

**CUANDO SE CIERRA UNA PUERTA SE ABRE UNA VENTANA:
EL RD LEY 5/2023 SALVA *IN EXTREMIS* LA ESENCIA DE LA
LEY DE FAMILIAS**

**WHEN ONE DOOR CLOSES, ANOTHER OPENS: RD LAW 5/2023
SAVES THE ESSENCE OF THE FAMILY LAW *IN EXTREMIS***

CAROLINA BLASCO JOVER

*Prof^a Titular Dpto. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Alicante*

<https://orcid.org/0000-0002-4938-2762>

Cómo citar este trabajo: Blasco Jover, C. (2023). 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>

RESUMEN

Tras el adelanto electoral, parecía que la transposición que la Ley de Familias realizaba de 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 iba a tener que esperar. No ha sido así. A través de la fórmula del Real Decreto ómnibus, se ha preferido, quizá de una forma un tanto apresurada, apostar por la introducción de significativos cambios en varias disposiciones normativas con los que se pretende ampliar el marco jurídico con el que ya se cuenta para hacer frente a las necesidades propias de la igualdad, de la conciliación y de la corresponsabilidad. En este trabajo se aborda un comentario crítico del contenido y alcance del Real Decreto-Ley 5/2023, de 28 de junio, en lo que se refiere a las medidas que se implementan en el ámbito laboral para valorar su nivel de eficacia a la hora de resolver los diversos problemas jurídicos que actualmente están sobre la mesa y para comprobar, de igual modo, si se crean u olvidan otros.

PALABRAS CLAVE: Directiva 2019/1158, igualdad, conciliación, cuidados, Ley de Familias.

ABSTRACT

When the Spanish elections were brought forward, it seemed that Directive 2019/1158 of 20 June on work-life balance for parents and carers would have to wait before being transposed into Spain's Family Law. This was not the case. Using the omnibus Royal Decree formula, it was somewhat hastily decided to introduce significant changes in several laws and regulations. The aim was to expand the existing legal framework and to thus meet requirements relating to equality, work-life reconciliation, and co-responsibility. In this paper, we present a critical commentary on the content and scope of Royal Decree-Law 5/2023 of 28 June regarding the measures implemented in the workplace. We assess their effectiveness at solving a number of current legal issues and verify whether other problems have been generated or overlooked along the way.

KEYWORDS: Directive 2019/1158, equality, work-life balance, reconciliation, care, Family Law.

SUMARIO

I. Un apunte preliminar: de la non nata Ley de Familias como pieza necesaria pero no suficiente para avanzar hacia la igualdad y la conciliación al RD-Ley 5/2023, de 28 de junio.

II. Las modificaciones legales en el texto del Estatuto de los Trabajadores, en la Ley de la Jurisdicción Social y en el Estatuto Básico del Empleado Público en materia de igualdad, conciliación y corresponsabilidad.

- 1. La modificación del art. 4.2.c) ET.*
- 2. La modificación del derecho a la adaptación de la jornada.*
- 3. La esperada extensión del permiso por matrimonio a las parejas de hecho.*
- 4. La modificación del permiso por infortunios familiares.*
- 5. La modificación del permiso para el cuidado del lactante.*
- 6. La modificación de las reducciones de jornada del art. 37.6 ET.*
- 7. El nuevo permiso por fuerza mayor.*
- 8. El permiso parental.*
- 9. Las modificaciones introducidas en el régimen de las excedencias.*

10. *La modificación introducida en el régimen de la suspensión del contrato por nacimiento de hijo y por adopción o acogimiento.*

III. *Un apunte final.*

Bibliografía

I. Un apunte preliminar: de la *non nata* Ley de Familias como pieza necesaria pero no suficiente para avanzar hacia la igualdad y la conciliación al RD-Ley 5/2023, de 28 de junio.

Indudablemente, la evolución de la sociedad y de sus necesidades exige la creación de derechos nuevos o la adaptación de los ya existentes para dignificar las condiciones de vida de todas las personas. Por ello, se puso sobre la mesa la Ley de Familias, que, ciertamente, aunque nunca llegó a aprobarse por el Congreso y el Senado pues el adelanto electoral truncó tal posibilidad, no podía decirse que había surgido de la nada. De hecho, entre sus antecedentes normativos destacaban la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las familias numerosas (que se reformaba sustancialmente), la Ley 26/2015, de 28 de julio, de Modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia, la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo de Educación reformada por la Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre (LOMLOE), 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 en la ocupación, el Real Decreto-Ley 8/2019, de 8 de marzo, de Medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad en la jornada de trabajo, la Ley 19/2021, de 20 de diciembre, por la que se establece el Ingreso Mínimo Vital y 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. Además, la aprobación de una norma como ésta de protección a las familias formaba parte de los compromisos incluidos en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia del Gobierno de España en cuyo componente 22 se hace referencia a un “Plan de choque para la economía de los cuidados y refuerzo de las políticas de inclusión” que supone “un reforzamiento de las políticas de cuidados y, en general, de los servicios sociales, promoviendo su modernización” y cuya puesta en marcha “redundará en una tasa de participación mayor de la mujer en el mercado laboral, que a su vez está asociada a menores niveles de brecha de género”.

Con tales precedentes, no resultaba sorprendente que el Ejecutivo diera un paso adelante y pretendiera aprobar una Ley de Familias con la finalidad de tutelar esta institución. Con todo, lo cierto es que, prácticamente desde que se anunciara, fue objeto de una fuerte controversia tanto a nivel social como político. Y es que, de un lado, merecía una valoración positiva en tanto que tenía en cuenta tanto la importancia del papel que

desempeñaba la familia como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y bienestar afectivo y personal de todos sus miembros, como el conjunto de mandatos y principios constitucionales, europeos e internacionales que inciden en el cumplimiento de los fines que son esenciales a la familia y proporcionan las bases de su ordenación jurídica para perfeccionar, desde ahí, toda una batería de medidas de alcance transversal que aseguraban la protección social, económica y jurídica que esta institución merece.¹

De otro lado, ello no obstante, la norma nacía con significativas deficiencias, en materia de técnica legislativa y jurídica y en materia de financiación, que la hacían granjearse –y con razón– importantes críticas. Así y pese a encontrarnos en un momento de continuos cambios sociales e intenso debate sobre aspectos históricamente ligados a la institución familiar como son el matrimonio y la filiación, no se entendía la obstinación por delimitar tan concretamente los diversos tipos de familias porque, más pronto que tarde, la realidad se impondría al texto legal, dejándolo obsoleto.² Tampoco se llegaba a entender cómo no se abordaban temas tan relevantes y de actualidad como la duplicidad o no de los días de permiso o suspensiones en el caso de las familias monoparentales cuando resultaba evidente que quien legisla se había preocupado en esta norma por dotarles de un marco de protección específico, o por qué no se delimitaba correctamente el ámbito competencial de cada Administración cuando las Comunidades Autónomas han aprobado numerosas normas y establecido diferentes medidas de apoyo a las familias en el contexto de sus propios planes o estrategias de apoyo a las familias, de igualdad y conciliación o de inclusión social. O por qué, en fin, no se había sido más incisivo, más ambicioso, a la hora de regular ese marco mínimo de protección y lo más que se ofrecía en su articulado –dejando a un lado el juego de las disposiciones finales modificatorias de ciertas normas– era un listado de preceptos legales programáticos que diseñaban unas grandes líneas de actuación de las Administraciones Públicas y que parecían ser, simple y llanamente, por su vaguedad, un ejercicio de buenismo o voluntarismo político (o de pragmatismo electoral, si se me permite) que no venía acompañado del correspondiente plan

¹ Como indicaba su artículo primero, la norma tenía dos objetivos bien claros y una finalidad. De este modo, el primer objetivo era “el pleno reconocimiento de la diversidad de modelos familiares que coexisten en nuestra sociedad, el establecimiento del marco para una política integral de apoyo a las familias orientada a la mejora del bienestar y la calidad de vida de sus integrantes, así como la protección social, económica y jurídica de las familias y de sus integrantes, de conformidad con lo establecido en la Constitución española y en los tratados internacionales de los que España sea parte”. En cuanto a su finalidad, ésta quedaba delimitada por “la definición de los principios generales de acción a favor de las familias como institución social esencial y el establecimiento de nuevas medidas de apoyo y promoción a las familias”.

² Las diversas “situaciones familiares” se contemplaban en el Título III de la norma. Así, la situación familiar de vulnerabilidad con personas menores de edad a cargo, las familias numerosas y supuestos equiparados, las situaciones familiares en que exista una sola persona progenitora, las situaciones familiares en que existan personas con discapacidad o en situación de dependencia, las situaciones familiares en que existan personas pertenecientes a colectivos LGTBI, las situaciones familiares en las que se producen nacimientos, adopciones o acogimientos múltiples, las situaciones familiares en las que se produzcan adopciones o acogimientos, las situaciones familiares con hijos de uniones anteriores, las situaciones familiares residentes en el medio rural, las situaciones familiares en las que alguno de sus miembros procede de otro Estado o territorio o de emigrantes retornados y otros colectivos con necesidades singulares de apoyo (relaciones familiares de población institucionalizada).

económico, tan necesario en este campo si de verdad se desea avanzar como en cualquier otro en el momento actual.³

Ahora bien, esto dicho, no podía decirse que la Ley de Familias fuera una norma innecesaria. La baja tasa de natalidad, la necesidad de fortalecer el apoyo a la crianza y a las medidas de conciliación para que quien ejerza de cabeza de familia pueda asumir plenamente las responsabilidades que le son propias, la generalización de la incorporación de ambos miembros de las parejas al mercado laboral, el envejecimiento de la población, la idea motor de que el crecimiento de una economía depende de manera muy importante del capital humano y de su formación integral o la necesidad de tener en cuenta a la infancia, a las personas que cuidan, a los convivientes en el hogar o a las parejas de hecho hacían ineludible la aprobación de un marco normativo que posibilitase y reforzase la satisfacción de las actuales demandas sociales.

Además, había que tener en cuenta también y muy especialmente que la norma transponía la Directiva 2019/1158, de 20 de junio, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores⁴ y, desde este punto de vista, se intentaba enriquecer, como se afirmaba en la Exposición de Motivos, “las mejoras y aportaciones del RD 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 en la ocupación”.⁵ El texto se presentaba, así pues, como un documento que también pretendía actualizar las medidas de conciliación ya existentes para avanzar por la senda de la igualdad, la conciliación y la corresponsabilidad.⁶ Y, desde este punto de vista, nada que

³ De hecho, la disposición adicional primera de la norma indicaba que “el desarrollo de las medidas, derechos, garantías, servicios y apoyos que se contemplan en la presente ley queda supeditado a las disponibilidades presupuestarias de las Administraciones Públicas competentes”.

⁴ Un análisis en particular de esta Directiva en 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.

⁵ No es ocioso recordar que esta norma se presentaba con un objetivo muy ambicioso: luchar contra los estereotipos de género, fomentar un reparto más igualitario de la labor de cuidado familiar y avanzar hacia la igualdad plena entre hombres y mujeres, todo ello en consonancia con lo dispuesto en multitud de normas y textos europeos e internacionales. De este modo, se modificaron un total de siete leyes, cuyas disposiciones de una forma u otra incidían en los ámbitos indicados, llevándose a cabo una profunda reestructuración de las principales instituciones conciliatorias para lograr, como se señala en su Exposición de Motivos, un “nuevo texto articulado integral y transversal en materia de empleo y ocupación que contenga las garantías necesarias para hacer efectivo el principio de igualdad de trato y de oportunidades entre ambos sexos”.

⁶ De hecho, entre los valores fundamentales que señalaba la norma que debían inspirar las políticas de apoyo a las familias (art. 4.1) se encontraba “la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres y el reconocimiento del derecho de conciliación corresponsable de la vida personal, familiar y laboral en el ámbito familiar, y de la corresponsabilidad empresarial y social” (letra e) y “el reconocimiento del valor social de la maternidad y la paternidad y de la necesidad de asegurar el ejercicio de la parentalidad positiva en la crianza de niñas, niños y adolescentes y también en beneficio de sus madres, padres o personas responsables y de toda la sociedad” (letra f). Por su parte, entre los principios rectores que habían de guiar el diseño de las políticas públicas de apoyo familiar (art. 4.2) se encontraba “la perspectiva de género, no discriminación y fomento de la igualdad efectiva de trato y de oportunidades” (letra b), que se materializaba en la incorporación de “la perspectiva de género y la interseccionalidad, lo que implica reconocer en las políticas públicas las desigualdades existentes en el ámbito familiar derivadas de la discriminación por motivos de sexo, género, origen étnico o diversidad cultural y otros factores de discriminación”, en el

objetar a la causa social que inspiraba una reforma de tal envergadura. La temporalidad, los cuidados, la segmentación laboral y la precariedad en el empleo acentúan las situaciones de discriminación laboral que sufren las mujeres frente a los hombres. Ello es fruto de la pervivencia, incluso en la época actual, del modelo clásico de reparto de tareas entre mujeres y hombres, según el cual mientras a las primeras les corresponde afrontar las labores domésticas y de cuidado de niños y mayores, los segundos asumen el papel de proveedores económicos de la familia. Y es que suele suceder que la conciliación en el hogar termina o se aminora cuando llegan los hijos, recayendo sobre la mujer la mayor parte del peso de la crianza sobre sus hombros por exigírseles, como se ha dicho, ciertas pautas de comportamiento a modo de roles socialmente construidos que les requieren la atención directa y exclusiva del menor (o del familiar) de que se trate. Esto, huelga decirlo, termina por acarrear gravámenes muy serios no sólo en la situación laboral de muchas madres trabajadoras, sino también y al límite en sus futuros derechos prestacionales. Por eso, todos los esfuerzos que en este ámbito se realicen deben valorarse positivamente.

Con todo, otra cosa, como se decía, es que la Ley de Familias, a pesar de algunos aciertos que contenía, se quedase “a medio gas”, si se permite la expresión, plantease nuevos problemas o, yendo al límite, que pecase de falta de ambición para efectuar las correcciones y adaptaciones que resultan necesarias para que el diseño de las medidas conciliatorias gane en eficacia⁷ o que se quedase, al menos, en su mayor parte, en el plano de lo abstracto, de lo superfluo incluso, al no contar con un adecuado y concreto plan de financiación y fiarlo todo a la disponibilidad presupuestaria de las Administraciones competentes o, incluso, de las empresas, sin tener en cuenta al respecto de éstas últimas que la mayor parte del tejido productivo empresarial español está formado por pequeñas y medianas empresas que, por sus peculiaridades, iban a tener mayores dificultades que otras para implementar las medidas que en el texto se contenían.

Sea como fuera, lo cierto es que el adelanto electoral al mes de julio de 2023 truncó la posibilidad de que en el Congreso y en el Senado se debatiese esta Ley. Y cuando parecía que habría que esperar a que un nuevo Gobierno salido de las urnas diera un paso adelante y elaborase una Ley de Familias más sosegada y reflexionada y mucho más depurada técnicamente hablando, se aprueba, justo a finales del mes de junio, un Real Decreto ómnibus que igual se utiliza para transponer la Directiva 2019/1158, que para prorrogar la suspensión de los desahucios o determinadas medidas de respuesta a las consecuencias

reconocimiento, respeto, fomento y garantía de “la igual dignidad de hombres y mujeres, (...) la igualdad de sus derechos (...) y de la corresponsabilidad en la vida familiar, particularmente en el mantenimiento, cuidado y educación de hijas e hijos, ascendientes y personas a su cargo” y en la promoción de “la igualdad de trato y de oportunidades de las mujeres y los hombres en el acceso al mundo laboral y el reconocimiento y ejercicio de los derechos de conciliación y en el disfrute corresponsable de los mismos en la asunción de las tareas familiares, mediante actuaciones que faciliten la conciliación efectiva de la vida personal, familiar y laboral”.

⁷ De este modo, para rechazar algunas de las aportaciones que se realizaron por diversos organismos e instituciones durante el período de exposición pública del Anteproyecto, se utilizó el pretexto de que si no se acometían otras reformas era porque éstas transcendían del objeto y del mandato de la transposición de la Directiva 2019/1158.

económicas y sociales de la Guerra de Ucrania y de apoyo a la reconstrucción de la Isla de la Palmas y a otras situaciones de vulnerabilidad, que para extender el IVA al 0% para alimentos básicos hasta finales de año, que para aprobar nuevas disposiciones sobre fiscalidad de vehículos eléctricos o para regular otro tipo de medidas de corte muy diverso.⁸

Además, no puede dejar de mencionarse la fórmula legislativa escogida, el Real Decreto, que queda justificada en las 61 páginas de Preámbulo. De esta forma, bajo el pretexto de un cúmulo de ciertas circunstancias que han impedido cumplir con los plazos de transposición de ciertas Directivas europeas⁹, se explica que España se encuentra “en riesgo de multa con arreglo a lo establecido en el artículo 260.3 TFUE”, 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”. Por todo ello, se apunta que “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”. Asimismo, los redactores de la norma se escudan en varias resoluciones para refrendar, de igual modo, que concurren los presupuestos de extraordinaria y urgente necesidad que exige el art. 86.1 CE. Así, la STC 1/2012, de 13 de enero, avala la concurrencia de este requisito 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”.

De igual modo, se defiende la idoneidad del decreto ómnibus con la mención a la STC 136/2011, de 13 de septiembre, que “declaró que el dogma de la deseable homogeneidad de un texto legislativo no es obstáculo insalvable que impida al legislador dictar normas multisectoriales, pues tampoco existe en la Constitución Española precepto alguno,

⁸ Como el derecho al olvido oncológico, la transposición de la Directiva de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles, la adopción de medidas urgentes en el ámbito financiero, socioeconómico, organizativo o procesal, la aprobación de una línea de avales para financiar la compra de la primera vivienda habitual de jóvenes y familias con menores a cargo, la adopción de medidas de carácter sanitario o medidas de apoyo a la financiación del sector agrario o la modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de la Ley de Enjuiciamiento Civil o de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, entre otras muchas.

⁹ Señaladamente, “la repetición de elecciones generales en 2019, la consiguiente disolución de las Cortes Generales, la existencia de un Gobierno en funciones durante un tiempo prolongado, así como el estallido de la pandemia del COVID-19 en el año 2020”.

expreso o implícito, que impida que las leyes tengan un contenido heterogéneo” y a la STC 16/2023, de 7 de marzo, que establece que “la heterogeneidad de medidas contempladas en el mismo, permite afirmar que estamos ante lo que se conoce como una ‘norma-ómnibus’, cuya naturaleza no excluye per se su aprobación mediante el instrumento normativo del decreto-ley”. Finalmente y por ir al límite, incluso se defiende un futurible, al señalarse que “el hecho de que se considere una reforma estructural no impide, por sí sola, la utilización de la figura del real decreto-ley, pues, y esto es particularmente pertinente en el supuesto que se analiza, el posible carácter estructural del problema que se pretende atajar no excluye que dicho problema pueda convertirse en un momento dado en un supuesto de extraordinaria y urgente necesidad, que justifique la aprobación de un real decreto-ley, lo que deberá ser determinado atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada caso”.

