual se define “*dependencia*” como “*el estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad, y ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, precisan de la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria o, en el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para su autonomía personal*”, Cabe concluir, por tanto, que la norma estatutaria exige que la persona conviviente que requiera cuidado se encuentre en esa situación o estado y que haya sido formalmente reconocida como dependiente por la administración competente.

⁵¹ En el apartado VII de su Exposición de Motivos se argumentaba que “*Dado que suele ser más frecuente que sean las mujeres las que acceden a estas situaciones para el cuidado de sus familiares políticos y es*

los familiares por consanguinidad de la pareja de hecho, que resulta criticable y no dispone aparentemente de ninguna explicación.

3.2. Mejora del procedimiento legal subsidiario

Un segundo grupo de cambios incide sobre el procedimiento de carácter subsidiario que la norma estatutaria prevé para los casos donde la negociación colectiva no haya entrado a regular los “*términos de ejercicio*” del derecho de adaptación. Se introducen, en este punto, tres cambios importantes, que a buen seguro contribuirán a agilizar el denominado “*proceso de negociación*”: primero, se establece que dicho proceso “*tendrá que desarrollarse con la máxima celeridad*”; segundo, se rebaja su duración máxima de treinta a quince días; y tercero, se presume la concesión de la adaptación solicitada “*si no concurre oposición motivada expresa en este plazo*”⁵².

A mi entender, la novedad más relevante es la segunda, tanto por su importancia práctica directa, dada la entidad de la rebaja y la aplicación generalizada de la regulación legal subsidiaria por el escaso protagonismo que hasta la fecha ha tenido la negociación colectiva⁵³, como por la incidencia que indirectamente puede tener en las futuras intervenciones convencionales, para las cuales la regulación estatutaria constituye un claro referente. La limitación de la negociación a un máximo de quince días ofrece un mejor encaje con el artículo 9.3 de la Directiva 2019/1158, garantizando que las solicitudes formuladas recibirán respuesta, como prescribe dicho precepto, en “*un período razonable de tiempo*”⁵⁴. La agilización se refuerza exigiendo expresamente

poco frecuente que suceda al contrario, procede que se limite, en principio, el derecho de reducción de jornada y a la excedencia al cuidado de los familiares por consanguinidad”, admitiéndose excepcionalmente su utilización para cuidar familiares por consanguinidad “*cuando no existieran parientes por consanguinidad de la persona que lo requiere*” (puede consultarse el texto completo de este Anteproyecto en <https://www.mdsocialesa2030.gob.es/servicio-a-la-ciudadania/proyectos-normativos/documentos/apl-ley-familias.pdf>).

⁵² La doctrina también ha advertido la existencia de otro cambio que puede pasar más inadvertido, “la sorpresiva desaparición del llamamiento obligatorio a la negociación colectiva para fijar los términos del este derecho”, dado que la fórmula “*se pactarán*” se modifica por “*se podrán establecer*” (BLASCO JOVER, Carolina, “Cuando se cierra...”, *ob. cit.*, p. 11. A mi modo de ver, tal modificación no altera sustancialmente la situación precedente, dado que se mantiene el llamamiento a la negociación colectiva como fuente principal de regulación y el rol subsidiario de la ordenación legal.

⁵³ Son pocos los convenios colectivos que en la actualidad regulan el derecho de adaptación y en la mayoría de los casos se limitan a previsiones genéricas o a reproducir el artículo 34.8 del TRLET. Así lo destacan diversos estudios, como por ejemplo MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, Lourdes, “El derecho a solicitar la adaptación de jornada: una aproximación legal y judicial”, *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, 2023, nº 56, p. 108-109.

⁵⁴ Diversas voces habían cuestionado que un plazo de treinta días cumpliera esa exigencia, al menos con carácter general. Es el caso, por ejemplo, de BALLESTER PASTOR, María Amparo, “De los permisos...”, *ob. cit.*, p. 1.129 y RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, Sarai, “Los derechos de conciliación...”, *ob. cit.*, p. 154.

celeridad en el desarrollo del procedimiento, un requerimiento genérico y un tanto ambiguo pero que puede resultar útil para atacar actuaciones dilatorias sin fundamento o retrasos injustificados de la parte empresarial.

Distinta es la lógica de la presunción de concesión en casos de ausencia de oposición motivada incorporada en el inciso final del párrafo 3 del nuevo artículo 34.8 del TRLET. En este caso la pretensión no es agilizar el procedimiento sino, de una parte, penalizar las actitudes pasivas de la parte empresarial durante la fase de negociación, evitando que puedan beneficiarle en un momento posterior, cuando la adaptación se discuta en sede judicial; y de otra, proteger a quien haya solicitado la adaptación. Se afronta así una situación que desgraciadamente no resulta excepcional en la práctica: la existencia de solicitudes de adaptación que no reciben respuesta o son denegadas sin ningún tipo de motivación⁵⁵. La presunción formalizada ahora a nivel normativo ya había sido propuesta por la doctrina⁵⁶ y aplicada por algunas sentencias judiciales⁵⁷. La principal duda que genera la presunción que nos ocupa es su carácter: ¿nos hallamos ante una presunción *iuris tantum* o *iuris et de iure*? Si nos inclinamos por la primera opción la parte empresarial podría alegar en el proceso judicial necesidades organizativas y/o productivas no expuestas durante la negociación que, de ser suficientes, justificarían la denegación de la adaptación solicitada. A mi modo de ver, sería un resultado del todo ilógico y contrario a la doble finalidad punitiva y protectora de la regla, que no contribuiría a desincentivar la futura repetición de esas actitudes pasivas y por ello debemos considerarla una presunción *iuris et de iure*⁵⁸.

⁵⁵ Cabría plantearse si también se activa la presunción cuando la parte empresarial responde, pero de forma absolutamente genérica, una situación que es relativamente habitual en la práctica según pone de manifiesto el repaso de los pronunciamientos judiciales sobre el artículo 34.8 del TRLET. Sirva como ejemplo la STSJ de Galicia de 3 de febrero de 2022 (nº 341/2022). A mi modo de ver, la inclusión de esta hipótesis es difícil, dado que la norma requiere la falta de “*oposición motivada expresa en este plazo*” y en los supuestos de justificación genérica existe motivación aunque sea insuficiente.

⁵⁶ BARRIOS BAUDOR, Guillermo, “Adaptación de la jornada de trabajo por motivos de conciliación de la vida laboral y familiar”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2019, nº 9, p. 21. En su opinión “*la no apertura del proceso de negociación por parte de la empresa bien pudiera asemejarse en un ulterior proceso judicial ex artículo 138 de la LRJS a una denegación injustificada del derecho solicitado*”, En la misma línea se ha destacado que si la empresa se niega a negociar y no alega razones que justifiquen su negativa “*debe reconocerse la adaptación solicitada por la persona trabajadora sobre la base de la expectativa de derecho a la adaptación que regula el artículo 34.8 ET*” (MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, Lourdes, “El derecho a solicitar...”, *ob. cit.*, p. 110).

⁵⁷ Algunos ejemplos de pronunciamientos que conceden la adaptación solicitada ante el silencio empresarial son la STSJ de Asturias de 23 de marzo de 2021 (nº 621/2021), la STSJ de Galicia de 14 de octubre de 2021 (nº 3860/2021) y la SJS nº 3 de Burgos de 15 de septiembre de 2021 (nº 239/2021).

⁵⁸ Idéntica opinión mantiene BLASCO JOVER, Carolina, “Cuando se cierra...”, *ob. cit.*, p. 12.

3.3. Ampliación de la obligación empresarial de justificación

El RDL 5/2023 también incide sobre la respuesta final que la parte empresarial debe dar a las solicitudes que se le planteen en ejercicio del derecho de adaptación. En su versión precedente el párrafo 3º del artículo 34.8 del TRLET solo exigía que se indicasen “*las razones objetivas en las que se sustenta la decisión*” cuando la respuesta fuese “*la negativa a su ejercicio*”, no cuando se plantease “*una propuesta alternativa que posibilite las necesidades de conciliación de la persona trabajadora*”, ni cuando se aceptase la adaptación solicitada. En la versión reformada esta última hipótesis es la única donde no se requiere justificación. En las dos restantes el actual párrafo 5º establece que “*se motivarán las razones objetivas en las que se sustenta la decisión*”; una exigencia lógica, dado que en ninguna de ellas se acepta íntegramente la adaptación solicitada y, por tanto, debe ofrecérsele una explicación a la parte laboral.

Aunque en este punto la doctrina no había apreciado ningún defecto de transposición en la norma interna, la última frase del artículo 9.2 de la Directiva 2019/1158 establece, en términos categóricos, que “*Los empleadores deberán justificar cualquier denegación de estas solicitudes, así como cualquier aplazamiento de dichas fórmulas*” y la formulación de una alternativa supone denegar, como mínimo parcialmente, la adaptación solicitada. El ajuste resulta por tanto acertado, porque garantiza la plena adecuación del derecho interno manteniendo algunas mejoras que ya ofrecía la versión precedente, como la exigencia de forma escrita y de “*razones objetivas*” para fundamentar la negativa⁵⁹.

La principal duda que plantea esta ampliación de la obligación de justificación empresarial, teniendo presente que se ubica en el párrafo 5º del artículo 34.8 del TRLET justo después de enunciar en el párrafo precedente las dos hipótesis procedimentales, es delimitar los supuestos en que opera. ¿Solo afecta a los casos donde se aplique el procedimiento de negociación subsidiario previsto por la norma estatutaria o también cuando la negociación colectiva haya definido los términos de ejercicio del derecho de adaptación? La literalidad de la norma podría llevar a pensar que la opción correcta es la primera⁶⁰, pero en base al denominado “*principio de interpretación conforme*” acuñado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, cabe entender que cualquier respuesta empresarial que implique una negativa total o parcial deberá ser motivada, con independencia del procedimiento del que resulte, porque la exigencia de justificación establecida por el artículo 9.2 de la Directiva 2019/1158 tiene carácter general.

⁵⁹ Estas mejoras son destacadas por BALLESTER PASTOR, María Amparo, “De los permisos...”, *ob. cit.*, p. 1.128 y RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, Sarai, “Los derechos de conciliación...”, *ob. cit.*, p. 154.

