

El nuevo permiso parental del art. 48 bis ET

The new parental leave of art. 48 bis ET

VANESA CORDERO GORDILLO

Universidad de Valencia, España

Resumen:

El presente artículo tiene por objeto el estudio del nuevo permiso parental introducido en el art. 48 bis ET, transponiendo así lo dispuesto en la Directiva 2019/1158/UE sobre esta materia. De este modo, en primer lugar, se hace referencia a la evolución de la regulación del permiso parental en el Derecho Comunitario. En segundo lugar, se estudia su regulación en el Derecho interno, analizando, desde una perspectiva crítica, las características del permiso, resaltando sus aspectos positivos y negativos en aras al fomento de la corresponsabilidad, así como los problemas interpretativos que puede suscitar en la práctica. Destaca el hecho de que se haya configurado como un permiso sin remuneración, pese a que la Directiva estipula que debe ser retribuido, al menos en parte, lo cual puede plantear obstáculos para lograr un reparto equilibrado de las responsabilidades familiares entre mujeres y hombres.

Palabras clave: permiso parental, conciliación de la vida familiar y laboral, corresponsabilidad, igualdad de trato, no discriminación.

Abstract:

The aim of this paper is to study the new parental leave introduced in art. 48 bis ET in order to transpose the Directive 2019/1158/EU on this matter. Thus, firstly, it refers to the evolution of the regulation of parental leave in EU Law. Secondly, it is studied its regulation in Spanish Law, analyzing, from a critical point of view, the characteristics of this leave, highlighting its positive and negative aspects in order to promote co-responsibility, as well as the interpretative problems that it could pose in practice. It should be pointed out that it has been regulated as a leave without compensation, despite the Directive provides that it must be compensated, at least in part, which could hinder the goal of achieving a balance sharing of family care responsibilities between women and men.

Keywords: parental leave, work-life balance, co-responsibility, equal treatment, non-discrimination.

1. Introducción

En el BOE de 29 de junio de 2023 se publicó el RD-Ley 5/2023, de 28 de junio, por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad; de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles y conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores; y de ejecución y cumplimiento del Derecho de la Unión Europea. Tan extenso título da cuenta de la enorme variedad de materias que esta norma aborda, afectantes a diversas ramas del Derecho, lo que le ha valido la calificación como RD-Ley Ómnibus, en un ejemplo de deficiente técnica legislativa que no facilita la labor de los operadores jurídicos, pero que se justifica en la urgencia por adoptar determinadas medidas antes de la celebración de las elecciones generales de 23 de julio de 2023.

En efecto, de las numerosas materias que aborda la norma citada, cabe destacar, por lo que aquí interesa, la transposición de la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo, lo que ha motivado la regulación de nuevos permisos de conciliación y la modificación de otras medidas ya existentes, entre otras cuestiones. Con un plazo de transposición ampliamente superado¹ y la disolución de las Cámaras tras la convocatoria de elecciones, el Gobierno optó por recurrir a la figura del RD-Ley para incorporar las previsiones de la norma comunitaria a nuestro ordenamiento interno. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado que el presupuesto de “extraordinaria y urgente necesidad” que habilita al Gobierno para dictar un RD-Ley puede entenderse cumplido cuando existe un patente incumplimiento del plazo de transposición de una directiva, aunque esta circunstancia, por sí sola, no es suficiente, pues debe atenderse igualmente al elemento causal, esto es, a la evitación de sanciones por dicho incumplimiento², y al elemento material o contenido de la norma de urgencia³.

A este respecto, debe tenerse en consideración que la transposición de la Directiva 2019/1158/UE tenía previsto efectuarse en la Ley de familias, que se encontraba en tramitación en el Congreso por el procedimiento de urgencia en la fecha de anuncio del adelanto electoral. Al decaer ésta y otras iniciativas parlamentarias tras la convocatoria de elecciones, el Gobierno decidió incluir en el RD-Ley 5/2023 las previsiones que, en

¹ El plazo de transposición de esta Directiva finalizó el 2 de agosto de 2022, salvo para la remuneración o prestación económica de las dos últimas semanas del permiso parental cuyo plazo de transposición finalizará el 2 de agosto de 2024 (art. 20 apartados 1 y 2, respectivamente).