Ciertamente, creo que puede afirmarse que, al menos en lo que atañe a la transposición de la Directiva 2019/1158, está justificado el empleo de la fórmula del Real Decreto por las razones que se exponen. De hecho, incluso si en la norma sólo se reglamentaran las medidas atinentes en materia de igualdad y conciliación, tampoco ello, entiendo, podría ser motivo de recurso de inconstitucionalidad pues, parafraseando la reciente STC 18/2023, de 21 de marzo¹⁰, se trata ésta de una cuestión de máxima relevancia que exige una acción normativa inmediata habida cuenta de circunstancias que son del todo punto conocidas; acción normativa, además, que se iba a desplegar con la Ley de Familias pero que, debido a las singularidades del momento político, no pudo cuajar. Cuestión distinta, esto dicho, es que este Real Decreto haya visto la luz en un período muy concreto y señalado (lo que no puede pasarse por alto), que durante la legislatura no se haya sido del todo escrupuloso a la hora de utilizar la vía reglamentaria, detrayendo a las Cortes la posibilidad de consensuar y aprobar un mayor número de normas con rango de ley o que, en tanto que las medidas que se introducen de corte laboral son algunas de las que ya se contemplaban en la Ley de Familias (no todas, aquí los redactores de la norma reglamentaria han sido poco ambiciosos y se puede decir que han ido a lo seguro, si se permite la expresión), se hayan trasladado también al texto reglamentario los mismos aciertos, incorrecciones, olvidos y conceptos ambiguos sujetos a interpretación que ya existían en aquella norma, máxime cuando no ha existido tiempo material alguno para entregar un documento depurado, dialogado y consensuado.¹¹

¹⁰ Que resolvió el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra el RD 6/2019. Un magnífico análisis de esta sentencia en CASAS BAAMONDE, M^aE.: “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”, en *Revista de Jurisprudencia Laboral*, n.º 5, 2023.

¹¹ Buena muestra de ello es la no previsión de una prestación económica o retribución anudada al permiso parental.

II. Las modificaciones legales introducidas el texto del Estatuto de los Trabajadores, en la Ley de la Jurisdicción Social y en el Estatuto Básico del Empleado Público en materia de igualdad, conciliación y corresponsabilidad.

Si en la *non nata* Ley de Familias se utilizaban sus disposiciones finales para alterar, en mayor o menor medida, el redactado de varios textos legales¹², en el RD 5/2023 es el Libro II al que se le asigna esta función, dejando para el Título I la modificación del Estatuto de los Trabajadores, para el Título II la modificación del EBEP y para el Título III la modificación de la LJS.¹³ Por lo demás, hay dos disposiciones transitorias que deben tenerse en cuenta, la segunda y la tercera, que prevén un régimen de transitoriedad para las adaptaciones de jornada que se estuviesen aplicando a la fecha de entrada de la norma y para los permisos de los arts. 37.4, 37.6 y 46.3 ET y del art. 48.a) EBEP. Para el primer caso, se prevé que las adaptaciones de jornada que ya se estuviesen aplicando mantendrán su vigencia, pero beneficiándose de la nueva regulación del art. 34.8 ET, especialmente –se matiza– en “lo relativo al regreso a la situación anterior”.¹⁴ Por lo que atañe a los permisos, éstos se seguirán disfrutándose de acuerdo con la normativa anterior, pero se añade que su ejercicio “no limitará, en ningún caso, el del permiso parental regulado en el artículo 48 bis del Estatuto de los Trabajadores según la redacción dada por el artículo 127 de este real decreto-ley, que podrá disfrutarse en su integridad cuando finalice el de aquellos”.¹⁵

1. La modificación del art. 4.2.c) ET.

La primera modificación que introduce el RD 5/2023 en el texto estatutario es la que se acomete en la letra c) del art. 4.2 ET. Es éste un apartado que ya había sido reformado por la disposición final 14.1 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.

¹² Así, era la disposición final tercera, a lo largo de sus diez apartados, la que modificaba varios preceptos del Estatuto de los Trabajadores. Por su parte, la disposición final segunda, con dos apartados, revisaba sendos artículos de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social. Los cuatro apartados de la disposición final cuarta actualizaban varios preceptos del Estatuto Básico del Empleado Público. Finalmente, era la disposición final primera, a lo largo de sus diecinueve apartados, la que modificaba varios artículos de la Ley General de Seguridad Social. En el RD 5/2023 tan sólo se contempla la modificación de la LGSS para alterar el régimen del apartado 8 de la disposición adicional quincuagésima segunda (convenio especial para asegurar el cómputo de la cotización por los períodos de formación o realización de prácticas no laborales y académicos). También se modifica la disposición final décima (entrada en vigor) del RD Ley 2/2023, de 16 de marzo, de medidas urgentes para la ampliación de los 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.

¹³ La LJS también se modifica para introducir cambios en el art. 83.4 (causas de suspensión a las que podrán acogerse los profesionales de la Abogacía y la procura) y en el art. 225 (decisión sobre la admisión del recurso de casación) y para añadir un nuevo art. 225 bis sobre la suspensión de recursos de casación pendientes de tramitación en caso de identidad jurídica sustancial.

¹⁴ Como se tendrá ocasión de comentar, el régimen del reingreso a la empresa tras la adaptación varía sustancialmente respecto a la situación legislativa anterior.

¹⁵ Estas previsiones aparecían también en la Ley de Familias. Es más, por lo que atañe a los permisos, incluso en esta norma se hacía referencia a que el disfrute de los mismos tampoco podía limitar el permiso parental según la redacción dada el artículo 49.g) del Estatuto Básico del Empleado Público. A pesar de que se ha olvidado incluir en la norma reglamentaria esta previsión, no se ve motivo alguno por el que no pueda quedar extendida también al ámbito público.

En ese sentido, se incluyó entre las razones proscritas de discriminación la “orientación e identidad sexual”, la “expresión de género” y las “características sexuales”. Pues bien, tan sólo unos meses después, el RD 5/2023 vuelve a variar el redactado para, en primer lugar, separar los conceptos de orientación sexual y de identidad sexual, dejando claro que son dos conceptos distintos, y para, en segundo lugar, señalar como factor que no debe dar lugar a la discriminación el sexo, incluyendo aquí “el trato desfavorable dispensado a mujeres u hombres por el ejercicio de los derechos de conciliación o corresponsabilidad de la vida familiar y laboral”.

Dejando a un lado que quizá el término empleado debería haber sido el de “género” y no el de “sexo”¹⁶, no me parece que el que se realiza sea un apunte menor en tanto que, incluso, hoy por hoy, existen determinadas prácticas consistentes en sancionar el lícito ejercicio de los derechos conciliatorios previstos en el Estatuto de los Trabajadores. Además, debe recordarse, a estos efectos, que el art. 11 Directiva 2019/1158 contempla la obligación de los Estados Miembros de adoptar “las medidas necesarias para prohibir que los trabajadores reciban un trato menos favorable por haber solicitado o disfrutado” de alguno de los permisos o derechos que contempla, entre ellos y por lo que ahora importa, aquellos que comportan un tiempo de ausencia al trabajo “por causa de fuerza mayor, por motivos familiares urgentes, en caso de enfermedad o accidente que hagan indispensable la presencia inmediata del trabajador”. Por lo tanto, siendo la inclusión de la nueva previsión la transposición del precepto europeo mencionado, no resulta en absoluto un desatino que se haya acometido esta modificación. Una modificación, por lo demás, que, como se verá, se acompasa con otra, la del art. 53.4, segundo párrafo, letra b) ET y la del art. 55.5, segundo párrafo, letra b) ET, por la que se amplía el listado de supuestos protegidos por la nulidad objetiva frente a decisiones empresariales que atenten contra el ejercicio de los derechos de conciliación.

2. La modificación del derecho a la adaptación de la jornada.

De mayor calado es la modificación que se acomete en el texto del art. 34.8 ET, es decir, en el derecho a la adaptación de la jornada por razones conciliatorias. Básicamente, se mantiene la redacción que deriva del RD-Ley 6/2019, por lo que, de modo muy crítico, sigue siendo un derecho de ejercicio condicionado. Así, se mantiene la exigencia de que la persona trabajadora solicite la adaptación, una adaptación que, además, deberá ser “razonable y proporcionada en relación con las necesidades de la persona trabajadora y con las necesidades organizativas o productivas de la empresa”. La petición, por lo tanto, debe realizarse ponderando, desde luego, las circunstancias y necesidades familiares, pero teniendo en cuenta, además, que no sea desorbitada¹⁷, absurda o del todo punto

¹⁶ Aunque en el Preámbulo, se insiste en el sexo, al indicarse que “esta formulación es consecuente con la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE de 8 de mayo de 2019, C-486/18, asunto Praxair) y del Tribunal Constitucional (STC 79/2020, de 2 de julio de 2020) en las que se 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”.

¹⁷ Así lo es la petición de adaptar la jornada para llevar a los hijos a actividades extraescolares. Sobre ello, STSJ Madrid, de 19 de diciembre de 2022 (Rec. n.º 385/2022).

incompatible con la buena marcha de la empresa. Se pretende, en definitiva, encontrar el punto de equilibrio en los efectos que para uno y otro sujeto va a tener la petición de adaptación de la jornada, buscando que no sufran en demasía los diversos intereses en juego.

Ahora bien, esto dicho, lo cierto es que el RD 5/2023 introduce ciertas revisiones del precepto legal que, aunque no cercenan de forma absoluta la capacidad negociadora del empresario, sí la limitan con mayor intensidad que anteriormente. Así, más allá de la sorpresiva desaparición del llamamiento obligatorio a la negociación colectiva para fijar los términos del ejercicio de este derecho¹⁸ que tenía como finalidad atajar el problema que suponía la desidia de los negociadores sociales a la hora de regular esta materia, sigue manteniéndose la necesidad de que exista, en ausencia de reglas convencionales que ordenen el ejercicio del derecho de adaptación, una negociación entre la persona trabajadora y el empresario¹⁹ que ahora deberá desarrollarse “con la máxima celeridad” y, “en todo caso”, durante un máximo, no de treinta días, sino de quince.

Ciertamente, es comprensible la inclusión de estas dos modificaciones porque una negociación dilatada en el tiempo puede vaciar de contenido el derecho, en tanto que resultaría posible que la concreta necesidad conciliatoria ya no existiera al término del plazo o, incluso, hubiera variado. Obsérvese, además, que el art. 9 Directiva 2019/1158 dispone 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”. Pues bien, atendiendo a ello, lo que hace la norma interna es concretar ese período y urgir a que se desarrolle lo más rápidamente posible para evitar perjuicios a la parte trabajadora. Es más, incluso se superan los estándares mínimos de protección que marca la norma europea al introducirse la presunción de concesión del derecho “si no concurre oposición motivada expresa” en

¹⁸ No de otra forma puede entenderse la utilización de la expresión “se podrán establecer los términos de su ejercicio”, en vez de la anterior (“En la negociación colectiva se pactarán los términos de su ejercicio”).

¹⁹ Señala la STSJ Andalucía (Sevilla), de 16 de mayo 2019 (Rec. n.º 933/2019) que el derecho confiere a su titular “un poder de iniciativa a realizar, de acuerdo con el principio de buena fe, propuestas razonables de concreción de su jornada de trabajo. Este poder de iniciativa desencadenará por su parte, un proceso negociador al que queda sujeto el empresario, con el fin de buscar la adaptación del tiempo de trabajo que resulte compatible con los diferentes intereses que mantienen las partes en estos casos”. Y ello porque “lo que se reconoce es un derecho a proponer, a falta de normativa convencional, la adaptación de su horario de trabajo, como concreta manifestación de su derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral. Al empleador le incumbe por tanto acreditar las razones de tipo organizativo por las cuales se opone a la propuesta del titular de este derecho, realizando en su caso, alternativas a esta propuesta”. En la misma línea, la STSJ Galicia, de 3 de febrero 2022 (Rec. n.º 5108/2021) matiza que “dado que obviamente esa obligación de negociación se debe regir por la buena fe en orden a la búsqueda de un consenso, ello debería traer consigo las siguientes consecuencias: 1) Que a la persona trabajadora le sea exigible motivar adecuadamente la solicitud de adaptación aportando si lo considera necesario, o si así se le solicita, las oportunas justificaciones; 2) Que a la empresa le sea exigible tomarse en serio esa solicitud, motivando (no necesariamente probando aunque la buena fe puede exigir una mínima justificación atendiendo a las circunstancias particulares del supuesto concreto) las razones determinantes de la negativa al ejercicio del derecho; 3) Que en todo caso ambas partes deben negociar de buena fe para la obtención de un acuerdo donde a la vez se consiga la mejor satisfacción posible de los distintos intereses de las partes contractuales atendiendo a las circunstancias del caso concreto, lo cual, según se desarrolle la negociación, obliga a realizar propuestas y contrapropuestas”.

ese plazo de quince días. Esta práctica, de hecho, ya venía reconociéndose a nivel judicial²⁰ dada la importancia que se le concede al proceso negociador, por lo que su plasmación en la norma interna no hace más que confirmar que, ante una petición de adaptación, la empresa no tiene margen de maniobra, debe entrar en la negociación quiera o no, procurando que sea efectiva, esto es, realizando un esfuerzo propositivo y justificador para intentar alcanzar, en la medida de lo posible, un acuerdo.²¹ Por este motivo, además, es factible entender, a mi modo de ver, que no se admitirá prueba en contrario que destruya la presunción: el simple transcurrir del tiempo sin que conste negociación activará el derecho a la concesión de la adaptación solicitada, toda vez que un planteamiento contrario (permitiendo que el empresario pueda, tras el lapso temporal, demostrar que existen razones para oponerse al disfrute) conduciría a un vaciamiento del verdadero deber impuesto a las partes, que es el de negociar en el plazo indicado.

Tras el proceso de negociación, que ahora ya se ha visto que deberá requerir siempre de la oportuna respuesta so pena de que se active la presunción, señala el nuevo redactado que “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 objetivas²² en las que se sustenta la decisión”. Debe repararse en las dos modificaciones que se efectúan respecto del texto anterior. En éste, se señalaba que “finalizado el [período de negociación de treinta días], la empresa, por escrito, comunicará la aceptación de la petición, planteará una propuesta alternativa que posibilite las necesidades de conciliación de la persona trabajadora o bien manifestará la negativa a su ejercicio. En este último caso, se indicarán las razones objetivas en las que se sustenta la decisión”. Pues bien, como se observa, se

²⁰ Así, STSJ Asturias, de 23 de marzo de 2021 (Rec. n.º 425/2021) estimó la demanda de la persona trabajadora por la falta de contestación de la empresa por escrito en el plazo de treinta días. De igual modo, STSJ Madrid, de 18 de noviembre de 2022 (Rec. n.º 969/2022).

²¹ De nuevo, STSJ Galicia, de 3 de febrero 2022 (Rec. n.º 5108/2021). Por su parte, la STSJ Aragón, de 19 de enero de 2021 (Rec. n.º 637/2020) señala que “dado que “no consta negociación alguna tras la petición de la trabajadora”, limitándose la empresa a comunicarle mediante carta que “no es posible concretar su horario de forma sostenida de manera continuada, por ser un horario fuera de su jornada ordinaria (...) que se ha venido realizando un esfuerzo en la planificación para facilitar el horario flexible fuera de la jornada ordinaria [y que] en atención tanto a las necesidades organizativas de la sección en la que trabaja la demandante, como por la jornada ordinaria que viene realizando”, ha de concluirse que “se ha producido por lo tanto la infracción, declarada en la sentencia de instancia, del art. 34.8 del Estatuto de los Trabajadores por parte de la empresa demandada, al no haber llevado a cabo el período de negociación establecido en el mismo”.

²² Entendiendo por tales, dada la transcendencia de los intereses en juego, no meras razones genéricas, imprecisas o caprichosas, sino, más bien, lo suficientemente importantes y concretas para que, una vez debidamente argumentadas y acreditadas y tras realizar la pertinente ponderación, pueda situarse en primera línea y en detrimento de los intereses conciliatorios la posición empresarial, sin resultar de ello una discriminación por razón de sexo. Así, SSTSJ Madrid, de 5 de abril de 2019 (Rec. n.º 166/2019) y Galicia, de 28 de mayo de 2019 (Rec. n.º 1492/2019) y de 20 de noviembre de 2017 (Rec. n.º 3626/2017). Por su parte, la STSJ Navarra, de 23 de mayo de 2019 (Rec. n.º 166/2019) ofrece un listado ejemplificativo de causas que pueden justificar la denegación. Así, que la empresa no puede encontrar una persona sustituta para el horario que se pretende adaptar, que una parte de la plantilla está solicitando el mismo derecho o que la función desempeñada por la persona trabajadora solicitante posee una importancia estratégica dentro de la empresa difícilmente sustituible.

ha situado en un primer plano, de forma destacada, la aceptación de la petición de la persona trabajadora, tal vez para dar a entender que ésta debería ser siempre la primera opción empresarial. Además, se extiende la necesidad de aportar razones objetivas tanto en el caso de que se deniegue la petición, como ahora ya en el caso de que se proponga una alternativa, lo que es coherente con la matización que introduce la Directiva sobre que “los empleadores deberán justificar cualquier denegación de estas solicitudes, así como cualquier aplazamiento de dichas fórmulas”.

También se reforma el párrafo sobre la vuelta a la situación de origen de la persona trabajadora para mejorar su sistemática y para adaptar la regulación a lo que dispone la norma europea.²³ De este modo, se incluye como posibilidad de retorno a la situación anterior el decaimiento de las causas que motivaron la solicitud, de tal modo que este hecho junto con la finalización del período de adaptación acordado o previsto, darán derecho a la persona trabajadora a regresar a la situación anterior. Debe repararse en que, con anterioridad, se aludía al derecho de la persona trabajadora a “solicitar” el regreso, lo que podía llegar a desincentivar determinadas peticiones de adaptación de jornada habida cuenta de la incertidumbre que también se cernía sobre este momento. La nueva redacción hace desaparecer aquel verbo, por lo que se da a entender que se ostentará un derecho automático a volver a la situación anterior que el empresario habrá de respetar en todo caso. Ese derecho, sin embargo, no le asistirá cuando desee regresar de modo anticipado, puesto que, en este supuesto, el nuevo párrafo séptimo del art. 34.8 ET concede tan sólo una expectativa al disponer que “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”. Con esta matización, se demuestra ser consciente de la ponderación de intereses que existe en este derecho, siendo, por ello, del todo punto razonable que se le conceda a la parte empresarial la posibilidad de valorar la adecuación del retorno anticipado de la persona trabajadora a la entidad en tanto que aquél puede causar ciertos desajustes organizativos. Con todo, la denegación del regreso debe basarse, de nuevo, en razones objetivas, que sean, pues, perfectamente evidenciables, concretas, argumentables y probadas.²⁴

En otro orden de ideas, otra novedad de gran calado se produce en el ámbito de los sujetos causantes del derecho de adaptación. De esta forma, la redacción anterior de la norma no los especificaba y tan sólo disponía que, si las necesidades conciliatorias provenían de un hijo o hija, la adaptación podía solicitarse hasta que aquéllos cumplieran los doce años. Con la introducción de ese límite se sobrepasaban con generosidad los estándares mínimos de protección fijados por la norma europea que, como se sabe, marca un suelo

²³ Dispone el apartado tres del art. 9 Directiva 2019/1158 que “cuando la duración de las fórmulas de trabajo flexible a que se hace referencia en el apartado 1 esté limitada, el trabajador tendrá derecho a volver a su modelo de trabajo original al término del período acordado. El trabajador también tendrá derecho a solicitar volver a su modelo de trabajo original antes de que finalice el período acordado siempre que lo justifique un cambio en las circunstancias. Los empleadores estudiarán y atenderán las solicitudes de volver anticipadamente al modelo de trabajo original teniendo en cuenta tanto sus propias necesidades como las de los trabajadores”.

²⁴ Sobre ello, STSJ Andalucía, Sevilla, de 11 de abril de 2019 (Rec. n.º 623/2019).

mínimo de ocho años. Ello no obstante, a nivel judicial se planteó la controversia sobre si el hijo menor de edad, pero mayor de doce años podía activar el derecho.²⁵ Pues bien, tal vez por este motivo, se ha considerado oportuno que el “cuidado” de los hijos mayores de doce años también pueda activar este derecho. De este modo, se matiza ahora que “asimismo, tendrán este derecho aquellas [personas trabajadoras] que tengan necesidades de cuidado respecto de los hijos e hijas mayores de doce años, el cónyuge o pareja de hecho²⁶, 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”.