⁶⁰ Porque alude a la finalización del “*proceso de negociación*”, que es el procedimiento establecido por la norma estatutaria en defecto de ordenación por la negociación colectiva.

3.4. Potenciación del derecho a recuperar las condiciones de trabajo previas

El cuarto y último grupo de cambios que se introducen en el artículo 34.8 del TRLET comportan la potenciación del denominado “*derecho de regreso*”, es decir, la recuperación de las condiciones de trabajo previas a la adaptación, un aspecto sobre el que la mayoría de la doctrina ya había apuntado la existencia de discordancias entre el derecho interno y el europeo, aunque no existía unanimidad al respecto⁶¹.

Tras la reforma el sexto párrafo de aquel precepto reconoce el “*derecho a regresar a la situación anterior*”, es decir, un derecho pleno e incondicionado a recuperar las condiciones de trabajo previas⁶², en dos hipótesis: primera, cuando concluya “*el período acordado o previsto*” de adaptación; segunda, cuando “*decaigan las causas que motivaron la solicitud*”. Es evidente la mejora respecto a la versión previa del precepto estatutario, donde solo se contemplaba un “*derecho a solicitar el regreso*”⁶³, como también lo es la superación del mínimo fijado por la norma europea, que reconoce igualmente un derecho pleno, formulado en este caso como “*derecho a volver a su modelo de trabajo original*” pero exclusivamente “*al término del período acordado*”⁶⁴. Cabe concluir, por tanto, que la empresa quedará obligada a retornar a la persona trabajadora las condiciones de trabajo precedentes tanto en los casos donde habiéndose fijado una duración concreta de la adaptación esta se agote, como en aquellos otros donde desaparezca de forma sobrevenida la causa que la justifica, con independencia de si se ha establecido o no una duración concreta⁶⁵.

⁶¹ En el sector doctrinal mayoritario que aprecia la existencia de desajustes se incluyen: CABEZA PEREIRO, Jaime, “La Directiva...”, *ob. cit.*, p. 70, BARRIOS BAUDOR, Guillermo, “Adaptación de jornada...”, *ob. cit.*, p. 25 o RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, Sarai, “Los derechos de conciliación...”, *ob. cit.*, p. 173). En contra, considerando que “*el actual 34.8 ET cumple con el derecho de recuperación de las condiciones previas*”, se posiciona BALLESTER PASTOR, María Amparo, “De los permisos...”, *ob. cit.*, p. 1.127.

⁶² O, si se prefiere, un “*derecho automático*” (BLASCO JOVER, Carolina, “Cuando se cierra una Puerta...”, *ob. cit.*, p. 13).

⁶³ Para la primera de las hipótesis referidas y también “*cuando el cambio de las circunstancias así lo justifique, aun cuando no hubiese transcurrido el período previsto*”,

⁶⁴ Contrastando ambas regulaciones, esto es, el limitado derecho a solicitar la adaptación del marco normativo previo con el derecho pleno aunque causalmente muy restringido de la norma europea, resulta claro el desajuste del derecho interno español antes RDL 5/2023 y el acierto de esta norma reformadora al intervenir sobre la cuestión que ahora nos ocupa.

⁶⁵ La formulación alternativa de ambas hipótesis permite sustentar esta interpretación, que también resulta la más adecuada desde una perspectiva finalista, porque cabe interpretar que la pretensión de la norma es garantizar el retorno siempre que desaparezca el fundamento que justifica la adaptación, sin que puedan primar en tal hipótesis los intereses empresariales, y esa pérdida de fundamento puede corresponder tanto al agotamiento del período de adaptación establecido como al decaimiento de la necesidad de atención que la justificó.

Pero el nuevo artículo 34.8 del TRLET no se limita a reconocer un derecho de regreso pleno e incondicionado para las dos situaciones referidas. También contempla, en su párrafo 7º, el derecho a solicitar el regreso cuando concorra “*un cambio de circunstancias que así lo justifique*”, siguiendo el esquema adoptado por la norma europea⁶⁶ y precisando que “*la empresa sólo podrá denegar el regreso cuando existan razones objetivas motivadas para ello*”. Se configura así un “*derecho de solicitud cualificado*”⁶⁷, para los supuestos donde se produzca una modificación o alteración sobrevenida de las necesidades que justifican la adaptación, pero no su desaparición, dado que en este último caso se reconoce -como ya se destacó- un derecho de regreso pleno. La denegación de la solicitud deberá ser justificada y queda limitada a supuestos donde exista una motivación objetiva concreta; unas exigencias que no incorpora la norma europea⁶⁸, de nuevo superada por la transposición efectuada por el RDL 8/2023.

Interesa destacar, finalmente, que este nuevo régimen del derecho de regreso será aplicable no solo a las adaptaciones iniciadas después de la entrada en vigor del RDL 5/2023, es decir, con posterioridad al 30 de junio de 2023, sino también a las que se estuviesen aplicando en ese momento, en virtud de su Disposición transitoria segunda.

4. Creación de un nuevo mecanismo de conciliación: el permiso parental (artículo 48 bis del TRLET)

La creación del permiso parental es, de entre el conjunto de cambios introducidos por el RDL 5/2023, uno de los más destacados por los medios de comunicación. El Preámbulo de dicha norma indica expresamente, en su apartado III, que el nuevo mecanismo de conciliación reconocido a través del artículo 48.bis del TRLET pretender dar cumplimiento a las exigencias derivadas del artículo 5 de la Directiva 2019/1158. Los desajustes que en este punto presentaba el derecho interno eran evidentes y se habían formulado diversas propuestas para corregirlos⁶⁹. De entre todas ellas, el legislador de

⁶⁶ El artículo 9.3 de la Directiva 2019/1158 reconoce, de una parte, un “*derecho a volver*”, y de otra, un “*derecho a solicitar volver*”, que configuran dos prerrogativas de diferente naturaleza y alcance. Así lo destaca BARRIOS BAUDOR, Guillermo, “Adaptación de jornada...”, *ob. cit.*, p. 25.

⁶⁷ Adoptamos en este punto la terminología acuñada por CABEZA PEREIRO, Jaime, “La Directiva de conciliación...”, *ob. cit.*, p. 69.

⁶⁸ Ante el ejercicio del derecho a solicitar volver al modelo de trabajo original contemplado en el artículo 9.3 de la Directiva 2019/1158 la propia norma prevé que la “*Los empleadores estudiarán y atenderán las solicitudes (...) teniendo en cuenta tanto sus propias necesidades como las de los trabajadores*”; una previsión que, como se ha destacado, solo impone al empresario “*un deber de toma en consideración*” que no implica una “*obligación de respuesta justificada*” (CABEZA PEREIRO, Jaime, “La Directiva de conciliación...”, *ob. cit.*, p. 69).

⁶⁹ En la mayoría de los casos se planteaba bien la reforma de la excedencia para el cuidado de hijos y otros familiares (artículo 46.3 del TRLET), bien la creación *ex novo* de un mecanismo específico ajustado a las exigencias del artículo 5 de la Directiva 2019/1158, o ambas opciones. En esta línea se inscriben las

urgencia escoge la articulación de un nuevo instrumento que se suma a los ya existentes y mantiene la misma denominación que en el derecho europeo. Pasemos a analizar con detenimiento la naturaleza, la titularidad, la duración, la cobertura económica, las reglas de distribución y el procedimiento de ejercicio del permiso parental.

4.1. Naturaleza y titularidad

Aunque formalmente se adopte la denominación “*permiso parental*”, probablemente para evidenciar el origen y la justificación de la nueva figura, no cabe duda de que aplicando las categorías propias de nuestro derecho interno nos hallamos ante una hipótesis de suspensión contractual, tanto por su ubicación, en el artículo 48.bis del TRLET (dentro de la Sección 3ª del Capítulo I, dedicada justamente a la “*Suspensión del contrato*”), como por sus rasgos definitorios, que se detallaran de inmediato. Así lo ratifica la adición, por parte del propio RDL 5/2023, de una nueva letra o) en listado de causas de suspensión contenido en el artículo 45.1 del TRLET para incorporar el “*disfrute del permiso parental*”.

En segundo lugar, respecto a la titularidad, el permiso parental se otorga tanto a la madre biológica como al otro progenitor, en supuestos de hijos e hijas naturales, como a las personas que realizan una adopción o un acogimiento de menor, exigiéndose en este último caso que sea “*por tiempo superior a un año*”. Dado que la norma no establece una edad máxima para los menores adoptados ni para los acogidos, a diferencia de lo que sucede en la suspensión por idénticas circunstancias regulada en el artículo 48.5 del TRLET⁷⁰, cabe interpretar que no existe límite, con independencia del que indirectamente impone el acotamiento temporal del disfrute del permiso al cumplimiento de los ocho años.

propuestas formuladas por LÓPEZ ÁLVAREZ, María José, “La adaptación...”, *ob. cit.*, p. 75; RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana, Trabajo y corresponsabilidad...”, *ob. cit.*, p. 7; RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, Sarai, “Los derechos de conciliación...”, *ob. cit.*, p. 154; y BALLESTER PASTOR, María Amparo, “De los permisos...”, *ob. cit.*, p. 1.126-1.127. No obstante, también se habían apuntado otras posibles soluciones, como la ampliación de la suspensión por nacimiento (LÓPEZ ÁLVAREZ, María José, “La adaptación...”, *ob. cit.*, p. 75) o la reconfiguración de la reducción de jornada para cuidado de hijos y otros familiares (CABEZA PEREIRO, Jaime, “La Directiva (UE) 2019/1158...”, *ob. cit.*, p. 91).

⁷⁰ Conviene recordar que en tal supuesto, y por disposición expresa del artículo 45.1.d) del TRLET, el derecho de suspensión solo se genera cuando la persona adoptada o acogida es menor de seis años o cuando, cumplida esa edad pero sin haber alcanzado los dieciocho años, sufran una discapacidad o “*por sus circunstancias y experiencias personales o por provenir del extranjero, tengan especiales dificultades de inserción social y familiar debidamente acreditadas por los servicios sociales competentes*”,

Conviene destacar que el 48.bis del TRLET supera las exigencias de la norma europea porque configura la totalidad del permiso parental como un derecho individual e intransferible⁷¹. Además, no exige ningún periodo previo de prestación de servicios ni ninguna antigüedad para acceder al derecho⁷².

