



REVISTA DERECHO SOCIAL Y EMPRESA

NUEVAS MEDIDAS DE CONCILIACIÓN, PERMISOS Y FÓRMULAS DE TRABAJO FLEXIBLE

NÚMERO 19, SEPTIEMBRE DE 2023

JULIO A DICIEMBRE DE 2023, FECHA DE CIERRE SEPTIEMBRE DE 2023

LA ADAPTACIÓN DE LA JORNADA CON FINES DE CONCILIACIÓN EN EL RDL 5/2023:
¿EL PROGRESO DE UN DERECHO AÚN INCOMPLETO?

Carolina Martínez Moreno

EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL PERMISO PARENTAL A LA LUZ DEL REAL DECRETO LEY 5/2023:
ANTECEDENTES, NOVEDADES Y CUESTIONES PENDIENTES

Susana Rodríguez Escanciano

NOVEDADES EN LA ADAPTACIÓN DE “JORNADA” POR CONCILIACIÓN TRAS EL RDL 5/2023:
ALGUNOS AVANCES HACIA UNA FLEXIBILIDAD MÁS EQUILIBRADA

María Teresa Igartua Miró

LA TRASCENDENCIA DE LA REGULACIÓN DE LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA
LABORAL Y FAMILIAR TRAS EL RDL 5/2023, DE 28 DE JUNIO DE 2023:
CUESTIONES EN TORNO AL TELETRABAJO Y LA DESCONEXIÓN DIGITAL
PARA UNA BUENA CALIDAD DE VIDA DE LOS TRABAJADORES

María Purificación García Miguélez

MÁS NOVEDADES SOBRE PERMISOS Y FÓRMULAS DE TRABAJO FLEXIBLE

Pilar Núñez-Cortés Contreras & María Concepción Arruga Segura

LOS NUEVOS PERMISOS DE CONCILIACIÓN Y EL REFUERZO DE LA CORRESPONSABILIDAD
EN EL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO TRAS EL RD LEY 5/2023

Emma Rodríguez Rodríguez

ENTIDAD EDITORA

Dykinson, S.L.



CÁTEDRA UNESCO
CENTRO DE ESTUDIOS SAGARDOY



UNIVERSIDAD
DE LA RIOJA

 **SAGARDOY**
BUSINESS&LAW SCHOOL

ISSN 2341-135X

La Editorial Dykinson, a los efectos previstos en el artículo 32.1 párrafo segundo del vigente TRLPI, se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de esta obra o partes de ella sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 47).



ADQUISICIÓN Y SUSCRIPCIONES

Dykinson, S.L.

Suscripción versión electrónica (Revista en PDF)



© Copyright by

Editorial DYKINSON, S.L. Meléndez Valdés, 61 – 28015, Madrid

Teléfono (+34) 91 544 28 46 – (+34) 91 544 28 69

e-mail: info@dykinson.com

<http://www.dykinson.es>

<http://www.dykinson.com>

ISSN: 2341-135X

REVISTA DERECHO SOCIAL Y EMPRESA

*El objetivo de esta Revista es conseguir los máximos índices de calidad,
y está indexada en las siguientes bases de datos:*

latindex

BASE DE DATOS
ISOC



Dialnet

vlex
vlex.com

MIAR

Colabora:





Revista Derecho Social y Empresa

CÁTEDRA UNESCO PROMOCIÓN SOCIO LABORAL
SAGARDOY & EDITORIAL DYKINSON



EQUIPO DE DIRECCIÓN

DIRECTORAS

Pilar Núñez–Cortés Contreras

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Loyola*

María Concepción Arruga Segura

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de la Rioja*

SUBDIRECTORES

Amanda Moreno Solana

*Profesora Contratada Doctora en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)*

Guillermo García González

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Internacional de La Rioja*

EDITORES

Esperanza Macarena Sierra Benítez

*Profesora Titular Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla (España)*

Felipe Manchón Campillo

Periodista

SECRETARÍA ACADÉMICA

Gabriela Rizzo Lorenzo

*Profesora Doctora en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Carlos III de Madrid*

Domingo Carbonero Muñoz

*Doctor en Derecho, Profesor del Departamento de Derecho
Universidad de La Rioja*

CONSEJO ASESOR

PRESIDENTE

Juan Antonio Sagardoy Bengoechea

*Catedrático Emérito de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Complutense*

MIEMBROS

María Emilia Casas Baamonde

*Expresidenta del Tribunal Constitucional, Catedrática de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social, Universidad Complutense*

Lourdes Arastey Sahún

Magistrada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Bruselas)

Philippe Auvergnon

*Catedrático de Derecho del Trabajo, Directeur de Recherche del CNRS,
miembro del Centre de droit comparé du travail et de la sécurité du travail
Université Bordeaux (Francia)*

Antonio Cebrián Carrillo Abogado

Socio Director S&C Abogados

Marie Cécile Escande–Varniol

*Catedrática de Derecho del Trabajo.
Université Lyon 2 (Francia)*

Carolina Gala Durán

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Autónoma de Barcelona*

Joaquín García Murcia

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Complutense*

Abbo Junker

*Catedrático de Derecho del Trabajo, Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht
Ludwig–Maximilians Universität München (Alemania)*

Lourdes Mella Méndez

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Santiago Compostela*

Gabriela Mendizábal Bermúdez

Profesora de la Universidad Autónoma del Estado de los Morelos (México)

Antonio Ojeda Avilés

*Catedrático Emérito de Derecho del Trabajo
Universidad de Sevilla*

Cristina Sánchez–Rodas Navarro

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla*

Michele Tiraboschi

*Catedrático de Derecho del Trabajo
Universidad de Módena y Reggio Emilia (Italia) y Director Científico de ADAPT*

Luis Enrique de la Villa Gil
Catedrático Emérito de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Autónoma

CONSEJO DE REDACCIÓN

PRESIDENTE

Íñigo Sagardoy de Simón
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Francisco de Vitoria
Presidente de Sagardoy Abogados

DIRECTOR

Martín Godino Reyes
Doctor en Derecho
Socio Director de Sagardoy Abogados

MIEMBROS

Valentín Bote Álvarez-Carrasco
Director del Servicio de Estudios de Randstad Research

Eva María Blázquez Agudo
Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Carlos III de Madrid

Jaime Cabeza Pereiro
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Vigo

Teresa Cervera Soto
Directora de Recursos Humanos en Ballesol (Grupo Santalucia)

Manuel Correa Carrasco
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Carlos III de Madrid

María del Rosario Cristóbal Roncero

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Complutense de Madrid*

Román Gil Albuquerque

Doctor en Derecho. Socio de Sagardoy Abogados

María Jesús Herrera Duque

Doctora en Derecho. Socia de Sagardoy Abogados

José Fernando Lousada Arochena

Magistrado de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia

Ana Matorras Díaz-Caneja

*Profesora Ordinaria
Universidad Pontificia Comillas*

María Luisa Molero Marañón

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Rey Juan Carlos*

Olimpia Molina Hermosilla

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Jaén*

Leonor Victoria Pablos Fernández

Directora de Recursos Humanos, Ferrovial

Miguel Recio Gayo

*Profesor Asociado de la Facultad de Derecho
Universidad CEU San Pablo*

Ricardo Pedro Ron Latas

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de la Coruña*

Carmen Sáez Lara

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Córdoba*

Carmen Sánchez Trigueros

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Murcia*

Daniel Toscani Giménez

*Profesor titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Valencia*

COMITÉ CIENTÍFICO

Francisco Alemán Páez

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Córdoba*

Inmaculada Benavente Torres

*Profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Córdoba*

Macarena Castro Conte

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Rey Juan Carlos*

Óscar Contreras Hernández

*Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Castilla la Mancha*

María del Mar Crespí Ferriol

*Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Islas Baleares*

Jesús Cruz Villalón

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla*

José Manuel del Valle Villar

Profesor Titular de Derecho del Trabajo, Universidad de Alcalá de Henares

Belén Fernández Docampo

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Vigo*

Antonio Fernández García

*Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Oberta de Cataluña*

Silvia Fernández Martínez

*Profesora Ayudante Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Santiago de Compostela*

Marta Fernández Prieto

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Vigo*

Francisca María Ferrando García

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Murcia*

Juan Carlos García Quiñones

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Complutense*

José Luis Gil Gil

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Alcalá de Henares*

Luis Gordo González

*Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Autónoma de Madrid*

María Sonsoles Gutiérrez de la Peña

Inspectora de Trabajo y de la Seguridad Social

Julen Llorens Espada

*Profesor Ayudante Doctor
Universidad Pública de Navarra*

María Teresa Igartua Miró

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla*

Risa L. Lieberwitz

*Catedrática de Derecho del Trabajo
Cornell University, ILR School (USA)*

María del Carmen López Aniorte

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Murcia*

Rodrigo Martín Jiménez

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Rey Juan Carlos*

Mirentxu Marín Malo

*Profesora Ayudante Doctor
Universidad Pública de Navarra*

Paz Menéndez Sebastián

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Oviedo*

Jesús R. Mercader Uguina

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Carlos III*

Laura Melián China

*Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de La Laguna*

Rocío Molina González–Pumariega

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Rey Juan Carlos*

Concepción Esther Morales Vallez

Magistrada del TSJ de Madrid

Julia Muñoz Molina

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Córdoba*

Patricia Nieto Rojas

*Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)*

Daniel Pérez del Prado

*Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Carlos III de Madrid*

Iván Rodríguez Cardo

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Oviedo*

María Monserrate Rodríguez Egío

Profesora Contratada Doctora

Universidad de Murcia

Sarai Rodríguez González

Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de La Laguna

Guillermo E. Rodríguez Pastor

Profesor Titular

Universidad de Valencia

Eduardo Rojo Torrecilla

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad Autónoma de Barcelona

Álvaro San Martín

Doctor en Derecho y Socio Laboral Casadeley

Lavinia Serrani

Editora Coordinadora ADAPT International (Italia)

Francesca Sperotti

Investigadora ADAPT (Italia)

Francisco Trujillo Pons

Profesor Ayudante Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad Jaume I

Tatsiana Ushakova

Profesora Titular de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Alcalá de Henares

Alicia Villalba Sánchez

Profesora Contratada de la Universidad de Santiago de Compostela

EDICIÓN & DISEÑO

Rúnica servicios editoriales

runica.servicios.editoriales@gmail.com

El sentido de la Revista Derecho Social y Empresa

Dentro del campo de las ciencias sociales, con enfoque internacional, de derecho comparado e interdisciplinar, la Revista Derecho Social y Empresa, es una publicación científica técnica, en el ámbito Jurídico Laboral y de la Seguridad Social, cuyo objetivo es dar a conocer a nivel nacional e internacional los debates sobre la regulación y la organización del trabajo en la empresa y en la sociedad, los sistemas de relaciones industriales y las políticas de empleo. El contenido de la Revista está dirigido fundamentalmente a Académicos del Derecho laboral, Técnicos de Recursos Humanos, Profesionales del Derecho, Sindicatos y Asociaciones Empresariales.

La Revista Derecho Social y Empresa tiene dos números al año, donde se incluyen artículos académicos (Estudios) con un enfoque eminentemente jurídico.

La Revista cuenta con un Comité Científico y un Comité Editorial, que reúnen a prestigiosos juristas, académicos y profesionales, principalmente del entorno europeo (España, Francia, Italia y Alemania) y también de los Estados Unidos de América.

La Revista, cuyas entidades editoras son Dykinson y la Universidad de La Rioja, cuenta con un Patrocinador Principal que es Sagardoy Abogados.

Cualquier persona con interés por el mundo de la investigación y la enseñanza en este ámbito puede enviar estudios originales e inéditos que no hayan sido enviados a otras revistas. El Consejo de Redacción realizará una primera revisión editorial de los artículos recibidos con el fin de valorar el cumplimiento de mínimos de calidad, que posteriormente serán sometidos a una revisión por pares.

De las opiniones expresadas en los artículos únicamente son responsables los propios autores.

Para cualquier propuesta de colaboración siga las Instrucciones de Publicación de la revista.



Revista Derecho Social y Empresa

ÍNDICE NÚM. 19, SEPTIEMBRE DE 2023

«NUEVAS MEDIDAS DE CONCILIACIÓN, PERMISOS Y FÓRMULAS DE TRABAJO FLEXIBLE»



TRIBUNA

M.^a CONCEPCIÓN ARRUGA SEGURA

Codirectora de la RDSyE

ARTÍCULOS

**La adaptación de la jornada con fines de conciliación en el RDL 5/2023:
¿El progreso de un derecho aún incompleto?**

CAROLINA MARTÍNEZ MORENO

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Oviedo

**El régimen jurídico del permiso parental a la luz del Real Decreto Ley 5/2023:
Antecedentes, novedades y cuestiones pendientes**

SUSANA RODRÍGUEZ ESCANCIANO

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de León

**Novedades en la adaptación de “jornada” por conciliación tras el RDL 5/2023:
Algunos avances hacia una flexibilidad más equilibrada**

MARÍA TERESA IGARTUA MIRÓ

Catedrática de Derecho del Trabajo

Universidad de Sevilla

**La trascendencia de la regulación de la conciliación de la vida laboral
y familiar tras el RDL 5/2023, de 28 de junio de 2023:
Cuestiones en torno al teletrabajo y la desconexión digital
para una buena calidad de vida de los trabajadores**

MARÍA PURIFICACIÓN GARCÍA MIGUÉLEZ

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de León

Más novedades sobre permisos y fórmulas de trabajo flexible

PILAR NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad Loyola

M.^a CONCEPCIÓN ARRUGA SEGURA

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de La Rioja

**Los nuevos permisos de conciliación y el refuerzo de la corresponsabilidad
en el estatuto básico del empleado público tras el RD ley 5/2023**

EMMA RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

Profesora TU de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Vigo

TRIBUNA

Dentro del campo de las ciencias sociales, con enfoque internacional, de derecho comparado e interdisciplinar, la **Revista Derecho Social y Empresa**, es una publicación científico-técnica, en el ámbito Jurídico Laboral y de la Seguridad Social, cuyo objetivo es dar a conocer a nivel nacional e internacional los debates sobre la regulación y la organización del trabajo en la empresa y en la sociedad, los sistemas de relaciones industriales y las políticas de empleo.

Iniciamos una nueva etapa de la Revista, que pasa a estar alojada y gestionada por la Universidad de La Rioja, para desarrollar el ilusionante reto de consolidar y avanzar en su posicionamiento, que actualmente se encuentra situada en la 8ª posición entre las 42 revistas de la disciplina del Derecho del Trabajo, en beneficio de nuestra comunidad científica.

En la edición de la Revista participará la Universidad de La Rioja y contará con la proyección de Dialnet, cubriéndose así los déficits generados por algunas Bases de Datos que mayoritariamente publican en inglés. Es conocido el proyecto basado en la **colaboración interuniversitaria nacional y latinoamericana que ofrece Dialnet**, en el que ya colaboran casi un centenar de universidades de habla hispana, de las que 65 son universidades españolas (la práctica totalidad de las universidades públicas) y 30 de ellas, universidades latinoamericanas.

Además, la Revista contará con el respaldo del proyecto **Dialnet Global** dirigido a situar a Dialnet como la plataforma referente en el mundo sobre ciencia en español y un producto valorado y utilizado por los gobiernos de los países de habla hispana. Proyecto en el que adquiere singular relevancia el **Portal de la Investigación**, llamado a incorporar progresivamente a todas las universidades españolas y centros de investigación, para ofrecer de una manera clara y centralizada toda la investigación agrupada que se lleva a cabo en España.

Para conmemorar esta nueva etapa, hemos querido dedicar el número de la Revista a la **mujer y a las nuevas herramientas dirigidas a la conciliación entre trabajo y responsabilidades personales y familiares**, con los avances en materia de permisos, flexibilidad de la jornada y la corresponsabilidad, mediante la trasposición, parcial, del derecho europeo.

Carolina Martínez Moreno en “La adaptación de la jornada con fines de conciliación en el RDL 5/2023: ¿El progreso de un derecho aún incompleto?”, analiza el papel de la soberanía del tiempo como condición de una verdadera autonomía personal, como condicionante de la libertad misma del individuo. Se defiende así el equilibrio en el tiempo de trabajo, una adecuada distribución y reparto, especialmente cuando se ha de asumir la res-

ponsabilidad sobre el cuidado de personas en el entorno familiar. Junto a ello, reflexiona la autora sobre la dificultad que representan las exigencias empresariales de disponibilidad y flexibilidad, en la que incide el RDL 5/2023, con el derecho a la adaptación de la jornada y de la prestación reconocida en el art.34.8 ET.

Por su parte, **Susana Rodríguez Escanciano** en “El régimen jurídico del permiso parental a la luz del Real Decreto Ley 5/2023: Antecedentes, novedades y cuestiones pendientes” se centra en la corresponsabilidad familiar, donde el permiso parental adquiere un protagonismo capital, al concebirse como una prerrogativa individual e intransferible de duración no superior a ocho semanas, cuyo objeto es el cuidado de hijo, hija o menor acogido hasta el cumplimiento de los ocho años de edad. Sin embargo, se advierte por la autora que la transposición parcial de la Directiva 2019/1158, así como la falta de claridad del nuevo artículo 48 bis del Estatuto de los Trabajadores, pueden plantear dudas interpretativas y lagunas que precisarán de integración.

Seguidamente, **María Teresa Igartua Miró**, en “Novedades en la adaptación de ‘jornada’ por conciliación tras el RDL 5/2023: Algunos avances hacia una flexibilidad más equilibrada” analiza los efectos de la trasposición de la Directiva (UE) 2019/1158 en la adaptación de la jornada, señalando los aspectos positivos que produce a la vez que reclama la necesidad de ahondar en las lagunas que aún presenta la normativa para la consecución plena de la soberanía sobre el tiempo de trabajo.

María Purificación García Miguélez, en “La trascendencia de la regulación de la conciliación de la vida laboral y familiar tras el RDL 5/2023, de 28 de junio de 2023: Cuestiones en torno al teletrabajo y la desconexión digital para una buena calidad de vida de los trabajadores”, aborda las funciones que deben desempeñar empresas y administraciones públicas para alcanzar una adecuada conciliación entre la vida laboral y familiar, además de incidir en la necesidad de incluir en la ecuación elementos consustanciales como el teletrabajo y el derecho a la desconexión digital a favor de un mayor bienestar para las personas trabajadoras.

En el artículo titulado “Más novedades sobre permisos y fórmulas de trabajo flexible”, por **Pilar Núñez-Cortés Contreras** y quien suscribe, se profundiza en la apuesta de la Unión Europea enfocada hacia el refuerzo de las políticas de conciliación de la vida familiar y profesional para avanzar en la igualdad entre hombres y mujeres, así como en la búsqueda de un reparto igualitario de cargas desde la perspectiva de la corresponsabilidad, todo ello, con el fin de evitar la huida de la mujer del mercado de trabajo. Se analiza así el objetivo del nuevo marco legal español, dirigido a facilitar la conciliación del trabajo con las responsabilidades de atención a familiares y convivientes y animar a progenitores y cuidadores a permanecer en el mercado laboral. Lo que en definitiva se traduce en diversas fórmulas para alcanzar la corresponsabilidad efectiva a través de nuevos permisos por

fuerza mayor o para cuidadores, o el teletrabajo, como medida de flexibilidad. Herramientas que requerirán de un despliegue de la negociación colectiva, a corto y medio plazo, a través de convenios y planes de igualdad.

Finalmente, como cierre del presente número de la Revista, **Emma Rodríguez Rodríguez**, en su artículo “Los nuevos permisos de conciliación y el refuerzo de la corresponsabilidad en el Estatuto Básico del Empleado Público tras el RD Ley 5/2023” ahonda en la corresponsabilidad, en el refuerzo de los derechos de conciliación como derechos individuales e intransferibles en el empleo público, junto a la flexibilidad y el nuevo concepto de familia, tras la trasposición de la Directiva (UE) 2019/1158.

No cabe más ilusión y compromiso en el renovado grupo de hombres y mujeres que conforma el Equipo de Dirección de la Revista, que mantiene el apoyo originario de la editorial **Dykinson**, así como del Patrocinador Principal, **Sagardoy Abogados**. Un equipo que integra juventud y experiencia, valores clave para alcanzar los objetivos compartidos para esta nueva etapa, en un entorno territorial y humano privilegiado como es La Rioja, su Universidad y Dialnet.

M.^a CONCEPCIÓN ARRUGA SEGURA

Profesora de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social

Universidad de La Rioja

ARTÍCULOS

LA ADAPTACIÓN DE LA JORNADA CON FINES DE CONCILIACIÓN EN EL RDL 5/2023: ¿EL PROGRESO DE UN DERECHO AÚN INCOMPLETO?

*THE ADAPTATION OF WORKING TIME FOR COMBINING FAMILY AND WORK IN
RDL 5/2023: THE PROGRESS OF AN INCOMPLETE RIGHT?*

CAROLINA MARTÍNEZ MORENO

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Oviedo*

Fecha de recepción: 14/10/2023

Fecha de aceptación: 24/11/2023

SUMARIO: 1. UNA REFLEXIÓN PRELIMINAR. 2. ALGUNOS ANTECEDENTES. 3. LAS DIFICULTADES APLICATIVAS Y LOS CRITERIOS JUDICIALES SOBRE EL EJERCICIO DEL DERECHO A LA ADAPTACIÓN CON FINES DE CONCILIACIÓN. 4. LOS ÚLTIMOS CAMBIOS: LA DIRECTIVA (UE) 2019/1158 Y EL RDL 5/2023. 5. ALGÚN QUE OTRO PRESAGIO Y CIERTAS PROPUESTAS DE MEJORA. 6. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: La soberanía sobre el propio tiempo es condición para una verdadera autonomía personal, y puede llegar a comprometer la libertad misma del individuo. El tiempo de trabajo como tiempo de la vida requiere de un reparto equilibrado entre el que se dedica a cada ocupación. Mucho más cuando se ha de asumir la responsabilidad sobre el cuidado de personas en el entorno familiar. El derecho del trabajo lleva ocupándose de este desafío desde sus orígenes. Pero las exigencias de disponibilidad y flexibilidad por parte de las empresas no han hecho más que dificultar este logro. El reciente RDL 5/2023 vuelve a

hacer un intento de mejorar el tratamiento del derecho a la adaptación de la jornada y de la prestación reconocido en el art.34.8 ET.

ABSTRACT: Sovereignty over one's own time is part of the conditions for being able to speak of true personal autonomy, and it compromises the individual's own freedom. Working time, as living time, requires a good balance and adequate distribution. Much more so when you have to assume responsibility for caring for people in the family environment. Labor law has been addressing this challenge since its origins. But the demands for availability and flexibility on the part of companies have only made this achievement more difficult. The recent RDL 5/2023 once again makes an attempt to improve the treatment of the right to adapt working time recognized in art.34.8 ET.

PALABRAS CLAVE: Conciliación familiar; igualdad; tiempo de trabajo; jornada.

KEYWORDS: Combining family and work; equality; working time; work schedules.

1. UNA REFLEXIÓN PRELIMINAR

La soberanía sobre el propio tiempo es condición necesaria para poder hablar de una verdadera autonomía personal. El tiempo de trabajo, como tiempo de la vida que es, requiere de un buen equilibrio, de una adecuada distribución y reparto del que se dedica a cada cosa. Mucho más cuando se ha de asumir la responsabilidad sobre el cuidado de personas en el entorno familiar¹. Una de las señas de identidad del derecho del trabajo ha sido desde sus orígenes la defensa del derecho de las personas a disponer de tiempo. La limitación de jornadas laborales extenuantes y el derecho al descanso forman parte ya del suelo de derechos básicos que debería garantizarse a todas las personas trabajadoras². En relación con el aspecto al que específicamente se dedican las siguientes páginas, el uso de los tiempos compatible con la conciliación corresponsable, resulta de gran interés el Estudio General relativo a los instrumentos sobre el tiempo de trabajo que, bajo el título “Garantizar un tiempo de trabajo decente para el futuro”, se dio a conocer en 2018, en la 107ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo³. En dicho informe se menciona el resultado de una encuesta –la encuesta Gallup–⁴ según la cual, en casi todo el mundo, hombres y mujeres mencionaron el “equilibrio entre el trabajo y la familia” como uno de los principales desafíos con que se enfrentan las mujeres trabajadoras en sus respectivos países. La vertiente de género que presenta el problema sigue, pues, estando en un primer plano, pese a los constantes y persistentes esfuerzos que se llevan haciendo por subrayar

.....

1 Por citar sólo alguna de las voces más autorizadas que han empleado expresamente ese término, véase CASAS BAAMONDE, M^a E., “Soberanía sobre el tiempo de trabajo e igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, n^o 3, 2019, p. 238; MOLINA NAVARRETE, C., “«Autodeterminación» («soberanía») sobre el tiempo y adaptación de la jornada «a la carta» por razones conciliatorias: entre utopías, derechos y quimeras”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF* N.º 441 Diciembre 2019, pp.5 y ss. [<https://doi.org/10.51302/rtss.2019.1160> (última consulta el 2 de octubre de 2023)]; y RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E., “La «soberanía sobre el tiempo». Unilateralidad e imposición en la distribución del tiempo de trabajo frente a conciliación corresponsable”, *Cuadernos de relaciones laborales* Vol.40, N^o1, 2022, pp.37 y ss.

2 Desde el primer Convenio de la OIT (núm.1) de 1919, que es sobre las horas de trabajo en la industria; pasando por el art.24 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que proclama que “toda persona tiene derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones periódicas pagadas”; o el art.31.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que establece que “todo trabajador tiene derecho a la limitación de la duración máxima del trabajo y a periodos de descanso diarios y semanales, así como a un período de vacaciones anuales retribuidas”. Se puede decir que es universal el reconocimiento de este derecho humano básico.

3 Se puede consultar en https://www.ilo.org/ilc/ILCSessions/previous-sessions/107/reports/reports-to-the-conference/WCMS_618490/lang-es/index.htm (consultado el 3 de octubre de 2023).

4 OIT y GALLUP: *Towards a better future for women and work: Voices of women and men*, OIT, Ginebra, 2017, págs. 39–43 (pag.258 del Informe, nota 3).

que ha de enfocarse el problema desde la corresponsabilidad y la garantía de la no discriminación por razón de sexo⁵.

En nuestro ordenamiento laboral –como en los de la mayoría de los países del mundo civilizado–⁶ este objetivo se ha venido intentando lograr por medio del establecimiento de los oportunos permisos y licencias, suspensiones o interrupciones de la prestación, reducciones de jornada, y otras fórmulas diversas de flexibilidad para poder reordenar o reorganizar los horarios de trabajo. Pero al ser en este momento el estricto objeto de análisis la modificación experimentada recientemente por el art.34.8 ET en virtud del RDL 5/2023⁷, a su actual configuración legal se va a ceñir la presente reflexión, que comenzará por un breve repaso de los antecedentes de la regulación de este específico derecho, a sus complejos problemas aplicativos y a las dificultades para su efectividad práctica.

Por cierto, la referencia completa a la norma que modifica el art.34.8 ET se ha preferido relegar a una nota a pie de página⁸, por razones que pueden comprenderse bien tan sólo con leer su rúbrica e intentar retener la descripción de sus contenidos. Esta disposición responde tipológicamente a lo que se ha dado en llamar “leyes ómnibus”⁹, esto es, una compilación compleja, heterogénea e inconexa de regulaciones, a las que en este caso – como en otros muchos precedentes– se suma además la urgencia motivada fundamentalmente por la necesidad de trasponer normativa de la UE; a su vez, unida a un final abrupto de legislatura, con el consiguiente decaimiento de la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley de Familias¹⁰, que, entre sus muchos y diversos contenidos, incorporaba el retoque de ciertos derechos de conciliación para acomodarlos al nuevo marco europeo¹¹.

.....

5 Lo vuelve a explicar con brillantez en un estudio muy reciente RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “La Directiva 2019/1158, de 20 de junio, relativa a la conciliación de la vida familiar y profesional de los progenitores y cuidadores. Su trasposición al ordenamiento jurídico español”, *Anuario Coruñés de Derecho Comparado del Trabajo (ACDCT)*, VOL. XIV (2022), pp.252 y 253.

6 Lo pone de relieve la completa comparativa que se realiza en el informe al que se viene aludiendo.

7 Art.127 Dos.

8 El *Real Decreto–ley 5/2023, de 28 de junio, por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad; de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles y conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores; y de ejecución y cumplimiento del Derecho de la Unión Europea* (BOE 29 de junio).

9 En la doctrina del TC se explica bien el fenómeno, que se generalizó con las Leyes de acompañamiento de los presupuestos. Al respecto, son ilustrativas la STC, Pleno, 136/2011, de 13 de septiembre, que desestima un recurso de inconstitucionalidad del grupo parlamentario socialista contra la *Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social*, con cita de la anterior STC 126/1987, de 16 de julio, que se refería a estas “leyes complejas”; o la más reciente STC, también de Pleno, 16/2023, de 7 de marzo, que conjuga ambos problemas, el de la heterogeneidad, complejidad y falta de sistematicidad, con el del abuso de la norma de urgencia. En esa doctrina, dicho sea de paso, se distingue el problema de la anómala o deficiente técnica legislativa con el de la estricta constitucionalidad.

10 BO de las Cortes Generales del 14 de abril de 2023.

11 Diseñado por la *Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores* [DOUE L 188/79, de 12.7.2019].

2. ALGUNOS ANTECEDENTES

Fue la *Ley 39/1999 de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras*¹² la norma que dio el giro definitivo al tratamiento de esta materia al elevar a categoría legal las instituciones y derechos de conciliación¹³ y vincularlos de manera directa con la igualdad y no discriminación por razón de sexo. Sin embargo, no fue hasta la promulgación de la *Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*¹⁴, cuando se introdujo la adaptación de la jornada en un nuevo apartado 8 del art.34 ET. La novedosa figura consistía en la posibilidad de adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectiva la conciliación de la vida personal, familiar y laboral. El por entonces recién estrenado derecho auspiciaba ser de factura mucho más amplia y genérica, y previsiblemente más flexible que el resto de derechos de conciliación hasta el momento conocidos. Sobre todo por comparación con los resultados arrojados por la interpretación restrictiva que, pese a la trascendental doctrina constitucional sentada en la STC 3/2007 en el asunto *García Mateos*¹⁵, se venía llevando a cabo del derecho a la concreción horaria en caso de reducción de la jornada, y que –salvo por alguna doctrina de suplicación discrepante–¹⁶ zanjó la jurisprudencia negando cualquier posibilidad de cambio de horarios o turnos de trabajo¹⁷. Solución asimismo extendida a los casos en que la solicitud no fuera acompañada de la de reducir el tiempo de trabajo. Pero antes de ahondar en los problemas interpretativos y de aplicación práctica que también enseguida empezó a suscitar esta nueva regla, conviene completar el análisis evolutivo de su articulación legal.

.....

12 BOE 6 de noviembre.

13 Un primer completo balance de su aplicación por la negociación colectiva, en ARGÜELLES BLANCO, A.R., MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P. y MARTINEZ MORENO, C., *Igualdad de oportunidades y responsabilidades familiares. Estudio de los derechos y medidas para la conciliación de la vida laboral y familiar en la negociación colectiva (2001–2002)*, CES, Madrid, 2004; y de particular interés es el estudio preliminar a cargo de ARGÜELLES BLANCO, A.R., “La igualdad oportunidades mediante la conciliación de la vida laboral y familiar”, pp.21 y ss.

14 BOE 23 de marzo (D.Ad.11ª).

15 Cuyas secuelas se pueden seguir en el ATC 1/2009 y en la STEHD de 19 de febrero de 2013, *asunto García Mateos c. España*.

16 La STSJ de Canarias/Las Palmas, Sala de lo Social, de 15 de diciembre de 2017 (Rec.1249/17) [ECLI:ES:TSJCAN:2017:2442] lleva a cabo una interpretación del derecho a la concreción horaria en un caso de reducción de jornada en clave constitucional y con perspectiva de género, como ya destacué en MARTÍNEZ MORENO, C., “La protección de la maternidad en el Derecho del Trabajo: del hecho biológico a la conciliación corresponsable”, en *Mujer sujeto u objeto de derechos reproductivos. Derechos de los menores y maternidad por sustitución* (eds. María Isabel Núñez Paz y Pilar Jiménez Blanco; coord. Leonor Suárez Llanos), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp.361 y ss.

17 SSTS de 13 de junio de 2008 (Rec.897/2007) [ECLI:ES:TS:2008:4494] y de 18 de junio de 2008 (Rec.1625/2007) [ECLI:ES:TS:2008:4569], en ambas con el voto particular, y STS de 20 de octubre de 2010 (Rec.3501/2009) [ECLI:ES:TS:2010:6165]. Ver también las SSTS de 25 de marzo de 2013 (Rec.957/2012) [ECLI:ES:TS:2013:2010] y de 16 de septiembre de 2013 (Rec.2326/2012) [ECLI:ES:TS:2013:4967], que suman al debate el problema de la no recurribilidad en suplicación de las sentencias recaídas en la instancia sobre esta materia. Una visión crítica sobre esa solución procesal en TASCÓN LÓPEZ, R., “La tutela judicial de la conciliación de la vida personal, familiar y laboral”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, nº332, 2010, pp.5 y ss.

Y en este sentido, y paradójicamente, la regresiva reforma laboral de 2012, culminada en su mayor parte por la *Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*¹⁸, supuso en este concreto punto un cierto avance, al añadirse un nuevo párrafo en el que se disponía una difusa obligación –tal vez sólo un desiderátum– de promover el uso de jornadas continuadas, horarios flexibles u otros modos de organización del tiempo de trabajo y de los descansos con el fin de hacerlos más compatibles con la garantía de estos derechos. Eso sí, preservando al mismo tiempo “la mejora de la productividad de las empresas”. La norma legal no hacía otra cosa que recoger de manera explícita lo que constituye el nudo gordiano del asunto, el conflicto entre los intereses personales del trabajador y los problemas organizativos de la empresa. Si bien es cierto que, como luego se tendrá ocasión de explicar, estos últimos son en realidad la traslación a la esfera de la responsabilidad y la capacidad de decisión empresarial de los conflictos interpersonales que surgen en la plantilla a resultas de la inevitable y necesaria reordenación de horarios, formas de la prestación, funciones u otras condiciones de trabajo adaptables.

El primer obstáculo interpretativo que suscitó el precepto –pese a que su tenor literal hubiera permitido entender que sí había un reconocimiento directo e incondicionado de un derecho subjetivo de la persona trabajadora–¹⁹ fue considerar que la remisión para establecer los términos de su ejercicio a lo estipulado en la negociación colectiva lo convertía en un derecho imperfecto, no exigible y no susceptible de ejercitar si no se había articulado por convenio colectivo²⁰. Cosa que, dicho sea de paso, raramente ocurría y ocurre²¹. Por el contrario, una interpretación sistemática e integradora de lo dispuesto en el art.34.8 y el entonces apartado 6 del art.37 ET sobre la concreción horaria hubiera permitido conformar un conjunto normativo favorecedor de la institucionalización de un modelo de gestión flexible del tiempo menos hostil con la conciliación y con la vida personal²².

En este estado de cosas, y ante otro fin de legislatura apresurado, llega el *RDL 6/2019 de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre*

.....

18 BOE 7 de julio. Precedida por el RDL 3/2012, de 10 de febrero (BOE 11 de febrero).

19 Por todos, PASTOR MARTÍNEZ, A., “La concreción de la reducción de la jornada por cuidado de hijos o familiares. La judicialización de cuestión mal resuelta”, *Revista Jurídica de Catalunya*, 2009, p. 99 y ss.; y el mismo autor más tarde en “La ordenación del tiempo de trabajo desde una perspectiva de género”, en MARIA JESUS ESPUNY TOMAS y ESTHER ZAPATER DUQUE (coord.), *La docencia del derecho con perspectiva de género*, Ed Dykinson, Madrid, 2018, pp.191 y ss.

20 J.L. MONEREO PÉREZ y J. GORELLI HERNÁNDEZ, *Tiempo de trabajo y ciclos vitales. Estudio crítico del modelo normativo*, Comares, Granada, 2019, p.230.

21 Puede verse, entre otros estudios, en MOLERO MARAÑÓN, M^a L., “El derecho a la negociación colectiva desde la perspectiva de género: balance y retos de futuro”, en *La negociación colectiva: balance y retos de futuro tras 40 años de Constitución, XXXI Jornada de Estudio sobre Negociación Colectiva*, CCNCC, MTMSS, Madrid, 2019, p.130.

22 Puede verse ARGÜELLES BLANCO, A.R., “Nuevas fórmulas jurídicas y problemas sociales en la gestión del tiempo de trabajo”, en ARGÜELLES BLANCO, A.R. y ROMERO BURILLO, A. M^a (dir.), *Régimen jurídico y gestión racional del tiempo en la empresa*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, pp.79 y ss.; y ya antes, CABEZA PEREIRO, J., “La conciliación de la vida familiar y laboral. Situación en Europa”, *Revista de Derecho Social* n^o31, 2005, que citaba los ejemplos de Austria, Bélgica, Finlandia, Holanda o Dinamarca, p.37; y también DAUGAREILH, I. e IRIART, P., “La conciliazione dei tempi nelle riforme dell’orario de lavoro in Europa (Francia, Alemania, Gran Bretaña, Olanda)”, *Lavoro e Diritto*, a.XIX, n.2, primavera 2005, pp.223 y ss.

*mujeres y hombres en el empleo y la ocupación*²³, que procede a un nuevo ajuste en la redacción del art.34.8 ET. El cambio fue enseguida recibido casi unánimemente con regocijo al habersele atribuido la virtud de haber configurado ya un derecho subjetivo completo, no subordinado al desarrollo de su ejercicio por la negociación colectiva. Al mismo tiempo, se extendían las fórmulas de adaptabilidad con fines de conciliación a la modalidad de la prestación, para referirlas fundamentalmente al trabajo a distancia y al teletrabajo²⁴.

Sin embargo, y pese a las muchas opiniones doctrinales elogiando la nueva redacción del precepto como un gran avance²⁵, la realidad ha demostrado luego que reconocer a la persona trabajadora la posibilidad de “solicitar” la adaptación, convertía a la institución en un mero derecho expectante²⁶; y que someterla a la exigencia de razonabilidad y proporcionalidad en función de las necesidades personales, condicionarla a los requerimientos organizativos y productivos de la empresa, y reconducir el cauce para su reconocimiento a un proceso de negociación individualizada –si los convenios no arbitraban otro sistema–, desembocaría en la práctica en un sinfín de dificultades reales de ejercicio, situaciones de litigiosidad, y, en último término, en una considerable disparidad de criterios y de soluciones judiciales casi imposibles de unificación doctrinal.

3. LAS DIFICULTADES APLICATIVAS Y LOS CRITERIOS JUDICIALES SOBRE EL EJERCICIO DEL DERECHO A LA ADAPTACIÓN CON FINES DE CONCILIACIÓN

No es el propósito de este apartado hacer un recuento ni un análisis exhaustivo ni completo de la abundante doctrina judicial existente en aplicación del art.34.8 ET ya tras su modificación por el RDL 6/2019, sino ofrecer un repaso de síntesis de algunos

.....
23 BOE 7 de marzo.

24 Analicé el alcance de esa modificación en MARTÍNEZ MORENO, C., “La nueva regulación de la adaptación de la jornada con fines de conciliación ¿Hasta dónde llega el avance?”, *Revista Derecho Social y Empresa, Reformas en materia de igualdad entre hombres y mujeres*, núm.12, febrero de 2020, pp.61–80; ver también PASTOR MARTÍNEZ, A., “Las medidas laborales del Real Decreto–Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación: un paso hacia la efectividad de la igualdad de trato y de oportunidades desde la corresponsabilidad”, *IUSLabor* 1/2019, pp.187 y ss.

25 Por ejemplo, LÓPEZ BALAGUER, M., en “El derecho a la adaptación de jornada y forma de trabajo por conciliación de la vida laboral y familiar tras el Real Decreto–Ley 6/2019, *RTSS, CEF*, 437–438 (agosto–septiembre 2019), pp.93 y ss., no veía obstáculo alguno para valorar positivamente la modificación y considerar el carácter prevalente del derecho (p.99).

26 Véase NÚÑEZ–CORTÉS CONTRERAS, P., *Novedades en relación con la jornada de trabajo y los derechos de conciliación (Tras la aprobación del RD 6/2019, de 1 de marzo)*, Dickinson, Madrid, 2019, p. 102; y más recientemente, RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *loc.cit.*, pp.288 y 289.

pronunciamientos que son fiel reflejo de los principales escollos interpretativos y aplicativos a los que hace un momento se hacía referencia. Así como de los criterios judiciales que, para su resolución, se han ido decantando, principalmente, de los que me parecen más plausibles, y con mayores visos de poder tener proyección y continuidad tras la nueva redacción del precepto, que es lo que ahora nos ocupa, porque versan sobre puntos o aspectos que no han sido sustancialmente alterados.

Siguiendo el orden lógico de la norma conformadora de este derecho, y una vez aclarado que su tenor literal sólo permitía calificarlo como un derecho expectante y abierto, la primera condición sobre la que se articula la posibilidad de que la solicitud de adaptación sea atendida por la empresa giraba –y gira– alrededor de las necesidades de la persona trabajadora, y la razonabilidad y proporcionalidad de su requerimiento en relación con aquellas. Pues bien, ello dio lugar a una de las más delicadas cuestiones dudosas, consistente en si la persona solicitante –con enorme frecuencia, una mujer– debía acreditar la situación familiar y la existencia o inexistencia de otras personas en el círculo familiar que pudieran asumir las tareas de cuidado, la imposibilidad de estas, u otras alternativas como la posibilidad de uso de comedores escolares o de realización de actividades extraescolares. Por extraño que parezca, y pese a que era una cuestión sobre la que el Auto TC 1/2009, de 12 de enero²⁷ ya había dejado sentado un criterio de autoridad en clave constitucional, las soluciones de los tribunales fueron dispares²⁸, no siempre acomodadas a aquella doctrina, según la cual la trabajadora²⁹ no estaba obligada a aportar prueba alguna referida a circunstancias de su vida íntima, personal o familiar; y que el único dato relevante era el de las características de su jornada y su compatibilidad con las necesidades de cuidado. Se trataba de un derecho personalísimo³⁰, y bastaba, pues, con poner en evidencia la necesidad objetiva de conciliación propia, como ha destacado ya la doctrina a propósito de alguna resolución judicial en ese sentido³¹.

Un segundo elemento de interés y sobre el que también giran las discrepancias y los debates dirimidos en sede judicial ha sido el del alcance de la posible oposición empresarial, las razones en que puede fundarse y las exigencias de motivación; y, muy relacionado con

27 Dictado en el fallido proceso de ejecución de la STC 3/2007.

28 Se refiere a la división y a la disparidad de posturas doctrinales RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *loc.cit.*, p.290.

29 Recuérdese que el Auto se dicta en el asunto *García Mateos*.

30 Así lo afirma categóricamente, entre otras, la STSJ de Galicia, de 28 de mayo de 2019 (Rec.1492/2019) [ECLI:ES:TSJGAL:2019:3362], por lo que no procede valorar circunstancias tales como si el padre podría adaptar su jornada, si existen abuelos que pudieran ayudar, si el colegio dispone de comedor o si es posible realizar actividades extraescolares que prolongaran el tiempo de permanencia de la niña en el centro educativo hasta que la madre pudiera ir a recogerla.

31 STSJ de Aragón, de 19 de enero de 2021 (Rec.637/2020) [ECLI:ES:TSJAR:2021:41], un interesante comentario a la misma en VIQUEIRA PÉREZ, C., “Límites a la adaptación de jornada para la conciliación de la vida familiar (art. 34.8 ET)”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, Número 4/2021 [disponible en https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2021-0000001268 (consultada el 9 de octubre de 2023)]. Y ya antes la STSJ de Galicia, de 28 de mayo de 2019 (Rec.1492/2019) [ECLI:ES:TSJGAL:2019:3362] había declarado que se trata de un derecho personalísimo, por lo que no procede valorar circunstancias tales como si el padre podría adaptar su jornada.

ello, una tercera cuestión, relativa al contenido y desarrollo del proceso de negociación que –en defecto de procedimiento específico establecido en convenio– ha de tener lugar entre las dos partes. También los tribunales han procurado dar contenido más o menos uniforme a estas incógnitas. A este respecto resulta ilustrativa, entre otras muchas, la STSJ de Extremadura, Cáceres, de 13 de febrero de 2020³², que estima el recurso de la demandante y revoca una muy cuestionable solución contenida en la Sentencia nº262/2019, del Juzgado de lo Social nº 2 de Badajoz, de 16 de septiembre de 2019³³ que, tras una extensa argumentación y bien conocedora de la necesidad de ponderar los intereses en juego, como enseña la sólida doctrina constitucional existente, desestimó la pretensión de la trabajadora razonando que no bastaba el mero hecho de que su hija estuviera escolarizada. La solución de la Sala cacereña acaba siendo en cierto modo salomónica porque, al entender que la empresa efectivamente había llevado a cabo una intensa labor de fundamentación y explicación de las razones de su oposición, no podía sin más conceder lo solicitado; pero acaba basando la estimación del recurso de la actora en el hecho de que no se hubiera llevado a cabo negociación alguna entre la solicitante y la empleadora³⁴.

En un sentido similar se pronuncia la STSJ de Castilla y León, sede Valladolid, de 7 de noviembre de 2022³⁵, que estima igualmente en parte el recurso de la trabajadora, que solicitaba un cambio del turno de mañana al de tarde, pretensión que la empresa había denegado alegando que en la franja de la mañana había un sobredimensionamiento, y ofreciendo como única alternativa un ajuste del horario de tarde. La Sala basa su decisión nuevamente en la inexistencia de una verdadera negociación y en la insuficiente acreditación por la empresa de la existencia de una dificultad organizativa insalvable, habida cuenta que constaba acreditado que también en las mañanas se producían desajustes ocasionales o insuficiencia de agentes en ciertos momentos y franjas horarias. Y, en fin, la ya citada STSJ Aragón, 19 de enero de 2021³⁶ destacaba la importancia de la negociación, de que esta sea efectiva, de que se muestre el esfuerzo realizado por esgrimir y exponer las razones de cada parte, y que se ofrezcan alternativas motivadas, razonables y satisfactorias. En definitiva, negociación efectiva y de buena fe, y motivación detallada o explicación convincente de los inconvenientes o dificultades para estimar la petición en sus estrictos términos y pleno alcance, parecen criterios suficientemente razonables y consolidados como para servir de pauta interpretativa aplicable a la nueva regulación del derecho³⁷.

.....

32 Rec.17/2020 [ECLI:ES:TSJEXT:2020:324].

33 Proced.577/2019 [ECLI:ES:JSO:2019:4841].

34 La Sala se cura en salud y descarta que se haya incurrido en una incongruencia *extra petita*, afirmando que pedir la estimación del recurso por injustificada oposición empresarial comprende la petición por falta de negociación, porque quien pide lo más pide lo menos.

35 Rec.2263/2021 [ECLI:ES:TSJCL:2022:4803].

36 Rec.637/2020) [ECLI:ES:TSJAR:2021:41]. Véase *supra*, nota nº 31.

37 Sobre la insuficiencia de una negativa empresarial absolutamente genérica y la necesidad de oponer razones

Por fin, y con independencia de otros elementos del supuesto de hecho que apenas han motivado discusión, y cuyos pormenores pueden ser comentados al hilo de la nueva redacción del precepto, no puede dejar de tratarse aquí un asunto que considero central, el de la doble vertiente o dimensión de las repercusiones del cambio sobre el resto del personal. Que pueden operar, en primer lugar, y como se ha podido comprobar, como óbice o causa misma de oposición empresarial a la solicitud de adaptación, y cuya adecuada valoración a la vista de los múltiples y contrapuestos intereses en juego no resultará ni mucho menos sencilla. Pero, a su vez, la propia aceptación del cambio solicitado podrá ir acompañada de exigencias de otras decisiones organizativas que, incluso de ser factibles, acabarán afectando a otras personas de la plantilla con el consiguiente coste para ellas y para la empresa, en términos de gestión y de eventuales pleitos secundarios. Trataremos de ilustrarlo con algún ejemplo.

En la Sentencia nº338/2019 del Juzgado de lo Social nº3 de Gijón, de 29 de agosto de 2019³⁸ se desestimó la pretensión de una trabajadora de una clínica veterinaria que solicitó prestar sus servicios en el turno fijo de mañana, entre otras razones, porque suponía un serio inconveniente organizativo para la empresa, que atiende a más clientes por las tardes, y que cuenta únicamente con otros dos veterinarios que también trabajan a turnos. Se valora, pues, que el problema organizativo para la empresa consiste no sólo en garantizar el servicio ofertado a la clientela, sino también en la necesidad de preservar los intereses contrapuestos del resto de la plantilla. Aunque también se toma en consideración que la franja horaria que la demandante solicitaba tampoco cubría por completo el tiempo necesario para atender y cuidar a su hija. Repárese en el hecho de que este tipo de inconvenientes van a ser prácticamente inevitables en empresas con plantillas muy reducidas, por lo que la dimensión de la empresa puede ser un factor relevante para tenerlo en cuenta en la labor de ponderación y valoración que ha de realizar el juzgador³⁹. En este sentido puede verse la Sentencia nº12/2019 del Juzgado de lo Social nº1 de Ibiza, de 23 de septiembre de 2019⁴⁰, que precisamente resuelve en sentido estimatorio de la pretensión sobre la base de la relevancia del tamaño de la empresa y del elevado volumen de empleados, lo que facilita la organización del trabajo y la concesión de la adaptación solicitada. Si bien no es menos cierto que una plantilla de mayor tamaño, con numerosas personas que pueden coincidir en el tiempo en solicitar la adaptación puede encontrarse ante similares dificultades. Como se puede comprender, el enjuiciamiento ha de ser necesariamente casuístico y apegado a las circunstancias de cada situación litigiosa o de conflicto.



organizativas de peso, la Sentencia nº236/2019, del Juzgado de lo Social nº1 de Palencia, de 23 de julio de 2019 [ECLI: ES: JSO:2019:3684].

38 [ECLI:ES:JSO:2019:2962].

39 La dimensión de la empresa es un dato relevante en la Sentencia nº191/2019 del Juzgado de lo Social nº26 de Madrid, de 10 de mayo de 2019 (Proced.337/19) [ECLI: ES:JSO:2019:2944].

40 Proced.908/2018 [ECLI:ES:JSO:2019:1276].

En cambio, ante un conflicto interpersonal similar o de significado equivalente al caso de la clínica veterinaria de Gijón, la solución de la STJS de Canarias, de 1 de septiembre de 2020⁴¹ es bien distinta⁴². La solicitante era segunda gobernanta de un hotel, y su pretensión era librar los fines de semana. La sentencia de instancia estimó la oposición empresarial que fundamentaba en una causa organizativa consistente en que en el centro de trabajo sólo había una gobernanta, que ya libraba los fines de semana. La Sala de suplicación revoca la sentencia y estima la pretensión actora esgrimiendo argumentos como el impacto de género del derecho a la adaptación horaria, la consiguiente obligación de integrar esa perspectiva en la labor del juzgador, o el principio de protección de la infancia. Y condena asimismo al abono de la consiguiente indemnización⁴³.

Por concluir, y a modo de síntesis, resulta de gran aprovechamiento la lectura de la extensa e ilustrativa STSJ de Galicia de 25 de mayo de 2021⁴⁴, que reúne buena parte de los tópicos sobre el derecho reconocido en el art.34.8 ET. La trabajadora había solicitado al mismo tiempo un cambio de horario y un desplazamiento a otro centro de trabajo de la empresa ubicado en la localidad donde se encontraba su domicilio. La Sala se formula varias preguntas, para resolver en sentido estimatorio la pretensión de la recurrente. La primera, si el traslado a otro centro se puede considerar comprendido en el término o la expresión “forma de la prestación”, puesto que no se encuentra expresamente enunciado como tal en el precepto de referencia. Y la respuesta, acompañada de una prodigiosa labor de análisis del marco y antecedentes normativos y de una intensa tarea de argumentación, es afirmativa. Un segundo argumento, que ya ha sido analizado aquí, es el del carácter individual del derecho, que exime, o imposibilita más bien, inquirir o exigir prueba de la situación o forma de organización familiar, o de la existencia y disponibilidad de otras personas para ocuparse del cuidado de los hijos. Con cita textual de doctrina precedente de la propia Sala se sostiene que “cualquier valoración sobre cómo deba llevarse a efecto la organización o «intendencia» familiar «excede de lo que es ponderable por un órgano jurisdiccional» (STSJ Galicia 28/05/19 R. 1492/19).” Y un último argumento de gran trascendencia, que atañe o concierne a los ya analizados problemas organizativos derivados de conflictos interpersonales que las empresas oponen casi de manera generalizada, sobre qué derecho ha de prevalecer, si el de conciliación familiar de la solicitante o el de estabilidad en el empleo de otros empleados con contratos temporales. La pregunta surge porque la empresa –que opuso la inexistencia de vacante en el centro solicitado–⁴⁵ al tiem-

.....

41 Rec.197/2020 [ECLI:ES:TSJICAN:2020:779].

42 Constituye un dato personal de interés que la ponente sea la magistrada Gloria Poyatos, persona que se destaca y ha sido incluso galardonada por su defensa del enjuiciamiento con perspectiva de género.

43 Como es bien sabido, aunque hay alguna excepción en que se afinan más los criterios de ponderación del daño, los tribunales suelen aplicar las cuantías de la LISOS para las infracciones muy graves en su grado mínimo.

44 Rec.335/2021 [ECLI:ES:TSJGAL:2021:2449].

45 La negativa por inexistencia de vacante en el centro al que se pretende trasladar el actor en ese caso se con-

po en que ya se había pedido el cambio por la demandante había formulado una oferta de empleo temporal y había convertido en fijo al menos uno de los contratos temporales existente en la plantilla de ese mismo centro. La Sala concluye que el carácter fundamental y la relevancia constitucional del derecho a la conciliación debe implicar la prevalencia de ese derecho incluso sobre el de estabilidad en el empleo. Y termina condenando al abono de una indemnización de 6.000 euros por el carácter lesivo del derecho fundamental de la negativa empresarial.

Se aludía también hace unas líneas a la ambivalencia de la repercusión de los cambios solicitados sobre la base del art.34.8 ET, que pueden acabar motivando otras alteraciones en las condiciones de trabajo del resto de la plantilla, que en numerosas ocasiones podrían encajar en la noción de causa organizativa justificativa de medidas de ajuste como la movilidad funcional y geográfica, o la modificación sustancial de las condiciones de trabajo (arts.39, 40 y 41 ET). Con mayores dificultades en otras como la reducción de jornada o la suspensión de contratos del art.47 ET. La clave y la solución, a mi modesto entender, seguramente no es negar la solicitud de adaptación por el hecho de que hubieran de ser necesarios esos otros cambios, sino valorar estos a la luz de la razonabilidad y proporcionalidad de la solicitud de la primera y de la entidad de las repercusiones o los efectos de los cambios reactivos en la esfera del resto de personas trabajadoras.

En un sentido diverso, también se ha tenido que enjuiciar y valorar en qué medida pueden alcanzarse modificaciones que sea necesario adoptar en la empresa por cualesquiera otras razones a personas que están disfrutando de los “ajustes razonables”⁴⁶ de sus condiciones de trabajo –tiempo, modo de la prestación, trabajo a distancia, y otras– con fines de conciliación, y con qué consecuencias. Sin perjuicio de otros ejemplos –algunos lamentables– que existen en la jurisprudencia y doctrina judicial anterior⁴⁷, se ocupa de enjuiciar una de estas situaciones la STC 119/2021, de 31 de mayo⁴⁸. Sin perjuicio de la existencia de análisis más afinados⁴⁹, baste con decir ahora que el TC estima la demanda de ampa-

sidera, en cambio, justificada en la STSJ de Castilla y León, de 29 de diciembre de 2022 (Rec.978/2022) [ECLI:ES:TSJCL:2022:5187].

46 Conviene tener en cuenta que, de conformidad con los arts.4.1 2º y 6.1 a) 2º de la *Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación*, la denegación de ajustes razonables constituye una discriminación indirecta.

47 Es muy llamativo el ejemplo de la STS de 25 de mayo de 2015 (Rec.307/2013) [ECLI:ES:TS:2015:3658], donde en un asunto sobre una modificación sustancial de condiciones de trabajo en una gran y conocida empresa de distribución comercial, que implicaba desconocer los derechos de las personas con reducción horaria por motivos familiares y afectaba y alteraba horarios y turnos, e implicaba trabajo en festivos, la Sala desestima la pretensión, incluida la de considerar la dimensión constitucional y la masiva afectación a trabajadoras del sexo femenino, por entender no suficientemente probado el impacto de género.

48 Puede verse la entrada ROJO TORRECILLA, E., “La dimensión constitucional de la reducción y la adaptación de la jornada de trabajo: STC núm. 119/2021 de 31 de mayo” [disponible en <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2021/07/sobre-la-importancia-de-la-dimension.html?m=1> (última consulta el 10 de octubre de 2023)].

49 Cfr. CABEZA PEREIRO, J., “Reducción de jornada: a vueltas con la discriminación sexista con ocasión de dos nuevos pronunciamientos del Tribunal Constitucional”, *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado* 4 (2021) 167–185 [Vista de Reducción de jornada: a vueltas con la discriminación sexista con ocasión de dos nuevos pronunciamien-

ro interpuesta por una trabajadora que sufrió una modificación de sus condiciones de trabajo mientras se encontraba disfrutando de una reducción de jornada en horario que excluía el trabajo en fines de semana; decisión que le obligó a volver a trabajar los sábados. El juzgado de lo social desestimó su pretensión al considerar que se habían acreditado las razones organizativas para proceder a la modificación. Por su parte, esta sentencia, en la senda que inició y marcó la STC 3/2007, considera que no se ha valorado adecuadamente la dimensión constitucional de los derechos de conciliación y que se ha incurrido en una discriminación indirecta, otorgando, como se ha dicho, el amparo.

Un supuesto algo diferente, pero que también conecta con esta problemática es el que se dirime en la STC 153/2021, de 13 de septiembre⁵⁰. Se trataba en este caso de una enfermera que prestaba servicios en la UCI pediátrica, y que igualmente había solicitado y se le había concedido una reducción de jornada. En este caso la modificación deriva directamente de la consideración por los responsables del servicio de que ese cambio suponía dificultades en los turnos y en la continuidad asistencial en un área tan delicada como es la UCI pediátrica, y que, por consiguiente, había que destinar temporalmente a la demandante de amparo a otros servicios. En instancia y suplicación se consideró que no había habido lesión en los intereses de la trabajadora porque esta retuvo funciones propias de su grupo profesional, pudiendo retornar a su puesto de origen a jornada completa, accediendo entre tanto a cursos de formación específicos. En este caso el TC, compartiendo el criterio de las precedentes resoluciones judiciales, considera justificada y proporcionada la medida, que no se adoptó con sesgos sexistas sino por el interés asistencial, y no ocasionó un significativo menoscabo o trato peyorativo a la trabajadora; habiéndose ponderado adecuadamente la posible afectación a derechos fundamentales. Por todo lo cual, descarta que haya habido lesión alguna y desestima el amparo.

4. LOS ÚLTIMOS CAMBIOS: LA DIRECTIVA (UE) 2019/1158 Y EL RDL 5/2023

La última fase en la evolución de esta progresiva conformación de los derechos de conciliación corresponsable en general la inicia y la marca la ya citada al comienzo de este breve estudio⁵¹ *Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de*

tos del Tribunal Constitucional | Trabajo, Persona, Derecho, Mercado (us.es) (consultado el 10 de octubre de 2023)].

50 De nuevo comentada con detalle por CABEZA PEREIRO, J., *loc.ult.cit.*

51 Véase *supra*, nota nº11.

20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores⁵². Esta disposición, que deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo, sobre permiso parental⁵³, se vuelve a proponer el inalcanzado objetivo del logro de la igualdad entre hombres y mujeres por lo que respecta a las oportunidades en el mercado laboral y al trato en el trabajo, facilitando a los trabajadores que sean progenitores o cuidadores la conciliación de la vida familiar y profesional (art.1), entre otras vías, justamente a través de fórmulas de trabajo flexible⁵⁴.

Sin embargo, la norma europea reconoce igualmente un derecho a la adaptación de los tiempos de trabajo de carácter abierto, un derecho a demandar o solicitar. Aunque se ha discutido si los términos “examinar” la solicitud y “responder” o “atender” podrían traducirse por “conceder”. Esto es, en todo caso, dudoso y discutible. Siempre, como ha dicho nuestra doctrina judicial, guiados por la buena fe y la flexibilidad pro operario.

Resulta igual de pertinente destacar algunas medidas de acompañamiento que aparecen en la Directiva⁵⁵, y que habrán de haberse incorporado a nuestra norma de transposición, el RDL 5/2023. La primera, la exigencia de que la denegación o el aplazamiento por la empresa hayan de estar suficientemente justificadas. La segunda, pero no menos importante, la prohibición del despido o cualquier acto preparatorio del mismo por haber solicitado o disfrutado del derecho.

Llega pues el momento del análisis de las novedades introducidas en el art.34.8 ET por el RDL 5/2023⁵⁶. Novedades que enseguida fueron catalogadas como “ajustes puntuales”⁵⁷,

.....

52 DOUE L 188/79, de 12.7.2019.

53 La referencia completa es *Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo de 2010, por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, celebrado por BUSINESSSEUROPE, la UEAPME, el CEEP y la CES, y se deroga la Directiva 96/34/CE* (DOUE núm. 68, de 18.3.2010).

54 La profesora RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *loc.cit.*, se refiere a una infinidad de fórmulas: jornadas continuadas, supresión de viajes y desplazamientos aprovechando las nuevas tecnologías, limitación en la franja horaria para celebrar reuniones de trabajo, horas de libre disposición, bolsas de horas, semana comprimida, acumulación de las horas de trabajo en determinadas épocas del año, amplias franjas de entrada y salida, no someterse a un régimen de turnos incompatible con los deberes de cuidado, o adscripciones a un turno fijo que haga factible estos deberes, cambio de jornada continuada a jornada partida o viceversa, posibilidad de trabajar a distancia, así como, a la luz de la doctrina judicial que ya hemos citado, cambios de centro o lugar de trabajo (p.285).