Tres son las consideraciones que aquí deben efectuarse. Por lo pronto, puede plantear muchas dudas el carácter abierto de la expresión “necesidades de cuidado”. ¿Qué debe entenderse por tales? Ciertamente, la noción podría dar cabida a múltiples situaciones, desde las más nimias que pudieran pensarse hasta las más graves. Desde luego, se podría haber hecho gala de una mayor concreción, pero la situación que se plantea resultará problemática a nivel del día a día de las empresas y es preciso darle una solución. A mi modo de ver, la respuesta a esta controversia puede pasar por hacer jugar las definiciones que ofrece la Directiva del “permiso para cuidadores” y de “cuidador”. Y en ambas el requisito para que se despliegue la protección es que se necesite “asistencia o cuidados importantes por un motivo médico grave”. Con esta especificación, ya se eliminan de raíz ciertas interpretaciones que conducirían a sostener que cualquier necesidad de cuidado activaría el derecho a la adaptación, lo que encajaría, además, con la exigencia de que las personas cuidadas “por razones de edad, accidente o enfermedad no puedan valerse por sí mismas”.²⁷

Ahora bien, la inseguridad jurídica no desaparece en verdad, porque todo está en cómo se interprete esa importancia en los cuidados ocasionada por la gravedad del motivo médico. Evidentemente, resulta difícil extrapolar un criterio categórico de aplicación general y unívoca a todos los supuestos de hecho que puedan plantearse, cada uno de ellos con sus circunstancias peculiares y singulares. Por ello, desde esta perspectiva, parece

²⁵ Así, la SJS n.º 1 de Valladolid, de 22 de noviembre 2019 (Rec. n.º 667/2019) dictaminó que “cuando se habla del derecho a la conciliación de la vida familiar debe entenderse en un sentido amplio, debiendo incluir a todas las personas que convivan con la persona trabajadora. Por tanto, no existen límites por razón de vínculo familiar o por edad. En definitiva, nada impide que se pueda ejercitar el derecho para cuidar a hijos mayores de doce años cuando concurren causas familiares que hagan necesario ajustar la duración y distribución de la jornada de trabajo, como la ordenación del tiempo de trabajo y la forma de prestación”.

²⁶ Habrá que entender registrada o no registrada por análogos motivos a los que se explicarán cuando se trate el permiso por infortunios familiares.

²⁷ Podría existir cierta duda interpretativa sobre a quién se exigiría dicho condicionante, si a todos los sujetos que menciona el precepto o tan sólo a las personas dependientes que convivan en el mismo domicilio que la persona trabajadora habida cuenta de que la mención aparece justo a continuación de éstos últimos. A mi modo de ver, la solución correcta sería la primera (la exigencia a todos), puesto que, si se observa, la alusión a los convivientes dependientes está separada por una coma y tras ella aparece la conjunción “y”, lo que podría dar a entender que lo pretendido ha sido enumerar los sujetos causantes y, a continuación, especificar con la conjunción “y” que todos ellos deben reunir la característica de no poder valerse por sí mismos.

que lo más razonable sea entender que, a salvo de que los documentos médicos justifiquen *expresis verbis* la gravedad de la situación, la interpretación que habría de hacerse del término se tendría que acomodar a las circunstancias del caso y al sentido común, abarcando todos aquellos supuestos en los que la adaptación de la jornada se justifique en una necesidad real, de suficiente entidad, para prestar ayuda y acompañar a la persona cuidada en circunstancias difíciles de especial importancia, en unas circunstancias tales, en definitiva, por culpa de las cuales no puede valerse por sí misma.

En segundo lugar, parece, si se interpreta la norma de acuerdo a su tenor literal, que se ha pretendido diseñar un régimen probatorio distinto según quién sea el sujeto causante. De esta forma, si se trata de proveer las necesidades del hijo menor de doce años, en tanto que se presupone que concurren en él circunstancias que objetivamente provocan que su progenitor deba atenderle, éstas no tendrán que justificarse. Bastaría, por tanto, en este caso, con que se acreditaran los presupuestos objetivos que dan derecho a solicitar esta adaptación: la existencia de un hijo menor de doce años, la imposibilidad de conciliar la vida familiar con la laboral en atención al régimen actual de prestación de trabajo y que lo solicitado facilita la conciliación, sin que sea ineludible efectuar indagaciones (ni por parte de la empresa ni por parte del órgano judicial) en la vida privada del solicitante que atenten contra su derecho a la intimidad.²⁸ No obstante, si la necesidad que provoca la

²⁸ STSJ Galicia, de 25 de mayo de 2021 (Rec. n.º 335/2021) y, entre la doctrina, 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.º 4, 2021. Con todo, existe cierta doctrina judicial que postula que la persona trabajadora debe “ofrecer 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, entre otra, la relativa a la condición de madre, padre y la relación de cuidados cuya satisfacción se pretende, las circunstancias personales y profesionales, en particular aquellas que configuraran un mejor derecho frente a hipotéticos afectados, las circunstancias personales del sujeto causante que acrediten el interés, así como los datos referentes a la concreción del horario o periodo de disfrute que se pretende”. Así, STSJ Islas Canarias, Las Palmas, de 12 de septiembre de 2022 (Rec. n.º 759/2022). Es más, al respecto, se ha planteado en vía judicial un debate sobre la necesidad de acreditar que el otro progenitor (u otros parientes) no puede hacerse cargo del cuidado del menor. Sobre ello, la STSJ Galicia, de 6 de noviembre 2020 (Rec. n.º 2046/2020) señala que “respecto de la consideración contenida en la sentencia de instancia relativa a que no existe prueba alguna que acredite las circunstancias del padre de la menor, salvo la referencia a su profesión de bombero, que le impidan en todo momento cumplir con su obligación de cuidado y atención de la menor, ha de señalarse que el derecho ejercitado por la actora es de carácter individual, por lo que no tiene por qué acreditar la imposibilidad de acudir a otros mecanismos para conciliar la vida familiar y laboral, sin que tampoco tenga que probar que el marido u otra persona no pueda hacerse cargo de la menor; por tanto la actora no tiene que acreditar la concurrencia de ninguna circunstancia extraordinaria, distinta de la ya acreditada, y relativa al horario actual lectivo de su hija (de 9 a 14 horas) que acude al colegio, para que la concreción horaria en turno de mañana pueda serle reconocida. Pues se trata de un derecho personalismo de la trabajadora, así lo establece el art. 37.6 del ET, cuando señala que, es un derecho individual del trabajador hombre o de la trabajadora mujer, solo estableciendo una regulación específica en el que caso de que ambos progenitores presten servicios en la misma empresa, lo que no ocurre en el caso de autos. Por ello nada tiene que acreditar en relación a si su marido tiene más fácil conciliar o no”. No obstante, en otras resoluciones este dato parece tener un peso significativo en la concesión judicial del derecho a la adaptación de jornada. Así y por todas, STC 119/2021, de 31 de mayo y SSTSJ Madrid, de 19 de diciembre de 2022 (Rec. n.º 385/2022), Cataluña, de 15 de noviembre de 2022 (Rec. n.º 3928/2022) y Aragón, de 19 de enero de 2021 (Rec. n.º 637/2020). A mi modo de ver, estas resoluciones judiciales se olvidan de un dato importante e incontestable: el derecho a la adaptación es un derecho de titularidad individual y, siendo ello así, las necesidades conciliatorias que se deberían de juzgar deberían ser las propias, no las de la pareja u otras personas.

solicitud de adaptación es el cuidado del hijo mayor de doce años habrá que “justificar las circunstancias en las que se fundamenta” la petición, motivos que, como se acaba de decir, deberían estar basados –pues, de lo contrario, en nada se diferenciaría un supuesto del otro– en una necesidad real, de suficiente entidad, para prestar ayuda y acompañar al menor mayor de doce años en circunstancias difíciles de especial importancia, requiriéndose, entonces, de la persona trabajadora una mayor y más intensa actividad probatoria. Justo la misma que se requerirá cuando se solicite el derecho a la adaptación de jornada para atender a las necesidades de cuidado del resto de sujetos a los que alude el nuevo párrafo tercero del art. 34.8 ET. No obstante, por lo que atañe a esto último, debe repararse en que quizá la norma ha limitado, sin desearlo, el marco protector. Porque, si bien se mira, el cuidado del cónyuge, pareja de hecho u otros familiares podía quedar amparado ya en la versión original del derecho. Al fin y al cabo, la misma necesidad de conciliación existe cuando se trata de cuidar a un hijo que cuando se trata de cuidar a otra persona, un familiar, que, por su estado físico, psíquico o por su edad, requiere de la atención del solicitante de la adaptación. Pues bien, exigiéndose la justificación también en estos supuestos se coloca a la persona trabajadora en una situación más compleja, teniendo, ahora ya necesariamente, que ofrecer a la empresa (y, al límite, al órgano judicial) una explicación más detallada del motivo que sustenta la solicitud de adaptación.

En tercer lugar, en fin, y al hilo de los nuevos sujetos causantes, resulta ambigua la expresión “personas dependientes”. Que éstas deban convivir con la persona trabajadora queda claro en tanto que sólo a ellas se les impone este requisito (“cuando, en este último caso, convivan en el mismo domicilio”), pero más dudas plantea la alusión a su dependencia. ¿Se hace referencia a la dependencia que resulta definida por la Ley 39/2006, de 14 de diciembre? ¿O bastaría con que existiera una dependencia de hecho? Es más, en ese término, ¿deben entenderse incluidas las personas discapacitadas? A mi modo de ver y aunque sólo fuera por guardar una mínima coherencia con otros cambios que se han introducido en el texto estatutario, tal vez hubiera sido más conveniente aludir a los convivientes no familiares como sujetos que pueden dar lugar a que se solicite el derecho. Lo que, además, iría en correlación con lo que dispone la propia Directiva 2019/1159 que, en modo alguno, emplea el término de “personas dependientes” cuando hace referencia a los cuidadores.

Finalmente, cabe hacer mención a dos modificaciones, tampoco menores, que se acometen en los redactados del art. 53.4, segundo párrafo, letra b) ET y del art. 55.5, segundo párrafo, letra b) ET para clarificar que también se considerarán nulas de pleno derecho, protegidas, pues, por la nulidad de tipo objetivo, las decisiones extintivas que tengan por causa el ejercicio del derecho a la adaptación de jornada.²⁹ Debe recordarse, a estos efectos, que el art. 12 Directiva 2019/1158 obliga a los Estados a adoptar “las medidas necesarias para prohibir el despido y cualquier preparación para el despido de un trabajador por haber solicitado o disfrutado uno de los permisos contemplados en los

²⁹ Se efectúa, en debida correlación, la modificación de los arts. 108.2 y 122.2 LJS para declarar nulas las decisiones extintivas en los supuestos señalados en los arts. 53.4 y 55.5 ET.

artículos 4 [permiso de paternidad], 5 [permiso parental] y 6 [permiso para cuidadores], o el tiempo de ausencia del trabajo previsto en el artículo 9.2 [fórmulas de trabajo flexible]”. Al respecto, también se dispone que las personas trabajadoras que consideren que han sido despedidas por haber solicitado (o disfrutado) alguno de estos derechos podrá “pedir al empleador que fundamente debidamente las causas del despido”, debiendo éste proporcionar dichos motivos “por escrito” en el caso de los derechos contemplados en los arts. 4, 5 y 6 de la Directiva.

De este precepto se infiere que, entre las medidas de protección frente al despido, bien puede figurar la nulidad por causa discriminatoria cuando el despido se fundamente en el ejercicio de los derechos que contempla y, por lo que ahora importa, del derecho de adaptación de jornada, pero de ahí, en principio, no cabría deducir la extensión de la protección reforzada que otorga el segundo párrafo del art. 55.5 ET. Sin embargo, en el RD 5/2023 se ha optado por superar los estándares mínimos que marca la norma europea. Porque si el asunto se contempla, como se ha hecho, desde otra perspectiva, una que engarce con los cuidados, el género (por ese rol de cuidadora que, como ya se ha indicado, se le atribuye a la mujer), la conciliación, la corresponsabilidad y, al límite, la protección de la familia, se entiende la opción por la que ha apostado la norma española: si el *modus operandi* de quien legisla ha sido anudar al disfrute de determinados derechos en materia de conciliación una protección reforzada frente al despido para evitar cierto tipo de discriminaciones, bien puede otorgarse al derecho de adaptación de jornada una mejor protección contra la decisión extintiva empresarial, una protección asegurada con la nulidad de tipo objetivo. Con ello –todo un acierto– se evita, de un lado, que existan derechos de conciliación de primera y de segunda categoría, si se permite la expresión, derechos cuya tutela viene determinada simplemente por el acaecimiento del hecho causante y derechos que, para los mismos efectos, requieren de la demostración por parte de la persona trabajadora de un panorama indiciario. Pero también, y de otro lado, se evita que no aparezcan espacios de impunidad precisamente por el hecho de que quien juzga no considere suficientes los indicios aportados al proceso.

3. La esperada extensión del permiso por matrimonio a las parejas de hecho.

Una de las importantes aportaciones que incorporaba la Ley de Familias era incluir en el conceto de familia a aquéllas cuyos integrantes se hubiese unido como pareja de hecho registrada o constituida como tal en escritura pública. Pues bien, en esta misma línea, el RD 5/2023 modifica el redactado del art. 37.3.a) ET para extender el permiso por matrimonio a las parejas de hecho registradas.³⁰ Como se sabe, en su redacción anterior,

³⁰ La visibilización de la pareja de hecho en la Ley de Familias era el motivo que hacía que se revisaran también ciertas previsiones de la Ley General de Seguridad Social que habían quedado obsoletas habida cuenta de la evolución de la noción de familia. Así, haciendo gala de una muy ambiciosa, pero positiva vocación (de la que el RD 5/2023 no es partícipe), se modificaba el art. 12.1 (sobre la no consideración de trabajadores por cuenta ajena de ciertos familiares del empresario), el art. 59.2 (complemento de pensiones inferiores a la mínima), el art. 64.1 (asistencia social) y los epígrafes a) y h) del art. 71.1 (suministro de información a la Administración de la Seguridad Social). En materia de pensión de viudedad, se actualizaba el art. 219.2 (pensión de viudedad del cónyuge supérstite), el art. 220.2 (pensión de viudedad en supuestos de separación, divorcio o nulidad matrimonial), el art. 221 (pensión de viudedad en parejas de hecho), el

la letra a) del art. 37.3 ET contemplaba únicamente el permiso por matrimonio de quince días naturales, una licencia que se concedía a las personas trabajadoras que hubieran optado por un determinado modo de unión estable, la matrimonial, con la finalidad, precisamente, de facilitar la transición de un estado civil a otro. La circunstancia que activaba este permiso, por lo tanto, estaba ligada al hecho de contraer nupcias y sus destinatarios eran los futuros contrayentes, ya que era el acto en sí de la unión matrimonial (civil, religiosa o, incluso, por poderes, hetero u homosexual) lo que determinaba que existiera razón para su concesión.

Ahora bien, el problema se planteaba cuando el trabajador optaba por una fórmula de unión con su pareja distinta al acto del matrimonio. Y es que, no obstante las diversas oportunidades que había tenido quien legisla para modificar el tenor literal del precepto, señaladamente a través de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de conciliación de la vida laboral y familiar de las personas trabajadoras, de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, sobre medidas de protección integral contra la violencia de género y de la también Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, lo cierto es que las parejas de hecho nunca se encontraron incluidas en el radio de acción del art. 37.3.a) ET. Y ello, a salvo, es evidente, de disposición más favorable prevista en convenio colectivo.³¹

Esta opción legislativa, además, se vio refrendada por el Tribunal Constitucional, quien, en reiteradísimas ocasiones³², había señalado que ambos tipos de convivencia, la marital y la extramarital, son realidades diferentes y no equiparables, protegida la primera por normas de alto nivel (art. 32 CE), mientras que no así la segunda. Y siendo el derecho a contraer matrimonio un derecho constitucional que los poderes públicos pueden promover y favorecer, se señalaba como perfectamente legítimo que quien legisla estableciera diferencias de trato y consecuencias jurídicas más favorables a las uniones matrimoniales que a las puramente fácticas, siempre, claro está, que con ello no se impidiera a la pareja unirse a través de otras fórmulas de convivencia. Por lo tanto, y en base a este argumento, la expulsión de las parejas de hecho del ámbito de aplicación personal del permiso por matrimonio resultaba ser, al decir del Tribunal, una decisión legislativa perfectamente compatible con las exigencias propias del principio de igualdad.

El RD 5/2023, sin embargo, viene a romper con este tradicional esquema, con la necesidad de que exista una unión matrimonial como elemento que condicione el ejercicio

art. 222 (prestación temporal de viudedad) y el art. 223.1 (compatibilidad y extinción de las prestaciones de viudedad). También se reformaba el art. 305.2 (campo de aplicación del RETA), el art. 324.3 (reglas de inclusión del sistema especial de trabajadores por cuenta propia agrarios) y el art. 363.4 (invalidez no contributiva). Sin duda, las modificaciones no eran menores, especialmente en lo que atañe a la pensión de viudedad pues resulta necesario una actualización de estas previsiones para adaptarlas a un concepto de familia más adecuado a los tiempos actuales. Se echaba en falta, sin embargo, la modificación del art. 40.3 ET sobre el traslado de los cónyuges.

³¹ Sobre el papel de los convenios para extender adecuadamente la protección del art. 37.3.a) ET a las parejas de hecho debidamente acreditadas, pueden leerse, por todas, la STS de 9 de diciembre de 2010 (Rec. n.º 1572/2010).

³² En este sentido, vid. SSTC 184/1990, de 15 de noviembre y 39/1998, de 17 de febrero, entre otras. Siguiendo esta línea, vid. la STS de 22 de octubre de 2019 (Rec. n.º 78/2018).

de este permiso. Se ha optado, por fin, por adoptar un criterio interpretativo o, incluso, reformista de las normas basado en la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas y, de paso, por eliminar de la norma estatutaria, a mi modo de ver, un trato desigual prohibido. ¿O acaso concurre en las parejas de hecho alguna necesidad, de la índole que fuera, que justificara otorgarles un tratamiento distinto y específico por lo que atañe a esta licencia? La respuesta se mostraba antes y se muestra ahora clara y contundente: ninguna particularidad existe en ellas por la que quepa defender un tratamiento diferenciador y más gravoso por excluyente. De hecho, si se atiende a la finalidad para la que fue concebido este permiso (conceder ese lapso de tiempo para formalizar la unión y celebrarla), ni sociológica ni jurídicamente puede llegar a pensarse que las parejas de hecho no se encuentren en la misma situación que las unidas por vínculo conyugal. Antes al contrario, porque tanto unas como otras se encuentran, ante el acaecimiento de un mismo suceso (la unión estable), en igual situación jurídica merecedora de idéntica tutela.³³ Por lo tanto, dado que la base de unos supuestos y de otros viene a ser la misma, es razonable y acertado que el RD 5/2023 haya dado, por fin, el paso de otorgar idéntica ventaja a unas uniones y a otras.³⁴

La piedra angular de este planteamiento se encuentra en el art. 39 CE. Este es un precepto que protege a la familia, pero sin que se exprese claramente que la familia a la que hay que tutelar es a la tradicional, a la nacida del vínculo matrimonial. Antes al contrario, pues, de un lado, en el precepto no se contempla una definición del término “familia”, por lo que éste abarca de hecho muy diversas realidades y, de otro, se señala que “los poderes públicos deberán velar por la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley –y aquí está el quid de la cuestión– con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil” y que los progenitores “deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda”. Si en estos términos se expresa el art. 39 CE, restando importancia a que la familia se haya constituido a través del vínculo conyugal³⁵ para que deba protegerse y tutelarse a los hijos y a las madres y para que se desplieguen los deberes paternofiliales, se puede plantear como hace el RD 5/2023 una relectura del precepto en clave actual y en el sentido de convertirlo en el eje a partir del cual pueda sostenerse que la Constitución no establece diferencias entre el matrimonio y otras uniones estables para entender conformada la familia. Argumentación ésta que no entraría en contradicción con lo dispuesto en el art. 32 CE, precepto que, aunque coloque a la institución del matrimonio al más alto nivel, lo cierto es que tan sólo

³³ Sobre ello, BLASCO JOVER, C.: “La necesidad de adaptar ciertos derechos personales y familiares a parejas de hecho y núcleos monoparentales”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, n.º 451, 2020, págs. 117-122.

