

# LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA (UE) 2019/1158 A TRAVÉS DEL RD-LEY 5/2023

SARAI RODRÍGUEZ GONZÁLEZ

NET21 NÚMERO 15, octubre 2023

## 1. El derecho a la no discriminación por el ejercicio de los derechos de conciliación y corresponsabilidad.

España emprendió el reto de revisar su regulación interna para ajustarla a los estándares comunitarios a través del RD-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, anticipándose a la aprobación de la Directiva (UE) 2019/1158, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores. Se incorporaron entonces importantes cambios que recogen el espíritu de la normativa comunitaria, avanzando en corresponsabilidad a través del establecimiento de medidas de acción positiva para favorecer el ejercicio de los derechos de conciliación por el trabajador varón. Sin embargo, quedó pendiente la inclusión en nuestro ordenamiento de los permisos parentales, para cuidadores o por fuerza mayor familiar, y las fórmulas de trabajo flexible, así como los requerimientos de promoción de utilización y disfrute equilibrado.

El Proyecto de Ley de Familias, aprobado en Consejo de Ministros el 28 de marzo y publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 14 de abril de 2023, constituía una enérgica iniciativa que no se limitaba únicamente a atender a los requerimientos de la normativa comunitaria, sino que incorporaba novedosas medidas para avanzar en la igualdad real en el ámbito laboral, a través del verdadero reconocimiento del derecho de conciliación comprendiendo la diversidad de las situaciones familiares y abordando las barreras en la conciliación laboral y en la crianza a la que se enfrentan las familias, en particular, las monoparentales. Su tramitación en el Congreso de los Diputados se vio frustrada por la convocatoria de las elecciones generales para el 23 de julio de 2023. Es por ello, que desde el Gobierno se decidió la tramitación de algunas reformas por la vía de urgencia a través del Real Decreto-ley 5/2023, a los efectos de cumplir con la transposición de la Directiva 2019/1158 y desarrollar los nuevos permisos de conciliación de la vida personal, laboral y familiar.

La malograda Ley de Familias y de forma más tibia el RD-ley 5/2023 -que entró en vigor el pasado 30 de junio- se alinean con el espíritu de la Directiva para dar respuesta adecuada a la situación de doble atención a las responsabilidades

familiares y a las de trabajo favoreciendo que los puestos de trabajo se adapten a las distintas vicisitudes derivadas de la crianza de menores de edad y cuidado de dependientes y mayores, al tiempo que se establecen unas condiciones efectivas para que haya un reparto real de tareas y un ejercicio corresponsable.

Entre los aspectos más reseñables de las reformas incorporadas por el RD-ley 5/2023 debe citarse la modificación del art. 4.2.c del ET para que el derecho laboral de las personas trabajadoras a no ser discriminadas directa o indirectamente comprenda también *“el trato desfavorable dispensado a mujeres u hombres por el ejercicio de los derechos de conciliación o corresponsabilidad de la vida familiar y laboral”*. Esta formulación da cumplimiento a lo establecido en los arts. 11 y 12 de la Directiva y es consecuente con la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE de 8 de mayo de 2019, C-486/18, asunto Praxair) y del Tribunal Constitucional (STC 79/2020, de 2 de julio de 2020) en las que se ha establecido que, sobre la base de una mayor afectación femenina, la discriminación por ejercicio de derechos de conciliación puede ser constitutiva de discriminación indirecta por razón de sexo, tal como acertadamente se ha defendido, lamentando que la Directiva no se haya atrevido a formular la discriminación por conciliación como causa de discriminación autónoma Ballester Pastor.