55 MANEIRO VÁZQUEZ, Y., *Cuidadores, igualdad y no discriminación y corresponsabilidad. La (r)evolución de los derechos de conciliación de la mano de la Directiva (UE) 2019/1158*, Albacete, Bomarzo, 2023; y también ARGÜELLES BLANCO, A.R., “Conciliación y corresponsabilidad en los cuidados: líneas evolutivas y retos para los derechos laborales”, *El Derecho del Trabajo que viene. Reflexiones sobre la reforma laboral que necesitamos*, Colex, 2023, pp.107 y ss.; y, de nuevo, RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “La Directiva 2019/1158, de 20 de junio, relativa a la conciliación de la vida familiar y profesional de los progenitores y cuidadores. Su trasposición al ordenamiento jurídico español”, *loc.cit.*, pp.283 y ss.

56 Recuérdese que la cita completa es *Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad; de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles y conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores; y de ejecución y cumplimiento del Derecho de la Unión Europea* (BOE 29 de junio).

57 Ver SALA FRANCO, T., “Novedades en materia laboral del Real Decreto-Ley 5/2023, de 18 de junio”, *Briefs AEDTSS*, número 50, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2023 [<https://www.aedtss.com/novedades-en-materia-laboral-del-real-decreto-ley-5-2023-de-18-de-junio/> (última consulta el 11 de octubre de 2023)].

aunque tal vez alguna de ellas pueda tener un mayor calado de lo que en una primera impresión pudiera pensarse, sobre todo si las entendemos a la luz de la doctrina judicial ya conformada en relación con algunos de los aspectos o elementos centrales del régimen jurídico de este derecho⁵⁸.

Aunque no se refiera exclusiva o específicamente al derecho a la adaptación de tiempos y modos de la prestación con fines de conciliación, una primera previsión de enorme trascendencia es la que se incluye en el art.4.2 c) ET⁵⁹ que pasa a considerar integrado en la noción de discriminación por razón de sexo el trato desfavorable dispensado a mujeres y hombres por el ejercicio de los derechos de conciliación o corresponsabilidad de la vida familiar y laboral⁶⁰. Se impone así la tesis de que el trato peyorativo o las dificultades y obstáculos para que los hombres concilien y se corresponsabilicen tienen el “efecto colateral” de perpetuar el rol cuidador de las mujeres, ahondando las brechas y manteniendo una situación de discriminación directa o indirecta por razón de sexo. Tesis que ya estaba presente en el voto particular formulado en la STC 26/2011, de 14 de marzo, que otorgó el amparo a un varón que había solicitado una adaptación de su tiempo –trabajar en horario nocturno–⁶¹ para ocuparse de cuidar a sus dos hijos de corta edad. Pero lo hizo sobre la base de una causa de discriminación nueva, la discriminación por razón de las circunstancias familiares. El magistrado disidente discrepa de la mayoría, entre otras razones, porque entendió que se trataba de una medida que, lejos de expresar una histórica situación de desventaja y segregación para los hombres –obviamente, inexistente–, lo que hacía era contribuir a perpetuar un reparto tradicional de funciones con respecto de las del varón, pues ha sido sobre las féminas sobre las que predominantemente se han hecho recaer las labores de protección y cuidado de la familia. Este argumento o concepción ha sido el que finalmente se ha impuesto e incorporado a la regulación legal.

Por lo que se refiere específicamente al derecho a la adaptación de las condiciones de trabajo del art.34.8 ET, en la reformulación del precepto se mantienen aspectos como su

.....

58 Al respecto, BLASCO JOVER, C., “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*, 13(2),1–49 [<https://doi.org/10.46661/lexsocial.8310> (consultada el 11 de octubre)]; y MELÉNDEZ MORILLO–VELARDE, L., “El derecho a solicitar la adaptación de jornada. Una aproximación legal y judicial”, *Anuario Jurídico y económico escorialense*, N°56, 2023, pp.95–120.

59 Art.127 Uno RDL 5/2023.

60 No deja de resultar un tanto preocupante lo decidido en la STS de 25 de mayo de 2023, (Rec.1602/2020) [ECLI:ES:TS:2023:2433] que, a propósito de un procedimiento sobre concreción horaria, y tras recordar la necesidad de tomar en consideración la dimensión constitucional de los derechos de conciliación, no duda en afirmar que no toda decisión en la materia implica necesariamente un trato discriminatorio por razón de sexo; y que sigue siendo preciso aplicar el sistema de indicios, que en el caso no concurren pues se entiende que la empresa hizo prueba de las razones organizativas para denegar la petición de la persona solicitante. Es cierto que otras muchas resoluciones judiciales están aplicando ese mismo esquema o patrón de enjuiciamiento a otros supuestos pese a lo dispuesto en la *Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación* (BOE 13 de julio).

61 La parte chocante del caso es que el demandante, ayudante técnico educativo en un centro de educación especial de Palencia, había iniciado el curso escolar según el calendario del centro en régimen de turnos rotativos, y la negativa del centro de basó en la inexistencia para ese curso de actividad en horario de noches.

carácter expectante y abierto al seguir aludiendo al derecho a “solicitar”; la extensión de las medidas –adaptación de la duración y distribución de la jornada, ordenación del tiempo de trabajo y forma de la prestación, incluida la prestación de trabajo a distancia, genérico que comprende, desde luego, el teletrabajo⁶²; la exigencia de razonabilidad y proporcionalidad de lo solicitado en relación con las necesidades personales y las organizativas y productivas de la empresa; el procedimiento de adopción o determinación del cambio mediante una negociación individualizada si no hay otro cauce estipulado en convenio colectivo, con el matiz que luego se explicará; la suficiente motivación de la negativa o propuesta alternativa empresarial, esta sí, con algún ajuste de mayor interés, que igualmente se analizará a continuación; y, en fin, el carácter dinámico del derecho que permite la reversión y el retorno a las anteriores condiciones, también con algún pequeño retoque. Sobre la mayoría de estas cuestiones siguen siendo, pues, válidos los criterios judiciales existentes, a los que someramente ya se ha hecho mención en las páginas precedentes.

En cuanto a las novedades, la primera es la ampliación de los sujetos causantes, que sigue comprendiendo, en primer lugar, a los hijos hasta que cumplan los doce años, en este caso sin añadir la necesidad de que requieran de cuidados, circunstancia que se da por supuesta o se produce de manera natural; pero que se extiende a los hijos e hijas mayores de esa edad, al cónyuge o pareja de hecho, a los familiares hasta el segundo grado de consanguinidad⁶³, y a cualesquiera otras personas⁶⁴ que convivan en el mismo domicilio, que requieran atención y cuidados al no poder valerse por sí mismas por razones de edad, accidente o enfermedad. Esta novedad es sólo relativa, y atañe fundamentalmente a estas últimas personas y a la pareja de hecho, pues el resto de familiares ya se podían entender comprendidos en el campo de aplicación de la norma con anterioridad o en su anterior redacción. Por otro lado, la alusión a “necesidades de cuidado” se ha podido tachar ya en algún reciente comentario doctrinal⁶⁵ de excesivamente ambigua, propugnándose en paralelo una interpretación restrictiva que la asimile o la haga equivaler a una necesidad real de ayuda y acompañamiento de suficiente entidad derivada de la concurrencia de circunstancias difíciles de especial importancia. Opino, por el contrario, que el presupuesto ha de ser objeto de una interpretación más amplia, no tan estricta, en la medida en que

.....

62 No se ha querido entrar aquí en la vasta problemática que suscita y está suscitando en la práctica el teletrabajo cuando se solicita como medida de conciliación, y la enorme cantidad de supuestos en que la empresa opone razones organizativas y productivas para concederlo. Pero como vuestra, baste un botón, y véase la Sentencia nº52/2023, del Juzgado de lo Social nº5 de Valladolid, de 13 de febrero de 2023 (Proced.877/2022) [ECLI: ES:JSO:2023:584].

63 Que sigue el modelo del Plan MECUIDA implantado con la pandemia y la declaración del estado de alarma, en el que se excluía el cuidado de afines, precisamente con el fin de evitar que siguieran siendo las mujeres las que se ocuparan de los familiares consanguíneos del cónyuge, paradigmáticamente, suegros y suegras.

64 Siempre me ha parecido cuestionable la limitación por grados de parentesco de las personas requeridas de cuidados, puesto que, en la realidad, no es infrecuente que se cuide a parientes más lejanos pero con los que la relación sea estrecha o que no tengan otras personas de la familia más próximas que se ocupen de ellas.

65 Cfr. BLASCO JOVER, C., *loc.cit.*, así lo entiende.

se trata de garantizar el ejercicio de un derecho con relevancia constitucional, un derecho fundamental. Y, en todo caso, que ello dependerá de cada situación, y que la legitimidad para valorar las concretas circunstancias concurrentes y las necesidades de ellas derivadas corresponde o pertenece en primera instancia a la persona solicitante.

Otro aspecto novedoso es –en la dirección que apuntaba la Directiva– el reforzamiento del deber de negociar la solicitud de adaptación. Y aunque la norma se refiere únicamente a una vertiente del asunto, la relativa a la celeridad, limitando el tiempo máximo a quince días en lugar de treinta, merece la pena insistir en que –tal y como ha dejado sentado la mejor doctrina judicial– se habrá de tratar de una negociación real y efectiva, de un verdadero intercambio de opiniones y posturas sobre otras opciones posibles, y siempre auspiciado por la buena fe que debe presidir cualquier proceso de esta naturaleza. Esta idea se ve reforzada con una previsión adicional, pues, en caso de denegación, se establece la obligación empresarial de formular y ofrecer una propuesta alternativa que verdaderamente posibilite atender las necesidades de conciliación de la persona trabajadora. Tanto en este caso como en el del definitivo rechazo de la petición, se fortalece igualmente el deber empresarial de motivar las razones objetivas que lo justifiquen.

Por fin, tal vez la modificación de mayor relieve es la configuración de una especie de silencio positivo para el supuesto de que en el indicado plazo de quince días no se produzca una expresa y motivada oposición empresarial. En cuyo caso la adaptación solicitada se presumirá concedida. Este aplaudido dispositivo, no obstante, puede suscitar algunas nuevas dudas interpretativas. La primera, si la presunción operará únicamente en caso de ausencia de respuesta o también en el de respuesta inmotivada o insuficientemente motivada. Diría que lo más lógico y razonablemente atendible es esto último, una interpretación finalista y pro máxima efectividad del derecho, despegada del estricto tenor literal de la norma. Otro interrogante gira en torno a si la presunción admite o no prueba en contrario, siendo la respuesta más probable la segunda, puesto que no se trata de una verdadera presunción en derecho⁶⁶ –de un hecho comprobable deducir otro no susceptible de comprobación o que no se ha podido probar– sino del establecimiento por ley de un efecto automático ante una determinada situación. Como decía, más cercana a la técnica del silencio administrativo positivo. Y, por fin, si ello impedirá a la empresa oponerse y denegar el cambio transcurrido ese plazo, en un momento posterior, con qué efectos y qué cauces serían los pertinentes o idóneos para discutir una eventual decisión en tal sentido y pretender la ejecución de la medida para garantizar la efectividad y la tutela integral del derecho⁶⁷.

66 BLASCO JOVER, C., *loc.cit.*, entiende que no admitirá prueba en contrario, pero por otra razón, el vaciamiento de contenido del derecho.

67 Con toda probabilidad, el del art.139 LRJS. Aunque tal vez podría defenderse la vida del procedimiento or-

Como se apuntaba hace un momento, se mantiene el derecho de reversión o retorno a las condiciones anteriores, si bien con cierto engrosamiento de las causas para la misma, que además de considerar la finalización o término del período acordado inicialmente o previsto legal o convencionalmente, incluye el decaimiento de las causas que motivaron la solicitud o el cambio de circunstancias. Y, además, con una posibilidad de oposición de la empresa al regreso a la situación previa, siempre que se pruebe la existencia de razones objetivas. Esto, sin duda, puede añadir problemas y conflictos a la ya de por sí compleja y problemática institución.

Por ir concluyendo, en cumplimiento de otro de los objetivos de la Directiva se produce la ampliación de los supuestos de nulidad de las extinciones por causas objetivas y de los despidos disciplinarios (arts.53.4 y 55.5 ET)⁶⁸ a los casos en que la decisión extintiva injustificada o sin causa afecte a personas que hubieran solicitado o estuvieran disfrutando del derecho a la adaptación del tiempo y condiciones de trabajo conforme a lo dispuesto en el art.34.8 ET⁶⁹.

5. ALGÚN QUE OTRO PRESAGIO Y CIERTAS PROPUESTAS DE MEJORA

En el capítulo de presagios, y a la vista de lo dicho hasta aquí, no es difícil vaticinar viejos y nuevos escollos prácticos y dificultades interpretativas. Para lo que se propugna recoger y seguir los mejores y más acertados criterios judiciales ya existentes; y, en relación con las nuevas incógnitas, llevar a cabo una aplicación del precepto acorde con los parámetros y criterios generales que han de inspirar la actividad de los jueces y tribunales en este tipo de asuntos: relevancia constitucional y carácter preeminente del derecho a la conciliación corresponsable, perspectivas de género y de defensa de la infancia –o de la mayor edad y vulnerabilidad de las personas dependientes–, y máxima efectividad posible del derecho.



dinario, o el de la modificación sustancial de condiciones de trabajo. Con la ventaja para el proceso ordinario que abre la vía del recurso de suplicación.

68 Art.127 Ocho y Nueve RDL 5/2023.

69 No estará de más añadir que también se han modificado los preceptos concordantes de la LRJS (arts.108.2 y 122.2) para acomodarlos a las nuevas previsiones sustantivas sobre nulidad de los despidos y las extinciones por razones objetivas, en este último caso, añadiendo a los supuestos señalados en el art.53.4 ET el despido en fraude de ley cuando se hayan eludido las normas establecidas para los despidos colectivos en los casos a que se refiere el último párrafo del artículo 51.1 ET (art.129 Uno y Dos RDL 5/2023).

Tal vez, otro augurio sea el de, pese al probable acomodo en términos generales del actual art.34.8 ET con el Derecho de la UE, futuras necesidades de ajuste legal. Pero sobre esto, en estos momentos, como es bien fácil de comprender, resulta sumamente arriesgado y audaz hacer ningún pronóstico o vaticinio.

En cuanto a las propuestas, llevo tiempo predicando –con escaso éxito– sobre la conveniencia de contar con un desarrollo de los derechos de conciliación en general, de este en particular, a través de la negociación colectiva. Entre otras cosas, porque sería de mucho interés disponer de mecanismos efectivos y eficientes para resolver los conflictos interpersonales que con enorme frecuencia son los que motivan las causas organizativas capaces de fundamentar la oposición o resistencia empresarial⁷⁰. Con ese fin, en algún caso se han arbitrado sistemas de mediación intraempresarial a través de comisiones paritarias, comisiones de igualdad⁷¹ u organismos paritarios “ad hoc” para la búsqueda de soluciones a este particular tipo de conflicto.

En otros casos, las previsiones y propuestas han sido muchísimo más avanzadas. Es un clásico ya citar en este sentido al convenio de Supermercados Grupo Eroski⁷², en cuya VI versión⁷³, y bajo la rúbrica “Igualdad en el trabajo”⁷⁴, se alude a un plan de mentorización para la adaptación persona puesto, aplicable al campo de actuación de la conciliación de la vida personal y laboral, y que comprende un plan de flexibilización horaria coordinado con el plan del otro miembro de la pareja; se propugnan convenios de colaboración con entidades que faciliten las tareas de conciliación como guarderías, residencias, empresas de cuidado de niños, de limpieza, etc.; así como la ampliación de convenios –parece que ya los tienen– con entidades de tiempo libre y ocio, adaptados a los horarios laborales de la empresa. Se prevé asimismo fomentar campañas internas de sensibilización sobre la discriminación; campañas internas para promover la presencia de mujeres en puestos

.....

70 En un estudio publicado por el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad titulado “Distribución flexible del tiempo de trabajo: horarios y turnos” [*Boletín Igualdad Empresa* nº25, mayo, 2015, MSSSI], se ponía de manifiesto las dificultades que para implantar estas medidas a través de la negociación colectiva, e incluso para acordarlas individualmente con los trabajadores, surgían, tanto por las reticencias que suelen exponer los empresarios como por los recelos que suscitan entre la plantilla.

71 Por poner algún otro ejemplo, el *V Convenio colectivo marco del Grupo Endesa* (Resolución de 4 de junio de 2020, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el V Convenio colectivo marco del Grupo Endesa, BOE 17 jun.2020), dentro del Capítulo IX, Plan de Igualdad, establece medidas para la adaptación de la jornada de trabajo y de la prestación de trabajo con fines de conciliación (art.41) y encomienda la solución de las discrepancias a la comisión de igualdad.

72 En MARTÍNEZ MORENO, C., “Últimas tendencias en los contenidos de la negociación colectiva en materia de igualdad entre mujeres y hombres”, I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN y J. R. MERCADER UGUINA (dir.), *Cláusulas de vanguardia y problemas prácticos de la negociación colectiva*, Lex Nova, Madrid, 2015, pp.403 y ss. mencionaba el ejemplo del *V Convenio colectivo de supermercados del Grupo Eroski*, en el que se disponía que las partes acordarían en el seno de la Comisión Paritaria un Protocolo donde se fijasen criterios objetivos de aplicación de las reducciones de jornada y un índice de dificultades de concesión y alternativas, en función del tamaño del centro, el número de personas en la plantilla del mismo, número de reducciones por centro de trabajo, etc.

73 Resolución de 12 de abril de 2022, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el *VII Convenio colectivo de Supermercados Grupo Eroski* (BOE 28 de abril).

74 Art.65.

de mayor responsabilidad; o una campaña interna que promueva compartir responsabilidades familiares a los dos miembros de la pareja por medio de entrevistas, experiencias reales, u otras fórmulas.

Se podrían también establecer, junto a las figuras habituales de flexibilidad en los tiempos (cambios de turno, horarios flexibles, cambios de jornada partida a continuada, y al revés), cambios funcionales y cambios de centro o lugar de trabajo; o cualquier otra alteración o cambio adaptativo de condiciones que pueda estar disponible en la empresa; y protocolos con sistemas de alternancia, suplencia o permuta para estos casos. De ese modo, todas las personas integrantes de la plantilla se podrían sentir involucradas en facilitar la efectividad y gestión eficiente de los derechos de conciliación familiar pero también personal.

En fin, pese a todo, subsisten algunos inconvenientes que también han sido destacados por la mejor doctrina⁷⁵, fundamentalmente, el desincentivo que para la corresponsabilidad supone la posible merma salarial y su repercusión en la brecha prestacional –en buena medida corregida–⁷⁶; el factor de segregación que sigue suponiendo prescindir del salario menor de la unidad familiar o de convivencia, con frecuencia –aunque ya no siempre esto es así, por fortuna– el que percibe la mujer.

En resumidas cuentas, queda aún mucho por hacer para avanzar. Y –no me importa insistir– la negociación colectiva y los planes de igualdad, de alcance aún muy limitado por más que se haya rebajado a cincuenta personas el umbral de plantilla para que surja la obligación legal de adoptarlos y aplicarlos efectivamente, tienen ahí todavía mucho que decir. También los jueces, la política –en horas bajas, o con otras prioridades–, nosotros mismos y todo el cuerpo social.

6. BIBLIOGRAFÍA

ARGÜELLES BLANCO, A.R., MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P. y MARTÍNEZ MORENO, C., *Igualdad de oportunidades y responsabilidades familiares. Estudio de los derechos y medidas para la conciliación de la vida laboral y familiar en la negociación colectiva (2001–2002)*, CES, Madrid, 2004.

75 Véase en particular, MANEIRO VÁZQUEZ, Y., *Cuidadores, igualdad y no discriminación y corresponsabilidad: la (r)evolución de los derechos de conciliación de la mano de la Directiva (UE) 2019/1158*, *cit.*, en especial, en p. 29.

76 Al menos, en esa dirección pretende encaminarse algunas de las medidas introducidas por el *Real Decreto-ley 2/2023, de 16 de marzo, de medidas urgentes para la ampliación de derechos de los pensionistas, la reducción de la brecha de género y el establecimiento de un nuevo marco de sostenibilidad del sistema público de pensiones* (BOE 17 de marzo).

- ARGÜELLES BLANCO, A.R., “Nuevas fórmulas jurídicas y problemas sociales en la gestión del tiempo de trabajo”, en ARGÜELLES BLANCO.A.R. y ROMERO BURILLO, A. M^a (dir.), *Régimen jurídico y gestión racional del tiempo en la empresa*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, pp.79 y ss.
- ARGÜELLES BLANCO, A.R., “Conciliación y corresponsabilidad en los cuidados: líneas evolutivas y retos para los derechos laborales”, *El Derecho del Trabajo que viene. Reflexiones sobre la reforma laboral que necesitamos*, Colex, 2023.
- BLASCO JOVER, C., “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*, 13(2),1–49 [<https://doi.org/10.46661/lexsocial.8310>].
- CABEZA PEREIRO, J., “La conciliación de la vida familiar y laboral. Situación en Europa”, *Revista de Derecho Social* n°31, 2005, pp.21 y ss.
- CABEZA PEREIRO, J., “Reducción de jornada: a vueltas con la discriminación sexista con ocasión de dos nuevos pronunciamientos del Tribunal Constitucional”, *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado* 4 (2021) 167–185 [Vista de Reducción de jornada: a vueltas con la discriminación sexista con ocasión de dos nuevos pronunciamientos del Tribunal Constitucional | Trabajo, Persona, Derecho, Mercado (us.es)].
- CASAS BAAMONDE, M^a E., “Soberanía sobre el tiempo de trabajo e igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, n° 3, 2019, pp.227 y ss.
- DAUGAREILH, I. e IRIART, P., “La conciliazione dei tempi nelle riforme dell’orario de lavoro in Europa (Francia, Alemania, Gran Bretaña, Olanda), *Lavoro e Diritto*, a.XIX, n.2, primavera 2005, pp.223 y ss.
- LÓPEZ BALAGUER, M., en “El derecho a la adaptación de jornada y forma de trabajo por conciliación de la vida laboral y familiar tras el Real Decreto–Ley 6/2019, RTSS, CEF, 437–438 (agosto–septiembre 2019), pp.93 y ss.
- MANEIRO VÁZQUEZ, Y., *Cuidadores, igualdad y no discriminación y corresponsabilidad. La (r)evolución de los derechos de conciliación de la mano de la Directiva (UE) 2019/1158*, Albacete, Bomarzo, 2023.
- MARTÍNEZ MORENO, C., “Últimas tendencias en los contenidos de la negociación colectiva en materia de igualdad entre mujeres y hombres”, I. GARCÍA–PERROTE ESCARTÍN y J. R. MERCADER UGUINA (dir.), *Cláusulas de vanguardia y problemas prácticos de la negociación colectiva*, Lex Nova, Madrid, 2015, pp.403 y ss.
- MARTÍNEZ MORENO, C., “La protección de la maternidad en el Derecho del Trabajo: del hecho biológico a la conciliación corresponsable”, en *Mujer sujeto u objeto de derechos reproductivos. Derechos de los menores y maternidad por sustitución* (eds. María Isabel Núñez Paz y Pilar Jiménez Blanco; coord. Leonor Suárez Llanos), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp.361 y ss.

- MARTÍNEZ MORENO, C., “La nueva regulación de la adaptación de la jornada con fines de conciliación ¿Hasta dónde llega el avance?”, *Revista Derecho Social y Empresa, Reformas en materia de igualdad entre hombres y mujeres*, núm.12, febrero de 2020, pp.61 y ss.
- MELÉNDEZ MORILLO–VELARDE, L., “El derecho a solicitar la adaptación de jornada. Una aproximación legal y judicial”, *Anuario Jurídico y económico escurialense*, N°56, 2023, pp.95–120.
- MOLERO MARAÑÓN, M^a L., “El derecho a la negociación colectiva desde la perspectiva de género: balance y retos de futuro”, en *La negociación colectiva: balance y retos de futuro tras 40 años de Constitución, XXXI Jornada de Estudio sobre Negociación Colectiva*, CCNCC, MTMSS, Madrid, 2019, pp. 89 y ss.
- MOLINA NAVARRETE, C., “«Autodeterminación» («soberanía») sobre el tiempo y adaptación de la jornada «a la carta» por razones conciliatorias: entre utopías, derechos y quimeras”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF* N.º 441 Diciembre 2019, pp.5 y ss. [<https://doi.org/10.51302/rtss.2019.1160>].
- J.L. MONEREO PÉREZ y J. GORELLI HERNÁNDEZ, *Tiempo de trabajo y ciclos vitales. Estudio crítico del modelo normativo*, Comares, Granada, 2019
- NÚÑEZ–CORTÉS CONTRERAS, P., *Novedades en relación con la jornada de trabajo y los derechos de conciliación (Tras la aprobación del RD 6/2019, de 1 de marzo)*, Dickinson, Madrid, 2019.
- OIT y GALLUP: *Towards a better future for women and work: Voices of women and men*, OIT, Ginebra, 2017, págs. 39–43.
- PASTOR MARTÍNEZ, A., “La concreción de la reducción de la jornada por cuidado de hijos o familiares. La judicialización de cuestión mal resuelta”, *Revista Jurídica de Catalunya*, 2009, p. 99 y ss.
- PASTOR MARTÍNEZ, A., “La ordenación del tiempo de trabajo desde una perspectiva de género”, en MARIA JESUS ESPUNY TOMAS y ESTHER ZAPATER DUQUE (coord.), *La docencia del derecho con perspectiva de género*, Ed Dykinson, Madrid, 2018, pp.191 y ss.
- PASTOR MARTÍNEZ, A., “Las medidas laborales del Real Decreto–Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación: un paso hacia la efectividad de la igualdad de trato y de oportunidades desde la corresponsabilidad”, *IUSLabor* 1/2019, pp.187 y ss.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “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 (ACDCT)*, VOL. XIV (2022), pp.249 y ss.

- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E., “La «soberanía sobre el tiempo». Unilateralidad e imposición en la distribución del tiempo de trabajo frente a conciliación corresponsable”, *Cuadernos de relaciones laborales* Vol.40, N°1, 2022, pp.37 y ss.
- ROJO TORRECILLA, E., “La dimensión constitucional de la reducción y la adaptación de la jornada de trabajo: STC núm. 119/2021 de 31 de mayo” [disponible en <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2021/07/sobre-la-importancia-de-la-dimension.html?m=1>].
- FRANCO, T., “Novedades en materia laboral del Real Decreto-Ley 5/2023, de 18 de junio”, *Briefs AEDTSS*, número 50, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2023 [<https://www.aedtss.com/novedades-en-materia-laboral-del-real-decreto-ley-5-2023-de-18-de-junio/>].
- TASCÓN LÓPEZ, R., “La tutela judicial de la conciliación de la vida personal, familiar y laboral”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, nº332, 2010, pp.5 y ss.
- VIQUEIRA PÉREZ, C., “Límites a la adaptación de jornada para la conciliación de la vida familiar (art. 34.8 ET)”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, Número 4/2021 [disponible en https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2021-00000001268].

EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL PERMISO PARENTAL A LA LUZ DEL REAL DECRETO LEY 5/2023: ANTECEDENTES, NOVEDADES Y CUESTIONES PENDIENTES

THE LEGAL RULES ON PARENTAL LEAVE IN THE LIGHT OF ROYAL DECREE LAW 5/2023: BACKGROUND, NEW DEVELOPMENTS AND OUTSTANDING POINTS

SUSANA RODRÍGUEZ ESCANCIANO

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de León

Fecha de recepción: 22/10/2023

Fecha de aceptación: 21/11/2023

SUMARIO: 1. LAS NUEVAS REALIDADES FAMILIARES. IMPLICACIONES LABORALES. 2. DE LA CONCILIACIÓN A LA CORRESPONSABILIDAD. 3. APUNTES DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL. 4. LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO DERIVADO: EPISODIOS PREVIOS A LA DIRECTIVA 2019/1158. 5. APROXIMACIÓN A LA DIRECTIVA 2019/1158. 6. AVANCES DESDE EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL. 7. EL DECRETO LEY 5/2023. PANORÁMICA GENERAL. 8. EL PERMISO PARENTAL. 8.1. Previsiones de Derecho Comunitario. 8.2. Los precedentes del Real Decreto Ley 5/2023. Una mirada retrospectiva al Real Decreto Ley 6/2019. 8.2.1. El cuidado de lactante. 8.2.2. El permiso por paternidad. 8.3. El art. 48 bis del Estatuto de los Trabajadores. 9. CONCLUSIONES. 10. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: Dentro del elenco de derechos de corresponsabilidad familiar reconocidos a las personas trabajadoras, hombres y mujeres, adquiere un protagonismo capital el denominado permiso parental, concebido como una prerrogativa individual e intransferible

de duración no superior a ocho semanas, cuyo objeto es el cuidado de hijo, hija o menor acogido hasta el cumplimiento de los ocho años de edad. La transposición parcial de la Directiva 2019/1158 y la falta de claridad de algunos de los términos utilizados por el nuevo artículo 48 bis del Estatuto de los Trabajadores vienen a plantear una serie de dudas interpretativas y lagunas de necesaria integración.

ABSTRACT: Within the list of family co-responsibility rights recognised for workers person, both men and women, what is known as parental leave, designed as an individual and non-transferable prerogative of no more than eight weeks, whose purpose is to care for a son, daughter or minor child until the age of eight, acquires a key place. The incomplete transposition of Directive 2019/1158 and the unclear terms used in the new article 48 bis of the Workers' Statute give rise to a certain number of interpretative doubts and gaps that need to be filled in.

PALABRAS CLAVE: Conciliación de la vida laboral y familiar, corresponsabilidad, permiso parental, cuidado de hijo o hija.

KEYWORDS: Work-life balance, co-responsibility, parental leave, caring for a child.

1. LAS NUEVAS REALIDADES FAMILIARES. IMPLICACIONES LABORALES

Como con acierto se ha dicho, la maternidad, la paternidad y el cuidado de la familia constituyen elementos de gran importancia en el desarrollo de la personalidad y en la evolución del conjunto de la sociedad. Idéntico papel cabe atribuir al mantenimiento y progreso en el empleo en tanto en cuanto condicionan la inserción social, el crédito moral y las posibilidades económicas de llevar una vida autónoma¹. No obstante, la ecuación equilibrada del plano familiar y laboral encuentra múltiples obstáculos en su camino, muy especialmente, para el sexo femenino, en una evolución sobre la que han tenido particular incidencia sucesivos instrumentos jurídicos cargados de luces y sombras², singularmente oscuras estas últimas en momentos de recesión económica, donde las dificultades de supervivencia empresarial imponen sacrificios a las demandas de atención por parte de las personas trabajadoras de unas realidades familiares mutantes³.

Las transformaciones demográficas registradas en las últimas décadas, acompañadas de un importante descenso de la natalidad y un marcado envejecimiento de la población ante un destacado aumento de la esperanza de vida, han novado la dimensión de los hogares. La llegada de un número cuantitativamente ascendente de personas a edades no sólo avanzadas sino muy longevas (“envejecimiento del envejecimiento” o “sobre-envejecimiento”)⁴, excepcionalmente altas en porcentajes significativos, provoca el surgimiento de nuevas necesidades de cuidado (o atención), pues no cabe duda que las variables “edad y dependencia” están estrechamente relacionadas, ya que el volumen de sujetos con limitaciones de su capacidad funcional aumenta significativamente en los grupos de edad superiores, sobre todo a partir de los ochenta años (“cuarta edad”). O dicho de forma más explícita, a medida que las personas cumplen años cada vez es más probable que comiencen a tener limitaciones, en mayor o menor grado, para gestionar su propia vida cotidiana en los aspectos más básicos y habituales. Se sabe, además, que

.....

1 CASAS BAAMONDE, M.E.: “¿Derechos fundamentales específicos de las mujeres?”, *Revista Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 1, 2017, p. 7.

2 RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *La protección jurídico laboral de la mujer: luces y sombras*, Barcelona, Cedecs, 2002, p. 78.

3 CABEZA PEREIRO, J.: “Notas sobre la Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras”, *Documentación Laboral*, núm. 61, 2000, p. 31.

4 ANAUT-BRAVO, S.: *Servicios sociales: definición en el marco del Estado de Bienestar*, en AA.VV (ANAUT-BRAVO, S., Coord.): *El sistema de servicios sociales en España*, Pamplona, Aranzadi, 2019, p. 54.

la edad avanzada está asociada, con un paralelismo exacto, a una mayor probabilidad de desarrollar enfermedades crónicas: hipertensión, afectaciones coronarias, diabetes, tumores, artritis, reumatismo, artrosis, colesterol, cataratas, demencia, párkinson, depresión o ansiedad, entre otras⁵. El apoyo familiar intergeneracional deviene, pues, imprescindible y su repercusión peyorativa en la vida activa (sobre todo de las mujeres) no deja ninguna duda⁶.

Al tiempo, junto al envejecimiento de la población tampoco cabe ocultar el surgimiento de nuevos entramados familiares que se apartan del modelo clásico: coexisten convivientes *more uxorio*, uniones homosexuales o transexuales –con o sin vínculo matrimonial– o personas separadas o divorciadas que rehacen su vida en pareja con la aportación de los hijos fruto de matrimonios anteriores. A la par, crece significativamente el número de familias monoparentales compuestas por un solo progenitor –varón o, normalmente, mujer– y sus descendientes. La maternidad subrogada, la fecundación artificial de féminas en solitario o la adopción de menores por un solo individuo dejan atrás el antiguo estigma de madre soltera, sin olvidar que es la figura de la custodia compartida la que sirve de germen para uno de los casos más novedosos de hogar, cual es el del padre y la madre separados o divorciados que de forma intermitente conviven con el menor en períodos semanales, quincenales, mensuales o, incluso, en el caso de adolescentes, semestrales⁷. El fenómeno migratorio, producido por la salida de numerosas personas de los países en vías de desarrollo y con graves carencias en términos políticos, económicos y sociales, que han llegado a destino sin medios para subsistir, realizando en precario numerosos trabajos y tareas, ha planteado también renovadas necesidades de protección de las transformadas formas de convivencia que ha traído consigo, claramente feminizadas, pues, junto a las mujeres que emigran para unirse con su pareja, cada vez son más numerosas las que se desplazan de forma independiente⁸. En fin –y por no seguir en una lista que se adivina interminable–, la convivencia en el hogar de personas sin lazo de parentesco ni de afectividad con el solo objetivo de compartir gastos de subsistencia como consecuencia de la subida exponencial de los precios de los alquileres o la estrecha cohabitación de personas y mascotas hacen surgir nuevas necesidades de cuidado humano y no humano.



5 RUBIO RUBIO, L. y DUMITRACHE, C.G.: “Salud y tercera edad”, en AA.VV (MONEREO PÉREZ, J.L.; MALDONADO MOLINA, J.A. y RUBIO HERRERA, R., Dirs.): *Prevención y protección de la dependencia: un enfoque transdisciplinar*, Granada, Comares, 2014, p. 103.

6 GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “La protección social de las situaciones de dependencia”, en AA.VV (GONZÁLEZ ORTEGA, S. y QUINTERO LIMA, G., Coords.): *Protección social de las personas dependientes*, Madrid, La Ley, 2004, p. 28.

7 GOÑI SEIN, J.L.: “La familia monoparental: ausencia de atención política y legislativa y su impacto sobre la situación sociolaboral de la mujer”, *Temas Laborales*, núm. 82, 2005, pp. 11 y ss.

8 CES: *Segundo Informe sobre la situación de las mujeres en la realidad sociolaboral española*, núm. 3, 2000, p. 30.

En este contexto, la pérdida de protagonismo de la familia tradicional basada en un rígido reparto de papeles entre el varón, único soporte económico, y la mujer, destinada al cuidado del hogar, los hijos y las personas dependientes, ha derivado en el planteamiento de avanzadas demandas de conciliación de la vida familiar y laboral, destinadas tanto a trabajadores como a trabajadoras, intentando conseguir que unos y otras compartan por igual los cuidados, adoptando como premisa una corresponsabilidad capaz de terminar con trasnochados estereotipos que atribuyen una mejor cualificación en tales menesteres al sexo femenino. Todo ello sin olvidar que la protección de la asalariada como madre biológica real o potencial y como víctima de violencia de género, necesita, pese a estas incuestionables nuevas perspectivas neutras, un impulso de las políticas de igualdad en clave de acción positiva, mediante la visión integral de género⁹.

2. DE LA CONCILIACIÓN A LA CORRESPONSABILIDAD

La coexistencia de obligaciones profesionales y personales en la vida de quienes trabajan no siempre tiene natural acomodo, lo que ha generado frecuentemente un ámbito de conflicto capaz de reclamar la intervención de los poderes públicos. La respuesta, tanto de la Unión Europea como de los Estados miembros, ha venido siendo la articulación de medidas de conciliación de la vida laboral y privada de las personas trabajadoras. El objetivo de tales instrumentos consistió, fundamentalmente, en prever soluciones para que aquellas puedan atender tanto su trabajo como su vida personal¹⁰. Su vertebración legal tradicional se ha concentrado en la búsqueda de espacios temporales, generalmente arrancados al trabajo, con la finalidad de que el afectado pueda, de un lado, atender sus necesidades biológicas o sociales y, de otro, cumplir con sus obligaciones profesionales, contemplando, explícita o implícitamente, la situación de las mujeres trabajadoras y su habitual sometimiento a doble jornada: trabajo y familia. Como fácilmente puede intuirse, inicialmente la mayor parte de estas intervenciones presentaba un carácter femenino, lo que enfatizaba su rol de cuidadoras familiares¹¹.

9 CASAS BAAMONDE, M.E.: *“Igualdad, conciliación de la vida personal, familiar y laboral y Seguridad Social”*, en AA.VV (MONEREO PÉREZ, J.L; MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M.N., Dirs.): *Homenaje al Profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación. La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras*, Granada, Comares, 2008, p. 999.

10 GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “Un análisis normativo de la evolución de las políticas de conciliación en la Unión Europea. De la maternidad a la corresponsabilidad”, *Femeris*, Vol. 7, núm. 2, 2022, p 14.

11 BALLESTER PASTOR, M.A.: *Retos y perspectivas de la discriminación laboral por razón de sexo*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2016, p. 100.

Ante tal panorama, comenzó a asumirse que, para conseguir un buen encaje entre las obligaciones laborales y familiares, no bastaba con facilitar a las mujeres la concesión de tiempos de ausencia en el trabajo para destinarlos al cuidado de los hijos o personas dependientes, pues ello ha provocado la desvinculación de su entorno laboral y un denostado efecto *boomerang* al considerar muchos empresarios que se trataba de una mano de obra más cara. Se requiere ahora más bien el diseño de medidas, no sólo neutras, sino personales e intransferibles, capaces de permitir la asunción de responsabilidades familiares tanto por hombres como por mujeres, así como la adopción de normas políticas tendentes a equiparar tales quehaceres entre los dos sexos, para que las disposiciones adoptadas puedan ser solicitadas en igual medida por ambos¹².

Tal evolución ha sido expresamente recogida en los textos legales europeos y nacionales modernos, lo cuales, partiendo de la Convención de las Naciones Unidas, sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, han pasado a diseñar los llamados derechos de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras desde la óptica del reparto igualitario de responsabilidades familiares y contribuir a evitar la discriminación por sexo y género de las mujeres en el trabajo remunerado. Los derechos legales de conciliación han venido evolucionando para encontrar su razón de ser en el reparto de los tiempos de trabajo y vida (personal y familiar) de las personas trabajadoras y en la lógica de la corresponsabilidad de las tareas familiares y domésticas entre los sexos para terminar con el papel tradicional de la mujer y del hombre en la sociedad y en la familia. Se trata de que varones y féminas compartan su tiempo de trabajo con su tiempo de cuidados familiares y de necesidades vitales, rompiendo la tradicional separación del “mundo remunerado masculino” frente al “mundo no productivo femenino”, en el que la organización social patriarcal había situado las tareas reproductivas y de cuidados familiares y domésticos¹³. De esta premisa ha derivado la consecuencia de que era preciso adoptar medidas para impedir que la maternidad y el tiempo de vida familiar penaliza a las mujeres trabajadoras¹⁴ y evitar la consolidación de la división sexista de las responsabilidades familiares¹⁵. De ahí que se vayan implantando derechos de titularidad indistinta y compartida por mujeres y hombres, a excepción de aquellos relacionados con el embarazo y la maternidad biológica¹⁶.

.....

12 CABEZA PEREIRO, J.: “Las políticas de conciliación al servicio de la igualdad entre hombres y mujeres”, en AA.VV (CABEZA PEREIRO, J. y FERNÁNDEZ DO CAMPO, B., Dirs.): *Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad entre sexos*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2011, p. 85.

13 GONZÁLEZ DE PATTO, R.M.: “Cuestiones básicas sobre las políticas de empleo y contratación de la mujer”, en AA.VV (R. MOYA AMADOR, Dir.): *Estudios sobre los diversos aspectos jurídicos del trabajo de la mujer*, Pamplona, Aranzadi, 2016, p. 82.

14 LÓPEZ BALAGUER, M.: “Principio de igualdad en el acceso al empleo y en materia retributiva”, en AA.VV (M.A. BALLESTER PASTOR, Coord.): *La transposición del principio antidiscriminatorio contrario al ordenamiento jurídico laboral español*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2010, p. 89.

15 CASAS BAAMONDE, M.E.: “Soberanía sobre el tiempo de trabajo e igualdad de trato y de oportunidades de mujeres y hombres”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 3, 2019, p. 236.

16 LANTARÓN BARQUÍN, D.: *Transparencia salarial y otras reflexiones a propósito de la discriminación*

Como no podía ser de otra manera, desde la perspectiva iuslaboralista, se han afianzado progresivamente las instituciones, vinculadas al permiso parental, fundamentalmente relacionadas con la maternidad y la paternidad, las reducciones de jornadas, excedencias, suspensiones por riesgo durante el embarazo o lactancia y las denominadas licencias por fuerza mayor familiar. El avance legislativo ha sido notorio, superando la finalidad protectora de las normas dirigidas a la maternidad y al cuidado del menor cuyo destinatario era la mujer trabajadora en exclusiva, para transitar, por influjo comunitario principalmente, hacia el reconocimiento de derechos de co-responsabilidad familiar a las personas trabajadoras, hombres y mujeres, de forma indeterminada e individualizada¹⁷.

3. APUNTES DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL

El art. 2 del Convenio 156 de la OIT sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, de 23 de junio de 1981 (ratificado el 11 de septiembre de 1985), refiere que “con miras a crear la igualdad efectiva de oportunidades, cada Estado miembro deberá incluir entre los objetivos de su política nacional el de permitir que las personas con responsabilidades familiares que desempeñen o deseen desempeñar un empleo ejerzan su derecho a hacerlo sin ser objeto de discriminación y, en la medida de lo posible, sin conflicto entre sus responsabilidades familiares y profesionales”.

Además de este Convenio y la correlativa Recomendación núm. 123, tanto la Declaración Universal de Derechos Humanos, como el Pacto de Naciones Unidas sobre derechos civiles y políticos, proclaman, específicamente, el derecho a cuidados y asistencia especiales para la maternidad y la infancia, así como el derecho a igual protección social de todos los niños, nacidos en el matrimonio o fuera del mismo (arts. 25 y 24), ideas que desarrolla con contenido laboral el art. 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Asimismo, varios preceptos de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea se dedican a esta materia; en concreto, los arts. 7, 9 y 33, destacando dentro de este último, la garantía de “la protección de la familia en los planos jurídico, económico y social” (apartado 1º) y “el derecho de toda persona a ser protegida

.....
por razón de género, en AA.VV (MONSALVE CUÉLLAR, M.E., Coord.): *Género y no discriminación*, Madrid, Aldeabarán, 2019, p. 118.

17 BALLESTER PASTOR, M.A.: “Del trabajo al trabajo de calidad: los nuevos retos de las políticas de empleo femeninos”, en AA.VV (MOYA AMADOR, Dir.): *Estudios sobre diversos aspectos jurídicos del trabajo de la mujer*, Pamplona, Aranzadi, 2016, p. 52.

frente a cualquier despido por causa relacionada con la maternidad, así como el derecho a un permiso pagado por maternidad y a un permiso parental con motivo del nacimiento o de la adopción de un niño” (apartado 2º). Además, los arts. 21 y 23 prohíben toda discriminación por razón de sexo y requieren que la igualdad entre hombres y mujeres esté garantizada en todos los ámbitos, incluida la conciliación entre la vida profesional y familiar.

Por su parte, la protección de la vida familiar y laboral se encuentra expresamente recogida en los arts. 16 de la Carta Social Europea y 27 de la versión revisada. El primero determina el compromiso de las Partes Contratantes, “con miras a lograr las condiciones de vida indispensables para un pleno desarrollo de la familia, célula fundamental de la sociedad... a fomentar la protección económica, jurídica y social de la familia, especialmente mediante prestaciones sociales y familiares, disposiciones fiscales, apoyo a la construcción de viviendas adaptadas a las necesidades de las familias, ayuda a los recién casados o por medio de cualesquiera otras medidas adecuadas”. Por su parte, el art. 27 de la versión revisada, bajo el título “derechos de los trabajadores con responsabilidades familiares a la igualdad de oportunidades y de trato”, establece la obligación de los Estados a adoptar medidas apropiadas: “a) para permitir a los trabajadores con responsabilidades familiares acceder y permanecer en la vida activa, o regresar a la misma tras una ausencia debida a dichas responsabilidades, incluidas medidas en el ámbito de la orientación y la formación profesionales; b) para tener en cuenta sus necesidades en lo que respecta a las condiciones de trabajo y Seguridad Social; y c) para desarrollar o promover servicios, públicos o privados, en particular servicios diurnos y otros medios para el cuidado de los niños”. También para prever la posibilidad de que cualquiera de los progenitores obtenga, durante un período posterior al permiso de maternidad, un asueto parental para el cuidado de un hijo, cuya duración y condiciones serán fijadas por la legislación nacional, los convenios colectivos y la práctica; así como para garantizar que las responsabilidades familiares no puedan constituir, por sí mismas, una razón válida para el despido.

En suma, la revisión de la Carta Social Europea en 1966 efectúa una definición más completa del derecho a conciliar las responsabilidades familiares con el trabajo, refrenda y mejora el derecho de las trabajadoras en caso de maternidad, garantiza un descanso de una duración total de catorce semanas, considera como ilegal el despido producido a causa de embarazo o maternidad, además de asegurar el tiempo libre suficiente para que las madres puedan criar a sus hijos¹⁸.

.....

18 DE JESÚS SILVANO, S.: “Breve síntesis del alcance del nuevo derecho de los trabajadores a la adaptación de jornada para compatibilizar la vida laboral y familiar”, *Diario La Ley*, núm. 9581, 2020, p. 3.

4. LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO DERIVADO: EPISODIOS PREVIOS A LA DIRECTIVA 2019/1158

Varias Directivas confluyen en materia de conciliación de la vida laboral y familiar, pudiendo mencionar como más significativas¹⁹: la Directiva 92/85, 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; la derogada Directiva 96/34, de 3 de junio, relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental, a la que sustituyó la Directiva 2010/18, de 8 de marzo, por la que se aplica el Acuerdo marco revisado, a su vez sustituida por la nueva Directiva 2019/1158, de 20 de junio, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y cuidadores; la Directiva 96/97, de 20 de diciembre, por la que se modifica la Directiva 86/378, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de Seguridad Social; la Directiva 2006/54, de 5 de julio, relativa a la igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, que protege la maternidad y el embarazo desde un punto de vista general antidiscriminatorio que aboga por la expresa asimilación de la discriminación por embarazo y maternidad a la discriminación por razón de sexo; la Directiva 2010/41, de 7 de julio, sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma, por la que se deroga la Directiva 86/613²⁰; así como la Directiva 79/7, de 19 de noviembre de 1978, por la que quedó tutelada la prohibición de la discriminación sexista en materia de Seguridad Social, configurando una serie de excepciones que son las únicas que pueden justificar diferencias de trato entre hombres y mujeres.

La sucesión de estos textos da muestras de un progresivo cambio de modelo en el planteamiento de la conciliación, superando su visión de exclusivo rostro femenino, idea que también se advierte como claramente desterrada en dos documentos de la Unión Europea, entre los que cabe mencionar, por un lado, el principio 9 del Pilar Europeo de Derechos Sociales proclamado por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión el 17 de noviembre de 2017, que refuerza el objetivo de la corresponsabilidad y sugiere el derecho a la adaptación de la jornada con el siguiente tenor: “los padres y las personas con responsabilidades asistenciales tienen derecho a los permisos adecuados, a unas condiciones de tra-

19 GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “Un análisis normativo de la evolución de las políticas de conciliación en la Unión Europea. De la maternidad a la corresponsabilidad”, *Femeris*, vol, 7, 2022, p. 30.

20 NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P. y MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA, R.: “La maternidad y paternidad en el Derecho de la Unión Europea”, *Actualidad Laboral*, núm. 14, 2011, pp. 1652 y ss.

bajo flexibles y a servicios de asistencia. Las mujeres y los hombres deben tener igualdad de acceso a permisos especiales para cumplir con sus responsabilidades asistenciales y de animárseles a utilizarlos de forma equilibrada²¹. Por otro, la Estrategia para la Igualdad de Género 2020–2025, en la que, después de hacer un diagnóstico de la situación laboral de las mujeres, se aboga por acabar con la violencia y los estereotipos de género, garantizar la igualdad de participación y de oportunidades en el mercado laboral y alcanzar el equilibrio de género en la toma de decisiones y la política.

5. APROXIMACIÓN A LA DIRECTIVA 2019/1158

Contando con tales antecedentes, la Directiva 2019/1158, de 20 de junio, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y cuidadores, no sólo aboga por el mencionado reparto equilibrado de las responsabilidades familiares y laborales, adoptando una perspectiva individualizada para lograr una distribución ecuánime de la titularidad de los derechos²², sino que establece la obligación de que los Estados miembros configuren mecanismos para que no sufran perjuicio alguno ni trato discriminatorio las personas que ejerzan sus derechos de conciliación. Esta formulación, calificada como auténtica “revolución de los derechos de conciliación”²³, es consecuente con la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea²⁴, en la 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. Además, la mencionada Directiva formula un reconocimiento más amplio de las necesidades de conciliación, que no se circunscriben ya únicamente a las tareas de crianza y educación de los hijos e hijas, sino que incluyen el cuidado de mayores, enfermos y dependientes, teniendo en cuenta los cambios demográficos asociados al envejecimiento de la población, persiguiendo además una asunción igualitaria, por hombres y por mujeres, de las responsabilidades familiares, facilitando a ambos sexos, en igualdad de oportunidades,

21 BALLESTER PASTOR, M.A.: “De los permisos parentales a la conciliación: expectativas creadas por la Directiva 2019/1158 y su transposición al ordenamiento español”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 11, 2019, p. 1111.

22 NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P.: “Avances en corresponsabilidad y flexibilidad en cuidado del lactante y adaptación de jornada por motivos familiares”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 55, 2020, p. 110.

23 MANEIRO VÁZQUEZ, Y.: *Cuidadores, igualdad y no discriminación y corresponsabilidad: la (r)evolución de los derechos de conciliación de la mano de la Directiva (UE) 2019/1158*, Albacete, Bomarzo, 2023, p. 23.

24 STJUE de 8 de mayo de 2019, C-486/18, asunto Praxair.

conciliar la vida personal, familiar y laboral. En definitiva, busca favorecer y garantizar la permanencia en el mercado laboral de todas las personas con obligaciones de cuidado²⁵.

Bajo tales premisas, la nueva Directiva 2019/1158, que deroga la Directiva 2010/18, marca un camino de avance en una materia en la que existen todavía divergencias muy significativas entre los Estados miembros, con muy diferentes “velocidades” en su regulación²⁶, estableciendo un mínimo común denominador de medidas y estándares²⁷:

1. Inexistente hasta la fecha en el Derecho Europeo, la Directiva 2019/1158 define el permiso por paternidad como “la ausencia del trabajo a la que pueden acogerse los padres o, cuando y en la medida en que esté reconocido por la legislación nacional, un segundo progenitor equivalente con ocasión del nacimiento de un hijo a fin de facilitarle cuidados”. La palabra padres y segundo progenitor no tiene, por tanto, el mismo sentido. La primera se refiere exclusivamente al sexo masculino y la segunda a ambos sexos. La referencia al segundo progenitor equivalente cubre las diversas fórmulas familiares entre personas del mismo sexo.

Este permiso por paternidad, cuya duración mínima deberá alcanzar al menos 10 días, está dirigido, pues, al progenitor que no es la madre biológica. Permite, por tanto –y dicho en sentido contrario–, el acceso de féminas únicamente en el caso de unidades familiares no heterosexuales. Se concede, además, con independencia del estado civil o familiar, lo cual es un considerable avance en sociedades más tradicionales que la española. Queda a la decisión de los Estados determinar si el asueto puede disfrutarse antes del nacimiento, después o con fórmulas flexibles y si se extiende o no a los supuestos de adopción. Sin embargo, los ordenamientos internos no podrán condicionar este beneficio a requisitos de períodos de trabajo anteriores o antigüedad de la persona trabajadora.

Además, de acuerdo con el art. 8 de la Directiva 2019/1158, las legislaciones nacionales (o la autonomía colectiva) garantizarán la percepción de una remuneración (a cargo del empleador, se entiende) o una prestación (a cargo de la Seguridad Social), que como mínimo será equivalente a la que correspondería por una interrupción del trabajo por motivos de salud. Esta compensación puede condicionarse a un período de trabajo previo, que no puede ser superior a seis meses. Como fácilmente puede comprobarse, la inspiración es claramente el permiso de maternidad de la Directiva 92/85.

25 MANEIRO VÁZQUEZ, Y.: “Cuidados para quienes cuidan: la adaptación del art. 139 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social a la Directiva (UE) 2019/1158, de 20 de junio de 2019”, *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo*, núm. 3, 2022, p. 64.

26 LÓPEZ ÁLVAREZ, M.J.: “La adaptación de la Directiva de conciliación de la vida familiar y profesional al ordenamiento jurídico español”, *Fermeris*, Vol. 7, núm. 2, 2022, p. 70.

27 JURADO GUERRERO, T.: “Presentación”, *Revista IgualdadES*, núm. 7, 2022, p. 577.

Procede abrir un paréntesis para recordar que esta Directiva 92/85 regula una serie de permisos de las mujeres trabajadoras, además de los que pudieran existir por aplicación de la normativa de prevención de riesgos por imposibilidad de adecuación o cambio de puesto (la suspensión/prestación por riesgo durante el embarazo y la suspensión/prestación por riesgo durante la lactancia natural): los chequeos prenatales sin pérdida de retribución en caso de que tengan lugar durante el horario de trabajo (art. 9) y los de maternidad como mínimo de 14 semanas (que se pueden establecer por los Estados miembros antes y después del parto), cuya retribución debe ser al menos la prevista para los supuestos de enfermedad; a ello hay que añadir lo establecido en el Convenio 183 de la OIT del año 2000, cuyo art. 4.4 establece la obligatoriedad de reconocer seis semanas obligatorias de disfrute posparto, sin olvidar lo dispuesto en la Recomendación 191 de la OIT del año 2000, que recoge la conveniencia de asegurar la totalidad de las rentas anteriores y aconseja *ad futurum* una posible duración mínima de la prestación de maternidad de 18 semanas²⁸.

Ahora bien, el permiso de paternidad de la Directiva de 2019 y el de maternidad de la Directiva de 1992 se parecen solo en la compensación económica mínima que tienen garantizada, pero en todos los demás aspectos su configuración es muy diferente: en la Directiva 92/85, el permiso para la madre tiene una duración mínima de catorce semanas y se establece un sistema de garantía frente al despido sin causa de notable amplitud (art. 10)²⁹. Sin embargo, el permiso por paternidad de la Directiva 2019/1158 es solo de diez días laborables (o de dos semanas conforme a la equivalencia que establece el considerando 19) con lo que difícilmente se garantiza el pretendido reparto de responsabilidades, que requiere períodos de atribución más largos, y conlleva una protección menor en caso de despido³⁰. En España, tras la promulgación del Real Decreto Ley 6/2019, el permiso por nacimiento y cuidado de hijo (paternidad y maternidad) asciende a 16 semanas.

.....
28 NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P.: “La maternidad y paternidad en el Derecho de la Unión Europea”, *Actualidad Laboral*, núm. 14, 2011, pp. 1 y ss.

29 Procede abrir un paréntesis para realizar una mención especial a la STJUE C-103/2016, de 22 de febrero de 2018, asunto *Porrás Guisado*, en el contexto de la prohibición de despido de una trabajadora embarazada desde el comienzo de su embarazo y hasta el final del permiso de maternidad (art. 10, puntos 1 a 3 de la Directiva 92/85). El Tribunal considera que se opone a esta estipulación de la norma europea “una normativa nacional que no prohíbe, en principio, con carácter preventivo el despido de una trabajadora embarazada que haya dado a luz o en período de lactancia y que establece únicamente, en concepto de reparación, la nulidad de ese despido cuando sea ilegal”. De este modo recuerda que los Estados miembros, si bien no han de establecer una prioridad de permanencia para estas trabajadoras, sí gozan de la facultad de garantizar una mayor protección en el proceso de un despido colectivo de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia. Ahora bien, considera ajustado a la Directiva la inclusión de una trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, en un proceso de despido colectivo, con la única limitación de que se indiquen en la carta de despido los criterios objetivos que se han seguido en la selección de los afectados, siendo suficientes los motivos generales que establece la ley española: criterios económicos, técnicos, organizativos o de producción en la empresa.

30 BALLESTER PASTOR, M.A.: “De los permisos parentales a la conciliación: expectativas creadas por la Directiva 2019/1158 y su transposición al ordenamiento español”, cit., p. 120.

2. El art. 6 de la Directiva 2019/1158 regula un permiso de cinco días laborales, introduciendo dos conceptos básicos: por un lado, el de “cuidador”, que comprende a aquel sujeto que “dispensa cuidados o presta ayuda en caso de enfermedad grave o dependencia a un familiar o a una persona que viva en el mismo hogar que el trabajador y que necesite asistencia o cuidados importantes por un motivo médico grave, conforme a lo definido por cada Estado miembro”; por otro, el de “familiar”, que incluye al “hijo, hija, padre, madre o cónyuge del trabajador o pareja de hecho de este cuando las uniones de hecho están contempladas en el derecho nacional”³¹. Nada dice el art. 8 de la Directiva sobre la remuneración durante el disfrute de este lapso, al contrario de lo que se reconocía en la propuesta inicial de la Comisión, dejando libertad a los Estados miembros en tal sentido al calor del texto definitivo.
3. El art. 7 de la Directiva 2019/1158 regula el permiso por fuerza mayor familiar, concebido como el derecho de las personas trabajadoras a ausentarse del trabajo por motivos familiares urgentes en caso de enfermedad o accidente, que hagan indispensable la inmediata presencia de la persona trabajadora. Los Estados miembros podrán limitar el derecho a ausentarse del trabajo por fuerza mayor a un tiempo determinado por año o por caso o por año y por caso. Su objetivo último es la atención de circunstancias sobrevenidas tan frecuentes en edades tempranas de los descendientes o en edades avanzadas de los ascendientes³².
4. La Directiva 2019/1158 regula fórmulas más incisivas que la Directiva 2010/18, que dedicaba particular atención a la reincorporación al trabajo tras el permiso parental, señalado en la cláusula 6.1 que “para promover una mejor conciliación, los Estados miembros o los interlocutores sociales tomarán las medidas necesarias para velar por que los trabajadores al reincorporarse del permiso parental, puedan pedir cambios en sus horarios o regímenes de trabajo durante un período determinado. Los empresarios tomarán en consideración tales peticiones y las atenderán teniendo en cuenta tanto sus propias necesidades como las de los trabajadores”.
5. La Directiva 2019/1158 establece, con carácter mucho más profundo, el derecho de los progenitores y cuidadores que trabajen a solicitar formas de trabajo flexible (a distancia, calendarios laborales con épocas más o menos intensas, reducción de horas de trabajo) para el cuidado de un menor de ocho años con una extensión que puede estar sometida a límites razonables. Se deja libertad en la transposición para establecer períodos mínimos de antigüedad no superiores a seis meses como requisito previo de

31 LOUSADA AROCHENA, J.F.: *La construcción de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral como derechos fundamentales*, *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 9, 2019, pp. 783 y ss.

32 RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “La Directiva 2019/1158, de 20 de julio, relativa a la conciliación de la vida familiar y profesional de los progenitores y cuidadores. Su transposición al ordenamiento jurídico español”, *Anuario Coruñés de Derecho Comparado del Trabajo*, Vol. XIV, 2022, p. 249 y ss.

acceso. Asimismo, se enuncia el derecho de las personas trabajadoras a volver a sus modelos originarios una vez cambien las circunstancias. La denegación y el aplazamiento empresarial deberán estar justificados teniendo en cuenta tanto las propias necesidades de la empresa como las de las personas trabajadoras.

La Directiva de 2019 va a exigir ponderar las circunstancias obrantes *in casu* aplicando un juicio doble, relativo a la necesidad, idoneidad y razonabilidad, tanto de la petición como de la denegación con el fin de alcanzar un justo equilibrio entre las argumentaciones de la empresa y de la persona trabajadora³³. En suma, la exigencia de razonabilidad en las posiciones en conflicto y el hecho de que este último sólo pueda articular la negativa a la adaptación en virtud de motivos objetivos, tiene consecuencias positivas sobre la disponibilidad del tiempo destinado a los quehaceres familiares sin mermar la implicación de la persona trabajadora en sus cometidos profesionales³⁴.

6. También se mencionan unas cláusulas de cierre, concebidas como fórmulas de garantía de la indemnidad³⁵. La Directiva 2019/1158 recoge el principio de no afectación o no perjuicio derivado del ejercicio de los derechos de conciliación (art. 10), a través de tres previsiones fundamentales: 1) se respetarán “los derechos adquiridos, o en proceso de ser adquiridos, por los trabajadores a la fecha en que se inicie alguno de los permisos (parentales)..., incluidos eventuales cambios derivados de la legislación, los convenios colectivos o los usos nacionales”; 2) “los Estados miembros garantizarán que, al finalizar los permisos (parentales)..., los trabajadores tengan derecho a reincorporarse a su trabajo o a un puesto equivalente en unas condiciones que no les resulten menos favorables, así como a beneficiarse de cualquier mejora de las condiciones laborales a las que hubieran tenido derecho si no hubieran disfrutado el permiso”; 3) “los Estados miembros definirán el régimen del contrato de trabajo o de la relación laboral durante los períodos de permiso (parental)..., también por lo que respecta a la Seguridad Social, incluidas las cotizaciones al sistema de pensiones, y se asegurarán de que la relación laboral se mantenga durante esos períodos”³⁶.