4.2. Duración y cobertura económica

Conforme al segundo párrafo del artículo 48.bis.1 del TRLET la duración del permiso parental será “*no superior a ocho semanas*”. Así pues, se establece un tiempo máximo que podrá o no agotarse, sin que exista una duración mínima obligatoria, como sucede en la suspensión por nacimiento, adopción, guarda o acogimiento⁷³, con la que el nuevo permiso parental mantiene notables paralelismos. La duración fijada es inferior a la establecida en el artículo 5 de la Directiva 2019/1158 que atribuye al permiso parental una duración de cuatro meses. ¿Cabe concluir, por tanto, que la norma interna tampoco se ajusta, tras la reforma del RDL 5/2023, al derecho europeo? La respuesta a esta cuestión es compleja y requiere la toma en consideración de los artículos 8.3 y 20.6 de la Directiva 2019/1158.

El primero de esos preceptos obliga a establecer “*una remuneración o una prestación económica*” para dos de los cuatro meses de duración del permiso parental, una parte que se configura además como “*intransferible*” por el artículo 5.2. En esta ocasión no se fija ningún mínimo para esa cobertura económica⁷⁴, pero sí se especifica que su definición debe hacerse “*de manera que facilite el que ambos progenitores puedan disfrutar del permiso parental*”; una indicación que apunta al reconocimiento de una compensación adecuada, no muy alejada de los ingresos ordinarios⁷⁵, porque lo contrario desincentivaría

⁷¹ Conviene recordar que el artículo 4.3 de la Directiva 2019/1158 solo exige que sean intransferibles dos de los cuatro meses del permiso parental.

⁷² El RDL 5/2023 descarta hacer uso de la posibilidad contemplada en el artículo 5.4 de la Directiva 2019/1158, que permite a los Estados miembros “*supeditar el derecho a disfrutar del permiso parental a un periodo de trabajo o a una antigüedad que no podrá exceder de un año*”,

⁷³ En este caso los artículos 48.4 y 48.5 del TRLET imponen el disfrute obligatorio de las seis semanas posteriores al nacimiento, a la resolución judicial por la que se constituye la adopción o a la decisión administrativa de guarda con fines de adopción o de acogimiento.

⁷⁴ A diferencia de lo que sucede en el caso del permiso por paternidad, donde el artículo 8.2 de la Directiva 2019/1158 requiere que la cobertura económica garantice “*unos ingresos como mínimo equivalentes a los que percibiría el trabajador de que se trate en caso de interrupción de actividades por motivos relacionados con su estado de salud*”,

⁷⁵ Así lo ha interpretado la mayoría de la doctrina. Véase, por ejemplo, CABEZA PEREIRO, Jaime, “La directiva...”, *ob. cit.*, p. 63-65. Aunque, en su opinión, “*este es uno de los asuntos resueltos en términos menos satisfactorios en la Directiva*”, también considera que la indicación reproducida en texto ofrece una base suficiente para aplicar la doctrina elaborada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación

el ejercicio del derecho, particularmente por parte de los hombres, afectando gravemente al principio de corresponsabilidad⁷⁶.

La segunda pieza que debe tenerse en cuenta es el artículo 20.6 de la norma europea, la denominada “*clausula pasarela*”, que a efectos de valorar la adecuación del derecho interno a los diferentes mecanismos articulados por la Directiva 2019/1158 y también por la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (en adelante Directiva 92/85), permite tener en cuenta cualquier derecho equivalente reconocido a nivel estatal “*siempre que se respeten los requisitos mínimos para dichos permisos y que no se reduzca el nivel general de protección garantizado a los trabajadores en los ámbitos de aplicación de dichas Directivas*”. Se trata en definitiva de reconocer las diversidades de los Estados miembros, renunciando a una armonización rígida y articulando un sistema que prioriza el resultado final frente a la correspondencia exacta de las piezas que lo integran⁷⁷.

Así pues, adoptando esa perspectiva global y limitándonos a los períodos en los que se garantiza cobertura económica⁷⁸, conforme al derecho europeo a la madre biológica le

a la protección económica de las situaciones de dispensa de trabajo por riesgo durante el embarazo, requiriendo un nivel suficiente para garantizar el efecto útil de la norma europea.

⁷⁶ El mismo Considerando nº 31 de la Directiva 2019/1158 recoge esta idea, señalando que el nivel de cobertura económica debe ser “*adecuado*” y advirtiendo acto seguido que “*los Estados miembros deben tener en cuenta que disfrutar del permiso parental conlleva a menudo pérdidas de ingresos para la familia y que el perceptor principal de ingresos de una familia solo va a poder acogerse a su derecho de disfrutar un permiso parental si este está suficientemente bien remunerado, para poder mantener un nivel de vida digno*”,

⁷⁷ Como se ha destacado “*Considerando la heterogeneidad de las medidas de conciliación existentes en los diferentes Estados miembros, la norma comunitaria intenta no imponer cargas adicionales a aquellos sistemas que ya cuentan con derecho a nivel interno que faciliten la conciliación*” (LÓPEZ ÁLVAREZ, María José, “La adaptación...”, *ob. cit.*, p. 76). La enorme flexibilidad que otorga en este punto la Directiva 2019/1158 ha generado algunas suspicacias y hay quien considera que “*debería establecerse, al menos como recomendación, un principio de equiparación formal entre los Estados miembro, que identificara denominaciones y armonizara estructuras*”, para evitar “*conformar una auténtica <Torre de Babel>, en este caso no lingüística, sino regulatoria*” (CABEZA PEREIRO, Jaime, “La directiva de conciliación...”, *ob. cit.*, p. 73).

⁷⁸ Sin distinguir entre las hipótesis donde se garantiza una cobertura económica mínima, como sucede el caso del permiso por maternidad y del permiso por paternidad, en los cuales se obliga a los estados miembros a asegurar la percepción de una remuneración o una prestación económica adecuada que garantice unos ingresos como mínimo “*equivalentes a los que percibiría el trabajador de que se trate en caso de interrupción de sus actividades por motivos relacionados con su estado de salud*” (artículo 8.2 de la Directiva 2019/1158 y artículo 8 de la Directiva 92/85); de aquellos otros donde solo se requiere el

corresponderían, sumando el permiso de maternidad y el permiso parental, veintidós semanas de permiso (artículo 8 de la Directiva 92/85 y artículos 5 y 8 de la Directiva 2019/1158)⁷⁹, mientras que el otro progenitor podría ausentarse del trabajo como máximo diez semanas, en ejercicio del permiso por paternidad y del permiso parental (artículos 4, 5 y 8 de la Directiva 2019/1158)⁸⁰. Hasta la aprobación del RDL 5/2023 en el derecho interno español la única institución equivalente a las tres referidas era la suspensión por nacimiento, que otorga dieciséis semanas con cobertura económica tanto a la madre biológica como al otro progenitor (artículo 48.4 del TRLET)⁸¹. Así pues, respecto a este último se superaba claramente el mínimo exigido, pero no en relación con la madre biológica, a la que le faltaban seis semanas más de derecho de ausencia con cobertura económica. Todo ello sin tener en cuenta los dos meses de permiso parental que se reconocen sin cobertura económica, aunque en este punto la excedencia para cuidado de hijos e hijas (artículo 46.3 del TRLET), que posibilita la suspensión del contrato hasta el cumplimiento de los tres años, permitiría entender cumplidas las exigencias del derecho europeo, siempre que se introdujesen algunos retoques⁸². Los supuestos que no plantean ningún problema son los de adopción, dado que en esta hipótesis el artículo 48.5 del TRLET satisface sobradamente las exigencias que derecho de la UE, que se limitan al permiso parental⁸³.

reconocimiento de una “*remuneración o prestación económica*” adecuada sin incorporar esa garantía, como sucede en el caso del permiso parental.

⁷⁹ Catorce semanas en virtud del permiso por maternidad y ocho semanas más (dos meses) de permiso parental.

⁸⁰ Diez días laborables en virtud del permiso por paternidad y ocho semanas (dos meses) de permiso parental.

⁸¹ La configuración del permiso parental como un derecho de “*ausencia*” por parte del artículo 1.b) de la Directiva 2019/1158 determina la imposibilidad de considerar como medidas equivalentes en el derecho interno la reducción de jornada para cuidado de lactante y la reducción de jornada para cuidado de hijos e hijas (artículos 37.4 y 37.6 del TRLET, respectivamente), que técnicamente y conforme al artículo 1.f) de la misma norma constituyen “*fórmulas de trabajo flexible*” (BALLESTER PASTOR, María Amparo, “De los permisos parentales...”, *ob. cit.*, p. 1122). Solo si se garantizase a través de la norma legal el disfrute acumulado del tiempo de reducción de jornada para el cuidado de lactante, ahora mismo condicionado al reconocimiento a través de la negociación colectiva o, en su defecto, al consentimiento empresarial, existiría un derecho de ausencia equivalente al permiso parental (DE LA CORTE RODRÍGUEZ, Miguel, “La Directiva relativa a la conciliación de la vida familiar y profesional y su repercusión en la legislación española”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 146, 2020, p. 90-91).

⁸² En diversas ocasiones la doctrina ha destacado que la excedencia para cuidado de hijos e hijas solo será realmente “*equivalente*” al permiso parental regulado en el artículo 5 de la Directiva 2019/1158, si se introducen determinados ajustes, particularmente si se favorece el disfrute flexible, se determina el período de preaviso exigible y se concretan los supuestos en que la empresa puede posponer la concesión el permiso. Véanse, al respecto, RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, Sarai, “Los derechos de conciliación...”, *ob. cit.*, p. 160-161; LÓPEZ ÁLVAREZ, María José, “La adaptación...”, *ob. cit.*, p. 75-76; y BALLESTER PASTOR, María Amparo, “De los permisos...”, *ob. cit.*, p. 1124.

⁸³ Así lo destaca CABEZA PEREIRO, Jaime, “La Directiva (UE) 2019/1158...”, *ob. cit.*, p. 82.

En resumidas cuentas, la creación del permiso parental afronta el desajuste que existía respecto al derecho de ausencia con cobertura económica de la madre biológica y lo hace, como era previsible, sin renunciar a mantener la equiparación de derechos entre ambos progenitores⁸⁴. Atendiendo al análisis efectuado en el párrafo anterior, la duración establecida en la norma estatutaria para el permiso parental supera en dos meses la ampliación mínima necesaria para cubrir las exigencias del derecho europeo y, por tanto, desde esta perspectiva es más que suficiente, pero plantea un problema importante: la cobertura económica.