Dando cumplimiento a los estándares garantistas de la Directiva, y con el fin de salvaguardar los derechos de conciliación frente a decisiones empresariales basadas en el efectivo ejercicio de estos, el RD-ley 5/2023 “remata” la faceta de tutela de los derechos de conciliación y corresponsabilidad en el momento de extinción del contrato de trabajo (Ramos Quintana). Se amplían los supuestos de nulidad objetiva del despido objetivo y disciplinario previstos por los arts. 53.4 y 55.5 del ET para los casos en que el despido afecte a las personas trabajadoras que hayan solicitado o estén disfrutando del permiso retribuido de cinco días por accidente o enfermedad, el despido que se produzca durante el disfrute del nuevo permiso parental de hasta ocho semanas, así como el de las personas trabajadoras que hayan solicitado o estén disfrutando de la adaptación de la jornada por motivos de conciliación de la vida laboral y familiar. En consecuencia, los despidos por circunstancias objetivas y los disciplinarios quedan dotados de una presunción de nulidad objetiva que solo puede desvirtuarse demostrando la empresa que existe causa válida y efectiva para el despido.

Más allá de estos cambios, el RD-ley 5/2023 incorpora una serie de modificaciones en materia de permisos que las personas trabajadoras pueden solicitar con el fin de facilitar la conciliación de la vida familiar y profesional. Se trata de cambios que suponen ampliaciones en el ámbito subjetivo, en la duración de los permisos, incorporación de nuevos supuestos, o cambios de carácter procedimental. A estos se suman los que atañen a la especial protección de las familias monoparentales, como la ampliación hasta veinte semanas del permiso por nacimiento, adopción, y guarda para adopción o acogimiento de hijos con discapacidad en este tipo de unidades familiares (art. 48.6 del ET).

## 2. Modificaciones y nuevos permisos para la conciliación de la vida personal, laboral y familiar

Dentro del grupo de modificaciones atinentes a la ampliación del ámbito subjetivo de los permisos ya existentes para dar cabida a otras formas de convivencia de acuerdo con la relación de familiares prevista en el artículo 3.1.e) de la Directiva, se incluye la reforma del permiso por matrimonio (art. 37.3.a del ET) para comprender de manera expresa la referencia a las parejas de hecho. Con ello se supera la conflictividad que este precepto venía suscitando asociada a la exigencia de que el reconocimiento de la equiparación de la unión de convivencia a la unión matrimonial debiera aparecer contemplado en el convenio colectivo, sin que los tribunales pudieran suplir el determinante papel regulador de la negociación colectiva mediante un proceso de creación judicial *ex novo* (entre otras, STS 717/2019, de 22 de octubre). Lo mismo sucede con el permiso por fallecimiento de familiares, ahora con regulación independiente (art. 37.3.b.bis del ET), que se extiende a las parejas de hecho, manteniendo su duración inalterada (dos días, ampliables a cuatro si se precisa desplazamiento).

También se amplía el ámbito subjetivo del derecho a la reducción de jornada prevista en el artículo 37.6 ET y de la excedencia del 46.3 del ET para el cuidado de familiares dependientes, incluyendo de manera expresa a las parejas de hecho y a los familiares por consanguinidad de las parejas de hecho. No obstante, se pierde la oportunidad de extender el derecho a la atención del cuidado de personas convivientes en el sentido apuntado por la Directiva en el art. 3.1.e).

Con el permiso retribuido para cuidadores del art. 37.3.b ET se mejora la regulación de mínimos contemplada en el art. 6 de la Directiva, que limita la duración de este permiso a *“cinco días laborables al año”*, al tiempo que se amplía el ámbito subjetivo de este permiso, incorporando en la cobertura a la pareja de hecho y a las personas convivientes en consonancia con lo establecido en el art. 3.1.c) y e) de la Directiva. Concretamente, se ha ampliado de dos a cinco días el permiso retribuido *“por accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario del cónyuge, pareja de hecho o parientes hasta el segundo grado por consanguinidad o afinidad, incluido el familiar consanguíneo de la pareja de hecho, así como de cualquier otra persona distinta de las anteriores, que conviva con la persona trabajadora en el mismo domicilio y que requiera el cuidado efectivo de aquella”*. Por tanto, no solo se amplía el número de días, sino que se mejora la regulación de mínimos comunitaria al configurarlo como un permiso susceptible de ser disfrutado cada vez que se produzca el hecho causante.