Por otra parte, el art. 12 de la Directiva 2019/1158 establece la prohibición del despido por haber disfrutado o solicitado alguno de los derechos reconocidos en la citada norma europea. En el hipotético supuesto de que alguna persona protegida por la Directiva fuera despedida, las causas habrán de ser justificadas por escrito, operando en

33 MOLINA NAVARRETE, C.: “Autodeterminación (soberanía) sobre el tiempo y adaptación de la jornada a la carta por razones conciliatorias: entre utopías”, *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 441, 2019, p. 15.

34 SSTCo 3/2007 y 26/2011.

35 DORMIDO ABRIL, J.: “La protección contra el despido y otras consecuencias desfavorables: sobre la transposición de la Directiva (UE) 2019/1158 a la legislación española”, *Femeris*, Vol. 7, núm. 2, 2022, pp. 44 y ss.

36 NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P.: *Novedades en relación con la jornada de trabajo y los derechos de conciliación (tras la aprobación del RD 6/2019, de 1 de marzo)*, Madrid, Dykinson, 2019, p. 22.

caso de reclamación judicial el principio de inversión de la carga de la prueba. Se configura, así, al calor de este precepto y del corpus de doctrina emanado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea³⁷, un específico mecanismo probatorio de doble fase, en el que el demandante debe aportar indicios suficientes de la lesión y el demandado causa justificada de su decisión. Tal postulado que no implica una estricta inversión de la carga de la prueba, pues el primero ha de proporcionar elementos de conexión entre la acción y la reacción empresarial, como puede ser la proximidad temporal o la imbricación causa–efecto, poniendo de manifiesto que tal lesión se ha producido y el motivo oculto de aquel acto³⁸. Dicho en otros términos, “los indicios, individualmente considerados o valorados en su conjunto, han de ser suficientes para generar una razonable sospecha, apariencia o presunción de la existencia de un acto de represalia empresarial”, generando “dudas razonables” de la “vulneración de un derecho”³⁹.

Esta modulación de la carga de la prueba implica, a la postre, un mecanismo para facilitar la posición de la parte actora, no en vano cuando se alegue que una decisión empresarial encubre en realidad una conducta lesiva incumbe al empleador la carga de probar que su actuación obedece a motivos razonables, reales y objetivos, extraños a todo propósito atentatorio. No se trata de situar al empleador ante la prueba diabólica de un hecho negativo, como es la inexistencia de móvil lesivo, pero en realidad recae sobre la parte demandada la carga de probar, sin que le baste simplemente intentarlo, que su actuación viene amparada en causas reales, absolutamente extrañas a la pretendida vulneración de derechos, así como que aquellas tuvieron entidad suficiente para moverle a adoptar la decisión enjuiciada, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios aportados por el demandante⁴⁰. No obstante, la parte actora debe poner de manifiesto el *fumus boni iuris* en que se basan sus alegaciones como presupuesto para que se desplace sobre el empresario o el sujeto que discrimina la carga de acreditar las razones que han conducido a adoptar su decisión, ajenas a todo motivo peyorativo⁴¹. Creada esta apariencia de lesión, corresponde al demandado la carga de justificar *ad casum* que su actuación tuvo razones reales absolutamente extrañas a la

37 STJUE C–404/2018, de 20 de junio de 2019, asunto *Hakelbracht y Vandenbon*.

38 STJUE C–167/97, de 9 de febrero de 1999, asunto *Seymour–Smith*. CASTELLANO BURUILLLO, E.: “La transposición del Derecho de la Unión Europea. El caso de la carga de la prueba”, *Temas Laborales*, núm. 116, 2012, pp. 243 y ss.

39 CASAS BAAMONDE, M.E.: *Tutela judicial efectiva y garantía de indemnidad (el derecho a la garantía de indemnidad en la jurisprudencia constitucional)*, en AA.VV (CASAS BAAMONDE, M.E.; DURÁN LÓPEZ, F. y CRUZ VILLALÓN, J., Coords.): *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución Española. Estudios en homenaje al Profesor Miguel Rodríguez–Piñero y Bravo–Ferrer*, Madrid, La Ley, 2006, p. 733.

40 GARCÍA NINET, J.I.: “Art. 9”, en AA.VV (GARCÍA NINET, J.I., Dir.): *Comentarios a la Ley de Igualdad*, Valencia, CISS, 2008, p. 53.

41 FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F.: “Igualdad y prohibición de discriminación en el marco laboral”, en AA.VV (CASAS BAAMONDE, M.E. y GIL ALBURQUERQUE, R., Dirs.): *Derecho Social de la Unión Europea*, 2ª edición, Madrid, Francis Lefebvre, 2019, p. 238.

pretendida vulneración. Deberá, por lo tanto, acreditar, que los hechos motivadores de la medida son legítimos o, aun sin afianzar su licitud, se presentan razonablemente ajenos a todo móvil atentatorio⁴².

7. En fin, la Directiva reconoce un permiso parental de al menos cuatro meses, aunque solo dos deben ser remunerados e intransferibles, sobre el que no procede insistir en este momento, pues será abordado en páginas posteriores.

6. AVANCES DESDE EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

El sistema jurídico español también ha dado algunas muestras de una evolución, todavía inconclusa, tendente a superar la inicial finalidad protectora de las normas dirigidas a la maternidad y al cuidado de los menores y mayores cuyo destinatario era la mujer trabajadora en exclusiva, para transitar hacia el reconocimiento de derechos de corresponsabilidad familiar a las personas trabajadoras, hombres y mujeres, de forma indeterminada e individualizada⁴³.

Algunos han sido los pasos avanzados en esta senda, pudiendo mencionar sin necesidad de remontarnos a antecedentes más lejanos: la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de conciliación de la vida laboral y familiar⁴⁴; la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las familias numerosas; la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Protección Integral contra la violencia de género; la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, reformada por la Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre; la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, de igualdad efectiva entre mujeres y hombres; la Ley 15/2005, de 8 de julio, que ha modificado el art. 68 del Código Civil para establecer que los cónyuges deberán “compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo”; el Real Decreto Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación; el Real Decreto Ley 8/2020, de 17 de marzo, por el que se aprueba el Plan Mecuida, cuyo objetivo se centra en la atención de las necesidades

42 ARAGÓN GÓMEZ, C.: “La tutela judicial del derecho a la igualdad entre mujeres y hombres en el orden social”, en AA.VV. (MERCADER UGUINA, J.R., Dir.): *Comentarios laborales de la Ley de Igualdad entre Mujeres y Hombres*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2007, p. 729.

43 BALLESTER PASTOR, M.E.: “Del trabajo al trabajo de calidad: los nuevos retos de las políticas de empleo femeninos”, en AA.VV.: *Estudios sobre diversos aspectos jurídicos del trabajo de la mujer* (MOYA AMADOR, R., Dir.), Pamplona, Aranzadi, 2016, p. 52.

44 RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *La familia en el ámbito jurídico-laboral. Situación y protección*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, p. 20.

familiares surgidas con motivo de la expansión de la pandemia por la covid-19; la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia; la Ley 19/2021, de 20 de diciembre, por la que se establece el Ingreso Mínimo Vital; o la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación⁴⁵, que pretende conseguir una auténtica igualdad capaz de superar, dentro de la discriminación genérica de la mujer un fenómeno más específico y más grave, el de la mujer con responsabilidades familiares, que es objeto de una doble discriminación por su condición femenina y por su posición familiar, lo cual significa una carga real de actividad, acompañada de una “pobreza de tiempo disponible” y, cómo no, de una precariedad laboral y de una minoración salarial, que derivan de la competencia desigual entre hombres y féminas en el mercado laboral⁴⁶. Ello sin olvidar la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI.

Importante ha sido también la labor del Máximo Intérprete de la Norma Fundamental, pues ha dejado clara “la dimensión constitucional... de todas aquellas medidas tendentes a facilitar la compatibilidad de la vida laboral y familiar de los trabajadores, tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE), como desde el mandato de la protección a la familia y a la infancia (art. 39 CE), perspectiva que ha de prevalecer y servir de orientación para cualquier duda interpretativa”⁴⁷.

Ahora bien, pese a estos avances, la transposición de la Directiva 2019/1158 ha obligado a reformar de forma sustancial el sistema jurídico español para conseguir su acomodo a las prescripciones de la normativa comunitaria. La disolución de las Cámaras el día 29 de mayo de 2023 y la convocatoria de elecciones generales a celebrar el día 23 de julio frustró la aprobación de la proyectada Ley de Familias que recogía tales novedades, siendo necesario utilizar la vía de la legislación de urgencia al objeto de cumplir con el plazo de transposición que ya había sido temporalmente superado, opción esta última que se llevó a cabo mediante el Real Decreto Ley 5/2023, de 28 de junio, por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania; de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad; de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles y conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores; y de ejecución y cumplimiento del Derecho de la Unión Europea.

45 LÓPEZ CUMBRE, L.: “Una Ley integral para la igualdad de trato y una ley orgánica para la igualdad entre mujeres y hombres. ¿Concurrencia o necesidad?”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 64, 2003.

46 FERNÁNDEZ COLLADOS, M.B.: “La doble jornada femenina”, en AA.VV (SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., Dir.): *La presencia femenina en el mundo laboral: metas y realidades*, Pamplona, Aranzadi, 2006, p. 120.

47 SSTCo 3/2007, de 15 de enero y 108/2019, de 30 de septiembre.

7. EL DECRETO LEY 5/2023. PANORÁMICA GENERAL

A modo de Ley ómnibus, el Decreto Ley 5/2023 recoge un amplísimo elenco de medidas afectantes a marcos de lo más diverso, que se extienden, a modo de ejemplo, desde la fiscalidad de los vehículos eléctricos, hasta la aplicación del 0 por 100 de IVA a productos alimenticios básicos, pasando por la prórroga de suspensión de los desahucios o por medidas para la prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo. En concreto –y por lo que aquí interesa–, bajo la justificación de que España se encuentra “en riesgo de multa con arreglo a lo establecido en el artículo 260.3 TFUE”, dado que, en particular, el plazo de transposición de la Directiva 2019/1158 “venció el pasado 1 de agosto de 2022” y que se ha recibido “carta de emplazamiento de la Comisión Europea de 20 de septiembre de 2022, además del dictamen motivado por falta de comunicación de las medidas nacionales de transposición con fecha 19 de abril de 2023”⁴⁸, se introducen una serie de reformas de calado en materia de corresponsabilidad, a saber:

1. No procede soslayar la importancia de la modificación introducida en la letra c) del artículo 4.2 ET, referente a los derechos de las personas trabajadoras en la relación laboral, especificando que el trato desfavorable dispensado a mujeres u hombres por el ejercicio de sus derechos de conciliación o corresponsabilidad de la vida familiar y laboral será constitutivo de discriminación por razón de sexo⁴⁹.
2. El art. 34.8 ET ha sido mejorado en su redacción por mor del Real Decreto Ley 5/2023 al reconocer el derecho a solicitar adaptaciones en la duración y distribución de la jornada y en la ordenación del tiempo de trabajo o en la forma de prestación (incluido el trabajo a distancia) para hacer efectivo el derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral, atribuyendo la titularidad a las personas con hijos de hasta doce años, así como aquellas que tengan necesidades de cuidado respecto de los hijos mayores de esa edad, el cónyuge o pareja de hecho, familiares por consanguinidad hasta el segundo grado de la persona

48 La exposición de motivos menciona la Sentencia del Tribunal Constitucional 1/2012, de 13 de enero, que avala la concurrencia del requisito de urgencia y necesidad cuando se esté en presencia de un “patente retraso en la transposición” de normas europeas y de la “existencia de procedimientos de incumplimiento contra el Reino de España”. También se alude al informe del Consejo de Estado sobre la inserción del Derecho europeo en el ordenamiento español, de 14 de febrero de 2008, que considera que, “si bien no debe convertirse en mecanismo ordinario para la incorporación de las directivas, [la utilización del Real Decreto] sí está justificado en atención, por ejemplo, al plazo fijado por la norma comunitaria, a la necesidad de dar urgente respuesta a unas determinadas circunstancias o a la existencia de una declaración de incumplimiento por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”. BLASCO JOVER, C.: “Cuando se cierra una puerta se abre una ventana. El Real Decreto Ley 5/2023 salva in extremis la esencia de la Ley de Familias”, *Lex Social*, Vol 13, núm. 2, 2023, p. 12.

49 Por extenso, MANEIRO VÁZQUEZ, Y.: *Cuidadores, igualdad y no discriminación y corresponsabilidad. La (r)evolución de los derechos de conciliación de la mano de la Directiva (UE) 2019/1158*, Albacete, Bomarzo, 2023.

trabajadora u otras personas dependientes cuando convivan en el mismo domicilio, y que, por razones de edad, accidente o enfermedad no puedan valerse por sí mismos⁵⁰.

3. El Decreto Ley 5/2023 introduce un último párrafo en el art. 48.6 ET cuyo tenor reseña que “en caso de haber una única persona progenitora, esta podrá disfrutar de las ampliaciones completas previstas en este apartado para el caso de familias con dos personas progenitoras”. La referencia tiene que entenderse realizada al supuesto de suspensión del contrato por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento, en cuyo caso, se tendrán 16 semanas para cada persona progenitora, adoptante, guardadora o acogedora, que ahora se multiplican por dos tratando de proteger a las familias monoparentales. Ello supone una cierta corrección de la jurisprudencia, que había venido denegando el derecho al disfrute de ocho semanas adicionales de prestación por nacimiento y cuidado de hijo a la madre en solitario que ya estaba disfrutando de ese derecho⁵¹.
4. Como consecuencia de la aprobación del Decreto Ley 5/2023 se ha reconocido también el denominado permiso por causa de fuera mayor familiar, en virtud del cual se atribuye el derecho a ausentarse del trabajo (hasta un número de horas equivalente a cuatro días al año) cuando sea necesario por motivos familiares urgentes relacionados con parientes o personas convivientes, en caso de enfermedad o accidente que hagan indispensable la presencia inmediata de la persona trabajadora (art. 37.9 ET). Se trata de un avance importante pensado para la atención de personas mayores dependientes afectados por enfermedades crónicas capaces de generar recidivas o de menores de corta edad que frecuentemente sufren enfermedades infecto-contagiosas, pero la limitación en su duración deja situaciones desprotegidas.
5. Se prevé extensión de la reducción de jornada por guarda legal de un menor de doce años, persona con discapacidad que no desempeñe actividad retribuida o parientes hasta el segundo grado por consanguinidad o afinidad al cuidado directo del cónyuge, pareja de hecho y al familiar consanguíneo de la pareja de hecho, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo. En todo caso, la reducción debe ser entre un octavo y la mitad de la jornada (art. 34.6 ET). Aun cuando se considera el salario correspondiente a la jornada completa para calcular las indemnizaciones previstas en el Estatuto de los Trabajadores en el caso de personas trabajadoras que tengan reducida su jornada por motivos de conciliación, la ausencia de remuneración sigue provocando que sean las mujeres quienes principalmente utilizan esta medida. Por tal razón, la nueva expresión relativa a que “en el ejercicio de este derecho



50 IGARTUA MIRÓ, M.T.: “La promoción de la igualdad de género a través de fórmulas de trabajo flexible. Reflexiones y propuestas a la luz de la Directiva (UE) 2019/1158”, *Femeris*, Vol. 7, núm. 2, 2022, p. 95.

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

se tendrá en cuenta el fomento de la corresponsabilidad entre mujeres y hombres y, asimismo, evitar la perpetuación de roles y estereotipos de género”, puede generar la duda de si en caso de solicitud por dos progenitores de distinto sexo, la concesión debería realizarse al hombre en detrimento de la mujer⁵².

6. Merece una valoración positiva la regulación que atribuye al progenitor, guardador con fines de adopción o acogedor permanente, durante la hospitalización y tratamiento continuado del menor a cargo afectado por cáncer o por otra enfermedad grave, que implique ingreso hospitalario de larga duración, el derecho a una reducción de la jornada, con disminución proporcional del salario, de al menos la mitad de la duración de aquella; como máximo hasta que el sujeto causante cumpla los veintitrés años o, en algunos casos, los veintiséis, teniendo acceso a un subsidio de Seguridad Social que solo podrá percibir uno de los potenciales beneficiarios (art. 34.6 ET). En concreto, desde el 1 de abril de 2023, cumplidos los 18 años, se podrá reconocer la prestación hasta que la persona causante cumpla los 23 años en los supuestos de padecimiento de cáncer o enfermedad grave diagnosticada antes de alcanzar la mayoría de edad. Asimismo, se mantendrá la prestación económica hasta que la persona causante cumpla los 26 años si antes de alcanzar los 23 años acreditara, además, un grado de discapacidad igual o superior al 65 por ciento. Por otro lado, en los supuestos de nulidad, separación, divorcio o extinción de la pareja de hecho, así como cuando se acredite ser víctima de violencia de género, el derecho se reconocerá a favor de la persona progenitora, guardadora o acogedora que conviva con la persona enferma, aunque el otro no trabaje (Real Decreto 677/2023, de 18 de julio).
7. Se incluye el “cuidado del cónyuge o pareja de hecho” y del “familiar consanguíneo de la pareja de hecho”, junto al ya tradicional “familiar hasta el segundo grado de consanguinidad y por afinidad” en las excedencias por cuidado de familiares (art. 46.3 ET). Al igual que en el supuesto de reducción de jornada de los arts. 37.4 y 6 ET, se añade, como limitación empresarial al disfrute por dos personas trabajadoras de la empresa respecto del mismo sujeto causante, que deberá ser por “razones fundadas y objetivas de funcionamiento debidamente motivadas por escrito”, debiendo la empresa ofrecer “un plan alternativo que asegure el disfrute de ambas personas trabajadoras y que posibilite el ejercicio de los derechos de conciliación”.
8. Se reconocen permisos, en una lista que ha ido creciendo en los últimos años, por las situaciones siguientes: A) Quince días destinados al registro de pareja de hecho (además de matrimonio). B) En caso de nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, la persona trabajadora tiene derecho (intransferible) a una hora



52 CANO GALÁN, Y.: “Disecionando el Real Decreto Ley (ómnibus) 5/2023, de 28 de junio: especial referencia a las novedades laborales y de Seguridad Social”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 9, 2023.

de ausencia del trabajo (ampliable en algunos casos) para el cuidado del lactante hasta que cumpla nueve meses, aunque bajo ciertas condiciones el período de referencia se extiende hasta los doce meses (ampliación no retribuida, pero con protección social para uno de los progenitores). C) Derecho a ausentarse del trabajo durante una hora en caso de nacimiento prematuro o cuando el hijo deba permanecer hospitalizado tras el parto y también derecho a reducir la jornada hasta dos horas con disminución proporcional del salario. D) Permiso de dos días (ampliables a cuatro en caso de desplazamiento) por fallecimiento del cónyuge, pareja de hecho o parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad. E) Permiso de cinco días por accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario del cónyuge, pareja de hecho o parientes hasta el segundo grado por consanguinidad o afinidad, incluido el familiar consanguíneo de la pareja de hecho, así como de cualquier otra persona distinta de las anteriores, que conviva con la persona trabajadora en el mismo domicilio y que requiera el cuidado efectivo de aquel. F) Permiso por el tiempo indispensable para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto, siempre que deban tener lugar dentro de la jornada de trabajo. G) Permiso (en caso de adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento) para la asistencia a las preceptivas sesiones de información y preparación y para la realización de los preceptivos informes psicológicos y sociales previos a la declaración de idoneidad, siempre que deban tener lugar dentro de la jornada de trabajo. H) Permiso parental, que se analizará seguidamente.

8. EL PERMISO PARENTAL

De conformidad con lo establecido en los arts. 5 y 8 Directiva 2019/1158, se regula, a través de la introducción de un nuevo artículo 48 bis en el ET pendiente de desarrollo reglamentario, un permiso parental específico que se ocupa del cuidado de los hijos e hijas, o de las niñas y niños acogidos por más de un año, y hasta la edad de ocho años, intransferible y con posibilidad de su disfrute de manera flexible

8.1. Previsiones de Derecho Comunitario

Recogido en el art. 5 de la Directiva 2019/1158, con una duración mínima de cuatro meses, e inspirado en la cláusula 2 de la anterior Directiva 2010/18, el permiso parental se

aplica, al igual que su precedente, a todas las personas trabajadoras, tanto hombres como mujeres que tengan un contrato de trabajo o una relación laboral definida por la legislación, los convenios colectivos o los usos vigentes en cada Estado miembro, incluyendo a los empleados públicos⁵³. La Directiva 2010/18 determinó su configuración como un derecho individual que se atribuye de forma neutra a las personas trabajadoras, varones y féminas, por el motivo del nacimiento o de la adopción de un hijo, para poder cuidarlo hasta una edad determinada, que puede ser de hasta ocho años y que deben definir los Estados miembros o los interlocutores sociales⁵⁴.

En el tenor de la anterior Directiva de 2010, como mínimo uno de los cuatro meses era intransferible de acuerdo con las modalidades de aplicación que se decidieran en el ámbito interno, ya sea por ley o por convenio colectivo. Con respecto a los ingresos, la cláusula 5.5, en su apartado segundo, contenía una regla que parecía exigir a los Estados miembros considerar esta cualidad como conveniente, aunque no necesariamente reconocer algún tipo de remuneración durante el permiso: “todas las cuestiones vinculadas a los ingresos en relación con el presente Acuerdo serán consideradas y establecidas por los Estados miembros o los interlocutores sociales con arreglo a la legislación, los convenios colectivos o los usos nacionales, teniendo en cuenta el papel que desempeñan los ingresos, entre otros factores, en la utilización del permiso parental”⁵⁵. Este ha sido el principal escollo del permiso aquí analizado, pues la inexistencia de recursos pecuniarios durante el disfrute del permiso parental abocaba a su no utilización en caso de unidades familiares con escasos recursos económicos, circunstancia que puede afectar de forma desproporcionada a las familias monoparentales. Por otro lado, y a causa de los patrones tradicionales socialmente aceptados, la percepción de ingresos está estrechamente vinculada a un deseable incremento de los porcentajes de utilización masculina de estos derechos.

Con la nueva formulación de la Directiva de 2019, este permiso continúa contando con una duración de cuatro meses como mínimo y sigue estando dirigido a ambos progenitores, respetando así la estela marcada por la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16 de julio de 2015⁵⁶, que define tal asueto como un derecho individual que no puede depender de la situación del cónyuge, de modo que una norma nacional no puede privar a un funcionario del derecho al permiso parental por el hecho de que su esposa no ejerza una actividad laboral o profesional.

.....

53 SSTJUE C-116/08, de 22 de octubre de 2009, asunto *Meerts*, así como C-149/10, de 16 de septiembre de 2010, asunto *Chatzi*, y reitera la STJUE C-222/14, de 16 de julio de 2015, asunto *Maistrellis*.

54 RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Los permisos parentales: Avances y retrocesos tras las últimas reformas*, Albacete, Bomarzo, 2013, pp. 23 y ss.

55 DE LA CORTE RODRÍGUEZ, M.: “El permiso parental en la Unión Europea”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 28, 2012, p. 55.

56 C-222/14, asunto *Maistrellis*. También, STJUE C-104/09, de 30 de septiembre de 2010, asunto *Roca Álvarez*.

Bajo tales premisas, las principales novedades introducidas por la Directiva 2019/1158 se centran en los siguientes extremos: la posibilidad de disfrutarse hasta que el hijo cumpla ocho años; el aumento de un mes a dos de la duración del permiso parental que no puede ser transferido; la atribución de la percepción de un montante pecuniario o una prestación económica durante estos dos meses; la necesidad de justificación por escrito por parte del empleador en caso de aplazamiento del permiso parental fundado en “la alteración del buen funcionamiento de la empresa” debiendo ofrecer formas flexibles de disfrute; así como su configuración como un permiso de ausencia, lo cual deja fuera, en principio, las interrupciones o reducciones de jornada⁵⁷.

Al calor de estas innovaciones, procede parar la atención en las dos siguientes cuestiones: Por una parte, el Estado miembro o los interlocutores sociales definirán la remuneración o prestación económica inherente, y lo harán de manera que se facilite que ambos progenitores puedan disfrutar el permiso parental. Por ende, la Directiva de 2019 establece que estos dos meses deben dar derecho a una retribución o a una prestación económica, pero a diferencia de lo que hace en relación con el permiso de paternidad, no establece garantía retributiva mínima. Al señalar que la compensación del permiso parental debe facilitar que ambos progenitores lo disfruten está sugiriendo que debe acercarse a la cuantía recibida en activo pero resulta claro que la Directiva 2019/1158 no lo establece de modo obligatorio⁵⁸. Por otra, las fórmulas flexibles para el disfrute del permiso parental deben también garantizarse a la persona trabajadora cuando sean solicitadas a su instancia, no en vano el art. 5.6 de la Directiva 2019/1158 establece esta posibilidad adicional al permiso parental de ausencia. Dicha petición deberá ser atendida por el empresario “en la medida de lo posible” y “teniendo en cuenta tanto sus propias necesidades como las de los trabajadores”, debiendo recoger por escrito la eventual denegación.

8.2. Los precedentes del Real Decreto Ley 5/2023. Una mirada retrospectiva al Real Decreto Ley 6/2019

Antes de desgranar el régimen jurídico del nuevo art. 48 bis ET, cabe dejar constancia de dos reformas previas directamente relacionadas con la nueva formulación recogida en precepto mencionado, pues, en cierta medida, se solapan:

.....

57 BALLESTER PASTOR, M.A.: “De los permisos parentales a la conciliación: expectativas creadas por la Directiva 2019/1158 y su transposición al ordenamiento español”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 11, 2019, 1122.

58 BALLESTER PASTOR, M.A.: “De los permisos parentales a la conciliación: expectativas creadas por la Directiva 2019/1158 y su transposición al ordenamiento español”, cit., 1122.

8.2.1. El cuidado de lactante

La regulación de este asueto, anteriormente denominado permiso de lactancia, nació y ha ido evolucionando, al compás de los cambios que ha sufrido la sociedad. Desde su reconocimiento inicial en la Ley de 13 de marzo de 1900 como un permiso vinculado a la lactancia materna, hasta el momento en el que el Real Decreto Ley 6/2019 lo concibe como un derecho personal e intransferible de los progenitores que, incluso, pueden ser del mismo sexo, han pasado casi 120 años durante los cuales la mentalidad de las personas y, con ella, sus formas de estar en la vida han dado un giro significativo⁵⁹.

Los últimos hitos de reforma sobre esta institución han sido introducidos por el mencionado Real Decreto 6/2019 y el actual Real Decreto Ley 5/2023, que han modificado el art. 37.4 ET en relación con la ausencia o reducción de jornada por lactancia para declarar su carácter individual e intransferible⁶⁰ así como para permitir el ejercicio compartido por ambos progenitores, susceptible de limitación por razones fundadas y objetivas de funcionamiento de la empresa si ambos trabajan en la misma, debiendo motivarlas “por escrito” y ofreciendo, además, un plan alternativo que asegure el disfrute de ambas personas trabajadoras y que posibilite el ejercicio de los derechos de conciliación.

La nueva regulación, susceptible de mejora por convenio colectivo o acuerdo individual⁶¹, sigue ofreciendo a sus titulares (“progenitores, adoptantes, guardadores o acogedores”) las tres opciones tradicionales: la hora de ausencia al trabajo, que se podrá dividir en dos fracciones, la reducción de la jornada en media hora o la acumulación en jornadas completas en los términos previstos en la negociación colectiva o en el acuerdo al que se llegue con el empresario. Continúa dependiendo de la voluntad de los interesados, como no podría ser de otra forma, acogerse a una u otra modalidad de ejercicio, todas ellas retribuidas de manera íntegra hasta los nueve meses del menor, debiendo preavisarse al empresario “con una antelación de quince días a la fecha en que se iniciará y finalizará el permiso” (art. 37.7 ET)⁶². Las discrepancias respecto de la concreción del permiso se resolverán a través de la vía del art. 139 Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (LRJS).

El Decreto Ley 5/2023 añade la obligación empresarial de justificar la limitación simultánea a su ejercicio por dos personas trabajadoras de la misma empresa, con razones

.....

59 MORENO SERRANO, M.: “El permiso para el cuidado del lactante tras la entrada en vigor del Real Decreto Ley 6/2019”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 10, 2020, p. 1330.

60 No en vano el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en Sentencia C-104/09, de 30 de septiembre de 2010, asunto *Roca Álvarez*, había corregido al legislador español que atribuía la titularidad del permiso por lactancia únicamente a la madre trabajadora y de forma secundaria y condicionada al padre.

61 STS 19 abril 2018 (núm. 419/2018).

62 GARCÍA CAMPÁ, S.: “Criar sin parir. Sexo y género como categorías de análisis jurídico en la Sentencia del Tribunal Constitucional 111/2018, de 17 de octubre”, *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 433, 2019, p. 171.

“fundadas y objetivas”, que además deberán ser “debidamente motivadas”, incorporándose también como obligación de la empresa, “ofrecer un plan alternativo que asegure el disfrute de ambas personas trabajadoras y que posibilite el ejercicio de los derechos de conciliación”⁶³.

Surge, además, una nueva situación protegida por la Seguridad Social que da derecho a la correspondiente prestación, cuyo objeto es únicamente la reducción de la jornada en media hora de los dos progenitores para cuidar al menor desde que este cumple los nueve meses hasta los doce, quedando excluida la opción por la hora de ausencia o la acumulación. Tal prestación, que consiste en un “subsidio equivalente al 100 por 100 de la base reguladora establecida para la prestación de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes”, pretende paliar durante esos tres meses el detrimento salarial sufrido (art. 185 LGSS), pero solamente va a ser reconocida a uno de los progenitores cuando en ambos concurren las circunstancias necesarias para tener la condición de beneficiarios (art. 184.2 LGSS), lo cual dificulta, sin duda –y como crítica–, la pretendida corresponsabilidad⁶⁴.

Además, tampoco se ha dado respuesta a todos los modelos de familia, como sucede con las monoparentales, o con aquellas en las que uno de los miembros de la pareja no tiene la condición de progenitor, adoptante, guardador o acogedor⁶⁵.

8.2.2. El permiso por paternidad

Con una extensión temporal mucho más amplia que la que señala la Directiva 2019/1158 (10 días de asueto a disfrutar por el otro progenitor), el Real Decreto Ley 6/2019 unifica la licencia por maternidad biológica y el permiso por paternidad en una sola institución denominada permiso por nacimiento y cuidado de menor (art. 48.4 ET), ajustando su contenido, con anticipación, a los criterios establecidos por la Directiva Europea, pues cumple con las cuatro claves para un ejercicio compartido de los derechos de conciliación: titularidad individual, ejercicio intransferible, duración igual y remuneración íntegra⁶⁶. Aunque el Tribunal Constitucional había sentado que no era discriminatorio que este permiso tuviera una duración de tiempo inferior al de la madre⁶⁷, lo cierto es que legalmente



63 CANO GALÁN, Y.: “Disecionando el Real Decreto Ley (ómnibus) 5/2023, de 28 de junio: especial referencia a las novedades laborales y de Seguridad Social”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 9, 2023.

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

65 MORENO SERRANO, M.: “El permiso para el cuidado del lactante tras la entrada en vigor del Real Decreto Ley 6/2019”, *Revista Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 10, 2020, p. 1330.

66 RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “Trabajo y corresponsabilidad familiar: análisis a la luz de la Directiva 2019/1158”, *Diario La Ley*, núm. 9600, 2020.

67 STCo 111/2018, de 17 de octubre.

se produjo la equiparación, pues según el actual art. 48.4 ET, “el nacimiento suspenderá el contrato de trabajo del progenitor distinto de la madre biológica durante 16 semanas”. Este derecho, de aplicación gradual ya consumada⁶⁸, es individual de la persona trabajadora sin que pueda transferirse, entendiéndose algún pronunciamiento judicial de suplicación que las familias monoparentales tienen derecho a acumular el permiso de maternidad y paternidad⁶⁹. La suspensión del contrato de trabajo, transcurridas las primeras seis semanas inmediatamente posteriores al parto, podrá disfrutarse en régimen de jornada completa o parcial (lo que posibilita que se mantenga el contacto con la empresa y viene a suponer en la práctica una reducción de jornada retribuida sin perjuicio económico al complementarse el salario parcial con la prestación de Seguridad Social parcial), si bien esta segunda posibilidad no constituye un derecho absoluto de padre/madre sino que está condicionada al acuerdo con el empresario.

La persona trabajadora deberá comunicar a la empresa, con una antelación mínima de quince días, el ejercicio de este derecho en los términos establecidos, en su caso, en los convenios colectivos. Las posibilidades de fraccionar la suspensión se podrán materializar desde la sexta semana hasta que el hijo cumpla doce meses, debiendo utilizar siempre un módulo semanal (una o varias semanas acumuladas), evitando la atomización del permiso⁷⁰. Aun cuando esta modalidad fraccionada de disfrute, común para la maternidad y la paternidad, podría oponerse a la regulación de la Directiva 92/85, cuyo art. 8.1 garantiza a las madres, en caso de maternidad biológica, la disposición de “un permiso de maternidad como mínimo de catorce semanas ininterrumpidas, distribuidas antes y/o después del parto, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas negociales”⁷¹, lo cierto es que la mayor parte de la doctrina ha entendido que la regulación interna mejora lo previsto en la norma europea pues favorece la capacidad de elección⁷². Cuando los dos progenitores que ejercen este derecho trabajen para la misma empresa, la dirección podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones fundadas y objetivas, debidamente motivadas por escrito (art.

.....

68 Dos semanas ininterrumpidas después del nacimiento en 2019, cuatro semanas en 2020 y seis semanas ininterrumpidas tras el parto de las dieciséis semanas en 2012. Disposición transitoria 3ª ET.

69 STSJ País Vasco 6 octubre 2020 (rec. 941/2020).

70 CASAS BAAMONDE, M.E.: “Soberanía sobre el tiempo de trabajo e igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 3, 2019, p. 238.

PASTOR MARTÍNEZ, A.: “Las medidas laborales del Real Decreto Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la educación: un paso hacia la efectividad de la igualdad de trato y de oportunidades desde la corresponsabilidad”, *IusLabor*, núm. 1, 2019, p. 201.

71 Por extenso sobre esta Directiva, ORELLANA CANO, A.M.: “Medidas para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras: análisis de las Directivas comunitarias 92/85 y 96/34 y lagunas de transposición al ordenamiento interno español”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 37, 2002, pp. 61 y ss.

72 BALLESTER PASTOR, M.A.: “El Real Decreto Ley 6/2019, para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación: Dios y el diablo en la tierra del sol”, *Temas Laborales*, núm. 149, 2019, p. 29.

48.4.9 ET), debiendo entender, como efectivamente recoge el art. 48.5 ET para la suspensión por adopción, guarda o acogimiento, que esta limitación se ciñe a las diez semanas distintas de las obligatorias⁷³.

La prestación económica inherente al nacimiento y cuidado del menor será, tanto para la maternidad como para la paternidad, del 100 por 100 de la base reguladora que se toma en cuenta para el cálculo de la incapacidad temporal por contingencias comunes con los mismos requisitos de cotización para ambos progenitores⁷⁴. En este sentido, aun cuando el subsidio especial de 42 días se reserva para aquellas trabajadoras que no cumplan el período mínimo de carencia en los supuestos de nacimiento, cabe felicitarse por la doble ampliación operada: por una parte, de los sujetos beneficiarios que supone la inclusión del otro progenitor distinto a la madre biológica y la otra persona adoptante, guardadora o acogedora de la pareja que no hubiera disfrutado en su totalidad de la suspensión por maternidad; por otra, de la duración de la prestación y la forma de disfrute, permitiendo que una parte de esta se pueda desarrollar a lo largo del primer año del nacimiento o de la obtención de la resolución judicial o administrativa⁷⁵.

8.3. El art. 48 bis del Estatuto de los Trabajadores

El Decreto Ley 5/2023 introduce una nueva causa de suspensión del contrato de trabajo en el art. 45 o) ET en referencia al “disfrute del permiso parental”, cuyo régimen jurídico se desarrolla en el art. 48 bis ET bajo los siguientes parámetros:

1. Cumpliendo con el principio de corresponsabilidad familiar, se configura como un derecho individual de las personas trabajadoras, hombres o mujeres, sin que pueda transferirse su ejercicio.
2. El objeto de este permiso es el cuidado de hijo, hija o menor acogido por tiempo superior a un año. Incluye, por un lado, las situaciones de nacimiento, adopción o acogimiento, y, por otro, cualquier tipo de cuidado (alimentos, educación, acompañamiento...) sea más o menos intenso. Es decir, incluso estarían protegidas las situaciones de separación o divorcio en las que la custodia se concede a uno de los dos progenitores, conservando el otro solamente derecho de visita.

73 GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “Hacia la corresponsabilidad mediante la suspensión por nacimiento de hijos”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 53, 2019, p. 290.

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

75 ROMERO BURILLO, A.M.: “De la prestación por maternidad a la prestación por nacimiento y cuidado de menores: una aproximación a la regulación contenida en el Real Decreto Ley 6/2019”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 224, 2019, pp. 83–85.

3. El ámbito temporal que posibilita el disfrute del permiso se extiende, al igual que en la Directiva 2019/1158, hasta el momento en que el menor cumpla ocho años.
4. La duración del permiso no será superior a ocho semanas, continuas o discontinuas, sin que exista un tope mínimo. Ante la indeterminación legal, surge la duda relativa a si el permiso debe disfrutarse por semanas completas, bien seguidas o bien intermitentes, o puede traducirse a días laborables, de manera que, por ejemplo, una persona trabajadora elija ausentarse un día a la semana durante cuarenta semanas.
5. Las modalidades de disfrutarse podrán ser, bien a tiempo completo, bien en régimen de jornada a tiempo parcial conforme a lo establecido reglamentariamente, pero no se admite una ampliación de la duración en determinados supuestos (discapacidad del hijo o hija, discapacidad de alguno de los progenitores, parto o adopción múltiples, condición de familia numerosa, monoparentalidad...).
6. Aun cuando el lapso temporal (ocho semanas) es sustancialmente inferior al previsto en la Directiva 2019/1158 (dieciséis semanas), lo cierto es que tal discrepancia puede entenderse compensada con la regulación interna de otras instituciones destinadas al cuidado de hijo como las reducciones de jornada, las excedencias o el permiso por paternidad (de solo diez días en la norma europea). Es más, no está clara la distinción entre el permiso parental y el permiso por maternidad o paternidad, pues no se establece un período mínimo a partir del nacimiento para disfrutar el permiso parental, sino que solo se contempla un límite para su petición, vinculado a la edad del menor. En la práctica, el permiso parental va a implicar la posibilidad de sumar ocho semanas más a la suspensión del contrato por cuidado de hijo o hija, de manera que podrá alcanzar un total de veinticuatro semanas, de las cuales dieciséis serán atendidas con una prestación de Seguridad Social y las otras ocho, a falta de previsión expresa en materia de protección social, parece que, en una primera aproximación, o bien se configuran como un periodo suspensivo con reserva de puesto no retribuido, o bien serán financiadas por las empresas. Ambas interpretaciones no dejan de ser criticables: la primera por su falta de adecuación a la Directiva y la desprotección que conlleva para la persona trabajadora, así como la perpetuación de los sesgos de clase y género que ya se advierte en el uso de excedencias y reducciones de jornada⁷⁶; la segunda por las cargas económicas que puede implicar para las corporaciones de escasas dimensiones, mayoritarias en el tejido empresarial español, tener que asumir el total de los costes salariales. Como tesis ecléctica, cabría entender que, ante la ausencia de referencia legal alguna y dado que la Directiva 2019/1158 no impone retribución mínima de forma ex-

.....

76 NIETO ROJAS, P.: “La transposición de las Directivas 2019/1158 de conciliación de la vida familiar y la vida profesional a través del Real Decreto Ley 5/2023”, *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, núm. 7, 2023, p. 88.

presa, el convenio colectivo cuenta con libertad absoluta para colmar la laguna, fijando con mayor o menor generosidad la cuantía, con el peligro de que un montante simbólico no fomentaría el disfrute de tales permisos. No cabe olvidar, en cualquier caso y a la espera del pertinente desarrollo reglamentario, que la Directiva especifica que la definición de los emolumentos debe hacerse “de manera que facilite el que ambos progenitores puedan disfrutar del permiso parental”, lo cual parece apuntar al reconocimiento de una compensación adecuada, no muy alejada de los ingresos ordinarios,

La disposición final 8ª Real Decreto Ley 5/2023 señala expresamente que la transposición de la Directiva es parcial, habida cuenta que no abarca la retribución del permiso parental. Comoquiera que el plazo límite general para dicha transposición de la Directiva era el 2 de agosto de 2022, pero para la retribución de las dos últimas semanas del permiso parental se fija en la propia norma comunitaria un lapso más amplio, concretamente hasta el 2 agosto de 2024, cabe pensar, siguiendo a la mejor doctrina, que el legislador ha decidido acogerse a este plazo ampliado y diferir en el tiempo la regulación de una cuestión que se antoja problemática, por el coste que conlleva⁷⁷. Es más, en la medida en que el permiso por nacimiento de hijo tiene en nuestro ordenamiento para el progenitor distinto de la madre biológica o para el adoptante o acogedor una duración de dieciséis semanas frente a los diez días que establece la Directiva en relación al permiso de paternidad, podría utilizarse esa mejora para cubrir la exigencia del permiso parental retribuido. Por el contrario, para las madres biológicas, el permiso de maternidad previsto en la Directiva 92/85 es de catorce semanas, de modo que el excedente del permiso por nacimiento de hijo en el ordenamiento español (dieciséis semanas) más el permiso acumulado por cuidado de lactante (normalmente, 13, 14 o 15 días laborables), que tiene igualmente carácter retribuido, no llegan a dar por satisfecha la exigencia de la Directiva⁷⁸.

De momento, y dado que no se ha modificado el art. 144 LGSS, tampoco se ha previsto que el tiempo de disfrute del permiso parental se entienda cotizado a efectos de Seguridad Social.

7. Corresponderá a la persona trabajadora especificar la fecha de inicio y fin del disfrute o, en su caso, de los períodos de asueto, debiendo comunicarlo a la empresa con una antelación de diez días o la concretada por los convenios colectivos, salvo fuerza mayor, teniendo en cuenta además la situación de aquella y las necesidades organizativas de la empresa. Se trata, por tanto, de un auténtico derecho, no de una mera expec-

.....

77 NIETO ROJAS, P.: “La transposición de las Directivas 2019/1158 de conciliación de la vida familiar y la vida profesional a través del Real Decreto Ley 5/2023”, cit., p. 88.

78 LÓPEZ ÁLVAREZ, M.J.: “¿Por qué el nuevo permiso parental no cumple con los plazos de transposición de la Directiva (UE) 2019/1158”, *Briefs AEDTSS*, núm. 52, 2023.

tativa. El empresario se ve obligado a aceptar la decisión de la persona trabajadora siempre y cuando cumpla los requisitos y observe el preaviso correspondiente (10 días o el que establezca la negociación colectiva), de cuya observancia solo quedará exonerada la persona trabajadora si concurre algún supuesto de fuerza mayor que requiera el cuidado inmediato del menor⁷⁹. Para integrar las aristas de este concepto de fuerza mayor puede acudir a lo dispuesto en el art. 37.9 ET, que alude a “motivos familiares urgentes” relacionados con el menor a cuidar, “en caso de enfermedad o accidente que hagan indispensable su presencia inmediata”.

Además, el convenio colectivo a la hora de fijar el plazo de preaviso (mayor o menor de 10 días), habrá de tener en cuenta no sólo la necesidad de cuidado sino “la situación de la empresa y las necesidades organizativas”, expresiones que permitirán atender, entre otros parámetros, a la dimensión de la corporación o a la cualificación o posición estratégica de la persona trabajadora dentro de la organización.

8. El disfrute de este permiso está incluido entre las circunstancias que provocan la nulidad del despido disciplinario (art. 55.5 ET) u objetivo (art. 53.4 ET), lo que significará que le bastará a la persona trabajadora con demostrar que el hecho causante existe (que tiene a su cuidado un hijo menor de ocho años), debiendo entonces probar el empresario que el cese no está relacionado con el ejercicio del derecho señalado; prueba que, de producirse, comportará la declaración de procedencia del despido o, en caso contrario, la mentada nulidad, acompañada de la readmisión y el abono de los salarios dejados de percibir⁸⁰.
9. En caso de que dos o más personas trabajadoras generasen este derecho por el mismo sujeto causante o en otros supuestos definidos por los convenios colectivos en los que el disfrute del permiso parental en el período solicitado altere seriamente el correcto funcionamiento de la empresa, esta 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.

Varias cuestiones de interés suscita este apartado:

a) La referencia a que “dos o más” personas trabajadoras generadoras este derecho por el mismo sujeto causante resulta errónea en su redacción, pues atendiendo al ámbito de aplicación de este permiso (cuidado de hija, hijo o menor acogido), los titulares podrán ser, bien un progenitor solo o sin pareja o bien dos personas, pues dos podrán ser como máximo los progenitores de un hijo o hija natural o adoptivo/a e igualmente



79 BLASCO JOVER, C.: “Cuando se Cierra una puerta se abre una ventana. El Real Decreto Ley 5/2023 salva in extremis la esencia de la Ley de Familias”, *Lex Social*, Vol 13 núm. 2, 2023, p. 12.

80 BLASCO JOVER, C.: “Cuando se Cierra una puerta se abre una ventana. El Real Decreto Ley 5/2023 salva in extremis la esencia de la Ley de Familias”, cit., p. 15.

dos podrán ser los acogedores, siendo indiferente en todos los casos que estén unidos por vínculo matrimonial, que formen pareja de hecho o que estén separados o divorciados. Ante la falta de mención expresa por el legislador, resulta difícil entender incluidos aquí otros familiares como pudieran ser los parientes hasta el segundo grado por consanguineidad o afinidad, el familiar consanguíneo de la pareja de hecho, así como cualquier otra persona distinta de las anteriores que tenga un vínculo de parentesco más lejano o conviva con el menor en el mismo domicilio. Con el redactado actual podría darse el caso que, existiendo progenitores naturales, estos podrían disfrutar del permiso aunque el menor fuera acogido por terceras personas que también podrían disfrutarlo, hipótesis esta que no encaja con la finalidad de cuidado atribuida al permiso⁸¹. Por tanto, si, como parece más lógico, lo que se pretende es limitar el ejercicio simultáneo del derecho por parte de dos o más personas trabajadoras de la misma empresa, debería haberse eliminado la expresión “por el mismo sujeto causante”.

b) La alteración sustancial del correcto funcionamiento de la empresa como posible justificación empresarial del aplazamiento no permite aducir meras dificultades organizativas y/o productivas si estas no son desproporcionadas.

c) La justificación por escrito del aplazamiento y el previo ofrecimiento de una alternativa de disfrute flexible implica una fórmula procedimental muy parecida a la incorporada a los arts. 37.4.3º, 37.6.10º y 46.3.3º ET, relativos, respectivamente, al permiso para el cuidado del lactante, a la reducción de jornada y a la excedencia para el cuidado de hijos, hijas y otros familiares. No se establece el plazo del que dispone el empresario para formular la demora en el disfrute del permiso, más allá de su modulación a través del principio de razonabilidad, circunstancia que exige una rápida concreción convencional. Sin embargo, la expresión “después de haber ofrecido...” parece sentar que la fórmula alternativa de disfrute ha de ser propuesta por la empresa antes de la decisión empresarial de aplazamiento.

d) La remisión a la concreción convencional de los supuestos en los que el disfrute del permiso puede ser aplazado (no denegado) por el empresario cuando el inicialmente solicitado “altere seriamente el correcto funcionamiento de la empresa” exige que los interlocutores sociales procedan, a la mayor brevedad posible, a regular tales circunstancias pero siempre bajo la perspectiva restrictiva de atender acontecimientos totalmente excepcionales, alejados de la actividad normal de la empresa. A falta de la integración de la remisión por las cláusulas convencionales, nada impide al empresario hacer uso de la habilitación de aplazamiento que le concede el art. 48 bis ET, siempre que lo justifique por escrito y haya ofrecido alguna fórmula alternativa, debiendo ser el órgano judicial



81 CANO GALÁN, Y.: “Disecionando el Real Decreto Ley (ómnibus) 5/2023, de 28 de junio: especial referencia a las novedades laborales y de Seguridad Social”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 9, 2023.

- en caso de discrepancia quien resuelva el conflicto a través de la vía del art. 139 LRJS, lo cual siempre supone un retraso de facto en una necesidad que resulta inaplazable y que no quedará suficientemente compensada con una indemnización de daños y perjuicios.
10. La transposición española no condiciona el derecho a la acreditación de ninguna antigüedad en la empresa.
11. Tal y como establece la nueva disposición adicional 19ª.2 ET, también en el supuesto de ejercicio del permiso parental a tiempo parcial el salario a tener en cuenta a efectos del cálculo de las indemnizaciones por despido será el que hubiera correspondido a la persona trabajadora sin considerar la reducción de jornada.

9. CONCLUSIONES

Aun cuando el Real Decreto Ley 5/2023 ha introducido en nuestro ordenamiento el nuevo permiso parental, intransferible, de duración no superior a ocho semanas para el cuidado de hijo (o acogido por más de un año) hasta la edad de ocho años, que se podrá disfrutar a tiempo completo o a jornada parcial, como asueto añadido al de maternidad/maternidad, lo cierto es que, además de algunas dudas que plantea su redacción, ha quedado pendiente el espinoso tema de su remuneración.

A este respecto cabe recordar que las excedencias, de duración no superior a tres años para el cuidado de cada hijo (incluidos los casos de guarda con fines de adopción y acogimiento permanente) o de dos (ampliables por la negociación colectiva) para el cuidado de familiares, entendiéndose por tales el cónyuge o pareja de hecho, así como parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, incluido el familiar consanguíneo de la pareja de hecho, no son retribuidas y no cuentan con protección social directa más allá de la consideración como cotizado del período de disfrute (art. 46 ET). La utilización mayoritariamente femenina de las excedencias, como demuestra el dato de que en el primer semestre del año 2022, de 24.942 casos, 21.089 correspondieron a mujeres (el 84,5 por 100) y 3.853 a hombres (un 15,4 por 100), puede servir de alerta para aconsejar la intervención de los poderes públicos para la concesión de algún tipo de subsidio o prestación durante el disfrute del permiso parental.

Debe de ir calando en la conciencia social que, si se quiere revertir una curva de natalidad verdaderamente desastrosa (que además se ha visto aún más perjudicada en el contexto de la pandemia) y conseguir un modelo social apropiado a las necesidades reales de una sociedad cada vez más envejecida, será menester efectuar cambios, sociológicos y

jurídicos, que lleven a una realidad más humana y adaptada, en la que la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, no sea una quimera, sino algo que, con el esfuerzo de todos, pueda llegar a materializarse en la práctica cotidiana sin penalización económica ni para las personas trabajadoras ni para las empresas. Al tiempo, una mayor dotación de servicios de cuidados debidamente subvencionados (guarderías, ludotecas, centros de día, ayuda a domicilio, casas de acogida para víctimas de violencia...) y un mayor esfuerzo de los interlocutores sociales en el diseño de reglas convencionales más adecuadas para una ordenación más equilibrada del conflicto trabajo-familia, no deben demorarse por más tiempo. Es de aplaudir, por ello, que el vigente Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva inste a profundizar en medidas de conciliación corresponsable de la vida personal, laboral y familiar al tiempo que reconoce que la negociación colectiva es el ámbito adecuado para avanzar en las medidas legalmente establecidas y adaptarlas a las realidades de las empresas y centros de trabajo y a las de las personas trabajadoras.

10. BIBLIOGRAFÍA

- ANAUT-BRAVO, S. (2019): *Servicios sociales: definición en el marco del Estado de Bienestar*, en AA.VV (ANAUT-BRAVO, S., Coord.): *El sistema de servicios sociales en España*, Pamplona, Aranzadi.
- ARAGÓN GÓMEZ, C. (2007): “La tutela judicial del derecho a la igualdad entre mujeres y hombres en el orden social”, en AA.VV (MERCADER UGUINA, J.R., Dir.): *Comentarios laborales de la Ley de Igualdad entre Mujeres y Hombres*, Valencia, Tirant Lo Blanch.
- ARAGÓN GÓMEZ, C. (2019): “La prestación por nacimiento y cuidado del menor, fruto de la reforma introducida por el Real Decreto Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantizar la igualdad de trato entre mujeres y hombres”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 219.
- BALLESTER PASTOR, M.A. (2016): “Del trabajo al trabajo de calidad: los nuevos retos de las políticas de empleo femeninos”, en AA.VV (MOYA AMADOR, Dir.): *Estudios sobre diversos aspectos jurídicos del trabajo de la mujer*, Pamplona, Aranzadi, 2016.
- BALLESTER PASTOR, M.A. (2016): *Retos y perspectivas de la discriminación laboral por razón de sexo*, Valencia, Tirant Lo Blanch.
- BALLESTER PASTOR, M.A. (2019): “De los permisos parentales a la conciliación: expectativas creadas por la Directiva 2019/1158 y su transposición al ordenamiento español”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 11.

- BLASCO JOVER, C. (2019): “La nueva configuración del permiso por lactancia y del derecho a la adaptación de jornada tras el Real Decreto Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para la igualdad de mujeres y hombres en el empleo y la ocupación”, *Revista Internacional y comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo. Adapt.*, Vol. 7, núm. 2.
- BALLESTER PASTOR, M.A. (2019): “El Real Decreto Ley 6/2019, para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación: Dios y el diablo en la tierra del sol”, *Temas Laborales*, núm. 149.
- BLASCO JOVER, C. (2023): “Cuando se cierra una puerta se abre una ventana. El Real Decreto Ley 5/2023 salva in extremis la esencia de la Ley de Familias”, *Lex Social*, Vol 13, núm. 2.
- CABEZA PEREIRO, J. (2000): “Notas sobre la Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras”, *Documentación Laboral*, núm. 61.
- CABEZA PEREIRO, J. (2011): “Las políticas de conciliación al servicio de la igualdad entre hombres y mujeres”, en AA.VV (CABEZA PEREIRO, J. y FERNÁNDEZ DO CAMPO, B., Dirs.): *Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad entre sexos*, Valencia, Tirant Lo Blanch.
- CANO GALÁN, Y. (2023): “Disecionando el Real Decreto Ley (ómnibus) 5/2023, de 28 de junio: especial referencia a las novedades laborales y de Seguridad Social”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 9.
- CASAS BAAMONDE, M.E. (2006): *Tutela judicial efectiva y garantía de indemnidad (el derecho a la garantía de indemnidad en la jurisprudencia constitucional)*, en AA.VV (CASAS BAAMONDE, M.E.; DURÁN LÓPEZ, F. y CRUZ VILLALÓN, J., Coords.): *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución Española. Estudios en homenaje al Profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer*, Madrid, La Ley.
- CASAS BAAMONDE, M.E. (2008): “Igualdad, conciliación de la vida personal, familiar y laboral y Seguridad Social”, en AA.VV (MONEREO PÉREZ, J.L; MOLINA NAVARRRETE, C. y MORENO VIDA, M.N., Dirs.): *Homenaje al Profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación. La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras*, Granada, Comares.
- CASAS BAAMONDE, M.E. (2017): “¿Derechos fundamentales específicos de las mujeres?”, *Revista Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 1.
- CASAS BAAMONDE, M.E. (2019): “Soberanía sobre el tiempo de trabajo e igualdad de trato y de oportunidades de mujeres y hombres”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 3.
- CASTELLANO BURUILLO, E. (2012): “La transposición del Derecho de la Unión Europea. El caso de la carga de la prueba”, *Temas Laborales*, núm. 116.

- DE JESÚS SILVANO, S. (2020): “Breve síntesis del alcance del nuevo derecho de los trabajadores a la adaptación de jornada para compatibilizar la vida laboral y familiar”, *Diario La Ley*, núm. 9581.
- DE LA CORTE RODRÍGUEZ, M. (2012): “El permiso parental en la Unión Europea”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 28.
- DORMIDO ABRIL, J. (2022): “La protección contra el despido y otras consecuencias desfavorables: sobre la transposición de la Directiva (UE) 2019/1158 a la legislación española”, *Femeris*, Vol. 7, núm. 2.
- FERNÁNDEZ COLLADOS, M.B. (2006): “La doble jornada femenina”, en AA.VV (SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., Dir.): *La presencia femenina en el mundo laboral: metas y realidades*, Pamplona, Aranzadi.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F. (2019): “Igualdad y prohibición de discriminación en el marco laboral”, en AA.VV (CASAS BAAMONDE, M.E. y GIL ALBURQUERQUE, R., Dirs.): *Derecho Social de la Unión Europea*, 2ª edición, Madrid, Francis y Taylor.
- GARCÍA CAMPÁ, S. (2019): “Criar sin parir. Sexo y género como categorías de análisis jurídico en la Sentencia del Tribunal Constitucional 111/2018, de 17 de octubre”, *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 433.
- GARCÍA NINET, J.I. (2008): “Art. 9”, en AA.VV (GARCÍA NINET, J.I., Dir.): *Comentarios a la Ley de Igualdad*, Valencia, CISS.
- GONZÁLEZ DE PATTO, R.M. (2016): “Cuestiones básicas sobre las políticas de empleo y contratación de la mujer”, en AA.VV (R. MOYA AMADOR, Dir.): *Estudios sobre los diversos aspectos jurídicos del trabajo de la mujer*, Pamplona, Aranzadi.
- GONZÁLEZ ORTEGA, S. (2004): “La protección social de las situaciones de dependencia”, en AA.VV (GONZÁLEZ ORTEGA, S. y QUINTERO LIMA, G., Coords.): *Protección social de las personas dependientes*, Madrid, La Ley.
- GOÑI SEIN, J.L. (2005): “La familia monoparental: ausencia de atención política y legislativa y su impacto sobre la situación sociolaboral de la mujer”, *Temas Laborales*, núm. 82.
- GORELLI HERNÁNDEZ, J. (2019): “Hacia la corresponsabilidad mediante la suspensión por nacimiento de hijos”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 53.
- GORELLI HERNÁNDEZ, J. (2022): “Un análisis normativo de la evolución de las políticas de conciliación en la Unión Europea. De la maternidad a la corresponsabilidad”, *Femeris*, Vol. 7, núm. 2, 2022.
- IGARTUA MIRÓ, M.T. (2022): “La promoción de la igualdad de género a través de fórmulas de trabajo flexible. Reflexiones y propuestas a la luz de la Directiva (UE) 2019/1158”, *Femeris*, Vol. 7, núm. 2.
- JURADO GUERRERO, T. (2022): “Presentación”, *Revista IgualdadES*, núm. 7.

- LANTARÓN BARQUÍN, D. (2019): *Transparencia salarial y otras reflexiones a propósito de la discriminación por razón de género*, en AA.VV (MONSALVE CUÉLLAR, M.E., Coord.): *Género y no discriminación*, Madrid, Aldeabarán.
- LÓPEZ ÁLVAREZ, M.J. (2022): “La adaptación de la Directiva de conciliación de la vida familiar y profesional al ordenamiento jurídico español”, *Fermeris*, Vol. 7, núm. 2, 2022.
- LÓPEZ ÁLVAREZ, M.J. (2023): “¿Por qué el nuevo permiso parental no cumple con los plazos de transposición de la Directiva (UE) 2019/1158”, *Briefs AEDTSS*, núm. 52.
- LÓPEZ BALAGUER, M. (2010): “Principio de igualdad en el acceso al empleo y en materia retributiva”, en AA.VV (M.A. BALLESTER PASTOR, Coord.): *La transposición del principio antidiscriminatorio contrario al ordenamiento jurídico laboral español*, Valencia, Tirant Lo Blanch.
- LÓPEZ CUMBRE, L. (2003): “Una Ley integral para la igualdad de trato y una ley orgánica para la igualdad entre mujeres y hombres. ¿Concurrencia o necesidad?”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 64.
- LOUSADA AROCHENA, J.F. (2019): *La construcción de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral como derechos fundamentales*, *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 9.
- MANEIRO VÁZQUEZ, Y. (2022): “Cuidados para quienes cuidan: la adaptación del art. 139 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social a la Directiva (UE) 2019/1158, de 20 de junio de 2019”, *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo*, núm. 3.
- MOLINA NAVARRETE, C. (2019): “Autodeterminación (soberanía) sobre el tiempo y adaptación de la jornada a la carta por razones conciliatorias: entre utopías”, *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 441.
- MORENO SERRANO, M. (2020): “El permiso para el cuidado del lactante tras la entrada en vigor del Real Decreto Ley 6/2019”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 10.
- NIETO ROJAS, P. (2023): “La transposición de las Directivas 2019/1158 de conciliación de la vida familiar y la vida profesional a través del Real Decreto Ley 5/2023”, *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, núm. 7.
- NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P. (2011): “La maternidad y paternidad en el Derecho de la Unión Europea”, *Actualidad Laboral*, núm. 14.
- NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P. (2019): *Novedades en relación con la jornada de trabajo y los derechos de conciliación (tras la aprobación del RD 6/2019, de 1 de marzo)*, Madrid, Dykinson.
- NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P. (2020): “Avances en corresponsabilidad y flexibilidad en cuidado del lactante y adaptación de jornada por motivos familiares”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 55.

- NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P. y MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA, R. (2011): “La maternidad y paternidad en el Derecho de la Unión Europea”, *Actualidad Laboral*, núm. 14.
- ORELLANA CANO, A.M. (2002): “Medidas para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras: análisis de las Directivas comunitarias 92/85 y 96/34 y lagunas de transposición al ordenamiento interno español”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 37.
- PASTOR MARTÍNEZ, A. (2019): “Las medidas laborales del Real Decreto Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la educación: un paso hacia la efectividad de la igualdad de trato y de oportunidades desde la corresponsabilidad”, *IusLabor*, núm. 1.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. (2002): *La protección jurídico laboral de la mujer: luces y sombras*, Barcelona, Cedecs.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. (2008): *La familia en el ámbito jurídico-laboral. Situación y protección*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. (2013): *Los permisos parentales: Avances y retrocesos tras las últimas reformas*, Albacete, Bomarzo.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. (2020): “Trabajo y corresponsabilidad familiar: análisis a la luz de la Directiva 2019/1158”, *Diario La Ley*, núm. 9600.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. (2022): “La Directiva 2019/1158, de 20 de julio, relativa a la conciliación de la vida familiar y profesional de los progenitores y cuidadores. Su transposición al ordenamiento jurídico español”, *Anuario Coruñés de Derecho Comparado del Trabajo*, Vol. XIV.
- ROMERO BURILLO, A.M. (2019): “De la prestación por maternidad a la prestación por nacimiento y cuidado de menores: una aproximación a la regulación contenida en el Real Decreto Ley 6/2019”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 224.
- RUBIO RUBIO, L. y DUMITRACHE, C.G. (2014): “Salud y tercera edad”, en AA.VV (MONEREO PÉREZ, J.L; MALDONADO MOLINA, J.A. y RUBIO HERRERA, R., Dirs.): *Prevención y protección de la dependencia: un enfoque transdisciplinar*, Granada, Comares.