² La exposición de motivos del RD-Ley 5/2023 menciona la existencia de una carta de emplazamiento de 20 de septiembre de 2022 y de un dictamen motivado por falta de comunicación de las medidas nacionales de transposición de 19 de abril de 2023.

³ SSTC 329/2005, de 15 de diciembre, y 1/2012, de 13 de enero. Como señala el Tribunal Constitucional, “el recurso al decreto-ley como cauce de incorporación al ordenamiento interno del Derecho de la Unión Europea por la mera razón de que hubiera transcurrido el plazo de transposición, sin mayores precisiones, no se adecuaría al presupuesto habilitante de la urgente y extraordinaria necesidad, por lo que constituiría un uso abusivo de una facultad excepcional conforme a la Constitución española como es la legislación de urgencia y conduce a un reforzamiento de la posición institucional del poder ejecutivo en detrimento de la del legislativo, y en especial a una postergación del Senado...”.

materia de conciliación de la vida familiar y laboral, contenía el proyecto de ley mencionado. Ciertamente, conviene precisar que nuestra legislación se adecúa e incluso, en algunos aspectos, mejora sustancialmente lo dispuesto en la Directiva de conciliación, particularmente tras la aprobación del RD-Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación (Cabeza Pereiro, 2021: 68; López Álvarez, 2022: 69; De la Corte Rodríguez, 2020: 81). Sin embargo, resultaban necesarias algunas modificaciones para adaptar plenamente nuestro ordenamiento interno a la norma comunitaria, fundamentalmente en lo que se refiere al permiso parental que es objeto del presente estudio.

Al margen de este permiso, las novedades que incorpora el RD-Ley 5/2023 en materia de conciliación de la vida familiar y la vida profesional serían, a grandes rasgos, el reconocimiento expreso como una discriminación por razón de sexo del trato desfavorable a mujeres y hombres por el ejercicio de los derechos de conciliación o corresponsabilidad de la vida familiar y laboral (art. 4.2.c) ET); la equiparación de las parejas de hecho y sus familiares a los matrimonios para el disfrute de los permisos previstos en los arts. 37.3.a), 37.3.b) y 37.3.b bis), las adaptaciones por motivos de conciliación del art. 34.8, las reducciones de jornada y las excedencias por cuidado de familiares (arts. 37.6 y 46.3) ET; la ampliación a cinco días del permiso por accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario de familiares y personas convivientes (art. 37.3.b) ET); la inclusión de las personas convivientes, aun sin vínculos de parentesco, entre los sujetos que generan derecho, además de al permiso anterior, a adaptaciones en la jornada o en la forma de prestación (art. 34.8 ET); la previsión de un nuevo permiso por fuerza mayor familiar cuando la persona trabajadora deba ausentarse del trabajo por motivos familiares urgentes (art. 37.9 ET); la realización de algunos ajustes, además de los mencionados, en el art. 34.8 ET, relativo a las adaptaciones de la jornada o en la forma de prestación por razones de conciliación (art. 34.8 ET); o la inclusión de nuevos supuestos de nulidad objetiva del despido vinculados al ejercicio de derechos de conciliación (arts. 53.4 y 55.5 ET y arts. 108.2 y 122.2 LRJS).

Partiendo de tales premisas, el presente trabajo aborda el estudio del nuevo permiso parental introducido en el art. 48 bis ET, comenzando por la evolución de esta materia en el ámbito del Derecho Comunitario para, a continuación, descender al ámbito interno y analizar las características del permiso, así como las luces y sombras de su regulación.