Por otro lado, el RD-ley 5/2023 introduce dos nuevos derechos en el ordenamiento jurídico: el permiso para urgencias familiares imprevisibles y el permiso parental. El primero de ellos hace referencia a una tradicional demanda de la normativa europea.

La necesidad de reconocer a la persona trabajadora el derecho a ausentarse del trabajo por motivos de fuerza mayor vinculados a motivos familiares urgentes o inesperados-no graves en caso de enfermedad o accidente que hagan indispensable su presencia inmediata aparecía regulada en la cláusula tercera de la Directiva 96/34, se mantuvo sin cambios en la cláusula séptima de la Directiva 2010/18 y continúa conservando la misma regulación en el art. 7 de la Directiva 2019/1158. El art. 7 de la Directiva no precisa los familiares por los que puede generarse este derecho, de modo que puede entenderse que abarca a los familiares comprendidos en el art. 3.1.e) de la Directiva, esto es, *“hijo, hija, padre, madre o cónyuge del trabajador, o pareja de hecho de este cuando las uniones de hecho estén reconocidas en el Derecho nacional”*. La traslación a la normativa española del permiso por fuerza mayor familiar del artículo 7 de la Directiva se ha materializado en el nuevo permiso retribuido para urgencias familiares imprevisibles (art. 37.9 del ET), con el que se cubre esta carencia histórica de nuestro ordenamiento. Este permiso permite a las personas trabajadoras ausentarse de su puesto de trabajo por causas de fuerza mayor cuando sea necesario por motivos familiares urgentes relacionados con familiares o personas convivientes, en caso de enfermedad o accidente que hagan indispensables su presencia inmediata.

Dado que la Directiva no concreta la ausencia en términos temporales, más allá de la referencia a que pueda limitarse *“a un tiempo determinado por año, por caso, o por año y por caso”*, la regulación del art. 37.9 del ET ha previsto que se consideren como retribuidas las horas equivalentes a cuatro días al año, sin perjuicio de lo que al respecto pudieran establecer los convenios colectivos o, en su defecto, el acuerdo entre la empresa y la representación legal de las personas trabajadoras, debiendo aportar las personas trabajadoras, en su caso, la acreditación del motivo de la ausencia.

Aunque se trata de un derecho directamente ejercitable, el escaso detalle en la regulación de este permiso hace ineludible la intervención de la negociación colectiva para determinar cómo ejercer dicho permiso, los medios de justificación o, en su caso, la posibilidad de disfrutar dicho permiso de forma acumulada.

Por lo que se refiere al permiso parental, la regulación comunitaria lo configura como un derecho de ausencia deslindado de los permisos de maternidad y paternidad, destinado a la atención de labores de cuidado y crianza más allá del nacimiento (arts. 5 y 8 de la Directiva). La Directiva prescribe la remuneración y la intransferibilidad para una parte del permiso parental, dos notas que se han considerado elementos fundamentales para garantizar su utilización por los hombres y evitar que el permiso parental acabe siendo acumulado por la madre. Concretamente, en cuanto a su duración, se reconoce el derecho al disfrute de un mínimo de cuatro meses de permiso parental, pero debe garantizarse que cada progenitor disponga al menos de dos meses de permiso parental retribuido, con carácter exclusivo e intransferible con el fin de fomentar la utilización de este derecho por los hombres y favorecer la reincorporación de las mujeres al mercado laboral, evitando que su ausencia del mercado de trabajo se prolongue de manera excesiva.

De conformidad con lo establecido en la norma comunitaria el RD-ley 5/2023 regula, a través de la introducción de un nuevo artículo 48 bis en el ET, un permiso parental específico para el cuidado de hijos/as o menores acogidos (por tiempo superior a un año), hasta el momento en que el menor cumpla ocho años. El permiso parental constituye un derecho individual e intransferible de las personas trabajadoras que se configura como una nueva causa de suspensión del contrato de trabajo [arts. 45.1 o) y 48 bis del ET]. Se trata de un permiso sujeto a una duración máxima de ocho semanas, continuas o discontinuas (por días o por semanas), que puede disfrutarse a tiempo completo o en régimen de jornada parcial conforme lo establecido reglamentariamente. El disfrute del permiso en periodos alternos favorece la corresponsabilidad intrafamiliar e impide el alejamiento del trabajo por periodos prolongados. Por esta razón, parecería completamente razonable que el permiso parental solicitado con arreglo a fórmulas flexibles hubiese recibido mayores estímulos.