NOVEDADES EN LA ADAPTACIÓN DE “JORNADA” POR CONCILIACIÓN TRAS EL RDL 5/2023: ALGUNOS AVANCES HACIA UNA FLEXIBILIDAD MÁS EQUILIBRADA

*NEWS IN THE ADAPTATION OF “WORKING HOURS”
BY CONCILIATION AFTER RDL 5/2023:
SOME PROGRESS TOWARDS A MORE BALANCED FLEXIBILITY*

MARÍA TERESA IGARTUA MIRÓ

*Catedrática de Derecho del Trabajo
Universidad de Sevilla*

Fecha de recepción: 07/10/2023

Fecha de aceptación: 16/11/2023

SUMARIO: 1. CONSIDERACIONES PREVIAS. 2. PRINCIPALES CAMBIOS EN LA SOLICITUD. 2.1 La solicitud como elemento central de delimitación del derecho de adaptación. 2.2 Ámbito de aplicación. 2.3 Negociación, plazos y resolución. 3. UNA MEJORA NOTABLE: EL DERECHO DE RETORNO A LA SITUACIÓN PRECEDENTE. 4. TUTELA ANTIDISCRIMINATORIA Y PROTECCIÓN FRENTE AL DESPIDO. 5. ALGUNOS ASPECTOS PENDIENTES. 5.1 El amplio margen de maniobra en la ponderación judicial de los intereses en juego. 5.2. Incentivos, orientación y asesoramiento 5.3. Mayores dosis de flexibilidad en favor de la persona trabajadora. 5.4. ¿La adaptación precisa mayores avances hacia la corresponsabilidad? 6. ¿CAMBIOS EN EL PAPEL DEL CONVENIO COLECTIVO? 7. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: El RDL 5/2023 traspone al ordenamiento tardía y parcialmente la Directiva 2019/1158. Para la adaptación de jornada supone una segunda fase de un proceso llamado a facilitar el ejercicio del derecho. Pese a las mejoras en la redacción legal y algunos aspectos positivos, aún se aprecian algunas carencias y aspectos pendientes, representando un avance hacia la flexibilización del tiempo de trabajo en favor de las personas trabajadoras. Sin embargo, el objetivo de la soberanía sobre el tiempo de trabajo se vislumbra distante y exige cambios estructurales y nuevos paradigmas en su gestión que aconsejaría una revisión de la sección 5ª del Capítulo II del ET.

ABSTRACT: RDL 5/2023 transposes Directive 2019/1158 belatedly and partially. For the adaptation of working hours, it represents a second phase of a process aimed at facilitating the exercise of the right. Despite the improvements in the legal wording and some positive aspects, there are still some shortcomings and pending aspects, representing a step towards making working time more flexible in favour of workers. However, the objective of sovereignty over working time is still a distant prospect and requires structural changes and new paradigms in its management, which would make a revision of section 5 of Chapter II of the ET advisable.

PALABRAS CLAVE: Adaptación, jornada, horario, flexibilidad, conciliación.

KEYWORDS: Adaptation, working time, timetable, flexibility, work–life balance.

1. CONSIDERACIONES PREVIAS

El ejecutivo antes de la “sorpresa” cita electoral de julio de 2023, decidió dar cumplimiento (más bien extemporáneo, huelga señalar) a algunos de sus compromisos europeos, aun sin satisfacer del todo las exigencias de las normas a trasponer, incluyéndolos en una disposición de las consideradas “ómnibus”, dadas sus dimensiones, la diversidad de cuestiones abordadas y con un preámbulo y título de notable extensión: Real Decreto–Ley 5/2023, de 27 de junio, por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad; de trasposición 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 Europea¹. Aunque se abordan distintos aspectos de interés, el estudio se ciñe a la nueva redacción dada al art. 34.8 ET en su agotadora revisión por fases, trasponiendo la Directiva (UE) 2019/1158, de 20 de junio de 2019, sobre conciliación de la vida familiar y profesional de los progenitores y cuidadores. Se aduce el objetivo del Consejo Europeo de que los Estados miembros traspongan a su derecho interno en los plazos establecidos las Directivas comunitarias, reconociendo la acumulación de retrasos –el plazo venció el 1 de agosto²– como consecuencia de la repetición de las elecciones generales, de la existencia de gobiernos en funciones y de la pandemia, habiéndose recibido carta de emplazamiento de la Comisión y dictamen motivado por falta de comunicación de las medidas nacionales, motivos suficientes a su juicio para justificar el presupuesto habilitante de la extraordinaria y urgente necesidad. La redacción anterior procedente del RDL 6/2019 supuso una completa reelaboración del precepto, reforzando el ejercicio del derecho de adaptación para la persona trabajadora (condicionado a la solicitud), aunque presentaba algunas lagunas, suscitaba determinadas dudas y dejaba un amplio margen a la interpretación judicial. Se trata de averiguar en qué

1 BOE 29 de junio de 2023.

2 Vid. LÓPEZ ÁLVAREZ, M.J., “Por qué el nuevo permiso parental no cumple con los plazos de trasposición de la Directiva (UE) 2019/1158”, *Briefs AEDTSS* nº 52, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2023. Con carácter más general, vid también su trabajo sobre “Conciliación y corresponsabilidad en el ordenamiento jurídico comunitario”, *Revista Galega de Dereito Social* nº 9, 2019, pp. 155 ss. Una aproximación a la norma en NIETO ROJAS, P., “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 Jurídico Laborales y de Seguridad Social* nº 7, 2023, pp. 75 ss.

medida se han resuelto, dando cuenta también de los criterios judiciales sentados hasta la fecha³, apoyándonos en los criterios interpretativos de la abundante doctrina existente⁴ y resaltando aspectos aún susceptibles de mejora.

La primera valoración debe ser positiva al reconfigurar de forma explícita la titularidad y los supuestos de solicitud, aportando mayores dosis de seguridad jurídica. Son además notorias algunas correcciones de redacción y ciertos avances en la tutela del derecho, en especial en la protección frente al despido. No se alcanza en modo alguno el reconocimiento de un derecho directo de adaptación, condicionado a la solicitud y de carácter “reforzado” por su dimensión constitucional en sede judicial⁵, pero se dan pasos acertados como la presunción favorable a la persona trabajadora en caso de falta de contestación expresa en los plazos indicados.

2. PRINCIPALES CAMBIOS EN LA SOLICITUD

2.1. La solicitud como elemento central de delimitación del derecho de adaptación

La adaptación, sin cambios en este punto, viene condicionada a la solicitud por parte de la persona trabajadora en relación con “*la duración y distribución de la jornada de trabajo, en la ordenación del tiempo de trabajo y en la forma de prestación, incluida la prestación de su trabajo a distancia, para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la*

.....

3 Como se sabe, el acceso a la suplicación está limitado a la acumulación de solicitud de indemnización o a la alegación de vulneración de derechos fundamentales (vid. STS 20 de junio de 2022 –rec. 454/2021–). Se ha propuesto permitir el acceso a la suplicación para unificar los dispares pronunciamientos, aunque la sentencia de instancia fuera ejecutable provisionalmente para evitar la desprotección del trabajador, MOLINS GARCÍA-ATANCE, J., “El nuevo marco jurídico de la Directiva (UE) 2019/1158 en relación con la adaptación del tiempo de trabajo a las circunstancias personales y familiares de las personas trabajadoras”, *Documentación Laboral* nº 122, 2021, p. 32.

4 Entre otros, AGUSTÍ MARAGALL, J., “El derecho de adaptación de jornada ex art. 34.8 ET después del Real Decreto-Ley 6/2019. La cuestión de la corresponsabilidad en su reconocimiento”, *Revista Jurisdicción Social* nº 199, 2019, pp. 42 ss; ARAGÓN GÓMEZ, C., “Tiempo de trabajo y conciliación: reducciones y adaptaciones de jornada por razones familiares”, *Trabajo y Derecho* nº 60, 2020, La Ley 955/2020; IGARTUA MIRÓ, M.T., “Conciliación y ordenación flexible del tiempo de trabajo. La nueva regulación del derecho de adaptación de jornada ex art. 34.8 ET”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* nº 53, 2019, pp. 66 ss; JURADO SEGOVIA, A., “Tutela del derecho”, en AA.VV., *Registro de jornada y adaptación del tiempo de trabajo por motivos de conciliación*; La Ley, Madrid, La Ley 4968/2020, pp. 20 ss; LÓPEZ BALAGUER, M., “El derecho de adaptación de jornada y forma de trabajo por conciliación de la vida laboral y familiar tras el Real Decreto-Ley 6/2019”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF.* Nº 437, 438, 2019, pp. 93 ss; MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L., “El derecho a solicitar la adaptación de jornada: Una aproximación legal y judicial”, *Anuario Jurídico y Económico Escurialense* LVI (2023), pp. 95 ss; MORÁN ROA, S., “La conciliación de la vida laboral y familiar a través de la adaptación de jornada: una herramienta para la igualdad de género y la productividad”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF.* nº 431, 2019, pp. 185 ss.

5 Por todas, SSTSJ Galicia 5 de diciembre de 2019 (rec. 5209/2019) y 16 de mayo de 2023 (rec. 931/2023). O STSJ Castilla y León (Valladolid) 24 de enero de 2022 (rec. 1527/2021).

vida familiar y laboral”. Adaptación que en el orden comunitario se refiere a su modelo de trabajo, acogerse al trabajo a distancia, horarios flexibles o reducciones del tiempo de trabajo englobados bajo la referencia a las fórmulas de trabajo flexible (art. 3.1. f) Directiva). Me parece que el empleo del término adaptación, de notable holgura, es claramente intencionado, poniendo el acento en la capacidad de flexibilizar y adecuar algo a necesidades o intereses concretos. Para el Diccionario de la RAE **adaptar no significa más que acomodar o ajustar algo a otra cosa** y, por ende, es a la persona trabajadora a quien se otorga la facultad de dar forma a estos ajustes conforme al propio diseño derivado de sus necesidades, sin pasar de la fase previa y sin reconocer un derecho subjetivo perfecto a la adaptación, que seguramente no tiene cabida dentro de los parámetros de la ajenidad y la dependencia.

Por tanto, **las posibles fórmulas amparadas legalmente son numerosas y heterogéneas**⁶, incluyendo el horario diario, los módulos de cómputo de la jornada, el número de horas al día, a la semana, al mes o al año, flexibilidad en las horas de entrada o salida, horario flexible o mecanismos como las cuentas o bancos de horas, permisos recuperables, distribución irregular de un porcentaje de la jornada, elección de turno de trabajo o, inclusive, el cambio de jornada continuada a partida, o viceversa, entre los más significativos⁷. Además, puede afectar a la “forma de prestación”, incluido el cambio de sede geográfica⁸, de concurrir el resto de los presupuestos exigidos por el art. 34.8 ET. Dados los amplios dictados legales, corresponde a la empresa justificar la irrazonabilidad o desproporción de la medida o las causas que justifican la negativa, sin que se esté dando carta de naturaleza



6 También para la STSJ Cantabria 31 de julio de 2016 (rec. 315/2015) se trata de una amplia fórmula que abarca todo lo relacionado con turnos, horarios (rígidos, flexibles, etc) y otros aspectos relacionados con la ordenación del tiempo de trabajo. No constituye entonces un catálogo cerrado de derechos sino una cláusula abierta. Para el cambio de turno, por todas, STSJ Aragón 1 de abril de 2022 (rec. 136/2022). Exclusión del turno de noche en SJS Soria 27 de febrero de 2020 (proc. 61/2020), por falta de acreditación empresarial de las razones organizativas. Se deniega cambio a turno de mañana en trabajadora con contrato para el turno de tardes, y acreditadas las muy serias dificultades organizativas de la empresa en SJS Ponferrada n. 2 30 de junio de 2021 (proc. 21/2021). Reducción de jornada equivalente al 87,5% de la habitual en STSJ Madrid 17 de febrero de 2023 (rec. 1011/2022). Adaptación del horario en los meses de junio y septiembre para recoger al hijo menor en el colegio, STSJ Madrid 16 de noviembre de 2022 (rec. 524/2020). En un sentido extensivo, incluyendo toda variación de la jornada de trabajo, tenga la naturaleza que tenga, BASTERRA HERNÁNDEZ, M., “Las reducciones y adaptaciones de jornada en atención a las necesidades personales y familiares del trabajador”, *Revista de Derecho Social* n° 78, 2017, p. 119.

7 No comparto la necesidad de empleo de una formulación más detallada como la del plan MECUIDA, esgrimida por alguna autora MANEIRO VÁZQUEZ, Y., *Cuidadores, igualdad y no discriminación y corresponsabilidad: la (r)evolución de los derechos de conciliación de la mano de la Directiva (UE) 2019/1158*, Bomarzo, Albacete, 2023, p. 153, en tanto lo fundamental es la flexibilidad y la adaptación que puede operar sobre los aspectos temporales, pero también modales, funcionales o espaciales de la prestación de servicios, atendiendo también a la variedad de circunstancias o necesidades planteadas, espacio que, además también puede ser cubierto por la negociación colectiva.

8 STSJ Galicia 25 de mayo de 2021 (rec. 335/2021), cambio a la localidad donde tiene su residencia, con la consiguiente indemnización por la vulneración de un derecho fundamental. Doctrina que sigue también la SJS Barcelona 13 de marzo de 2023 (rec. 962/2022) en cuyo fallo pesa considerablemente el hecho de no mantener negociación alguna con la trabajadora solicitante. STSJ Canarias (Santa Cruz de Tenerife) 21 de julio de 2020 (rec. 215/2020). Ello no supone un derecho automático al traslado ni impone a la empresa obligación de convocar concurso de traslado, STSJ Galicia 30 de junio de 2021 (rec. 4509/2020).

a un genérico derecho al traslado, debiendo exponerse en qué forma contribuye a hacer efectivo el derecho a la conciliación, puesto que el trabajo a distancia es una precisión meramente ejemplificativa.

La solicitud no se condiciona a requisito de antigüedad, algo admitido por la Directiva (6 meses), aspecto a valorar positivamente, evitando trabas injustificadas a los trabajadores temporales o con poco tiempo de permanencia en la empresa. Tampoco toma en consideración explícitamente aspectos como la duración a efectos de su incidencia en la concesión por parte del empresario. A la persona trabajadora corresponde delimitar tanto la adaptación pretendida como su duración –en ocasiones claramente determinada por la causa que la motiva–, que convendría exponer, al menos de forma aproximada, aunque no venga exigido legalmente. Dado que se vincula a determinadas necesidades de conciliación la duración habrá de ser “razonable” y proporcionada a las mismas, pero también con las necesidades organizativas y productivas de la empresa. Como se sabe, el art. 9.1 de la Directiva señala que la duración de las fórmulas de trabajo flexible podrá estar supeditada a un límite razonable. Ni en la redacción anterior ni en la actual se establece límite alguno al número de solicitudes ni al ejercicio, lo que **permite cursar una solicitud cada vez que la persona trabajadora tenga necesidades de conciliación que puedan atenderse por esta vía**⁹.

Pese a la ausencia de cambios explícitos, la solicitud se ve afectada al menos por dos modificaciones legales. Por un lado, aunque sigue sin especificarse la forma, sin exigencias de ningún tipo, es recomendable la forma escrita con constancia expresa de su fecha, que cobra especial incidencia para la presunción prevista ante la falta de respuesta escrita por parte del empresario. Por otro, aunque no quedaba claro si la persona trabajadora debía justificar la causa que motiva la solicitud, la reconfiguración del supuesto de hecho lleva a dos tipos diferenciados. **Una petición más simplificada, sin justificación, si es relativa a hijos/as menores de 12 años**, en la que opera una especie de presunción de la necesidad de cuidado en base a su corta edad¹⁰ y **una solicitud en la que se deben “justificar las circunstancias en que se funda su petición”**¹¹, cuando venga referida a otros sujetos causantes y otras necesidades de conciliación, aspecto que se ampliará *infra*. En todo caso habrá de detallarse el contenido de la adaptación, si afecta y cómo a los aspectos cuantitativos o cualitativos de la jornada, a la forma de prestación o al teletrabajo, con el mayor detalle posible y, en su caso, en qué mejoran la conciliación. Teniendo en cuenta

.....

9 Reconoce este derecho de nuevas solicitudes, pues puede ser ejercido las veces que sea necesario, condicionado a cambios de circunstancias en las necesidades familiares respecto a los de una anterior la STSJ Canarias (Las Palmas) 12 de septiembre de 2022 (rec. 759/2022), aunque con un voto particular que afirma que la sentencia de la mayoría denegatoria no se ajusta al enjuiciamiento en clave de género.

10 NIETO ROJAS, P., “La transposición de la Directiva 2019/1158...”, op. cit., p. 84.

11 Sobre la diligencia exigible a quien pretende configurar su tiempo de trabajo, inherente al concepto de buena fe, que supondría el suministro de cuanta información personal resulte de interés para la identificación del derecho, la graduación de su preferencia y su reconocimiento y efectividad frente a la organización empresarial, STSJ Canarias (Las Palmas) 25 de mayo de 2023 (rec. 29/2023).

que, ante la falta de acuerdo, la decisión acabará ante el órgano judicial competente lo lógico es pensar que la solicitud junto a la exposición de la necesidad de conciliar debería exponer que lo solicitado es razonable y es proporcional, explicando cómo contribuye al ejercicio del derecho.

2.2. **Ámbito de aplicación**

El cambio más notorio afecta a esta cuestión y es valorado positivamente por la doctrina que aprecia una “ampliación”¹² en el ámbito de aplicación del precepto legal. En la práctica se venía admitiendo la solicitud para otras necesidades familiares aunque el menor hubiera cumplido doce años¹³, pero **la norma opera una clara redefinición del supuesto de hecho**, aquejado de un importante grado de indeterminación, provocando cierto desconcierto, inseguridad jurídica y propiciando la negativa empresarial cuando la necesidad no era la de atender a hijos menores de doce años –ocho en la Directiva–. Es de esperar que facilite que prosperen otro tipo de solicitudes, favoreciendo el ejercicio del derecho. Es verdad que parecía desterrarse el derecho para el cuidado de hijos por razón de edad si superaban ese umbral, más no ante otras necesidades de cuidado por enfermedad, discapacidad u otras circunstancias excepcionales, dando cabida a otras necesidades que quizás van a quedar más restringidas según la dicción del precepto legal.

En relación con los hijos, por un lado, la redacción es muy flexible y no exige como en otros preceptos estatutarios requisitos como el cuidado directo del menor. Por otro, atendiendo al art. 108 Cc y a los arts. 14 y 39 CE no cabe hacer distinción alguna entre hijos naturales o adoptados, aunque en otros artículos como el art. 46.3 ET, el legislador ha estimado necesario aclarar que la excedencia es para el cuidado de cada hijo, tanto cuando lo sea por naturaleza como por adopción. Más dudas suscitan los supuestos de guarda o acogimiento que suelen ser contemplados de manera explícita y que difícilmente encajan con el vocablo hijos, de forma que la solicitud habría de ampararse en el nuevo apartado del precepto legal, si bien condicionado al requisito de la “convivencia”. En otro caso habrá de recurrirse a otros derechos de conciliación como la reducción de jornada del art. 37.6 ET o a la propia excedencia. Misma dificultad plantea el encaje de otras relaciones, habituales en los nuevos tipos de familia, como pueden ser los hijos biológicos de la pareja, que de nuevo tendrán cabida exclusivamente si se da la convivencia.

.....
12 La doctrina considera que se “incrementa” el ámbito del derecho, así SALA FRANCO, T., “Novedades en materia laboral del Real Decreto–Ley 5/2023, de 18 de junio”, *Briefs AEDTSS* n° 50, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2023, p. 2.

13 Entre otras, STSJ País Vasco 19 de julio de 2022 (rec. 1413/3022); SJS n. 1 de Valladolid 22 de noviembre de 2019 (rec. 667/2019). En relación con el cuidado de los padres, STSJ Galicia (A Coruña) 18 de febrero de 2022 (rec. 7045/2021).

Al margen de lo anterior, se suscitaban dudas acerca del grado de parentesco respecto a otros familiares que necesitaran atención, las parejas de hecho o posibles personas no convivientes. En esencia, más que una ampliación lo que se opera es una mejor concreción de los sujetos causantes, aunque podría cuestionarse si con ánimo de exhaustividad. En la versión antecedente, no se daba un ajuste pleno a los dictados comunitarios, pues la Directiva acoge un concepto de familiar referido al “hijo, hija, padre, madre o cónyuge del trabajador, o pareja de hecho de este cuando las uniones de hecho estén reconocidas en el Derecho nacional” (art. 3.1 e). Asimismo, la Directiva extiende la condición de solicitantes, más allá de los progenitores, a quienes tengan la condición de cuidadores (art. 3.1 d)). La necesidad de ajustarse al reconocimiento del derecho de adaptación por parte de la Directiva está en la base de esta clarificación legal añadiendo a la redacción anterior que se mantiene igual, un nuevo párrafo que recoge literalmente lo siguiente: “Asimismo, tendrán ese derecho aquellas que tengan necesidades de cuidado respecto de los hijos e hijas mayores de doce años, el cónyuge o pareja de hecho, familiares por consanguinidad hasta el segundo grado de la persona trabajadora, así como de otras personas dependientes cuando, en este último caso, convivan en el mismo domicilio, y que por razones de edad, accidente o enfermedad no puedan valerse por sí mismos, debiendo justificar las circunstancias en las que fundamenta su petición”.

Esta nueva redacción despeja algunos aspectos que quedaban algo turbios en la precedente. Entre los más significativos: el **nacimiento del derecho respecto a los hijos e hijas mayores de doce años cuando tengan necesidades de cuidado en los términos legales; la aplicación a las parejas de hecho**, que cabía entender incluidas en una exégesis acorde con la Directiva, y la cuestión del grado de parentesco, situado ahora en el segundo grado por consanguinidad, **eliminándose la referencia al parentesco de afinidad considerado tradicionalmente como un elemento que perpetúa los roles de género**¹⁴, en detrimento de la corresponsabilidad y de la promoción de la igualdad. Desaparición que no obsta su inclusión en la categoría de “otras personas dependientes” siempre que se dé la convivencia. Llama la atención, sin embargo, que se elimine en este supuesto y se mantenga para la excedencia y la reducción de jornada¹⁵, con frecuencia disfrutadas por las mujeres y bastante más lesivas para la plena igualdad. Sin embargo, parece lógico el mantenimiento en los permisos retribuidos de corta duración, dada la finalidad perseguida (art. 37.3 b)

.....

14 Por todos, CABEZA PEREIRO, J., “La Directiva de conciliación de la vida familiar y profesional”, *Revista de Derecho Social* n° 92, 2020, p. 72. También aplaude esta limitación a los familiares propios NIETO ROJAS, P., “La transposición de la Directiva 2019/1158...”, op. cit., p. 83.

15 También destaca la falta de coherencia respecto al non nato proyecto de Ley de Familia, NAVARRO NIETO, F., “Actualidad normativa y jurisprudencial en los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral”, *Revista Española de Derecho del Trabajo* n° 262, 2023, BIB 2023/897, p. 3 (versión digital consultada en Aranzadi insignis).

y b) bis ET); en el caso de la hospitalización, por ejemplo, para facilitar la alternancia¹⁶ o en el fallecimiento para atender diversas necesidades que se producen ante los sucesos luctuosos.

La referencia al segundo grado de consanguinidad parece alinear la norma con la llamada de la Directiva a la posible inclusión expresa de los abuelos en el ámbito de aplicación del derecho, terreno donde el legislador nacional no se había pronunciado, quedando ahora cubiertos¹⁷ ante la concurrencia de necesidades de cuidado. Aunque presumiblemente se está pensando más en el cuidado de los abuelos por parte de las personas trabajadoras, donde se dará con más facilidad la exigencia de que “no puedan valerse por sí mismos”, nada obsta que la solicitud se curse por un abuelo/a que, por las razones que sean, tenga necesidad de atender al cuidado del menor (sin sujeción a un requisito concreto de edad). Sin embargo, ante la postergación de la maternidad, la edad media de los progenitores primerizos en nuestro país y la edad “real” de jubilación, la existencia de abuelos en activo igual no va a ser una realidad tan frecuente.

Puede colegirse que la referencia a en “este último caso” (otras personas dependientes) va referida exclusivamente al requisito de la convivencia, mientras que la exigencia de que “por razones de edad, accidente o enfermedad no puedan valerse por sí mismos”, engloba a todos los supuestos anteriormente mencionados. En este caso se exige a la persona trabajadora justificar la causa en que se funda la petición, innecesaria si los hijos son de edad inferior al umbral legal. La fórmula es conocida, por ser la tradicionalmente utilizada para la excedencia por cuidado de familiares, aunque mientras allí (art. 46.3 ET) se exige que no desempeñe actividad retribuida, aquí este requisito acertadamente ha desaparecido. **No se da una equivalencia con la discapacidad, aunque exige explicar la situación específica y la necesidad que debe cubrirse y cómo la adaptación propuesta contribuye de forma razonable y proporcional a su atención.** No parece descartar que se refiera a determinadas tareas concretas (p.e. acompañamiento a rehabilitación o determinadas terapias) pues la fórmula es bastante imprecisa, con un contenido más coloquial que esencialmente jurídico, sin que se identifique con otras figuras como la ayuda de tercera persona exigida en la gran invalidez; con requisitos son más circunstanciales, más atenuados y menos exigentes¹⁸.

.....

16 Así también MANEIRO VÁZQUEZ, Y., *Cuidadores, igualdad y no discriminación...*, op. cit., p. 112.

17 Algún pronunciamiento se ha mostrado favorable a dar cabida a la abuela dentro del parentesco requerido por el precepto legal, considerando exigible que la trabajadora justifique sus circunstancias familiares, máxime cuando su hija trabaja en la misma empresa, desestimando la demanda al no acreditar la abuela ni la edad de los nietos, ni el horario escolar, ni la inexistencia de guardería para el menor, ni las circunstancias laborales del padre, sin que se haya argumentado que este no pueda hacerse cargo de sus hijos o que haya ejercido los derechos de conciliación y le hayan sido denegados, RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “Derecho de una abuela a la adaptación del horario de trabajo por motivos de conciliación: necesidad de acreditar la situación de necesidad familiar”, *Revista de Jurisprudencia Laboral* nº 9, 2021, pp. 5–6.

18 STSJ País Vasco 20 de octubre de 2020 (rec. 1157/2020).

Se dan avances hacia un concepto más flexible de familia, aun cuando la doctrina advierte de los posibles efectos contraproducentes de esta flexibilidad en sistemas como el nuestro, que se han basado demasiado en el cuidado informal de las mujeres¹⁹, puesto que “un entendimiento amplio de familia puede ser perjudicial a los objetivos expresos de la Directiva de producir una mayor igualdad entre hombres y mujeres en el empleo y en las condiciones de trabajo”²⁰. La convivencia se considera determinante para poder extender el derecho respecto a personas sin vínculo de parentesco o de un grado superior al recogido legalmente (sobrinos, tíos, primos). No obstante, plantea algunas incógnitas a la hora de delimitar su alcance. La doctrina considera que este término extiende subjetivamente el derecho pero también suscita dudas de aplicación, al no aclarar si debe ser en el domicilio del cuidador, si ha de ser previa, o exige un tiempo mínimo o puede surgir de la necesidad de cuidado, considerando que debían haber sido abordados por la Directiva en lugar de por cada Estado²¹. Nuestro legislador, sin embargo, no ha considerado tampoco pertinente aclaración alguna. En este sentido, **la finalidad del precepto y el alcance constitucional de los derechos en liza debería propiciar una interpretación amplia por parte de los tribunales del requisito de la convivencia**, siendo suficiente la prueba de que en el momento concreto y a fin de atender a la necesidad de cuidado se da, con independencia de su duración y la titularidad del domicilio.

Por su parte, la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación dependencia se refiere de forma genérica a “personas de la familia y su entorno” (art. 2.5); si con anterioridad podía pensarse en una aplicación analógica de este término, siempre que quedara demostrado el vínculo, la necesidad de conciliar y la razonabilidad de la solicitud, esta posibilidad decae con la especificación legal.

Es lógico plantear si se trata de ante una enumeración tasada o cabría valorar otras situaciones de necesidad no contempladas de forma expresa por la norma. **Seguramente el ánimo del legislador es la exhaustividad**, sin dar cabida a otras circunstancias no previstas, salvo las posibles ampliaciones por vía negocial. Lo que sí se refuerza es el carácter individual del derecho, desterrando la indagación en las circunstancias familiares, con el objetivo de desentrañar si el otro progenitor u otro familiar puede asumir las tareas de cuidado. La vara de medir viene justificada en la necesidad de conciliación y la “razonabilidad” de la solicitud²², más aún cuando se admite implícitamente el ejercicio simultáneo

.....

19 Vid. los datos donde se refleja claramente la desigualdad por razón de sexo en la tarea de cuidados en MANEIRO VÁZQUEZ, Y., *Cuidadores, igualdad y no discriminación...*, op. cit., pp. 42 ss.

20 CABEZA PEREIRO, J., “La Directiva de conciliación...”, op. cit., p. 52.

21 MANEIRO VÁZQUEZ, Y., *Cuidadores, igualdad y no discriminación...*, op. cit., p. 114 ss.

22 El derecho no tiene carácter absoluto, de forma que cualquier medida tendente a hacer efectivo el derecho a la conciliación resultaría razonable, salvo que obedeciera al mero capricho o un ejercicio abusivo no susceptible de tutela, condicionado a parámetros de proporcionalidad, en su pugna con el derecho de libertad de empresa,

y/o sucesivo por más de un miembro de la unidad familiar o de convivencia. El TSJ de Galicia ha sido tajante al sostener que en modo alguno debe demostrarse la imposibilidad de acudir a otros mecanismos de conciliación, o que otros miembros de la unidad familiar no pueden asumir el cuidado o que podrían ejercer el derecho²³.

2.3. Negociación, plazos y resolución

En este ámbito se producen distintas novedades y ciertas mejoras de la redacción legal, avanzando hacia un procedimiento más ordenado de solicitud–concesión frente a la vaguedad del texto comunitario. El art. 34.8 ET optó por un plazo cerrado de treinta días, cuestionado desde la perspectiva de su ajuste a la razonabilidad marcada por la norma comunitaria²⁴, mostrándose demasiado largo, especialmente si la necesidad de conciliar es inaplazable. **Ello justifica la actual limitación a quince días**, más acorde con otros previstos en el ET como el recogido en el art. 41.4 ET.

La Directiva obliga también al empresario a justificar su negativa, incluso ante el simple aplazamiento de las fórmulas de trabajo flexible (art. 9.2). Y en este campo pueden apreciarse ciertas mejoras en la regulación interna. Así, la inclusión de una presunción en favor del reconocimiento del derecho, de forma que transcurrido el plazo de quince días mencionado, se presume la concesión si no concurre oposición motivada expresa. Aserto llamado a agilizar los procesos y a actuar como revulsivo para la contestación empresarial. Transcurridos quince días desde la solicitud, cuya fecha debe plasmarse fehacientemente, la persona trabajadora puede adaptar directamente la jornada. Ahora bien, con ello no se eliminan ni los posibles conflictos ni los perjuicios o represalias por el ejercicio, objeto ahora de garantía expresa mejorando la protección frente al despido. También se progresa en la contestación del empresario. Por un lado, frente a la presentación anterior de todas las respuestas en el mismo plano (aceptación, propuesta alternativa o negativa) ahora se apuesta por la aceptación como respuesta más habitual. Al decir del precepto legal “*finalizado el proceso de negociación, la empresa, por escrito, comunicará la aceptación de la petición*”. En caso contrario, planteará una propuesta alternativa o manifestará la negativa a su



organización y dirección empresarial, también de proyección constitucional, sin que exista una libre configuración de la jornada ni un derecho de modificación unilateral. Por todas, SSTSJ Canarias 10 de febrero de 2022 (rec. 1813/2021) y 25 de mayo de 2023 (rec. 29/2023).

23 STSJ Galicia 25 de mayo de 2021 (rec. 335/2021), acogiendo su propia doctrina sentada en Sentencia de 6 de noviembre de 2020. En otros casos, sin embargo, se valora de forma bastante discutible la imposibilidad del cónyuge de asumir la tarea de conciliación, para valorar la razonabilidad de la adaptación, como en STSJ Aragón 19 de enero de 2021 (rec. 637/2020). Vid. STSJ Castilla y León 19 de septiembre de 2023 (rec. 836/2023), aunque abunda en este criterio tras la constatación de la justificación por la empresa de razones organizativas y productivas que hacen muy gravoso acoger lo solicitado. En el sentido del texto, VIQUEIRA PÉREZ, C., “Límites a la adaptación de jornada para la conciliación de la vida familiar (art. 34.8 ET)”, *Revista de Jurisprudencia Laboral* n° 4, 2021, p. 5 y 6. En la misma línea, NIETO ROJAS, P., “La transposición de la Directiva 2019/1158...”, op. cit., p. 86.

24 CORDERO GORDILLO, V., “Trabajo a distancia y conciliación familiar y laboral”, *IUSLabor* 2/2021, p. 17.

ejercicio. Aunque son pocas las variaciones, la diferencia se halla en que, escalonadas las respuestas, de no poder acogerla en sus propios términos, **debe motivarla y justificarla tanto para el caso de denegación como de propuesta alternativa, algo que no ocurría con la norma precedente**. Seguramente se busca poner coto a determinadas prácticas donde, sin justificar las razones para la denegación en los términos solicitados, se concede una alternativa a la medida de las necesidades empresariales, cuando debe primar el ajuste de la prestación al ejercicio del derecho a conciliar, cuya dimensión constitucional debe ponderarse en todo caso a la hora de valorar las necesidades organizativas y productivas de la empresa²⁵. Implícitamente se eleva el nivel de exigencia para aceptar “*tout court*” la solicitud.

3. UNA MEJORA NOTABLE: EL DERECHO DE RETORNO A LA SITUACIÓN PRECEDENTE

Un aspecto mal resuelto era el relativo a la vuelta a la situación precedente, dada la defectuosa redacción legal, constatándose una mayor claridad en el texto de la Directiva que reconoce explícitamente el derecho del trabajador a volver a su modelo de trabajo original al término del período acordado (art. 9.3). Además, considera que las solicitudes para la vuelta anticipada serán estudiadas y atendidas por el empresario, teniendo en cuenta tanto sus propias necesidades como las de los trabajadores. Aunque no reconoce el derecho de retorno si se ha otorgado sin fijación de un límite temporal, centrándose en la solicitud de la reversión. Por ello se reclamaban posibles y recomendables mejoras que pudieran establecerse a nivel interno²⁶ y, una vez conocido el texto legal, su revisión²⁷.

No era un dechado de claridad nuestra norma cuando preveía que “*la persona trabajadora tendrá derecho a solicitar el regreso a su jornada o modalidad contractual anterior una vez concluido el período acordado o cuando el cambio de las circunstancias así lo justifique, aun cuando no hubiese transcurrido el período previsto*”. Reconocer un mero derecho a la solicitud, también en caso de finalización del período acordado no tenía demasiado sen-

.....

25 Vid. STSJ C. Valenciana 7 de septiembre de 2021 (rec. 1267/2021) que estima la existencia de dificultades productivas y organizativas por parte de la empresa y falta de prueba de las dificultades de los padres para poder atender las necesidades de conciliación de la hija. Asimismo se desestima por falta de prueba de la necesidad de conciliación en trabajadora con una segunda actividad en STSJ Galicia 5 de octubre de 2020 (rec. 2173/2020).

26 CABEZA PEREIRO, J., “La Directiva de conciliación...”, op. cit., p. 70.

27 NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P., “Avances en corresponsabilidad y flexibilidad en el cuidado del lactante y la adaptación de jornada por motivos familiares”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* n° 55, 2020, p. 23.

tido. No se garantizaba de forma alguna el retorno o el regreso efectivo a las condiciones originales, en contradicción con la Directiva²⁸. La actual redacción **reconoce expresamente el “derecho a regresar a la situación anterior”**, tanto una vez concluido el período acordado como cuando decaigan las causas que motivaron la solicitud, por tanto, admitiendo tanto los pactos con duración concreta como indeterminada, “condicionada” a la necesidad de conciliación. Se sobreentiende, además, que es a hacerlo exactamente **en las mismas condiciones existentes antes de la solicitud y comienzo de la adaptación**. Para los demás supuestos se prevé que “de concurrir un cambio de circunstancias que así lo justifique, la empresa sólo podrá denegar el regreso solicitado cuando existan razones objetivas motivadas para ello”, reforzando el derecho también en otros casos, por ejemplo, si otra persona puede atender la necesidad de conciliación sin que esta desaparezca o se opta por otro derecho de conciliación. Además **se limita la discrecionalidad del empresario, que habrá de motivar una negativa al “regreso” anticipado**. Pese a estos cambios, debe velarse, incluso por parte de la negociación colectiva, por la garantía del mantenimiento sin fisuras de las condiciones previas al ejercicio del derecho y la evitación de represalias o actos discriminatorios fundados en tal causa, algo plasmado expresamente en el art. 4.2 c) ET, como pasamos a ver a continuación.

4. TUTELA ANTIDISCRIMINATORIA Y PROTECCIÓN FRENTE AL DESPIDO

Los cambios operados en la institución no pueden apreciarse en su integridad si no se pasa revista también a otros preceptos estatutarios objeto de modificación. El art. 4.2 c) ET plasma explícitamente la prohibición de discriminación –directa o indirecta– por razón de sexo, incluyendo el trato desfavorable dispensado a mujeres u hombres por el ejercicio de sus derechos de conciliación o corresponsabilidad de la vida familiar y laboral²⁹. De esta forma, se produce un mejor ajuste a la Directiva, desplegando toda la tutela sancionadora–represora que lo acompaña, conforme a los cánones constitucionales donde prima la objetividad del perjuicio y no el ánimo lesivo a la hora de apreciar la vulneración del derecho (por todas, STC 108/2019, 30 de septiembre).

.....
28 RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E., “La “soberanía sobre el tiempo”. Unilateralidad e imposición en la distribución del tiempo de trabajo frente a conciliación corresponsable”, *Cuadernos de Relaciones Laborales* 40 (1), 2022, p. 45.

29 También había antecedentes jurisprudenciales relevantes, así a modo de ejemplo la STC 79/2020, de 2 de julio de 2020 que apreció la discriminación indirecta por razón de sexo.

En cuanto a la regulación del despido, en el art. 53.4 b) ET se **incluye ahora de manera expresa como causa de nulidad** junto al despido de las trabajadoras embarazadas o de quienes hayan solicitado los permisos o estén disfrutando de ellos, el de **quienes hayan solicitado o estén disfrutando de las adaptaciones de jornada** previstas en el art. 34.8 ET y otro tanto respecto al despido disciplinario, con su inclusión expresa en la letra b) del apartado 5 del art. 55 ET. En justa correspondencia se da nueva redacción a los arts. 108.2 y 122.2 de la Ley de la Jurisdicción Social (Ley 36/2011, de 10 de octubre), simplificándola de forma palpable al emplear la fórmula de la remisión legal en lugar de la repetición de los supuestos de nulidad.

El cambio **no puede más que recibir una favorable acogida, al ser uno de los puntos más críticos de la regulación legal**. Aunque la Directiva en sus considerandos apuesta por la necesidad de tutelar a quien se acoge a las fórmulas de trabajo flexible frente a la discriminación o contra cualquier trato menos favorable por este motivo, incluyendo el despido (C. 40 y 41), no se ve equiparada en el articulado a la prevista para el disfrute de los permisos. Diferencias que, pese a la afirmación inicial del considerando 41³⁰, comienzan por la propia exigencia de justificación por escrito de los motivos del despido para quienes disfruten de un permiso más no para quienes se acogen a las fórmulas flexibles de trabajo (también art. 12). Misma reflexión cabe para la carga de la prueba (C. 42). Por su parte, su artículo 9 (fórmulas de trabajo flexible) reconoce el derecho a retornar al modelo de trabajo original, aunque seguramente hubiera sido conveniente reforzar expresamente el mantenimiento de los derechos laborales en el art. 10, como sí se hace en relación con los distintos permisos.

Es cierto que en el art. 11 se incorpora un principio de no discriminación por conciliación al señalar que los Estados Miembros adoptarán las medidas necesarias para prohibir que los trabajadores reciban un trato menos favorable por haber solicitado o ejercido los permisos en ella reconocidos o los derechos previstos en el art. 9, aun sin llevar esta tutela a su máximo nivel en el despido. Pero es que el art. 12 traza una clara línea de demarcación entre la tutela brindada tras la solicitud o el ejercicio de los permisos e, inclusive, del *tiempo de ausencia* previsto en el art. 9 y el resto de las fórmulas de trabajo flexible. Expresión de difícil interpretación pues se introduce *ex novo* y que podría referirse a la reducción del tiempo de trabajo que el precepto enumera entre las posibles fórmulas. Aunque una interpretación extensiva, atendida la finalidad de la norma (la tutela del ejercicio de los derechos de conciliación) permitiría también equiparar ausencia con “no presencialidad”, por ejemplo, la derivada de un posible ejercicio del derecho a disfrutar de la prestación a distancia³¹.

30 *Los trabajadores que ejercen su derecho a acogerse a los permisos o a las fórmulas de trabajo flexible contempladas en la presente Directiva deben estar protegidos contra el despido y contra cualquier medida de preparación para un posible despido por haber ejercido su derecho a solicitar tales fórmulas de trabajo flexible, con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.*

31 No obstante, también puede tratarse de una simple errata, entendiendo la referencia hecha al art. 7 y no al 9,

Aun con carencias, frente a esta apuesta en la Directiva por cierta tutela antidiscriminatoria, el legislador patrio guardó silencio, sin estimar pertinente modificar la nulidad del despido, dejando al derecho huero de una garantía efectiva y relegándolo de categoría, sin equipararlo con los tradicionales derechos de ausencia. La tutela está, sin embargo, justificada por afectar a una faceta de la relación de trabajo perteneciente al núcleo de los poderes directivos y organizativos del empleador, sin merma de retribución como regla general y sin sacrificios adicionales, por lo que no faltarán reticencias del lado empresarial.

Este cambio, despejando cualquier atisbo de duda³², se ajusta mejor a las demandas de protección inherentes al ejercicio del derecho y a la necesidad de promover su utilización como alternativa, siempre que sea posible, a otros derechos más perniciosos para los intereses económicos y de carrera profesional de las personas trabajadoras. Un sector de la doctrina ya venía sosteniendo la nulidad (o la procedencia)³³, que bien podía extraerse de la genérica obligación de los Estados miembros de establecer sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias *ex art. 13*³⁴. Otros autores defendían la razonabilidad de la decisión legislativa, dada la amplísima configuración del derecho de adaptación que la hace poco compatible con la extensión de las garantías en materia extintiva³⁵. Posición difícil de compartir y rigorista en exceso, pues la respuesta o reacción empresarial, contraria al derecho de igualdad y no discriminación, se debe a la solicitud o al correspondiente disfrute de la adaptación solicitada y, por ende, poco tiene que ver, en esencia, con la heterogeneidad de las medidas que cabe incluir en el catálogo ejemplificativo. Algún pronunciamiento alcanzaba esta misma conclusión con una interpretación extensiva de la garantía de indemnidad equiparando la solicitud a los actos previos o preparatorios del proceso³⁶. En definitiva, en

.....

MOLINS GARCÍA-ATANCE, J., “El nuevo marco jurídico de la Directiva...”, *op. cit.*, p. 25.

32 Sigue persistiendo la diferencia si el despido se produce tras el regreso, al igual que para los permisos, pues solamente se considera nulo si lo es tras finalizar los períodos de suspensión por nacimiento, adopción y otros análogos en los términos legales.

33 FERNÁNDEZ PRIETO, M., “Conciliación de responsabilidades de progenitores y cuidadores e igualdad de oportunidades en la Directiva (UE) 2019/1158”, *Revista Derecho Social y Empresa* nº 12, 2020, p. 28; RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “Trabajo y corresponsabilidad familiar: análisis a la luz de la Directiva 2019/1158”, *Diario La Ley* nº 8600, La Ley 2768/2020, p. 9 (versión consultada en laleydigital.es). Apostando por la incorporación expresa en el precepto interno, entre otros, DORMIDO ABRIL, J., “La protección contra el despido y otras consecuencias desfavorables: sobre la transposición de la Directiva (UE) 2019/1158 a la legislación española”; IGARTUA MIRÓ, M.T., “Promoción de la igualdad de género a través de “fórmulas de trabajo flexible”. Reflexiones y propuestas a la luz de la Directiva (UE) 2019/1158”, ambas publicadas en *Femeris* vol. 7 nº 2, 2022, p. 56 y 102, respectivamente.

34 Como señala el considerando 43 dichas sanciones pueden incluir sanciones administrativas y económicas, como multas o el pago de una indemnización, así como sanciones de otro tipo. En relación con el art. 18 de la Directiva 2006/54, la STJUE 17 de diciembre de 2015 (C-407/14, Arjona Camacho) admite que los daños punitivos podrían tener cabida en este tipo de sanciones, aunque descartando que hayan de imponerse en todo caso, en tanto el precepto no exige una medida determinada a los Estados miembros en caso de incumplimiento de la prohibición de discriminación.

35 GOERLICH PESET, J.M., “La adaptación de la ejecución del contrato por razones de conciliación de la vida familiar tras el RDL 6/2019”, *Tribuna* publicada en *El Derecho* en fecha 22.01.2020, p. 5, consultado en <https://elderecho.com/goerlich>. En la misma línea, CABEZA PEREIRO, J., “La Directiva de conciliación...”, *op. cit.*, p. 73, puesto que en ellas no hay interrupción de la actividad.

36 STSJ Extremadura (Cáceres) 5 de julio de 2018 (nº rec. 335/2018). Nulo por discriminación por razón de

este punto concreto **el legislador demuestra arrojo y una clara apuesta por la efectividad del derecho**, pues la nulidad había sido solicitada también resaltando sus efectos positivos al favorecer la corresponsabilidad, dado el tono de neutralidad que presupone³⁷.

Las posibles dudas de un supuesto incremento fraudulento de este tipo de solicitud – sin perjuicios económicos– a fin de conseguir un blindaje frente al despido, en relación con otros derechos como la reducción de jornada ha recibido la repulsa de los tribunales, descartando la nulidad del despido³⁸. Una posible actuación ilegítima de una minoría no debe conllevar la estigmatización de la mayoría ni la falta de respuesta contundente del legislador en orden tanto a la tutela del derecho a la conciliación, con la consiguiente nulidad, como a la protección frente a comportamientos fraudulentos encaminados a obtener una garantía injustificada de un derecho impostado.

Podría haberse emprendido también la correspondiente reformulación de la LISOS, que se ajusta a las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (DF primera), actualizando el catálogo de infracciones y sanciones para dar cabida en sus precisos términos a los comportamientos del empresario contrarios al “derecho” de la persona trabajadora o a aquellos que se consideren discriminatorios en atención a tales motivos, aunque cabe acudir, no sin dificultades, a los tipos generales en materia de jornada (art. 7.5 LISOS, entre las infracciones graves) o a las conductas discriminatorias o atentatorias de otros derechos fundamentales (*ex arts. 8.11, 12 y 13 bis LISOS*). Es dable sancionar comportamientos empresariales contrarios a la buena fe y, en particular, las negativas completamente injustificadas o la falta de estudio, atención y/o respuesta a las solicitudes presentadas. Actitud esta última que recibe ahora como respuesta la presunción comentada y que, como es sabido, ha provocado la estimación de las demandas interpuestas por los trabajadores³⁹, también ante la ausencia de período de negociación y de justificación de la negativa en necesidades organizativas o productivas⁴⁰. Los tribunales ven en estas faltas no solo una actitud no proactiva sino obstaculizadora del ejercicio de un derecho fundamental, bajo el palio de una causa no probada organizativa⁴¹.



sexo tras comunicar sus necesidades de adaptación para la reincorporación tras la pandemia en STSJ Cataluña 8 de junio de 2022 (rec. 1421/2022).

37 NIETO ROJAS, P., “Nulidad del despido y ejercicio de derechos de conciliación ¿es idéntica la protección para padres y madres corresponsables?”, en NIETO ROJAS, P. (Dir.), *Acciones públicas y privadas para lograr la igualdad en la empresa*, Dykinson, Madrid, 2021, p. 20.

38 A modo de ejemplo, ATS 12 de septiembre de 2018 (rec. 4347/017) que descarta la nulidad al tratarse de una solicitud de reducción de jornada, formulada cuando ya se conoce que se va a proceder el despido, para blindar el contrato y evitar el despido. También STSJ Madrid 28 de diciembre de 2017 (rec. 273/2017).

39 La falta de respuesta suele llevar a acoger íntegramente la pretensión del/la solicitante, SJS n. 2 León 17 de febrero de 2020 (proc. 981/2019); STSJ Asturias 23 de marzo de 2021 (rec. 425/2021); puesto que la falta de contestación vulnera los derechos fundamentales en liza según la STSJ Cataluña 19 de febrero de 2021 (rec. 4607/2020). También STSJ Asturias 28 de abril 2020 (rec. 3000/2019).

40 STSJ Aragón 19 de enero de 2021 (rec. 637/2020).

41 STSJ Galicia 16 de mayo de 2023 (rec. 931/2023).

5. ALGUNOS ASPECTOS PENDIENTES

5.1. El amplio margen de maniobra en la ponderación judicial de los intereses en juego

Una de las principales críticas a la reforma es que en caso de conflicto, que no desaparecerá pese a las mejoras operadas, la resolución sigue residenciada en la ponderación judicial de los intereses en juego, perpetuando las ya existentes divergencias entre tribunales y cierta inseguridad jurídica⁴², con un notorio crecimiento de los litigios en este ámbito, algo que contribuye a los monumentales atascos que sufre el orden social. Dado que el derecho se condiciona a la interpretación de conceptos jurídicos indeterminados, a la postre, queda a los jueces una ardua tarea por delante, exigiendo a las empresas algo más que alegar una razón objetiva, debiendo exponerla, midiendo que las causas sean razonables y proporcionales (suficientes). A modo de ejemplo, no lo es alegar respecto a un cambio de horario que excluiría el sábado por la tarde que este día se produce una mayor afluencia de público, porque debería haber probado la imposibilidad de cubrir el puesto con otro personal de la plantilla⁴³. También muy tajante, en relación con el teletrabajo, la STSJ Galicia (A Coruña) 5 de febrero de 2021⁴⁴ que en una exégesis que hace prevalecer la dimensión constitucional del derecho, señala que es la empresa quien debe demostrar que se le ocasionan graves perjuicios o menoscabos tangibles de carácter organizativo o de producción, capaz de excepcionar la concreción horaria consecuencia de la flexibilización propuesta por la persona trabajadora. Se descartan fórmulas vagas como que la adaptación planteada (teletrabajo) no era idónea para la buena marcha de la empresa⁴⁵.

Este sistema, aunque bastante proclive a la tutela del derecho de conciliación, plantea no pocas dificultades y podría haberse visto remodelado especificando de forma más estricta algunas cuestiones a fin de objetivar y unificar las respuestas judiciales, en línea con las posiciones mayoritarias de la doctrina que viene exigiendo una clarificación legal, sea sobre

42 PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., “Sobre el papel de la ley en la ponderación de los derechos fundamentales en conflicto (a propósito de la regulación del derecho a la adaptación de tiempo de trabajo por motivos de conciliación de la vida laboral y familiar)”, *Labos. Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, Vol. 2, nº 2, pp. 12 ss. SÁNCHEZ–URÁN AZAÑA, Y., “Adaptación de la jornada laboral y derecho de conciliación de la vida laboral y familiar. Factores de valoración en la ponderación judicial”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, Número 8/2019, pp. 1 ss.

43 STSJ Aragón 19 de enero de 2021 (rec. 637/2020).

44 Rec. 3191/2020. En la misma línea, para el cambio de turno en función de las semanas en que el padre tiene la custodia del menor, SJS n. 3 Valladolid 28 de marzo de 2022 (rec. 765/2021).

45 TSJ Asturias 19 de abril de 2022 (rec. 318/2022); SSTSJ Galicia 3 de febrero y 4 de mayo de 2022 (rec. 5108/2021 y 1073/2022), SSJS Avilés 11 de febrero de 2022 (sent. 54/2022), n. 2 Murcia 7 de diciembre de 2021 (proc. 494/2021) y n. 2 Badajoz 31 de mayo de 2021 (proc. 205/2021). Petición denegada en STSJ Madrid 17 de mayo de 2022 (rec. 100/2022), pues la trabajadora no tiene dificultades de conciliación que se puedan solucionar mediante el teletrabajo. Para la SJS n. 31 Madrid 20 de diciembre de 2021 (proc. 1169/2021), no legitima imponer una modalidad no implantada en la compañía, sin que acredite el perjuicio a la vida familiar, quedando justificadas las necesidades organizativas del trabajo presencial.

la necesidad de conciliar “propia” (no de la pareja u otro familiar) y la insuficiencia de alegar razones organizativas de carácter genérico siendo preciso evidenciar (argumentar y probar) la imposibilidad de aceptar la propuesta de disfrute efectuada por el titular del derecho⁴⁶.

No ha considerado pertinente el legislador, a fin de ponderar los intereses en juego, imponer requisitos concretos a la solicitud, exigiendo solamente justificar la necesidad de atender al sujeto causante en el reformulado precepto legal, o la edad del hijo o hija menor de doce años y la razonabilidad y proporcionalidad de lo pedido. Tampoco se ha restringido la posibilidad de que dos titulares realicen su solicitud respecto a la misma persona. A la vista de los amplios términos legales, **el margen judicial es muy amplio y en línea de principio el juez habrá de valorar tanto la proporcionalidad y razonabilidad de la solicitud, incluso en concepto de “coste” empresarial, como su idoneidad y ajuste al derecho de conciliación.** Ahora bien, el supuesto parece acotado en términos de “*numerus clausus*”, admitiendo difícilmente otras necesidades distintas. Si el juez considera idónea la solicitud, habrá de valorar si las razones organizativas o productivas aducidas por la empresa justifican su negativa o, inclusive, su propuesta alternativa. Quizás el legislador podría haber sido más taxativo en cuanto a las causas de denegación, más allá de la genérica referencia a las razones organizativas o productivas o a la irrazonabilidad/desproporción, imponiendo motivos ceñidos a la imposibilidad técnica u organizativa en el propio texto legal. Asimismo, se podía haber incentivado el uso de sistemas alternativos de solución del conflicto como se venía proponiendo desde la doctrina⁴⁷.

La tarea judicial puede tornarse más enmarañada cuando se plantee la valoración de la alternativa propuesta por la empresa, ante la impugnación de la “contrapropuesta”. En este caso, se suscitara la duda de si el juez debe limitarse a valorar esta última o su razonamiento debe ser más completo. Es lógico pensar, dada la relevancia del derecho de adaptación ahora reforzado, que primero habrá que sopesar la solicitud de la persona trabajadora y, en su caso, la causa alegada para no acogerla “en sus propios términos”. **Caso de que las razones empresariales no resulten suficientes, debería concederse la adaptación sin cambios ni matices, en las condiciones pedidas por la persona trabajadora, sin entrar siquiera a valorar la propuesta alternativa.** La respuesta será distinta cuando la empresa justifique adecuadamente los motivos para no acoger la solicitud en los términos planteados, pasando entonces a ponderar si las condiciones alternativas son razonables y proporcionales con el ejercicio del derecho.

46 VIQUEIRA PÉREZ, C., “Límites a la adaptación de jornada...”, op. cit., p. 8.

47 Se ha propuesto la creación de órganos de mediación para estos conflictos y el uso de sistemas de alternancia, suplencia o permuta entre los propios trabajadores de la plantilla, para un uso más flexible del tiempo de trabajo también para atender otros intereses personales, MARTÍNEZ MORENO, C., “La nueva regulación de la adaptación de la jornada con fines de conciliación ¿hasta dónde llega el avance?”, *Revista de Derecho Social y Empresa* nº 12, 2020, p. 21.

Por su parte, sigue planteándose un posible conflicto ante la previsión de otros supuestos de adaptación en la normativa laboral (por razones preventivas, formativas o de protección a las víctimas de la violencia de género) que hacía conveniente su reunificación y la previsión de reglas de prioridad aplicativa, no tomadas en consideración por el legislador, inclusive entre trabajadores que simultáneamente tengan necesidades de conciliación. Igualmente cabe preguntarse por el alcance de los “deberes” de adaptación impuestos al empresario y **si son títulos habilitantes para la modificación sustancial de condiciones de trabajo respecto a otras personas de la plantilla**, algo que seguramente ha de responderse positivamente⁴⁸, pero no hubiera estado de más la pertinente aclaración legal. Estamos lejos de los supuestos de laboratorio, por cuanto ya algún pronunciamiento ha tenido que enfrentar el conflicto entre el derecho de adaptación de jornada de una trabajadora y la “estabilidad” de otra por conversión de su contrato temporal en indefinido, ponderando el juzgador los intereses en juego (el derecho fundamental del art. 14 CE y el derecho reconocido en el 35 CE que no alcanza tal carácter)⁴⁹, dando clara primacía al primero de ellos.

5.2. Incentivos, orientación y asesoramiento

No ha considerado conveniente tampoco el legislador recoger el guante lanzado por la Directiva 2019/1158 (C. 48) cuando anima a los Estados miembros a proporcionar incentivos, orientación y asesoramiento a las pymes a fin de cumplir sus obligaciones de conformidad con la Directiva, evitando que supongan una carga desproporcionada, de especial relevancia en nuestro país tanto por el volumen de este tipo de empresas, con mayores dificultades organizativas, como por la complejidad de compaginar nuestros horarios (en especial, comerciales y de servicios) con el desempeño de tareas de cuidados y otras responsabilidades familiares. Inconvenientes que podrían paliarse con la **implantación de fórmulas organizativas más flexibles de aplicación voluntaria para toda la plantilla**, al margen de las necesidades familiares, compatibles con las exigencias productivas y/o de negocio de las empresas, cediendo parte de las potestades cuasi omnímodas de distribución irregular y dotando a los trabajadores de cierta capacidad de auto organización del tiempo, confiando más en la satisfacción de determinados objetivos o resultados que en la mera presencia en tramos horarios fijos en los lugares de trabajo. Las ventajas de estas fórmulas son patentes tanto sobre las brechas de género como frente a posibles perjuicios y

.....

48 A juicio del TSJ Galicia (A Coruña) 18 de febrero de 2022 (rec. 7045/2021) el derecho no se supedita a que haya trabajadores voluntarios para asumir cambiar su horario y facilitar la adaptación de jornada. Es causa organizativa y productiva suficiente la necesidad de cubrir el turno de tarde de la trabajadora a quien se reconoce jornada reducida de mañana por conciliación, STSJ Navarra 2 de diciembre de 2022 (rec. 473/2022). No obliga a contratar a otra trabajadora para cubrir el cambio de turno, STSJ Andalucía 9 de septiembre de 2021 (rec. 2650/2021).

49 STSJ Galicia 25 de mayo de 2021 (rec. 335/2021).

represalias sobre quienes ejercen su derecho de adaptación, evitando previsibles conflictos entre trabajadores y agravios comparativos entre quienes tienen hijos/as o responsabilidades familiares de cualquier índole y quienes no.

Quizás, dado su carácter pedagógico, se podría haber recuperado la referencia introducida en el párrafo 2º del art. 34.8 ET por la Ley 3/2012, de 6 de julio, a la “obligación de promover el uso de jornadas continuadas, horarios flexibles u otros modos de organización del tiempo de trabajo y de los descansos que sean más compatibles con la garantía de esos derechos y la mejora de la productividad en las empresas”, pese a una presencia más bien de “atrezzo” durante sus años de vigencia, sin actuaciones concretas por parte de los sucesivos gobiernos. Tampoco existe un interés especial de la patronal por los temas atinentes a la flexibilidad de la jornada, donde el fiel de la balanza actualmente está bastante inclinado a su favor.

5.3. Mayores dosis de flexibilidad en favor de la persona trabajadora

Dadas las ventajas que podrían aportar a todos los niveles la adaptación y el trabajo más flexible, quizás convendría apostar por normalizar algunos supuestos. Como se recordará el Considerando 37 de la Directiva 2019/1158, aunque luego no se recoge en el articulado, alude a que las fórmulas de trabajo flexible deben adaptarse a necesidades específicas, por ejemplo, familias monoparentales, padres adoptivos, progenitores con discapacidad, progenitores que tienen hijos con discapacidad o enfermedades graves o crónicas, o progenitores en circunstancias particulares, tales como las relacionadas con nacimientos múltiples o prematuros. Así, podrían haberse incluido casos de concesión automática, salvo razones de absoluta imposibilidad técnica u organizativa o dotar de ayudas a las empresas para la cobertura de las necesidades provocadas por este tipo de ajustes. Asimismo, en caso de conflicto, estos supuestos claramente justificados deberían servir de pauta en favor de la concesión en la interpretación judicial.

En la misma línea, es aún bastante tímido el recurso al teletrabajo como fórmula de adaptación y de ordenación flexible del tiempo de trabajo, con múltiples ventajas para el equilibrio familia-trabajo, pese a sus posibles efectos perniciosos en la igualdad de género, aspecto que necesita una mayor reflexión⁵⁰ y al posible incremento de determinados riesgos laborales, que habrían de recibir mejor cobertura. En línea de principio, esta clase de prestación, en especial si es flexible y parcial, permitiendo al trabajador desarrollarla

.....

50 Interesantes son las conclusiones extraídas en el estudio de GUAGLIANONE, L. y PARISI, M.L., “¿Smart-working? La teoría de la doble carga de trabajo”, *Temas Laborales* n° 159/2021, pp. 85 ss. Sobre la ambigüedad e incluso contradicción de los datos, GARCÍA MÉNDEZ, I., “Nuevas formas de trabajo: comentario a diversos estudios de Eurofund y la OIT sobre flexibilización del trabajo y sus implicaciones en materia de tiempo de trabajo”, *Trabajo y Derecho* n° 13, 2021, pp. 5–6 (versión de la ley digital).

algunos días a la semana, al mes o al año, gestionando de forma más maleable su tiempo pueden ser sumamente útiles, disminuyendo a la vez algunos inconvenientes asociados al trabajo a distancia, como el aislamiento social y la dificultad de deslinde con la vida privada. Por ello, se echan en falta medidas de promoción y fomento del teletrabajo parcial que no han sido afrontadas legalmente.