³⁴ Así se defendía también en el voto particular de la STS de 22 de octubre de 2019 (Rec. n.º 78/2018). Por su parte, la STC 184/1990, de 15 de noviembre ya advertía que no “toda medida que tenga como únicos destinatarios a los cónyuges, con exclusión de quienes conviven establemente en unión de hecho, [podrá ser] siempre y en todos los casos compatible con la igualdad jurídica y la prohibición de discriminación que la Constitución garantiza en su art. 14”.

³⁵ En este sentido, vid. STC 222/1992, de 11 de diciembre.

contempla el derecho de la pareja a contraerlo, no excluyendo, por tanto, otras opciones igualmente legítimas derivadas del libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE).

Ello no obstante, fíjese que el nuevo art. 37.1.a) ET no reconoce el permiso a toda pareja de hecho. Tan sólo a la registrada. En estos casos, en los que existe una relación pública y notoria, acreditada en el plano jurídico, de dos personas que, pudiendo contraer matrimonio entre sí, deciden no hacerlo libremente por los motivos que fueren, ha de reconocerse que existe el presupuesto de base por el que este permiso fue creado, otorgar cierto tiempo libre para formalizar convenientemente la unión y disfrutar de un lapso temporal para la celebración.³⁶ Ahora bien, puede plantearse si sería contrario al principio de igualdad la exclusión de otro tipo de parejas de hecho, las “no formales”, del ámbito de aplicación del permiso. A mi modo de ver, no. Porque lo cierto es que, de algún modo y en algún punto, ha de fijarse la frontera de la protección, pues, a fin de cuentas, de lo que se trata es de conceder un permiso que es retribuido a cargo del empresario y cuya solicitud ha de quedar debidamente justificada. Y así, la inscripción registral de la pareja sería el acontecimiento que, como análogo a la boda, determinaría el reconocimiento del derecho al permiso para las uniones *more uxorio*. Este medio es, a mi modo de ver, adecuado y proporcionado al fin que se pretende: acreditar que ha existido una acción deliberada y consciente por parte de ambos miembros de la pareja de proporcionar a su convivencia la pertinente cobertura jurídica, para la que se necesita de tiempo libre para llevarla a cabo y que puede quedar debidamente acreditada ante el empresario. La formalización de la pareja actuaría entonces como relevadora, en el plano del Derecho, de un proyecto de vida estable y sólido –no, por tanto, esporádico, incierto u oculto a terceras personas–, proporcionando seguridad jurídica al empresario y evitando, en consecuencia, el posible fraude en la utilización del permiso.³⁷

Sentado lo anterior, no se obvia, sin embargo, que esta equiparación en el articulado legal entre parejas de hecho y matrimoniales puede implicar un nuevo problema. Piénsese en la persona trabajadora que formalizó su unión como pareja de hecho ante el registro correspondiente y a la que se le concedió el permiso de quince días. Si, posteriormente, decide contraer nupcias con quien es su actual pareja, ¿debería concedérsele de nuevo el permiso con base, esta vez, en el hecho del matrimonio? En mi opinión, la respuesta a esta pregunta debe ser negativa. Permitir la segunda concesión del permiso supondría que el empresario debería asumir, de nuevo, los costes de la ausencia de uno de sus trabajadores, algo que, ciertamente, quizá no esté justificado si se atiende a la finalidad de esta licencia. En efecto, si el objetivo que se pretende cumplir es la concesión de unos días libres para llevar a cabo la transición o el cambio de estado civil, puede decirse que éste ya se alcanzó la primera vez que se concedió el derecho. Y si ello es así, no puede

³⁶ Por el mismo motivo y a pesar del silencio de la norma, creo que habría de extenderse el permiso a las parejas de hecho formalizadas a través de documento público, tal y como se contempla ahora en el art. 48.i) EBEP.

³⁷ Con todo, siendo una norma de mínimos el art. 37.3 ET, no parece que plantee ningún problema jurídico que el convenio colectivo prevea una disposición más favorable. Así, por ejemplo, el convenio de Beer&Food (resolución de 13 de junio de 2020, BOE de 25 de junio) amplía a la pareja de hecho el permiso por matrimonio exigiendo tan sólo el certificado de convivencia expedido por el Ayuntamiento.

más que concluirse, en consecuencia, que una vez disfrutados los quince días, no habría posibilidad de volver a disponer de ellos por segunda vez para contraer nupcias con la misma pareja, habida cuenta de que el permiso ya se habría agotado.

Es más, otro argumento vendría a refrendar este planteamiento. Si se ha pretendido articular la modificación legislativa a través de la equiparación entre los matrimonios y las parejas de hecho registradas, cabe pensar que lo que se está haciendo, al fin y al cabo, es reconocer que el hecho causante que provoca el permiso es el mismo, la unión estable entre dos personas, ya se llame ésta matrimonio o convivencia extramatrimonial. También desde esta perspectiva, entonces, quedaría fuera de toda duda que la identificación entre ambas situaciones no podría ser entendida como avaladora de un doble permiso, uno por matrimonio y otro por creación de pareja de hecho estable. Teniendo en cuenta que las personas trabajadoras son libres de casarse o de constituir una unión libre, parece evidente que, una vez disfrutado de un permiso por un motivo, lo que no cabe es volverlo a disfrutar por cambio del estatus familiar con la misma pareja. Cosa distinta, eso sí, sería que se hubiesen contemplado dos tipos de permisos, el permiso de matrimonio, por un lado, y por otro, un permiso específico para parejas de hecho, dotado de su regulación particular. Pero, decididamente, no ha sido éste el camino que se ha deseado transitar.

4. La modificación del permiso por infortunios familiares.

Se reforma, de igual modo, el permiso por infortunios familiares, es decir, el que contempla el art. 37.3.b) ET y que permite armonizar o hacer compatibles las obligaciones de trabajo con los deberes sociales y familiares de asistencia y compañía que surgen en los casos puntuales de fallecimiento o enfermedad grave de parientes o afines muy próximos, máxime cuando el conocimiento por parte del trabajador de cualquiera de los infortunios descritos en la norma puede impedirle de modo psicológico continuar con su labor. Y lo primero que llama la atención es que, por fin, se ha optado por efectuar toda una remodelación de este permiso, de tal modo que queda desglosado en dos supuestos separados, independientes uno de otro. Y así, en efecto, la letra b) del art. 37.3 ET se refiere al permiso por accidente, enfermedad grave, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización de determinados parientes, mientras que en el nuevo apartado b) bis aparece el permiso por fallecimiento de familiares. La reubicación supone todo un acierto en tanto que mejora la sistemática de la norma.

De igual modo, también se aprovecha para ampliar el espectro de sujetos causantes de estos permisos. Recuérdese que, anteriormente, eran los familiares por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado los que podían causar derecho al permiso. No se mencionaba al cónyuge, a la pareja de hecho o a los hijos adoptivos³⁸ o acogidos, por lo que había que realizar cierto esfuerzo interpretativo para entenderlos incluidos,

³⁸ Con todo, al respecto de éstos, la solución la proporciona el art. 108 del Código Civil, que reconoce que la filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción y que la filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva, surten idénticos efectos civiles.

umentando con ello la sensación de inseguridad jurídica. Pues bien, con este planteamiento, termina el RD 5/2023. De esta forma, el nuevo art. 37.3.b) ET incluye, junto a los parientes por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado, al cónyuge y a la pareja de hecho, al familiar consanguíneo de la pareja de hecho y, yendo más allá, a “cualquier otra persona distinta de las anteriores, que conviva con la persona trabajadora en el mismo domicilio y que requiera el cuidado efectivo de aquella”. Por su parte, el nuevo apartado b) bis dispone que activará el permiso por fallecimiento el deceso de éste, de la pareja de hecho o de parientes hasta segundo grado por consanguinidad o afinidad. Veamos.

Que se haya incluido al cónyuge en ambos permisos es del todo punto lógico. Ciertamente, como el matrimonio no genera parentesco (art. 915 del Código Civil), al cónyuge no se le podría considerar, *strictu sensu*, como a un familiar hasta segundo grado, con lo que, en principio, tendría que estar excluido del radio de acción del precepto. Sin embargo, parece ilógico que puedan denegarse estos permisos al cónyuge, máxime cuando es éste el que otorga la protección a los familiares por afinidad. De ahí el acierto de la intervención normativa en este punto. Y lo mismo cabría decir de la inclusión de la pareja de hecho para ofrecer a las parejas unidas de esta forma un tratamiento igualitario que a las que se une por vínculo conyugal. A mayor abundamiento, habida cuenta que la familia no matrimonial posee los mismos efectos por lo que se refiere al parentesco que la matrimonial y que idéntica carga psicológica puede sufrir la persona trabajadora a causa del infortunio padecido por su pareja de hecho (o, incluso, por los familiares de ésta), parece difícil justificar el tratamiento desigual en estos casos. Si bien se mira, el reconocimiento de estos permisos a las parejas unidas de forma no matrimonial no puede suponer desviación alguna de su finalidad, pues la preocupación por la otra persona y el anhelo de proveerla de ayuda en difíciles momentos existirán con independencia de que se hayan contraído o no nupcias.

Con todo, quedaría la duda de si la pareja de hecho, a efectos de estos permisos, debe estar o no formalizada a través de su correspondiente inscripción en registro público. Pues bien, sobre ello, pueden defenderse dos opciones interpretativas contrapuestas. De un lado, podría pensarse que la referencia a la pareja de hecho cabe entenderla hecha a la registrada, en coherencia con lo dispuesto en el nuevo art. 37.3.a) ET. Sin embargo, otra forma de afrontar el problema –creo que la correcta porque, al fin y al cabo, el permiso de la letra a) tiene un objeto distinto– es considerar que la norma estatutaria, en este concreto caso de los permisos por infortunios familiares (y en todos aquellos en los que no se hace referencia al registro), actúa por omisión, es decir, que cuando no se especifica es porque simplemente se desea que de estos permisos puedan disfrutar los convivientes *more uxorio* tanto de hecho como de Derecho. Y ello es del todo punto lógico, si se piensa, porque, ante eventualidades como las descritas en las letras b) y b bis) del art. 37.3 ET, idénticas necesidades de acompañamiento e idénticos impedimentos psicológicos de continuar prestando servicios pueden padecer tanto quienes consten inscritos como quienes no lo estén.

Ahora bien, a pesar de lo afirmado, en el permiso por contratiempos familiares de la letra b) (no en el de fallecimiento), el problema queda diluido, en tanto que, a raíz de la transposición de la Directiva 2019/1158, queda incluida también como posible sujeto causante “cualquier otra persona distinta de las anteriores, que conviva con la persona trabajadora en el mismo domicilio y que requiera el cuidado efectivo de aquella”.³⁹ Y aquí bien podría entenderse comprendida la pareja de hecho no registrada, pero, incluso, también los menores acogidos a los que no alude esta norma, aunque sí otras del Estatuto de los Trabajadores. Esta matización, novedad en el texto legal, es fruto, como se decía, de la transposición de la norma europea que contempla el denominado permiso para cuidadores, al que ya se aludió, siquiera sea brevemente, cuando se trató la adaptación de jornada.⁴⁰ Este permiso se entiende en el texto europeo como toda “ausencia del trabajo a la que pueden acogerse los trabajadores a fin de prestar cuidados o ayuda personales 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” (art. 3.1.c Directiva 2019/1158). Su regulación se encuentra en el artículo seis y, según la misma, “los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que cada trabajador tenga derecho a disfrutar de un permiso para cuidadores de cinco días laborables al año por trabajador. Los Estados miembros podrán fijar los detalles adicionales relativos al ámbito de aplicación del permiso para cuidadores y a sus condiciones de conformidad con la legislación o los usos nacionales. El ejercicio de este derecho podrá estar supeditado a su adecuada justificación con arreglo a la legislación o usos nacionales”. El permiso, por lo demás, y en el marco de la Directiva, no es remunerado, siendo ésta una cuestión en la que la normativa española supera a la europea.

Fruto también de esta transposición es que en el nuevo permiso por contratiempos familiares se aumente el número de días de disfrute a cinco. Si anteriormente, como se recuerda, el permiso era de dos días ampliables a dos más en caso de necesidades de desplazamiento, ahora ya no cabe esta posibilidad de ampliación y se acrecienta en tres días el disfrute de esta licencia, constituyendo, desde luego, una mejora respecto de la situación anterior y, también, respecto de lo previsto en la Directiva, en tanto que en ella se limita el disfrute de los cinco días a un período de referencia de un año y ello, en el marco de la norma española, no acontece.

Más dudas, sin embargo, puede plantear el carácter abierto de la expresión “cuidado efectivo”. ¿Qué debe entenderse por tal? ¿Y por qué en el derecho de adaptación de jornada sólo se hace referencia al “cuidado” o a las “necesidades de cuidado” y aquí al “cuidado efectivo”? ¿Existe alguna diferencia entre ambas expresiones? A mi modo de ver, debe hacerse abstracción del adjetivo que aquí se anuda a la noción de cuidado porque nada aporta. El cuidado efectivo, es decir, el real y verdadero si se atiende al significado

³⁹ En el mismo sentido, queda modificado el art. 48.a) EBEP.

⁴⁰ Se entiende que tal es la razón por la que a los convivientes no se les tiene en cuenta para el permiso por fallecimiento.

que de “efectivo” proporciona la RAE, ha de desplegarse tanto cuando se solicita el derecho a la adaptación de jornada como cuando se ejerce el permiso que en este apartado nos ocupa. O, dicho de otro modo, carece de sentido entender que en el art. 34.8 ET las necesidades de cuidado no deben ser reales, mientras que sí lo deben ser para activar el derecho contemplado en el art. 37.3.b) ET. Hecha esta interpretación, restaría dirimir qué debe considerarse por “cuidado” a los efectos del permiso por contratiempos familiares. Pues bien, en tanto que, al igual que ocurría con el derecho contemplado en el art. 34.8 ET, la introducción de los cuidados y de los cuidadores en este permiso deriva de la transposición de la norma europea sobre conciliación, valgan aquí las explicaciones que en su momento se ofrecieron al respecto de las necesidades de cuidado exigidas para solicitar la adaptación de jornada cuando el sujeto causante es el hijo mayor de doce años u otros familiares o personas dependientes.⁴¹

Por lo demás, dos últimas consideraciones han de efectuarse. Por un lado, podría haberse aprovechado para adjetivar como laborales los días que se conceden tanto para el nuevo permiso por contratiempos familiares como para el permiso por fallecimiento a fin de adaptar el texto legal a las exigencias impuestas por la doctrina del Tribunal Supremo al respecto.⁴² Como se sabe, jurisprudencialmente se parte de la premisa de que los permisos tienen como presupuesto básico que el trabajador deba ausentarse de su puesto de trabajo. Por lo tanto, si el hecho causante acontece en un día no laborable, entendido por la Sala como aquel día que es “festivo o establecido como no laborable en el calendario laboral”, el cómputo de la licencia debe iniciarse en el día laborable inmediato pues es cuando tendrá sentido solicitar un permiso para dejar de prestar servicios. Y, a la inversa, si el acontecimiento que activa el permiso se desencadena en día laborable, éste podrá disfrutarse desde ese mismo día. ¿Y qué ocurre con el resto de días del permiso? Pues lo único que, siguiendo este planteamiento, cabe inferir: todos los días del permiso deben entenderse como laborales⁴³, salvo, eso sí, previsión normativa en contrario, que es justo lo que sucede con la licencia por matrimonio (quince días naturales).

Por otra parte, si de lo que se trataba era de transponer la Directiva 2019/1158, podría haberse aprovechado para eliminar el parentesco por afinidad. Dispone la norma europea, en su art. 1.e), que familiares del trabajador son el “hijo, hija, padre, madre o cónyuge del trabajador, o pareja de hecho de éste cuando las uniones de hecho estén reconocidas en el Derecho nacional”. Quedan excluidos, por lo tanto, de su ámbito de aplicación, los parientes por afinidad, lo que no es un desacierto desde el punto de vista del impacto de

⁴¹ Con la excepción hecha de la exigencia de que los sujetos causantes no deben poder valerse por sí mismos por razones de edad, accidente o enfermedad, ya que a ella no alude el permiso de la letra b) del art. 37.3 ET.

⁴² SSTs de 28 de febrero 2023 (Rec. n.º 99/2021), de 25 de enero de 2023 (Rec. n.º 124/2021), de 11 de marzo de 2020 (Rec. n.º 192/2018) y de 17 de marzo de 2020 (Rec. n.º 193/2018).

⁴³ Ello en el bien entendido de que los permisos se deben utilizar en días laborables, pero siempre y cuando subsista la necesidad que cubre el permiso. Señala, a este respecto, la STS de 11 de marzo de 2020 (Rec. n.º 192/2018) que “como premisa general hay que aceptar que el permiso sólo tiene sentido si sirve para atender a la causa que lo permite, de ahí que se exija cierta inmediatez entre la necesidad que cubre el permiso y el efectivo disfrute de éste”.

género que tienen los derechos de conciliación, pues es un hecho incontestable que son más las mujeres que los hombres las que suelen ocupar el rol de cuidadoras informales respecto de parientes tanto por consanguinidad como por afinidad. La eliminación de la afinidad en el permiso de la letra b) del art. 37.3 ET⁴⁴ tal vez podría haberse convertido en otras de las piezas del engranaje destinadas a la consecución de un fin mayor: contribuir a lograr una mayor corresponsabilidad entre hombres y mujeres en este contexto, potenciando que aquéllos asuman el cuidado de sus propios familiares y eliminando la perpetuación de ciertos roles de género.

Finalmente, cabe hacer mención a las dos modificaciones que se acometen en los redactados del art. 53.4, segundo párrafo, letra b) ET y del art. 55.5, segundo párrafo, letra b) ET para clarificar, como en el caso del derecho a la adaptación de jornada, que también se considerarán nulas de pleno derecho las decisiones extintivas que tengan por causa el ejercicio del permiso contemplado en el art. 37.3.b) ET. Debe recordarse, a estos efectos, que el art. 11 Directiva 2019/1158 contempla la obligación de los Estados Miembros de adoptar “las medidas necesarias para prohibir que los trabajadores reciban un trato menos favorable por haber solicitado o disfrutado” de alguno de los permisos o derechos que contempla, entre ellos y por lo que ahora importa, aquellos que comportan un tiempo de ausencia al trabajo “por causa de fuerza mayor, por motivos familiares urgentes, en caso de enfermedad o accidente que hagan indispensable la presencia inmediata del trabajador”. Por su parte, y como ya se dijo en otro momento, el art. 12 de la mencionada norma obliga a los Estados a adoptar “las medidas necesarias para prohibir el despido y cualquier preparación para el despido de un trabajador por haber solicitado o disfrutado uno de los permisos contemplados en los artículos 4 [permiso de paternidad], 5 [permiso parental] y 6 [permiso para cuidadores], o el tiempo de ausencia del trabajo previsto en el artículo 9.2 [fórmulas de trabajo flexible]”. Al respecto, también se dispone que las personas trabajadoras que consideren que han sido despedidas por haber solicitado (o disfrutado) alguno de estos derechos podrá “pedir al empleador que fundamente debidamente las causas del despido”, debiendo éste proporcionar dichos motivos “por escrito” en el caso de los derechos contemplados en los arts. 4, 5 y 6 de la Directiva. Finalmente, también se obliga a los Estados a adoptar “las medidas necesarias para garantizar que, cuando los trabajadores que consideren que han sido despedidos por haber solicitado o disfrutado uno de los permisos previstos en los artículos 4, 5 y 6 establezcan ante un tribunal u otra autoridad competente unos hechos que permitan presuponer que han sido despedidos por estos motivos, corresponderá al empleador demostrar que el despido se ha basado en motivos distintos”.