Aparentemente, la regulación interna mejora la previsión comunitaria al configurar el permiso parental como un derecho pleno y no condicionado a la autorización previa por la empresa. Únicamente se exige, con el fin de garantizar el correcto funcionamiento de la actividad productiva, dada la posibilidad de disfrute flexible y fraccionado, que la persona trabajadora comunique con una antelación de diez días (o la prevista en convenio colectivo) la fecha de inicio y finalización del periodo o periodos de disfrute.

Sin embargo, la débil obligación de “comunicar” a la empresa la duración y modalidad de disfrute del permiso, se traduce en la realidad práctica en una auténtica exigencia de autorización previa, a pesar de que la norma no contempla la posibilidad de que la empresa deniegue el permiso solicitado, aunque concurrieran razones justificadas. El art. 48 bis del ET dispone que tanto en los casos en que “*dos o más personas trabajadoras generasen este derecho por el mismo sujeto causante*” como en aquellos “*supuestos definidos por el convenio colectivo aplicable*” en los que “*el disfrute del permiso afecte seriamente al correcto funcionamiento de la empresa*”, ésta podrá aplazar su concesión por un tiempo razonable, después de haber ofrecido una alternativa de disfrute igual de flexible. Se prevé, por tanto, un doble mecanismo con el que se pretende garantizar que el permiso parental pueda disfrutarse y que no pierda su finalidad. Se exige que las empresas justifiquen el eventual aplazamiento del permiso parental “*por un período razonable*” siempre que se evidencie que el período solicitado alteraría seriamente el buen funcionamiento de la empresa. Con todo, el aplazamiento se configura como una solución subsidiaria y residual, es decir, que antes de resolver el aplazamiento del permiso parental durante “*período razonable*”, las empresas deben ofrecer “*una alternativa de disfrute igual de flexible*” del permiso parental. Por tanto, la regulación española hereda las mismas debilidades que la profesora Ballester Pastor ya había advertido al analizar la normativa comunitaria, señalando que este tipo de previsiones

esconden “excusas válidas” para que la empresa se pueda oponer legítimamente al permiso parental solicitado.

¿Se desvirtúa la finalidad del permiso si la empresa, tras plantear una fórmula de disfrute flexible alternativa que sea rechazada por la persona trabajadora, resuelve el aplazamiento del permiso parental? Una vez más, los derechos de conciliación nos colocan en el eterno debate sobre si los intereses de la empresa y las necesidades de la persona trabajadora están en el mismo plano.

Con todo, la transposición del permiso parental a nuestro ordenamiento jurídica está incompleta puesto que la regulación del art. 48 bis del ET no ha previsto su carácter remunerado, lo que significa que los padres y madres que solicitan las ocho semanas para cuidar a sus hijos/as, lo hacen asumiendo el coste económico derivado de la ausencia, aspecto que además desincentiva la solicitud de los permisos parentales por los hombres (considerando 31 de la Directiva). Esto contradice la regulación comunitaria (art. 8.3 de la Directiva) que exige que la parte intransferible del permiso parental (al menos dos meses) sea remunerada bien por la empresa o bien a través de una prestación de la Seguridad Social. La Directiva no ha establecido una garantía retributiva mínima, pero ha matizado que la remuneración o prestación de la Seguridad Social debe tener la capacidad de facilitar “*que ambos progenitores puedan disfrutar el permiso parental*”, lo que como mínimo debe implicar que disponga una cobertura adecuada para posibilitar el disfrute. Sin duda, se trata de una modificación de enorme calado que el legislador español debe concretar antes del 2 de agosto de 2024 (art. 20.2 de la Directiva).