Tampoco se ha reformulado el art. 8.3 de la Ley 10/2021, sobre trabajo a distancia, que encomienda a los convenios o acuerdos colectivos el establecimiento de mecanismos y criterios por los que la persona que desarrolla trabajo presencial pueda pasar a trabajo a distancia o viceversa, así como preferencias vinculadas a determinadas circunstancias como las relacionadas con la formación, la promoción y estabilidad en el empleo de personas con diversidad funcional o con riesgos específicos, la existencia de pluriempleo o pluriactividad o la concurrencia de determinadas circunstancias personales o familiares, así como la ordenación de las prioridades, procurando evitar que en el diseño de estos mecanismos se perpetúen los roles y estereotipos de género, teniendo en cuenta el fomento de la corresponsabilidad entre mujeres y hombres, debiendo ser objeto de diagnóstico y tratamiento por parte del plan de igualdad que, en su caso, corresponda aplicar en la empresa. Sin embargo, en la elaboración del proyecto, se estableció una expresa prioridad para acceder al teletrabajo de las personas con responsabilidades familiares así como el derecho al trabajo a distancia ocasional por fuerza mayor familiar que desaparecieron del texto definitivo. En este sentido, y aunque el teletrabajo debería plantearse como una opción para cualquier trabajador, siempre que sea posible y sin que pueda considerarse como la panacea, igual podría haberse avanzado en el terreno de prever ciertos supuestos que garantizaran el derecho de acceso a esta forma de trabajo, en los términos apuntados, al estilo de lo regulado para el caso de las víctimas de la violencia de género o del terrorismo *ex art. 37.8 ET*, solo condicionado a que sea compatible con el puesto y las funciones desempeñadas.

5.4. ¿La adaptación precisa mayores avances hacia la corresponsabilidad?

Aunque se aprecian avances hacia la efectividad y garantía del derecho de adaptación, sigue distante el logro de la corresponsabilidad⁵¹ y el recurso a este tipo de medidas también por parte de los hombres. El Dictamen del CESE sobre la Directiva destaca que las fórmulas de trabajo flexible no deben tratarse como una “cuestión relativa a las mujeres”, centrándose en las madres o mujeres que deben cuidar a sus familiares dependientes. Las empresas deben fomentar las fórmulas de trabajo flexible tanto para los hombres como para

.....

51 Un repaso de los avances en la regulación y la jurisprudencia más recientes hacia la corresponsabilización en NAVARRO NIETO, F., “Actualidad normativa y jurisprudencial...”, *op. cit.*, p. 3.

las mujeres, y deben contribuir a una evolución cultural que se ajuste a las aspiraciones de hombres y mujeres y que también fomente una mayor igualdad profesional (punto 4.4.4, p. 7). Sería interesante, como se ha señalado, promover, fomentar o incentivar este tipo de medidas tanto desde las instancias públicas como dentro de las políticas de conciliación y/o los planes de igualdad de las empresas, ámbito donde también ostenta un relevante papel el convenio colectivo, al que el propio art. 34.8 ET reclama acomodar los términos de ejercicio del derecho a criterios y sistemas que garanticen la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre las personas trabajadoras de uno y otro sexo.

Si bien es cierto que el derecho viene reconocido indistintamente a la persona trabajadora –hombre o mujer– y, por tanto, con un aparente **rasgo de neutralidad** y que desaparece la referencia al parentesco de afinidad, quizás faltan pasos hacia la corresponsabilidad. Como se ha visto, algunos jueces⁵² indagan en la situación familiar para determinar si la persona solicitante tiene derecho al ejercicio, ante las dificultades–imposibilidad de otro/s integrantes de la unidad familiar o de la pareja... algo que parece exceder del papel otorgado por la norma. Incluso, cabe encontrar Sentencias recientes de algunos TSJ que, ante estas posibles críticas de las que son conocedores, justifican el recurso a la corresponsabilidad como criterio hermenéutico, desterrando que se trate de imponer ciertas conductas o actuaciones a los interesados invadiendo su ámbito de estricta autodeterminación en sus asuntos privados y familiares, haciendo notar que la aplicación del citado principio, si no se ha acreditado que la pareja ha solicitado un derecho similar de forma que se repartan y compatibilicen las responsabilidades familiares, excluye la pretensión de que la integridad del perjuicio derivado de la adaptación recaiga en exclusiva sobre la empleadora⁵³. Añadiendo que la mujer no debe considerarse la única que de manera exclusiva y sistemática asume las cargas asociadas al cuidado para terminar afirmando que “es obvio e indiscutible que la mujer trabajadora puede asumir dicha exclusiva responsabilidad por propia voluntad, como una opción vital completamente respetable. Pero en tao caso y de igual modo, no podrá pretender que dicha opción no se tenga en cuenta al ponderar los intereses en juego, incluidos los de la empresa, y habrá de asumir que, como consecuencia de su decisión, no se pueda repercutir sobre la

.....

52 Vid. STSJ Madrid 19 de diciembre de 2022 (rec. 385/2022), que señala que las actividades extraescolares –facultativas y no preceptivas– no pueden justificar la adaptación de la jornada a costa de la imposición al empresario de una modificación de su propia organización empresarial. Por lo que no cabría descartarlas con carácter general si la adaptación resulta factible organizativamente, y plenamente admisible, sin necesidad de justificación adicional, en el caso de menores de 12 años.

53 STSJ Castilla La Mancha 25 de mayo de 2023 (rec. 792/2022). Vid. STSJ Madrid 15 de septiembre de 2023 (rec. 74/2023) que afirma que “la empresa no puede pretender que, a la hora de reconocer el derecho de la persona trabajadora –sea el del 34.8 sea el del 37.6 ET–, se entre a analizar cómo esta organiza el cuidado del hijo/a o familiar con su cónyuge o pareja, o en su caso con otras personas de la familia (los abuelos). Sería permitir a la empresa, como se ha señalado por autorizada doctrina judicial, la intromisión en la vida privada de matrimonios y parejas, convirtiéndola en una suerte de guardián de la corresponsabilidad (ni, por derivación, ello se debe permitir a los Juzgados de lo Social). Lo que no impide –obviamente– que las dificultades del otro progenitor para conciliar en términos compatibles con el trabajo de la persona trabajadora solicitante puedan ser alegadas por esta para justificar la razón de su derecho”.

empresa la integridad de su propuesta de concreción del tiempo de trabajo si, como es el caso, existe justificación objetiva para la contrapropuesta de la empresa”. Nótese que el principio se trae, en puridad, de forma a mi parecer innecesaria, cuando ya se ha valorado positivamente la razonabilidad de la justificación empresarial de su contrapropuesta, atendido el excesivo “gravamen” que tendría aceptar la solicitud de la trabajadora sin matices, incluida la posible compatibilidad del ajuste de jornada con el horario de guardería. En tal caso, no parece justificado en exceso indagar en la situación de la pareja, cuando el legislador ha reconocido un derecho individual de todas y cada una de las personas trabajadoras. *Sensu contrario*, si las alegaciones de la empresa no son suficientes ni razonables y se concede el derecho tampoco aportaría nada el recurso al mencionado principio.

Seguramente si el legislador hubiera apostado aquí por mayores cotas de corresponsabilidad tendría que haber previsto criterios o reglas concretas para equilibrar el reparto de las tareas de cuidado, aunque es dudoso que por esta vía se consigan resultados positivos. **Dudas razonables plantea que sea el legislador quien priorice al varón sobre la mujer en el ejercicio**, más cuando estamos ante un derecho –el de adaptación– que contribuye mejor a la igualdad de género que los tradicionales permisos y excedencias. Aun cuando no estaría de más promover o incentivar el ejercicio por parte de los hombres, no resulta tan claro el tipo de instrumento a emplear, ni si precisamente debe hacerse en relación con la adaptación. Lógicamente se podrían prever criterios de reparto equilibrado a fin de garantizar la paridad o límites a la solicitud por parte siempre del mismo cuidador, pero nada de esto se ha regulado, quizás por sus más que posibles efectos indeseados, la clara intromisión en el ámbito personal y familiar que supone y, a la postre, los posibles perjuicios para la persona que por las circunstancias que sean debe asumir la propia responsabilidad, al margen de que sea más o menos compartida. El dato contrastable de que un número elevado de hombres no asumen el ejercicio corresponsable de la conciliación no se combate con soluciones impositivas, siendo necesario aún avanzar en el camino de la concienciación y de los cambios culturales y sociales, acabando con los todavía existentes, incluso entre algunas mujeres, estereotipos de género. Sí se ha incluido, aunque en forma de declaración programática, una alusión expresa a la corresponsabilidad en el nuevo art. 46.3 ET, buscando evitar *la perpetuación de roles y estereotipos de género*.

En términos bastante más generales, aun cuando las mejoras en la redacción legal son notorias, **no se llega a priorizar este tipo de medidas frente a los tradicionales permisos ni excedencias**. Quizás porque la propia configuración del derecho, sus escasos o nulos efectos salariales y en la carrera profesional y de cotización, son estímulos suficientes para que las personas trabajadoras opten en primer lugar, en función de sus necesidades, por las fórmulas de trabajo flexible. Aunque seguramente no ocurre lo mismo del lado de la empresa, probablemente más proclive a otras figuras.

6. ¿CAMBIOS EN EL PAPEL DEL CONVENIO COLECTIVO?

Puede cuestionarse si el cambio de redacción legal sustituyendo que en la negociación colectiva “*se pactarán los términos de su ejercicio*” a “*se podrán establecer, con respeto a lo dispuesto en este apartado, los términos de su ejercicio*” busca una alteración del papel asumido por el convenio o es más bien ritual. En modo alguno se da al traste con la idea de que **la negociación colectiva es el espacio más idóneo para prever medidas de uso flexible del tiempo de trabajo en favor de las personas trabajadoras**, aunque sí se reafirma la voluntad de evitar que la inacción de los agentes sociales desactive la aplicación del derecho. Frente a las dudas previas sobre la existencia de un deber de negociar, el legislador se muestra ahora consciente de la poca eficacia de este género de imposición, dejándolo en una recomendación pura y dura, descartando implícitamente vincularlo al plan de igualdad. Ello no impide el posible lugar preeminente que el uso flexible del tiempo de trabajo, y más allá del encorsetamiento legal, pudiera ocupar en dicho instrumento.

Sí se entierra definitivamente cualquier concepción anterior (previa al 2019) que llegó a negar la existencia misma del derecho, prevaleciendo la postura de que su ejercicio quedaba “condicionado” a los términos previstos en la negociación colectiva o al acuerdo que se alcance con el empresario⁵⁴. Se afianza la concepción como derecho del trabajador⁵⁵, recogiendo el propio ET mecanismos para evitar que la inexistencia de previsiones específicas en el convenio vacíe de contenido el derecho otorgado⁵⁶. Ahora, sin quitar relevancia al convenio, se busca que facilite o concrete los términos de su ejercicio, pero en el pleno respeto de las previsiones legales, garantizando y reforzando el contenido del derecho de conciliación, con claro anclaje constitucional ligado a los arts. 14 y 39 CE. Por tanto, no cabe admitir el establecimiento de condicionantes, limitaciones, excepciones o restricciones de la norma paccionada sobre el suelo legal. Distinto son las mejoras, el desarrollo o especificación o el reconocimiento de algunos supuestos concretos de concesión automática a fin de regular el ejercicio vetando, de forma específica, cualquier forma de discriminación.

Hasta ahora no sobresalen los convenios en la extensión de las fórmulas de trabajo flexible, ni por el equilibrio en el uso de la ordenación del tiempo, concediendo amplias facultades de distribución irregular a las empresas sin contraprestación alguna. Sería deseable concretar aspectos como las fórmulas de flexibilización a emplear, con especifica-

.....

54 STS 13 de junio de 2008 (rec. 897/2007) o STS 24 de julio de 2017 (rec. 245/2016), con una postura más aperturista por parte del TC.

55 STSJ Aragón 19 de enero de 2021 (rec. 637/2020).

56 MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L., “El derecho a solicitar la adaptación...”, op. cit., p. 100.

ción de sus aspectos esenciales (elección de turno, horario flexible de entrada y salida, bolsas o cuentas de horas y otros análogos), causas de extinción, si se estimase necesario, forma y momento para la reincorporación, restricción a causas excepcionales o de fuerza mayor para la negativa, intervención de los representantes o creación de comisiones para resolver, a fin de reforzar la posición de la persona trabajadora, entre las más significativas. De enorme interés sería regular cauces para la exclusión del trabajador, por razones familiares, de mecanismos de flexibilidad de jornada y horario empleados por el empresario, en especial de la distribución irregular de la jornada o las bolsas de horas⁵⁷. Además, sería deseable un papel más activo de los trabajadores en el diseño de las fórmulas de trabajo flexible y el incentivo de mecanismos de flexibilidad autogestionados directamente por los trabajadores sin necesidad de sujeción a causa concreta, también para dar satisfacción a otras facetas de su vida privada, frente a la restricción a la conciliación familiar del texto vigente. Cabría esperar que el impulso dado por el AENC 2023⁵⁸, que considera “imprescindible” adoptar fórmulas flexibles de ordenación del tiempo de trabajo, encuentre su reflejo en los convenios venideros, en especial cuando contempla la racionalización del horario de trabajo o la flexibilidad de entrada y salida. Más en concreto en su capítulo XII alude a la incorporación de medidas de flexibilidad interna que faciliten la conciliación así como “desarrollar los términos del ejercicio del derecho a solicitar la adaptación de jornada, concretando los principios y reglas para la concesión de dichas adaptaciones, su reversión y los plazos de contestación a las solicitudes, para hacer efectivo el derecho a la conciliación”, así como en avanzar en alternativas flexibles para el disfrute de las vacaciones que hagan compatible las necesidades de conciliación y las organizativas de las empresas.

De forma más global, se echan en falta propuestas para una gestión flexible del tiempo de trabajo innovadoras, eficientes, equilibradas, ajustadas a las nuevas necesidades organizativas, productivas y sociales del siglo XXI⁵⁹, en términos de neutralidad de género, huyendo de fórmulas rituales o de meras reiteraciones del texto legal. Afrontar el derecho de adaptación o las fórmulas flexibles de forma individual y ceñidas al equilibrio familia-trabajo habría de superarse con **una nueva regulación del tiempo de trabajo más moderna y ajustada a los intereses de ambas partes**, reconociendo **mayor peso a la vo-**

.....

57 La STSJ Galicia 13 de noviembre de 2020 (rec. 2415/2020) considera nulo un cambio de turno sin tener en cuenta las circunstancias del trabajador con la custodia exclusiva de un menor de cinco años, por vulnerar su derecho a la conciliación. También STSJ País Vasco 25 de enero de 2022 (rec. 2418/2021); reconoce el *ius resistitiae* la STSJ Canarias 10 de junio de 2022 (rec. 1979/2021).

58 Resolución de 19 de mayo de 2023, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el V Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva (BOE 31 de mayo).

59 La OIT en su *Guía para establecer una ordenación del tiempo de trabajo equilibrada*, Ginebra, 2019, p. 12, propone a las empresas implantar modalidades innovadoras de organización del tiempo de trabajo, combinando la eficiencia en los negocios con una mayor influencia del trabajador.

luntad de los trabajadores en su gestión⁶⁰, sin dejar atrás por completo las necesidades empresariales, contribuyendo a un mayor grado de igualdad real entre hombres y mujeres y trabajadores con o sin responsabilidades familiares.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUSTÍ MARAGALL, J., “El derecho de adaptación de jornada ex art. 34.8 ET después del Real Decreto–Ley 6/2019. La cuestión de la corresponsabilidad en su reconocimiento”, *Revista Jurisdicción Social* nº 199, 2019.
- ARAGÓN GÓMEZ, C., “Tiempo de trabajo y conciliación: reducciones y adaptaciones de jornada por razones familiares”, *Trabajo y Derecho* nº 60, 2020, La Ley 955/2020.
- BASTERRA HERNÁNDEZ, M., “Las reducciones y adaptaciones de jornada en atención a las necesidades personales y familiares del trabajador”, *Revista de Derecho Social* nº 78, 2017, p. 119.
- CABEZA PEREIRO, J., “La Directiva de conciliación de la vida familiar y profesional”, *Revista de Derecho Social* nº 92, 2020.
- CORDERO GORDILLO, V., “Trabajo a distancia y conciliación familiar y laboral”, *IUS-Labor* 2/2021.
- DORMIDO ABRIL, J., “La protección contra el despido y otras consecuencias desfavorables: sobre la transposición de la Directiva (UE) 2019/1158 a la legislación española”, *Femeris* vol. 7 nº 2, 2022.
- FERNÁNDEZ PRIETO, M., “Conciliación de responsabilidades de progenitores y cuidadores e igualdad de oportunidades en la Directiva (UE) 2019/1158”, *Revista Derecho Social y Empresa* nº 12, 2020.
- GARCÍA MÉNDEZ, I., “Nuevas formas de trabajo: comentario a diversos estudios de Eurofund y la OIT sobre flexibilización del trabajo y sus implicaciones en materia de tiempo de trabajo”, *Trabajo y Derecho* nº 13, 2021.
- GOERLICH PESET, J.M., “La adaptación de la ejecución del contrato por razones de conciliación de la vida familiar tras el RDL 6/2019”, Tribuna publicada en *El Derecho* en fecha 22.01.2020.
- GUAGLIANONE, L. y PARISI, M.L., “¿Smartworking? La teoría de la doble carga de trabajo”, *Temas Laborales* nº 159/202.

60 MARTÍNEZ YÁÑEZ, N., “Entre robots y pandemias: retos de la regulación del tiempo de trabajo en el siglo XXI”, *Trabajo y Derecho* nº 78, 2021, p. 7.

- IGARTUA MIRÓ, M.T., “Conciliación y ordenación flexible del tiempo de trabajo. La nueva regulación del derecho de adaptación de jornada ex art. 34.8 ET”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* nº 53, 2019.
- “Promoción de la igualdad de género a través de “fórmulas de trabajo flexible”. Reflexiones y propuestas a la luz de la Directiva (UE) 2019/1158”, *Femeris* vol. 7 nº 2, 2022.
- JURADO SEGOVIA, A., “Tutela del derecho”, en AA.VV., *Registro de jornada y adaptación del tiempo de trabajo por motivos de conciliación*; La Ley, Madrid, La Ley 4968/2020.
- LÓPEZ ÁLVAREZ, M.J., “Por qué el nuevo permiso parental no cumple con los plazos de trasposición de la Directiva (UE) 2019/1158”, *Briefs AEDTSS* nº 52, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2023.
- “Conciliación y corresponsabilidad en el ordenamiento jurídico comunitario”, *Revista Galega de Dereito Social* nº 9, 2019.
- LÓPEZ BALAGUER, M., “El derecho de adaptación de jornada y forma de trabajo por conciliación de la vida laboral y familiar tras el Real Decreto-Ley 6/2019”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*. Nº 437, 438, 2019.
- MANEIRO VÁZQUEZ, Y., *Cuidadores, igualdad y no discriminación y corresponsabilidad: la (r)evolución de los derechos de conciliación de la mano de la Directiva (UE) 2019/1158*, Bomarzo, Albacete, 2023.
- MARTÍNEZ YÁÑEZ, N., “Entre robots y pandemias: retos de la regulación del tiempo de trabajo en el siglo XXI”, *Trabajo y Derecho* nº 78, 2021.
- MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L., “El derecho a solicitar la adaptación de jornada: Una aproximación legal y judicial”, *Anuario Jurídico y Económico Escurialense* LVI (2023).
- MOLINS GARCÍA-ATANCE, J., “El nuevo marco jurídico de la Directiva (UE) 2019/1158 en relación con la adaptación del tiempo de trabajo a las circunstancias personales y familiares de las personas trabajadoras”, *Documentación Laboral* nº 122, 2021.
- MORÁN ROA, S., “La conciliación de la vida laboral y familiar a través de la adaptación de jornada: una herramienta para la igualdad de género y la productividad”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, nº 431, 2019.
- MARTÍNEZ MORENO, C., “La nueva regulación de la adaptación de la jornada con fines de conciliación ¿hasta dónde llega el avance?”, *Revista de Derecho Social y Empresa* nº 12, 2020.
- NAVARRO NIETO, F., “Actualidad normativa y jurisprudencial en los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral”, *Revista Española de Derecho del Trabajo* nº 262, 2023, BIB 2023/897.
- NIETO ROJAS, P., “Nulidad del despido y ejercicio de derechos de conciliación ¿es idéntica la protección para padres y madres corresponsables?”, en NIETO ROJAS, P. (Dir.), *Acciones públicas y privadas para lograr la igualdad en la empresa*, Dykinson, Madrid, 2021.

- “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 Jurídico Laborales y de Seguridad Social* nº 7, 2023.
- NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P., “Avances en corresponsabilidad y flexibilidad en el cuidado del lactante y la adaptación de jornada por motivos familiares”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* nº 55, 2020.
- PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., “Sobre el papel de la ley en la ponderación de los derechos fundamentales en conflicto (a propósito de la regulación del derecho a la adaptación de tiempo de trabajo por motivos de conciliación de la vida laboral y familiar)”, *Labos. Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, Vol. 2, nº 2.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “Derecho de una abuela a la adaptación del horario de trabajo por motivos de conciliación: necesidad de acreditar la situación de necesidad familiar”, *Revista de Jurisprudencia Laboral* nº 9, 2021.
- “Trabajo y corresponsabilidad familiar: análisis a la luz de la Directiva 2019/1158”, *Diario La Ley* nº 8600, La Ley 2768/2020, p. 9 (versión consultada en *laleydigital.es*).
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E., “La “soberanía sobre el tiempo”. Unilateralidad e imposición en la distribución del tiempo de trabajo frente a conciliación corresponsable”, *Cuadernos de Relaciones Laborales* 40 (1), 2022.
- SALA FRANCO, T., “Novedades en materia laboral del Real Decreto-Ley 5/2023, de 18 de junio”, *Briefs AEDTSS* nº 50, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2023.
- SÁNCHEZ- URÁN AZAÑA, Y., “Adaptación de la jornada laboral y derecho de conciliación de la vida laboral y familiar. Factores de valoración en la ponderación judicial”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, Número 8/2019.
- VIQUEIRA PÉREZ, C., “Límites a la adaptación de jornada para la conciliación de la vida familiar (art. 34.8 ET)”, *Revista de Jurisprudencia Laboral* nº 4, 2021.

**LA TRASCENDENCIA DE LA REGULACIÓN DE LA
CONCILIACIÓN DE LA VIDA LABORAL Y FAMILIAR TRAS
EL RDL 5/2023, DE 28 DE JUNIO DE 2023:
CUESTIONES EN TORNO AL TELETRABAJO Y LA
DESCONEXIÓN DIGITAL PARA UNA BUENA CALIDAD DE
VIDA DE LOS TRABAJADORES**

*THE SIGNIFICANCE OF REGULATING RECONCILIATION OF WORK AND
FAMILY LIFE AFTER ROYAL DECREE –LAW 5/2023 OF JUNE 28TH:
ISSUES REGARDING TELEWORKING AND DIGITAL DISCONNECTION
AIMING A GOOD QUALITY OF LIFE FOR WORKERS*

MARÍA PURIFICACIÓN GARCÍA MIGUÉLEZ

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de León*

Fecha de recepción: 15/10/2023

Fecha de aceptación: 16/11/2023

SUMARIO: 1. ANTECEDENTES NORMATIVOS SOBRE CONCILIACIÓN DE LA VIDA LABORAL Y FAMILIAR DE PROGENITORES Y CUIDADORES Y SU REGULACIÓN TRAS EL RDL 5/2023, DE 28 DE JUNIO DE 2023. 2. EL TELETRABAJO COMO OPCIÓN PARA LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA PROFESIONAL Y FAMILIAR: LUCES Y SOMBRAS. 2.1. Contextualización de la evolución del teletrabajo en España. 2.2. El teletrabajo como herramienta para conciliar vida laboral y familiar. 2.3. La cuestión de la viabilidad de la desconexión digital en la conciliación entre la vida profesional y familiar mediante el teletrabajo. 3. EL PAPEL DE LA JURISPRUDENCIA FRENTE AL NUEVO RETO LEGISLATIVO DEL RDL 5/2023 ANTE SOLICITUDES DE REDUCCIÓN DE

JORNADA O TRABAJO EN REMOTO. 4. CONCLUSIONES O APRECIACIONES SOBRE EL MARCO NORMATIVO Y JURÍDICO TRAS EL RDL 5/2023 EN PRO DE UNA MEJOR CALIDAD DE VIDA. 5. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: Para lograr una buena dinámica en la regulación de la conciliación de la vida profesional y familiar resulta vital el papel a desempeñar por parte de empresas y administraciones públicas, siendo estos los principales agentes partícipes y con mayor responsabilidad de cara al adecuado equilibrio entre ambos roles de los trabajadores, tengan o no cargas familiares. El legislador ha tratado de dar respuesta a las necesidades detectadas mediante el RDL 5/2023, de 28 de junio, si bien en este tablero entran en juego más elementos, como el teletrabajo y el derecho a la desconexión digital, máxime dado el avance vertiginoso de las nuevas tecnologías, siendo así imprescindible lograr la adecuada ponderación o equilibrio de todos ellos en pro de una mejor calidad de vida.

ABSTRACT: The role played by companies and public administrations is vital to achieve a good dynamic in regulating the reconciliation of professional and family life. These are the main participants and bear the greatest responsibility in ensuring the proper balance between both roles of workers, whether or not they have family responsibilities. The legislator has sought to respond to the identified needs through Royal Decree –Law 5/2023 of June 28th. However, more elements come into play in this scenario, such as teleworking and the right to digital disconnection, especially given the rapid advancement of new technologies. It is therefore essential to achieve a proper weighting or balance of all these factors in pursuit of a better quality of life.

PALABRAS CLAVE: Conciliación, progenitores, dependencia, desconexión digital, teletrabajo.

KEYWORDS: Reconciliation, parents, dependency, digital disconnection, teleworking.

1. ANTECEDENTES NORMATIVOS SOBRE CONCILIACIÓN DE LA VIDA LABORAL Y FAMILIAR DE PROGENITORES Y CUIDADORES Y SU REGULACIÓN TRAS EL RDL 5/2023, DE 28 DE JUNIO DE 2023

La evolución de los puestos de trabajo y el mercado laboral exige readecuar la normativa¹, en particular, para conciliar vida laboral y familiar². El primer gran referente en España es la Ley 39/1999, de 5 de noviembre³, respondiendo a mandatos constitucionales sobre derechos fundamentales, y cubriendo lagunas en supuestos de embarazo y maternidad⁴.

El siguiente es la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres⁵, basada en los mismos principios constitucionales y con un alcance más amplio –no sólo a aspectos laborales– para eliminar la discriminación de género⁶.

.....

1 CRUZ VILLALÓN, J., “Hacia un nuevo Estatuto de los Trabajadores”, Trabajo y Derecho, núm. 63, 2020, pp. 45 y ss. Asimismo, LÓPEZ AHUMADA, J.E., “El desarrollo de nuevas formas de empleo desde la perspectiva del tiempo de trabajo”, Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social, núm. 7, 2023, pp. 56–74. También, AMBESI, L.J., “Tecnología, relaciones laborales y Derecho del Trabajo: acerca de la tensión entre la técnica y la persona”, Estudios Socio –Jurídicos, vol. 21, núm. 1, 2019, pp. 245–266.

2 RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E., “De la conciliación a la corresponsabilidad en el tiempo de trabajo: un cambio de paradigma imprescindible para conseguir el trabajo decente”, Lex Social: Revista de Derechos Sociales, vol. 11, núm. 1, 2021, pp. 40–78.

3 Al respecto, PÉREZ DEL RÍO, M.T., “La Ley 39/99 de conciliación de las responsabilidades familiares y profesionales”, Temas Laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social, núm. 52, 1999, pp. 39–68. También, GÁRATE CASTRO, J., “Apuntes sobre la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras”, Revista Xurídica Galega, núm. 26, 2000, pp. 13–26. La Ley 39/1999 modificaba normas igualmente relevantes, como la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, el Real Decreto legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, algunas leyes reguladoras de la Función Pública, o el Real Decreto legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral.

4 Avalada por el precedente de normas europeas en pro de una regulación amplia e integradora, como las Directivas 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre, y 96/34/CE del Consejo, de 3 de junio, al igual que la posterior Directiva 2019/1158/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio. Poniendo de manifiesto la necesidad de implementar dicha normativa, RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “Trabajo y corresponsabilidad familiar: análisis a la luz de la Directiva 2019/1158”, Diario La Ley, núm. 9600, 2020.

5 Sobre su relevancia, CAVAS MARTÍNEZ, F. y SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., “La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Promoción de la igualdad en la negociación colectiva, los planes de igualdad de las empresas y otras medidas de promoción de la igualdad”, Anales de Derecho, vol. 25, 2007, pp. 343–370.

6 Incorporando contenidos del art. 111 del Tratado de Roma y otras normas comunitarias de gran calado sobre igualdad de sexos, como la Directiva 2002/73/CE, de reforma de la Directiva 76/207/CEE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo; y la Directiva 2004/113/CE, sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y su suministro.

También deben reseñarse modificaciones a esta Ley 3/2007 para precisar su contenido, o contribuir a una mayor concienciación de la ciudadanía. Sirvan de ejemplo al respecto los arts. 37.1.d y 38.1.d, fijando entre los objetivos de igualdad de la corporación RTVE y la Agencia EFE, respectivamente, el de “colaborar con las campañas institucionales dirigidas a fomentar la igualdad entre mujeres y hombres y a erradicar la violencia contra las mujeres”.

Mención inexcusable requiere el Real Decreto –Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación. Cuestionado en cuanto a su constitucionalidad⁷, acomete reformas de calado en supuestos de trabajo por cuenta ajena⁸, planteando una bifurcación en la regulación de los permisos por adopción, y de guarda y acogimiento, paralela a la del permiso por cuidado de un menor y el derivado del nacimiento de este⁹.

Casi inexistente fue la aportación al acervo regulador durante la pandemia e inmediata postpandemia (2020–2021), pese a la elevada conflictividad en los juzgados¹⁰ y, llegados al momento presente, el Libro Segundo del RDL 5/2023, de 28 de junio, dimanante de la obligación de transponer la Directiva 2019/1158/UE¹¹, estableciendo adaptaciones “ra-



En ambos casos, conforme a la redacción dimanante de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual (disposiciones finales 10.1 y 10.2).

7 CASAS BAAMONDE, M.E., “Legislación excepcional de urgencia e igualdad de género en el empleo y la ocupación. La constitucionalidad 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”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 5, 2023, pp. 1–5.

8 Un análisis pormenorizado, en LOUSADA AROCHENA, J.F., “Maternidad y conciliación en el trabajo por cuenta ajena tras el Real Decreto –Ley 6/2019, de 1 de marzo: una primera aproximación”, *Revista Derecho Social y Empresa*, núm. 11, 2019, pp. 70–97.

9 Entre otros, BLASCO JOVER, C., “La nueva configuración del permiso por lactancia y del derecho a la adaptación de jornada tras el Real Decreto –Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para la igualdad de mujeres y hombres en el empleo y la ocupación”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho al Empleo*, vol. 7, núm. 2, 2019, pp. 1–29.

Cuestiones a veces criticadas, en base al argumento de que, si bien es un acierto la doble y diferente consideración de los derechos de maternidad derivado del parto y de conciliación unido al cuidado del nuevo miembro familiar, no lo es tanto unificar la licencia por maternidad biológica y el permiso por paternidad, cabiendo interpretar que no se otorga suficiente importancia al hecho en sí de la maternidad biológica. LOUSADA AROCHENA, J.F., “Maternidad y conciliación en el trabajo por cuenta ajena, tras el Real Decreto –Ley 6/2019 de 1 de marzo: una primera aproximación”, cit.

Se ha aducido asimismo falta de rigor terminológico respecto al permiso por nacimiento, abocando a confusa interpretación de entender única alusión a la función principal de cuidado. BALLESTER PASTOR, M.A., “El RDL 6/2019 para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación: Dios y el diablo en la Tierra del Sol”, *Revista Femeris*, vol. 4, núm. 2, 2019, pp. 14–38.

10 Derivada de peticiones de adaptación de jornada o discriminación por razón de sexo. Aludiendo a esta, con ocasión de la STS 1555/2022, de 23 de noviembre (Sala de lo Contencioso –Administrativo, por tratarse de personal estatutario del Sistema de Salud), CASAS BAAMONDE, M.E., “Discriminación directa por embarazo en el acceso al empleo público temporal”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 1, 2023.

Relevantes en tal sentido, las SSTC 3/2007, de 15 de enero, y 19/2021, de 31 de mayo, defensoras de la igualdad de derechos en beneficio de la conciliación (reducción de jornada por guarda legal de un hijo menor de 6 años, y teletrabajo, respectivamente). CABEZA PEREIRO, J., “Reducción de jornada: a vueltas con la discriminación sexista con ocasión de dos nuevos pronunciamientos del Tribunal Constitucional”, *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado: Revista de Estudios sobre Ciencias del Trabajo y Protección Social*, núm. 4, 2021, pp. 167–185.

11 Directiva 2019/1158/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del consejo (Directiva sobre la Vida Familiar y Laboral). Sobre la necesidad de implementar su contenido, RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “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 Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, núm. 7, 2023, pp. 75–102.

Explicación plausible del retraso en dicha transposición (el plazo expiraba el 2 de agosto de 2022) puede ser la inestabilidad política consecuente de circunstancias como la repetición de comicios electorales, la detentación del poder normativo por parte de gobiernos en funciones, y la aún inercia del período de inactividad legislativa por los efectos paralizadores de la pandemia. SALA FRANCO, T., “Novedades en materia laboral del Real Decreto –Ley 5/2023, de 18 de junio”, *Briefs AEDTSS*, núm. 50, 2023, pp. 1–6.

El largo título completo del RDL 5/2023 (Real Decreto –Ley 5/2023, de 28 de junio, por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, de

zonables y proporcionadas” entre las necesidades productivas de la empresa y las organizativas de las personas para ejercer sus derechos de conciliación o corresponsabilidad, o posibilidad de acuerdos vía negociación colectiva. También hay novedades en cuanto a plazos, supuestos de ausencia del puesto de trabajo, o en aspectos del derecho al permiso parental, incluyendo un nuevo artículo en el ET, el 48 bis, para incorporar la figura de un permiso parental por tiempo superior al año y hasta que el menor cumpla ocho años de edad, de carácter individual, no transferible.

La modificación del art.53.4 ET, sobre posibilidades del empresario para extinguir el contrato de trabajo es otra aportación relevante, afirmándose que la decisión extintiva y unilateral de este en supuestos de discriminación prohibidos en la Constitución u otras normas, o cuando pudieran violarse derechos fundamentales y/o libertades públicas de la persona trabajadora, será nula¹². Complementando lo anterior, se modifica el art. 55.5 ET, con nueva referencia al despido nulo y su motivación¹³.

También se modifica la Disposición Adicional decimonovena ET, estableciendo el cálculo de indemnizaciones en supuestos de jornada reducida por conciliación profesional y familiar conforme al principio de *in dubio pro operario*, esto es, estimándose cuantías conforme “hubiera correspondido” sin tener en consideración dicha reducción¹⁴.

Tales modificaciones han conllevado ajustes en otras normas vinculadas, como en la Ley 36/2011, de 10 de enero, reguladora de la jurisdicción social¹⁵.



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) es, de por sí, claro indicativo de lo apuntado, a la par que refleja la tendencia que viene apreciándose en época reciente a regular una pluralidad de aspectos sin relación entre ellos mediante una misma norma.

12 Avalándolo de oficio la autoridad judicial. A tan taxativa afirmación se añaden otros supuestos de nulidad relacionados con los/as trabajadores/as (nacimiento, adopción, riesgo durante el embarazo, lactancia, o violencia de género). La única salvedad es que el empresario pueda justificar de forma irrefutable que la decisión extintiva se encuentra fundamentada en motivos ajenos a los anteriores.

13 Duplicidad que, tratándose de un mismo texto legal, cabe entender expresión de la voluntad del legislador de proporcionar un doble blindaje frente a situaciones indeseadas de despido a quienes se encuentren en alguna de las situaciones mencionadas. En tales supuestos, las discrepancias entre empresa y trabajador/a deberán ser dirimidas por la vía de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

14 “Siempre y cuando no hubiera transcurrido el plazo máximo legalmente establecido” para la reducción solicitada, limitación también aplicable a contratos a tiempo parcial, si ceñidos a las circunstancias de los derechos establecidos en el párrafo séptimo de los puntos 4 y 5 del art. 48 ET, y en el nuevo art. 48 bis ET.

15 Adaptación necesaria, particularmente en cuanto a supuestos de despido nulo conforme al art. 55.5 ET y otros aspectos relativos a la decisión improcedente del empresario de extinguir el vínculo contractual según lo establecido en los arts. 51.1 y 53.4, todo en clara relación con la nueva protección a la conciliación de la vida profesional y familiar de progenitores y cuidadores. Con todo, no hay que olvidar que el Libro Segundo del RDL 5/2023 se centra exclusivamente en supuestos de cuidado de menores o mayores con necesidades especiales convivientes, sin referencia a situaciones perfectamente asimilables en las cuales concurren análogas necesidades de tiempo, como el cuidado de mayores dependientes que no convivan en el mismo domicilio. El apremio de regular también estos supuestos es mayor a medida que envejece la población, máxime dada la situación de soledad de muchos mayores y los problemas de vivienda en España.

2. EL TELETRABAJO COMO OPCIÓN PARA LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA PROFESIONAL Y FAMILIAR: LUCES Y SOMBRAS

El devenir de la historia ha dado lugar a nuevas modalidades de trabajo, bien asalariado, por cuenta ajena, autónomo, o autónomo –dependiente, consecuencia de transformaciones en el plano social y/o económico y, por supuesto, en los sistemas productivos, en gran medida motivadas por el rápido e imparable avance tecnológico. Tan es así que las denominadas “nuevas tecnologías” o “tecnologías digitales”, que avanzan y evolucionan a ritmo vertiginoso, ya están presentes en múltiples aspectos de la vida diaria –incluidos los laborales–¹⁶, dando lugar a un nuevo paradigma en la concepción de los puestos de trabajo, con foco en el trabajador y reflejo en los mercados laborales, centrado principal y mayoritariamente en desempeños relacionados con trabajos por cuenta ajena o autónomos y, en la actualidad, cada vez más con mecanismos de inteligencia artificial¹⁷.

2.1. Contextualización de la evolución del teletrabajo en España

Aún relativamente novedosa es la prestación laboral basada en el teletrabajo, de gran repercusión en cuanto a su percepción social¹⁸. En un primer momento, al acuñarse a mediados de los ochenta del siglo pasado, el término se restringía a algunos expertos, principalmente en Estados Unidos, asociado a connotaciones no tanto sociales o laborales como energéticas o medioambientales¹⁹, concibiéndolo con propósito finalista o como si de una herramienta más se tratara. En otras palabras, se planteaba como una alternativa frente a la utilización masiva y generalizada de vehículos particulares por los trabajadores, argumento asimismo extensible en un momento dado al uso del transporte público²⁰.

Con ello se pretendían solventar problemas de evolución incierta, pero preocupante, evitando congestiones, particularmente en horas punta de entrada y salida del trabajo, y reducir el ritmo del tráfico, propósito interpretable a la luz de los planteamientos actuales en términos de uso más sostenible de medios de transporte y reducción de emisiones,

.....

16 Conforme ya se venía vislumbrando, cada vez con mayor claridad. Por ejemplo, MARTÍNEZ YÁNEZ, N.M., “Entre robots y pandemias: retos de la regulación del tiempo de trabajo en el siglo XXI”, *Trabajo y Derecho*, núm. 78, 2021, pp. 19–29.

17 PÉREZ ALONSO, M.A., “La nueva realidad laboral y empresarial. Los nuevos servicios proveedores y nuevas tecnologías, robotización, digitalización, inteligencia artificial”, *Revista Internacional Consinter de Direito*, vol. 4, núm. 6, 2018, pp. 141–160.

18 MARTÍN RIVERA, L., “Tendencias recientes en la ordenación del tiempo de trabajo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 250, 2022, pp. 135–182.

19 Acerca de los orígenes del teletrabajo, y entre otros, BARRERA, E., *Estado de situación del teletrabajo en Europa. Resultados de encuestas y estudios de casos*, Teldet, Madrid, 1994.

20 GARCÍA MIGUÉLEZ, M.P., *El teletrabajo: antes durante y tras el coronavirus*, Aranzadi, Cizur Menor, 2021, p. 38.

para mejorar la calidad del aire de las ciudades, rebajar los niveles de contaminación y, por ende, reducir el agujero de la capa de ozono y los niveles de calentamiento global.

La noción de teletrabajo no es, pues, nueva como tal, si bien no es menos cierto que, más allá de su delimitación conceptual en la vigente Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia, deben tenerse presentes las particularidades caracterizadoras de esta modalidad laboral²¹. Esto, unido al progresivo e imparable aumento del sector terciario en los tejidos productivos de las economías desarrolladas, y a la asimismo imparable evolución de las Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones (TICs), da forma a un modelo con considerables e interesantes posibilidades para facilitar la conciliación de la vida laboral y familiar²² o, si se prefiere –al hilo de lo apuntado anteriormente–, las obligaciones profesionales y de cuidadores de personas dependientes. Asimismo, también parecen claros sus beneficios en cuanto a inserción de concretos colectivos de trabajadores que, si no, verían mermadas sus posibilidades de acceso al mundo laboral.

En este orden de cosas, no debe olvidarse que, incluso pese al vacío legal que se planteaba con el art. 13 ET antes de su actual regulación, la gran utilidad del teletrabajo se hizo patente en la pandemia de la Covid –19, experimentando un gran impulso durante la etapa de confinamiento, si bien es cierto que supeditado a tan adverso escenario²³. En todo caso, permitiendo a muchas empresas afrontar una situación sobrevenida y para la que no estaban preparadas, merced a mecanismos, aunque en un primer momento precarios y con más o menos consciencia del alto grado de inseguridad jurídica existente, teniendo como únicos referentes algunos documentos y propuestas de la OIT²⁴, y contadas menciones en la negociación colectiva, como en el caso del Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva, suscrito por los interlocutores sociales en 2003²⁵.

De la doctrina iuslaboralista también han emanado pautas esclarecedoras para el correcto desempeño de los trabajadores, al suscitarse dudas o requerirse interpretaciones²⁶,

.....

21 Aunque anterior a la Ley 20/2021, un interesante desarrollo en SIERRA BENÍTEZ, E.M., El contenido de la relación laboral en el teletrabajo, Sevilla, Consejo Económico y Social de Andalucía, 2011, pp. 27–110.

22 GARCÍA MIGUÉLEZ, M.P., El teletrabajo: antes durante y tras el coronavirus, cit., p. 27.

23 Y ya valorándose en aquel momento la utilidad del teletrabajo como herramienta de conciliación. Así, en NÚÑEZ –CORTÉS CONTRERAS, P., “Teletrabajo durante la pandemia, ¿una herramienta de conciliación? El caso de la Comunidad de Madrid”, en SAGARDOY DE SIMÓN, I. (Dir.) y NÚÑEZ –CORTÉS CONTRERAS, P. (Dir.), *Puntos críticos en relación al teletrabajo (tras el RDL 28/2020, de 22 de septiembre)*, Madrid, Dykinson, 2021, pp. 165–212.

24 Tomados a modo de “guía de auxilio” para implantar el teletrabajo por vía de inmediatez y, muchas veces, sin mediar experiencia previa alguna o habérselo nunca planteado, ni empresas, ni trabajadores. Tal fue el caso del Convenio C177 sobre Trabajo a Domicilio, de 20 de junio de 1996, en vigor desde el 22 de abril de 2000. El carácter “referencial” del mismo resulta patente por cuanto, *de facto*, sólo muy recientemente ha sido ratificado por España, un año antes de su entrada en vigor el 25 de mayo de 2023. También cabe mencionar otros documentos e informes de la OIT fechados entre 1996 y 2020 (sirva de ejemplo el “Manual de buenas prácticas en teletrabajo”), que resultaron igualmente útiles en aquel momento.

25 Siendo casi anecdótica la mención al teletrabajo en dicho Acuerdo Interconfederal, en un anexo, dando clara idea de la poca importancia por aquel entonces atribuida a esta modalidad de prestación laboral.

26 Prueba de que, a diferencia del legislador o los convenios colectivos, la jurisprudencia prestaba atención a esta modalidad de trabajo. Un amplio desarrollo a este respecto en RODRÍGUEZ –PIÑERO ROYO, M. (Dir.),

por ser ellos mismos quienes solían aportar equipos y suministros, en tanto las muy escasas medidas específicas de prevención de accidentes y enfermedades profesionales se aplicaban sobre la base de analogía, asimilación o extensión de supuestos²⁷.

Asimismo, no debe perderse de vista el hecho de que todas las actuaciones, tanto de empresarios como de trabajadores, tenían por objetivo vital garantizar en lo posible la actividad productiva, minorando pérdidas de por sí cuantiosas en virtud de circunstancias adversas, al tiempo que el propósito finalista –y de mayor calado aún– de evitar o minimizar la propagación de la Covid –19 por contacto y contagio entre personas²⁸.

2.2. El teletrabajo como herramienta para conciliar vida laboral y familiar

Partiendo del comentado y reconocido derecho de los/as trabajadores/as a adaptar su jornada o a solicitar su distribución irregular por motivos de conciliación, a nadie escapa que el trabajo a distancia, y en concreto el teletrabajo, puede plantearse como herramienta útil. Ello siempre y cuando las necesidades de adaptación o redistribución de jornada estén adecuadamente justificadas y razonadas, a la vez que proporcionadas respecto a las necesidades organizativas o de producción de la empresa, y en todo caso primando los intereses y necesidades de los trabajadores, como ponen de relieve sucesivas sentencias del Tribunal Constitucional a las que se hará posterior referencia. Baste ahora avanzar que, conforme lo establecido en estas, debe siempre prevalecer la no vulneración de derechos constitucionales, por delante de cuanto en contrario pudieran haber establecido acuerdos sociales vía negociación colectiva, o incluso la legislación ordinaria²⁹, siendo un claro ejemplo cuanto tiene que ver con el derecho a la igualdad y no discriminación por razón de sexo contemplado en el art. 14 CE, y su potencial vulneración.

En paralelo a lo anterior, y acerca de este mismo particular, tampoco hay que olvidar que el Estatuto de los Trabajadores, conforme a la actual redacción de su articulado, reconoce al empresario la posibilidad de ofrecer soluciones alternativas que se adapten tanto a las necesidades de este como a las del trabajador (arts. 34.8, 46.3 y 48 bis ET).



Nuevas actividades y sectores emergentes: el papel de la negociación colectiva, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2001, pp. 10 y ss., y, de manera más pormenorizada, pp. 45–104.

27 Incluso en el propio art.13 ET se hacía referencia a que las medidas de seguridad y salud amparaban en igual medida a los trabajadores presenciales que a los que prestaban sus servicios a distancia.

28 Cada vez más estudios buscan evidenciar los efectos de la implantación generalizada y sobrevenida del teletrabajo desde un punto de vista cuantitativo. Entre los más recientes, el publicado por Factorial HR en septiembre de 2023 bajo el título “La implantación del teletrabajo en España” [<https://factorialhr.es/blog/teletrabajo-espana/>]. También reseñable a este respecto lo indicado en LOUSADA AROCHENA, J.F., “Maternidad y conciliación en el trabajo por cuenta ajena, cit.

29 MORATO GARCÍA, R.M., “Derecho a la desconexión digital en la negociación colectiva, los planes de igualdad y los protocolos empresariales”, *Trabajo y Derecho*, núm. 11, 2020, pp. 1–34.

Así las cosas, muestra de cómo proceder para la posible aplicación del teletrabajo a efectos de conciliación es la SJS Mieres de 19 de mayo de 2023³⁰ (aunque poco, previa a la promulgación y entrada en vigor del RDL 5/2023), que, en consonancia con el contenido de la Directiva 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, ya apelaba al contenido del art. 34.8 ET, interpretando en este punto que no había lugar a denegar a una persona trabajadora la posibilidad de prestar sus servicios a través de la modalidad de teletrabajo, y esto ni aun cuando la empresa hubiese alegado como motivo justificativo al argumento de que ya existía en ella una política propia de conciliación y flexibilidad.

En concreto, la actora solicitaba realizar el 100% de su jornada laboral a distancia o en remoto –como literalmente se indica–, no siendo baladí lo argumentado y razonado en el pronunciamiento, determinando que no cabía la posibilidad de denegación en base a los argumentos de la empresa³¹, más aún al añadir y justificar dicho razonamiento en el hecho de que (como se reconoce en la nueva regulación del Estatuto de los Trabajadores tras el RDL 5/2023), los motivos alegados para justificar la no concesión de lo solicitado deberían haberse concretado. Añadiéndose, además, que “la carga de la prueba en cuanto al proceso negociador obligatorio recae en la empresa”, siendo así que en el caso juzgado “la empresa no ha opuesto razón organizativa alguna para rechazar la admisión de la solicitud de la trabajadora”. En este mismo orden de cosas, la sentencia también incide en que la trabajadora afectada, por su parte, sí aportó justificaciones suficientes acreditativas de sus circunstancias personales, avalando de este modo su solicitud³².

Casi simultánea, y también en consonancia con el tenor de la reforma del RDL 5/2023, la STSJ PV 605/2023, de 17 de mayo, en la que se recurre el fallo de la previa SJS Bilbao núm. 2, de 23 de septiembre de 2022, estima parcialmente el recurso de la actora, quien había solicitado reducción de jornada a 34 horas semanales para cuidar a su suegra dependiente, siéndole concedida por la empresa. Posteriormente, y de forma sobrevenida por sufrir la mayor dependiente un ictus y pérdida sustancial de movilidad, solicitó la prestación laboral en modalidad de teletrabajo al amparo del art. 34.8 ET, tal y como ya

30 Pudiendo servir también de referencia otras sentencias relacionadas, conteniendo pronunciamientos en esta misma línea argumental. Entre otras, SJS Valladolid de 13 de febrero de 2023, y SSTSJ Galicia de 9 de diciembre de 2022, y de 5 de febrero de 2021.

31 En torno a las decisiones de los empresarios ya se venía poniendo de manifiesto tiempo atrás que podría resultar problemático para el trabajador, e incluso plantearse situaciones de indefensión, como la de la sentencia mencionada, donde se establecen los límites del poder empresarial. La nueva regulación del ET supone un considerable avance en este sentido. Ya antes, PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., “Poderes del empresario y derechos digitales del trabajador”, *Trabajo y Derecho*, núm. 59, 2019, pp. 1–17.

32 Entre otras razones, aludiendo a la imposibilidad de adscribir el hijo mayor al servicio de madrugadores, lo cual aliviaría la carga de conciliación de la trabajadora, y ello por cuanto la entrada del menor al centro educativo en el aconsejado horario laboral no le permitiría la puntual prestación de servicios debido a cuestiones relacionadas con el tiempo de desplazamiento. Del mismo modo, la sentencia menciona que “las circunstancias de trabajo del otro progenitor y de la hija menor se hallan por igual debidamente acreditadas”.

había hecho durante la pandemia, petición denegada por la empresa, alegando falta de razonabilidad y proporcionalidad de la medida. El fallo de la sentencia abunda en la fácil probanza del hecho aducido (ictus y sus secuelas), reconociendo expresamente el derecho de la actora a prestar servicios conforme la modalidad solicitada, y condenando a la empresa a abonarle una indemnización por daños y perjuicios, así como retrotrayendo las actuaciones al Juzgado de lo Social de origen para emisión de nueva sentencia.

Conforme a lo expuesto, y con base argumental en estas y otras análogas sentencias, cabe, pues, concluir que, en efecto, el teletrabajo o trabajo en remoto puede ser una opción favorable a la conciliación de la vida laboral y familiar, siempre y cuando las características del puesto lo permitan³³. Asimismo se puede postular la aplicabilidad de esta modalidad de prestación laboral no sólo para cuidado de menores, sino también de personas de edad avanzada o en situación de dependencia, convivientes o no, cuando llevarles a centros de día u otras soluciones no sea factible por motivos justificados.

2.3. La cuestión de la viabilidad de la desconexión digital en la conciliación entre la vida profesional y familiar mediante el teletrabajo

Procede también analizar la viabilidad de la desconexión digital con el teletrabajo³⁴, pues una y otro tienen clara incidencia a la hora de procurar condiciones dignas de trabajo, pudiendo plantearse problemas al respecto³⁵. Consecuentemente, es plausible afirmar que teletrabajo y desconexión digital son aspectos clave para la conciliación entre vida profesional y familiar³⁶, en ambos casos pudiendo dar lugar a situaciones con potencial y significativo impacto en el estado de ánimo, e incluso la salud mental, de las personas trabajadoras³⁷, y requiriéndose determinar si la forma en que estas distribuyen su tiempo entre responsabilidades laborales y personales resulta adecuada y equilibrada³⁸. Se trata de

33 Al haber de tener lugar determinadas prestaciones necesariamente de forma presencial. Puede ser, por ejemplo, el caso de una dependienta o cajera de supermercado, resultando hoy por hoy inviable la opción de teletrabajo (sin perjuicio de que futuros avances tecnológicos o técnicas de inteligencia artificial hagan viable la prestación a distancia, desde el domicilio u otro lugar ajeno al del centro de trabajo).

34 Un desarrollo pormenorizado en ARRUGA SEGURA, M.C., “Las implicaciones del derecho a la desconexión digital en la prestación de trabajo y en el teletrabajo regular”, *Revista Derecho Social y Empresa*, núm. 15, 2021, pp. 1–27.

35 OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Guía para establecer una ordenación del tiempo de trabajo equilibrada*, OIT, Ginebra, 2019, pp. 5–12. En el mismo sentido, CAIRÓS BARRETO, D.M., “Tiempo de trabajo, digitalización y teletrabajo”, *Trabajo y Derecho*, vol. 13, 2021, pp. 1–26. Asimismo, y aunque anterior en el tiempo, en cuanto al protocolo a seguir para alcanzar la tan deseada desconexión digital, SELMA PENALVA, A., “Desconexión digital: protocolo de actuación”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 59, 2022, pp. 1–24.

36 TRUJILLO PONS, F., “Unas notas al incipiente cuerpo de doctrina judicial sobre el derecho a la desconexión digital en el trabajo”, *Revista Social y Empresa*, núm. 18, 2023, pp. 7–8.

37 CABRERA LAFEBE, J.T., *La desconexión digital y el derecho a la salud de las personas teletrabajadoras*, Universidad Regional Autónoma de los Andes, Quevedo (Ecuador), 2022.

38 En cuanto a posibles medidas para deslindar trabajo y vida familiar, véase MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, M.O., “Registro de jornada diario para garantizar un adecuado derecho a la desconexión digital”, en LÓPEZ AHU-

cuestiones de gran trascendencia, cuya consideración precisa grandes dosis de equilibrio y control, pues no proceder así podría dar lugar a efectos negativos o graves perjuicios para el adecuado desempeño de ambas facetas del individuo³⁹.

En tal sentido, y con carácter general, el teletrabajo ofrece la posibilidad de llevar a cabo una prestación laboral desde un lugar distinto al centro de trabajo⁴⁰, que bien pudiera ser el propio domicilio familiar, prueba de lo cual fue la situación vivida durante el confinamiento por la Covid –19, cuando muchas empresas hubieron de implantar esta modalidad de trabajo para mantener una cierta continuidad en sus operaciones.

Con todo, hay que recalcar que el recurso al teletrabajo conlleva a un tiempo ventajas e inconvenientes⁴¹. Entre las primeras, y en primer lugar, la mayor flexibilidad consecuente de permitir a los trabajadores una gestión más autónoma de su tiempo de trabajo⁴². Asimismo, la eliminación o minoración del número de desplazamientos diarios a realizar, traducible en ahorro de gastos, tanto de tiempo (recurso considerado particularmente valioso en la sociedad actual), como monetarios (derivados del uso del propio transporte o del transporte público, así como de manutención, en caso de jornadas partidas si el trabajador no puede regresar a su domicilio para la comida, y ello aun cuando las propias empresas puedan disponer de comedores o los trabajadores optar por llevar su propia comida de casa). En tercer lugar, y al menos *a priori*, debe reiterarse la mayor posibilidad de conciliación, facilitando la presencia continuada del trabajador en su domicilio, atendiendo a familiares (hijos, mayores o dependientes a cargo), y trabajando a la vez⁴³.

En cuanto a posibles inconvenientes o, si se prefiere, desafíos a afrontar por parte de los teletrabajadores, uno evidente es la potencial dificultad a la hora de deslindar con cla-



MADA, J.E. (Dir.), La garantía de los derechos digitales en el ámbito laboral: políticas empresariales, ejercicio de derechos y límites al poder de control del trabajo, Aranzadi, Cizur Menor, pp. 295–324. En análogo sentido, MARTÍN VALDEZ, P., “El registro horario como mecanismo de control del derecho a la desconexión digital”, IDP. Revista de Internet, Derecho y Política, núm. 238, 2023, pp. 1–12.

39 MOLINA NAVARRETE, C., “La edad psicosocial, una condición de trabajo decente: el neotaylorismo digital en clave de pérdida de bienestar”, en CORREA CARRASCO, M. (Coord.) y QUINTERO LIMA, M.G. (Coord.), Los nuevos retos del trabajo decente: la salud mental y los riesgos psicosociales, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, 2020, pp. 8–37.

40 CAIRÓS BARRETO, D.M., *Una nueva concepción del tiempo de trabajo en la era digital*, 1ª ed., Albacete, Bomarzo, 2021, p. 218.

41 Ya detectados y señalados desde tiempo atrás. Al respecto, y por ejemplo, SANGUINETI RAYMOND, W., “Teletrabajo y tecnologías digitales en la nueva Ley del Trabajo a distancia”, en BAZ RODRÍGUEZ, J. (Dir.), *Los nuevos derechos digitales laborales de las personas trabajadoras en España. Vigilancia tecnificada, Teletrabajo, Inteligencia artificial, Big Data*, Madrid, Wolters Kluwer, 2021, pp. 27–266. También SELMA PENALVA, A., “Desconexión digital: protocolo de actuación”, *cit.*

42 En torno a la flexibilidad que ofrece el teletrabajo, IGARTUA MIRÓ, M.T., *Ordenación flexible del tiempo de trabajo: jornada y horario*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, p. 390.

43 Son frecuentes las ocasiones en las que, por falta de una adecuada conciliación, hay personas trabajadoras –particularmente mujeres– que, aun cuando logran seguir trabajando, se ven obligadas a renunciar a su promoción profesional por falta de tiempo, pues las situaciones de dependencia les absorben todo el tiempo disponible fuera del horario laboral que han de cumplir. LÓPEZ AHUMADA, J.E., “Trabajo remoto y derecho a la desconexión digital ante el riesgo de la flexibilidad horaria”, *Estudios Latinoamericanos de Relaciones Laborales y Protección Social*, núm. 11, 2021, pp. 77–88.

ridad lo que pertenece a la esfera del trabajo y lo concerniente al ámbito de la atención y el cuidado familiar, pues no en vano resulta patente que el hecho de que el lugar de prestación sea también el propio domicilio contribuye a que sea más difícil desconectar del trabajo desde un punto de vista psicológico, al estar muy difusos los límites de lo laboral y lo familiar o personal. Tal es así, que la desconexión puede llegar al punto de ser del todo imposible, lo que puede acarrear diferentes tipos de trastornos de salud⁴⁴. Junto a lo anterior, debe tenerse presente el posible aislamiento social de la persona trabajadora, en aquellas situaciones en las que el conjunto de tareas y cargas laborales y familiares lleguen a absorber todo su tiempo, no dando margen al ocio y desvinculándola tanto de compañeros y colegas como, incluso, de amigos y vida social en general. En tercer lugar, tampoco hay que olvidar la obligación que tienen las empresas de facilitar a sus teletrabajadores los medios técnicos adecuados, tanto equipos informáticos como en términos de una buena conexión a internet, puesto que la interrupción o ralentización de las comunicaciones puede no sólo retrasar la ejecución de tareas, sino también generar estrés, al igual que en el caso de producirse un excesivo control por parte de la empresa.

En estrecha conexión con lo anterior, y en cuanto a la desconexión digital se refiere, los teletrabajadores deben delimitar claramente lo que ha de ser tiempo de trabajo y lo que ha de ser espacio para cuestiones personales o de ocio⁴⁵. En este sentido, el riesgo de no llegar a desconectar del teletrabajo es mayor en aquellos entornos en que se opera con unas comunicaciones digitales cada vez más avanzadas y se exige mayor disponibilidad del trabajador, hasta el límite de pedir que dicha disponibilidad sea total o constante a lo largo del día, cayendo así fácilmente en el grave error de que todo sea tiempo de trabajo por no encontrar el momento adecuado para desconectar de las redes.

También es posible, pues, hablar de ventajas e inconvenientes en términos de la fluidez de la conexión y el hecho de poder o no desconectar. Así, lograr la desconexión digital favorece la salud mental y mayores niveles de bienestar⁴⁶, siendo vital evitar una sobreexposición que, en la práctica, sólo daría lugar a elevados índices de estrés (en tanto la desconexión propiciaría momentos de relajación y períodos de descanso). En segundo lugar, algunos expertos sostienen que la desconexión podría incluso incrementar los índices de productividad en las empresas, siempre y cuando los trabajadores se centrasen

.....

44 LUQUE PARRA, M., “Marco jurídico de la prevención de riesgos en el teletrabajo”, en GINÉS I FABRE-LAS, A. (Coord.), *Teletrabajo. Estudio jurídico desde la perspectiva de la seguridad y salud laboral*, Cizur Menor, Aranzadi, 2021, pp. 93–224.

45 QUÍLEZ MORENO, J.M., “La jornada de trabajo y su relación con el trabajo efectivo: reflexiones sobre si el mismo es eficaz o eficiente y cumple con el trabajo decente”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 254, 2022, pp. 1–25.