2. Regulación del permiso parental en el Derecho Comunitario: de la Directiva 96/34/CE relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental a la Directiva 2019/1158/UE

A pesar del reconocimiento de la igualdad y no discriminación por razón de sexo, lo cierto es que la conciliación de la vida familiar y laboral nunca ha sido mencionada en el texto de los Tratados. No obstante, la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores de 1989, ya hace referencia al desarrollo de medidas para permitir que hombres y mujeres puedan compaginar más fácilmente sus responsabilidades familiares y profesionales a fin de garantizar la igualdad de trato y de

oportunidades (art. 16), planteamiento que pasó a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Gorelli Hernández, 2022:14) la cual, como es sabido, tiene atribuido el mismo valor jurídico que los Tratados con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa. En efecto, la Carta dedica su art. 33, con la rúbrica “Vida familiar y vida profesional”, a “la protección de la familia en los planos jurídico, económico y social” y reconoce, con el objetivo de conciliar la vida familiar y la vida profesional, el derecho de toda persona, entre otras cuestiones, “a un permiso parental con motivo del nacimiento o adopción de un niño”.

Los principales avances en materia de conciliación en el Derecho comunitario han venido de la mano del Derecho derivado. Así, dejando al margen de 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, con unos fines distintos, cabe destacar la Directiva 96/34/CE del Consejo, de 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES, que fue revisada por la Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo de 2010, por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, celebrado por BUSINESSSEUROPE, la UEAPME, el CEEP y la CES, y se deroga la Directiva 96/34/CE.

La Directiva 96/34/CE reconoce un derecho individual de hombres y mujeres a un permiso parental con una duración mínima de tres meses con motivo del nacimiento o adopción de un hijo, para ocuparse del menor hasta una edad determinada, que podía ser de hasta ocho años, lo cual debía determinarse por los Estados miembros y/o los interlocutores sociales (cláusula 2.1). De este modo, se prevé un derecho de titularidad indistinta para ambos progenitores⁴, lo que evidencia que su finalidad es la conciliación; pero, como contrapartida, no se impone la imposibilidad de transferir todo o parte del permiso al otro progenitor, al señalar la cláusula 2.2 que el permiso será, *en principio*, intransferible (cláusula 2.2), abriendo así la puerta a que las legislaciones nacionales prevean la posibilidad de cesión de incluso la totalidad del permiso y, en definitiva, que acaben siendo las mujeres quienes lo disfruten (Gorelli Hernández, 2022: 22).

Por lo demás, la Directiva deja en manos de los Estados miembros la definición de aspectos tales como la concesión del permiso a jornada completa y/o a tiempo parcial, condicionarlo a un periodo de trabajo previo o antigüedad en la empresa, que no podía ser superior a un año, la fijación de un plazo de preaviso o la determinación de las circunstancias en las que la empresa estaría autorizada para posponer la concesión del permiso parental por motivos justificados relacionados con el funcionamiento de la empresa (cláusula 2.3).

Se prevé, igualmente, la necesidad de adoptar medidas para proteger frente al despido a las personas que hayan solicitado o disfrutado de un permiso parental (cláusula 2.4), así como el derecho a ocupar su mismo puesto de trabajo o, en caso de imposibilidad,

⁴ A este respecto, la STJUE de 16 de julio de 2015 (Asunto C-222/14, *Maïstrellis*) entendió que una legislación nacional no puede privar a un funcionario de su derecho a un permiso parental por el hecho de que su esposa no desarrolle una actividad laboral o profesional, dado que cada uno de los progenitores es titular, individualmente, de este derecho.

un trabajo equivalente o similar, a su finalización (cláusula 2.5), y al mantenimiento de los derechos adquiridos o en curso de adquisición en la fecha de inicio del permiso (cláusula 2.6).

No obstante, pese a constituir un primer paso para armonizar las legislaciones nacionales en materia de permiso parental, esta primera Directiva no estaba exenta de crítica, fundamentalmente, por la ausencia de cualquier referencia a una compensación económica, el insuficiente fomento del disfrute del permiso por parte de los hombres y su limitación al cuidado de hijos e hijas, dejando fuera a los familiares dependientes (Cabeza Pereiro, 2005: 26).