### **3. “A la mar fui por... corresponsabilidad”: las fórmulas flexibles de organización del trabajo y tiempo**

Parafraseando al poeta gomero Pedro García Cabrera cuyos versos se inspiraron en la copla “*a la mar fui por naranjas,/cosa que la mar no tiene./ Metí la mano en el agua:/la esperanza me mantiene*”-que evidencia el sentido de lo imposible, pero también de la promesa-, parece razonable adoptar una visión semejante en relación con las propuestas de mejora de la corresponsabilidad en el RD-ley 5/2023, dado el alcance y dimensión de las medidas que esta noción ha incorporado.

La Directiva 2019/1158 otorga una relevancia especial a la adaptación de las condiciones de trabajo introduciendo con rotundidad la dimensión de la corresponsabilidad. El fomento de la flexibilidad constituye el motor que justifica su cambio de denominación y responde al criterio mantenido por la jurisprudencia comunitaria (STJUE 22 octubre 2009, C-116/08, asunto Meers) que indicaba la necesidad de que las medidas dirigidas a conciliar la vida profesional y la vida familiar debían fomentar la introducción en los Estados miembros de nuevos modos flexibles de organización del trabajo y del tiempo, más adaptados a las necesidades cambiantes de la sociedad.

La regulación de las fórmulas de trabajo flexible del art. 9 de la Directiva de conciliación supone la máxima expresión de la vertiente presencial de los derechos de conciliación, al destinarse a garantizar la presencia de la persona trabajadora con responsabilidades de cuidado en la empresa sin tener que ausentarse por periodos largos de tiempo al amparo de un permiso parental. Su regulación reforzada, configurándolo como un derecho sustantivo autónomo e independiente del disfrute previo de un permiso parental, convierte a este derecho en el alma máter de la Directiva. No obstante, y pese al esfuerzo de reformulación de este derecho, no se crea en la Directiva y tampoco en la regulación del art. 34.8 ET un derecho automático e incondicionado a obtener medidas de flexibilidad pro-conciliación.

El RD-ley 5/2023 acomete una nueva modificación en el artículo 34.8 ET, que ya había sido modificado por el RD-ley 6/2019, a los efectos de acomodarlo totalmente a las previsiones del artículo 9 de la Directiva sobre fórmulas de trabajo flexible.

En primer lugar, se amplía el ámbito del derecho a la adaptación de la duración y distribución de la jornada de las personas con dependientes a cargo. El derecho se extiende a aquellas personas trabajadoras que tengan necesidades de cuidado respecto de hijos e hijas mayores de doce años (los menores ya estaban incluidos), cónyuge o pareja de hecho, familiares de hasta segundo grado de consanguinidad, así como otras personas dependientes convivientes en el mismo domicilio, y que por razones de edad, accidente o enfermedad no puedan valerse por sí mismos, *"debiendo justificar las circunstancias en las que se fundamenta su petición"*. Aunque hasta ahora podía entenderse que este elenco de familiares y personas dependientes estaba implícito en la descripción general del primer párrafo del artículo 34.8 del ET, la mención expresa de estos supuestos contribuirá a zanjar el conflicto práctico, restringiendo las posibles denegaciones por parte de las empresas.

Debe destacarse la inclusión de una fórmula de fomento de la corresponsabilidad: la eliminación del parentesco por afinidad como sistema de generación de derechos de conciliación. Con prudencia, se ha descartado reproducir la exigencia contenida en el Plan MECUIDA de que el derecho a la adaptación u horario solicitado respondiera al reparto corresponsable de las obligaciones de cuidado y la evitación de perpetuación de roles. Quizás esto permita evitar o atemperar prácticas empresariales de intromisión injustificada en la organización familiar, o el condicionamiento del acceso al derecho a la obligación de que las personas trabajadoras en su solicitud demuestren una necesidad insuperable de conciliación.

En segundo lugar, el RD-ley 5/2023 incorpora modificaciones relevantes en el procedimiento de solicitud y concesión de la adaptación o modificación de la jornada y/u horario, aspecto que venía siendo el más controvertido de la regulación. Así, se simplifica el proceso de solicitud de ajustes y modificaciones, reduciendo el período máximo para negociar la adaptación de jornada entre empresa y persona trabajadora

de 30 a 15 días. Además, se instaura la presunción de la concesión de la petición de la persona trabajadora si no concurre oposición motivada expresa en este plazo.