46 Pues, con más frecuencia de la deseada, las personas trabajadoras se ven abocadas a ofrecer una “disponibilidad horaria y locativa constante, incluso, fuera de su horario laboral”. TRUJILLO PONS, F., “La «desconexión digital» a lomos de la seguridad y salud en el trabajo”, *Lan Harremanak – Revista de Relaciones Laborales*, núm. 45, 2021, <https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.21955>.

plenamente en las tareas durante su horario de desempeño y descansasen adecuadamente (lo que puede suponerles estar desconectados) durante el resto del tiempo. En tercer lugar, la desconexión digital también puede ser beneficiosa al ofrecer la posibilidad de disponer de más tiempo de calidad, susceptible de ser empleado con vistas al fortalecimiento de las relaciones intrafamiliares y de las personas con su entorno social, facilitando así un mayor disfrute de familia y amigos, o la realización de actividades que aporten satisfacción personal (tales como hobbies, voluntariado, etc.).

En cuanto a posibles inconvenientes, uno es el constatado peligro de una inadecuada “cultura organizacional”, conforme a la cual la empresa tenga por norma –o simplemente promueva– la disponibilidad total y constante de sus trabajadores, todos los días y prácticamente a todas horas, incluso los de descanso o en períodos que *a priori* claramente lo son, como las vacaciones. Tal proceder pone claramente en entredicho no sólo la posibilidad de desconectar del trabajo, sino también que, aun cuando esta aparentemente tenga lugar, no sea auténtica o efectiva. Relacionado con lo anterior, también ha de mencionarse otro fenómeno, igualmente plausible e indeseable, cual es el denominado “miedo a la desconexión”, en virtud del cual algunos individuos pueden interpretar erróneamente que desconectarse del trabajo puede tener consecuencias no deseadas para ellos, bien temiendo que vaya a afectar negativamente a su desempeño o a su rendimiento⁴⁷, o bien que haber logrado desconectar les suponga no ser evaluados positivamente por sus superiores. Es esto algo que no debiera ocurrir en modo alguno, habiendo un tiempo y un espacio para cada cosa, discerniendo la esfera de lo laboral de la de lo personal.

Así las cosas, lograr llevar a la práctica un adecuado proceder en cuanto a teletrabajo y desconexión digital resulta esencial para que pueda materializarse una efectiva conciliación entre la vida profesional y la familiar. Para lograrlo, las empresas pueden implementar políticas que promuevan la desconexión digital⁴⁸, estableciendo límites claros y precisos en relación con lo que esperan de sus empleados, cuándo estos han de estar disponibles y cuándo no resulta necesario. Del mismo modo, los trabajadores deben ser conscientes de la importancia de un adecuado establecimiento de tales límites, comunicando conforme proceda sus circunstancias y necesidades a sus superiores. Todo de cara a lograr entornos laborales más sostenibles, favorables y saludables para todos.

47 Por otra parte, es asimismo patente que el miedo a la desconexión digital también puede influir en los niveles del rendimiento. Haciéndose eco de esta posibilidad, la Unión Europea ofrece una regulación independiente. Entre otros, SERRANO ARGÜELLO, N., “La desconexión digital y su incidencia en la ordenación del tiempo de trabajo. A propósito de la regulación independiente del derecho a la desconexión propuesta por la Unión Europea”, en FERNÁNDEZ COLLADOS, M.B. (Dir.), *Relaciones laborales e industria digital: redes sociales, prevención de riesgos laborales, desconexión y trabajo a distancia en Europa*, Cizur Menor, Aranzadi, 2022, pp. 169–198.

48 Cuestión esta que se lleva planteando ya desde tiempo atrás. Entre otros, MORATO GARCÍA, R.M., “Desconexión digital y registro de la jornada laboral ante el auge del teletrabajo”, en BAZ RODRÍGUEZ, J. (Dir.), *Los nuevos derechos digitales laborales de las personas trabajadoras en España. Vigilancia tecnificada, Teletrabajo, Inteligencia artificial, Big Data*, Madrid, Wolters Kluwer, 2021, pp. 267–312.

3. EL PAPEL DE LA JURISPRUDENCIA FRENTE AL NUEVO RETO LEGISLATIVO DEL RDL 5/2023 ANTE SOLICITUDES DE REDUCCIÓN DE JORNADA O TRABAJO EN REMOTO

Conforme ha sido anticipado, antes de la promulgación del RDL 5/2023 venía apreciándose un elevado grado de conflictividad en los diferentes órganos judiciales, en torno a cuestiones relativas a la conciliación de la vida profesional o laboral y la vida familiar de progenitores y cuidadores. Tal es así por cuanto se vulneraban derechos fundamentales, en ocasiones por una inadecuada o errónea interpretación de la norma, sin ponderar en su justa medida la importancia de algunos concretos, hasta el punto de llegar a resolverse conflictos ante el Tribunal Constitucional (como no podía ser de otro modo, al tratarse de derechos fundamentales recogidos en el articulado de la Carta Magna).

En relación con esto procede analizar con cierto detalle dos sentencias que, aunque distantes en el tiempo, resultan de utilidad para poner de manifiesto la necesidad de pronunciamiento sobre los supuestos contemplados, los cuales fueron resueltos, en plena concordancia con el contenido del RDL 5/2023, sirviendo así en cierto modo como prueba del acierto del legislador a la hora de llevar a cabo esta última reforma laboral (pudiendo incluso haber sido utilizadas como referente por parte de este último en su propósito).

La primera de dichas sentencias es la STC 3/2007, de 15 de enero⁴⁹, en la que la demandante pidió recurso de amparo tras haber solicitado a su empresa derecho a reducción de jornada por guarda legal de un hijo menor de 6 años, conforme a lo dispuesto en el art. 37.5 ET. Siendo el horario solicitado de tarde, de lunes a miércoles entre las 16:00 y las 21:15 horas, la empresa lo denegó, aduciendo que el horario reducido a aplicar debería desarrollarse en turnos rotativos de mañana y tarde, y de lunes a sábado, en base al argumento de que lo solicitado no se ajustaba a los límites imperativamente establecidos en el art. 37 ET⁵⁰. Aun no habiéndose producido inicialmente vulneración de derechos –o al menos siendo así considerado por el ministerio fiscal–, en los sucesivos fundamentos de derecho de la sentencia se va produciendo un giro respecto a la original interpretación, por mor de recurrirse a otros pronunciamientos previos del propio Tribunal Constitu-

49 Véanse, entre otros, CASAS BAAMONDE, M.E., “Discriminación directa por embarazo en el acceso al empleo público temporal”, cit.; y CABEZA PEREIRO, J., “Reducción de jornada: a vueltas con la discriminación sexista con ocasión de dos nuevos pronunciamientos del Tribunal Constitucional”, cit.

50 Según el razonamiento pretendido, la solicitud no se atendería a los límites imperativamente establecidos en el art. 37 ET porque, en su interpretación, la jornada reducida solicitada debería estar comprendida dentro de los límites de la jornada ordinaria realizada. La trabajadora, en cambio, estaría solicitando una jornada más irregular, pues en su petición excluía, en primer lugar, varios días de la semana que son laborables y, en segundo lugar, suprimir por completo la posibilidad de trabajar en el turno de mañana. Por ello, el empresario entendía que lo solicitado no era una simple reducción de jornada, sino una modificación de esta (antecedente I.d de la sentencia).

cional. Entre ellos, como ejemplo y por todas, la STC 203/2000, de 24 de julio, en referencia a instituciones próximas en contenido y finalidad para tomar en consideración la excedencia por cuidado de hijos, tomando como base la también STC 240/1999, de 20 de diciembre⁵¹.

Establecido lo anterior, la STC 3/2007 continúa argumentando en sus fundamentos de derecho 6 y 7 que, si la cuestión en torno a la denegación de la solicitud de reducción de jornada a la solicitante de amparo en realidad viniese a constituir un obstáculo para que esta pudiera compatibilizar la vida familiar y profesional, esto debe ser interpretado como “no valorar adecuadamente la dimensión constitucional *ex art. 14 CE*”. A continuación, procede a señalar que, de este modo, se estaría renunciando a interpretar la norma de aplicación de la manera más favorable para la trabajadora, y eso si no ya a la efectividad del derecho fundamental del art. 14 CE, el cual pudiera estar siendo vulnerado⁵².

Partiendo de dicho razonamiento finalmente se reconoce el otorgamiento del amparo a la trabajadora, sustentándose esta decisión en que en la valoración de sus concretas circunstancias no había tenido lugar la debida tutela por parte del órgano judicial del derecho. Tal era así, por cuanto no se había tenido en consideración en qué medida la reducción de jornada solicitada resultaba necesaria para la trabajadora, sino que la decisión adoptada más bien se había fundamentado en las dificultades organizativas aducidas por la empresa. Esto habría venido a suponer un obstáculo injustificado para la permanencia de la trabajadora en su puesto de trabajo, al no poder compatibilizar su vida profesional con su vida familiar, sin haberse parado a analizar “en qué medida dicha reducción resultaba necesaria para la atención a los fines de relevancia constitucional a los que la institución sirve”⁵³. Por último, el amparo es sentenciado en base al reconocimiento del derecho fundamental a la no discriminación (en este caso indirecta) por razón de sexo, de acuerdo con la doctrina del propio Tribunal Constitucional, tal y como es así expresa y literalmente reconocido en el fallo.

51 Conforme a lo contenido en la STC 240/1999, de 20 de diciembre, y en el FJ 5 STC 3/2007, de 15 de enero, “la realidad social subyacente a la cuestión debatida y a su trascendencia constitucional muestra, en palabras de la STC 240/1999, que “el no reconocimiento de la posibilidad de obtener esa excedencia por parte de los funcionarios interinos produce en la práctica unos perjuicios en el ámbito familiar y sobre todo laboral que afectan mayoritariamente a las mujeres que se hallan en situación de interinidad [...], pues] hoy por hoy son las mujeres las que de forma casi exclusiva solicitan este tipo de excedencias para el cuidado de los hijos”. Razonamiento asimismo en otras sentencias más recientes, como indica CABEZA PEREIRO, J., “Reducción de jornada: a vueltas con la discriminación sexista con ocasión de dos nuevos pronunciamientos del Tribunal Constitucional”, cit. Concretamente, la STC 153/2021, de 13 de septiembre, ofrece una postura razonable y suficientemente garantista del derecho a la no discriminación, adecuada en el contexto social. En ella se incluye “el vasto concepto de la discriminación indirecta por razón de sexo”, de tal manera que, cuando son denegadas las solicitudes de conciliación, perjudican a las personas afectadas, que en su mayoría son mujeres trabajadoras, pues a nadie se le escapa que continúan existiendo estereotipos sociales que atribuyen a las mujeres la responsabilidad del cuidado de las personas de la unidad familiar.

52 Tal y como se establece en otras sentencias relacionadas, como las SSTC 191/1998, de 29 de septiembre (FJ 5), y 92/2005, de 18 de abril (FJ 5).

53 FJ 7 STC 3/2007, de 15 de enero.

Según es posible apreciar, resulta plausible esperar que problemáticas de interpretación como la descrita se vean solventadas con la nueva regulación planteada en el RDL 5/2023, a través del tenor de la redacción otorgada al art.4.2.c) ET, en concreta alusión a la no discriminación “directa ni indirecta” de cara al desempeño del puesto de trabajo, debiendo primar siempre los intereses en favor del ejercicio del derecho de conciliación de la vida laboral y familiar que asiste a los trabajadores.

Asimismo interesante resulta el análisis de la STC 119/2021, de 31 de mayo. En esta ocasión, la demandante –también mujer– solicitó amparo ante el Tribunal Constitucional tras haber pedido en su momento reducción de jornada diaria en dos horas al tener que cuidar de su hija menor de doce años, accediendo inicialmente la empresa a lo solicitado, y haciéndose efectiva tal reducción y quedando su horario establecido entre las 8:30 y las 14:30 horas a partir del 11 de septiembre de 2018. No obstante lo anterior, la trabajadora percibió que tal reducción no resultaba suficiente para atender adecuadamente a las necesidades y cuidados de su hija, procediendo a realizar una nueva petición de reducción de jornada, en esta ocasión pidiendo ser excluida de realizar guardias los fines de semana y festivos, y accediendo también la empresa a lo solicitado a partir de octubre de 2018. El conflicto se plantearía, sin embargo, con posterioridad, y más concretamente el 30 de agosto de 2019, al modificar la empresa su postura con respecto a lo ya concedido y remitir una comunicación a la trabajadora en la que se le indicaba la irregularidad de la jornada que venía realizando, y que esta pasaría a incluir la prestación de servicios una hora y treinta minutos los sábados “cuando así sea requerida por las necesidades de la producción y organización de la planta”. La trabajadora manifestó entonces con total rotundidad su oposición a esta cuestión, solicitando que se mantuviese la reducción de jornada exactamente en los términos que ya venía disfrutando, incluida la no obligación de prestar servicios los sábados. La empresa hizo caso omiso de esta última solicitud, motivo por el cual la trabajadora presentó demanda ante el correspondiente Juzgado de lo Social, argumentando “la imposibilidad de atender a la modificación de horario impuesta por la empresa por la que se le exigía trabajar los sábados que la empresa le indicase con antelación, de 12:00 a 13:30 horas, compensando ese tiempo al inicio de la jornada laboral del lunes”, y considerando en su demanda que tal decisión vulneraba sus derechos reconocidos en los arts. 14 y 39 CE⁵⁴.

En primera instancia el Juzgado de lo Social que valoró la situación planteada denegó la solicitud realizada por la trabajadora, otorgando la razón a la empresa en base a entender que esta actuó correctamente conforme al contenido del art. 139 de la Ley 36/2011,

.....

54 A la vez que pedía como medida cautelar “el mantenimiento de la concreción horaria de la que ha venido disfrutando la actora y por ende fijando su jornada de lunes a viernes de 8:30 a 14:30 horas, sin prestación de servicios los sábados”. Tal cuestión fue atendida mediante auto núm. 77/2019, de 19 de octubre, exonerándose de este modo a la demandante de trabajar los sábados.

de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (LJS), al no negarle la reducción de jornada solicitada, si bien con posterioridad (en 2019) se vio obligada a modificar los términos anteriormente establecidos para el horario reducido en base a la necesidad de reorganizar el servicio de guardias que se venían prestando, en virtud de la facultad que le asistía para modificar y flexibilizar el horario de las mismas, una vez que en el departamento al que pertenecía la actora no había personal suficiente para prestar el servicio de forma adecuada y que la compañera que en un primer momento había accedido voluntariamente a prestar el servicio de guardias se negaba ahora a realizarlas todas únicamente ella⁵⁵.

Ante tal situación, y desestimada la demanda presentada ante el Juzgado de lo Social⁵⁶, la demandante procedió a formular el correspondiente incidente de nulidad de actuaciones al considerar que dicha sentencia vulneraba su derecho a “la tutela judicial efectiva, así como el derecho a la igualdad, la prohibición de discriminación por razón de sexo y lo dispuesto en el art. 39 CE”, todo ello por estimar que la desestimación a su petición no había seguido el procedimiento adecuado, motivo por el cual no se había entrado a conocer el fondo del asunto. Tal disconformidad se plasmó en una demanda de amparo ante el Tribunal Constitucional con fecha 15 de julio de 2020, en la que la demandante alegaba, por un lado, la vulneración del derecho a la igualdad y, por otro, discriminación por razón de sexo (en base al art. 14 CE), para seguidamente proceder a mencionar tanto de normativa nacional como europea garante de la igualdad de trato entre mujeres y hombres⁵⁷.

Establecido lo anterior, la STC 119/2021 argumenta en su respuesta al recurso de amparo entender que tan solo se había valorado la situación presentada en base a la legalidad ordinaria. Tal es así, que estipula que se debían haber valorado prioritariamente las circunstancias concurrentes o, en otras palabras, otorgada prioridad a “la importancia que para la efectividad del derecho a la no discriminación por razón de sexo de la trabajadora tiene el ejercicio del derecho de reducción de jornada por motivos familiares”, no debiendo ampararse el pronunciamiento realizado únicamente en la insuficiencia de personal que presentaba la empresa demandada.

55 En concreto, argumentándose que la decisión de la empresa se tomaba como consecuencia de que la situación sobrevenida estaba motivada en el hecho de que un compañero del departamento de la actora solicitó no seguir realizando guardias los fines de semana, a lo que la empresa se opuso por los problemas de organización que esto le suponía, pero finalmente accedió, de tal manera que tan solo quedaba una persona disponible, la cual había decidido voluntariamente realizar las guardias, pero no todas ellas, solicitando por escrito que se volviera al sistema de guardias que regía con anterioridad a la reducción de horarios de la actora, por cuanto se negaba a realizar ella sola todas las guardias tras la renuncia de sus compañeros.

56 SJS Lugo, núm. 2, de 10 de enero de 2020. Ya antes a este respecto, véase lo indicado en MARTÍN DIZ, F., “Del derecho a la tutela judicial efectiva hacia el derecho a una tutela efectiva de la justicia”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 23, 2014, pp. 161–176.

57 La discriminación por razón de sexo se ampara, tal y como se desprende de la sentencia impugnada, en un “acuerdo de empresa”, y no como ella entiende que debería ser, a través de un convenio colectivo, para así poder avalar correctamente “una interpretación restrictiva del derecho de la trabajadora”.

En clara relación con lo anterior, se especifica que no se tomó en consideración cuál era el alcance real de la necesidad de no trabajar los sábados (no por capricho), cuestión esta que precisaba atención, pues tenía su base en la necesidad de atender otros fines con relevancia constitucional, y no debiéndose por tanto dar prioridad a las necesidades organizativas de la empresa⁵⁸. Más aún, desde el punto de vista del Tribunal Constitucional, tal decisión se convirtió *de facto* en un obstáculo injustificado para atender a las pretensiones de la demandante en relación con un derecho de calado y protegido por la Carta Magna, en cuanto venía a suponer “un obstáculo injustificado para la permanencia en el empleo de la trabajadora y para la compatibilidad de su vida profesional y personal, basada en una presunta necesidad organizativa empresarial”⁵⁹, puesto que se había otorgado más importancia a la mera voluntad de un trabajador de no seguir prestando servicios de guardia los sábados que a “la necesidad de conciliación de una madre trabajadora”, apreciándose por parte de esta última que su derecho de conciliación había sido totalmente ignorado. Al respecto de dicha cuestión, a juicio tanto de la propia trabajadora como del Tribunal Constitucional, lo que debe primar es, en primer lugar, la dimensión constitucional en el conflicto planteado frente a un “acuerdo de empresa”. Dicho de otro modo, esto supondría que el Juzgado de lo Social no procedió a tutelar de manera adecuada el derecho protegido constitucionalmente, dando así lugar a “una discriminación indirecta por razón de sexo” frente a la que la trabajadora debería verse protegida en virtud del art. 14 CE. En definitiva, lo que se pretendía con la sentencia era garantizar una efectiva igualdad de trato entre hombres y mujeres, concluyendo el ministerio fiscal en sus fundamentos de derecho (FJ 2) que, en base a lo reconocido en la doctrina del Tribunal Constitucional, se prohíbe la discriminación por razón de sexo, existiendo derecho a una tutela judicial efectiva⁶⁰ a este respecto⁶¹.

Tras lo anterior, se acaba finalmente determinando que ambas decisiones previas resultaban contrarias a la doctrina constitucional, habiendo causado indefensión a la parte actora, al tiempo que enfatizando la gravedad de la decisión del juzgado en origen, en base a haberse producido “flagrante violación del derecho a la no discriminación por razón de sexo de la que ha sido objeto, al no haber ofrecido una respuesta motivada, ponderada y razonada a su pretensión”. Así pues, se procede a otorgar el amparo solicitado por la traba-

.....

58 Sino antes debiendo primar siempre los derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente frente a otras normas de inferior rango. Así en VILA TIerno, F., “La importancia de la conciliación en el seno de las empresas”, *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, núm. 7, 2023, pp. 9–12.

59 En concordancia con otras sentencias, como las SSTC 3/2007, de 15 de enero (FJ 6), y 26/2011, de 14 de marzo (FJ 5).

60 VALMAÑA VALMAÑA, S., “La tutela judicial efectiva como derecho fundamental y la protección jurisdiccional”, *Centro Asociado de Tortosa (UNED)*. Artículos, 2018, <http://e-spacio.uned.es/fez/view/bibliuned:UNEDCentroAsociadoTortosa-Articulos-Svalmana001>.

61 Apreciándose, a su juicio, en el caso de autos la inadecuación de procedimiento que infringe el art. 24.1 CE y el art. 102.2 LJS.

jadora, declarando la vulneración de “su derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE)”, y declarando la nulidad de la sentencia recurrida del Juzgado de lo Social núm. 2 de Lugo, a la vez que retrotrayendo las actuaciones para que ese mismo juzgado dicte nueva resolución respetuosa con el derecho fundamental reconocido. Todo ello en concordancia con otros pronunciamientos del Tribunal Constitucional⁶².

En relación con lo expuesto en este apartado no cabe, pues, sino haber de subrayarse la trascendencia de las modificaciones introducidas en cuanto a las previsiones acerca de la regulación de las relaciones laborales en términos de conciliación de la vida profesional y familiar contenidas en el Estatuto de los Trabajadores, y particularmente en los arts. 34.8y 46.3 ET, al estar en clara consonancia con el parecer jurisprudencial que ya venía siendo manifestado en sentencias del Tribunal Constitucional. Así las cosas, cabe esperar que –tal y como ya se indicó– con la nueva regulación se reduzca el índice de conflictividad en los órganos jurídicos o, cuando menos, que el nuevo tenor normativo contribuya a una toma de decisiones más ajustadas al propósito de protección de los derechos fundamentales de conciliación y de igualdad efectiva entre mujeres y hombres.

4. CONCLUSIONES O APRECIACIONES SOBRE EL MARCO NORMATIVO Y JURÍDICO TRAS EL RDL 5/2023 EN PRO DE UNA MEJOR CALIDAD DE VIDA

A partir del análisis de la nueva regulación introducida por el RDL 5/2023, de 29 de junio, que modifica una parte sustancial del articulado del Estatuto de los Trabajadores en lo relativo a la conciliación de la vida laboral y familiar cabe concluir lo siguiente:

En primer lugar, puede decirse que, en términos generales, se trata de una norma positiva por cuanto, y aun cuando como en el caso de cualquier otra norma siempre puede quedar algún punto oscuro, las medidas adoptadas resultan absolutamente necesarias para lograr –o cuando menos mejorar significativamente– la efectiva igualdad entre mujeres y hombres en términos de conciliación de vida profesional y vida personal, tal y como ya ha sido puesto de relieve en diferentes pronunciamientos realizados por distintos órganos judiciales. De esta forma, evitando caer en la tentación de asimilar el cuidado de los hijos



62 Tales como las SSTC 214/2006, de 3 de julio (FJ 3), 324/2006, de 20 de noviembre (FJ 4), 3/2007, de 15 de enero (FJ 2), 66/2014, de 5 de mayo (FJ 2), y 79/2020, de 2 de julio (FJ 4).

y de las personas dependientes como tareas de exclusivo carácter femenino, pues no en vano casi todos los pronunciamientos se centran, de uno u otro modo, en solicitudes de adaptación de la jornada para la conciliación planteadas por mujeres.

En segundo lugar, y en cuanto a la potencial utilización del teletrabajo como mecanismo propiciador de una mejora en las condiciones de conciliación, cabe señalar que, *a priori*, lejos de resultar un impedimento, antes, al contrario, podría ser un instrumento facilitador para aquellos trabajadores a quienes las características de las funciones a realizar o de las tareas a desempeñar se lo permitan. Tan es así por cuanto no hay que olvidar que, en ocasiones, es precisamente la naturaleza de unas u otras la que hace que el teletrabajo no sea posible, requiriéndose presencialidad, y llevando entonces a tener que recurrir a reducciones o adaptaciones de jornada, tal y como ha sido indicado. Todo ello sin olvidar la problemática que puede plantearse en cuanto a no desconexión del trabajo.

En tercer lugar, y aun cuando las nuevas previsiones del RDL 5/2023 se acercan e incluso comparten criterios con pronunciamientos previos del Tribunal Constitucional, debe seguirse recalando que, en todo caso, han de prevalecer los derechos fundamentales previstos en la Constitución frente a cualesquiera otras disposiciones contenidas en la legalidad ordinaria y que puedan priorizar en beneficio de la empresa, razón por la que el antedicho Tribunal ha de proceder finalmente a realizar las oportunas correcciones. Con todo, y dado el alto nivel de concordancia que puede apreciarse entre el nuevo contenido normativo y los pronunciamientos previos del Tribunal Constitucional, *a priori* puede aventurarse que los índices de conflictividad en los diferentes órganos judiciales se verán rebajado en el futuro, pronóstico que, si bien plausible, sólo el tiempo confirmará.

5. BIBLIOGRAFÍA

- AMBESI, L.J., “Tecnología, relaciones laborales y Derecho del Trabajo: acerca de la tensión entre la técnica y la persona”, *Estudios Socio –Jurídicos*, vol. 21, núm. 1, 2019, pp. 245–266.
- ARRUGA SEGURA, M.C., “Las implicaciones del derecho a la desconexión digital en la prestación de trabajo y en el teletrabajo regular”, *Revista Derecho Social y Empresa*, núm. 15, 2021, pp. 1–27.
- BALLESTER PASTOR, M.A., “El RDL 6/2019 para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación: Dios y el diablo en la Tierra del Sol”, *Revista Femeris*, vol. 4, núm. 2, 2019, pp. 14–38.

- BARRERA, E., Estado de situación del teletrabajo en Europa. Resultados de encuestas y estudios de casos, Teldet, Madrid, 1994.
- BLASCO JOVER, C., “La nueva configuración del permiso por lactancia y del derecho a la adaptación de jornada tras el Real Decreto –Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para la igualdad de mujeres y hombres en el empleo y la ocupación”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho al Empleo*, vol. 7, núm. 2, 2019, pp. 1–29.
- CABEZA PEREIRO, J., “Reducción de jornada: a vueltas con la discriminación sexista con ocasión de dos nuevos pronunciamientos del Tribunal Constitucional”, *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado: Revista de Estudios sobre Ciencias del Trabajo y Protección Social*, núm. 4, 2021, pp. 167–185.
- CABRERA LAFEBE, J.T., La desconexión digital y el derecho a la salud de las personas teletrabajadoras, Universidad Regional Autónoma de los Andes, Quevedo (Ecuador), 2022.
- CAIRÓS BARRETO, D.M., “Tiempo de trabajo, digitalización y teletrabajo”, *Trabajo y Derecho*, vol. 13, 2021, pp. 1–26.
- CAIRÓS BARRETO, D.M., *Una nueva concepción del tiempo de trabajo en la era digital*, 1ª ed., Albacete, Bomarzo, 2021.
- CASAS BAAMONDE, M.E., “Discriminación directa por embarazo en el acceso al empleo público temporal”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 1, 2023.
- CASAS BAAMONDE; M.E., “Legislación excepcional de urgencia e igualdad de género en el empleo y la ocupación. La constitucionalidad 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”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 5, 2023, pp. 1–5.
- CAVAS MARTÍNEZ, F., SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., “La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Promoción de la igualdad en la negociación colectiva, los planes de igualdad de las empresas y otras medidas de promoción de la igualdad”, *Anales de Derecho*, vol. 25, 2007, pp. 343–370.
- CRUZ VILLALÓN, J., “Hacia un nuevo Estatuto de los Trabajadores”, *Trabajo y Derecho*, núm. 63, 2020, pp. 45 y ss.
- GÁRATE CASTRO, J., “Apuntes sobre la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras”, *Revista Xurídica Galega*, núm. 26, 2000, pp. 13–26.
- GARCÍA MIGUÉLEZ, M.P., *El teletrabajo: antes durante y tras el coronavirus*, Aranzadi, Cizur Menor, 2021.
- IGARTUA MIRÓ, M.T., *Ordenación flexible del tiempo de trabajo: jornada y horario*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.

- LÓPEZ AHUMADA, J.E., “El desarrollo de nuevas formas de empleo desde la perspectiva del tiempo de trabajo”, *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, núm. 7, 2023, pp. 56–74.
- LÓPEZ AHUMADA, J.E., “Trabajo remoto y derecho a la desconexión digital ante el riesgo de la flexibilidad horaria”, *Estudios Latinoamericanos de Relaciones Laborales y Protección Social*, núm. 11, 2021, pp. 77–88.
- LOUSADA AROCHENA, J.F., “Maternidad y conciliación en el trabajo por cuenta ajena tras el Real Decreto –Ley 6/2019, de 1 de marzo: una primera aproximación”, *Revista Derecho Social y Empresa*, núm. 11, 2019, pp. 70–97.
- LUQUE PARRA, M., “Marco jurídico de la prevención de riesgos en el teletrabajo”, en GINÉS I FABRELAS, A. (Coord.), *Teletrabajo. Estudio jurídico desde la perspectiva de la seguridad y salud laboral*, Cizur Menor, Aranzadi, 2021, pp. 93–224.
- MARTÍN DIZ, F., “Del derecho a la tutela judicial efectiva hacia el derecho a una tutela efectiva de la justicia”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 23, 2014, pp. 161–176.
- MARTÍN RIVERA, L., “Tendencias recientes en la ordenación del tiempo de trabajo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 250, 2022, pp. 135–182.
- MARTÍN VALDEZ, P., “El registro horario como mecanismo de control del derecho a la desconexión digital”, *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 238, 2023, pp. 1–12.
- MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, M.O., “Registro de jornada diario para garantizar un adecuado derecho a la desconexión digital”, en LÓPEZ AHUMADA, J.E. (Dir.), *La garantía de los derechos digitales en el ámbito laboral: políticas empresariales, ejercicio de derechos y límites al poder de control del trabajo*, Aranzadi, Cizur Menor, pp. 295–324.
- MARTÍNEZ YÁNEZ, N.M., “Entre robots y pandemias: retos de la regulación del tiempo de trabajo en el siglo XXI”, *Trabajo y Derecho*, núm. 78, 2021, pp. 19–29.
- MOLINA NAVARRETE, C., “La edad psicosocial, una condición de trabajo decente: el neotaylorismo digital en clave de pérdida de bienestar”, en CORREA CARRASCO, M. (Coord.) y QUINTERO LIMA, M.G. (Coord.), *Los nuevos retos del trabajo decente: la salud mental y los riesgos psicosociales*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, 2020, pp. 8–37.
- MORATO GARCÍA, R.M., “Derecho a la desconexión digital en la negociación colectiva, los planes de igualdad y los protocolos empresariales”, *Trabajo y Derecho*, núm. 11, 2020, pp. 1–34.
- MORATO GARCÍA, R.M., “Desconexión digital y registro de la jornada laboral ante el auge del teletrabajo”, en BAZ RODRÍGUEZ, J. (Dir.), *Los nuevos derechos digitales laborales de las personas trabajadoras en España. Vigilancia tecnificada, Teletrabajo, Inteligencia artificial, Big Data*, Madrid, Wolters Kluwer, 2021, pp. 267–312.

- NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P., “Teletrabajo durante la pandemia, ¿una herramienta de conciliación? El caso de la Comunidad de Madrid”, en SAGARDOY DE SIMÓN, I. (Dir.) y NÚÑEZ –CORTÉS CONTRERAS, P. (Dir.), *Puntos críticos en relación al teletrabajo (tras el RDL 28/2020, de 22 de septiembre)*, Madrid, Dykinson, 2021, pp. 165–212.
- OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Guía para establecer una ordenación del tiempo de trabajo equilibrada*, OIT, Ginebra, 2019.
- PÉREZ ALONSO, M.A., “La nueva realidad laboral y empresarial. Los nuevos servicios proveedores y nuevas tecnologías, robotización, digitalización, inteligencia artificial”, *Revista Internacional Consinter de Direito*, vol. 4, núm. 6, 2018, pp. 141–160.
- PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., “Poderes del empresario y derechos digitales del trabajador”, *Trabajo y Derecho*, núm. 59, 2019, pp. 1–17.
- PÉREZ DEL RÍO, M.T., “La Ley 39/99 de conciliación de las responsabilidades familiares y profesionales”, *Temas Laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, núm. 52, 1999, pp. 39–68.
- QUÍLEZ MORENO, J.M., “La jornada de trabajo y su relación con el trabajo efectivo: reflexiones sobre si el mismo es eficaz o eficiente y cumple con el trabajo decente”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 254, 2022, pp. 1–25.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “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 Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, núm. 7, 2023, pp. 75–102.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “Trabajo y corresponsabilidad familiar: análisis a la luz de la Directiva 2019/1158”, *Diario La Ley*, núm. 9600, 2020.
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E., “De la conciliación a la corresponsabilidad en el tiempo de trabajo: un cambio de paradigma imprescindible para conseguir el trabajo decente”, *Lex Social: Revista de Derechos Sociales*, vol. 11, núm. 1, 2021, pp. 40–78.
- RODRÍGUEZ –PIÑERO ROYO, M. (Dir.), *Nuevas actividades y sectores emergentes: el papel de la negociación colectiva*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2001, pp. 10 y ss., y, de manera más pormenorizada, pp. 4–104.
- SALA FRANCO, T., “Novedades en materia laboral del Real Decreto –Ley 5/2023, de 18 de junio”, *Briefs AEDTSS*, núm. 50, 2023, pp. 1–6.
- SANGUINETI RAYMOND, W., “Teletrabajo y tecnologías digitales en la nueva Ley del Trabajo a distancia”, en BAZ RODRÍGUEZ, J. (Dir.), *Los nuevos derechos digitales laborales de las personas trabajadoras en España. Vigilancia tecnificada, Teletrabajo, Inteligencia artificial, Big Data*, Madrid, Wolters Kluwer, 2021, pp. 27–266.
- SELMA PENALVA, A., “Desconexión digital: protocolo de actuación”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 59, 2022, pp. 1–24.

- SERRANO ARGÜELLO, N., “La desconexión digital y su incidencia en la ordenación del tiempo de trabajo. A propósito de la regulación independiente del derecho a la desconexión propuesta por la Unión Europea”, en FERNÁNDEZ COLLADOS, M.B. (Dir.), *Relaciones laborales e industria digital: redes sociales, prevención de riesgos laborales, desconexión y trabajo a distancia en Europa*, Cizur Menor, Aranzadi, 2022, pp. 169–198.
- SIERRA BENÍTEZ, E.M., *El contenido de la relación laboral en el teletrabajo*, Sevilla, Consejo Económico y Social de Andalucía, 2011, pp. 27–110.
- TRUJILLO PONS, F., “La «desconexión digital» a lomos de la seguridad y salud en el trabajo”, *Lan Harremanak – Revista de Relaciones Laborales*, núm. 45, 2021, <https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.21955>.
- TRUJILLO PONS, F., “Unas notas al incipiente cuerpo de doctrina judicial sobre el derecho a la desconexión digital en el trabajo”, *Revista Social y Empresa*, núm. 18, 2023, pp. 7–8.
- VALMAÑA VALMAÑA, S., “La tutela judicial efectiva como derecho fundamental y la protección jurisdiccional”, Centro Asociado de Tortosa (UNED). Artículos, 2018, <http://e-spacio.uned.es/fez/view/bibliuned:UNEDCentroAsociadoTortosa-Articulos-Svalmana001>.
- VILA TIERNO, F., “La importancia de la conciliación en el seno de las empresas”, *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, núm. 7, 2023, pp. 9–12.

MÁS NOVEDADES SOBRE PERMISOS Y FÓRMULAS DE TRABAJO FLEXIBLE

MORE NEWS ON PERMITS AND FLEXIBLE WORK FORMULAS

PILAR NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad Loyola

M.^a CONCEPCIÓN ARRUGA SEGURA

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de La Rioja

Fecha de recepción: 18/10/2023

Fecha de aceptación: 16/11/2023

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA TRANSPOSICIÓN AL ORDENAMIENTO INTERNO ESPAÑOL DE LOS PERMISOS POR FUERZA MAYOR FAMILIAR Y PARA CUIDADORES. 2.1. El permiso por fuerza mayor familiar del Estatuto de los Trabajadores. 2.2. El nuevo marco jurídico del permiso para cuidadores. 3. EL TELETRABAJO: UNA MODALIDAD DE PRESTACIÓN QUE PUEDE REPERCUTIR EN LA CONCILIACIÓN. 4. DOCTRINA JUDICIAL SOBRE TELETRABAJO COMO FÓRMULA DE TRABAJO FLEXIBLE. 5. EL TRATAMIENTO EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA DEL TRABAJO A DISTANCIA COMO MECANISMO DE CONCILIACIÓN. 6. LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA 1158/2019 A TRAVÉS DEL REAL DECRETO 5/2023, DE 28 DE JUNIO: CAMBIOS RESPECTO DE LA REGULACIÓN PRECEDENTE. 7. LA PETICIÓN DE FÓRMULAS DE TRABAJO FLEXIBLE: APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 38.4 ET PARA ADECUARLO A LA DIRECTIVA 2019/1158. 8. A MODO DE CONCLUSIONES. 9. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: La Unión Europea ha apostado por reforzar las políticas de conciliación de la vida familiar y profesional para avanzar en la igualdad entre hombres y mujeres, promoviendo la incorporación de la mujer en el mercado de trabajo y el reparto igualitario de cargas bajo el prisma de la corresponsabilidad.

El nuevo marco legal español pretende facilitar la conciliación del trabajo con las responsabilidades de atención a familiares y convivientes y animar a progenitores y cuidadores a permanecer en el mercado laboral el derecho interno español. Alcanzar la corresponsabilidad efectiva a través de nuevos permisos y de medidas de flexibilidad, como el teletrabajo, exige que a corto y medio plazo la negociación despliegue toda su eficacia a través de convenios y planes de igualdad.

ABSTRACT: The European Union is committed to strengthening policies to work –life balance policies in order to advance equality between men and women, promoting both women incorporation into the labour market and the equal distribution of responsibilities under the prism of co –responsibility.

The new Spanish legal framework aims to facilitate the work –life balance and encourage parents and carers to remain in the labour market under Spanish domestic law. Achieving effective co –responsibility through new leave and flexibility measures, such as teleworking, requires that in the short and medium term, bargaining becomes fully effective through collective agreements and equality plans.

PALABRAS CLAVE: Conciliación, flexibilidad, cuidadores, permiso por fuerza mayor, teletrabajo.

KEYWORDS: Flexibility, carers, leave, teleworking, work –life balance.

1. INTRODUCCIÓN

Para facilitar a los trabajadores la conciliación de sus responsabilidades de atención a familiares y convivientes con el trabajo y animar a progenitores y cuidadores a permanecer en el mercado laboral, el derecho interno español y el Derecho europeo han apostado firmemente por mejorar el régimen de permisos y licencias, así como el teletrabajo. Se pretende de esta manera avanzar en el reparto de responsabilidades y cargas familiares, con el objeto de alcanzar una corresponsabilidad efectiva a través de nuevos permisos y de medidas de flexibilidad, como el teletrabajo, cuyo análisis se aborda a continuación.

En efecto, el Derecho de la Unión Europea (UE) ha incidido de forma transversal en determinados aspectos del ámbito laboral y específicamente en la igualdad de género para promover la permanencia de los trabajadores con responsabilidades familiares en el mercado de trabajo. El fundamento de esta intervención se encuentra reflejado en los tratados constitutivos de la UE, donde se incorporan diversos objetivos vinculados con la política social, como política compartida entre los Estados miembros y la Unión Europea, que con el tiempo han sido desarrollados a través del derecho derivado.

El impulso de esos objetivos entronca con el compromiso de promover el desarrollo de la igualdad entre hombres y mujeres y la prohibición de discriminación, como principio fundamental para la Unión. Esta circunstancia se pone de relieve en el art. 3.3 del Tratado de la Unión Europea (TUE), a través de una propuesta de desarrollo sostenible en Europa basado en un crecimiento económico equilibrado con estabilidad de precios; en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social; y en un nivel elevado de protección, donde se combatirá la discriminación y se fomentará la igualdad entre mujeres y hombres, así como la protección de los derechos del niño.

En la misma línea, el art. 10 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) determina que en la definición y ejecución de las políticas y acciones de la Unión Europea “se tratará de luchar contra toda discriminación por razón de sexo, raza u origen étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual”. Y a su vez, la Carta de Derechos Fundamentales de la UE detalla que la igualdad entre mujeres y hombres debe garantizarse en todos los ámbitos, incluidos los relativos al empleo, el trabajo y la retribución.

En coherencia con todo ello, los principios 2 y 9 del Pilar Europeo de Derechos Sociales, y el Plan de Acción del Pilar Europeo de Derechos Sociales, aprobado por la Comisión el 4 de marzo de 2021, reconocen como uno de los grandes desafíos para la adecuación

de las normas laborales al futuro del trabajo garantizar la igualdad de oportunidades y de acceso al mercado de trabajo, abordar los estereotipos de género y la discriminación para construir una Unión en igualdad.

Se reactiva así durante los últimos años el interés de la Comisión Europea por apoyar y completar la acción de los Estados miembros en materia de igualdad en el trabajo. Razón por lo que se impulsa un nuevo proceso de consultas en el marco del Diálogo Social, previsto en el art. 154 TFUE. Sin embargo, al no alcanzarse un acuerdo entre los interlocutores¹, se asume la iniciativa por parte de la Comisión para abordar la regulación de un nuevo marco en materia de conciliación, que culmina con la aprobación parlamentaria de la Directiva sobre conciliación de los progenitores y cuidadores (Directiva 2019/1158).

A través de este nuevo marco se proporcionan incentivos adicionales a los trabajadores para ofrecer fórmulas de solución a la problemática de la realidad demográfica y social en Europa, donde existe una elevada esperanza de vida, a pesar del COVID, y un progresivo envejecimiento de la población y la necesidad de atender a las personas dependientes. A ello se unen los cambios de la pirámide poblacional, a consecuencia de la baja tasa de natalidad². Otras circunstancias, como las nuevas estructuras familiares y el desigual reparto entre hombres y mujeres de las responsabilidades en el cuidado de familiares o la feminización de la economía de los cuidados, contribuyen en la práctica a una tendencia dirigida hacia la infrarrepresentación de la mujer en el mercado de trabajo y a la segregación ocupacional³ a consecuencia de la dificultad de conciliar responsabilidades familiares con el trabajo. Razón por la que resulta incuestionable la necesidad de impulsar políticas de conciliación de la vida familiar y profesional dirigidas a corregir las debilidades en este campo.

Es a consecuencia de todo ello por lo que el Parlamento Europeo y el Consejo de la UE adoptan la Directiva 2019/1158, de 20 de junio de 2019, conforme a los principios de subsidiariedad y proporcionalidad⁴, como mecanismo de garantía en la aplicación del principio de igualdad entre hombres y mujeres por lo que respecta a las oportunidades en el mercado laboral y al trato en el trabajo en todo el territorio de la Unión. Una directiva cuya trasposición se había previsto inicialmente en el texto del Proyecto de Ley de familias, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 14 de abril de 2023, núm.

.....

1 Así se desprende del considerando 14 de la Directiva 2019/1158, donde se relata como la Comisión ha atendido a las opiniones de los ciudadanos y de los interlocutores sociales obtenidas durante el proceso de consulta en dos etapas, a pesar de no existir acuerdo entre los interlocutores para entablar negociaciones sobre la materia, si siquiera en relación al permiso parental.

2 Téngase en cuenta que, según datos del INE, España cuenta con la segunda tasa más baja de natalidad en Europa, y la más baja desde 2019 en la serie estadística.

3 Sobre las variables que inciden en las diferencias y discriminación salarial entre mujeres y hombres y la segregación ocupacional, vid MARTÍNEZ MORENO, C. “Brecha salarial y digital por razones de sexo” en *La mujer ante los retos del trabajo 4.0*, Dir. ROMERO BURILLO, A.M., Aranzadi, 2023, Pp. 110.

4 Acuden a este mecanismo el Parlamento Europeo y el Consejo de la UE en aplicación de la facultad conferida en el artículo 5 del Tratado de la Unión Europea, al considerar que los objetivos no pueden ser alcanzados por los Estados miembros individualmente, sino que por su dimensión y efectos pueden lograrse mejor a escala de la UE.

151-1, que finalmente no culminó su tramitación a consecuencia de la convocatoria anticipada de elecciones generales en España. En este artículo se analizan dos de los aspectos más singulares vinculados con la nueva redacción de los permisos por fuerza mayor y los permisos por cuidadores, así como los avances del teletrabajo, como singular fórmula de flexibilidad en el trabajo en la que vigilar especialmente, como ya se ha apuntado por la doctrina, que la misma no implique “un escenario propicio para volver a un reparto de las tareas domésticas y familiares que estábamos en vías de superar” y con ello, un retroceso en la distribución de responsabilidades y cargas y sino que se oriente hacia un marco de efectiva corresponsabilidad⁵.

La trasposición parcial de los nuevos permisos para cuidadores o por fuerza mayor previstos en la directiva europea, representan incorporaciones de soluciones parciales y muy limitadas para necesidades puntuales. Sin cuestionar su bondad, estas medidas marcan una senda en la que habrá de abundar la negociación colectiva y los planes de igualdad, incorporando medidas para facilitar fórmulas de conciliación adaptadas a la realidad de su ámbito, que permitan consolidar el talento en las empresas. Así, el tratamiento de la conciliación y el encuadre de las necesidades de la empresa y la de cualquier trabajador favorecerá el mantenimiento del capital humano. Convendrá tener en cuenta que las necesidades, más o menos perentorias del ser humano, abarcan momentos muy dispares, desde una situación de fuerza mayor, a otras que requerirán un abanico más amplio de medidas, como es el cuidado de personas dependientes. En cualquier caso, pero especialmente cuando las necesidades organizativas afectan a un mayor periodo de tiempo, medidas de flexibilidad, como el teletrabajo pueden desempeñar un papel de primer orden.

2. LA TRANSPOSICIÓN AL ORDENAMIENTO INTERNO ESPAÑOL DE LOS PERMISOS POR FUERZA MAYOR FAMILIAR Y PARA CUIDADORES

La expresada complejidad de los Estados para alcanzar de forma suficiente el objetivo principal de igualdad entre hombres y mujeres justifica la intervención de la UE, que se concreta mediante distintos permisos, así como a través del impulso de fórmulas de trabajo flexible para los trabajadores que sean progenitores o cuidadores. Derechos reflejados

.....

5 Por todas, DE LA PUEBLA PINILLA, A. “Trabajo a distancia y teletrabajo: Una perspectiva de género”, Labos, Revista de Trabajo y Protección Social, Vol.1, núm. 3, 2020, pp. 8 ss.

en la Directiva 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo.

Así, tal y como se desprende de su justificación, el objeto de la citada Directiva no es otro que garantizar la aplicación del principio de igualdad entre hombres y mujeres a escala de la Unión, en lo que se refiere, de un lado a las oportunidades en el mercado laboral, y de otro, a la diferencia de trato en el trabajo.

Para lograr este objetivo, la Directiva establece unos requisitos mínimos dirigidos a facilitar a los trabajadores que sean progenitores o cuidadores la conciliación de la vida familiar y profesional, atribuyendo a los trabajadores unos derechos individuales en relación con el permiso de paternidad, el permiso parental y el permiso para cuidadores; así como unas fórmulas de trabajo flexible para los trabajadores que sean progenitores o cuidadores, que debieron ser transpuestos al ordenamiento interno español, a más tardar el 2 de agosto de 2022. Conviene aquí resaltar el incumplimiento del deber del Estado español de incorporar en tiempo y forma tales instrumentos dirigidos a alcanzar el objetivo de igualdad entre hombres y mujeres previsto en la Directiva. Razón por la que la Comisión Europea remitió carta de emplazamiento de fecha 20 de septiembre de 2022, y posteriormente, el 19 de abril de 2023, el dictamen motivado por falta de comunicación de las medidas nacionales de transposición de la Directiva 2019/1158.

La reforma operada en el ordenamiento español, mediante una más que cuestionable técnica legislativa⁶, a través del Real Decreto –ley 5/2023, de 28 de junio, ha venido a incorporar tales permisos y medidas de flexibilidad de jornada encaminadas a facilitar la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores. La disposición responde a la necesidad de trasposición en el ordenamiento jurídico español del derecho europeo en materia de conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y cuidadores un conjunto de circunstancias materiales y formales en las que conviene profundizar, pero que de inicio debe recordarse que debieron haberse incorporado al ordenamiento español, a más tardar, el 2 de agosto de 2022, conforme a lo dispuesto en el artículo 20 de la Directiva 2019/1158.

En efecto, con una demora de más de diez meses se publica en el Boletín Oficial del Estado el Real Decreto –ley 5/2023, de 28 de junio, por el que se transpone la citada Directiva en materia de conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los

.....

6 Junto a un heterogéneo conjunto de materias, entre las que se incluye 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 de ejecución y cumplimiento del Derecho de la Unión Europea, se incluyen la transposición de las medidas de conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, ante la convocatoria adelantada de las elecciones generales en España.

cuidadores. La norma de trasposición modifica, entre otros, dos supuestos de interrupción no periódica del trabajo por parte de la persona trabajadora: el permiso por fuerza mayor familiar y el permiso para cuidadores sobre los que se pasa a profundizar.

2.1. El permiso por fuerza mayor familiar del Estatuto de los Trabajadores

Efectivamente, la necesidad de ausentarse del puesto de trabajo por causa de fuerza mayor, prevista en el artículo 7 de la Directiva 2019/1158, ha sido incorporada en el párrafo 9 del artículo 37 del Estatuto de los Trabajadores mediante la configuración de un permiso retribuido por causa de fuerza mayor, por motivos familiares urgentes, en caso de enfermedad o accidente, que haga indispensable la presencia inmediata del trabajador. Se opta por el legislador español por la limitación de la extensión temporal de este derecho a un tiempo determinado (cuatro días hábiles) por año, que según reiterada doctrina del Tribunal Supremo han de disfrutarse en día laborables⁷.

Así, el párrafo 9 del artículo 37 del Estatuto de los Trabajadores (ET), bajo el epígrafe descanso semanal, fiestas y permisos, se incorpora el derecho de la persona trabajadora a ausentarse del trabajo por causa de fuerza mayor cuando sea necesario por motivos familiares urgentes relacionados con familiares o personas convivientes, en caso de enfermedad o accidente que hagan indispensable su presencia inmediata.

Se trata de un permiso retribuido cuyo ejercicio queda condicionado a las siguientes notas características: la primera de ellas requiere que exista un vínculo de causalidad entre la necesaria e inmediata presencia del trabajador en lugar distinto al de su centro de trabajo, por la contingencia por enfermedad o el accidente derivado de un supuesto fortuito y de emergencia. Con carácter general, una persona no es libre de abandonar su puesto de trabajo en cualquier momento y por cualquier causa, sino que deberá avisar de las circunstancias que se han producido y posteriormente acreditar la existencia de una causa que se encuadre en los supuestos que pueden motivar su ausencia.

La segunda singularidad de este permiso es la nota cualitativa que reúne la circunstancia que puede dar lugar al mismo, ya que ha de tratarse de una eventualidad de índole sanitaria, no panificable, que provoque una situación de fuerza mayor de la suficiente entidad, gravedad y emergencia como para justificar el incumplimiento del deber básico de cumplir con las obligaciones concretas de su puesto de trabajo, y abandonar el puesto de trabajo, y que ello no impacte de forma negativa en la retribución. Con lo que, en caso de conflicto, el control judicial del ejercicio del derecho habría de ponderar las circunstancias

.....

⁷ En cuanto a la forma en que han de computarse los días incluidos en los permisos y el *dies a quo* para su cómputo, el Tribunal Supremo afirma que el permiso sólo tiene sentido si se proyecta sobre un periodo de tiempo en el que existe obligación de trabajar, siendo lo ordinario que “los permisos se refieran a días laborables, salvo previsión normativa en contrario”. Por todas STS 1389/2020, de 11 marzo 2020, rec. 192/2018).

concurrentes en cada supuesto, como complemento del derecho escrito aplicable al caso, aplicándose las reglas de la buena fe y la diligencia debida del trabajador.

La tercera nota característica se refiere a los sujetos que podrían provocar esta situación de demanda de auxilio que justifique el abandono del puesto. Se trata de una condición de carácter subjetivo, en la que se requiere que quien reclama la presencia urgente de la persona trabajadora mantenga con el demandante de atención un vínculo familiar, o bien conviva en el mismo domicilio. A este respecto se considera incluido el 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. Se incorporan, de esta manera, nuevas formas de convivencia distintas a las tradicionales, conforme a la ampliación del ámbito subjetivo y la definición de familiares recogida en el artículo 3.1.e) de la Directiva 2019/1158.

La cuarta nota definitoria de este permiso retribuido es su carácter limitado. Existe una limitación temporal del número de días que podrá ausentarse por fuerza mayor una persona de su puesto de trabajo, manteniendo el derecho a que tal permiso sea retribuido. Así, para que se mantenga la condición de retribuido el tiempo de ausencia, este queda limitado a un periodo máximo equivalente a cuatro días al año.

Finalmente, el Estatuto de los Trabajadores remite el ejercicio de este derecho a los acuerdos alcanzados en la negociación colectiva o, en su defecto, en un acuerdo entre la empresa y la representación legal de las personas trabajadoras. De manera que será a través de la negociación colectiva donde se articule normalmente el procedimiento de acreditación del motivo de ausencia del trabajador, así como el momento el que debe solicitarse y disfrutarse. Y ello porque si el convenio no fija una regla distinta de cómputo para los permisos, estos habrán de disfrutarse a partir del momento en que, en efecto, el trabajador haya de dejar de acudir al trabajo (día laborable). Cuestión distinta es, conforme a una consolidada jurisprudencia sobre interpretación de los convenios y pactos de carácter colectivo “que el convenio establezca mejoras o ampliaciones en el catálogo legal de permisos. En tal caso, el régimen de cada uno de ellos estará determinado por lo estipulado por los negociadores colectivos”⁸.

2.2. El nuevo marco jurídico del permiso para cuidadores

Por su parte, el artículo 3.1 c) de la Directiva 2019/1158 define el permiso para cuidadores como la ausencia del trabajo a la que puede acogerse una persona a fin de prestar cuidado

.....

8 Por todas, STS 3167/2020, de 29 de septiembre de 2020, rec. 244/2018. ECLI:ES:TS:2020:3167.

o ayuda personal a un familiar o a una persona que viva en el mismo hogar que el trabajador y que necesite asistencia o cuidados importantes por un motivo médico grave. Se trata de un permiso cuyo contenido, desarrollado en el artículo 6 de la citada directiva, concreta en cinco el número máximo de días del permiso al año para cuidadores que puede disfrutar un trabajador. Un permiso cuyas condiciones materiales y temporales han sido incorporadas a la nueva redacción del artículo 37.3 b) del ET, incrementándose en tres días el tiempo máximo de permiso, que en la redacción anterior del Estatuto se fijaba en dos días para estas situaciones.

De tal manera, cualquier persona tendrá derecho a disfrutar un permiso para cuidadores que le permitirá ausentarse de su puesto de trabajo, hasta cinco días, siempre que concurren las siguientes circunstancias: a) el ejercicio del derecho requiere del cumplimiento de unos requisitos formales, como son el preaviso del trabajador y la posterior justificación del accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario; b) la persona que demande cuidados debe mantener una relación familiar o de convivencia con el trabajador, que se adecue a alguna de las siguientes categorías de sujetos: cónyuge, pareja de hecho, parientes hasta el segundo grado por consanguineidad o afinidad, incluido el familiar consanguíneo de la pareja de hecho, o bien cualquier otra persona, distinta de las anteriores, que conviva en el mismo domicilio de la persona trabajadora; y c) el familiar o conviviente que requiera un cuidado efectivo, deberá justificarse por razón sanitaria grave.

Conviene apuntar que, en caso de conflicto sobre los derechos en materia de conciliación, como se ha señalado por la doctrina judicial y por el Tribunal Constitucional, el criterio de corresponsabilidad constituye una herramienta necesaria para interpretar y ponderar los derechos en juego, de forma que se garantice la efectividad del derecho a la no discriminación por razón de sexo de la trabajadora, implícito en su ejercicio del derecho a la reducción de jornada por motivos familiares. Se trata de un principio orientador y teleológico de la normativa en la materia, que se utiliza como un criterio hermenéutico en la interpretación de las normas en materia de conciliación de la vida laboral y familiar. Este criterio abre la puerta a valorar si, en el momento de ejercer determinados derechos, como pueda ser el caso de reducción, flexibilidad en el trabajo o la solicitud de teletrabajo, como se analiza a continuación, la persona trabajadora acredita o no que la pareja asume también una responsabilidad, sino estrictamente proporcional, al menos significativa.

De hecho, existe alguna línea interpretativa en la que se plantea que, en aplicación del principio de corresponsabilidad, para evitar que la integridad del perjuicio derivado de las medidas dirigidas a facilitar la conciliación recaiga en exclusiva sobre la empresa empleadora de la mujer trabajadora, se acredite un reparto y compatibilización de las responsabi-

lidades familiares. Y ello porque se considera un factor determinante, desde la perspectiva de una efectiva igualdad de hombres y mujeres en el ámbito laboral, que ni la mujer debe “considerarse en el mercado de trabajo como la única que de manera exclusiva y sistemática asume las cargas asociadas al cuidado familiar”, ni los órganos judiciales han de realizar “interpretaciones que alimentan una visión atávica del reparto de papeles en la familia entre hombres y mujeres, consagrando una situación de desprotección y vulnerabilidad de la mujer, forzada a asumir las responsabilidades familiares que, desde la perspectiva legal, deben ser compartidas en la mayor medida posible. Es obvio e indiscutible que la mujer trabajadora puede asumir dicha exclusiva responsabilidad por propia voluntad, como una opción vital completamente respetable. Pero en tal caso y de igual modo, no podrá pretender que dicha opción no se tenga en cuenta al ponderar los intereses en juego, incluidos los de la empresa, y habrá de asumir que, como consecuencia de su decisión, no se pueda repercutir sobre la empresa la integridad de su propuesta de concreción del tiempo de trabajo si, como es el caso, existe justificación objetiva para la contrapropuesta de la empresa”⁹. El criterio, aunque referido en la resolución citada a una adaptación de jornada, bien podría ser extensivo al ejercicio de cualquier otro derecho vinculado a la conciliación, especialmente si se asumen normalmente las cargas familiares por la misma persona.

3. EL TELETRABAJO: UNA MODALIDAD DE PRESTACIÓN QUE PUEDE REPERCUTIR EN LA CONCILIACIÓN

El teletrabajo ofrece ventajas relacionadas con la conciliación familiar y laboral, pero siempre que se sepa establecer el límite entre empleo y vida familiar, o entre empleo y descanso, a la vez que se garantice la salud de la persona teletrabajadora. Dentro de las ventajas que el teletrabajo ofrece, podrían mencionarse la mayor flexibilidad horaria y la reducción del tiempo invertido en los desplazamientos, pero simultáneamente, pueden identificarse algunos riesgos desde la perspectiva conciliatoria: dificultades para separar trabajo y familia, que pueden llegar a la superposición y simultaneidad, total o parcial, de las responsabilidades familiares y laborales con las consecuencias negativas que ello conlleva en el empleo de las mujeres, quienes mayoritariamente asumen las tareas de cuidado¹⁰. Podrá decirse que el teletrabajo es una modalidad de prestación de servicios que

9 Vid STSJ Castilla La Mancha 878/2023, de 25 de mayo de 2023, rec. 792/2022. ECLI:ES:TSJCLM: 2023:1377

10 El 17-9 de 2018, la CSIF, sindicato más representativo en las administraciones públicas y con presencia creciente en el sector privado, y la Comisión Nacional para la Racionalización de Horarios en España (ARHOE) presentaron

puede repercutir en una mejor conciliación de la vida laboral y familiar pero no constituye en sí una medida de conciliación¹¹.

El enfoque tradicional de la conciliación se basaba en las ausencias, interrupciones o renunciadas a la carrera profesional de las mujeres, sin embargo, la actividad a distancia o semipresencial permite rebajar la permanencia en la empresa articulando una dirección por objetivos, abriendo así nuevas posibilidades. La conexión específica entre la conciliación familiar y laboral en beneficio del asalariado y el trabajo a distancia se plasmó por primera vez en lo dispuesto en el art. 34.8 ET, en su redacción tras el Real Decreto 6/2019, de 1 de marzo, que, anticipándose a lo previsto en la Directiva 2019/1158, del Parlamento europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, reguló la posibilidad de que el trabajador se acoja a este sistema por cuidado de hijo menor de 12 años o dependiente. El art. 34.8 ET, en su versión de 2019, ya permitió a las personas trabajadoras solicitar adaptaciones en su prestación de servicios por razones familiares, entre otras, el teletrabajo.

El art. 34.8 ET, en la redacción dada por el RD 6/2019, de 1 de marzo, pretendió evitar el pernicioso efecto de las medidas tuitivas anteriores basadas en la ausencia del trabajo, esto es, la desprofesionalización y postergación de las personas (en la mayoría de las ocasiones mujeres) que se acogen a ellas, si bien, la fórmula utilizada en este precepto no dejaba de ser timorata, pues se echaba de menos una referencia expresa al recurso al teletrabajo para cuidar a las personas dependientes¹². De ahí la conveniencia de que el legislador laboral hubiera reflejado su sensibilidad con esta necesidad social de cuidados de larga duración de las personas mayores, en el abordaje de la cuestión en aquel momento los derechos de conciliación atribuidos para el cuidado de tales sujetos aparecieron configurados como «de segundo grado» si se comparan con los establecidos para la atención de los hijos. Esta carencia se verá subsanada por el reciente Real Decreto 5/2023, de 28 de junio, que más adelante se analizará.

Poco después de la promulgación del RD 6/2019, la Directiva 2019/1158/UE apuntó por primera vez hacia un objetivo específico de implantación de fórmulas de trabajo flexible, que facilitasen la adaptación de la prestación a las circunstancias particulares del trabajador, con lo que dio carta de naturaleza a la evolución seguida en muchos Estados miembros en los que las políticas de conciliación, centradas durante mucho tiempo en



una propuesta al Ministerio de Política Territorial y Función Pública para implantar el sistema de teletrabajo en nuestras administraciones públicas para favorecer la conciliación. La propuesta proponía un modelo de teletrabajo con derecho a la desconexión y por tanto con control horario y de la productividad, con listado de puestos laborales y empleados públicos prioritarios y adaptados a la legislación de riesgos laborales, podrían beneficiarse de esta medida.

11 Véase en profundidad, GÓMEZ ABELLEIRA, F., *La nueva regulación del trabajo a distancia*, Tirant lo Blanch, 1ª ed., Valencia, 2020.

12 RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “Régimen Jurídico del Teletrabajo”, Aspectos sustantivos y procesales”, *Revista Jurídica de Castilla León*, núm. 54, mayo 2021, p. 120 y ss.

los derechos de ausencia (excedencias, suspensiones, permisos), pasaban a conceder un mayor protagonismo a los derechos de presencia, aquellos que permitirían al trabajador compaginar adecuadamente su esfera familiar y laboral sin limitar su presencia en esta última¹³.