El artículo 48 bis no incorpora ninguna referencia directa ni indirecta a esta cuestión⁸⁵. Descartado el mantenimiento total o parcial de la remuneración a cargo de la parte empresarial, tanto por la configuración técnica del permiso parental como una suspensión de la relación laboral como por su extensión temporal⁸⁶, la única opción posible es la articulación de la cobertura económica a través de una nueva prestación del Sistema de la Seguridad Social. No obstante, el RDL 5/2023 no ha creado esta prestación y su Preámbulo no se refiere a ella en ningún momento⁸⁷. En declaraciones realizadas durante los días posteriores a la aprobación de esta norma el Secretario de Empleo y Economía Social, Joaquín Pérez Rey, admitió que *“el permiso tiene que ser necesariamente retribuido”*, precisando acto seguido que *“lo que ocurre es que esa retribución hay que tenerla lista antes de agosto de 2024 y por lo tanto en este aspecto en concreto, la directiva no tenía la urgencia para incorporarse al real decreto ley”*⁸⁸.

⁸⁴ Ya se había advertido *“la ampliación de la duración del permiso únicamente para las madres biológicas provocaría una asimetría en la regulación de los derechos de conciliación entre hombres y mujeres que no se compadece con el espíritu de las reformas que han afectado al ordenamiento español tendentes a favorecer la corresponsabilidad a través de la creación de permisos iguales e intransferibles”* (RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, Sarai, *“Los derechos de conciliación...”*, *ob. cit.*, p. 162).

⁸⁵ Un silencio que resulta sorprendente, como en su momento puso de manifiesto el Comité Económico y Social (Dictamen 6/2023, de 10 de marzo, sobre el Anteproyecto de Ley de Familias, p. 27).

⁸⁶ Resultaría excesivo imponer a la parte empresarial el coste derivado de la cobertura económica de una ausencia tan extensa como la que puede generar el permiso parental configurado en el artículo 48 bis del TRLET. En la misma línea se posiciona NIETO ROJAS, Patricia, *“La transposición...”*, *ob. cit.*, p. 100. En su opinión *“solo cabe instar a que, en el futuro desarrollo reglamentario, los costes que implica la retribución del permiso parental sean socializados con una prestación de Seguridad Social, pues si se responsabiliza a las empresas, configurándolo como un permiso retribuido, estas tendrán serios reparos en querer contratar a personas con responsabilidades familiares”*,

⁸⁷ Lo mismo sucede con la nota de prensa publicada por el Ministerio de Trabajo y Economía Social dando cuenta de la aprobación del RDL 5/2023 y de las medidas que incorpora (<https://prensa.mites.gob.es/WebPrensa/noticias/laboral/detalle/4230>). Tampoco daban pistas al respecto ni el Anteproyecto ni el Proyecto de Ley de Familias.

⁸⁸ Rueda de prensa de 4 de julio de 2023 (<https://www.youtube.com/watch?v=hRGOyIvR9Dk>).

Ciertamente el artículo 20.2 de la Directiva 2019/1158 introduce, respecto a la cobertura retributiva del permiso parental, un plazo máximo de transposición específico que finaliza el 2 de agosto de 2024, dos años más que el plazo máximo ordinario, consciente de las dificultades que los Estados miembros podrían tener para hacerla efectiva, pero esta ampliación solo se aplica a “*las dos últimas semanas del permiso parental previsto en el artículo 8, apartado 3*”, es decir, sobre dos de las ocho semanas que conforme a dicho precepto deben tener reconocida “*una remuneración o una prestación económica*”. Así pues, respecto a las seis semanas restantes la cobertura económica debía haberse articulado antes del 2 de agosto de 2022 y por ello cabe concluir que el RDL 5/2023 no cumple en este punto con las exigencias de la norma europea⁸⁹. Es imprescindible acometer con la máxima presteza una nueva reforma normativa que articule una prestación económica como mínimo para seis de las ocho semanas del permiso parental, con una cobertura adecuada que no desincentive el ejercicio del derecho.

4.3. Distribución

La distribución del permiso parental se aborda en el segundo párrafo del punto 1 del artículo 48 bis del TRLET. En cumplimiento del mandato establecido en el artículo 5.5 de la Directiva 2019/1158, donde se obliga a los Estados miembros a garantizar que las personas trabajadoras puedan solicitarlo en “*formas flexibles*”⁹⁰, se admite el disfrute en semanas “*continuas o discontinuas*”, tanto “*a tiempo completo como en régimen de jornada a tiempo parcial, conforme a lo establecido reglamentariamente*”, todo ello dentro de un marco temporal muy amplio, dado que el permiso puede utilizarse “*hasta que el menor cumpla ocho años*”.

De este conjunto de reglas se concluye que la modalidad ordinaria de disfrute es en bloques semanales y a tiempo completo, que pueden ser tanto consecutivos como alternados con períodos de trabajo. Para utilizar el permiso parental de esta forma bastará, como se verá de inmediato, con la comunicación a la parte empresarial, que solo en casos excepcionales podrá cuestionar el régimen de disfrute escogido⁹¹. Distinta es la situación respecto al disfrute a tiempo parcial, hipótesis que la norma estatutaria se limita a contemplar, remitiendo su concreción a un futuro desarrollo reglamentario que todavía no se ha hecho efectivo. Es previsible que esta modalidad de disfrute se reconozca en

⁸⁹ Idéntica opinión mantiene LÓPEZ ÁLVAREZ, María José, “Por qué el nuevo permiso parental no cumple con los plazos de transposición de la Directiva (UE) 2019/1158”, *Briefs AEDTSS*, nº 52, 2023.

⁹⁰ Atendiendo al Considerando 23 de la misma norma, deben considerarse fórmulas flexibles todas las modalidades de disfrute distintas al tiempo completo consecutivo, incluyéndose por tanto el “*tiempo parcial*” y el disfrute en “*períodos alternos, por ejemplo, un cierto número de semanas consecutiva de permiso separadas por períodos de trabajo*”,

⁹¹ El disfrute en semanas no consecutivas se reconoce, por tanto, en términos más favorables que los de la Directiva 2019/1158, dado que siendo una fórmula flexible no se condiciona a la aceptación empresarial.

términos más restrictivos que la ordinaria, pero en cualquier caso el respecto a la norma europea exige que ese futuro reglamento garantice que las solicitudes sean valoradas por los empleadores “*teniendo en cuenta tanto sus propias necesidades como las de los trabajadores*”, y también que estos deban “*justificar*” las eventuales denegaciones “*por escrito y en un plazo razonable desde su presentación*”. Queda claro, pues, que no podrá trasladarse sin más el régimen previsto para el disfrute a tiempo parcial de la suspensión por nacimiento, adopción y acogimiento en los apartados 4 y 5 del artículo 48 del TRLET, que se limita a requerir la conformidad de la parte empresarial.

4.4. Procedimiento de ejercicio

Finalmente, conviene revisar las reglas que ofrece el artículo 48.bis.2 del TRLET sobre el procedimiento para ejercitar el derecho al permiso parental, que como se verá incorporan una compleja previsión dirigida a la protección de los intereses empresariales.

El segundo párrafo de dicho precepto establece, respecto a la primera cuestión, que la persona trabajadora debe “*comunicarlo a la empresa con una antelación de diez días o la concretada en los convenios colectivos, salvo fuerza mayor, teniendo en cuenta la situación de aquella y las necesidades organizativas de la empresa*”. La redacción de esta regla no es del todo satisfactoria y plantea diversas dudas, particularmente sobre el plazo fijado.

No queda claro, en primer lugar, cuál es la relación entre el plazo de diez días fijado por la norma estatutaria y el que pueda establecer el convenio colectivo. A falta de especificación y atendiendo a la formulación alternativa, parece que lo más lógico es entender que el plazo legal tiene carácter supletorio y que solo entrará en juego en defecto de regulación convencional. También que esta última puede fijar una antelación inferior o superior, siempre que, como exige el artículo 5.3 de la Directiva 2019/1158, sea “*razonable*” atendiendo a “*las necesidades tanto de los empleadores como de los trabajadores*”.

También resulta confusa la referencia a la fuerza mayor, a la que sigue una exigencia de tomar en consideración las necesidades de ambas partes, muy similar a la que se acaba de transcribir. A mi modo de ver ambas previsiones funcionan de forma autónoma. La referencia a la fuerza mayor habilita el incumplimiento total o parcial del plazo de preaviso establecido por vía legal o convencional cuando concurra una circunstancia excepcional vinculada con la atención de hijo, hija o menor acogido que encaje en ese concepto y requiera el disfrute inmediato del permiso parental⁹². Se permite, de esta

⁹² La posibilidad de reducir el plazo de preaviso en base a una situación de fuerza mayor también es admitida por THIBAUT ARANDA, Javier, “Nuevo régimen...”, *ob. cit.*, p. 5.

forma, satisfacer necesidades similares a las cubiertas por el permiso contemplado en el nuevo artículo 37.9 del TRLET a través de un mecanismo de características muy distintas, operando una clara mejora sobre el marco europeo, que no contempla ninguna posibilidad de excepción a la obligación de preaviso. Por el contrario, la exigencia de tomar en consideración la situación de la persona solicitante y las necesidades organizativas de la empresa se dirige a la negociación colectiva, constituyéndose en un parámetro orientador de las regulaciones sobre el plazo de preaviso que reitera el mandato establecido por la norma europea.

Lo que sí queda claro es que el procedimiento a seguir es muy distinto al previsto en el artículo 34.8 del TRLET. No se trata aquí de formular una solicitud que podrá ser aceptada o rechazada sino de “*comunicar*” a la parte empresarial las fechas de disfrute libremente escogidas por quien ejercita el derecho, al menos en el caso de la modalidad ordinaria⁹³. En coherencia con ello, se establece que la persona trabajadora debe “*especificar la fecha de inicio y fin del disfrute o, en su caso, de los períodos de disfrute*”.