Con todo, no se configura como un derecho absoluto, sino como un derecho a solicitar fórmulas de trabajo flexible, de modo que la empresa puede denegarlo o aplazarlo por causas justificadas teniendo en cuenta tanto sus propias necesidades como las de las demás personas trabajadoras. La débil fórmula de este "derecho a solicitar" se ha visto reforzada con la imposición de nuevas exigencias para las empresas que no solo deben justificar de manera motivada las razones objetivas en que se fundamentan sus decisiones desestimatorias, sino también cuando ofrezcan propuestas alternativas.

En tercer lugar, la reforma del art. 34.8 del ET aporta más seguridad jurídica al concretar las causas y el momento en que la persona trabajadora puede recuperar las condiciones laborales previas a la adaptación. La reincorporación de la persona trabajadora al término del periodo acordado o previsto o cuando decaigan las causas que motivaron la solicitud se garantiza plenamente de manera automática. En cambio, no sucede lo mismo en los supuestos de solicitud de retorno anticipado antes de agotar el periodo de trabajo flexible acordado. En estos casos, la empresa puede denegar el regreso solicitado cuando "*existan razones objetivas motivadas para ello*". La falta de concreción de qué ha de entenderse por razones objetivas supone entregar a las empresas la llave maestra para decidir la demora o la negativa a tales solicitudes atendiendo a los perjuicios en el funcionamiento de la empresa o a los intereses de terceros.

Este comentario relativo a la transposición de la Directiva 2019/1158 quedaría incompleto si no se hiciera referencia a cómo se ha tratado de promover la conciliación corresponsable en el RD-ley 5/2023. Por un lado, se ha fortalecido la corresponsabilidad en el ejercicio simultáneo de los permisos por cuidado de lactante, reducción de jornada o excedencias por cuidado de menores o familiares/convivientes por dos o más personas trabajadoras de la misma empresa en el sentido exigido por el art. 5.5 de la Directiva. En consecuencia, se modifican los artículos 37.4 y 6, y 46.3 del ET para que, en caso de coincidencia en la misma empresa del disfrute por parte de dos o más personas progenitoras de los permisos de lactancia, reducción de jornada o excedencia por el mismo sujeto causante, la empresa deba justificar motivadamente por escrito su decisión de limitar su ejercicio simultáneo por razones fundadas y objetivas de funcionamiento de la empresa, debiendo en todo caso, ofrecer un plan alternativo que asegure el disfrute de ambas personas trabajadoras y que posibilite el ejercicio de los derechos de conciliación. Por su parte, en la regulación de las reducciones de jornada del art. 37.6 del ET y de las excedencias el art. 46.3 del ET se ha optado por incorporar una fórmula de fomento de la corresponsabilidad no exenta de críticas. El precepto exige que en el ejercicio de este derecho se tenga en cuenta "*el fomento de la corresponsabilidad entre mujeres y hombres y, asimismo, evitar la perpetuación de roles y estereotipos de género*". Una expresión cargada de buenas intenciones pero que, como se

advirtió anteriormente, conlleva el riesgo de reforzar prácticas empresariales de intromisión injustificada y desproporcional en la organización familiar.

Al eco de viejos proyectos inconclusos como la Ley de Familias o la Ley de tiempo de trabajo corresponsable, se suma ahora el anhelo de una futura Ley de Cuidados que nos permita seguir avanzando en la conquista de una verdadera conciliación corresponsable. El estímulo que supone alcanzar los objetivos de la Agenda 2030 (ODS 5.4), las metas de la Estrategia Europea para la Igualdad de género 2020-2025 o las de la Estrategia Europea de cuidados deben erigirse en acicate para materializar el modelo de corresponsabilidad en la Economía para la vida que esboza el Plan Corresponsables y el III Plan Estratégico para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres 2022-2025. Como Pedro García Cabrera, *“la esperanza me mantiene”* (1959).