El art. 9 de la Directiva 2019/1158/ UE de conciliación amplió, respecto de lo establecido en el RD 6/2019, el ámbito de aplicación personal y material del derecho a solicitar la adaptación del modelo de trabajo para animar a los trabajadores progenitores o cuidadores a organizarse y permanecer en el mercado laboral, condicionándolo a períodos de trabajo previos o a una antigüedad no superior a seis meses y extendiéndolo tanto a los trabajadores con hijos hasta una determinada edad solicitar “fórmulas de trabajo flexible”, expresión que, a tenor de su definición en el art. 3.1.f) de la Directiva 2019/1158, comprendía calendarios laborales flexibles, reducción de las horas de trabajo y fórmulas de trabajo a distancia, posibilitando de esta manera la adaptación del tiempo de trabajo mediante la ausencia parcial y la flexibilización en el lugar de trabajo.

En la Directiva 2019/1158, el derecho del trabajador se correspondía con la obligación del empleador de estudiar y atender las solicitudes en un plazo razonable, teniendo en cuenta tanto sus necesidades como las de los trabajadores y motivando cualquier denegación o aplazamiento del disfrute. La Directiva 2019/1158/ UE mantuvo la posibilidad de prever una limitación temporal “razonable” para el período adaptación, garantizando el derecho del trabajador a volver al modelo previo de trabajo al término del mismo. El trabajador podrá solicitar incluso el retorno al modelo anterior antes de finalizar el plazo acordado por aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*. Con todo, el empleador simplemente se obliga a estudiar y atender la solicitud, teniendo en cuenta sus necesidades y las de la persona trabajadora.

4. DOCTRINA JUDICIAL SOBRE TELETRABAJO COMO FÓRMULA DE TRABAJO FLEXIBLE

Después de la promulgación del RD 6/2019 que reformó el art. 34.8 ET se sucedieron algunas resoluciones judiciales en relación con peticiones de adaptación de jornada mediante teletrabajo. Se planteó desde el principio un importante polo de conflictividad

.....

13 FERNÁNDEZ PRIETO, M., “Conciliación de responsabilidades de progenitores y cuidadores e igualdad de oportunidades en la Directiva (UE) 2019/1158”, RDSYE núm. 12, 2020, p. 24 y ss.

en relación a una cuestión que podría llamarse de carácter previo, si la empresa podría rechazar la solicitud basándose en que esta modalidad de prestación de servicios carece de implantación en la empresa, las resoluciones recaídas hasta el momento, han entendido que ello no es óbice para aceptar la solicitud, siempre que el trabajo a distancia sea materialmente posible, atendiendo a la naturaleza de las funciones desempeñadas por la persona trabajadora¹⁴.

Después, la STSJ Aragón de 17 de noviembre de 2020¹⁵ analizó la licitud de la negativa empresarial a la petición de teletrabajo de una trabajadora que solicitó el cambio a esta modalidad de prestación de servicios ante el cierre de los centros educativos durante la pandemia, al amparo del art. 6 RD Ley 8/2020, pidiendo la entrega por la empresa, o la puesta a disposición por parte de la propia trabajadora, de un ordenador portátil, petición que fue denegada, por una parte, por exigencias de la privacidad del trabajo de la empresa, y, de otra parte, por la imposibilidad económica de adquirir un portátil por la empresa, dadas sus dificultades económicas; contradictoriamente la empresa de forma simultánea adquirió un portátil para que fuera compartido en teletrabajo por otras dos trabajadoras que tenían la misma ocupación y circunstancias personales, careciendo, por tanto, la empresa de justificación para su negativa. Consideró El TSJ de Aragón en su sentencia de 17 de noviembre de 2020 que no existía justificación a la negativa de facilitar un portátil para trabajar, y existía, por ello, un trato desigual con las compañeras, lo que supone que esta decisión infringió la dimensión constitucional de aquellas medidas destinadas a compatibilizar la vida laboral y familiar (art. 14 CE y 17 del ET).

Ahora bien, en todas las peticiones de adaptación de jornada tendrán que acreditarse las necesidades de conciliación que motivaron la solicitud, así lo declaraba el TSJ de Castilla y León el 2 de febrero de 2020¹⁶, la negativa del empleador a teletrabajar tendrá que basarse en el hecho de no acreditarse por parte de la persona trabajadora circunstancia familiar alguna por la que pueda considerarse vulnerado el derecho a conciliar la vida laboral y familiar, a la vez que, la imposibilidad alegada por la empresa tendrá que basarse en cuestiones organizativas o de producción y no en meras cuestiones formales de escasa relevancia, incumbe a la empresa demostrar que confluyen razones más poderosas, normalmente organizativas, que impiden el disfrute en los términos propuestos por la persona trabajadora¹⁷.

.....

14 Sirvan, a modo ejemplificativo, la sentencia del Juzgado de lo Social número 1 de Mataró, Sentencia 251/2019 de 12 Sep. 2019, Proc. 642/2019.

15 Recurso 496/2020. ECLI:ES:TSJAR:2020:1291

16 Recurso 940/2020.

17 NIETO ROJAS, P., Trabajo a distancia y conciliación de la vida laboral y familiar. ¿Es una herramienta eficaz para la igualdad de género?, en *La mujer ante los retos del trabajo 4.0*, (Coor. ROMERO BURILLO, A. M.; BARDINA MARTÍN, Y.; RODRÍGUEZ ORGAZ, C., 2023, ISBN 978-84-1163-234-8, pp. 181-216.

Llegados a este punto, conviene recordar que alguna doctrina en suplicación ya había sostenido la aplicación del art. 34.8 ET, en la redacción anterior al RD Ley 6/2019, incluso aunque el convenio colectivo no disciplinase esta posibilidad. Ahora bien, las resoluciones judiciales que habían reconocido este derecho, sin previsión convencional expresa, lo habían hecho utilizando más que argumentos de “derecho”, argumentos “de equidad”, pues el papel del juez en estos casos recuerda más al papel de un árbitro en los laudos de equidad¹⁸.

Con relación a pronunciamientos más recientes, cabe destacar el del TSJ de Madrid de 17 de mayo de 2022¹⁹, que deniega el derecho a la adaptación de la jornada mediante el teletrabajo para conciliar a una madre con dos hijas pequeñas, por no concurrir el requisito de acreditación de las necesidades de la persona trabajadora, que de existir habría de ponderarse con las necesidades organizativas de la empresa. La trabajadora solicitante no ha acreditado necesidad alguna de conciliación, porque durante la jornada laboral adaptada que se solicita, sus hijas se encuentran en el centro educativo, adicionalmente la empresa alega dificultades de prestación de un trabajo administrativo totalmente a distancia, si bien es este un argumento accesorio pues no concurre el presupuesto esencial del derecho que es que la trabajadora tenga dificultades de conciliación solucionables mediante el teletrabajo, pues el horario de las hijas en el centro educativo rebasa el horario laboral de la trabajadora. Además, la empresa actuó correctamente pues inició proceso negociador en el plazo entonces vigente de 30 días, en ausencia de convenio colectivo.

Por último, el TSJ de Galicia en la Sentencia de 2 de mayo de 2022²⁰ estimó la solicitud de la trabajadora de adaptación de la jornada de trabajo en modalidad de teletrabajo por estar el interés conciliatorio claramente acreditado lo que debe primar sobre el impreciso interés organizativo y productivo de la empresa en el caso planteado, ya que no se demuestra por parte de la empleadora que reconocer a la trabajadora la adaptación solicitada (trabajo a distancia desde Ourense, que ya venía realizando durante la pandemia) comporte una especial dificultad organizativa, ni tampoco que exista un obstáculo productivo, por lo que ha de ceder el interés de la empresa, frente a la necesidad de conciliación de la vida familiar de la trabajadora, con reconocimiento en este caso de la existencia de daños morales que derivan de la vulneración del derecho a la no discriminación del art. 14 CE, en relación con el art. 39 CE.

.....

18 Por ejemplo, una SJS, número 2 de Oviedo, 1 de abril de 2009 señala que “sorprende que la empresa demandada no haya hecho ningún esfuerzo por atender a la petición (...), cuando entre su ideario, conocido por otros procedimientos ante este juzgado seguidos contra ella, figuran principios de trato familiar con y entre los empleados, un contacto directo con los mandos y una política empresarial de humanidad y acercamiento a los trabajadores; principios todos ellos que deberían haber llevado a la concesión de la jornada solicitada”.

19 Recurso de Suplicación 100/2022.

20 1073/2022.

5. EL TRATAMIENTO EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA DEL TRABAJO A DISTANCIA COMO MECANISMO DE CONCILIACIÓN

El legislador dota de un papel central a la negociación colectiva y también a los planes de igualdad para incorporar en su clausulado fórmulas que permitan flexibilizar y adaptar, en la medida de lo posible, la jornada o la forma de prestación laboral a las personas con responsabilidades familiares. Por su parte, el artículo 8.3 LTD (Ley Reguladora del Trabajo a Distancia) estableció que “los convenios o acuerdos colectivos podrán establecer los mecanismos y criterios por los que la persona que desarrolla trabajo presencial pueda pasar a trabajo a distancia o viceversa, así como preferencias vinculadas a determinadas circunstancias, como las relacionadas con la concurrencia de determinadas circunstancias personales o familiares”. De esta forma, se deja abierta la posibilidad de que a través de la negociación colectiva se pueda establecer como preferencia a la hora de acceder al teletrabajo la necesidad de conciliar la vida laboral con la vida personal o familiar, pudiendo establecerse como criterio preferente para acceder al teletrabajo tener que cuidar de un familiar ascendiente o descendiente²¹.

Esta llamada a la negociación colectiva, que ya existía previamente, no había tenido un impacto especial, pudiéndose afirmar que la atención a esta cuestión ha sido muy excepcional²² aunque sí que existían algunas regulaciones convencionales que merecen ser destacadas. Y así, el art. 89 bis del II Convenio Colectivo de empresas vinculadas para Telefónica de España, SAU, Telefónica Móviles España, SAU y Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones de España, SAU (BOE 13-11-2019), recogió poco después de la aprobación del RD 6/2019, de 1 de marzo, el derecho de las personas trabajadoras a solicitar “adaptaciones de la duración y distribución de la jornada de trabajo, en la ordenación del tiempo de trabajo y en la forma de prestación, incluida la prestación de su trabajo a distancia, para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral”, siempre que estas sean “razonables y proporcionadas en relación con las necesidades de la persona trabajadora y con las necesidades organizativas o productivas de la empresa”. El precepto convencional resultaba especialmente interesante por el procedimiento establecido para poner en práctica este derecho y sus limitaciones, pues se garantizaba el compromiso de analizar todas las iniciativas que pudieran favorecer la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en un plazo inferior al legalmente pre-

21 NIETO ROJAS, P. Trabajo a distancia y conciliación..., *cit.*, p. 187.

22 Una excepción la encontramos en el Convenio Colectivo del Grupo Axa (BOE 10-10-2017) que recoge un trato preferente a las personas trabajadoras que tienen la necesidad, suficientemente acreditada, de atender temporalmente a familiares de primer grado de consanguinidad por causa de enfermedad grave, siempre que la actividad desarrollada lo permita.

visto (veinte días en vez de los treinta referidos en el art. 34.8 ET). Respecto a la respuesta, las denegaciones de estas solicitudes “ofrecerán motivación razonable de las dificultades organizativas que expliquen y justifiquen la imposibilidad de atender tales solicitudes en los términos que hayan sido planteadas” al tiempo que se exigía a la persona solicitante establecer preceptivamente una duración a las adaptaciones solicitadas, sin perjuicio del carácter reversible de las mismas cuando desapareciese la necesidad causante. Así, “(l)a persona trabajadora podrá solicitar el regreso a su jornada o modalidad contractual anterior una vez concluido el periodo acordado o cuando el cambio de las circunstancias así lo justifique, aun cuando no hubiese transcurrido el periodo previsto”²³.

De forma más concreta se pronunció el artículo 53 del II Convenio Colectivo de *Eltec It Services*, SLU (BOE 17-9-21), estableciendo que “en cumplimiento de lo previsto en el artículo 34.8 del TRET cualquier persona trabajadora podrá pactar con la empresa una flexibilidad horaria o distribución de la jornada de trabajo cuando dicha solicitud tenga como causa el atender necesidades derivadas de la asistencia a cónyuge, descendientes o ascendientes a su cargo con necesidades especiales que así lo justifiquen (asistencia a centros de educación especial, asistencia a centros médicos, etc.), o bien poder cumplir el régimen de visitas o el de guarda y custodia en casos de separación legal o divorcio”. Como se observa, la previsión convencional se establecía con intención de cierta exhaustividad en las situaciones contempladas, pactándose igualmente que “en caso de negativa de la empresa, la petición se derivará a la Comisión Paritaria de Igualdad. [...]”. También en el artículo 45 del Convenio Colectivo del Grupo ENDESA²⁴, relativo a “otros objetivos y medidas de apoyo en materia de conciliación de la vida familiar y laboral”: contemplaba como medida conciliatoria la “utilización, cuando el tipo de trabajo a realizar y la tecnología disponible lo permitan, del Trabajo fuera de la Oficina/Trabajo a distancia de forma continuada durante un plazo máximo de 30 días, en casos de justificada necesidad autorizados por la Empresa”.

Ahora bien, como se ha advertido en la introducción de este trabajo, el uso de la modalidad de trabajo a distancia para labores conciliatorias habrá de abordarse integrando la perspectiva de género en este análisis, para evitar perpetuar roles, significadamente la potencial relegación de la mujer a un segundo plano en la esfera laboral²⁵. A este respecto, es básico el papel a cumplir por los planes de igualdad para identificar tanto en el diagnóstico como, en su caso, en la implantación de una política de trabajo a distancia como medida del plan su impacto sobre hombres y mujeres²⁶. Es decir, el plan de igualdad habrá

23 NIETO ROJAS, P. Trabajo a distancia y conciliación..., *cit.*, p. 200.

24 BOE 17-6-2020.

25 POYATOS MATAS, G., *Juzgar con perspectiva de género en el orden social*, Aranzadi, 1a ed., 2022.

26 NIETO ROJAS, P. Trabajo a distancia y conciliación..., *cit.*, p. 203.

de tener en cuenta cuestiones como el porcentaje de hombres/mujeres que teletrabajan y sus perfiles (edad, motivo del teletrabajo, si es teletrabajo a tiempo parcial o a tiempo completo, tiempo que llevan teletrabajando, categoría o perfil profesional; posibilidades de promoción y de desarrollo de la carrera profesional en condiciones de igualdad de las personas teletrabajadora; condiciones laborales de las mismas (formación, organización del tiempo de trabajo, remuneraciones y compensaciones de gastos, derecho a la desconexión digital adaptado...); cómo se articula la reversión del teletrabajo en la empresa; si el plan fomenta la puesta en marcha de medidas de corresponsabilidad para evitar sesgos de género en el teletrabajo (estableciendo, por ejemplo, una puntuación mayor o una preferencia mayor cuando sean los hombres los que solicitan el teletrabajo para cuidar de sus hijos o familiares dependientes), etc.”²⁷

El propio Anexo del RD 901/2020, de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad y su registro, que modificó el Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo²⁸, en el marco de las medidas dirigidas al ejercicio corresponsable de los derechos de conciliación, instaba a las comisiones negociadoras de los planes a plantear en el diagnóstico las siguientes cuestiones²⁹: ¿Se prevé en el plan la implantación de puestos de trabajo que se desarrollen a distancia o existen ya en la empresa esta modalidad? En caso afirmativo, ¿se ha previsto en el plan alguna medida que tenga por objetivo, en relación al trabajo a distancia, evitar la perpetuación de roles o fomentar la corresponsabilidad entre mujeres y hombres? ¿Se han previsto en el plan medidas para garantizar el derecho a la desconexión digital?³⁰

Sorprende, por ello, que un plan de igualdad recientemente aprobado incorpore como una de sus medidas prioritarias la implantación de teletrabajo en la oficina de gestión de pedidos, “mayoritariamente compuesta por mujeres”³¹, ejemplificando bien los sesgos de género vinculados con el teletrabajo³². Y ello a pesar de que tanto sindicatos como patronales eran conscientes de los riesgos asociados al trabajo a distancia como medida de conciliación³³; tanto es así que en el acuerdo alcanzado y también en la exposición de motivos de la LTD se insiste en la necesidad de “evitar la perpetuación de los roles de género y fomentar la corresponsabilidad entre mujeres y hombres”.

Por último, en este apartado de la negociación colectiva, merece ser destacado, entre los más recientes, el autodenominado acuerdo de teletrabajo y otras formas de flexibilidad

.....

27 NIETO ROJAS, P. Trabajo a distancia y conciliación ..., cit. P. 204.

28 BOE 14-10-2020.

29 NIETO ROJAS, P. Trabajo a distancia y conciliación, cit., p. 207.

30 NIETO ROJAS, P. Trabajo a distancia y conciliación, cit., p. 209.

31 Plan de igualdad *Philips Lighting Spain* SLU (BOE 2-1-2019).

32 GALA DURÁN, Carolina: “La relación entre el teletrabajo y la conciliación de la vida laboral y familiar: el papel de la normativa y la negociación colectiva”, cit., p. 179.

33 ROMERO BURILLO, A.M.: *El marco regulador del teletrabajo*, Atelier, Barcelona, 2021, p. 151.

que modifica el VI Convenio colectivo de la empresa Telefónica Servicios Audiovisuales, SAU, aprobado mediante Resolución de 22 de abril 2022, cuyo art. 41 sobre Teletrabajo refleja “La Empresa y la Representación de los Trabajadores coinciden en la importancia de seguir avanzando en la conciliación de la vida laboral y personal/familiar, y para ello la posibilidad de articular fórmulas de teletrabajo será estudiada en función de las posibilidades de los servicios que se prestan... Por lo tanto, se podrán analizar las situaciones susceptibles de teletrabajo para contribuir a la flexibilización de condiciones laborales y oportunidades de conciliación”.

Con carácter todavía más reciente, se aprueba por la Resolución de 24 de marzo de 2023 que registra y publica el XXVIII Convenio Colectivo de Repsol Butano SA, en el que se contiene un prolijo acuerdo sobre teletrabajo que lo caracteriza como una medida de organización del trabajo y de conciliación de la vida laboral, familiar y personal, estableciendo una definición del mismo, y regulando diferentes modalidades de teletrabajo, requisitos de acceso, teletrabajo desde la segunda residencia, definiendo los derechos y obligaciones de la persona que teletrabaja y también el procedimiento de seguimiento en caso de teletrabajo.

6. TRASPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA 1158/2019 A TRAVÉS DEL RD 5/2023, DE 28 DE JUNIO: CAMBIOS RESPECTO DE LA REGULACIÓN PRECEDENTE

Como se apuntaba al inicio de este trabajo, la transposición de la directiva, a través del RD 5/2023, de 28 de junio, ha enriquecido las mejoras y aportaciones del Real Decreto –ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, promoviendo fórmulas de trabajo flexible lo que permitirá avanzar en la igualdad efectiva en el ámbito laboral.

Así pues, el reciente RD 5/2023, de 28 de junio, opera modificaciones en el artículo 34.8 del ET, a efectos de incrementar el ámbito del derecho a la adaptación de la jornada de las personas con dependientes a cargo, que requería, como se ha dicho, de ajustes puntuales a efectos de que se acomode totalmente a las previsiones del artículo 9 de la Directiva (UE) 2019/1158, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre fórmulas de trabajo flexible.

El art. 34.8 ET señala en su nueva redacción que las personas trabajadoras tienen derecho a solicitar las adaptaciones de la duración y distribución de la jornada de trabajo, en

la ordenación del tiempo de trabajo y en la forma de prestación, incluida la prestación de su trabajo a distancia, para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral. Dichas adaptaciones deberán ser razonables y proporcionadas en relación con las necesidades de la persona trabajadora y con las necesidades organizativas o productivas de la empresa.

Se producen cambios respecto de los familiares que habilitan para el ejercicio del derecho de adaptación, así pues en la redacción dada por el RD 6/2019 del art. 34.8 ET se señaló que en el caso de que la solicitud se articulase para el cuidado de hijos, solo se reconocía a quienes tengan hijos menores de doce años, debiendo lamentarse que no existiese ninguna referencia a quienes tengan hijos de mayor edad, tampoco existió en aquella norma ninguna mención expresa a otros familiares dependientes como se prevé para las reducciones de jornada.

Aunque el legislador no parecía haber articulado medidas precisas para la conciliación del trabajo a través de fórmulas de adaptación de jornada con el cuidado de los mayores, cabía solicitar el derecho de adaptación para la atención de personas dependientes e hijos mayores de doce años, siempre que estos familiares no pudieran valerse por sí mismos. En la redacción dada en 2019 al artículo 34.8 ET se podía inferir que la necesidad de cuidado de los hijos menores de doce años se presumía en base a su corta edad, y en el resto de los casos, la persona trabajadora debía acreditar la necesidad de cuidado que justifica su petición de adaptación. Bajo aquel escenario normativo para poder extender el ámbito subjetivo de la adaptación de jornada se optó, como en las reducciones de jornada por una interpretación amplia que no exigiese que la persona atendida tenga que presentar un grado mínimo de discapacidad, por una interpretación amplia del concepto, entendiendo a estos efectos toda persona que padezca cualquier tipo de dolencia o enfermedad, médicamente constatadas, que altere notoriamente su salud³⁴. Por tanto, cabía incluir desde la redacción dada en 2019 aquellos supuestos en que no solo existía una declaración formal de discapacidad o dependencia, sino también cuando sin existir, de hecho, el familiar no pueda desenvolverse sin ayuda de un tercero en alguna de las parcelas vitales. En este último caso, era el trabajador quien debía probar la concurrencia de tales circunstancias³⁵ a través de cualquier medio válido en derecho sin que pueda exigirse una situación de extrema gravedad. A este respecto, la Sentencia 426/2019, de 22 de noviembre de 2019, del Juzgado de lo Social N.º 1 de Valladolid, rec. 667/2019, expresamente consideró que no

34 Véase al respecto, NÚÑEZ –CORTÉS CONTRERAS, P. y LOUSADA AROCHENA, J.F., *Jornada de trabajo y derechos de conciliación*, Tecnos, 2015.

35 STSJ La Rioja, de 2 de junio de 2005 (rec. 119/2005). El hecho de tener una edad avanzada no presupone por sí mismo la necesidad de cuidado que habilite el derecho a la reducción, sino que esta circunstancia ha de ser probada. García Testal, E. y López Balaguer, Mercedes: *Los Derechos de conciliación de la vida laboral y familiar en la empresa*, Tirant lo Blanch; Valencia, 2012, p. 116.

se podía restringir el derecho de adaptación solo a las personas trabajadoras que tengan hijos menores de doce años al entender que, en nuestro ordenamiento, existía un derecho genérico de todas las personas a solicitar la adaptación, que se concretó expresamente en el art. 34.8 ET (redacción dada por el RD 6/2019) en su momento en un derecho específico para aquellas que tengan hijos menores de doce años a los que se presume la necesidad de atención. En una primera etapa, hasta junio de 2023 (RD 5/2023, 28 de junio) la limitación de edad se refiere a los supuestos en los que se requiere la atención o cuidado connatural a la menor edad del hijo/a y no así a los supuestos de discapacidad en los que, al igual que en la reducción de jornada, se extiende también el disfrute del derecho en el tiempo; ni tampoco a aquellos casos en los que los hijos mayores de doce años puedan requerir de especial atención derivada de circunstancias objetivas que así lo justificasen y que requiriesen extender el tiempo del disfrute del derecho de adaptación (por ejemplo, algún hijo/a con necesidades de atención especial en supuestos de trastornos de conducta, aunque los mismos no supongan calificación de grado de discapacidad).

En el caso de que tengan hijos o hijas, las personas trabajadoras tienen derecho a efectuar dicha solicitud hasta que estos cumplan doce años.

Asimismo, tendrán ese derecho aquellas personas que tengan necesidades de cuidado respecto de los hijos e hijas mayores de doce años, el cónyuge o pareja de hecho, familiares por consanguinidad hasta el segundo grado de la persona trabajadora, así como de otras personas dependientes cuando, en este último caso, convivan en el mismo domicilio, y que por razones de edad, accidente o enfermedad no puedan valerse por sí mismos, debiendo justificar las circunstancias en las que fundamenta su petición.

En la negociación colectiva se podrán establecer, con respeto a lo dispuesto en este apartado, los términos de su ejercicio, que se acomodarán a criterios y sistemas que garanticen la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre personas trabajadoras de uno y otro sexo. En su ausencia, la empresa, ante la solicitud de la persona trabajadora, abrirá un proceso de negociación con esta que tendrá que desarrollarse con la máxima celeridad y, en todo caso, durante un periodo máximo de quince días, presumiéndose su concesión si no concurre oposición motivada expresa en este plazo.

Finalizado el proceso de negociación, la empresa, por escrito, comunicará la aceptación de la petición. En caso contrario, planteará una propuesta alternativa que posibilite las necesidades de conciliación de la persona trabajadora o bien manifestará la negativa a su ejercicio. Cuando se plantee una propuesta alternativa o se deniegue la petición, se motivarán las razones objetivas en las que se sustenta la decisión.

La persona trabajadora tendrá derecho a regresar a la situación anterior a la adaptación una vez concluido el período acordado o previsto o cuando decaigan las causas que motivaron la solicitud.

En el resto de los supuestos, de concurrir un cambio de circunstancias que así lo justifique, la empresa sólo podrá denegar el regreso solicitado cuando existan razones objetivas motivadas para ello.

Lo dispuesto en los párrafos anteriores se entiende, en todo caso, sin perjuicio de los permisos a los que tenga derecho la persona trabajadora de acuerdo con lo establecido en el artículo 37 y 48 bis.

Las discrepancias surgidas entre la dirección de la empresa y la persona trabajadora serán resueltas por la jurisdicción social, a través del procedimiento establecido en el artículo 139 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

7. LA PETICIÓN DE FÓRMULAS DE TRABAJO FLEXIBLE.: APLICACIÓN DEL ART. 34.8 ET PARA ADECUARLO A LA DIRECTIVA 2019/1158

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

Como se ha dicho, las medidas de ordenación flexible del tiempo de trabajo se han considerado “las más proclives a lograr un verdadero «equilibrio» entre trabajo y familia, apoyado en la plena efectividad de la «corresponsabilidad» en la asunción de los cuidados entre mujeres y hombres”.

La Directiva 2019/1158 recuerda a este respecto que los empleadores, al examinar las solicitudes de fórmulas de trabajo flexible reguladas en su art. 11, podrán “tener en cuenta, entre otras cosas, la duración de la fórmula de trabajo flexible solicitada, así como sus recursos y su capacidad operativa para ofrecer dichas fórmulas. El empleador debe poder

decidir si acepta o rechaza la petición de un trabajador de acogerse a fórmulas de trabajo flexible. Las circunstancias específicas subyacentes a la necesidad de acogerse a estas fórmulas pueden cambiar. Por tanto, los trabajadores deben tener derecho no solo a volver a su modelo de trabajo original al término de un periodo acordado mutuamente, sino también a hacerlo antes de que este periodo finalice, siempre que algún cambio en las circunstancias subyacentes así lo requiera”.

El legislador español ha transpuesto este derecho de forma bastante consistente. Se transpone el art. 9 de la Directiva dando una nueva redacción al art. 34.8 ET con dos novedades importantes: de un lado, amplía el alcance subjetivo del derecho, pues se sigue manteniendo la referencia a los hijos menores de doce años, pero también se podrá solicitar fórmulas de trabajo flexible por parte de quienes tengan necesidades de cuidado respecto de los hijos e hijas mayores de doce años, el cónyuge o pareja de hecho, familiares por consanguinidad hasta el segundo grado de la persona trabajadora, así como de otras personas dependientes cuando, en este último caso, convivan en el mismo domicilio, y que por razones de edad, accidente o enfermedad no puedan valerse por sí mismos, debiendo justificar las circunstancias en las que fundamenta su petición³⁶.

De otro lado, el legislador hace nuevamente una llamada a la negociación colectiva para que regule los términos de ejercicio del derecho, los cuales se acomodarán a criterios y sistemas que garanticen la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre personas trabajadoras de uno y otro sexo. Ahora bien, ante el silencio negocial, la empresa abrirá un proceso de negociación que tendrá que desarrollarse con la máxima celeridad y, en todo caso, durante un periodo máximo de quince días, presumiéndose su concesión si no concurre oposición motivada expresa en este plazo³⁷.

Esta regulación es la concreción en el ordenamiento nacional de lo previsto en el art. 9 de la Directiva 2019/1158, en el que se establece que “los empleadores estudiarán y atenderán las solicitudes de acogerse a fórmulas de trabajo flexible en un plazo razonable de tiempo, teniendo en cuenta tanto sus propias necesidades como las de los trabajadores”. Este periodo razonable se concreta en nuestra legislación en un plazo de quince días (antes 30), periodo en el que la empresa, ante la solicitud de la persona trabajadora, estudiará la petición. Finalizado este, la empresa, por escrito, comunicará la aceptación.

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

36 NIETO ROJAS, P., “La transposición de la Directiva 1158/2019, de conciliación de la vida laboral y profesional a través del RD 5/ 2023”. *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, mayo a octubre del 23, núm. 7, 2023, p. 84.

37 NIETO ROJAS, P., “La transposición de la Directiva 1158/2019., *cit.*, p. 85.

alternativa o se deniega la petición, se motivarán las razones objetivas en las que se sustenta la decisión.

En todo caso, en la interpretación y aplicación de este derecho deben evitarse soluciones ajenas a la finalidad de la norma, pues obviamente aquí confluyen intereses contrapuestos del trabajador derivados de sus necesidades de conciliación y del empresario derivados fundamentalmente de sus necesidades organizativas y productivas. Las dos partes demandan flexibilidad en la concreción de esos intereses, con lo que el choque es inevitable, la solución más eficaz va a pasar siempre por la vía del consenso, tanto a través de pactos colectivos como de acuerdos individuales³⁸.

8. A MODO DE CONCLUSIONES

Como se puede observar, existe una nueva realidad social representada por un cambio radical de la estructura familiar en la que es preciso atender las necesidades de personas dependientes. Mientras se eleva la esperanza de vida, década tras década, cada año se registran nuevos descensos en la tasa de natalidad. Esta nueva configuración social con cada vez más ancianos y menos niños demanda una adaptación de la organización de la empresa, necesitada de mano de obra cualificada, para adecuar, en la medida de lo posible, las necesidades familiares y personales puntuales que pueda tener cualquier persona sujeta a una relación laboral.

De forma extemporánea España ha traspuesto al derecho interno la Directiva 2019/1158 de la Unión Europea. Norma que pretende impulsar un camino de mejoras y homogeneidad en el tratamiento de la conciliación en los distintos países. Se pretende avanzar en medidas de conciliación y en corresponsabilidad, dando respuesta a necesidades urgentes, como el permiso retribuido por fuerza mayor y para cuidadores, así como en medidas de flexibilidad que permitan reorganizar la prestación del trabajo para permitir simultanear el trabajo con la atención y cuidados a familiares y convivientes.

El hecho de que la Directiva 2019/1158 incorpore un concepto más amplio del tradicional sobre quienes se consideran familia, amplía las opciones para solicitar permisos y licencias en la empresa para facilitar la conciliación. Así, con la nueva redacción del artículo 37.3. b) del Estatuto de los Trabajadores incorpora una ampliación cuantitativa y cualitativa del permiso. Por una parte, se incrementa a cinco el número de días de licencia

.....

38 NIETO ROJAS, P., “La transposición de la Directiva 1158/2019., *cit.*., p. 86.

retribuida que puede solicitar el trabajador en caso de accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario. Y, por otra parte, extiende las potenciales personas que requieran cuidado efectivo, además de a familiares, a personas convivientes con el trabajador. Lo que lleva a incluir además del cónyuge, pareja de hecho o parientes hasta el segundo grado por consanguinidad o afinidad, a cualquier familiar consanguíneo de la pareja de hecho, y a cualquier otra persona siempre que conviva con la persona trabajadora en el mismo domicilio, y que requiera su cuidado efectivo.

Junto a ello, se incorpora una segunda modalidad de permiso para atender las vicisitudes urgentes, en el art. 37.9 del Estatuto de los Trabajadores. Se trata de los supuestos de fuerza mayor por motivos familiares urgentes relacionados con familiares o personas convivientes, en caso de enfermedad o accidente que hagan indispensable su presencia inmediata. El precepto remite a la negociación colectiva o al acuerdo de empresa los términos en los que retribuirán tales horas de ausencia, cuya bolsa equivale a un máximo de cuatro días al año.

Además de configurarse una nueva redacción de permisos para situaciones urgentes y de fuerza mayor vinculadas con la salud, el nuevo marco jurídico apunta a las medidas de flexibilidad como herramientas para facilitar la conciliación de la persona y el trabajo. En este ámbito conviene recordar que la tecnología ha revolucionado la forma en que trabajamos y vivimos, y puede ofrecer flexibilidad y autonomía para los trabajadores. Convendrá explorar el teletrabajo como herramienta que puede facilitar la conciliación, y un mejor equilibrio entre la demanda de objetivos del puesto de trabajo, la planificación y la organización de las necesidades personales y familiares.

BIBLIOGRAFÍA

DE LA PUEBLA PINILLA, A. “Trabajo a distancia y teletrabajo: Una perspectiva de género”, *Labos*, Revista de Trabajo y Protección Social, Vol.1, Núm. 3, 2020.

FERNÁNDEZ PRIETO, M., “Conciliación de responsabilidades de progenitores y cuidadores e igualdad de oportunidades en la Directiva (UE) 2019/1158”, RDSYE núm. 12, febrero de 2020.

GALA DURÁN, C., “Teletrabajo y conciliación de la vida personal, familiar y laboral: El papel de la Ley 10/2021, de la negociación colectiva y de los planes de igualdad”, en *La mujer ante los retos del trabajo 4.0*, (Coor. ROMERO BURILLO, A. M., BARDINA MARTÍN, Y., RODRÍGUEZ ORGAZ, C., Aranzadi, 2023.

- GÓMEZ ABELLEIRA, F., *La nueva regulación del trabajo a distancia*, Tirant lo Blanch, 1a ed., Valencia, 2020.
- NIETO ROJAS, P., “La transposición de la Directiva 1158/2019, de conciliación de la vida laboral y profesional a través del RD 5/ 2023”. *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, mayo a octubre del 23, núm. 7, 2023.
- NIETO ROJAS, P., “Trabajo a distancia y conciliación de la vida laboral y familiar. ¿Es una herramienta eficaz para la igualdad de género?”, en *La mujer ante los retos del trabajo 4.0*, (Coor. ROMERO BURILLO, A. M., BARDINA MARTÍN, Y., RODRÍGUEZ ORGAZ, C., Aranzadi, 2023.
- NÚÑEZ -CORTÉS CONTRERAS, P. y LOUSADA AROCHENA, J.F., *Jornada de trabajo y derechos de conciliación*, Tecnos, 2015.
- POYATOS MATAS, G., *Juzgar con perspectiva de género en el orden social*, Aranzadi, 1a ed., 2022.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “Régimen Jurídico del Teletrabajo”, Aspectos sustantivos y procesales”, *Revista Jurídica de Castilla León*, núm. 54, mayo 2021.
- ROMERO BURILLO, A.M., *El marco regulador del teletrabajo*, Atelier, Barcelona, 2021.
- SELMA PENALVA, A., “La digitalización ¿es realmente una opción de conciliación?, en *Lo que no se dice sobre la igualdad de género*, Aranzadi, 2022.
- SELMA PENALVA, A., “La feminización del trabajo de cuidados ¿Dónde está realmente el problema?, en *Lo que no se dice sobre la igualdad de género*, Aranzadi, 2022.

LOS NUEVOS PERMISOS DE CONCILIACIÓN Y EL REFUERZO DE LA CORRESPONSABILIDAD EN EL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO TRAS EL RD LEY 5/2023

*THE NEW WORK –LIFE BALANCE PERMITS AND THE REINFORCEMENT
OF CO –RESPONSIBILITY IN THE BASIC STATUTE OF PUBLIC EMPLOYEES
AFTER THE AMENDMENTS TO RD LAW 5/2023*

EMMA RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

*Profesora TU de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Vigo*

Fecha de recepción: 15/10/2023

Fecha de aceptación: 27/11/2023

SUMARIO: 1. EVOLUCIÓN DE LA NORMATIVA EUROPEA Y JUSTIFICACIÓN DEL REAL DECRETO 5/2023. 2. LA PROTECCIÓN NORMATIVA DE LOS DERECHOS DE CONCILIACIÓN EN EL EMPLEO PÚBLICO. 3. LAS MODIFICACIONES LEGALES EN EL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO. 3.1. Las modificaciones en los permisos de los funcionarios públicos. 3.2. El nuevo permiso parental en el elenco de los permisos por motivos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral. 4. REFLEXIONES FINALES: ALGUNAS CERTEZAS Y NUEVAS PREGUNTAS. 5. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: A través del RD ley 5/2023, de 28 de junio, el legislador español transpone al ordenamiento interno el contenido de la Directiva (UE) 2019/1158, sobre conciliación y corresponsabilidad de las personas trabajadoras. En la legislación del empleo público los

cambios normativos suponen modificaciones de algunos permisos ya existentes, incorporando el permiso para cuidadores y por fuerza mayor, acogiendo una concepción amplia de la familia, e introduciendo un nuevo derecho para el reconocimiento del permiso parental. Según el espíritu de la Directiva, todos los permisos en pro de la conciliación de la vida familiar y laboral deben facilitar la flexibilidad para la persona trabajadora y garantizar su ejercicio. Se refuerzan los derechos de conciliación como derechos individuales e intransferibles y se ahonda en la corresponsabilidad.

ABSTRACT: By means of Royal Decree Law 5/2023 of 28 June, the Spanish legislator transposed the content of Directive (EU) 2019/1158 on work –life balance and co –responsibility of workers into domestic law. In public employment legislation, the regulatory changes entail modifications to some existing leave, incorporating leave for carers and force majeure, embracing a broad conception of the family, and introducing a new right to recognition of parental leave. In the spirit of the Directive, all leave to reconcile work and family life should facilitate flexibility for the worker and ensure that it is taken. Reconciliation rights are reinforced as individual and non –transferable rights and co –responsibility is further strengthened.

PALABRAS CLAVE: Conciliación, corresponsabilidad, empleo público, nuevos permisos, permiso parental.

KEYWORDS: Work –life balance, co –responsibility, public employment, new leaves, parental leave.

1. EVOLUCIÓN DE LA NORMATIVA EUROPA Y JUSTIFICACIÓN DEL REAL DECRETO 5/2023

El 29 de junio de 2023, el Boletín Oficial del Estado (B.O.E), publicó el Real Decreto *–ley 5/2023, de 28 de junio, por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad; de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles y conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores; y de ejecución y cumplimiento del Derecho de la Unión Europea,* (en adelante RD ley 5/2023), con entrada en vigor el día siguiente al de su publicación, excepto las previsiones del libro primero y del título VII del libro quinto, que entrarán en vigor al mes de su publicación, y las regulaciones del título III del libro tercero, que entrarán en vigor cuando se apruebe su desarrollo reglamentario, tal y como establece la Disposición Final novena.

El propio título de la norma de urgencia da buena cuenta de la variada temática que abarca y, a la vez, deja traslucir la emergencia que acuciaba al legislador antes de comenzar el período excepcional de “en funciones”, durante el que el gobierno “limitará su gestión al despacho ordinario de los asuntos públicos”¹. La Exposición de Motivos de la norma justifica explícitamente esta urgencia refiriéndose a cuatro cuestiones básicas. En primer lugar, por la necesidad de “cerrar procedimientos de infracción abiertos por la Comisión Europea por demora en la transposición” de diversas Directivas comunitarias y evitar que nuestro país sea sancionado económicamente, en tanto que la transposición en plazo es un objetivo fundamental del Consejo Europeo (artículo 260.3 TFUE). Segundo, reconoce que existe carta de emplazamiento de las instituciones europeas en relación con la demora en la incorporación del régimen sancionador del Reglamento (UE) 2021/784 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2021. Tercero, explica que existen declaraciones de incumplimiento decretadas por el

.....

1 Así lo prevé el artículo 21 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, BOE de 18 de diciembre de 1998, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 115 de la Constitución y de conformidad con lo previsto en el artículo 42.1 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, a la que se remite el Real Decreto 400/2023, de 29 de mayo, de disolución del Congreso de los Diputados y del Senado y de convocatoria de elecciones, BOE de 30 de mayo de 2023.

Tribunal de Justicia de la Unión², motivo que justifica acudir a esta norma de urgencia, según el Consejo de Estado. Y, por último, en cuarto lugar, es necesario prorrogar algunas medidas frente a las consecuencias de la guerra de Ucrania y reconstrucción de la Isla de la Palma.

En efecto, a través del Libro II del Real Decreto –Ley se procede a la trasposición de la *Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo.*

Conviene, no obstante, referirse a varios aspectos relevantes en lo que fue el largo y tortuoso camino de la transposición, hasta alcanzar el resultado publicado en la norma de urgencia. De hecho, la Disposición Final Octava explicita que se trata de una transposición parcial de la norma comunitaria, al dejar fuera de su contenido lo previsto sobre la remuneración del permiso parental en los artículos 5 y 8, respectivamente. Es una precaución del legislador de urgencia acorde con el plazo más amplio –hasta el 2 de agosto de 2024– del que goza ese aspecto concreto en la Directiva. Esa amplitud se deriva de que el legislador europeo es consciente de las dificultades de negociación que puede implicar en el ámbito interno de cada Estado miembro este aspecto económico, al poder optar entre una remuneración o a una prestación económica, condicionada a períodos de trabajo previos.

Más allá de este aspecto controvertido sobre el que se volverá en las siguientes páginas, existen otras dos cuestiones importantes a la hora de enfrentarse al análisis de la norma de urgencia y que sin duda deben de tenerse presentes para su correcta interpretación. Una, esta Directiva nace vinculada al impulso que el derecho a la igualdad de género tiene en la normativa de la UE y que también venía recogido, desde un primer momento, en el Pilar Europeo de Derechos Sociales³. Y, la otra es que este Real Decreto recoge –o salva– parte del contenido que estaba reflejado en la *non nata* Ley de Familias⁴.

Tradicionalmente, entre las instituciones que permiten conciliar la vida personal y la laboral se señalan, en primer lugar, a los permisos, en sentido amplio, que permitan a las personas trabajadoras interrumpir sus carreras profesionales para dedicarse al cuidado

.....

2 Destacan las Sentencias siguientes, las cuales obligan a realizar ajustes legislativos:

–En la Ley de Tráfico, en virtud de la STJUE de 19 de enero de 2023, la cual considera que la normativa española que requiere la adjudicación de los cursos de sensibilización y reeducación vial para la recuperación de puntos del permiso de conducción, mediante una concesión de servicio público, es contraria a la Directiva 2006/123/CE .

–En la normativa nacional para lograr seguridad jurídica en el sector, en virtud de la STJUE de 8 de junio de 2023, en el asunto C –50/21, “Prestige and Limousine”, la cual ha perfilado los límites que condicionan la intervención de las Administraciones en la ordenación del mercado de servicios VTC.

3 RAMOS QUINTANA, M^a. I., “El Pilar Europeo de Derechos Sociales: la nueva dimensión social europea”, *Revista de Derecho Social*, n.º. 77, 2017, pp.19–42.

4 Proyecto de Ley de Familias (121/000151,) BO de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, 14 de abril de 2023.

de sus familiares. Asimismo, cada vez se ha hecho más hincapié en que deben procurarse horarios de trabajo flexibles, para posibilitar que las condiciones laborales puedan ser adaptadas a la vida personal y a las obligaciones familiares de los trabajadores, sin que implique la renuncia completa a ninguna de ellas. Y, en tercer lugar, se viene reclamando el principal papel de los poderes públicos que han de procurar unos servicios adecuados que atiendan el cuidado de las personas adultas dependientes y de las menores, en general⁵.

En efecto, las licencias han tenido un protagonismo que, sin embargo, se ha revelado ineficiente⁶, mientras que las jornadas flexibles de trabajo y, en general, los mecanismos que permiten la adaptación del tiempo de trabajo al tiempo “de no trabajo” se acomodan mucho más al objetivo de la verdadera conciliación. Y ello es así porque el estudio de estas figuras debe abordarse desde el prisma de la igualdad⁷.

En el año 2016, la “Comisión Junker”, incluyó entre su plan de trabajo la iniciativa “Un nuevo comienzo para hacer frente a los desafíos de la conciliación de la vida laboral y familiar”, que pretendía incrementar la participación de las mujeres en el mercado de trabajo⁸. Con anterioridad, en julio de 2015, ante la falta de avances en su tramitación, se había anunciado la retirada de la propuesta de modificación de la Directiva relativa al permiso de maternidad⁹, de manera que esa nueva propuesta se presenta con un cariz amplio que pretende abrir “la vía a un nuevo enfoque para cumplir los objetivos estratégicos de mejorar la protección de las madres, lograr una mejor conciliación de la vida profesional y la vida familiar y facilitar la participación de las mujeres en el mercado de trabajo”¹⁰.

El 26 de abril de 2017, el Parlamento y el Consejo presentaron la propuesta de Directiva relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y de los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo¹¹. Entre las razones y objetivos que la justifican, el propio texto de la propuesta enumera pro-

5 Estudio de derecho comparado, RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E., *Instituciones de conciliación de trabajo con el cuidado de familiares*, Bomarzo, 2010.

6 **El 89% de los cuidadores en España son mujeres, la mayoría cónyuges e hijas, con edades comprendidas entre los 45 y los 65 años, según cifras del Consejo Superior de Investigaciones Científicas (CSIC)**. En España el 85% de las mujeres siguen encargándose del trabajo doméstico y el 95% se ocupa del cuidado de los hijos (Eurostat).

7 RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E., “La ‘soberanía sobre el tiempo’. Unilateralidad e imposición en la distribución del tiempo de trabajo frente a conciliación corresponsable”. *Cuadernos de relaciones laborales*, n.º. 40, (1), 2022, pp. 37–55.

8 Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Programa de trabajo 2016: “No es el momento de dejar las cosas como están”, Estrasburgo, 27 de octubre de 2015. COM (2015) 610 final.

9 Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 92/85/CEE del Consejo, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia. Bruselas, 3 de octubre de 2008, COM (2008) 637 final.

10 Comunicado de prensa de la Comisión Europea, sobre el nuevo enfoque de la conciliación y la retirada de la propuesta de Directiva sobre la maternidad, Bruselas, 1 de julio de 2015.

11 COM (2017) 253 final.

fusamente resultados sobre el fracaso de las medidas adoptadas hasta ahora, lo que ha abocado a las mujeres a una situación de infrarrepresentación en el empleo –trabajos a tiempo parcial, temporales o informales–. Las consecuencias inmediatas se trasladan a la brecha salarial de género, llegando a alcanzar el 28% en algunos Estados miembros y el 40% de media en el UE, en el ámbito de las pensiones¹². A la vez, critica abiertamente la carencia de disposiciones que permitan que los hombres asuman las mismas responsabilidades familiares que las mujeres al no establecer permisos de cuidado equitativos y sin vinculación al género.

Por eso, la Directiva (UE) 2019/1158, de 20 de junio¹³, incluye una nueva clasificación de los permisos, diferenciando entre el de paternidad y el parental, a la vez que también mantiene el permiso por fuerza mayor, pero crea otro distinto que denomina “permiso para cuidadores”. La duración será independiente entre cada permiso y se convierten en intransferibles. Así, contarán de diez días, el de paternidad; cuatro meses, el parental, para cuidadores, un período mínimo de cinco días anualmente, y por fuerza mayor, el tiempo equivalente a cuatro días. Además, se amplía el concepto de familia, dando cabida a la convivencia, y se establecen los ocho años la edad mínima del menor hasta la que se permite disfrutar de estos permisos, así como solicitar formas de trabajo flexibles con una duración de esas fórmulas que pueden someterse a límites razonables. Al mismo tiempo se refuerzan las garantías de disfrute de estos permisos a través de la consolidación de los derechos adquiridos o en curso de adquisición que se generen durante su disfrute, la protección económica, el desplazamiento de la carga de la prueba y se estipulan sanciones a determinar por los Estados, pero que suponen una protección frente al trato o consecuencias desfavorables para quien se acoja a estos permisos.

Resulta fundamental, en cualquier caso, completar estos permisos específicos de alejamiento del puesto de trabajo, con las posibilidades de adaptación flexible al empleo, una vez que ha finalizado aquel o, incluso, durante su disfrute, en la medida que eso podrá facilitar la reincorporación de la persona trabajadora. Este es el punto clave y que marcará la diferencia respecto de la anterior regulación porque se refuerza el derecho a la reserva y reincorporación al trabajo tras el permiso parental. La previsión de la anterior Directiva sobre animar a personas trabajadoras y a las empresas “a tomar disposiciones para definir medidas adecuadas para la reintegración” queda superada en la actual redacción del artículo 9 de la Directiva.

.....

12 En 2015, la tasa de empleo femenina (20–64 años) alcanzó el 64,3 %, frente al 75,9 % en el caso de la masculina, OECD (2017), *The Pursuit of Gender Equality: An Uphill Battle*, OECD Publishing, Paris. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264281318> –en (fecha de consulta 28.11.2023).

13 Directiva (UE) 2019/1158, de 20 de junio, de Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo.

Esta regulación responde a una previsión de carácter imperativo sobre la regulación del trabajo flexible que pretende incidir directamente en la corresponsabilidad, al fomentar el retorno al mundo laboral de la mujer, tradicional destinataria de los permisos parentales más extensos, con el consustancial riesgo de su desprofesionalización. En este nuevo reconocimiento se permite cierta limitación –hasta los 8 años– y requisitos –cierta antigüedad en el puesto, no más de un año –, pero se configura como un derecho subjetivo al que los Estados miembros deberán de dar cobijo en sus ordenamientos internos de manera que resulte efectivo. Como señala la Directiva, “las mujeres y los hombres deberán tener igual acceso a permisos especiales para cumplir con sus responsabilidades de cuidado y animárseles a utilizarlos de forma equilibrada”¹⁴.

En efecto, la *non nata* Ley de Familias recogía buena parte de estas cuestiones, al ser la norma en la que, *a priori*, se proponía transponer la Directiva (UE) 2019/1158. Debe tenerse presente que, en realidad, el origen simultáneo de esta norma europea, en el marco del desarrollo del Pilar europeo de derechos sociales, junto con la Directiva (UE) 2019/1152¹⁵, implicaba que lo idóneo era una transposición conjunta y, así, completar de forma más ambiciosa esa necesaria adaptación entre los tiempos de trabajo y de vida de las personas trabajadoras¹⁶. No obstante, el legislador al optar por primar en la Ley de Familias la vertiente más social frente a la estrictamente laboral de estos permisos también dio un paso coherente en relación con las nuevas estructuras familiares y la legislación sobre la igualdad que ha sido desarrollada de forma muy intensa¹⁷.

2. LA PROTECCIÓN NORMATIVA DE LOS DERECHOS DE CONCILIACIÓN EN EL EMPLEO PÚBLICO

El artículo 14, m) del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante, EBEP)¹⁸ se refiere genéricamente al derecho de los empleados públicos “a las vacaciones, des-

.....

14 Sobre esta Directiva, RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E., “De la conciliación a la corresponsabilidad en el tiempo de trabajo: un cambio de paradigma imprescindible para conseguir el trabajo decente”, *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, nº. 11(1), 2020, pp. 40–78.

15 Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, *relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea*, de 11 de julio de 2019. L186/105.

16 RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E., “La ‘soberanía sobre el tiempo’. Unilateralidad e imposición en la distribución del tiempo de trabajo frente a conciliación corresponsable”, *op. cit.*, pp. 40–45.

17 Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación (BOE de 13 de julio de 2022) o la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la Igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI (BOE de 1 de marzo de 2023).

18 Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público. BOE de 31 de octubre de 2015.

canso, permisos y licencias”, lo que desarrolla pormenorizadamente entre los preceptos 47 a 51. Como es sabido, se trata de una normativa con carácter de básica que podrá ser mejorada por la normativa autonómica y, en cuanto a su ámbito subjetivo, esta regulación afecta tanto a funcionarios y funcionarias, como al personal laboral. Por lo tanto, la previsión del artículo 51 EBEP sobre “el régimen de jornada de trabajo, permisos y vacaciones del personal laboral”, se entenderá aplicable, sin perjuicio de lo dispuesto para los funcionarios y funcionarias. En términos generales, se puede afirmar que la regulación funcional en materia de permisos suele ser más beneficiosa que la laboral, tanto por su tipología como por la extensión temporal de los permisos, dentro de las escasas diferencias entre ambas normativas.

En esta línea, el reconocimiento explícito del EBEP al “derecho a la adopción de medidas que favorezcan la conciliación de la vida personal, familiar y laboral” prevista en el artículo 14, j) merece una valoración muy positiva, al reconocerse como criterio de actuación de las Administraciones Públicas y acatar el mandato del artículo 51, b) de la Ley Orgánica 3/2007 (en adelante, LOI)¹⁹. Ese precepto se refiere a la transversalidad del principio de igualdad y, en particular, de la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en las Administraciones Públicas.

Los artículos 48 y 49 EBEP regulan separadamente los permisos por causas personales y por causas familiares, respectivamente. Realmente esa distribución no resulta del todo ajustada al concepto actual del derecho de conciliación como derecho individual de mujeres y hombres para compatibilizar la vida laboral y la vida privada²⁰. Sería más oportuno diferenciar entre los permisos de conciliación, propiamente dichos, y los permisos parentales porque los previstos en el artículo 48 pretenden responder a esas necesidades de ausencia en el puesto de trabajo para atender a asuntos particulares –los permisos propiamente dichos–, mientras que los del artículo 49 son los clásicos relacionados con el cuidado de un menor –por nacimiento, por adopción y acogimiento, por el cuidado de un menor afectado de una enfermedad grave–.

Si bien nuestro TC se pronunció sobre la constitucionalidad de la diferente duración de los antiguos permisos de maternidad y el de paternidad²¹, la legislación española superó esta concepción al equiparar y homogeneizar su duración en el RD –ley 6/2019²², lo que supuso desvincular la conciliación del alumbramiento o del género femenino, y dar así

.....

19 Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. BOE de 23 de marzo de 2007.

20 Pilar Europeo de Derechos Sociales, aprobado en la “Cumbre social en favor del empleo justo y el crecimiento, celebrada en Gotemburgo (Suecia), de 17 de noviembre de 2017. En: https://ec.europa.eu/commission/files/european-pillar-social-rights-booklet_es. (fecha de consulta: 9/10/2023).

21 STC 111/2018, de 17 octubre.

22 Real Decreto –ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación. BOE de 5 de marzo de 2019.

cumplimiento a las previsiones europeas que iban ya desde hacía una década en esa línea de equiparación de tiempo de trabajo y de cuidados para ambos progenitores²³. En tal sentido, destaca un permiso previsto en el EBEP y que no se contempla en el ámbito laboral, a no ser en las previsiones de los convenios colectivos, aunque tampoco es habitual, al menos con esta detallada y proteccionista regulación. Se trata del permiso que reconoce al personal funcionario que precise atender al cuidado de un familiar en primer grado, por razones de enfermedad muy grave, el derecho a solicitar una reducción de hasta el cincuenta por ciento de su jornada laboral, con carácter retribuido y por el plazo máximo de un mes. Si hubiera más de un titular de este derecho por el mismo hecho causante, el tiempo de disfrute de esta reducción se podrá prorratear entre los mismos, respetando en todo caso, el plazo máximo de un mes [artículo 48, i) EBEP].

Las posibilidades de actuación de esta medida en relación con la corresponsabilidad y el cuidado de familiares adultos, resulta evidente. Esta norma incentiva el reparto de la carga del cuidado y del permiso, a través del reparto proporcional en el caso de que exista más de un titular de este derecho por el mismo hecho causante. Al concebirse como un derecho único y unitario, puede resultar que tal reparto no se materialice si otros posibles beneficiarios no ejercen el derecho, por lo que acrecienta la duración del permiso del único que lo disfruta. Conviene tener en cuenta que este precepto tiene un carácter básico y supletorio respecto de la legislación específica²⁴. Resulta aplicable a los funcionarios públicos, eso sí, de carrera, interinos o personal eventual. Parece quedar excluido, por tanto, el personal directivo (artículo 13 EBEP) en tanto que es una figura que presenta especialidades por su propio concepto. El personal laboral, con las salvedades interpretativas del artículo 51 EBEP, puede considerarse incluido²⁵.

Al respecto de la igualdad que debe presidir las condiciones de trabajo de todos los empleados públicos, el TC ha considerado que vulnera el artículo 14 CE, la negativa por parte de la Administración a que los solicitantes, un trabajador fijo y otro interino por vacante, puedan ejercitar un derecho de permuta justificado en aras de hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida laboral y familiar al haber acreditado cargas familiares.

.....

23 Directiva 2010/18/UE, de 8 de marzo de 2010, “por la que se aprueba el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, celebrado por Business Europe, la Ueapme, el CEEP y la CES y se deroga la Directiva 96/34/CE. DO L 68/13, de 18 de marzo de 2010. Y, más incisiva en la equiparación de la duración de los permisos, el germen de la actual Directiva, la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo «relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/ UE del Consejo», Bruselas, 26 de abril de 2017, COM (2017) 253 final, 2017/0085 (COD).

24 Al respecto destaca la Disposición Derogatoria del EBEP que ha dejado vigente la mayor parte del contenido del artículo 30 Ley 30/1984 y la regulación autonómica sobre permisos, si bien se ha establecido que la regulación del EBEP sobre jornada, permiso y vacaciones es directamente aplicable, Instrucción de 5 de junio de 2007, secretaria general para la Administración Pública (BOE de 23 de junio de 2007).

25 RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E., “Derechos y deberes de los empleados públicos laborales”, en BLASCO PELLICER, A., y LÓPEZ BALAGUER, M., (dirs), *Las relaciones laborales en el sector público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 243–299.

Conforme a la ponderación de los derechos en lid, el Tribunal afirma que es inconstitucional “configurar a los trabajadores temporales como colectivo en una posición de segundo orden en relación con los trabajadores con contratación indefinida” y, por ello, no estima que haya razón justificada para aplicar condiciones de trabajo distintas a los trabajadores sometidos al mismo régimen jurídico²⁶.

Sobre la efectividad práctica del derecho previsto en el artículo 48, i) EBEP, hay que destacar que depende del órgano competente a la hora de resolver la solicitud del beneficiario²⁷. Es decir, no se concede inmediatamente, lo que dificultará su efectividad. Si bien sólo podrá denegarse con una motivación concreta y razonada, sin que baste alegar genéricamente que afecta a las necesidades del servicio. Se ha considerado que la causa justificativa “por razones de enfermedad muy grave”, resulta un concepto indeterminado que deberá ser aclarado reglamentariamente o por la negociación colectiva²⁸.

En detrimento de la corresponsabilidad también va el hecho de que se concibe como potestativo, de manera que es posible que se acoja sólo un familiar que se ocupará íntegramente del cuidado. Obviamente lo solicitará el beneficiario cuyas responsabilidades laborales son menores, lo que inevitablemente posibilita de nuevo a que sea la mujer la que se acoja a esta reducción de jornada. Por lo tanto, las bondades de esta regulación en aras de la verdadera corresponsabilidad en el cuidado de familiares quedan muy diluidas²⁹.

Lo deseable en este caso sería imponer su ejercicio para todos los posibles cuidadores. Es decir, mantener el derecho como individual e intransferible, pero establecer períodos mínimos de disfrute para cada uno. Es cierto que la problemática en este supuesto del cuidado de adultos resulta más complicada porque el ordenamiento no dispensa la misma obligación de cuidado que hacia los hijos. El legislador consciente de estos impedimentos derivados del derecho civil se ha centrado en no perjudicar, al menos, a quien reciba ese cuidado. Con esta configuración la medida es más “paliativa” que “incisiva”, en lo que se refiere a las pretensiones de influenciar en las decisiones íntimas del entorno familiar del dependiente que se encuentra en una situación de extrema vulnerabilidad vital, por lo que, con todo, cabe una valoración positiva de este permiso³⁰.

.....

26 STC 149/2017, de 18 de diciembre.

27 RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “Comentario al artículo 48 de la Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público”, en AA. VV., *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, Aranzadi, Pamplona, 2009, (BIB 2009/5406).

28 ALFONSO MELLADO, C. L., “Conciliación de la vida familiar y laboral en el empleo público después del Estatuto Básico”, en AA. VV., *Medidas de conciliación de la vida personal, laboral y familiar. Hacia un respeto igualitario de las reformas parentales*, Bomarzo, Albacete, 2009, pp. 200–2001.

29 MOLINA NAVARRETE, C., “Aspectos laborales del Estatuto Básico del Empleado Público: de la convergencia a la unificación parcial de estatutos”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº. 293–294, 2007, p. 194.

30 RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E., “Derechos y deberes de los empleados públicos laborales”, *op. cit.*, pp. 243–299.

Por otra parte, como es sabido, el TJUE ha desarrollado una intensa actividad como garante del ejercicio de los derechos de conciliación en términos de igualdad y erradicando el tratamiento peyorativo de quien los ejerza. En esta línea se sitúa la STJUE de 7 de septiembre de 2017, C –174/16, asunto “H. y Land Berlín”. El litigio se plantea en el ámbito de la Administración alemana, en concreto, entre la Sra. H. y el Land Berlín, en relación con una resolución de esta entidad, notificada a la Sra. H. durante el permiso parental, en la que se le informa que, a causa de la ausencia por razón de dicho permiso, se considera que no ha superado con éxito el período de prácticas de dos años del puesto de directivo que había ganado y se le había adjudicado antes de su permiso parental. En consecuencia, se la había cesado de su puesto como funcionaria de superior nivel en prácticas y se le había adjudicado de nuevo su puesto anterior, de nivel inferior. Ante esta situación, el Tribunal alemán que conoce del asunto tras sucesivos recursos, el *Verwaltungsgericht Berlin* (Tribunal de lo Contencioso –Administrativo de Berlín, Alemania), eleva una petición de decisión prejudicial que tiene por objeto la interpretación de la Cláusula 5, apartados 1 y 2, del Acuerdo Marco revisado sobre el permiso parental, celebrado el 18 de junio de 2009, que figura en el anexo de la Directiva 2010/187UE, y de los artículos 14, apartado 1, letras a) y c), 15 y 16 de la Directiva 2006/54/CE.