⁴⁴ Afinidad que, por cierto, ahora también se extiende al “familiar consanguíneo de la pareja de hecho”. Obsérvese, sin embargo, que esta referencia al familiar consanguíneo de la pareja de hecho no aparece en el permiso por fallecimiento. ¿Olvido consciente o inconsciente? Porque si lo catalogamos de lo primero habría que defender la denegación del permiso a un trabajador cuando haya fallecido el padre o la madre de su pareja de hecho, siendo así que sólo activaría esta licencia el fallecimiento de la pareja de hecho, no de los familiares de ésta. A mi modo de ver, si no se ha optado por introducir igual matización en el permiso de la letra b) y en el de la letra b bis) es porque no se ha deseado que existiera esta equiparación. Opinión ésta que quedaría refrendada por el hecho de que en la reducción de jornada del art. 37.6 ET sí se ha incluido expresamente como posible sujeto causante a ese familiar consanguíneo de la pareja de hecho.

De la conjunción de ambos preceptos se infiere que, entre las medidas de protección frente al despido, bien puede figurar la nulidad por causa discriminatoria cuando el despido se fundamente en el ejercicio de los derechos que contempla y, por lo que ahora importa, del permiso que reglamenta la letra b) del art. 37.3 ET, pero de ahí, en principio y como ya se comentó cuando se aludió a la adaptación de jornada, no cabría deducir la extensión de la protección reforzada que otorga el segundo párrafo del art. 55.5 ET. Sin embargo, se han superado, de nuevo, los estándares mínimos que marca la norma europea al contemplarse el asunto desde una perspectiva que engarce con los cuidados, el género, la conciliación, la corresponsabilidad y la protección de la familia, evitándose, de este modo, que existan derechos de conciliación de primera y de segunda categoría y que se abran espacios de impunidad. A mayor abundamiento, debe admitirse que, aunque la configuración de este permiso (de corta duración y para asistir a ciertos parientes o, en su caso, convivientes en momentos puntuales y muy concretos en el tiempo) puede suponer que raras veces acontecerá el despido, éste sí puede llegar a producirse. De hecho, fácilmente pueden pensarse en situaciones en las que la enfermedad de un familiar, pese a estar estabilizada, ocasione varios procesos puntuales de gravedad, de hospitalización o de intervenciones quirúrgicas, por lo que la persona trabajadora se vería obligada a solicitar este permiso, de forma sucesiva, para proporcionar los debidos cuidados.⁴⁵ Evidentemente, si esta prolongación en el tiempo aconteciera, la persona trabajadora se colocaría en una situación cuanto menos proclive a su despido habida cuenta de la disfuncionalidad organizativa, productiva o económica que ello generaría en la empresa. Y si esto puede producirse, mal puede entenderse que se salvaguarden con una protección reforzada unos derechos destinados a conciliar la vida familiar con la laboral y otros no.

5. La modificación del permiso para el cuidado del lactante.

Por lo que atañe al permiso para el cuidado del lactante, la única modificación que se acomete en el texto del art. 37.4 ET es la que afecta al disfrute del derecho cuando ambos progenitores trabajan en la misma empresa. De este modo, si anteriormente el empresario podía limitar “su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa”, que tenía que “comunicar por escrito”, ahora podrá seguir haciendo lo mismo, pero con más exigencias. Y ello porque se prevé que esas razones han de ser “fundadas y objetivas de funcionamiento de la empresa”, debiendo motivarlas “por escrito”⁴⁶ y ofreciendo, además, “un plan alternativo que asegure el disfrute de ambas personas trabajadoras y que posibilite el ejercicio de los derechos de conciliación”. Es decir, se exige que la empresa no sólo justifique la limitación, sino que, además, tenga una actitud constructiva para ofrecer una alternativa que permita el disfrute de ambas personas trabajadoras del derecho a la reducción de jornada. La nueva previsión deriva de la

⁴⁵ STSJ Comunidad Valenciana, de 13 de julio de 2005 (Rec. n.º 14/2005) y STCT 29 de agosto de 1983. En contra, STSJ Madrid, de 30 de noviembre de 2016 (Rec. n.º 554/2016).

⁴⁶ En el bien entendido de que no cabrán alusiones vagas, imprecisas o lacónicas, sino, más bien, razones concretas expuestas con suficiente detalle.

transposición del art. 5.5 Directiva 2019/1158⁴⁷ y se entiende perfectamente lo que se pretende con ello. Ahora bien, creo que esta obligación funcionará mejor en las grandes empresas que en las pequeñas y medianas, donde el margen de maniobra es menor o muchísimo menor. Por ello, no hubiera estado de más que se hubiera tenido en cuenta la realidad cotidiana de estas organizaciones y se hubiera contemplado la misma exigencia de otro modo, tal vez limitándola a empresas de un cierto número de trabajadores en plantilla.

Por lo demás, podría haberse aprovechado la oportunidad para reformar otros aspectos de esta licencia. Muy señaladamente dos. En primer lugar, se podría haber configurado un derecho a la acumulación autónomo del convenio colectivo a fin de que la persona trabajadora no tenga que depender de que existan en el mismo las bases que permitan esta posibilidad. Y, en segundo lugar, se podría haber aumentado el tiempo de disfrute del derecho hasta llegar a los doce meses de vida del menor. Actualmente, como se sabe, sólo se contempla que el permiso alcance hasta los nueve meses de vida del hijo o, en su caso, hasta los doce en el caso de que ambos progenitores disfruten del derecho en la modalidad de reducción de jornada con la misma duración y régimen, desplegándose, al efecto y además, una prestación pública por el ejercicio corresponsable de este permiso (arts. 183 a 185 LGSS). Esta situación provoca, por un lado, cierto injustificado desajuste con lo previsto en el art. 48.f) EBEP que diseña un permiso por lactancia de hijo menor de doce meses, no existiendo argumentos bastantes para sostener tal diferenciación cuando los intereses que se protegen en uno y en otro caso son idénticos. Por otro, además, resulta que la ampliación del derecho, ese período de gracia de tres meses más, sólo procederá cuando existan dos progenitores, siendo indiferente que estén unidos por vínculo conyugal, que formen pareja de hecho, que estén separados o divorciados. El dato relevante es la existencia de ambos pues la finalidad de esta previsión, junto con el carácter intransferible del permiso, es promover y fomentar el cuidado corresponsable del menor. No obstante, a pesar de esta encomiable finalidad y respecto de la cual nada se puede objetar, fíjese que una previsión como ésta deja fuera de su ámbito de aplicación al progenitor solo o sin pareja, que no podrá extender la duración de este permiso más allá de los nueve meses de vida del menor y que, por ello, ni siquiera podrá acceder a la correspondiente prestación pública.⁴⁸ Es más, de hecho ambos progenitores deben hacer uso del derecho en las mismas condiciones y términos, algo que puede ser muy difícil de conjugar cuando media un divorcio o una separación no amistosa. Se entiende, en fin, lo que se ha pretendido, pero, ciertamente, no puede evitar pensarse que, con esta configuración del derecho, se favorece manifiestamente un determinado modelo de familia, el tradicional formado por ambos progenitores, en detrimento de otras formas de convivencia, y que es esta una anomalía que debería ser corregida.

⁴⁷ Que indica que “los Estados miembros podrán definir las circunstancias en las que un empleador, tras llevar a cabo consultas de conformidad con la legislación, los convenios colectivos o los usos nacionales, puede aplazar la concesión de un permiso parental por un período razonable alegando como causa que el disfrute del permiso parental en el período solicitado alteraría seriamente el buen funcionamiento de la empresa. Los empleadores deberán justificar por escrito cualquier aplazamiento de un permiso parental”.

⁴⁸ Así, STSJ País Vasco, de 12 de abril de 2022 (Rec. n.º 265/2022).

6. La modificación de las reducciones de jornada del art. 37.6 ET.

En materia de reducciones de jornada, son varias las reformas que plantea el RD 5/2023.⁴⁹ Por lo pronto, en materia de reducción de jornada por cuidado directo de familiares se incluyen como sujetos que pueden generar una reducción de jornada por cuidado de familiar que no puede valerse por sí mismo y que no desempeñe actividad retribuida al cónyuge y a la pareja de hecho. De nuevo, la mención tal vez en la práctica no fuera necesaria, pero no puede decirse que resulte un desacierto actualizar la norma con estas inclusiones. Entre los parientes por afinidad, ahora también se incluye al familiar consanguíneo de la pareja de hecho, como sucedía con el permiso de la letra b) del art. 37.3 ET. Ahora bien, más interesante que estas inclusiones hubiera sido la eliminación del parentesco por afinidad. De hecho, en la *non nata* Ley de Familias, en su versión aprobada por el Consejo de Ministros, los familiares que podían ocasionar que se solicitase esta reducción de jornada era tan sólo los de hasta segundo grado por consanguinidad, lo cual suponía todo un atino, a mi entender. Y es que la rectificación resultaba coherente, como se apuntó más arriba, con lo dispuesto en la Directiva 2019/1158, que dispone, en su art. 1.e), que familiares del trabajador son el “hijo, hija, padre, madre o cónyuge del trabajador, o pareja de hecho de éste cuando las uniones de hecho estén reconocidas en el Derecho nacional”. Quedan excluidos, por lo tanto, en la norma europea los parientes por afinidad, lo que no es un desacierto desde el punto de vista del impacto de género que tienen los derechos de conciliación, pues es un hecho incontestable, debe insistirse, que son más las mujeres que los hombres las que suelen ocupar el rol de cuidadoras informales respecto de parientes tanto por consanguinidad como por afinidad. La eliminación de la afinidad en esta reducción de jornada, con base en lo dispuesto en la norma europea, tal vez podría haber contribuido a lograr una mayor corresponsabilidad entre hombres y mujeres en este contexto.⁵⁰ Quizá por este motivo se ha optado por incluir un nuevo párrafo final en el texto del art. 37.6 ET para asegurar que

⁴⁹ Aunque no se aprovecha para eliminar la referencia a que la reducción de jornada debe ser “diaria”, requisito éste que limita bastante la efectividad de este mecanismo.

⁵⁰ Con todo y para evitar ciertas situaciones límite que pudieran plantearse, la Ley de Familias introducía una previsión adicional por la que se indicaba que “en atención a las mismas circunstancias y con el mismo alcance”, podrá solicitarse esta reducción de jornada por “quien precise encargarse del cuidado directo de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad del cónyuge o pareja de hecho siempre que no existieran familiares por consanguinidad hasta el segundo grado que pudieran acceder [a la reducción de jornada anterior]”. Era ésta una matización que, desde el punto humano, se entendía; no obstante, era inevitable pensar que la misma podía contribuir en cierto modo y en tanto que habría que demostrar la no existencia de familiares a, por un lado, tensionar las relaciones entre empresario y persona trabajadora en una situación que, ya de por sí, puede resultar complicada de gestionar por parte de aquélla y, por otro, a producir incertidumbre a causa de la tenencia de los documentos que tendrían que localizarse y mostrarse, documentos no siempre al alcance y no siempre fáciles de hallar. Además, también planteaba otros interrogantes, porque, por ejemplo, ¿qué ocurriría si, existiendo familiares hasta el segundo grado, éstos no quisieran o no pudieran por cualquier circunstancia ofrecer el debido cuidado y atención al sujeto causante? ¿Se le impediría tal vez a la única persona que podría hacerse cargo, pariente por afinidad del sujeto causante, solicitar la reducción de jornada? Y si aquéllos no pudieran o no quisieran hacerse cargo ¿se les iba a obligar o, en su caso, se les iba a exigir algún documento que acreditase su imposibilidad? Posiblemente, tal vez por todos estos inconvenientes en el texto del RD 5/2023 no aparece esta previsión, que ya, incluso, decayó cuando el texto de la Ley de Familias aprobado en Consejo de Ministros pasó a proyecto de ley.

“en el ejercicio de este derecho se tendrá en cuenta el fomento de la corresponsabilidad entre mujeres y hombres y, asimismo, evitar la perpetuación de roles y estereotipos de género”. La matización, sin embargo, no deja de ser un brindis al sol, si se permite la expresión, una afirmación carente de efectividad práctica, en tanto que ninguna sanción o previsión negativa alguna se impone de no darle cumplimiento.

Tampoco aparecen en el texto del RD 5/2023 las modificaciones que se plantearon en el régimen de la reducción de jornada por cuidado de hijo afectado por cáncer u otra enfermedad grave que implique un ingreso hospitalario de larga duración y sea necesario su cuidado directo, continuo y permanente, que, ciertamente, podrían haber resultado satisfactorias. Y es que se modificaba el espectro de sujetos que podían causar la solicitud de esta reducción. Así, disponía la norma que esta reducción se podría ejercitar para el cuidado “del menor o persona con discapacidad⁵¹ hasta los veintiséis a su cargo afectado por cáncer (tumores malignos, melanomas y carcinomas), o por cualquier otra enfermedad grave, que implique un ingreso hospitalario de larga duración y requiera la necesidad de su cuidado directo, continuo y permanente”. Al hilo de esta modificación, se revisaba igualmente la extensión temporal de esta reducción de jornada. En la redacción actual de la norma el tope lo constituye la edad (los veintitrés años del menor), pero con una doble matización. Primera, que “cumplidos los dieciocho años, se podrá reconocer el derecho a la reducción de jornada hasta que el causante cumpla veintitrés años en los supuestos en que el padecimiento de cáncer o enfermedad grave haya sido diagnosticado antes de alcanzar la mayoría de edad, siempre que en el momento de la solicitud se acrediten los requisitos establecidos en los párrafos anteriores, salvo la edad”. Y, segunda, que “se mantendrá el derecho a esta reducción hasta que la persona cumpla veintiséis años si antes de alcanzar veintitrés años acreditara, además, un grado de discapacidad igual o superior al 65 por ciento”. Pues bien, la propuesta de redacción refundía ambos supuestos y los simplificaba, de tal modo que se llegaba a matizar que la reducción podría extenderse “como máximo, hasta que el hijo o persona que hubiere sido objeto de acogimiento permanente o de guarda con fines de adopción cumpla los veintitrés años o la persona con discapacidad con un grado reconocido igual o superior al 65 por ciento cumpla los veintiséis años”.⁵²

Por lo demás, se prevé ahora, como en el caso del permiso para el cuidado del lactante, una nueva obligación empresarial consistente en ofrecer un plan alternativo en el caso de que se pretenda limitar el ejercicio simultáneo del derecho por parte de dos o más personas trabajadoras de la misma empresa. A lo explicado en aquel momento cabe remitirse.

⁵¹ También se modificaba la letra e) del art. 49 EBEP para disponer que la persona con discapacidad debía tener un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 65%.

⁵² La misma formulación aparecía también en el art. 49.e) EBEP y se modificaba el apartado tres del art. 190 LGSS para actualizar la edad de los sujetos causantes en concordancia con lo dispuesto en la norma estatutaria.

7. *El nuevo permiso por fuerza mayor.*

El RD 5/2023 introduce un nuevo apartado nueve en el art. 37 ET que viene a transponer el art. 7 Directiva 2019/1158, precepto que contempla la ausencia del trabajo por causa de fuerza mayor. El redactado estatutario dispone, al efecto, lo siguiente: “la persona trabajadora tendrá derecho 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. Las personas trabajadoras tendrán derecho a que sean retribuidas las horas de ausencia por las causas previstas en el presente apartado equivalentes a cuatro días al año, conforme a lo establecido en convenio colectivo o, en su defecto, en acuerdo entre la empresa y la representación legal de las personas trabajadoras aportando las personas trabajadoras, en su caso, acreditación del motivo de ausencia”.

En línea de principio, lo que es evidente es que el principal problema que surge aquí es el de delimitar qué es fuerza mayor. Ésta se define, ya se conoce, como todo acontecimiento extraordinario que se desata desde el exterior, imprevisible e inevitable. Y, a partir de aquí, es fácil pensar en supuestos que tendrían cabida sin dudarlos en el concepto. Lo que ocurre es que podrán existir otros en los que la línea fronteriza no quede tan clara y será sobre ellos, precisamente, sobre los que se planteará la mayor litigiosidad. Por lo que se refiere a la urgencia o a la inmediata presencia, también es fácil pensar en supuestos en los que la primera concurra y la segunda sea necesaria. Sin embargo, en otros, la frontera entre lo que es urgente y lo que no y el requerimiento de la presencia inmediata puede presentarse ciertamente difusa. El derecho, es evidente, será un foco de conflicto entre las dos partes de la relación laboral, ambas con una vara de medir distinta, por lo que quizá hubiera sido conveniente una mayor precisión por parte del redactor de la norma reglamentaria o el establecimiento de una llamada a la negociación colectiva para concretar el uso y disfrute de este permiso.

Su duración será de cuatro días al año, aunque nada impediría que fuera ampliada convencionalmente. Y es un permiso, además, de carácter retribuido⁵³ “conforme a lo establecido en convenio colectivo o, en su defecto, en acuerdo entre la empresa y la representación legal de las personas trabajadoras aportando las personas trabajadoras, en su caso, acreditación del motivo de ausencia”. Es decir, se deja a la negociación colectiva o al acuerdo de empresa decidir los términos en los que se abonará esa retribución. Ello puede conducir a pensar que el convenio o el acuerdo tendrían la opción de detraer de la retribución a abonar ciertos conceptos salariales. No obstante, no creo que ello deba ser así. Por dos argumentos básicamente.

Primero, porque partir de la premisa de que el empresario únicamente tendría que abonarle a la persona trabajadora parte de su retribución, justamente la que le correspondiera en proporción al tiempo realmente trabajado, podría provocar un efecto

⁵³ Con lo que se superan las previsiones de la Directiva, que no contempla para este permiso retribución alguna.

disuasorio en el ejercicio de esta licencia, en absoluto deseable por distorsionador de la finalidad para la que fue concebida.⁵⁴

Segundo, por la aplicación de la doctrina que sienta la STS de 3 de diciembre de 2019 (Rec. n.º 141/2018) que, aunque referida a los permisos del apartado tres del art. 37 ET, bien puede traerse aquí a colación. Si se recuerda, en esta resolución se partía de la base de entender que existe un motivo por el que se deja en el aire en el plano legislativo el asunto de la retribución para aquellas licencias, que no es otro que el convenio disponga de la libertad suficiente como para incidir en cuál haya de ser el alcance y contenido de la remuneración que correspondería percibir durante los días de permiso. Desde ahí, se razona que si la negociación colectiva opta por crear determinados complementos, ésta – y no otra – debe ser la vía idónea para establecer las condiciones en las que se genera el derecho a su percepción cuando el trabajador interrumpe su contrato a causa del disfrute de la licencia de que se trate. Pero ello con un claro límite: garantizar la efectiva igualdad de género. Frontera infranqueable ésta cuya rigurosa aplicación impone analizar permiso por permiso para comprobar el impacto de cada uno de ellos sobre tal principio y para determinar, a la postre, si éste sufre por la exclusión del complemento de que se trate durante los días de licencia. Pues bien, si es evidente que el permiso por infortunios familiares tiene un impacto de género importante habida cuenta tanto del rol de cuidadora que se asocia a las mujeres⁵⁵, parece razonable pensar que, por el mismo motivo, el permiso por fuerza mayor adolezca de idéntico impacto. En consecuencia, habría que concluir que una hipotética merma retributiva a quien ejercita su derecho a la ausencia podría suponer una vulneración del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres en tanto que, efectivamente, unas licencias, por su propia configuración y por la no superación todavía de determinados roles, son empleadas más por unas que por otros.