Por su parte, la Directiva 2010/18/UE supuso un tímido avance respecto a la Directiva que sustituye (Cabeza Pereiro, 2010: 1). En concreto, amplía de tres a cuatro meses la duración del permiso parental y mantiene que, *en principio*, debe ser intransferible, aunque, para fomentar un uso más igualitario del permiso por ambos progenitores, se establece que al menos uno de los cuatro meses debe ser intransferible, debiendo definirse por la legislación o los convenios colectivos a nivel nacional las modalidades de aplicación del periodo intransferible (cláusula 2.2). Ello responde a la constatación de que “las medidas para animar a los hombres a participar por igual en las responsabilidades familiares no han dado suficiente resultado” (Considerando 12) y a que “la experiencia muestra que, si se da carácter intransferible a este permiso, puede servir de incentivo positivo para que lo utilicen los padres” (Considerando 16). Si bien, el hecho de que únicamente se impusiera que uno de los cuatro meses fuera intransferible se revelaba claramente insuficiente para fomentar la corresponsabilidad masculina (Gorelli Hernández, 2022: 23).

Otras novedades incorporadas por la Directiva 2010/18/UE se refieren, en particular, a la necesidad de evaluar si deben ajustarse las condiciones de acceso y las normas de aplicación del permiso parental a las necesidades de quienes tengan hijos o hijas con una discapacidad o una enfermedad de larga duración (cláusula 3.3); el establecimiento de medidas para proteger de cualquier trato desfavorable y no solo el despido, a aquellas personas que hayan solicitado o disfrutado de un permiso parental (cláusula 5.4); o la adopción de las medidas necesarias para velar por que las personas trabajadoras puedan solicitar cambios en sus horarios o regímenes de trabajo durante un período determinado de tiempo, al reincorporarse del permiso parental, debiendo la empresa atender dichas solicitudes teniendo en cuenta sus propias necesidades y las de la persona trabajadora (cláusula 6.1).

Asimismo, nuevamente, aunque contiene una referencia a los ingresos durante el periodo de disfrute del permiso parental, no prevé ninguna norma imperativa al respecto, dejando esta cuestión en manos de los Estados miembros o los interlocutores sociales, quienes deberán tener en consideración el papel de los ingresos, entre otros factores, en el uso del permiso (cláusula 5.5) (Lousada Arochena, 2011: 10).

El enfoque cambia sustancialmente a raíz de la aprobación de la actual Directiva 2019/1158/UE⁵ en la cual se aprecia una apuesta más decidida por la corresponsabilidad,

⁵ Nótese que esta Directiva ya no aplica un Acuerdo marco debido a la falta de consenso con los interlocutores sociales, fundamentalmente, con la representación empresarial, la cual consideraba que estas

estableciendo medidas más efectivas para lograr que los hombres asuman en mayor medida responsabilidades familiares, en particular, un permiso por paternidad y nuevas reglas en materia de permiso parental (Ballester Pastor, 2019: 1112; De la Corte Rodríguez, 2020: 74). A lo anterior cabe añadir que, a diferencia de las Directivas anteriores, la norma reconoce que la conciliación de la vida familiar y laboral va más allá de la crianza de hijos e hijas y también debe referirse al cuidado del cónyuge o pareja de hecho, a otros familiares e incluso a las personas que convivan con la persona trabajadora, subrayando que las políticas de conciliación deben tener en cuenta los cambios demográficos, incluidos los efectos del envejecimiento de la población (Considerando 6). Sin embargo, a lo largo de la norma se evidencia que se otorga preferencia a las medidas de conciliación destinadas al cuidado de hijos e hijas (López Álvarez 2022: 68).