La protección de los intereses empresariales frente al ejercicio del permiso parental se articula no solo a través de la exigencia del preaviso sino permitiendo que la parte empleadora pueda forzar el aplazamiento del disfrute, en ningún caso excluirlo, cuando aquellos puedan resultar afectados de forma significativa. Así lo prevé el artículo 5 de la Directiva 2019/1158 que en sus apartados 5 y 7 limita ese retraso a un “*período razonable de tiempo*” y exige que el permiso solicitado altere “*seriamente el buen funcionamiento de la empresa*”, así como la justificación por escrito de la negativa y el previo ofrecimiento de una alternativa de disfrute flexible⁹⁴. La transposición de esta previsión se lleva a cabo en el último párrafo del artículo 48.bis.2 del TRLET a través de una regla que mantiene notables paralelismos con otras tres incorporadas a los artículos 37.4.3º, 37.6.10º y 46.3.3º del TRLET por el mismo RDL 5/2023, a las que me referiré posteriormente.

El primer aspecto sobre el que conviene centrar la atención es la delimitación de la hipótesis que permite a la parte empresarial forzar el aplazamiento del disfrute. Manteniendo casi sin variaciones la fórmula utilizada por la norma europea se exige que “*el permiso parental solicitado altere seriamente el correcto funcionamiento de la*

⁹³ En la hipótesis de disfrute a tiempo parcial el esquema puede ser distinto porque, como ya se ha indicado, el procedimiento de ejercicio está pendiente de definición por el futuro desarrollo reglamentario y es previsible que no se opte por un sistema de simple comunicación.

⁹⁴ Esta regulación ha sido fuertemente criticada por la doctrina, al considerar que da preferencia al interés empresarial frente a las necesidades de quienes ejercitan el permiso parental, que en la mayoría de los casos serán inaplazables (RECHE TELLO, Nuria, “La nueva Directiva...”, *ob. cit.*, p. 82 y NIETO ROJAS, Patricia, “La transposición...”, *ob. cit.*, p. 88).

empresa”⁹⁵, añadiendo un segundo elemento que sí resulta novedoso: “*que dos o más personas generasen ese derecho por el mismo sujeto causante*”. Esta última exigencia restringe la posibilidad de aplazamiento limitándola a situaciones donde la atención del hijo, hija o menor acogido se lleve a cabo por los dos progenitores, adoptantes o acogedores⁹⁶, es decir, cuando ambos utilicen el permiso parental⁹⁷. Junto a ello se admiten “*otros supuestos definidos por los convenios colectivos*”, una previsión que debe ser interpretada como una habilitación para incorporar a través de la negociación colectiva situaciones distintas a la hipótesis descrita en el segundo elemento en las que, si concurre esa alteración sería del correcto funcionamiento empresarial, podría forzarse un aplazamiento del disfrute, aunque también serían admisibles regulaciones convencionales que acotasen dicha hipótesis⁹⁸.

Centrémonos ahora en el procedimiento que debe seguirse para hacer efectivo el aplazamiento y su posible alcance. La norma no es demasiado precisa en este punto y se limita a señalar que la parte empresarial “*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*”. Hubiese sido deseable fijar una extensión temporal máxima al aplazamiento⁹⁹, pero en lugar de ello se opta por reiterar el límite genérico establecido por la norma europea. Ello obliga a realizar una valoración caso por caso del retraso impuesto, atendiendo esencialmente a la causa que lo justifica, que no es otra que la grave alteración del funcionamiento empresarial, sin olvidar los intereses de la persona solicitante. En cualquier caso, la decisión de aplazamiento deberá motivarse, detallando tanto su fundamento como su extensión, y formalizarse por escrito; todo ello en el breve

⁹⁵ Aunque ambos elementos aparecen en orden inverso en el último párrafo del artículo 48.bis.2 del TRLET y de entrada no queda claro si la exigencia de afectación al proceso productivo se proyecta sobre las referencias precedentes o es autónoma, en base al principio de interpretación conforme la lectura correcta debe ser necesariamente esta última, porque como ya se ha destacado la Directiva 2019/1158 solo admite el aplazamiento del disfrute del permiso parental cuando se altere seriamente el buen funcionamiento de la empresa.

⁹⁶ No se acaba de entender la referencia que la norma hace a la posibilidad de que un mismo sujeto genere el permiso parental para más de dos personas, una hipótesis inviable atendiendo a como se configura la titularidad del derecho.

⁹⁷ Lo más lógico es identificar “*generasen*” con situaciones de disfrute efectivo y no de simple titularidad, tanto en base a una interpretación literal como a una interpretación finalista, porque parece obvio que la pretensión del legislador de urgencia es admitir el aplazamiento solo en aquellos casos donde hay otra persona que también ha ejercitado el derecho a permiso parental y, por tanto, una alternativa para realizar la atención del hijo, hija o menor acogido que puede mitigar el perjuicio ocasionado por el retraso.

⁹⁸ Podría requerirse, por ejemplo y en línea con la regulación efectuada en los artículos artículos 37.4.3º, 37.6.10º y 46.3.3º del TRLET, que las dos personas trabajadoras que generan el derecho por el mismo sujeto causante presten servicios en la misma empresa. Se limitaría, de esta forma, la posibilidad de forzar el aplazamiento del disfrute potenciando el permiso parental; una intervención de mejora que sin duda puede realizar la negociación colectiva.

⁹⁹ CABEZA PEREIRO, Jaime, “La Directiva de conciliación...”, *ob. cit.*, p. 61.

margen de tiempo que ofrece el preaviso, en el que también deberá cumplirse el trámite expuesto en el párrafo siguiente.

La posibilidad de forzar un aplazamiento del disfrute del permiso parental se presenta no solo como una facultad empresarial causalizada y sometida a una obligación de justificación escrita sino también como una *ultima ratio*, dado que previamente debe ofrecerse una opción alternativa de disfrute a la persona solicitante, que de ser aceptada excluirá la utilización de aquella. No quedan nada claras las características de esta oferta, dado que la norma es muy confusa en este punto, pero atendiendo al referente europeo cabe interpretar que la parte empresarial queda obligada ofrecer una opción de disfrute que se sitúe más o menos en el mismo ámbito temporal planteado por la persona trabajadora con un formato distinto pero equivalente¹⁰⁰. Si, por ejemplo, una persona trabajadora decide disfrutar una semana de permiso parental a tiempo completo en un momento donde las tareas que desarrolla resultan particularmente relevantes y no pueden dejar de prestarse, al menos de forma completa, podría proponerse un disfrute a tiempo parcial al cincuenta por ciento durante esa misma semana y la posterior.

5. Otras modificaciones

5.1. Ampliación subjetiva de la reducción de jornada y la excedencia para cuidado de familiares

En correspondencia con la ampliación subjetiva que se opera en las figuras más afectadas por el RDL 5/2023, también se ajustan otros instrumentos de conciliación para evitar diferencias difíciles de justificar, que en algún caso incluso podrían llegar a generar desajustes con la norma europea. Concretamente se añade al “*cónyuge o pareja de hecho*” y al “*familiar consanguíneo de la pareja de hecho*” en el colectivo de personas necesitadas de cuidado directo que pueden generar derecho a una reducción de jornada o a una excedencia (artículos 37.6.2º y 46.3.2º del TRLET, respectivamente).

¹⁰⁰ Resulta muy complicado determinar qué significa “*una alternativa igual de flexible*”, La expresión da a entender que el disfrute reclamado por la persona trabajadora no corresponde a la modalidad ordinaria sino a una fórmula flexible, que en nuestro caso se identifica esencialmente con el disfrute a tiempo parcial, y que debería ofrecerse una opción de disfrute equivalente. Bastante más satisfactoria es la redacción del artículo 5.7 de la Directiva 2019/1158, que obliga a la parte empresarial a ofrecer “*fórmulas flexibles de disfrutar el permiso parental*”, Si estas se plantean como una solución distinta al aplazamiento parece evidente, de una parte, que entre la alternativa propuesta y el disfrute peticionado deben existir una correspondencia temporal; y de otra, que dicha alternativa consistirá ordinariamente en una posibilidad de ausencia diferente a la peticionada pero equivalente, normalmente basada en el disfrute a tiempo parcial y/o discontinuo.

Respecto a la reducción de jornada la ampliación viene exigida por el artículo 9 de la Directiva 2019/1158 dado que, como expresamente indica el artículo 1.f) de la misma norma, entre las denominadas “*fórmulas de trabajo flexible*” se incluye la “*reducción de las horas de trabajo*”¹⁰¹. Justamente por ello, el hecho de que no se haya incorporado también la atención de convivientes puede determinar un defecto de trasposición¹⁰², excepto que se interprete que respecto a este colectivo las reducciones de jornada deben solicitarse a través del artículo 34.8 del TRLET, que admite expresamente la solicitud de “*adaptaciones de la duración (...) de la jornada*”.

En el caso de la excedencia, por el contrario, la ampliación no deriva de ninguna imposición del derecho europeo y, por tanto, responde al deseo de eliminar la diferencia de trato que tradicionalmente han sufrido las parejas de hecho y mantener la coherencia con los restantes mecanismos de conciliación.

Para finalizar interesa hacer referencia a un ajuste en la delimitación subjetiva de la reducción de jornada y la excedencia para cuidado de familiares que figuraba en el Anteproyecto de Ley de Familias y que desgraciadamente no tuvo traslado al Proyecto de Ley de Familias ni al RDL 5/2023: la reconfiguración del parentesco por afinidad. Partiendo de la base que esos dos mecanismos comportan pérdidas de ingresos durante largos períodos de tiempo y que son las mujeres las que más los utilizan para el cuidado de sus familiares políticos, se limitaba el derecho a los familiares por consanguinidad, extendiéndolo a los parientes por afinidad tan solo cuando no existiesen aquellos¹⁰³. Se pretendía con ello evitar la perpetuación de roles y fomentar la corresponsabilidad a través de una medida que, a mi entender, resultaba tan justificada como necesaria¹⁰⁴.

¹⁰¹ La conexión entre el artículo 37.6 del TRLET y el artículo 9 de la Directiva 2019/1158 ha sido reconocida en numerosas ocasiones por la doctrina. Véase, por ejemplo, RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, Sarai, “Los derechos de conciliación...”, *ob. cit.*, p. 154.

¹⁰² Este es otro de los desajustes que la doctrina había identificado entre el artículo 37.6 del TRLET y el artículo 9 de la Directiva 2019/1158. Véase MANEIRO VÁZQUEZ, Yolanda, *Cuidadores, igualdad...*, *ob. cit.*, p. 161.