Al hilo de lo anterior, debe repararse en que el ejercicio de este permiso no requiere justificación, puesto que ésta sólo parece estar prevista, tal y como está redactada la norma, para percibir la correspondiente retribución.⁵⁶ Siendo ello así, creo que la norma conduce a pensar que procederá el abono de la retribución correspondiente sólo en el caso de que la persona trabajadora justifique, se entienda que *a posteriori* y documentalmente, que ha tenido que hacer uso de este permiso, y no en caso contrario. Aunque, ciertamente, planteada en estos términos la situación, difícilmente pueden imaginarse casos en los que no se haga todo lo posible para aportar la correspondiente justificación y tener derecho, con ello, a la consiguiente retribución.

Por lo demás, no cabe obviar una cuestión que ya se planteó en la tramitación de la Ley de Familias: el posible solapamiento entre este permiso y el que contempla la letra b) del apartado tres del art. 37 ET. Se conoce y ya se ha visto que este precepto contempla una

⁵⁴ Se colocaría a la persona trabajadora en la difícil tesitura de sopesar las circunstancias y decidir entre perder parte de su salario por atender según qué concretas necesidades u obviarlas y mantenerse en su prestación de servicios.

⁵⁵ Argumento que acoge la STS de 23 de junio de 2021 (Rec. n.º 161/2019).

⁵⁶ Tal vez éste sea uno de los motivos por los que no se ha incluido el permiso por fuerza mayor en el listado de licencias del art. 37.3 ET.

serie de contratiempos familiares (“accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario”) que dan lugar a la concesión de un permiso retribuido. Lo que sucede es que algunas de las circunstancias que en él se contemplan bien podrían reconducirse a la fuerza mayor y bien podrían requerir de la inmediata presencia de la persona trabajadora, señaladamente, el accidente y la enfermedad, a los que también se refiere el art. 37.9 ET. A mayor abundamiento, además, ambos permisos se conceden para atender cuestiones puntuales que se han producido y no para otros fines como sería el cuidado sostenido en el tiempo del familiar o, en su caso, de la persona conviviente.

No obstante, debe repararse en que las dos alteraciones de la salud que se han mencionado, el accidente y la enfermedad, requieren de la gravedad para activar el permiso contemplado en el art. 37.3.b) ET, por lo que podría decirse que es esta característica la que actuará de frontera entre este precepto y el art. 37.9 ET: si la enfermedad o el accidente son graves caerán en el ámbito de actuación del permiso contemplado en el primer precepto, mientras que, si no lo son, procederá que la persona trabajadora haga uso del permiso que se regula en el segundo precepto mencionado. Esto, tal fácil de decir sobre el papel, puede no serlo tanto en la práctica porque ¿qué es la gravedad y cómo medirla en un momento de especial tensión? Evidentemente y como ya se dijo en otro apartado de este trabajo, resulta difícil extrapolar un criterio categórico de aplicación general y unívoca a todos los supuestos de hecho que puedan plantearse, cada uno de ellos con sus circunstancias peculiares y singulares. Por ello, desde esta perspectiva, parece que lo más razonable sea entender que, a salvo de que los documentos médicos justifiquen *expresis verbis* la gravedad de la dolencia padecida, la interpretación que debe hacerse del término ha de acomodarse a las circunstancias del caso y al sentido común, abarcando todos aquellos supuestos en los que la presencia del familiar se justifique en una necesidad real, de suficiente entidad, para prestar ayuda y acompañar al enfermo en circunstancias difíciles de especial importancia. Además, y en caso de duda, la gravedad bien podría determinarse *a posteriori* –aunque con cierta inmediatez al hecho causante– para verificar qué concreto derecho se ha ejercitado por la persona trabajadora y para computar, en su caso, la ausencia como parte de los cuatro días al año de los que ésta dispone en concepto de permiso por fuerza mayor.

Finalmente, y al hilo de esta diferenciación, cabe reparar en que el ámbito subjetivo de ambos permisos es distinto. Para el caso del contemplado en la letra b) del art. 37.3 ET, los familiares que pueden ser sujetos causantes son “el cónyuge, la pareja de hecho o parientes hasta el segundo grado por consanguinidad o afinidad, incluido el familiar consanguíneo de la pareja de hecho, así como de cualquier otra persona distinta de las anteriores, que conviva con la persona trabajadora en el mismo domicilio y que requiera el cuidado efectivo de aquella”. Por el contrario, el espectro de sujetos causantes en el permiso por fuerza mayor es diferente. Se hace referencia a “familiares y convivientes” y, si se parte de la base de que el precepto es transposición del art. 7 Directiva 2019/1158 y que esta norma europea entiende por “familiar” 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”, habrá que concluir necesariamente que las urgencias familiares a las que se refiere el art. 37.9 ET deben provenir de la familia nuclear o más cercana o, si acaso, de las personas que convivan en el mismo domicilio que la persona trabajadora.

8. *El permiso parental.*

Otra de las novedades estrella que contempla el RD 5/2023 es la inclusión de una nueva causa suspensiva del contrato, el denominado “permiso parental”, como modo de transponer lo previsto en el art. 5 Directiva 2019/1158.⁵⁷ Para ello, se modifica el redactado del art. 45.1 ET a fin de insertar tanto una nueva letra o) en el precepto⁵⁸ como un nuevo art. 48 bis que regula el régimen jurídico de esta nueva causa de suspensión del contrato.

Por lo pronto, es éste un derecho que se concede “para el cuidado de hijo, hija o menor acogido por tiempo superior a un año, hasta el momento en que el menor cumpla ocho años”. Cabe reparar, en primer lugar, en que no se hace referencia al hijo adoptado. Tal vez ello sea debido a que la Directiva trasciende ya del hecho de la adopción y entiende que hijo es tanto el biológico como el adoptado. No obstante, y aunque sea ésta una errata menor en tanto que en España la asimilación entre uno y otro está bastante asentada, habría sido deseable, siquiera sea por razones de coherencia interna entre las normas estatutarias, que se incluyera también al hijo adoptado como sujeto causante de este derecho. La edad del menor, por otra parte, se fija en los ocho años, lo que es coherente con lo que dispone la norma europea y, además, puede servir como referencia para abordar, como más adelante se comentará, una futura reforma de la duración de la excedencia por cuidado de hijos que alcance hasta los doce años de vida del menor.

El objeto de la suspensión, por su parte, es el cuidado del hijo, expresión ésta tan amplia que puede albergar las más variadas situaciones. Si cuidar consiste, según la RAE, en asistir y atender, es evidente que estas finalidades pueden estar presentes tanto para cuidar la salud del hijo, como para prestar atención a sus estudios y rendimiento escolar o extraescolar como para, simple y llanamente, estar con él y acompañarle a lo largo de su desarrollo vital y emocional. La suspensión así diseñada no tendría fronteras y auguro que puede ser una fuente de problemas en el día a día de las empresas, especialmente de las pequeñas y medianas con poco margen de maniobra. Es más, fíjese que, a salvo de lo que después de comentará sobre la ausencia de retribución aparejada, incluso podría ser utilizado este derecho de forma abusiva para atender a finalidades distintas de las pretendidas dado que tampoco hay prevista ninguna sanción por su mal uso ni modo de control. A este respecto, es de destacar que se aproveche para reformar la redacción de los arts. 53.4, segundo párrafo, letra a) y 55.5 segundo párrafo, letra a) ET por lo que atañe a la nulidad objetiva. Como se sabe, este tipo de nulidad, en su apartado a), se ciernen sobre los despidos “de las personas trabajadoras durante los periodos de suspensión del

⁵⁷ Sobre el permiso parental en la Directiva, vid. BALLESTER PASTOR, M^a.A.: “La conciliación de responsabilidades: estado de la cuestión a la luz de la propuesta de Directiva de la Comisión Europea de 26 de abril de 2017”, *Lan Harremanak*, n.º 38, 2017-II, págs. 79-85.

⁵⁸ Del mismo modo, se introduce una nueva letra g) en el art. 49 EBEP.

contrato de trabajo por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural a que se refiere el artículo 45.1.d) y e), o por enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural, o la notificada en una fecha tal que el plazo de preaviso concedido finalice dentro de dichos periodos”. Pues bien, a estos supuestos se añade ahora el disfrute del permiso parental, 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 nulidad.

Por lo que atañe a la duración de la suspensión, ésta se fija por la norma estatutaria en ocho semanas⁵⁹, continuas o discontinuas, y disfrutables a tiempo completo o a tiempo parcial a elección de cada progenitor, en tanto que el derecho se configura como individual e intransferible. Ciertamente, estas previsiones encajan con lo que contempla la norma europea, con la excepción hecha de la duración, que la Directiva fija en cuatro meses. No obstante, no creo que ello pueda dar que pensar que no se ha traspuesto correctamente la norma europea. Si por permiso parental en esta norma debemos entender toda “ausencia del trabajo a la que pueden acogerse los trabajadores que sean progenitores por motivo del nacimiento o la adopción de un hijo, para cuidar de este” (art. 3 Directiva 2019/1158), debe convenirse que, al menos en España, esos cuatro meses de permiso parental se cubren sobradamente con la excedencia por cuidado de hijos, con esta nueva causa de suspensión, con las reducciones de jornada y otros derechos de ausencia por cuidado del hijo que contempla el Estatuto.

Es interesante destacar también que recae sobre la persona trabajadora “especificar la fecha de inicio y fin del disfrute o, en su caso, de los períodos de disfrute⁶⁰, debiendo comunicarlo a la empresa con una antelación de diez días⁶¹ o la concretada por los convenios colectivos, salvo fuerza mayor, teniendo en cuenta la situación de aquella y las necesidades organizativas de la empresa”. La intención que se demuestra es clara: es éste un derecho de disfrute directo, que no se hace depender (obsérvese que se utiliza el verbo “comunicar” y no “solicitar”) de una previa negociación con la empresa, como ocurre en el supuesto de la adaptación de jornada. O, dicho de otra forma, el empresario no podrá aceptar o rechazar la petición de la persona trabajadora. Únicamente, le quedará aceptarla, siempre, eso sí, que se hubiese avisado con la antelación debida, excluyendo –entendiendo– la petición extemporánea del disfrute del derecho, a salvo de los supuestos de fuerza mayor que deberán ser convenientemente valorados.

Con todo, la norma matiza, al hilo de lo que también prevé la norma europea, que hay que tener en cuenta la “situación” de la empresa y sus “necesidades organizativas”,

⁵⁹ Nada impediría que las ocho semanas fueran ampliadas por la negociación colectiva.

⁶⁰ Se precisa en el art. 49.g) EBEP que los concretos períodos de disfrute deberán ser por semanas completas.

⁶¹ El art. 49.g) EBEP contempla quince días.

previsión que pienso que hay que complementar con lo que se dispone seguidamente sobre la posibilidad que se le concede al empresario de “aplazar la concesión del permiso por un período razonable, justificándolo por escrito y después de haber ofrecido una alternativa de disfrute más flexible”⁶² cuando “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”. Dejando a un lado la errata que creo que constituye el empleo de la palabra “concesión” del permiso, puesto que, como se decía, no se solicita al empresario su disfrute, sino tan sólo se le comunica, lo cierto es que con estas precisiones no puede decirse que el derecho al permiso parental sea un derecho absoluto. Y no lo es porque, a pesar de tener una capacidad de respuesta negativa limitada, al empresario se le ofrece la posibilidad de modular en cierta forma su ejercicio. La llamada a la negociación colectiva aquí deviene en fundamental porque los convenios tendrán que precisar cuando el disfrute del permiso parental altera “seriamente” el correcto funcionamiento de la entidad. Y será en esos supuestos o ante el posible disfrute de la suspensión por dos personas de la misma empresa a causa del mismo sujeto cuando el empresario podrá, no negarse a la concesión, pero sí aplazar la misma “por un período razonable, justificándolo por escrito y después de haber ofrecido una alternativa de disfrute más flexible”. Ahora bien, de inmediato surge una pregunta que podría plantearse en el día a día de las empresas: cuando el convenio no haya precisado nada al respecto, ya sea porque es un texto aún no actualizado o ya sea porque no se ha negociado esa cláusula, ¿cabe que el empresario pueda negarse a que la persona trabajadora disfrute del derecho en el momento que pretende? A mi modo de ver, la respuesta, para intentar equilibrar y conjugar todos los intereses en juego, debe trascender de la literalidad de precepto y ser positiva cuando pueda existir, efectivamente, esa alteración seria de la que habla el precepto, cuando le comporte, en definitiva, una real e importante gravedad. Con todo, me temo que la valoración de esta circunstancia será una cuestión que pronto se judicializará, creando otro foco de problemas entre las dos partes de la relación laboral. Como también lo será ese aplazamiento “razonable”, porque, desde el momento en que hay dos intereses contrapuestos, la razonabilidad se evaluará con dos varas de medir distintas, generándose una situación de tensión evidente.

Las modificaciones normativas en torno al permiso parental, en fin, concluyen con la actualización de la disposición adicional decimonovena del Estatuto que contempla, como es conocido, cómo debe procederse al cálculo de indemnizaciones en determinados supuestos de jornada reducida. De este modo, también en el supuesto de ejercicio de tiempo parcial del permiso parental deberá tenerse en cuenta, a estos efectos, el salario “que hubiera correspondido a la persona trabajadora sin considerar la reducción de jornada efectuada”.

⁶² Como en el caso de las reducciones de jornada, se exige que la empresa no sólo justifique el aplazamiento, sino que tenga una actitud constructiva para ofrecer una alternativa.

Por lo demás, nada se ha previsto sobre una posible retribución o prestación económica en el ejercicio de este derecho. Recuérdese, a estos efectos, que el art. 9 Directiva 2019/1158 apunta que “De conformidad con las condiciones nacionales, como la legislación, los convenios colectivos o los usos nacionales, y teniendo en cuenta los poderes delegados en los interlocutores sociales, los Estados miembros garantizarán que los trabajadores que ejerzan su derecho a disfrutar de uno de los permisos contemplados en el artículo 4, apartado 1 o en el artículo 5, apartado 2, reciban una remuneración o una prestación económica con arreglo a los apartados 2 y 3 del presente artículo”, siendo que el art. 5.2 se refiere al permiso parental y, más en concreto, a que dos meses del mismo no puedan ser transferidos y que serían los que llevarían aparejada una suerte de compensación económica. Esta cuestión surgió durante las negociaciones conducentes a la Ley de Familias e, incluso, desde el Ministerio de Seguridad Social, en la consulta que se le realizó, se indicó que no sería posible crear una prestación económica anudada al ejercicio de este derecho por motivos estrictamente presupuestarios. El texto que ahora ve la luz con el RD 5/2023 se olvida, pues no tiene otro remedio, habida cuenta de la tesitura política en la que nace, de la cuestión retributiva o compensatoria⁶³, lo que supone, a la postre, que se está a una especie de licencia sin sueldo. Este hecho seguramente restará eficacia y trascendencia práctica a este nuevo derecho, lo que, sin duda, no es en modo alguno acorde a los fines que con él se pretenden.

9. Las modificaciones introducidas en el régimen de las excedencias.

Se efectúan también ciertos retoques en el régimen jurídico de las excedencias. Así, se incluyen, en la excedencia por cuidado de familiares y como personas que pueden dar lugar a su disfrute, al cónyuge y a la pareja de hecho que, aunque al menos el primero se podía entender incluido implícitamente, lo cierto es que el párrafo segundo del art. 46.3 ET los silenciaba, planteando ciertos problemas interpretativos. Con todo, aparece, de nuevo, la cuestión de determinar a qué tipo de pareja de hecho se refiere la norma, si a la registrada únicamente o también a la no formalizada. De nuevo aquí, creo que hay que abogar por una interpretación literal y sistemática del nuevo redactado para entender que si no se hace referencia al registro de la pareja de hecho es porque no se ha querido introducir esta limitación.⁶⁴ Y, en línea con esta modificación, también se incluye como posible sujeto causante al familiar consanguíneo de la pareja de hecho. Por lo demás, de nuevo aquí se ha perdido la oportunidad, como aparecía en la Ley de Familias, de eliminar el parentesco por afinidad⁶⁵, con lo que a lo ya apuntado cabe remitirse. Tal vez por ello

⁶³ En un ejercicio de sinceridad, en la Disposición adicional octava el RD 5/2023 se puede leer que se ha transpuesto la Directiva 2019/1158 de forma parcial, en tanto que no se ha dado aplicación a lo dispuesto “en su artículo 5 y su artículo 8, apartado 3, respecto de la remuneración o la prestación económica del permiso parental”.

⁶⁴ La misma modificación se introducía con la Ley de Familias en art. 89.4 EBEP, pero con la diferencia de que en este precepto se matizaba que la pareja de hecho debía estar registrada en un registro público. La misma previsión aparecía también en el apartado tres del mencionado precepto respecto de la excedencia voluntaria por agrupación familiar. El RD 5/2023, de nuevo, peca de falta de ambición con respecto a la *non nata* Ley de Familias.

⁶⁵ Se dejaba tan sólo como posibles sujetos causantes a los familiares consanguíneos y, para evitar ciertas situaciones límite, se introducía, como en las reducciones de jornada, una previsión adicional por la que, en

se ha introducido, en este punto también, ese brindis al sol que supone la inclusión de la fórmula “En el ejercicio de este derecho se tendrá en cuenta el fomento de la corresponsabilidad entre mujeres y hombres y, asimismo, evitar la perpetuación de roles y estereotipos de género”.

Por lo demás y al igual que ocurre con el ejercicio de otros derechos conciliatorios y a lo dicho se remite, se impone la obligación al empresario, en el caso de que pretenda limitar su ejercicio simultáneo por dos personas que trabajen en su organización a basar su decisión en razones “fundadas y objetivas de funcionamiento de la empresa”, 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”.

En otro orden de ideas, y en el apartado del “debe”, bien podría haberse aprovechado la oportunidad que ofrecía la aprobación del RD 5/2023 para salvar o corregir ciertas deficiencias técnicas o lagunas en el régimen jurídico de las excedencias, porque, en esta materia, aún queda mucho por hacer. Por lo pronto, ha decaído la modificación que aparecía en la Ley de Familias y que beneficiaba a ciertas familias monoparentales: el aumento del período de reserva de puesto de trabajo. En tanto que la mencionada norma abogaba por eliminar el término de “familia numerosa” y sustituirlo por “familias con mayores necesidades de apoyo a la crianza o equiparadas”, en el que quedaban catalogadas, precisamente, las familias monoparentales con dos o más hijos, no ha quedado plasmada en el texto normativo la posibilidad de que la mayor carga en la crianza que se observa en este tipo de familias quedase, de alguna forma, recompensada con un mayor tiempo de reserva de puesto de acogerse el progenitor solo a la excedencia. Esto, de alguna manera y con ocasión de una futura modificación legislativa, habría de tenerse en cuenta por quien legisla para ir creando un cuerpo normativo que tenga en cuenta las singularidades de este tipo de familias, también necesitadas de protección, al igual que las numerosas o las tradicionales. Anudado a ello, también sería necesaria una modificación de la última coetilla del último párrafo del art. 46.3 ET que indica que “cuando la persona ejerza este derecho con la misma duración y régimen que el otro progenitor, la reserva de puesto de trabajo se extenderá hasta un máximo de dieciocho meses”. Se entiende el sentido de esta previsión, que es avanzar hacia la corresponsabilidad, como ocurría con el permiso para el cuidado del lactante, pero no tiene en cuenta la realidad de las familias con un único progenitor, con todo lo que ello implica.