De entre las importantes novedades que incorpora la Directiva 2019/1158/UE vamos a centrarnos en las relativas al permiso parental, al ser el objeto del presente trabajo⁶. En este sentido, la duración del permiso parental no experimenta variaciones pues continúa siendo de cuatro meses y la edad máxima del menor también sigue siendo ocho años. Sin embargo, con la finalidad de conseguir una mayor utilización por parte de los hombres (De la Corte Rodríguez, 2020: 77-78), se amplía el periodo intransferible de uno a dos meses (art. 5.2)⁷ y, a mi juicio, lo que resulta más relevante es que prevé que los Estados miembros o los interlocutores sociales deberán establecer una remuneración o prestación económica al menos durante dicho periodo no susceptible de ser transferido al otro progenitor (art. 8.3). Si bien, a diferencia de lo que sucede con el permiso de paternidad, no fija una cuantía mínima, la cual deberá definirse de manera que se facilite que ambos progenitores puedan disfrutar del permiso parental.

Asimismo, los Estados miembros deberán establecer las medidas necesarias para garantizar que las personas trabajadoras puedan solicitar el disfrute del permiso parental de forma flexible, configurándolo, así, como un derecho del trabajador o trabajadora (Fernández Prieto, 2020: 16). En tales casos, las empresas deberán estudiar y atender dichas solicitudes teniendo en cuenta tanto sus propias necesidades como las de las personas trabajadoras y, en caso de denegación, deberán justificarla por escrito y en un plazo razonable (art. 5.6).

Finalmente, la Directiva también se refiere a cuestiones tales como la fijación del plazo de preaviso que debe observar la persona trabajadora para solicitar el permiso parental, la posibilidad de condicionar el derecho a disfrutar del permiso a un periodo de prestación de servicios o antigüedad, que no podrá exceder de un año, o la posibilidad de definir las circunstancias en las que las empresas podrán aplazar la concesión del permiso parental por razones relacionadas con una alteración seria del funcionamiento de la

cuestiones debían abordarse en cada sistema interno (Fernández Prieto, 2020: 5; Cabeza Pereiro, 2020: 45). En este sentido, se ha apuntado que esta circunstancia puede haber motivado que la nueva Directiva implique mayores avances en materia de conciliación que sus predecesoras (Ballester Pastor, 2019: 1110).⁶ Cabe destacar, la previsión de un permiso de paternidad de diez días laborables (art. 4) que deberá llevar aparejada una remuneración o prestación económica al menos equivalente a la que correspondería en el supuesto de interrupción de sus actividades por motivos relacionados con su estado de salud (art. 8.2); un permiso para cuidadores de cinco días laborables al año (art. 6); o el fomento de las fórmulas de trabajo flexible (art. 9).

⁷ Aunque en la propuesta de Directiva el periodo no transferible abarcaba cuatro meses (Fernández Prieto, 2020: 16).

empresa, aplazamiento que deberán notificar por escrito. En todo caso, esta posibilidad de aplazamiento sería una solución subsidiaria, debiendo la empresa, con carácter previo, proponer fórmulas de disfrute flexible (Rodríguez González, 2022: 159).

En definitiva, aunque la Directiva 2019/1158/UE supone un avance desde la perspectiva de la corresponsabilidad en lo que se refiere al permiso parental, contiene algunos elementos que pueden poner en entredicho esa pretendida finalidad. De un lado, debería haberse configurado como un permiso intransferible en su totalidad y no sólo en parte, pues dos meses es un periodo demasiado escaso para promover la corresponsabilidad (Ballester Pastor, 2019: 1122), y, de otro lado, pese a que la previsión expresa de una retribución o prestación económica debe valorarse de manera positiva, sobre todo si la comparamos con las Directivas anteriores, no fija ningún umbral mínimo de ingresos, a diferencia de lo que sucede con el permiso por paternidad, lo que puede posibilitar regulaciones nacionales con una garantía de mantenimiento de ingresos mínima, con el efecto de desincentivar el uso del permiso por parte de los hombres (Cabeza Pereiro, 2020: 63; Gorelli Hernández, 2022: 31; López Álvarez, 2022: 66).