¹⁰³ Así por ejemplo, respecto a la reducción de jornada esta extensión subsidiaria se llevaba a cabo incorporando un nuevo tercer párrafo en el artículo 37.6 del TRLET donde se establecía que “*También tendrá derecho a la reducción de jornada en las mismas circunstancias y con el mismo alcance quien precise encargarse del cuidado directo de un familiar hasta segundo grado de consanguinidad del cónyuge o pareja de hecho siempre que no existieran familiares por consanguinidad directa hasta el segundo grado que pudieran acceder a la reducción descrita en el inciso anterior*”, La misma formulación se proponía para la excedencia, modificando tan solo la identificación de la medida. Puede consultarse el texto completo del Anteproyecto de Ley de Familias en <https://www.mdsocialesa2030.gob.es/servicio-a-la-ciudadania/proyectos-normativos/documentos/apl-ley-familias.pdf>.

¹⁰⁴ Ya se había apuntado que “*La transposición de la Directiva sería una magnífica ocasión para <podar> todas las referencias del ET al parentesco por afinidad*”, aun siendo “*evidente que la norma europea no exige esta supresión y que, sin duda, no hay una incompatibilidad expresa de dichos preceptos con la*

5.2. Mejora de las reglas de protección de los intereses empresariales en el ámbito de los artículos 37.4, 37.6 y 46.3 del TRLET

Otra de las novedades que aporta el RDL 5/2023 es la modificación de una previsión que afecta tanto a al permiso para el cuidado del lactante (artículo 37.4 del TRLET), como a la reducción de jornada y la excedencia para el cuidado de hijos, hijas y otros familiares (artículos 37.6 y 46.3 del TRLET, respectivamente), a través de la cual se permite a la parte empresarial incidir sobre el momento de disfrute de estos derechos para proteger sus intereses.

Hasta la llegada de esa reforma la norma se limitaba a contemplar, en idénticos términos en las tres figuras citadas, que “*si dos o más personas trabajadoras de la misma empresa ejercen este derecho por el mismo sujeto causante, podrá limitarse su ejercicio simultáneo por razones fundadas y objetivas de funcionamiento de la empresa*”. De esta forma se reconoce a la parte empresarial la facultad de alterar el período de disfrute escogido por las personas que ejerciten el derecho, siempre que se cumplan tres condiciones: a) que exista un solapamiento total o parcial entre los períodos de disfrute escogidos, b) que tales personas trabajen en la misma empresa, y c) que existan razones vinculadas al funcionamiento de la empresa que requieran la alteración. Nada se indicaba respecto al procedimiento a seguir para ejercitar esa facultad.

Este vacío es el que resuelve parcialmente la legislación de urgencia, que inspirándose en los artículos 5.5 y 5.7 de la Directiva 2019/1158 añade, justo a continuación del fragmento transcrito, que se mantiene sin variaciones, la exigencia de que las razones estén “*debidamente motivadas por escrito*” y la obligación empresarial de “*ofrecer un plan alternativo que asegure el disfrute de ambas personas trabajadoras y que posibilite el ejercicio de los derechos de conciliación*”. Así pues, cualquier eventual oposición empresarial al disfrute comunicado por la parte trabajadora deberá formalizarse por escrito y justificarse debidamente; una exigencia que podría considerarse implícita en la anterior regulación pero que ahora queda expresamente recogida, ofreciendo mayor seguridad jurídica. Más confusa resulta la obligación de ofrecer un plan alternativo de disfrute, particularmente respecto al momento en que debe hacerse efectiva. A falta de mayores precisiones cabe entender que el ofrecimiento puede efectuarse antes de formalizar la oposición por escrito o en ese mismo momento¹⁰⁵. Respecto a esta cuestión

Directiva”, pero sin duda “*ancla al sexo femenino en sus responsabilidades de cuidado socialmente atribuidas, incluso de la familia de su cónyuge o pareja de hecho masculina*” (CABEZA PEREIRO, Jaime, “La Directiva (UE) 2019/1158...”, *ob. cit.*, p. 72.

¹⁰⁵ Adviértase que, en este caso, a diferencia de lo que sucede en el artículo 5.7 de la Directiva 2019/1158, en el que sin duda se inspira el legislador de urgencia para imponer la obligación de ofrecer un plan

y a otras que también quedan pendientes de concreción, como por ejemplo el plazo de que dispone la parte empresarial para ejercitar la facultad de oposición, se abren espacios de intervención a la negociación colectiva para desarrollar una importante función de complementariedad¹⁰⁶.

Aunque queden algunos aspectos pendientes de definición, el RDL 5/2023 ha mejorado sin duda la regulación de la facultad empresarial de oposición en el ámbito de los artículos 37.4, 37.6 y 46.3 del TRLET, pero al mismo tiempo ha generado un nuevo escenario bastante complejo, donde existen tres regulaciones distintas para determinar en qué casos y con qué condiciones la parte empresarial puede incidir sobre el momento de disfrute de los principales derechos de ausencia vinculados a la conciliación de la vida laboral y familiar: a) la contenida en esos tres preceptos; b) la que se mantiene en los artículos 48.4.9º y 48.5.5º del TRLET, que no se han visto alterados por la legislación de urgencia¹⁰⁷; y c) la efectuada en el artículo 48.bis.2 del TRLET, analizada con detenimiento en el apartado relativo al permiso parental, que guarda notables paralelismos con la regulación estudiada en este epígrafe. Tal diversidad puede plantear muchas dudas y dificultades aplicativas, además de algunos problemas de adecuación entre el derecho interno y el europeo en el caso concreto de la excedencia para el cuidado de hijos, hijas y otros familiares¹⁰⁸.

5.3. Incremento de la protección antidiscriminatoria y frente al despido de las personas que utilizan mecanismos de conciliación

La primera modificación que el RDL 5/2023 introduce en el TRLET afecta a su artículo 4.2.c) y se concreta en añadir una especificación final para afirmar que la discriminación por razón de sexo incluye “*el trato desfavorable dispensado a mujeres u hombres por el ejercicio de los derechos de conciliación o corresponsabilidad de la vida familiar y*

alternativo de disfrute, no se exige que tal oferta se realice antes de manifestar la oposición al disfrute comunicado.

¹⁰⁶ Conforme a la terminología utilizada por ALARCÓN CARACUEL, Manuel Ramón, “Las relaciones ley-convenio colectivo”, en ROJO TORRECILLA, Eduardo (coordinador) *Las Reformas Laborales de 1994 y 1997*, Madrid, Marcial Pons, 1998, p. 37.

¹⁰⁷ En tales preceptos la facultad empresarial de oposición se reconoce en idénticos términos a los que se reconocía en los artículos 37.4, 37.6 y 46.3 del TRLET antes del RDL 5/2023.

¹⁰⁸ Si como se ha razonado al analizar el permiso parental, esa excedencia cubre una parte de las semanas de ausencia que deben reconocerse en virtud del artículo 5 de la Directiva 2019/1158, resulta imprescindible que la parte empresarial solo pueda incidir sobre el disfrute cuando este pueda “*alterar seriamente el funcionamiento de la empresa*”, una condición que no cumple el actual artículo 46.3.3º del TRLET que simplemente requiere “*razones fundadas y objetivas de funcionamiento*” de la empresa. Este desajuste ya había sido denunciado en diversas ocasiones por la doctrina antes de la aprobación del RDL 5/2023. Véanse, por ejemplo, RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, Sarai, “Los derechos de conciliación...”, *ob. cit.*, p. 161 y LÓPEZ ÁLVAREZ, María José, “La adaptación de la directiva...”, *ob. cit.*, p. 76.

laboral”. El Preámbulo de la norma reformadora justifica este cambio argumentando que debe darse cumplimiento al artículo 1 de la Directiva 2019/1158 y hacerlo en coherencia con la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Constitucional¹⁰⁹.

El cambio es positivo porque da un paso que la norma europea no se atreve a dar: la consideración expresa de trato desfavorable derivado del ejercicio de los derechos de conciliación como un supuesto de discriminación por razón de sexo¹¹⁰. La Ley 15/2022, de 22 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, supuso una oportunidad perdida en este sentido, porque no incorporó las responsabilidades de cuidado en su artículo 2.1¹¹¹, pero afortunadamente el RDL 5/2023 ha resuelto la cuestión con una regla clara y contundente, que facilitará la protección de las personas que resulten perjudicadas por ejercitar sus derechos de conciliación. Sea cual sea el mecanismo utilizado¹¹², el trato desfavorable derivado del mismo será considerado una discriminación directa por razón de sexo, una calificación que permite una tutela mucho más fácil e intensa que la resultante de la discriminación indirecta construida por la jurisprudencia¹¹³.

La protección de las personas que ejercen sus derechos de conciliación también se refuerza específicamente frente a situaciones de despido modificando los artículos 53.4 y 55.2 del TRLET. Concretamente se incorpora a la relación de hipótesis para las que se establece la denominada “*nulidad objetiva*” del despido a las personas que estén disfrutando del permiso parental (letra a) y a las que hayan solicitado o estén disfrutando de uno de los permisos a los que se refiere el artículo 37.3.b) del TRLET o de una adaptación de condiciones de trabajo en base al artículo 34.8 de la misma norma (letra b).

¹⁰⁹ Incluso se citan dos sentencias concretas: la STJUE de 8 de mayo de 2019 (C-489/18, asunto Praxair) y la STC 79/2020, de 2 de julio.

¹¹⁰ Esta conexión, que se asume implícitamente en los considerandos de la Directiva 2019/1158, no se traslada al articulado; una circunstancia fuertemente criticada por la doctrina (CABEZA PEREIRO, Jaime, “La Directiva...”, *ob. cit.*, p. 77).

¹¹¹ Así lo destaca MANEIRO VÁZQUEZ, Yolanda, Cuidadores, igualdad..., *ob. cit.*, p. 68-69.

¹¹² Adviértase que el artículo 4.2.c) del TRLET se refiere genéricamente al “*ejercicio de los derechos de conciliación o corresponsabilidad*” y por tanto incluye a todos los mecanismos reconocidos a nivel legal e incluso a los de origen convencional, incluidos los permisos de corta duración, como el previsto en el nuevo artículo 37.9 del TRLET, que como se verá de inmediato no queda cubierto por la garantía de despido objetivo establecida en los artículos 53.4 y 55.5 del TRLET.