También debe plantearse en algún momento ya que ahora no se ha hecho la reunificación de la duración de ambas excedencias, la de cuidado de hijos y de familiares, pues las mismas necesidades conciliatorias se tienen tanto cuando se ejercita la primera para cuidar a los hijos, como cuando se ejercita la segunda para hacerse cargo, fundamentalmente, del cuidado de personas mayores que no pueden valerse por sí

determinados supuestos, la persona trabajadora también podía acogerse esta excedencia cuando se tratase de cuidar a familiares por afinidad.

mismas. La oportunidad se ha dejado pasar, siendo, a mi modo de ver, totalmente incoherente que se mantengan lapsos temporales distintos que en absoluto encuentran justificación plausible o base normativa alguna, máxime si se piensa que el paulatino y progresivo envejecimiento de la población requiere, desde ya, que se pongan en marcha medidas para hacer frente a la importante tarea de cuidados que afrontan y cada vez van a afrontar más un mayor número de familias.⁶⁶ De igual modo, el hecho de que en la excedencia por cuidado de familiares se contemple que la negociación colectiva pueda establecer una duración mayor de dos años, arroja una serie de dudas al respecto: ¿esa duración mayor puede ser establecida sin límite alguno por los negociadores sociales o deben, por ejemplo, limitarse a, si acaso, ampliarla un año más para equipararla a la duración de la excedencia por cuidado de hijos? Y si la duración se amplía convencionalmente, ¿los derechos que lleva aparejados legalmente esta excedencia han de prolongarse durante todo el periodo de más o eso queda a la voluntad, de nuevo, de los negociadores sociales? Al límite, ¿por qué se contempla esta previsión cuando se regula la excedencia por cuidado de familiares y no cuando se regula la excedencia por cuidado de hijos? ¿Acaso porque es algo inocuo por cuanto es comúnmente admitido que la duración de ambas excedencias (y, por extensión, su régimen jurídico) conforman un suelo mínimo que el convenio puede mejorar?

Ciertamente, parece lógico responder negativamente a la primera pregunta. El convenio no tendría por qué limitarse a conceder simplemente un año más, pudiendo negociarse la prolongación del modo en que se estimara conveniente en tanto que no existe legalmente una previsión en este punto restrictiva o limitativa alguna. En cuanto a la segunda pregunta, parece claro, a mi modo de ver, que el convenio no debería entrar en la regulación de los derechos que legalmente se confieren (a menos, desde luego, que los mejorara), puesto que la habilitación legal se refiere sólo a la duración de la excedencia, no a su estructura o configuración a nivel de garantías. Conclusión ésta última que se vería reforzada, además, por la redacción del cuarto párrafo del art. 46.3 ET que señala que la persona trabajadora que “permanezca en situación de excedencia conforme a lo establecido en este artículo” dispondrá de una serie de derechos y habría que entender que ello con independencia de que, vía convenio, se produzca un incremento del lapso legal. Por lo que atañe a la tercera pregunta, no encuentra lógica respuesta más allá de la indicada. Lo que es tanto como decir que o bien quien legisla acomete una reforma del precepto que concrete las posibilidades regulatorias del convenio por lo que se refiere a la excedencia por cuidado de familiares o bien, simple y llanamente, elimina la frase “salvo que se establezca una duración mayor por negociación colectiva” en tanto que nada aporta por superflua.

⁶⁶ La Directiva 2019/1158 también contempla, desde la perspectiva de género, esta idea al matizar que “un factor importante que contribuye a la infrarrepresentación de las mujeres en el mercado de trabajo es la dificultad para conciliar las obligaciones laborales y familiares. Las mujeres, cuando tienen hijos, se ven obligadas a trabajar menos horas en empleos retribuidos y a pasar más tiempo ocupándose de responsabilidades en el cuidado de familiares por las que no reciben remuneración. Se ha demostrado que tener un familiar enfermo o dependiente también repercute negativamente en el empleo femenino, con el resultado de que algunas mujeres abandonan por completo el mercado de trabajo”.

Otra disfunción que se detecta y que tampoco ha sido corregida hasta el momento atañe a la excedencia por cuidado de hijos. Porque, si se fija, esta excedencia nunca podrá ejercitarse, como indica la norma, desde el nacimiento del hijo o desde la resolución judicial o administrativa que constituya la adopción o el acogimiento⁶⁷, pues el previo disfrute de la suspensión por nacimiento de hijo lo impediría. Piénsese que, si las seis semanas posteriores al parto o a la mencionada resolución deben disfrutarse obligatoriamente por ambos progenitores, es más que evidente que, en ese momento, éstos no pueden hacer uso de la excedencia prevista en el art. 46.3 ET y ello aunque, muy discutiblemente, ya se esté devengando el derecho para concluir a los tres años de vida del menor. La problemática se acentúa si tenemos en cuenta que, desde la reformulación de la suspensión por nacimiento de hijo realizada por el RD-Ley 6/2019, de 1 de marzo, los progenitores, sean biológicos o adoptantes o acogedores, pueden decidir que el disfrute de las diez semanas restantes se realice en períodos semanales acumulados o interrumpidos hasta que el menor cumpla los doce meses si es biológico o, en caso contrario, dentro de los doce meses siguientes a la resolución judicial o administrativa por la que se constituya la adopción o el acogimiento. Resulta meridiano entonces que si los progenitores toman esta decisión, la duración de la excedencia por cuidado de hijos disminuye de modo considerable, de tres años sobre el papel a dos en la práctica, y esto es algo que razonablemente, si quiera sea por la debida coherencia interna entre los preceptos de una misma norma, resulta reprochable. Bien es verdad que quien legisla perdió la oportunidad de corregir esta disfunción cuando aprobó el Real Decreto más arriba mencionado, pero es que tampoco ha aprovechado la que le ofrece la aprobación del RD 5/2023 para hacerlo. No obstante, no estaría de más que en reformas venideras se articulara, de una vez por todas, la correspondiente corrección en el texto del art. 46.3 ET para que, concluida la suspensión por nacimiento de hijo, pudieran comenzar, si así se deseara, los tres años de excedencia por cuidado de ese menor.

Al hilo de lo anterior, la pregunta que plantea la duración de la excedencia por cuidado de hijos es cuál debe ser la menor edad protegida por la norma. Ya se ha visto que, cuando se trata del cuidado de un hijo biológico, la cuestión se resuelve muy fácilmente, pues la expresión “a contar desde la fecha de nacimiento” pone de manifiesto que la edad tope del hijo biológico son los tres años. Más allá de esa edad, no podría solicitarse este tipo de excedencia. Ello no obstante, tal límite temporal no jugaría cuando se tratase de un menor adoptado o acogido pues aquí el *dies a quo* se fija en la fecha de la resolución judicial o administrativa y ésta no tiene por qué coincidir con el hecho del nacimiento. La edad del menor en este supuesto no va, entonces, a importar, por lo que el cuidado del menor mayor de tres años adoptado o acogido podría generar la solicitud de la excedencia por parte de sus padres o tutores.

⁶⁷ Concretamente, señala la norma que la excedencia podrá solicitarse “para atender al cuidado de cada hijo tanto cuando lo sea por naturaleza, como por adopción, o en los supuestos de guarda con fines de adopción o acogimiento permanente”. Es criticable, como así se ha señalado reiteradamente por la doctrina, que quien se haya olvidado de otros tipos de acogimiento más allá del permanente, habida cuenta de que, por ejemplo, el acogimiento familiar temporal puede llegar a tener una duración de dos años (art. 173.bis.b Código Civil) y los mismos intereses de protección, cuidado del menor y conciliatorios existen.

Siendo este el panorama que perfila la norma, cabe preguntarse, de un lado, hasta qué edad del hijo adoptado o acogido se podría solicitar la excedencia y, de otro, si el hijo biológico menor, pero mayor de tres años puede generar derecho a excedencia, aunque fuera la de cuidado de familiares. Y, por lo que respecta a la primera cuestión, dos son las soluciones por las que podría abogarse. Primera, entender que no existe límite de edad alguno, por lo que cualquier persona adoptada o acogida antes de llegar a su mayoría de edad podría generar derecho a la excedencia. Segunda, entender que la excedencia por cuidado de hijos en estos supuestos también está topada por razón de la edad del sujeto causante, lo que nos llevaría a otra cuestión, que es la de la determinación de esa edad.

A mi entender, cabe desechar la primera opción interpretativa porque, siquiera sea por mínimas razones de coherencia sistemática, no puede pretenderse que la excedencia por cuidado del hijo biológico venga topada por la edad de aquél y no cuando se trate de una excedencia por cuidado de hijo adoptado o acogido. Idénticas razones de cuidado y protección, conciliatorias incluso, existen cuando se trata de un hijo biológico que cuando se trata de un hijo adoptado o acogido. Que con estos últimos exista, además, otro condicionante, puede admitirse, pero ello no debería servir para abogar por una interpretación de la norma por la que resulte indiferente aquí la edad del menor. La cuestión estriba ahora en determinar cuál sea la edad tope del menor. Y aquí, a mi modo de ver, deben conjugarse las previsiones de otros preceptos estatutarios, señaladamente el nuevo permiso parental y los supuestos de reducción de jornada por guarda legal y adaptaciones por razón de conciliación. El permiso parental ya se ha visto que fija la edad tope a los ocho años en coherencia con lo que dispone la Directiva 2019/1158. La reducción de jornada por guarda legal, por su parte, la fija en los doce años y, en cuanto al derecho a la adaptación de jornada por razones de conciliación, si bien ahora existe la posibilidad de que, justificadamente, se pueda solicitar más allá de los doce años, lo cierto es que la regla general sigue siendo los doce años de vida del menor. Pues bien, tanto por razones de coordinación entre normas estatutarias con misma finalidad como por una mejor protección del bien jurídico tutelado por la institución de la excedencia como, en fin, por evitar el solapamiento entre el nuevo permiso parental y la excedencia (que a lo que más que conduciría es a vaciar de contenido a alguno de estos derechos), entiendo que la edad tope del menor adoptado o acogido debería fijarse en los doce años. El asunto, no obstante, es que llevar a sus últimas consecuencias este planteamiento implica admitir que, cuando el hijo es biológico, los tres de edad del menor se antojan ciertamente escasos. Por ello, a mi modo de ver, desde la similitud que anuda ambos supuestos, la edad tope de los doce años es la que también habría de mantenerse cuando de la excedencia por hijo biológico se trata, de tal modo que los tres años de excedencia no deberían contarse desde la fecha del nacimiento del hijo, sino, más bien, desde que se cursara la solicitud al empresario. Lo contrario resultaría un contrasentido ya que los mismos intereses están en juego cuando el menor es hijo biológico que cuando es adoptado o acogido. Por ello, entiendo que una futura modificación normativa del texto del art. 46.3 ET debería entrar en esta cuestión y fijar los doce años del menor como límite

máximo para solicitar la excedencia y ello con independencia de la naturaleza del vínculo de filiación que se haya constituido.

Ligado a lo anterior, cabe plantearse también si podría plantearse en algún momento la posibilidad de que el hijo biológico menor, pero mayor de tres años pudiera ser tutelado por este tipo de excedencia. Si se aboga por la reformulación que antecede de la norma, no cabe duda de que este supuesto también quedaría englobado en el ámbito de protección normativa. No obstante, hasta que ello no ocurra, la interpretación literal del precepto impide solicitar una excedencia por cuidado de hijos para atender al menor mayor de tres años. Cerrada esa vía, cabe preguntarse si sería posible abogar por una interpretación según la cual el cuidado de ese menor quedase amparado por la vía de la excedencia por cuidado de familiares. Recuértese, a estos efectos, lo que predispone el párrafo segundo del art. 46.3 ET: “También tendrán derecho a un periodo de excedencia, de duración no superior a dos años, salvo que se establezca una duración mayor por negociación colectiva, los trabajadores para atender al cuidado de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad no pueda valerse por sí mismo, y no desempeñe actividad retribuida”.

La letra de la norma, ciertamente, deja margen a la interpretación. Porque si se parte de la base de que el supuesto de hecho de esta excedencia es la asistencia a personas necesitadas de atención, no puede más que concluirse que un menor mayor de tres años es un familiar que, por razón de su edad, no puede valerse por sí mismo y requiere de la vigilancia y cuidado de otra persona. Desde esta perspectiva, obsérvese, además, que excedencia por cuidado de hijos y excedencia por cuidado de familiares podrían disfrutarse sucesivamente, pues, cuando concluyera la primera, nada impediría a los progenitores solicitar la segunda para continuar con la atención del menor.

Esta sería una interpretación. La segunda supondría entender, en consonancia con la Exposición de Motivos de la norma que la introdujo⁶⁸, que la excedencia por razones familiares está pensada básicamente para familiares mayores y enfermos, que no pueden valerse por sí mismos ni desempeñan actividad retribuida alguna. El cuidado del hijo menor pero mayor de tres años sólo tendría cabida aquí si estuviera enfermo, accidentado o discapacitado. Pero, no siendo el caso, su atención a través de la excedencia debe entenderse regulada por el párrafo primero del art. 46.3 ET. Desde luego, una interpretación lógica de la norma, que busque los motivos de quien legisla para instaurar este tipo de excedencia, implica sostener que la segunda de las opciones aquí planteadas es la correcta. Lo que supone afirmar la separación jurídica entre las dos excedencias, pues una y otra tendrían una finalidad clara (una para el cuidado de hijos, otra para familiares dependientes por razón de edad, enfermedad o accidente) y resultarían recíprocamente excluyentes.⁶⁹ Ello no obstante, y a mi modo de ver, la finalidad de la

⁶⁸ Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras.

⁶⁹ Como confirman, entre otras, las STS de 5 de febrero de 2021 (Rec. n.º 2102/2018) y SSTS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 18 de junio (Rec. n.º 218/2017) y de 4 de mayo de 2018 (Rec. n.º 133/2017) y de 2 de octubre de 2017 (Rec. n.º 186/2017).

institución, de la excedencia en su conjunto, y la mejor tutela del bien jurídico protegido conducen a pensar que debe trascenderse de esa interpretación lógica para afirmar sin ambages que la menor edad de los hijos hasta el momento en que éstos puedan ser autosuficientes puede protegerse también a través de la excedencia por cuidado de familiares. A mayor abundamiento, incluso esta opción debe mantenerse por propia reducción al absurdo: exigir la condición invalidante de enfermedad, accidente o discapacidad para la concesión de excedencia para el cuidado de ese hijo sería incoherente, pues supondría, en una interpretación *a sensu contrario*, que, no existiendo tal enfermedad, el menor podría valerse por sí mismo, cuando es evidente que no tendría esa capacidad y autonomía precisamente por su edad.

Por lo demás, otros problemas se quedan sin resolver. Por ejemplo, si el disfrute fraccionado de la excedencia puede sobrepasar de algún modo los lapsos temporales fijados por el precepto estatutario⁷⁰, cómo debe operar la reserva de puesto en caso de una sucesión de excedencias especialmente si ha transcurrido ya el primer año⁷¹, si debe espaciarse una excedencia y la sucesiva, es decir, si debe mediar un determinado lapso temporal entre una y otra⁷² o si es coherente que se no se revisen las circunstancias que deben concurrir en el familiar para tener derecho a una excedencia (no poder valerse por sí mismo y no desempeñar actividad retribuida) cuando se está dejando sin protección otros supuestos que también la merecerían.⁷³ Queda pendiente, pues, acometer una

⁷⁰ En la excedencia por cuidado de hijos, la respuesta se antoja negativa por cuanto los tres años son “a contar desde la fecha de nacimiento o, en su caso, de la resolución judicial o administrativa”. Si los tres años comienzan a computarse desde esos puntuales momentos, habrá que convenir que el fraccionamiento debe producirse dentro de ese período y no ir más allá. Más dudas se plantean en el caso de la excedencia por cuidado de familiares en tanto que no existe ninguna previsión limitativa semejante a la que se prevé en la excedencia para el cuidado de hijos. A mi modo de ver, parece coherente con el establecimiento por parte del legislador de duraciones máximas que la excedencia por cuidado de familiares se pueda disfrutar en períodos sucesivos, pero siempre dentro de los dos años de duración a contar, eso sí, desde la petición inicial. No obstante y con todo, una interpretación literal de la norma, en la que ninguna referencia se realiza al *dies a quo* ni al *dies ad quem*, implicaría apostar por un razonamiento distinto. Por ello, no estaría de más, de nuevo, que se despejara también esta controversia en futuras reformas del precepto estatutario.

⁷¹ Se abren aquí dos opciones interpretativas. O bien considerar que con la nueva excedencia se reabre de nuevo la posibilidad de generar la reserva del concreto puesto de trabajo ocupado cuando se inició la excedencia. O, por el contrario, entender que la persona trabajadora ya no tendría a su favor esa opción, porque la única que le quedaría, la que no habría agotado aún, sería la reserva a otro puesto de la empresa. Pues bien, a mi entender, únicamente en el caso de que el puesto de trabajo no hubiese sido aún ocupado por otro trabajador, podría sostenerse la interpretación según la cual a la nueva excedencia ha de anudarse la garantía de reserva del concreto puesto de trabajo durante el primer año. No obstante, si ya estuviese ocupado, ninguna norma, ninguna base legal existiría, para desplazar al nuevo empleado, por lo que, en estos casos, habrá que considerar que el excedente lo único a lo que tendría derecho es a la reserva de otro puesto de trabajo en la empresa, eso sí, dentro de su grupo profesional o categoría.

⁷² El silencio aquí creo que debe interpretarse de forma negativa, en tanto que si quien legisla hubiera querido instaurar un período de espera, así lo hubiera hecho, tal y como acontece con la excedencia voluntaria y los cuatro años que deben mediar desde el final de la anterior excedencia voluntaria. Además, ciertamente no casa con la finalidad de estas excedencias que exista tal período cuando lo que se pretende es facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral y la atención a concretas necesidades familiares que se producen en un muy concreto momento y no en otro.

⁷³ Podría pensarse en personas discapacitadas que reclaman asistencia de sus familiares para integrarse en el mundo laboral porque de facto no están impedidos para ello o en las personas dependientes de grado moderado que pueden valerse por sí mismas, pero necesitan ayuda de sus familiares para ciertos actos cotidianos de su vida ordinaria. Al respecto, MOLERO MARAÑÓN, M^aL.: “Los desafíos de una genuina

revisión integral del art. 46.3 ET en tanto que quien legisla no ha considerado aún conveniente variar el régimen de las excedencias para dar respuesta a las múltiples preguntas que surgen de su regulación.

10. La modificación introducida en el régimen de la suspensión del contrato por nacimiento de hijo y por adopción o acogimiento.

En materia de suspensión del contrato por nacimiento de hijo, el texto del art. 48.4 ET, a salvo de una modificación puntual, queda prácticamente igual, con lo que ello tiene de positivo y de negativo. Así, por un lado, parece que existe la convicción de que el régimen de esta suspensión, en la estructura que le otorga el RD-Ley 6/2019, de 1 de marzo, funciona, alcanza el objetivo que pretende y, por ello, no resulta necesario reformar su esencia. Por otro lado, sin embargo, se podría haber aprovechado la oportunidad que el RD 5/2023 ofrece para despejar ciertas dudas interpretativas que arroja el redactado estatutario. Pero, vayamos por partes.

Por lo que atañe a la modificación que se acomete, ésta se introduce en el texto del art. 48.6 ET y afecta a las familias monoparentales. Como es conocido, tradicionalmente las dieciséis semanas de suspensión se venían ampliando en dos semanas más en caso de discapacidad del hijo o de parto múltiple. Pero el RD-Ley 6/2019 incorporó una matización: que esas dos semanas se distribuyeran entre cada progenitor, de tal forma que una sería para la madre biológica y la otra para el progenitor distinto de la madre biológica. Pues bien, no hace falta agotar muchos argumentos para sostener que era ésta una previsión que favorecía un único modelo de familia, el biparental, en el que ambos progenitores pueden asumir el cuidado del menor, y que excluía o, al menos, no parecía tener en cuenta la existencia de hogares con un único cabeza de familia que asume él solo la responsabilidad en el cuidado del hijo. La retirada en estos supuestos de una semana más de suspensión no tenía justificación objetiva y razonable posible porque, sencillamente, no podía entenderse el motivo por el que, en supuestos en los que, como ya se ha insistido, la carga de la crianza es mayor, debía el padre o la madre titular de un hogar monoparental disfrutar de una única semana de más por encima de su período de suspensión. Afortunadamente, la redacción de la norma fue rectificada por criterio técnico del INSS⁷⁴ en el sentido de conceder las dos semanas de más cuando existiera la suspensión de un único contrato de trabajo, la del único progenitor existente, dejando sin efecto, en estos casos, el inciso que introduce el reparto entre los dos progenitores. Felizmente, esta solución se ha incorporado al texto del RD 5/2023 y ahora el redactado del apartado seis del art. 48 ET matiza que, en caso de existir una única persona progenitora, ésta podrá disfrutar de la ampliación de dos semanas adicionales.