3. El nuevo permiso parental del art. 48 bis ET

El RD-Ley 5/2023 introduce un nuevo permiso en el art. 48 bis ET, denominado permiso parental, utilizando así la terminología de la legislación comunitaria. Se trata de un permiso de ocho semanas de duración para el cuidado de hijos e hijas hasta el cumplimiento de los ocho años y que, por el momento, carece de carácter retribuido. A continuación, vamos a analizar la regulación de este permiso, resaltando aquellos aspectos que puedan suscitar más dudas en la práctica.

3.1. ¿Era necesaria la creación de un permiso específico?

Antes de adentrarnos en el análisis del régimen jurídico del nuevo permiso parental, cabe formular el interrogante de si realmente era necesario crear un permiso específico para cumplir con las prescripciones de Directiva 2019/1158/UE o si podría haberse optado por efectuar las correspondientes modificaciones en derechos de conciliación ya existentes en nuestra legislación.

La respuesta a esta pregunta es, evidentemente, que no resultaba imprescindible regular un permiso parental *ex novo*. De hecho, en el caso de la Directiva 96/34/CE el legislador español no creó nuevas figuras, sino que decidió adecuar las ya existentes a lo dispuesto en la Directiva (López Terrada, 2010:147). Y lo mismo sucedió con la Directiva 2010/18/UE. En este sentido, la doctrina ha entendido, de manera mayoritaria, que la excedencia por cuidado de hijos e hijas sería la figura equivalente al permiso parental de la legislación comunitaria (Ballester Pastor, 2019: 1122; De la Corte Rodríguez, 2020: 86), de tal forma que las dos alternativas serían igualmente apropiadas para efectuar la transposición: o bien se creaba un nuevo permiso, o bien se introducían las modificaciones pertinentes en la excedencia por cuidado de hijos e hijas (Ballester Pastor, 2019: 1125; López Álvarez, 2022: 75; Rodríguez González, 2022: 160). En todo caso, debe tenerse en consideración que, tras la Directiva 2019/1158/UE, este tipo de excedencia tampoco se adecuaría al permiso parental, por lo que hubiera resultado insoslayable la reforma de su régimen jurídico. En concreto, la excedencia debería haber

sido retribuida, al menos en una parte del periodo, debería haberse previsto su disfrute de manera flexible, debería haberse establecido un plazo de preaviso para su solicitud y debería haberse contemplado la posibilidad de aplazamiento por razones serias de funcionamiento de la empresa⁸ (López Álvarez, 2022: 75-76; Ballester Pastor, 2019: 1124; Rodríguez González, 2022: 160-161). Por el contrario, otros aspectos de la excedencia se acomodarían sin dificultad al permiso parental regulado por la Directiva, particularmente, su duración, mucho más prolongada, su configuración como un derecho individual e intransferible en su totalidad o la edad de los menores que generan el derecho a su disfrute, siendo de tres años en los supuestos de hijos e hijas biológicos, por debajo de los ocho años que señala la Directiva, lo cual no implicaría problemas de inadecuación de la legislación nacional, al no configurarse como un límite mínimo.

Dicho lo anterior, se plantearía una nueva pregunta: ¿por qué ahora se ha decidido crear un permiso específico? A mi modo de ver, la razón de regular un permiso parental independiente de otros derechos de conciliación contemplados en el ET, estaría relacionada con el claro sesgo de género que puede apreciarse en las excedencias. En efecto, si atendemos a las estadísticas publicadas por el Instituto de las Mujeres, en el año 2022 el 88,02% de las personas trabajadoras que disfrutaron de una excedencia por cuidado de hijos e hijas fueron mujeres, lo que la convierte en un derecho de conciliación de disfrute mayoritariamente femenino⁹. Y, en el caso de la excedencia, este dato es particularmente significativo habida cuenta que nos encontramos ante un periodo de tiempo que puede ser prolongado¹⁰, dando lugar, por consiguiente, a un abandono transitorio del trabajo, fundamentalmente de las mujeres, con las repercusiones en materia retributiva, en la promoción profesional o en la protección social que ello conlleva (Casas Baamonde, 2018: 1080-1081), además de implicar un mayor riesgo de acabar apartándose de manera definitiva del mercado laboral (Gil Plana, 2017: 245). A lo anterior cabe añadir que, cuanto más prolongado sea un permiso, menor impacto tendrá su carácter intransferible, pues no va a impedir que sea la mujer y no el hombre quien, en la mayoría de los casos, opte por su disfrute íntegro (Cabeza Pereiro, 2020: 59).