¹¹³ Para un análisis detenido de esta jurisprudencia y de las ventajas que respecto a la tutela puede comportar la calificación como discriminación directa, consúltese el completo y detallado estudio de MANEIRO VÁZQUEZ, Yolanda, Cuidadores, igualdad..., *ob. cit.*, p. 70-75.

Aunque el artículo 12 de la Directiva 2019/1158 no obliga necesariamente a calificar como nulo el despido de las personas que utilizan sus derechos de conciliación¹¹⁴, la doctrina había reclamado en diversas ocasiones la extensión de aquella singular protección a quienes ejercitan el derecho de adaptación de condiciones de trabajo, argumentado que la mejor manera de dar cumplimiento a las exigencias de ese precepto era otorgarles la misma protección dispensada en situaciones análogas¹¹⁵. La legislación de urgencia asume este planteamiento y opera la extensión, añadiendo también a las personas que utilizan el nuevo permiso parental y el permiso retribuido de cinco días para cuidado de familiares y convivientes. Todos estos cambios merecen una valoración positiva, no solo porque ofrecen una mejor protección a colectivos que objetivamente la requieren y evitan o corrigen el desajuste con el derecho europeo¹¹⁶, sino también porque unifican el tratamiento normativo de un conjunto de situaciones formalmente muy diversas pero equivalentes.

No obstante, existen dos aspectos negativos que no pueden dejar de señalarse. De una parte, la no inclusión de las personas que ejercitan el nuevo permiso por fuerza mayor reconocido en el artículo 37.9 del TRLET. Ni su corta duración ni la ausencia de una obligación derivada de la norma europea son, a mi modo de ver, razones suficientes para no extender a esta hipótesis la garantía de nulidad objetiva que se otorga a los restantes derechos de ausencia vinculados a la conciliación de la vida laboral y familiar¹¹⁷. De otra, aunque en ese caso probablemente se trata de una cuestión menor que puede resolverse por vía jurisprudencial con una interpretación extensiva, la no inclusión del ejercicio del derecho de adaptación de condiciones de trabajo en el antepenúltimo párrafo del artículo 53.4 del TRLET, donde se precisa que el despido será nulo salvo que “*se declare la*

¹¹⁴ Este precepto tan solo requiere que el despido de las personas que ejercen derechos de conciliación tenga justa causa, que esta se concrete por escrito y también que quede acreditada por la parte empresarial. Así lo ha destacado en numerosas ocasiones la doctrina. Véase, por ejemplo, BALLESTER PASTOR, María Amparo, “De los permisos parentales...”, *ob. cit.*, p. 1131.

¹¹⁵ Véanse BALLESTER PASTOR, María Amparo, “De los permisos parentales...”, *ob. cit.*, p. 1132, PASTOR MARTÍNEZ, Alberto, “Las medidas laborales...”, *ob. cit.*, p. 208 y LÓPEZ ÁLVAREZ, María José, “La adaptación de la directiva...”, *ob. cit.*, p. 82.

¹¹⁶ Tanto las personas que utilicen el permiso parental como las que utilicen el permiso para cuidadores contemplados en los artículos 5 y 6 de la Directiva 2019/1158 deben tener garantizada la protección frente al despido que prevé el artículo 12 de la misma norma y por tanto resulta necesario que las instituciones equivalentes del derecho interno también incorporen esa garantía.

¹¹⁷ La extensión evitaría una diferencia de trato poco coherente, dado que, tal como se destacó en su momento, en el ordenamiento interno el permiso por fuerza mayor se configura como un permiso retribuido, al menos en parte, de características muy similares a los previstos en el artículo 37.3.b) del TRLET, a los que sí se reconoce esa garantía. No sucede lo mismo en el ámbito de la Directiva 2019/1158, donde la denominada “Ausencia por fuerza mayor”, recibe un trato muy diferente al de los permisos de paternidad, parental y para cuidadores, y probablemente por ello el artículo 12 de dicha norma no incluye a las personas que utilicen ese mecanismo entre los colectivos especialmente protegido frente al despido.

procedencia de la decisión extintiva por motivos no relacionados con el embarazo o el ejercicio del derecho a los permisos y excedencia señalados”¹¹⁸.

5.4. Una pequeña e insuficiente mejora para las familias monoparentales

La atención de las singulares necesidades que las familias monoparentales deben afrontar en materia de conciliación es desde hace tiempo una de las cuestiones pendientes en nuestro ordenamiento jurídico¹¹⁹. No puede afirmarse que en este punto exista un desajuste con el derecho europeo, dado que la Directiva 2019/1158 no reconoce ningún derecho concreto a esa tipología familiar, limitándose, en su Considerando número 37, a “animar” a los Estados miembros a valorar si los instrumentos de conciliación articulados “deben adaptarse a necesidades específicas” en “situaciones particularmente adversas”, entre las cuales se citan las familias monoparentales¹²⁰. Es indiscutible que estas plantean necesidades específicas, que nuestra jurisprudencia no ha querido afrontar¹²¹ y que

¹¹⁸ Parece obvio que nos hallamos ante un lapsus del RDL 5/2023, que olvidó ajustar la redacción de este párrafo para que encajase con los cambios introducidos en los párrafos precedentes.

¹¹⁹ Para un análisis detallado de esta cuestión pueden consultarse BLASCO JOVER, Carolina, “La necesidad de adaptar ciertos derechos personales y familiares a parejas de hecho y núcleos monoparentales”, *Revista de Trabajo y Seguridad*, nº 451, 2020, p. 109-148, y BOGONI, MILENA, “Los derechos de conciliación de las familias monoparentales” en la obra colectiva *Conciliación y corresponsabilidad de las personas trabajadoras: presente y futuro*, Barcelona, J. M. Bosch Editor, 2021, p. 245-284.

¹²⁰ Esta técnica, que no traslada al articulado necesidades reconocidas en los considerandos, ha sido criticada en diversas ocasiones por la doctrina. Véase, por ejemplo, CABEZA PEREIRO, Jaime, “La Directiva (UE) 2019/1158...”, *ob. cit.*, p. 83-84.

¹²¹ La STS de 2 de marzo de 2023 (nº 169/2023) niega la ampliación de la prestación por nacimiento y la suspensión correspondiente en caso de familias monoparentales basándose, entre otros argumentos, en que la función de los jueces y tribunales “es la aplicación e interpretación de la norma pero no la creación del derecho” y que “una pretensión como la que se sostiene en el presente procedimiento solo le corresponde al legislador, sin que la misma pueda ser suplida a través de resoluciones judiciales que van más allá de sus propias funciones jurisdiccionales, entre las que no se encuentran, desde luego, la modificación del régimen prestacional de la Seguridad Social, ni la modificación de la organización de la suspensión del contrato de trabajo (...)”,

Esta sentencia ha merecido numerosas críticas doctrinales. Véanse, por ejemplo, ROJO TORRECILLA, Eduardo, “¿Miedo escénico o precaución jurídica en el TS? A propósito de la sentencia de 2 de marzo de 2023 sobre la duración de los periodos de descanso en los permisos por nacimiento para familias monoparentales”, blog del autor, 11 de marzo de 2023 (<http://www.eduardorojotorrecilla.es/2023/03/miedo-escenico-o-precaucion-juridica-en.html>, consultado el 10.10.2023) y BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, Ignasi, “Sobre la prestación por nacimiento y cuidado del menor en familia monoparental o monomarental (STS, Pleno, 2.3.23)”, Blog del autor, 21 de marzo de 2023 (<https://ignasibeltran.com/2023/03/21/sobre-la-prestacion-por-nacimiento-y-cuidado-del-menor-en-familia-monoparental-o-monomarental-stspleno-2-3-23/>; consultado: 10.10.2023).

deberían abordarse de forma inmediata a través de cambios normativos, sobre todo teniendo en cuenta que se trata de una tipología claramente feminizada¹²².

El RDL 5/2023 resulta en este punto decepcionante, porque solo incorpora una previsión específicamente dirigida a las familias monoparentales: la última frase del artículo 48.6 del TRLET, en virtud de la cual si hay “*una única persona progenitora, esta podrá disfrutar de las ampliaciones completas previstas en este apartado para el caso de familias con dos personas progenitoras*”. Ello supone reconocer dos semanas adicionales en caso de nacimiento, adopción, guarda o acogimiento múltiple por cada hijo, hija o menor diferente del primero y también en caso de discapacidad de estos. Sin menospreciar la importancia de esta medida, resulta obvio que es una ampliación de escasa trascendencia para situaciones concretas y excepcionales, que no resuelve el problema principal: la adaptación de la duración ordinaria de la suspensión contemplada en los artículos 48.4 y 48.5 del TRLET a las necesidades de las familias monoparentales¹²³.

En los primeros borradores de anteproyectos de transposición de la Directiva 2019/1158 sí figuraba el reconocimiento de una duración adicional de diez semanas para las familias monoparentales, junto a la ampliación para hipótesis específicas expuesta en el párrafo anterior. Por razones que se desconocen, esta mejora no se incorpora al Anteproyecto de Ley de Familias aprobado por el Consejo de Ministros el 13 de diciembre de 2022, ni al Proyecto de Ley aprobado por el mismo órgano el 28 de marzo de 2023. El RDL 5/2023 sigue el mismo guion dejando pendiente no solo la adecuación de la suspensión por nacimiento, adopción, guarda o acogimiento, sino también de otros mecanismos de conciliación que no cubren adecuadamente las particulares necesidades de las familias monoparentales.

6. Reflexión final

La mayoría de la doctrina coincide en valorar los cambios introducidos por el RDL 6/2019 como una importante mejora de los mecanismos de conciliación reconocidos en el derecho español, que puede contribuir a avanzar hacia la deseada igualdad efectiva entre mujeres y hombres. El análisis efectuado permite concluir que el RDL 5/2023 da un paso más en este camino, un paso importante que se apoya en las obligaciones impuestas por la Directiva 2019/1158 pero que a menudo va más allá, estableciendo regulaciones más favorables o abordando cuestiones no requeridas por aquella.

¹²² Conforme a los últimos datos disponibles de la “Encuesta continua de hogares” del Instituto Nacional de Estadística (INE), que corresponden al año 2020, el 81,35 % de los hogares monoparentales (582.100 sobre un total de 1.944.800) estaban conformados por una madre con dos o más hijos.