El Tribunal recuerda que la finalidad del Acuerdo Marco recogido por la Directiva 2010/18/UE es permitir a los progenitores interrumpir su actividad profesional para dedicarse a sus responsabilidades familiares. Y, en concreto, se garantiza la reincorporación Zpermiso parental. De manera que, al finalizar el permiso parental, podrán volver a ocupar su puesto de trabajo o, en caso de imposibilidad, un trabajo equivalente o similar conforme a su contrato o a su relación laboral –Cláusula 5, apartado 1–. Con esta misma perspectiva, en el apartado siguiente de la misma Cláusula del Acuerdo Marco, se preservan los derechos del trabajador sobre los “derechos adquiridos” o “en curso de adquisición” a los que el trabajador pueda tener derecho cuando inicie el permiso parental, hasta que lo finalice, tal y como ya había declarado este mismo Tribunal³¹. Sobre el sentido de “puesto de trabajo” y de “derechos adquiridos”, en este pronunciamiento recuerda que deben de ser objeto, en toda la Unión, de una interpretación autónoma y uniforme que busque facilitar el mantenimiento de la totalidad de los derechos o ventajas derivados directa o indirectamente de la relación laboral, a los que el trabajador puede tener derecho frente al empresario al inicio del permiso parental³².

31 SSTJUE de 16 de julio de 2009, C –537/07, asunto “Gómez Limón”, y de 22 de octubre de 2009, C –116/08, asunto “Meerts”.

32 En ambos casos, se refiere a la interpretación ya establecida en el asunto “Meerts”.

El Tribunal de la Unión, remitiéndose a su propia jurisprudencia, recuerda que debe ser el juez remitente al que corresponde comprobar realmente la imposibilidad de garantizar a la Sra. H. que pudiera ocupar su propio puesto de trabajo tras el permiso parental y, de ser así, asegurarse de que le fuese adjudicado otro equivalente o similar para que pudiera realizar sus prácticas. De la misma manera, considera que la trabajadora no tiene que someterse a un nuevo proceso selectivo, so pena de que lo contrario podría vaciar de contenido el derecho a disfrutar del permiso parental y retrasaría aún más el nombramiento de la interesada a ocupar ese nuevo puesto. Además de que sería someterla doblemente a un proceso de oposición, cuando ella ya había ganado su puesto en un primer proceso selectivo por el que ya se le había adjudicado una plaza concreta.

Por lo tanto, ha de compartirse la interpretación del Tribunal de la Unión que, en sus argumentaciones, muchas de ellas tomadas del Abogado General³³, se muestra muy claro y contundente al afirmar que la finalidad primordial del Acuerdo Marco revisado es garantizar los derechos de los trabajadores que se acogen a su permiso parental. De tal forma que una interpretación contraria a la promoción profesional en este caso incidiría negativamente en quién, como la trabajadora del litigio, ejerce sus derechos de conciliación de la vida personal y familiar con la laboral. La normativa nacional, en este caso, produce un efecto disuasorio para disfrutar del permiso parental lo que supone, al mismo tiempo, un menoscabo del efecto útil de la Directiva 2010/18/UE y más, si cabe, en el ámbito del empleo público.

En definitiva, se puede concluir que el legislador ha sido tímidamente más ambicioso en el ámbito público que en la esfera privada donde la negociación colectiva entre la empresa y la persona trabajadora o sus representantes tendrá un papel más preponderante. Con estos mimbres, a continuación, se analizan más pormenorizadamente los cambios que el nuevo RD ley 5/2023 ha introducido en esta regulación.

3. LAS MODIFICACIONES LEGALES EN EL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO

El artículo 128 del RD ley 5/2023 cuenta con dos apartados en los que se concitan las dos referencias modificativas respecto del EBEP. En efecto, el primero –apartado “uno”– modifica solamente la redacción de las letras a) e i) del artículo 48 del EBEP, y el apartado siguiente –el “dos”– es el que supone un cambio normativo más profundo

.....

33 Conclusiones del Abogado General Sr. Paolo Mengozzi, del 26 de abril de 2017.

porque añade una nueva letra g) al artículo 49 del EBEP, a los efectos de regular el nuevo permiso parental.

En realidad, el legislador de urgencia, tal y como le corresponde a su excepcionalidad, se limita a introducir los mínimos cambios que sean necesarios a efectos de la transposición de la Directiva (UE) 2019/1158. Mientras que en el Proyecto de la *non nata* Ley de Familias se preveían cuatro apartados con distintas afectaciones en torno al régimen de los permisos en el empleo público³⁴, las modificaciones llevadas a cabo por el RD ley 5/2023 se circunscriben a las modificaciones precisas en el ámbito de los derechos de conciliación y corresponsabilidad que están vinculados por el mandato de la norma europea.

Así, no se ha considerado necesario incidir en el reconocimiento y el ejercicio en igualdad y con prohibición de discriminación respecto de los derechos de conciliación que ya recoge el artículo 14. En concreto en la letra j) se refiere a “la adopción de medidas que favorezcan la conciliación de la vida personal, familiar y laboral”, siguiendo la nomenclatura de la Directiva de 2010 y que ya constaba en el texto original del EBEP. De hecho, la adición de la nueva letra j bis), sobre la desconexión digital, incorporada en el año 2018³⁵, fue la última que vino a modificar en profundidad este elenco de derechos, más allá de la última actualización en la redacción de las letras h) e i), sobre la expresión de género y las características sexuales, como causas prohibidas de acoso y discriminación introducidas explícitamente por la reciente Ley 4/2023, de 28 de febrero³⁶.

Por lo tanto, no es necesario introducir una modificación como sí se incluyó en el artículo 4.2, c) ET³⁷ que, por fin, recoge como causa prohibida de discriminación el trato desfavorable derivado del “ejercicio de los derechos de conciliación o corresponsabilidad de la vida familiar y laboral”. Podríamos afirmar que, en este punto, el ET se pone al día—obsérvese que la redacción es ligeramente diferente, siguiendo al propio texto comunitario, pues se elimina el término “personal” —, mientras que el EBEP ya recogía esa previsión que ahora se hace explícita en el artículo 11 de la Directiva 2019/1158. Es decir, el EBEP ya partía del reconocimiento del derecho de conciliación como derecho subjetivo individual a las personas empleadas públicas.



34 La Disposición Final Cuarta otorgaba nueva redacción acorde con las normas de igualdad y de reconocimiento de derechos al colectivo LGTBI+, así como otras actualizaciones en torno a la propia dinámica de los permisos. De hecho, algunas de esas redacciones ya se recogieron previamente por la Disposición Final 16.2 a 5 de la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, BOE de 1 de marzo de 2023.

35 Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, BOE de 6 de diciembre de 2018.

36 En concreto, a través de la Disposición Final 16.1 de la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, BOE 1 de marzo de 2023.

37 Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, BOE de 24 de octubre de 2015.

3.1. Las modificaciones en los permisos de los funcionarios públicos

La propia Exposición de Motivos del RD ley 5/2023 se refiere a la modificación de los permisos del artículo 48 del EBEP “a fin de acompañar el permiso por accidente o enfermedad grave (artículo 48.a) a lo dispuesto en la Directiva (UE) 2019/1158”.

En efecto, el permiso por accidente, enfermedad grave u hospitalización de un familiar recogido en el artículo 48 a) del EBEP había sido modificado con anterioridad por la disposición final trigésima séptima de la Ley 11/2020, de 30 de diciembre³⁸. En ese momento se añadió la causa “intervención quirúrgica sin hospitalización que precise de reposo domiciliario”. En realidad, fue una reivindicación de los empleados públicos afectados por diferencias con la referencia a esta situación que se reconocía ya en el artículo 37.3, b) del ET.

La queja fue recogida y elevada por el Defensor del Pueblo que emitió una recomendación sobre “recoger expresamente en el Estatuto Básico del Empleado Público permiso por hospitalización, o intervención quirúrgica sin hospitalización, de familiares y parientes de pacientes que precisen reposo domiciliario”³⁹. De hecho, expresamente se muestra disconforme con la interpretación que sostiene la Dirección General de la Función Pública respecto de la aplicación de la previsión contenida en el artículo 48 a) del EBEP sobre que deben valorarse las circunstancias objetivas y subjetivas para considerar una enfermedad como grave o no, siendo la gravedad de la enfermedad el presupuesto básico para la concesión del permiso. Ese criterio, advierte esta institución, “pudiera tener carácter restrictivo pues no se tienen en cuenta el resto de circunstancias que pudieran concurrir en estos supuestos, por lo que, en el régimen estatutario, a diferencia del régimen laboral, el contenido y alcance de este permiso es menor para supuestos de hecho similares o incluso idénticos, lo que implica una diferencia de trato que resulta perjudicial para el personal funcionario respecto de los trabajadores por cuenta ajena”, ya que la “enfermedad grave” y la “hospitalización” son supuestos distintos, como recoge la jurisprudencia, tanto laboral, como administrativa⁴⁰.

El RD ley 5/2023 no establece una nueva letra en el artículo 48 a) para separar claramente estos supuestos de enfermedad u hospitalización de parientes, con el caso del falle-

.....

38 Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2021, BOE de 31 de diciembre de 2020.

39 Queja, nº: 15010757; <https://www.defensordelpueblo.es/resoluciones/incluir-expresamente-en-el-texto-del-estatuto-basico-del-empleado-publico-el-permiso-por-hospitalizacion-o-intervencion-quirurgica-sin-hospitalizacion-de-familiares-y-parientes-que-precise-reposo-domi/> (fecha de consulta: 8/10/2023).

40 Al respecto, STS de 23 de abril de 2009 (rec. nº. 44/2007), indica que “... basta con la hospitalización para que se genere el derecho a la licencia cuestionada, sin que sea precisa la enfermedad más o menos grave de la mujer parturienta. El vigente texto legal acentúa esa solución interpretativa acorde con su tenor literal, al conceder la licencia sin necesidad de hospitalización, cuando por intervención quirúrgica se precise reposo domiciliario, ...”.

cimiento de esos familiares, cuestión técnica que sí se mejora en el nuevo artículo 37.3, b), bis del ET. La doctrina ha expresado claramente que se trata de un acierto en la sistemática de la norma⁴¹, sin embargo, en el precepto del EBEP se diferencian en tres párrafos los supuestos protegidos, dejando en el artículo 48, a) *in fine* perfectamente identificado el permiso por fallecimiento. Por lo tanto, parece que la opción de mínima interferencia del legislador de urgencia no incide negativamente, ni por comparativa con el ET.

Resultaba especialmente elocuente la recomendación del Defensor del Pueblo citada antes porque no sólo se refería a incluir este supuesto de hospitalización, sino que mencionaba, siquiera genéricamente, que ese añadido en el artículo 48 a) se llevase a cabo **“con las precisiones que se estimen pertinentes, de manera favorable y acorde con la conciliación de la vida familiar y laboral”**. Pues bien, parece que el legislador no lo ha tenido en cuenta hasta la transposición de la Directiva 2019/1158.

Hasta ahora el permiso se reconocía diferenciando familiares de primer grado y familiares de segundo grado, siempre en relación con la persona empleada pública. Así, el permiso era de tres días hábiles, o de cinco cuando era en distinta localidad, “por fallecimiento, accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise de reposo domiciliario, de un familiar dentro del primer grado de consanguinidad o afinidad”. Y, por las mismas causas, cuando se trate de un familiar de segundo grado de consanguinidad o afinidad, el permiso se reduce a dos días hábiles, o cuatro si es de distinta localidad. En los mismos términos se reconocía el permiso por fallecimiento del cónyuge.

De esta manera, los tribunales⁴² y, destacadamente el Tribunal Constitucional, venían denegando la aplicación de estos permisos en los supuestos que la persona afectada era la pareja de hecho, en lugar del cónyuge, por considerar lícita la diferencia que el legislador establecía tradicionalmente a lo largo del articulado y, por lo que aquí interesa, con consecuencias muy diferentes en el ámbito laboral y de la protección de seguridad social⁴³. El RD ley 5/2023 acaba con este criterio y actualiza los preceptos a los que afecta equiparando, en todos los casos, a la pareja de hecho y, en relación con el permiso de cuidadores, también a los convivientes en el mismo domicilio. A continuación, veremos los matices de estas afirmaciones, pero, por el momento este cambio legislativo debe destacarse como premisa para el análisis.

Efectivamente el proyecto de la malograda Ley de Familias insistía en ampliar y actualizar el concepto de la institución de la familia a las heterogéneas realidades sociales que engloba en la actualidad. En nuestro ordenamiento jurídico se produce el paradigma de que mientras

41 BLASCO JOVER, C., “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 (2), 2023, p. 21.

42 Por todas, STS de 22 de octubre de 2019 (rec. nº. 78/2018); muy interesante también el Voto particular contrario a esta diferencia de derechos para los matrimonios frente a las uniones *more uxoris*.

43 Por todas, SSTC 184/1990, de 15 de noviembre y 39/1998, de 17 de febrero.

el artículo 39 del texto constitucional protege a la familia, pero sin limitar esa protección a la tradicional o nacida del vínculo conyugal⁴⁴, el artículo 32 CE reconoce la unión matrimonial expresamente, pero a los efectos de la igualdad de las obligaciones y derechos que de este se desprenden para hombres y para mujeres, lo que no supone un reconocimiento de mejor derecho a estas uniones que a las establecidas por otros vínculos, siempre que se ajusten a los requisitos legales que se establezcan, pues el propio precepto constitucional se remite a la legalidad ordinaria para la regulación de las uniones de todo tipo. Es decir, nuestra Constitución reconoce el papel fundamental de la familia en nuestro sistema social y económico, pero también incide en la igualdad de derechos entre los descendientes de todas las familias, con independencia del estado civil de sus progenitores entre sí o con ellos mismos. Además, reconoce como legítimas todas las opciones que se encuentren dentro de los límites legales y supongan un ejercicio del libre desarrollo de la personalidad (artículo 10 CE)⁴⁵.

Recogiendo este concepto amplio de la familia, como una institución cambiante y cuyos distintos modelos no admiten tratos discriminatorios, la Directiva 2019/1158 a lo largo de sus considerandos, se refiere a las especiales necesidades de unas frente a otras –Considerando n.º. 37, lo que ejemplifica con las monoparentales⁴⁶– o la inclusión de sujetos distintos a los tradicionales –Considerando n.º. 27, se refiere a los hermanos–, pero es en la letra e) del artículo 1, cuando al definir al “familiar” reconoce específicamente a la pareja de hecho como equivalente al cónyuge “cuando las uniones de hecho estén reconocidas en el Derecho nacional”.

De tal forma que el artículo 48, introduce en la letra l) el permiso de quince días ya no sólo por matrimonio, sino también por “registro o constitución formalizada por documento público de pareja de hecho”. Debe interpretarse, por tanto, que el derecho se genera cuando se formaliza la nueva situación civil de la persona beneficiaria del permiso y quedarían excluidas aquellas formas análogas de relaciones afectivas pero previas a la formalización correspondiente, bien a través del contrato civil del matrimonio o de las diferentes opciones que ofrece la legislación española para formalizar esa pareja de hecho.

Parece clara que la finalidad de la norma es la de conceder esos días de asueto ante esa circunstancia verificable de la persona trabajadora, por lo que no se estaría incurriendo en discriminación alguna al dejar fuera esas otras uniones que careciesen de ese tipo de formalización. De la misma forma, si una pareja de hecho registrada opta por contraer matri-

.....

44 STC 222/1992, de 11 de diciembre.

45 BLASCO JOVER, C., “La necesidad de adaptar ciertos derechos personales y familiares a las parejas de hecho y núcleos monoparentales”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, n.º. 451, 2020, pp. 117–122.

46 Al respecto, *vide* BOGONI, M., “Los derechos de conciliación de las familias monoparentales”, en RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E., MARTÍNEZ YÁÑEZ, N. (dir.), *Conciliación y corresponsabilidad de las personas trabajadoras: presente y futuro 2021*, Bosch, pp. 245–284; la misma autora, “Familias monoparentales y nueva Ley de Familias: el largo camino hacia el reconocimiento de sus derechos de conciliación”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, n.º. 155, 2023, pp. 65–98.

monio con posterioridad no parece admisible acudir a este mismo permiso si ya se ha disfrutado con el mismo objeto y en idénticas circunstancias, es decir, con la misma persona que se había registrado como pareja de hecho. Si esas circunstancias cambian, se entiende que se podrá disfrutar el permiso tantas veces como se produzca el hecho causante, a saber, contraer matrimonio o registrarse como paraje de hecho con otra persona distinta. Lo cierto es que esta circunstancia ya ha sido puesta en práctica en el ámbito laboral por derivarse de derechos pactados en el ámbito de la negociación colectiva y recogidos en los convenios colectivos⁴⁷, lo que no es óbice para que la normativa legal, por fin, lo reconozca y le otorgue la consabida plenitud para su ejercicio, sobre todo, en el ámbito del empleo público.

Pero sin duda la modificación más relevante es la que se recoge en el artículo 48 a), tanto en lo que se refiere a la pareja de hecho como sujeto causante del derecho al permiso de cinco días para su cuidado por enfermedad u hospitalización en igualdad de condiciones del cónyuge y los familiares de primer grado, como la adición de otro sujeto causante que será “otra persona distinta de las anteriores que conviva con el funcionario o funcionaria en el mismo domicilio y que requiera el cuidado efectivo de aquella”. En el siguiente párrafo del artículo 48 a), referido a los familiares de segundo grado exclusivamente, se unifica también la duración del permiso a cuatro días, eliminando la diferencia por el diferente domicilio con el sujeto causante que ampliaba en dos días más el permiso inicial de dos días.

Es decir, el RD ley 5/2023, recogiendo el espíritu de la Directiva que transpone y según explicita su Considerando nº. 27, permite que el permiso de cuidadores más próximos sea disfrutado por quien tenga que hacerse cargo de una persona distinta de la pareja o de los familiares de primer grado, pero siempre que conviva con ella, pues en caso contrario, sólo podrá acogerse al permiso de cuatro días, si son familiares de segundo grado. Acudiendo a los propios ejemplos de la norma europea: abuelos o hermanos. Piénsese que se trata de un permiso para el cuidado de proximidad, durante un corto lapsus temporal, motivo por el que se amplía a esos convivientes –con los que conforma una familia o se integra en la estructura familiar según la Directiva–, lo que, por otra parte, facilitará que no se tengan que desplazar otros familiares no convivientes y más alejados físicamente. Sería posible, no obstante, que en este punto las distintas administraciones estableciesen mejoras añadiendo días por esa circunstancia del desplazamiento, por ejemplo.

Por último, una divergencia importante entre la transposición en el artículo 37 del ET y la del EBEP es que las causas de los nuevos permisos aquí son indiferenciadas. Es decir,

.....

47 Por ejemplo: *Anexo IV, Permisos y licencias*, Convenio colectivo de la empresa BSH Electrodomésticos España, S.A., BOE 10 de julio 2020. Artículo 34. *Parejas de hecho*, XVI Convenio colectivo de la Organización Nacional de Ciegos (ONCE) y su personal. BOE de 18 de enero de 2018. Convenio colectivo estatal de tejas, ladrillos y piezas especiales de arcilla cocida. BOE 11 de octubre de 2019; Artículo 64. *Permisos y licencias*, VIII Convenio colectivo estatal del corcho. BOE 14 de mayo de 2020; Artículo 44. *Licencias*, Convenio colectivo estatal para el sector de mayoristas e importadores de productos químicos industriales y de droguería, perfumería y anexos. BOE de 27 de septiembre de 2021.

mientras que en el artículo 37.3, b) del ET se reconoce un permiso de cinco días en los mismos supuestos que los descritos en el artículo 48, a) del EBEP, en el artículo 37.9 del ET se establece un permiso de cuatro días con el que explica que transpone el llamado “permiso por fuerza mayor” que ya recogía la primera Directiva 96/34/CE⁴⁸. Sin embargo, en el EBEP ambas causas se superponen al estar completadas por la propia disposición del artículo 48 i), como se ha explicado. De alguna manera la normativa del empleo público resulta más beneficiosa al ampliar la duración del permiso de fuerza mayor en 1 día respecto de la previsión de la Directiva (se refiere a cuatro), y en ningún supuesto se ha añadido la necesidad de justificación dentro de los requisitos para el disfrute de los permisos, lo que no impide que deban justificarse las debidamente, tal y como sucede en la actualidad.

3.2. El nuevo permiso parental en el elenco de los permisos por motivos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral

Como se ha adelantado, el RD ley 3/2023 establece un nuevo permiso en el listado del artículo 49 dedicado a los permisos por motivos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral. En concreto, añade la letra g) para incluir el permiso parental para cuidar a un hijo o hija o menor acogido, hasta que cumpla ocho años. Especifica que la duración será de ocho semanas, “continuas o discontinuas” y que “podrán disfrutarse a tiempo completo o en régimen de jornada a tiempo parcial”, supeditado a las necesidades del servicio y “conforme a los términos que reglamentariamente se establezcan”.

En realidad, en este primer párrafo el precepto concentra las circunstancias más importantes para la interpretación del nuevo permiso. Así, delimita claramente al sujeto causante, en función del cual se delimita temporalmente su disfrute –los ocho años del menor –, la duración del permiso e incluso, que se deberá realizar en grupos de semanas, aunque cabe que sea a tiempo parcial o por periodos completos.

Sobre la duración de ocho semanas, téngase en cuenta que la Directiva se refiere a una duración de cuatro meses, de los que dos –ocho semanas– han de ser “retribuidas e intransferibles”. Dado que la llamada “cláusula pasarela” ya permite que el legislador nacional tenga en cuenta para el cómputo de esos periodos los permisos que tenga regulados en su normativa interna con la misma o similar finalidad, aunque con otra nomenclatura, en nuestra legislación la regulación de la excedencia y otros, como la reducción de jornada e incluso la lactancia, abarcan sobradamente los otros dos meses que debe durar el permiso parental⁴⁹.

48 Cláusula 3: Ausencia del trabajo por motivos de fuerza mayor, en la derogada Directiva 96/34/CE del Consejo, de 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES.

49 Excelente estudio sobre cómo debe adaptarse la legislación interna a la Directiva 2019/1158, CABEZA PE-REIRO, J., “La directiva de conciliación de la vida familiar y profesional”, *Revista de derecho social*, nº 92, 2020,

Sin embargo, el precepto añade cuatro párrafos más para aclarar ciertos conceptos y cuestiones que podrían dar lugar a una interpretación equívoca o simplemente se trata de reforzar otras, como recordar que el término de madre biológica que incluye a las personas trans gestantes⁵⁰. En el párrafo segundo se remarca el carácter individual e intransferibles del nuevo permiso para cada persona trabajadora, en sintonía con la caracterización de todos los permisos por conciliación.

Los siguientes párrafos vienen a desarrollar la propia dinámica del permiso que, en todo caso, ya se ha advertido que queda supeditado para su ejercicio al desarrollo reglamentario. Pues bien, el legislador de urgencia avanza una especie de ciertas reglas de mínimos que al recogerse por la ley no podrán ser alteradas en su esencia por la respectiva normativa de desarrollo.

Por un lado, insiste en asegurar que el disfrute se realice en cómputos de semanas completas y, por otro, establecer obligaciones concretas para la persona trabajadora que lo vaya a disfrutar: ha de preavisar con una antelación de quince días la fecha de inicio y de fin del periodo de permiso o, “en su caso, de los periodos de disfrute”. Es decir, el preaviso de quince días ha de computarse de fecha a fecha, al igual que las ocho semanas del permiso, y se establece como un requisito formal que ha de atender el solicitante, so pena de que la Administración pueda condicionar el comienzo del permiso al cumplimiento de ese plazo. Esa sería la opción más gravosa que puede adoptar la Administración, pues denegar el permiso por ese requisito formal podría ser una conducta tildada como discriminatoria. No en vano el reconocimiento del permiso se articula como una nueva manifestación de los derechos de las personas trabajadoras a la conciliación entre la vida familiar y laboral.

Y, por otra parte, el párrafo tercero del precepto se ocupa de reproducir la regla que también se incorpora en el ET para los supuestos de concurrencia de ambas personas progenitoras a la hora de solicitar el periodo del disfrute del permiso parental. De nuevo se trata de una solución de compromiso con el buen funcionamiento de la Administración afectada, pero el legislador especifica que en estos casos puede incluso aplazarse la concesión del permiso, siempre que se haga bajo tres premisas: que el aplazamiento sea por un “periodo razonable, justificándolo por escrito y después de haber ofrecido una alternativa de disfrute más flexible”. Es decir, el legislador a la vez que prima el “correcto funcionamiento de la unidad de la administración en la que ambas presten servicios”, intenta garantizar el derecho de los solicitantes exigiendo a la administración una actual similar a la que se prevé para la empresa privada en el supuesto de la adaptación y flexibilización de jornada del artículo 34.8 del ET. Además, se ajustan al tenor del artículo 5 de la Directiva,

.....

pp. 41–80

50 Ya se ha comentado que la Ley 4/2023, ha introducido varias modificaciones en la normativa laboral y del EBEP en cuanto a la equiparación de derechos y la prohibición de discriminación sobre este colectivo.

sobre el permiso parental. En esa línea parece razonable interpretar esos tres requisitos, sobre todo el que tiene que ver con la obligación de ofrecer una alternativa que facilite el disfrute simultáneo del permiso parental para los progenitores.

Más allá de estas novedades, ha resultado muy controvertido el carácter retribuido o no del permiso parental en el EBEP. Parece que la cuestión es pacífica en el ET porque este permiso se ha establecido como una nueva causa de suspensión del artículo 45, a la vez que se regula en un nuevo precepto, el artículo 48 bis, lo que deja claro que no será retribuido hasta que se establezca expresamente⁵¹. Sin embargo, se ha considerado que el hecho de incluir en el elenco del artículo 49 del EBEP este permiso lo convierte en retribuido porque tales permisos gozan de garantías adicionales en comparación con los del artículo 48 del mismo cuerpo legal⁵². Además, se esgrimen dos cuestiones más. En primer lugar, su no remuneración lo convierte más con una nueva situación administrativa (del artículo 85 y siguientes) que con un permiso. Y, en segundo lugar, dejaría de cumplir la finalidad para la que se ha establecido, pues la excedencia ya daría cobertura a situaciones similares.

A pesar de que sería deseable –y esperemos que así sea– que el permiso parental sea retribuido, tal y como establece la Directiva 2019/1158, hoy en día esta interpretación no parece plausible ni en el ámbito de la empresa privada, ni en el empleo público. Varias son las argumentaciones, siendo la de más peso la que el propio legislador de urgencia contempla en la Disposición final octava, sobre la “incorporación de Derecho comunitario”, donde de manera explícita señala que “el libro segundo traspone parcialmente la Directiva (UE) 2019/1158 (...) salvo su artículo 5 y su artículo 8, apartado 3, respecto de la remuneración o la prestación económica del permiso parental”⁵³. Efectivamente ambos preceptos de la Directiva se refieren a cómo los Estados miembro o los interlocutores sociales deben garantizar una remuneración suficiente o una prestación económica que garantice un nivel de vida adecuado y que facilite el que ambos progenitores puedan disfrutar el permiso parental. Dadas las dificultades que esta cuestión puede conllevar en el diseño del propio permiso, el artículo 20 de la Directiva amplía el plazo de transposición en relación con la remuneración del permiso hasta el 2 de agosto de 2024⁵⁴.

.....

51 Téngase en cuenta que decayó la previsión recogida en la disposición transitoria decimoquinta del Proyecto de Ley de Familias que conoció el Consejo de Estado y que preveía la remuneración de seis semanas en el año 2023 y los dos restantes, por lo tanto, de todo el permiso parental en el año 2024. Dictamen del Consejo de Estado, Número de expediente: 146/2023, de 16 de marzo de 2023. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2023-146> (fecha de consulta: 9/10/2023).

52 El sindicato UGT ha mantenido la retribución desde el primer momento: <https://www.uco.es/ugt/v2/index.php/9-articulos/trabajadores/3185-rdl5-2023-uco> (fecha de consulta: 13/10/2023).

53 La misma literalidad se puede encontrar ya en el Proyecto de la Ley de Familias, en concreto en la Disposición final decimoséptima, sobre la incorporación de derecho de la Unión Europea.

54 Artículo 20 Directiva 2019/1158: “No obstante lo dispuesto en el apartado 1 del presente artículo, para la remuneración o la prestación económica correspondientes a las últimas dos semanas del permiso parental previsto en el artículo 8, apartado 3, los Estados miembros pondrán en vigor disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para cumplir la presente Directiva a más tardar el 2 de agosto de 2024. Informarán de ello inmediatamente a la Comisión.

Más allá de esta previsión que es recogida por el legislador español, recientemente la jurisprudencia del Alto Tribunal ha considerado nulo el precepto de una norma autonómica conforme a la cual el disfrute de un permiso por guarda legal (por cuidado de descendiente menor de 12 años) no comporta disminución retributiva⁵⁵. La conclusión del Tribunal es muy clara: la regla del EBEP constituye una norma básica y la Generalidad Valenciana carece de competencia para alterarla, sea cual fuere su sentido (mayor o menor favorabilidad para las personas afectadas)⁵⁶. A mayor abundamiento, resulta muy clarificador la reflexión del Tribunal Supremo en torno a la calificación del EBEP como “permiso” de ausencias permitidas que implican pérdida de remuneración, como sucede con varias previsiones del artículo 49 del EBEP⁵⁷.

Sobre el fondo de este asunto que resuelve el Tribunal Supremo, tal vez cabría preguntarse si este criterio sería válido si se partiese de una perspectiva de género y del criterio de esta Directiva que favorece e insta a los poderes públicos a favorecer medidas para hacer atractivo ese cambio de roles en las labores de cuidado. Sin duda, en el ámbito del trabajo por cuenta ajena, una norma o un acuerdo que mejorase las condiciones del ET en este tipo de permisos debería ser considerada lícita, *a priori*. Ciertamente es que la jerarquía normativa es diferente en uno y otro ordenamiento, pero el efecto útil de la Directiva no podrá verse afectado por la regulación interna, sea para el sector del empleo privado, como del público.

4. REFLEXIONES FINALES: ALGUNAS CERTEZAS Y NUEVAS PREGUNTAS

Al albur de lo expresado en las páginas precedentes corresponde concluir con varias constataciones, pero también con otras incertidumbres, preguntas o apreciaciones *ad futurum*.

Pues bien, se constata que el RDL no menciona de manera expresa al personal estatutario de los servicios de salud. No obstante, conforme al artículo 61 del Estatuto Marco (Ley 55/2003), las novedades introducidas en el EBEP, les resultan de aplicación como el resto de los contenidos de los artículos 48 y 49.

55 STS 421/2023 de 29 marzo, (rec. nº. 5492/2021).

56 Comparte el fallo de esta sentencia, SEMPERE NAVARRO, A., “El EBEP impide remunerar los “permisos” autonómicos por guarda legal”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*. nº.4, 2023, pp.1 –8

57 Los permisos por motivos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, por razón de violencia de género, cuidado de menor afectado de enfermedad grave, cuidado de menor afectado de enfermedad grave, o para las víctimas de terrorismo y sus familiares directos, también la prevé en los supuestos de sus apartados.

Por otra parte, estos nuevos permisos entran en vigor al día siguiente de la publicación (30 de junio), salvo el nuevo permiso parental que queda supeditado al desarrollo reglamentario para su ejecución. No obstante, quien estuviese disfrutando en ese momento de los permisos modificados, lo harán conforme a la redacción antigua del EBEP (momento en que fueron concedidos, no hay retroactividad de las modificaciones).

Además, las innovaciones del RD ley 5/2023 en el empleo público corresponde analizarlas partiendo de dos premisas que hemos dejado apuntadas: se trata de una norma de urgencia que transpone en “tiempo de descuento” una concreta Directiva y, además, en el empleo público, el punto de partida en torno al reconocimiento de los derechos de conciliación es más favorable o “moderno”, en términos de legislación europea, que en el ámbito del ET.

El RD ley 5/2023 sin duda bebe de los cercanos antecedentes de la frustrada Ley de Familias, lo que supone que, en ciertos casos relacionados con la temática que nos ocupe, quede huérfana de referentes o definiciones que allí sí aparecían⁵⁸. De la misma manera, el rango de la norma hacía más sensato detraer ciertas garantías para su ejecución práctica al legislador de urgencia y reconducirlas a la esfera más cercana a la estructura de cada empresa, es decir, a la negociación colectiva o individual, en su caso. Todo ello no es óbice para que la norma sí garantice, sin fisuras, el derecho individual a la conciliación de cada persona trabajadora, en términos de corresponsabilidad⁵⁹, tanto en el empleo público, como en el privado.

Lo cierto es que la Ley de Familias fue objeto de numerosas controversias⁶⁰ lo que dificultó o retardó su propia tramitación que se vio truncada definitivamente con el consabido adelanto electoral y sus consecuencias en los procesos legislativos. Pero ese periodo anterior permitió conocer las inquietudes de los agentes sociales y de los colectivos más afectados, así como contar con el preceptivo Dictamen del Consejo de Estado⁶¹. De hecho, muchas de las críticas referidas al carácter voluntarista de la ley *non nata* tal vez podrán ser corregidos en un futuro, pero no parece el momento adecuado un Real Decreto Ley, técnicamente hablando. Sería necesario que ese proyecto legislativo se retomase para centrarse en cuestiones tan relevantes como las que estaban en sus verdaderos pilares: el envejecimiento de la población y un “reforzamiento de las políticas de cuidado y, en general, de los servicios sociales”⁶².

.....

58 Al respecto la definición de familias o de las relaciones familiares análogas resultaba especialmente elocuente. También otras referencias a las monoparentales que se recogían a lo largo del articulado legislativo, no tanto en relación con la extensión de los permisos parentales.

59 NAVARRO NIETO, F., “Actualidad normativa y jurisprudencial en los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº. 262, 2023, p. 2.

60 BLASCO JOVER, C., “Cuando se cierra una puerta se abre una ventana: el RD Ley 5/2023 salva in extremis la esencia de la Ley de familias”, *op. cit.*, p. 3.

61 Número de expediente: 146/2023, fecha de aprobación 16 de marzo de 2023. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2023-146>. (fecha de consulta: 9/10/2023).

62 No en vano la componente 22 del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia del Gobierno de

Es importante tener este contexto presente a la hora de enfrentarse al estudio del RD ley 5/2023, sobre todo, porque constituye lo que se conoce como una norma “ómnibus” caracterizado por su heterogeneidad, pero cuya justificación gira en torno a “su urgente y extraordinaria necesidad, (...) que deberá ser determinado atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada caso”⁶³. Esto ocasiona que, tal vez, no se trate de una norma “ambiciosa” o innovadora, pero sí responde a una cuestión de máxima relevancia social que exige una acción normativa inmediata, como ha reconocido el propio Tribunal Constitucional resolviendo el recurso del que fue objeto su inmediata antecesora⁶⁴, el Real Decreto-ley 6/2019⁶⁵.

5. BIBLIOGRAFÍA

BLASCO JOVER, C., “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 (2), 2023.

ALFONSO MELLADO, C. L., “Conciliación de la vida familiar y laboral en el empleo público después del Estatuto Básico”, en AA. VV., *Medidas de conciliación de la vida personal, laboral y familiar. Hacia un respeto igualitario de las reformas parentales*, Bo-marzo, Albacete, 2009.

BLASCO JOVER, C., “La necesidad de adaptar ciertos derechos personales y familiares a las parejas de hecho y núcleos monoparentales”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, nº. 451, 2020.

BOGONI, M., “Familias monoparentales y nueva Ley de Familias: el largo camino hacia el reconocimiento de sus derechos de conciliación”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, nº. 155, 2023.

BOGONI, M., “Los derechos de conciliación de las familias monoparentales”, en RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E., MARTÍNEZ YÁÑEZ, N. (dir.), *Conciliación y corresponsabilidad de las personas trabajadoras: presente y futuro 2021*, Bosch.



España, <https://planderecuperacion.gob.es/politicas-y-componentes/componente-22-plan-de-choque-para-economia-de-cuidados-y-refuerzo-de-politicas-de-inclusion>. (fecha de consulta: 9/10/2023).

63 STC 16/2023, de 7 de marzo.

64 STC 18/2023, de 21 de marzo. Al respecto, CASAS BAAMONDE, E., “Legislación excepcional de urgencia e igualdad de género en el empleo y la ocupación. La constitucionalidad 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”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, nº. 5, 2023.

65 Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación. BOE de 7 de marzo de 2023.

- CABEZA PEREIRO, J., “La directiva de conciliación de la vida familiar y profesional”, *Revista de derecho social*, nº 92, 2020.
- CASAS BAAMONDE, E., “Legislación excepcional de urgencia e igualdad de género en el empleo y la ocupación. La constitucionalidad 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”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, nº. 5, 2023.
- MOLINA NAVARRETE, C., “Aspectos laborales del Estatuto Básico del Empleado Público: de la convergencia a la unificación parcial de estatutos”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº. 293–294, 2007.
- NAVARRO NIETO, F., “Actualidad normativa y jurisprudencial en los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº. 262, 2023.
- RAMOS QUINTANA, M^a. I., “El Pilar Europeo de Derechos Sociales: la nueva dimensión social europea”, *Revista de Derecho Social*, nº. 77, 2017
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “Comentario al artículo 48 de la Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público”, en AA. VV., *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, Aranzadi, Pamplona, 2009.
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E., “De la conciliación a la corresponsabilidad en el tiempo de trabajo: un cambio de paradigma imprescindible para conseguir el trabajo decente”, *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, nº. 11(1), 2020
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E., “Derechos y deberes de los empleados públicos laborales”, en BLASCO PELLICER, A., y LÓPEZ BALAGUER, M., (dirs), *Las relaciones laborales en el sector público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E., “La ‘soberanía sobre el tiempo’. Unilateralidad e imposición en la distribución del tiempo de trabajo frente a conciliación corresponsable”. *Cuadernos de relaciones laborales*, nº. 40, (1), 2022
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E., *Instituciones de conciliación de trabajo con el cuidado de familiares*, Bomarzo, 2010
- SEMPERE NAVARRO, A., “El EBEP impide remunerar los “permisos” autonómicos por guarda legal”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*. nº.4, 2023.

INSTRUCCIONES DE PUBLICACIÓN

PROCESO DE EVALUACIÓN POR PARES

La aceptación de Estudios estará sometida a revisión por pares. La recepción de un original, a incluir en la sección de estudios, no presupone la aceptación para su publicación. Los originales son, en primer lugar, leídos por el Consejo de Redacción para apreciar si cumplen tanto los requisitos formales, como unos mínimos de contenido científico y de adecuación a las líneas y objetivos editoriales de la revista.

Cumplidos los mínimos establecidos, siguiendo el sistema de cualquier revista académica, los artículos serán sometidos al dictamen de dos o más especialistas externos a los que la **Revista Derecho Social y Empresa** pedirá su colaboración.

Los dictámenes de los evaluadores serán anónimos y podrán recomendar al autor la introducción de determinadas modificaciones. En el caso de que los dos informes recibidos sobre un original sean contradictorios, se acudirá a un tercer revisor externo. Los autores cuyos artículos hayan obtenido un dictamen favorable pero con sugerencia de correcciones lo volverán a enviar a la revista, una vez incorporadas las mejoras, en el plazo de 15 días. En el caso de modificaciones de calado, el artículo será nuevamente evaluado por dos evaluadores externos y un miembro del Consejo de Redacción, antes de su eventual publicación. Si se hiciera necesaria la no aceptación de algún trabajo, la decisión será comunicada a su autor sin que la **Revista Derecho Social y Empresa** tenga obligación, por razones de confidencialidad, de hacer conocer el dictamen negativo.

La revista se compromete a comunicar a los autores la decisión positiva o negativa sobre la publicación de sus originales en el plazo de 2 meses desde que se hayan recibido.

POLÍTICA DE ACCESO ABIERTO

Pertenece a los autores la propiedad intelectual de los artículos que en ella se contienen. Los derechos de edición y publicación corresponden a la **Revista Derecho Social y Empresa**, que provee acceso libre a su contenido por entender que esta medida apoya a un mayor intercambio de conocimiento global.

Después de haber publicado el artículo en la revista, se podrá disponer libremente de los artículos y otros materiales contenidos en la revista solamente en el caso de que se usen con propósito educativo o científico y siempre y cuando se incluya la mención expresa al año y número en el que fue publicado en la revista. Queda expresamente penado por la ley cualquier aprovechamiento comercial.

CONTROL DE PLAGIO

La **Revista Derecho Social y Empresa** con el fin de garantizar la integridad académica de la publicación utiliza la aplicación Feedback Studio que permite revisar los documentos detectando citas incorrectas o plagios.

INDEXACIÓN

La **Revista Derecho Social y Empresa** se encuentra indexada en las siguientes bases de datos:

- Incluida en el Catálogo **LATINDEX** (Versión 1.0).
- Referenciada en **Dialnet** (Universidad de La Rioja).
- Analizada en **MIAR** (Matriu d'Informació per a l'Avaluació de Revistes).

DECLARACIÓN ÉTICA Y BUENAS PRÁCTICAS

El código ético de la **Revista Derecho Social y Empresa** se inspira en los principios de transparencia y buenas prácticas en publicaciones académicas establecido por el Committee on Publication Ethics (COPE).

La Directora, la Secretaria y el equipo editorial actuarán en el respeto de dicho Código de Conducta. La **Revista de Derecho Social y Empresa** no divulgará aquellos textos ya hayan sido publicados y denunciará los casos sospechosos de plagio o de cualquier actitud inadecuada por parte de los/as autores/as, todos los artículos serán sometidos a un control antiplagio.

Por su parte, también se comprometen a garantizar que el proceso de evaluación será justo, garantizando el anonimato, la imparcialidad y que se realizará respetando los plazos establecidos. Asimismo, la selección de los/as evaluadores/as se hará atendiendo los criterios de integridad, calidad y conocimiento de la temática objeto del texto remitido. Finalmente se garantizará en todo momento la confidencialidad tanto de autores como de evaluadores de los artículos.

Respecto a las responsabilidades de los/las autores, deben garantizar la originalidad de sus obras y ser conscientes de las consecuencias de una mala praxis científica. Por lo tanto, en su texto deben indicar siempre sus fuentes y proporcionar citas detalladas de todas las publicaciones que ha empleado para su elaboración siguiendo el método de citación fijado por la **Revista Derecho Social y Empresa**. Finalmente, enviando el artículo, aceptan el proceso de revisión utilizado por la revista (de doble ciego).

Respecto a la responsabilidad de los/as revisores/as, deberán mantener la confidencialidad del texto recibido, evaluar atendiendo a los criterios científicos de fiabilidad y rigurosidad, e informar en el caso en que detecten posibles plagios o mala praxis.

ENVÍOS

Para poder enviar artículos como autor se deberá, bien hacer un envío a través de la web de la Revista, o bien escribir un correo electrónico a la dirección revista@centrosagardoy.com indicando el título de la Revista en el Asunto.

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES/AS

Cuestiones Generales para la Publicación

La **Revista Derecho Social y Empresa** publica artículos originales e inéditos.

Los artículos serán el resultado de una investigación original y deberán contener conclusiones novedosas apoyadas en una metodología debidamente planteada y justificada. Solo se admitirán trabajos inéditos que no estén en proceso de evaluación en otras revistas. Se valorará especialmente aquellos artículos que sigan la siguiente estructura: Introducción, Métodos, Resultados y Conclusiones (Método IMRC).

Se deben entregar en soporte informático PC Word, RTF o Wordperfect a través de la web de la Revista (www.revistaderechosocialyempresa.com). Para facilitar el anonimato en el informe externo, se deberá incluir:

- Una copia donde se deben omitir las referencias al autor del artículo (tanto al inicio como al final del artículo, así como cualquier referencia en las citas que se realizan en el artículo).
- Otra copia donde existan todas estas referencias.
- Y en un fichero aparte, se deben incluir los datos del autor, dirección de la Universidad, correo electrónico y un breve currículum en 5 líneas.

Normas de edición e Instrucciones de Publicación

Las Instrucciones para los autores son establecidas de acuerdo con la Norma AENOR UNE 50-133-94 (equivalente a ISO 215:1986) sobre Presentación de artículos en publicaciones periódicas y en serie y la Norma AENOR UNE 50-104-94 (equivalente a ISO 690:1987) sobre Referencias bibliográficas.

La **extensión máxima** de los artículos, escritos en Times New Roman 12, será de 20 a 25 folios a espacio 1,5 aprox.

Se debe incluir en castellano y en inglés todo lo que se indica a continuación:

- Un título/*title*.
- Un resumen/*abstract* de 10 líneas con un máximo de 125 palabras.
- Unas palabras clave/*key words* (máximo cinco).

Los originales deberán presentarse en español, inglés o en cualquiera de las lenguas de los países pertenecientes a la Unión Europea.

Los autores deben señalar en negrita aquella frase o frases más relevantes de cada epígrafe de su trabajo.

La **Revista Derecho Social y Empresa** establece el uso de las siguientes reglas de cita como condición para la aceptación de los trabajos:

- **Libros:** OJEDA AVILÉS, A., *Compendio de derecho sindical*, Tecnos, 2ª ed., Madrid, 2011.
- **Trabajos incluidos en volúmenes colectivos:** SIERRA BENÍTEZ, M., “La integración del teletrabajo en la nueva regulación del trabajo a distancia”, en NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P. (Dir.), *La reforma laboral 2012. Su impacto en la economía y el empleo*, Editorial Dykinson, Madrid, 2013, pp. 61–91.
- **Artículos contenidos en publicaciones periódicas:** GARCÍA VIÑA, J., “Situación de la violencia en el trabajo en España y en otros países europeos”, *Relaciones Laborales*, núm. 2, 2010, pp. 101–124.
- Con el fin de evitar la repetición de citas a pie de página se recomienda el empleo de expresión *cit.*. Como por ejemplo: SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., “Sobre la extinción de las autorizaciones de residencia o autorizaciones de residencia y trabajo reguladas en el Título VII”, en *Id.*, *El Novísimo Reglamento de Extranjería*, *cit.*

Las tablas deben presentarse en un formato compatible con Microsoft Word (PC). Se generará un documento específico para las tablas y figuras. Cada tabla y figura se presentará en hojas separadas. Las figuras (ilustraciones, diagramas, fotografías y gráficos) deben presentarse en formato imagen (JPG, TIFF o EPS). Las figuras (gráficos, cuadros, mapas, fotografías, etc.) deberán tener gran calidad de resolución, con un mínimo de 300ppp.

Nunca han de entregarse solo las imágenes incrustadas en el documento Word; siempre han de suministrarse también de forma independiente en cualquiera de los formatos mencionados.

Las tablas irán enumeradas con numeración arábiga consecutiva según su aparición en el texto. Igualmente las figuras irán enumeradas con numeración arábiga consecutiva según su aparición en el texto.

La referencia a las tablas e imágenes en el texto se hará en la forma: (Tabla 1), (Tabla 2), (Figura 1), (Figura 2). Deberá indicarse claramente en el manuscrito el lugar del texto en el que debe intercalarse cada figura o tabla.

Cada tabla y figura irá acompañada de un pie de tabla o de figura que la explique brevemente. Dichos pies de tabla y de figura deberán añadirse, de manera ordenada, en una nueva página al final del manuscrito. Deberán estar escritas en Times New Roman 10 e interlineado sencillo.

Las notas a pie de página referidas a fuentes y bibliografía se señalarán antes de cualquier signo de puntuación. Figurarán numeradas correlativamente y escritas en tipo de letra Arial, tamaño 10, a simple espacio de interlineado. La veracidad de las citas de fuentes y de referencias bibliográficas será responsabilidad del autor o autores del artículo.

La bibliografía se habrá de presentar al final de los artículos, ordenada alfabéticamente por autores/as.

Normas para las reseñas bibliográficas

Se aceptan reseñas de publicaciones de investigación jurídico laboral y de empresa cuya fecha de publicación esté comprendida en los últimos tres años. Se seguirán las mismas normas de edición que para los artículos.

Las reseñas tendrán una extensión de 2 folios a espacio 1,5. El contenido de las reseñas deberá abordar los siguientes puntos:

- Un resumen que dé cuenta del tema abordado por el autor del libro, señalando sus principales aportaciones y el enfoque adoptado; se recomienda también la referencia a las fuentes utilizadas en la investigación.
- Una contextualización de la obra analizada en un debate más amplio, estableciendo comparaciones con otras investigaciones que hayan abordado temas similares o que hayan adoptado enfoques parecidos.
- Una valoración crítica de la obra que permita establecer las aportaciones del trabajo reseñado pero también sus posibles fallas o las nuevas preguntas que plantea dentro del debate en que se sitúa. No se publicará ninguna reseña que haga una presentación sin valoración crítica.

Las reseñas, una vez evaluadas y revisadas podrán ser devueltas a sus autores para que incorporen las mejoras sugeridas.

Proceso de evaluación y revisión por pares

La recepción de un original no presupone la aceptación para su publicación. Los originales son, en primer lugar, leídos por el Consejo de Redacción para comprobar si cumplen tanto los requisitos de las normas de edición, como unos mínimos de contenido científico y de adecuación a las líneas y objetivos editoriales de la revista.

Los originales serán sometidos a informes externos anónimos que pueden: a) Aconsejar su publicación b) Desaconsejar su publicación c) Proponer algunos cambios. Estos informes son la base de la toma de decisiones sobre su publicación o no, que corresponde en última instancia al Consejo de Redacción (Comité Editorial) de la Revista y a la Dirección de la misma. La **Revista Derecho Social y Empresa** no considerará la publicación de trabajos que hayan sido entregados a otras revistas y la entrega de un original a **Revista Derecho Social y Empresa** comporta el compromiso que el manuscrito no será enviado a ninguna otra publicación mientras esté bajo la consideración de **Revista Derecho Social y Empresa**. Los originales no serán devueltos a sus autores.

Los/las autores/as reciben una notificación detallada y motivada donde se expone el contenido de los informes originales, con indicaciones concretas para la modificación si es el caso.

El informe emitido por los/as revisores/as incluye:

- Una valoración global del artículo y de los resúmenes.
- Una valoración cuantitativa de la calidad (alta | media | baja) según estos índices evaluadores: originalidad e interés del tema; estructura definida; Rigor metodológico y articulación expositiva; Redacción estilística; y Bibliografía significativa y actualizada.
- Unas sugerencias del evaluador al autor y unas modificaciones concretas propuestas por el evaluador.

Los/as autores/as cuyos artículos hayan obtenido un dictamen favorable pero con sugerencia de correcciones lo volverán a enviar a www.revistaderechosocialyempresa.com, una vez incorporadas las mejoras, en el plazo de quince días. En el caso de modificaciones de calado, el artículo será nuevamente evaluado por dos evaluadores externos. Si se hiciera necesaria la no aceptación de algún trabajo, la decisión será comunicada a su autor/a justificando los motivos en que se basa.

La Revista se compromete a comunicar a los/as autores/as la decisión positiva o negativa sobre la publicación de sus originales en el plazo de dos meses desde que se hayan recibido.

Lista de comprobación de preparación de envíos

Como parte del proceso de envío, se les requiere a los autores que indiquen que su envío cumpla con todos los siguientes elementos, y que acepten que envíos que no cumplan con estas indicaciones pueden ser devueltos al autor.

1. El envío no ha sido publicado previamente ni se ha enviado previamente a otra revista (o se ha proporcionado una explicación en Comentarios al / a la editor/a).
2. El fichero enviado está en formato Microsoft Word, RTF, o WordPerfect.

NOTA DE COPYRIGHT

La **Revista Derecho Social y Empresa** es una Revista de la Editorial Dykinson. Los textos publicados en esta revista están –si no se indica lo contrario– bajo una licencia Reconocimiento–Sin obras derivadas 3.0 *España* de Creative Commons. Permite Atribución–NoComercial–SinDerivadas 3.0 España.

DECLARACIÓN DE PRIVACIDAD

Los nombres y direcciones de correo electrónico introducidos en esta revista se usarán exclusivamente para los fines declarados por esta revista y no estarán disponibles para ningún otro propósito u otra persona.

PUBLISHING INSTRUCTIONS

PEER REVIEWING PROCESS

The acceptance of studies will be subjected to peer revision. The reception of an original, to be included in the study section, does not anticipate the acceptance of the publication. Originals are, in first instance, read by the Editorial Department Board to esteem if the papers accomplish the formal requirements, as a minimum scientific content and an adaptation to the Magazine's editorial lines and objectives.

When the minimum is accomplished, following the procedure of any academic magazine, articles will be subdued to judgement of two or more external specialists who the **Revista Derecho Social y Empresa** will ask for collaboration.

The judgement from the evaluators will be anonymous and could recommend the author to introduce certain modifications. In the case both reviews received of an original are contradictory, a third external specialist will be asked for collaboration. Authors whose articles have obtained a positive review but with correction suggestions, will resend the article, with the corrections fulfilled, in a due date of 15 days. In the case of significant modifications, the article will be evaluated once more by the external specialists and a member of the Editorial Department Board, before its supposed publishing. If necessary, the non-acceptance of a paper will be communicated to its author without the **Revista Derecho Social y Empresa** having the obligation, due to confidentiality reasons, to give acknowledgement of the negative judgement of the article.

The magazine commits to communicate the authors the positive or negative resolution for the publishing of the originals in the due date of 2 months from the reception.

OPEN ACCESS POLICY

Authors have the intellectual property contained in the articles. Editing and publishing rights belong to the **Revista Derecho Social y Empresa**, who provides free access to its content due to understanding that this procedure guarantees greater exchange of global knowledge.

After the article is published in the magazine, articles and other contents in the magazine will be available freely only in case of scientific and educational purpose always having an express reference to the year and number of the magazine. Any commercial use will be punished by the law.

PLAGIARISM CONTROL

The **Revista Derecho Social y Empresa** with the purpose to guarantee the academic integrity of the publication uses the application Feedback Studio which allows to review the documents detecting incorrect citations and plagiarism.

INDEXING

The **Revista Derecho Social y Empresa** is currently indexed in the following databases:

- Included in the Catalogue **LATINDEX** (1.0 Version).
- Referenced in **Dialnet** (Universidad de La Rioja).
- Analyzed in **MIAR** (Matriu d'Informació per a l'Avaluació de Revistes).

ETHICAL STATEMENT AND GOOD PRACTICES

The ethical code of the **Revista Derecho Social y Empresa** is inspired in the principles of transparency and good practices in academic publications established by the Committee on Publication Ethics (COPE).

The director, secretary and editorial team will act in consequence of this code of conduct. The **Revista Derecho Social y Empresa** will not spread articles already published and will report those situations suspicious of plagiarism or any inadequate attitude from the authors, all the articles will be subdued to antiplagiarism control.

They also commit to guarantee the evaluation process will be fair, guaranteeing the anonymity, neutrality and will keep to the designated due dates. The designation of the copy editors will be attended due to the criteria of integrity, quality and knowledge of the subject, object of the text submitted. Finally, it will guarantee the confidentiality at any moment from authors and copy editors.

Regarding the responsibilities of the authors, they must guarantee the originality of their articles and to be aware of the consequences of scientific mala praxis. Therefore, their articles must indicate always their sources and provide detailed citations of all their publishing used for the elaboration of the article following the citation method determined by the **Revista Derecho Social y Empresa**. Finally, sending the article, they accept the revision procedure used by the magazine (double-blind).

Regarding the responsibility of the copy editors, they must keep confidentiality of the received articles, evaluating with the scientific criteria of reliability and accuracy, as well as reporting in case of plagiarism or mala praxis.

CONSIGNMENT

To being able to send articles as an author it will be necessary to either sending a mail in the Magazine or sending an e-mail to revista@centrosagardoy.com with the title of the Magazine as Theme of the e-mail.

INSTRUCTIONS FOR AUTHORS

General issues for publishing

The **Revista Derecho Social y Empresa** publishes original and unpublished articles.

Articles shall be the result of an original research and will have new conclusions supported by properly posed and justified methodology. Only unpublished assignments that are not in review for other magazines will be admitted. Assignments with the following structure will be specially evaluated: Introduction, Methods, Results and Conclusions (IMRC Method).

Only PC Word, RTF or Wordperfect formats will be accepted in the Magazine through the Magazine's webpage (www.revistaderechosocialyempresa.com). To ease the anonymity in the external report, there shall have included:

- A copy where the references to the author of the article must be omitted (from beginning to end, as well as any reference in the citations in the article).
- Another copy with all those references.
- In another file, author's data, University's address, e-mail and a short cv in 5 lines must be included.

Edition rules and Publication Instructions

Instructions for authors are established in accordance with the AENOR UNE Standard 50-133-94 (equivalent to ISO 215: 1986) on the Presentation of articles in periodical and serial publications and the AENOR UNE Standard 50-104-94 (equivalent to ISO 690: 1987) on bibliographic references.

The maximum length of the articles, written in Times New Roman 12, will be from 20 to 25 pages at a space of 1.5 approx.

Everything in the following must be included in Spanish and English:

- A title/*título*.
- An abstract/*resumen* of 10 lines with a maximum of 125 words.
- A key words/*palabras clave* (maximum five).

Originals should be submitted in Spanish, English, or in any of the languages of the countries belonging to the European Union.

The authors should indicate **in black colour that phrase or phrases most relevant** of each section of their work.

Revista Derecho Social y Empresa establishes the use of the following reference's rules as a condition to accept the articles:

- **Books:** OJEDA AVILÉS, A., *Compendio de derecho sindical*, Tecnos, 2^a ed., Madrid, 2011.
- **Articles included in collective works:** SIERRA BENÍTEZ, M., “La integración del teletrabajo en la nueva regulación del trabajo a distancia”, en NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P. (Dir.),. *La reforma laboral 2012. Su impacto en la economía y el empleo*, Editorial Dykinson, Madrid, 2013, pp. 61–91.
- **Articles included in periodic publications:** HOWELL, J. H., “Industrial Relations: A Field in Search of a Future? But Don't Worry, Bruce Kaufman Has Done the Past”, *Industrial & labor relations review*, Vol. 59, núm. 3, 2006, pp. 501–505.
- In order to avoid the repetition of references it is strongly recommended the use of the expression cit.. As for instance, (SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., “Sobre la extinción de las autorizaciones de residencia o autorizaciones de residencia y trabajo reguladas en el Título VII”, en *Id.*, *El Novísimo Reglamento de Extranjería*, cit.).

The tables must be presented with a Microsoft Word (PC) compatible format. A specific document will be created for tables and figures. Each table and figure will be separated in different pages. The figures (images, diagrams, photos and graphs) must appear in an image format (JPG, TIFF or EPS). Figures (graphs, charts, maps, photos, etc.) must have a great resolution with at least 300ppp.

Images must not be only in the Word document; they must also be sent in any of the mentioned ways in another document.

Charts will be numbered with consecutive Arabic numerals due to their order of appearance in the document. As well, figures will have the same numbering depending on the appearance in the document.

References to charts and images in the text will be: (Table 1), (Table 2), (Figure 1), (Figure 2). It will have to be clearly indicated where in the text the tables and images will be put.

Each table and figure must have a board or figure foot explaining them briefly. These board and figure foot must be added in orderly manners, in a new page at the end of the document. They must be written in Times New Roman 10 and simple line spacing.

Footnotes referred to sources and bibliography will be signed before any punctuation. They will be numbered correlatively and written in Arial, size 10, in simple line spacing. Veracity in citation sources and bibliographic references will be responsibility of the author or authors of the article.

Bibliography must be presented at the end of the article, alphabetically arranged for authors' names.

Bibliographic reviewing rules

Reviews of publications from legal labor and from enterprise which have a publishing date of less than 3 years will be accepted. Editing rules will be the same as for the articles.

Reviews will have 2 pages of extension with 1,5 spacing. The content in the review must comply the following steps:

- A summary showing the content of the issue approached in the author's book, marking the main contributions and the point of view used; it is also recommended references to the sources used in the investigation.
- A contextualization of the article analyzed in a broader discussion, stablishing comparisons with other investigations approaching similar issues or with similar points of view.
- A critical valuation of the article allowing to stablish contributions to the work reviewed but also its possible errors or new questions set out in the discussion it is included. No review will be published without a critical valuation present.

Reviews, once valuated and checked, will be sent back to the authors so they can add the suggested upgrades”.

Process of evaluation and reviewing in pairs

The reception of an original does not mean the acceptance for its publishing. Originals are firstly read by the Editorial Department Board to prove it complies the editing rules as well as a minimum scientific content and proper Magazine's editorial lines and objectives.

Originals will be subdued to anonymous external reports that can: a) Recommending your publication b) Not recommending your publication c) Proposing changes. These reports are the main decision making about publishing or not publishing the article, that is responsibility in last resort of the Magazine's Editorial Department Board (Editing Committee) and its management. The **Revista Derecho Social y Empresa** will not take on

consideration publications handed to other Magazines and the delivery of an original to **Revista Derecho Social y Empresa** means compromising the document will not be sent to any other Magazine during the consideration of publishing it in **Revista Derecho Social y Empresa**. Originals will not be returned to their authors.

Authors receive a detailed and motivated notification where the content of the original reports appear, with specified indications for its modification if needed.

The report sent by the copy editors includes:

- A global valuation of the article and its summaries.
- A quantitative evaluation of the quality (high | medium |low) following these evaluating rates: originality and interest of the issue; defined structure; methodological exactitude and demonstrative articulating; Writing style; and significance and actuality of the bibliography.
- Suggestions from the copy editor and exact modifications proposed by him/her.
- Authors whose articles have had a positive judgement but with correcting suggestions will send it again to www.revistaderechosocialyempresa.com, with the corrections, in a due time of 15 days. In case of significative modifications, the article will be reviewed by external copy editors. If a non-acceptance was necessary, the decision would be communicated to the author with the reasons its non-acceptance is based on.

The Magazine implicates to communicate to the authors the positive or negative resolution about publishing their originals in the deadline of two months from the receiving date.

Check list of consignment preparation

As a process of consignment, authors are required to indicate the consignment fulfils all of the following aspects, and to accept consignments not following them can be returned to the author.

1. The consignment has not been published previously nor has been sent to another magazine (or it has been explained in the comments to the editor).
2. The file sent is in Microsoft Word, RTF, or WordPerfect format.

COPYRIGHT NOTE

The **Revista Derecho Social y Empresa** is a magazine from **Editorial Dykinson**.
Published articles in this magazine are –if not indicated contrary– under the recognition license –without any work derivation– Spain from Creative Commons. Allows Responsibility–NonCommercial–WhithoutDerivation 3.0 Spain.

PRIVACY STATEMENT

E-mail names and addresses introduced in the magazine will be exclusively used for the designated purpose declared by this magazine and will not be available for any other purpose or person.