Y hasta aquí los cambios introducidos en la suspensión por nacimiento de hijo. No se hace alusión ni a la modificación contemplada en la Ley de Familias que operaba sobre la opción que se le concede a la madre biológica de adelantar el disfrute de la suspensión

conciliación de la vida profesional y familiar en la sociedad española del siglo XXI”, *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, n.º extra 1, 2019, pág. 165.

⁷⁴ Criterio de gestión 16/2019, de 31 de julio de 2019.

hasta cuatro semanas (de las diez de disfrute potestativo) antes de la fecha previsible del parto y que implicaba que la “persona progenitora distinta de la madre biológica” pudiera adelantar el disfrute de la suspensión hasta un máximo de “diez días antes” de la fecha previsible del parto⁷⁵, ni a otros asuntos que la reforma deja sin aclarar o que, simplemente, prefiere no entrar en ellos. Señaladamente me estoy refiriendo a tres cuestiones.

En primer lugar, la cuestión del ejercicio potestativo de las diez semanas posteriores a las seis tras el parto. No hay que agotar muchos argumentos para sostener que ofrecer la opción de escoger si se desea o no disfrutar de esas semanas, puede dificultar, a la postre, que se alcance la tan ansiada meta de la corresponsabilidad. A ello se une, asimismo, el hecho de que el disfrute potestativo y además fraccionado de esas diez semanas puede colisionar frontalmente con lo dispuesto en la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia. Si se recuerda, el art. 8.1 de esta norma dispone que “los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para que las trabajadoras a que se refiere el artículo 2 disfruten de un permiso de maternidad de como mínimo catorce semanas ininterrumpidas, distribuidas antes y/o después del parto, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales”. Pues bien, siendo ello así, parece del todo punto razonable pensar que la norma española entra en contradicción con la europea, a no ser que se defienda que quien legisla no pretende obstaculizar el disfrute ininterrumpido, sino conceder una posibilidad adicional más a los progenitores que podrán escoger entre una y otra opción. A mi modo de ver, y a pesar de la loable finalidad que inspira a la previsión española, lo cierto es que la contradicción existe; una contradicción, además, que puede provocar un efecto del todo punto indeseable: que la trabajadora madre (pero también el otro progenitor) se vea obligada a reincorporarse antes a la empresa y a disfrutar de la suspensión en un momento posterior, justamente en las semanas que resulten más

⁷⁵ También decaen ciertas modificaciones que se introducían en el régimen de la suspensión por nacimiento de hijo en el marco del EBEP. De esta forma, se modificaba el primer párrafo de la letra a) del art. 49 para introducir la previsión de que las seis semanas posteriores al parto debían ser disfrutadas a jornada completa y para matizar que, en caso de nacimiento de hijo discapacitado o de parto múltiple, las personas progenitoras solas podrían hacer uso de forma completa de las dos semanas de ampliación de la suspensión. De igual modo, se aprovechaba para eliminar la previsión de que, en caso de fallecimiento de la madre, el otro progenitor podía hacer uso de la totalidad o de la parte que le restase de la suspensión. Se alteraba también el párrafo tercero de la letra a) del art. 49 para acercar su redacción a la del Estatuto de los Trabajadores y se reformaba en el caso de la suspensión por adopción o acogimiento el párrafo cuatro del art. 49.b) EBEP para matizar que, en los supuestos de adopción internacional, “se ajustará el cómputo de la duración del permiso para que se inicie tomando como referencia el momento en que llega la persona menor de edad al hogar familiar, acreditado por la entidad pública o entidad sin ánimo de lucro acreditada e inscrita en el registro correspondiente para realizar la función de intermediación en la adopción internacional, si resulta más favorable que el momento de la resolución por la que se constituye la adopción”. Era ésta una previsión totalmente propicia para los intereses de los progenitores que se encontrasen en esta situación en tanto que les otorgaba una mayor seguridad jurídica en el disfrute del derecho y que resolvía los múltiples problemas aplicativos que ocasiona el inicio adelantado en cuatro semanas de esta particular suspensión.

convenientes para la empresa.⁷⁶ Por lo demás, en fin, y ya puestos a admitir un disfrute fraccionado, debería tenerse en cuenta, como ya se comentó, la coherencia de esta previsión con la configuración propia de la excedencia por cuidado de hijos, ya que el posible disfrute de esas diez semanas restantes hasta que el menor cumpla los doce meses de edad menguará, *de facto*, el tiempo de duración de aquella.

En segundo lugar, se podría explorar la posibilidad, reclamada doctrinalmente⁷⁷, de configurar el disfrute a tiempo parcial de la suspensión de diez semanas como un auténtico derecho de la persona trabajadora, sin necesidad de que su disfrute dependa de una negociación (siempre difícil) con la empresa. La norma, en este punto, queda intacta por el RD 5/2023 y seguirá siendo necesario que exista un previo acuerdo entre las partes para decidir el modo de ejercicio, si a tiempo completo o a tiempo parcial, del período de las diez semanas.

En tercer lugar y por último, no puede concluirse este apartado sin hacer una referencia a la situación de las familias monoparentales⁷⁸ y su reivindicación de sumar a su período de suspensión el que le correspondería al otro progenitor si lo hubiera, habida cuenta de la importante y reciente STS de 169/2023, de 2 de marzo (Rec. n.º 3972/2020). Creo que se puede decir ya abiertamente que, de modo consciente, no se ha querido entrar en el debate sobre si las familias monoparentales deben o no disponer de igual tiempo de suspensión (y de prestación) que las familias tradicionales o biparentales. Al respecto y como se sabe, existe una complicada controversia sobre este tema. Pionera, en este sentido, fue la STSJ del País Vasco de 6 de octubre de 2020 (Rec. n.º 941/2020) que reconoció a una progenitora sola la suspensión y la prestación por nacimiento y cuidado de hijo que le hubiera correspondido al otro progenitor. Por dos motivos. Primero, por el interés superior del menor, principio reconocido en la Convención sobre los Derechos del Niño que implica un mandato dirigido a las instituciones públicas y a los tribunales para tener en cuenta el bienestar del niño y la prevención de situaciones de vulnerabilidad. Segundo, por la proscripción de toda discriminación por razón de filiación y sexo. De un lado, porque el menor nacido en una familia monoparental disfruta de un menor tiempo de cuidado que el nacido en una biparental, lo que puede suponer la introducción de un factor discriminatorio hacia ese menor por su condición o por el estado civil o situación de su progenitor. De otro, porque resulta que son las mujeres las que más conforman hogares monoparentales. Y si esto es un dato incontestable, una legislación que no reconoce el exceso en la carga de la crianza que conlleva para el progenitor solo hacerse cargo del hijo termina perjudicando, aunque indirectamente, a la mujer: si ésta opta por

⁷⁶ Por todos, BALLESTER PASTOR, M^a.I.: “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”, *Femeris*, vol. 4, n.º 2, págs. 28 y 29.

⁷⁷ Entre otros, MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA, R.: “Un paso más hacia la corresponsabilidad real: la suspensión del contrato de trabajo por nacimiento de hijo o hija, por adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento tras el Real Decreto-Ley 6/2019”, *Revista de Derecho social y empresa*, n.º 12, 2020, pág. 19.

⁷⁸ Sobre el tema y entre otros, BLASCO JOVER, C.: “La necesidad de adaptar ciertos derechos ...”, *op.cit.*, págs. 122-146.

la monoparentalidad, se encuentra con que el mayor tiempo de cuidado que debe prestar al menor (que, a su vez, desgasta su carrera profesional) no es tenido en cuenta por unas normas que priorizan un determinado modelo de familia, el biparental, con dos progenitores al frente que pueden sumar sus períodos de suspensión y sus prestaciones.

Este planteamiento fue acogido por algunas resoluciones posteriores⁷⁹, mientras que otras lo rechazaron por contravenir las finalidades para las que están previstas las suspensiones y las prestaciones por nacimiento de hijo de uno y de otro progenitor.⁸⁰ Pues bien, el debate ha quedado zanjado en fechas recientes, como se decía, por la STS 169/2023, de 2 de marzo (Rec. n.º 3972/2020), dictada en Pleno y con el voto discrepante de dos magistrados, que ha resuelto anular y casar la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de País Vasco antes mencionada y, con ello, denegar el reconocimiento de una doble prestación.

El argumento principal tiene una lógica jurídica impecable: corresponde a quien legisla – no a los jueces y Tribunales– modificar el régimen de la suspensión contractual y el régimen prestacional y más si ello puede “potencialmente afectar a la economía del sistema contributivo de protección social”. Los argumentos, muy resumidamente, son los siguientes: 1º) El interés superior del menor debe cohonestarse con la corresponsabilidad en el cuidado del hijo, principio éste que favorece la igualdad entre sexos. Anudado a ello, se estima que no existe discriminación hacia la mujer, sino un “eventual déficit de protección concreto querido y consentido por el legislador” para fomentar la mencionada corresponsabilidad; 2º) No existe un “teórico derecho del menor de las familias monoparentales a ser cuidado en condiciones de igualdad con respecto a las biparentales”; 3) No existe ninguna norma europea o internacional que obligue “a establecer un concreto o específico nivel de protección social de las familias monoparentales” o a “interpretar una regulación estatal homologada con las previsiones” de ciertas Directivas y normas internacionales; 4º) La prestación del progenitor “precisa como condición inexcusable su encuadramiento y alta en la Seguridad Social y cubrir un período mínimo de carencia y, en caso contrario, no se le concede”. Por ello, puede que las familias biparentales también disfruten de una única prestación; 5º) La alteración de la configuración de la prestación implicaría la creación de un derecho nuevo, tarea que incumbe a quien legisla. Además, la modificación del régimen de la suspensión afectaría al empresario “que se vería obligado a soportar una duración mayor (...), lo que le afectaría en sus previsiones de sustitución o de reorganización de la empresa y que (...) no le eximiría del cumplimiento de las obligaciones de cotización”.

La sentencia, como se decía, tiene un voto particular en el que se aboga por otorgar la protección reforzada a las familias monoparentales en tanto que no parece existir razón en no acometer una interpretación integradora de las normas en liza que tenga en cuenta tanto el interés superior del menor como la perspectiva de género. Máxime cuando ello

⁷⁹ Por citar algunas, SSJS n.º 16 Valencia 10 mayo 2021 (n.º 168/2021), n.º 3 Ourense 24 marzo 2021 (n.º 236/2021), n.º 1 Ibiza 30 agosto 2021 (n.º 378/2021) y n.º 1 Zamora 1 julio 2021 (n.º 166/2021).

⁸⁰ Así, STSJ Comunidad Valenciana, Sala de lo Social, de 30 de noviembre de 2021 (Rec. n.º 2089/2021).

se ha hecho en anteriores ocasiones aplicando normas a supuestos no contemplados inicialmente, “integrando insuficiencias protectoras y sentando criterios que luego son reconocidos por el legislador”.

El tema es controvertido y en él no parece existir término medio. El favor por tener en cuenta la literalidad de las normas en liza y la distinta finalidad a la que sirven el período de suspensión/prestación que disfruta la madre y el período de suspensión/prestación que disfruta el otro progenitor parte de un razonamiento al que, en abstracto, no se le puede objetar jurídicamente nada: no es tarea del juzgador legislar. Y, bajo esta perspectiva, se entiende el modo de zanjar el asunto. Además, se acierta cuando se explica que no existe discriminación por razón de género. Y es que, a pesar de que son las mujeres las que predominantemente encabezan las familias monoparentales, no puede derivarse de ahí que planee sobre los arts. 177 y siguientes LGSS y sobre el art. 48.4 y 5 ET la sombra de la discriminación indirecta por razón de sexo. No lo creo porque, en su mayoría, las mujeres, el colectivo en general, no opta por la monoparentalidad, por lo que entiendo que no estaría plenamente justificado extraer de las normas una discriminación de este tipo cuando sólo a un grupo de mujeres les afectaría negativamente. Si acaso, podría decirse que sobre este grupo pesa una discriminación múltiple, por ser mujer y cabeza de un hogar monoparental, pero sería rozar la hipérbole entender que en los preceptos citados existe una discriminación indirecta por razón de género.

Con todo, el diseño de la suspensión y de la prestación propicia, efectivamente, una fractura del principio de igualdad y no discriminación y ello habida cuenta de la diferenciación que, indirectamente, se realiza entre familias biparentales y monoparentales. No existe motivo alguno que la justifique, ni siquiera la libertad que cada cual tiene para elegir formar una familia en pareja o estando solo o las dificultades presupuestarias del sistema. La monoparentalidad, por la mayor carga en la crianza que recae sobre un único progenitor que dispone de unos únicos ingresos, es una situación jurídica distinta, de mayor vulnerabilidad y en absoluto comparable a la biparentalidad, que necesita de un trato desigual fundado en razones objetivas.

No contemplar esta realidad supone, a mi modo de ver, introducir un factor discriminatorio hacia este tipo de hogares. Indudablemente, la labor de quien legisla es fundamental, pues ha de determinar las condiciones de disfrute de la suspensión y de acceso a la prestación para adaptarlas a las necesidades del momento, por lo que el trato diferenciado que supone que el progenitor solo tenga derecho a una suspensión/prestación distinta (doble o no)⁸¹ por nacimiento de hijo reclama una regulación que así lo establezca

⁸¹ No se desconoce que conceder treinta y dos semanas al progenitor en estos casos conlleva un riesgo. Un riesgo, además, con un evidente sesgo de género al ser las mujeres las que en mayor medida ostentan la jefatura del hogar monoparental. Y ese riesgo no es otro que el de la penalización laboral que supone alejarse del mercado laboral durante un período tan dilatado de tiempo. Por ello, entiendo que tal vez podría plantearse la concesión de menos semanas sin llegar a las treinta y dos o, si acaso, complementar esa reforma que se hiciera en el período suspensivo en estos casos con otra u otras a partir de las cuales el progenitor solo pudiera delegar en otra persona el cuidado del menor. En este sentido, podría pensarse en habilitar legislativamente la opción de que el derecho a la suspensión por nacimiento de hijo (o adopción o acogimiento) del otro progenitor lo pudiese disfrutar, si reúne las condiciones para ello, la persona que

explícitamente. La Ley de Familias y ahora el RD 5/2023 propiciaban el marco adecuado para reflexionar sobre el tema y para acometer una reforma de los derechos conciliatorios y prestacionales que tuviera en cuenta las especiales circunstancias de las familias monoparentales y la necesidad que tiene el progenitor solo de un apoyo adicional en el cuidado proporcionado por otros familiares o convivientes, pero, en este punto, como en otros, habrá que seguir esperando.

III. Un apunte final.

Tras lo explicado, queda la sensación de que el RD 5/2023 supone, bien es verdad, un avance en la materia al lograrse con él transponer, aunque no en su totalidad, la Directiva europea 2019/1158. En este punto, nada que objetar, pues la materia requiere de actuaciones contundentes que equilibren los intereses en juego y pongan en el sitio que les corresponde el tema de la igualdad, la conciliación y los cuidados a las personas cercanas a la esfera íntima del trabajador. Porque quien ha pasado por ahí, quien ha padecido ciertas circunstancias o quien ha tenido determinadas vivencias sabe perfectamente, más allá de lo que indique cualquier análisis que desde el campo jurídico se pueda realizar, lo que es la realidad de lo cotidiano y lo difícil que es compaginar, especialmente para las mujeres, el trabajo y la familia.

Ahora bien, esto dicho, también es cierto que el RD 5/2023 peca, primero, en muchos puntos de imprecisión y, segundo, de no ser lo suficientemente ambicioso para acometer una reforma en profundidad de los derechos conciliatorios. Su objetivo es la transposición de la norma europea, cierto; pero deja sin resolver muchas cuestiones, algunas de las cuales bien podrían haberse incluido en el texto reglamentario, y crea nuevos problemas que seguro pronto se judicializarán. A mi modo de ver, y aun conociendo la urgencia que implicaba aquella actuación, la materia no merece que sea incluida casi “de tapadillo” en una norma ómnibus; antes al contrario, merece, como ya se ha tenido ocasión de comentar, de una profunda reflexión y diálogo para acometer modificaciones de carácter estructural, integradas en una norma específica, que atajen de una vez por todas los problemas que se detectan en el ejercicio de los derechos conciliatorios por parte de la doctrina académica y la judicial. Modificaciones, además, que no se acometan sin el oportuno consenso y sin tener en cuenta la realidad de más del noventa por ciento de las empresas españolas, cuya productividad es lo que hace enriquecer al país y sin, por cierto y de modo apuntado la idea, reflexionar sobre el impacto que determinadas medidas (o la ausencia de otras) pueden tener sobre la contratación de las mujeres en edad fértil. Se deben dar pasos, en definitiva, hacia un entorno de trabajo decente para la persona trabajadora y su familia (sea ésta tradicional o no), pero, en el que, al tiempo, no se lastre la competitividad y la solvencia del empresariado español. Responder al reto de la

designe el responsable del hogar monoparental que, por razones de parentesco con el menor, pudiera compartir con aquél la tarea del cuidado y atención del niño. Quedaría garantizada, de esta forma también, la igualdad entre hijos nacidos en el seno de una familia y de otra y, además, no le dificultaría al titular del hogar familiar la vuelta al mercado laboral.

conciliación no es tarea fácil, sin duda, en tanto que las dos partes de la relación laboral tienen, de forma legítima, una distinta vara de medir sus intereses (emocional unos y coste-beneficio, otros); pero hay que buscar y encontrar la vía más adecuada para que la conciliación se perciba, por todos, como un elemento que permita incrementar la competitividad de la empresa sin poner en riesgo su supervivencia a medio plazo. Ya habrá de tiempo de valorar el impacto que han tenido tanto para trabajadores como para empresarios las medidas contenidas en el RD 5/2023. Pero, de momento y mientras tanto, bienvenidas sean, aun con sus luces y con sus sombras.

BIBLIOGRAFÍA

BALLESTER PASTOR, M^a.A.: “La conciliación de responsabilidades: estado de la cuestión a la luz de la propuesta de Directiva de la Comisión Europea de 26 de abril de 2017”, *Lan Harremanak*, n.º 38, 2017-II, págs. 79-85.

BALLESTER PASTOR, M^a.I.: “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”, *Femeris*, vol. 4, n.º 2, págs. 14-38.

BLASCO JOVER, C.: “La necesidad de adaptar ciertos derechos personales y familiares a parejas de hecho y núcleos monoparentales”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, n.º 451, 2020, págs. 109-148.

CASAS BAAMONDE, M^a.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*, n.º 5, 2023

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.

MOLERO MARAÑÓN, M^a L.: “Los desafíos de una genuina conciliación de la vida profesional y familiar en la sociedad española del siglo XXI”, *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, n.º extra 1, 2019, pág. 157-188.

MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA, R.: “Un paso más hacia la corresponsabilidad real: la suspensión del contrato de trabajo por nacimiento de hijo o hija, por adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento tras el Real Decreto-Ley 6/2019”, *Revista de Derecho social y empresa*, n.º 12, 2020, págs. 3-30.

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.º 4, 2021.