¹²³ El alcance de la protección dispensada a las familias monoparentales en el RDL 5/2023 también ha sido valorado como “*claramente insuficiente*” por NIETO ROJAS, Patricia, “La transposición...”, *ob. cit.*, p. 95.

Respecto a los instrumentos de tipo cuantitativo, los denominados “*derechos de ausencia*”, las novedades más destacadas son la ampliación subjetiva y cuantitativa del permiso por infortunios familiares, la creación de una tipología de permiso para atender situaciones de fuerza mayor familiar -anteriormente no cubiertas- y la articulación de un nuevo mecanismo de formato suspensivo, el permiso parental. Igual de importante es la intervención sobre el derecho de adaptación de condiciones de trabajo, un instrumento esencial porque permite ajustes cualitativos que evitan la pérdida de ingresos y puede ayudar a incrementar la corresponsabilidad. Los cambios introducidos clarifican y amplían su delimitación subjetiva, mejoran el procedimiento de ejercicio previsto en la norma legal con carácter subsidiario, amplían la obligación empresarial de justificación y potencian el derecho a recuperar las condiciones de trabajo previas. También resulta destacable la mejora en la protección antidiscriminatoria y frente al despido de las personas que deciden utilizar sus derechos de conciliación.

Obviamente, no todo es positivo en el RDL 5/2023. El análisis efectuado ha puesto de manifiesto la persistencia de algunos desajustes entre el derecho interno y la Directiva 2019/1158, entre los que destaca la ausencia de cobertura económica para las personas que utilicen el permiso parental. También diversas imprecisiones que generarán, muy probablemente, dificultades aplicativas y conflictividad judicial. Un buen desarrollo reglamentario combinado con una intervención jurisprudencial que priorice la atención de las necesidades de conciliación puede resolver muchos de estos problemas, pero quedarán aspectos que requerirían una revisión de la norma legal en un futuro no lejano, porque pueden producir distorsiones importantes, como por ejemplo la ausencia de límites máximos en el permiso contemplado en el artículo 37.3.b) del TRLET o la diversidad de fórmulas que se utilizan para determinar en qué casos la parte empresarial puede incidir sobre el momento de disfrute de determinados derechos de ausencia.

Con todo, la principal crítica que puede realizarse al RDL 5/2023 deriva no de los cambios efectuados sino de los aspectos que no se han abordado y estaban en la agenda, porque figuraban en el Proyecto de la Ley de Familias, en el Anteproyecto o en los documentos previos. Así por ejemplo, la atención global y auténtica de las particulares necesidades de las familias parentales en materia de conciliación, el replanteamiento del vínculo por afinidad en determinados mecanismos de conciliación o el ajuste de las prestaciones de Seguridad Social para garantizar una mayor cobertura económica y la evitación de secuelas, son parte de ese listado de cuestiones pendientes que deberá retomarse en breve.

7. Bibliografía

ALARCÓN CARACUEL, Manuel Ramón, “Las relaciones ley-convenio colectivo”, en ROJO TORRECILLA, Eduardo (coordinador) *Las Reformas Laborales de 1994 y 1997*, Madrid, Marcial Pons, 1998.

BALLESTER PASTOR, María Amparo, “De los permisos parentales a la conciliación: expectativas creadas por la Directiva 2019/1158 y su transposición al ordenamiento español”, *Derecho de las relaciones laborales*, nº 11, 2019, p. 1109-1132.

BARRIOS BAUDOR, Guillermo, “Adaptación de la jornada de trabajo por motivos de conciliación de la vida laboral y familiar”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 9, 2019, p. 1-30.

BASTERRA HERNÁNDEZ, Miguel, “Los permisos retribuidos del artículo 37.3 del ET: un análisis aplicativo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 195, 2017, p. 1-31.

BLASCO JOVER, Carolina, “La necesidad de adaptar ciertos derechos personales y familiares a parejas de hecho y núcleos monoparentales”, *Revista de Trabajo y Seguridad*, nº 451, 2020, p. 109-148.

BLASCO JOVER, Carolina, “Cuando se cierra una puerta se abre una ventana: el RD ley 5/2023 salva in extremis la esencia de la ley de familias”, *Lex Social. Revista De Derechos Sociales*, nº 13, 2023, p. 1-49.

BOGONI, MILENA, “Los derechos de conciliación de las familias monoparentales” en la obra colectiva *Conciliación y corresponsabilidad de las personas trabajadoras: presente y futuro*, Barcelona, J. M. Bosch Editor, 2021, p. 245-284.

CABEZA PEREIRO, Jaime, “La Directiva (UE) 2019/1158 y su transposición al derecho interno”, en MARTÍNEZ YÁÑEZ, Nora María y RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Emma (directoras) *Conciliación y corresponsabilidad de las personas trabajadoras. Presente y futuro*, Barcelona, J.M. Editor, 2020, p. 67-92.

CABEZA PEREIRO, Jaime, “La Directiva de conciliación de la vida familiar y laboral”, *Revista de Derecho Social*, nº 92, 2020, p. 41-80.

DE LA CORTE RODRÍGUEZ, Miguel, “La Directiva relativa a la conciliación de la vida familiar y profesional y su repercusión en la legislación española”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 146, 2020, p. 69-94.

GORDO GONZÁLEZ, Luis, “Novedades laborales del RDL 5/2023, de 28 de junio, publicado en el BOE de 29 de junio” *Blog El Foro de Labos*, 29 de junio de 2023. (accesible en <https://www.elforodelabos.es/2023/06/novedades-laborales-del-rdl-5-2023-de-28-de-junio-publicado-en-el-boe-el-29-de-junio/>; consultado: 15.9.2023).

LÓPEZ ÁLVAREZ, María José, “La adaptación de la directiva de conciliación de la vida familiar y profesional al ordenamiento español”, *Femeris*, vol. 7, nº 2, 2022, p. 64-85.

LÓPEZ ÁLVAREZ, María José, “Por qué el nuevo permiso parental no cumple con los plazos de transposición de la Directiva (UE) 2019/1158”, *Briefs AEDTSS*, nº 52, 2023, (accesible en <https://www.aedtss.com/por-que-el-nuevo-permiso-parental-no-cumple-con-los-plazos-de-transposicion-de-la-directiva-ue-2019-1158/>; consulta: 5.10.2023).

MANEIRO VÁZQUEZ, Yolanda, *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.

MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, Lourdes, “El derecho a solicitar la adaptación de jornada: una aproximación legal y judicial”, *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, nº 56, 2023, p. 95-120.

NIETO ROJAS, Patricia, “La transposición de la Directiva 2019/1158 de conciliación de la vida familiar y la vida profesional a través del RD Ley 5/2023”, *Revista de Estudios Jurídicos Laborales y de Seguridad Social*, nº 7, 2023, p. 75-102.

PASTOR MARTÍNEZ, Alberto: “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 ocupación: un paso hacia la efectividad de la igualdad de trato y de oportunidades desde la corresponsabilidad”, *IUSLabor*, nº 1, 2019, p. 187-209.

RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana, “La Directiva 2019/1158, de 20 de junio, 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. 14, 2022, p. 249-301.

RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana, “Trabajo y corresponsabilidad familiar: análisis a la luz de la Directiva 2019/1158”, *Diario La Ley*, nº 9600, 2020, p. 1-14.

RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, Sarai, “Los derechos de conciliación corresponsable en el derecho español a la luz de la Directiva 2019/1158”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, nº 154, 2022, p. 141-154.

RODRÍGUEZ-VICO ROLDÁN, Victoria, “La adaptación de la jornada de trabajo: los cabos sueltos de su nueva regulación”, *Estatuto de trabajadores, 40 años después. XXX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Comunicaciones. Granada, 26 y 27 de noviembre de 2020*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2020, p. 943-964.

ROJO TORRECILLA, Eduardo, “¿Miedo escénico o precaución jurídica en el TS? A propósito de la sentencia de 2 de marzo de 2023 sobre la duración de los periodos de descanso en los permisos por nacimiento para familias monoparentales”, *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales* (blog del autor), 11 de marzo de 2023 (<http://www.eduardorojotorrecilla.es/2023/03/miedo-escenico-o-precaucion-juridica-en.html>; consultado: 5.9.2023).

ROJO TORRECILLA, Eduardo: “Contenido laboral del Anteproyecto de Ley de Familias. Nota descriptiva y texto comparado con las modificaciones que propone introducir en la Ley del Estatuto de los trabajadores”, *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales* (blog del autor), 27 de diciembre de 2022 (<http://www.eduardorojotorrecilla.es/2022/12/contenido-laboral-del-anteproyecto-de.html>; consultado: 5.9.2023).

ROJO TORRECILLA, Eduardo, “Notas sobre el contenido laboral del Proyecto de Ley de Familias. Texto comparado con las modificaciones que propone introducir en la Ley del Estatuto de los trabajadores, la Ley reguladora de la jurisdicción social y la Ley General de Seguridad Social (actualización a 14 de abril)”, *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales* (blog del autor), 10 de abril de 2023 (<http://www.eduardorojotorrecilla.es/2023/04/notas-sobre-el-contenido-laboral-del.html>; consultado: 5.9.2023).

ROJO TORRECILLA, Eduardo, “Permisos y licencias (Análisis del artículo 37.3 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y de su desarrollo convencional)”, APARICIO TOVAR, Joaquín y LÓPEZ GRANDÍA, Juan (coordinador) *Tiempo de trabajo* Albacete, Bomarzo, 2007.

SALA FRANCO, Tomás, “Novedades en materia laboral del Real Decreto-Ley 5/2023, de 18 de junio”, *Briefs AEDTSS*, nº 50, 2023, (<https://www.aedtss.com/novedades-en-materia-laboral-del-real-decreto-ley-5-2023-de-18-de-junio/>; consultado: 5.10.2023).

THIBAUT ARANDA, Javier: “Nuevo régimen de permisos y fórmulas de trabajo flexibles por conciliación familiar y laboral derivadas del Real Decreto-Ley 5/2023”, (<https://www.abdonpedrajas.com/pics/eventos/novedades-en-materia-de-conciliacion-laboral-y-familiar-rd-5-2023-1.pdf>; consultado; 10.102023).