A propósito de ello, se ha afirmado que la duración de la excedencia sería excesiva, abogando por su reducción (Gil Plana, 2017: 245) e, incluso, por su supresión, derogando

⁸ Respecto a esta última cuestión, el RD-Ley 5/2023 ha modificado el art. 46.3 ET para modificar la previsión relativa a la posibilidad de que la empresa limite el ejercicio simultáneo de la excedencia cuando dos o más personas trabajadoras de la misma empresa generen este derecho por el mismo sujeto causante, precisando que, para que ello sea posible, deberán existir “razones fundadas y objetivas de funcionamiento debidamente motivadas por escrito” y añadiendo que, en tal caso, la empresa deberá ofrecer un plan alternativo que asegure el disfrute de ambas personas trabajadoras y que posibilite el ejercicio de los derechos de conciliación.

⁹ <https://www.inmujeres.gob.es/MujerCifras/Conciliacion/ExcedPermisos.htm>. Es cierto que el porcentaje de mujeres ha ido disminuyendo en los últimos años, incrementándose paralelamente el número de hombres que optan por el disfrute de esta excedencia, pero sigue siendo un porcentaje muy elevado.

¹⁰ Nótese que el art. 46.3 ET fija una duración máxima (tres años contados desde la fecha del nacimiento o desde la resolución judicial de adopción o desde la decisión administrativa de guarda con fines de adopción o acogimiento), pero no una mínima, de tal forma que no siempre va a implicar una ausencia dilatada en el tiempo.

el art. 46.3 ET (Cabeza Pereiro, 2021: 87)¹¹. No obstante, esta segunda posibilidad, como reconoce el propio autor, podría ser vista como un recorte de derechos y, en cualquier caso, exigiría una apuesta decidida por la gratuidad de la educación infantil de primer ciclo y la promoción de las fórmulas flexibles de trabajo, como las adaptaciones de jornada del art. 34.8 ET (Cabeza Pereiro, 2021: 87). Y, aunque en menor medida, también podría encontrar resistencias la disminución de la duración máxima de la excedencia. Otras medidas, menos incisivas, podrían ser el establecimiento de cuotas para cada progenitor, dividiendo el periodo de disfrute entre ambos, y/o la incentivación del disfrute conjunto, a modo de ejemplo, mediante el reconocimiento de una prestación económica (Lousada Arochena, 2008: 74).

En definitiva, la excedencia por cuidado de hijos e hijas no se caracteriza por ser un derecho que fomente la corresponsabilidad en la práctica. Siendo este uno de los objetivos de la Directiva 2019/1158/UE se puede comprender la opción del legislador de urgencia por crear un permiso específico y no reforzar la excedencia.

De este modo, van a coexistir la excedencia por cuidado de hijos o hijas, concebida para los primeros años de vida del menor¹² (sin perjuicio de lo dispuesto en los supuestos de adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento), con una duración que puede ser prolongada y sin retribución, y el permiso parental que permite atender al cuidado del menor hasta una edad más avanzada (aunque no impide que pueda disfrutarse durante el mismo periodo que la excedencia, lo que da lugar a una duplicidad de medidas durante este periodo), con una duración más reducida y también sin retribución, sin perjuicio de que, para acomodar nuestra legislación a la Directiva 2019/1158/UE, deba preverse alguna retribución, como más adelante se expone.

3.2. Naturaleza jurídica

El permiso parental ha sido configurado como un supuesto de suspensión del contrato de trabajo al ser incluido entre las causas de suspensión contractual enumeradas en el art. 45.1 ET, en concreto, mediante la introducción de un nuevo apartado o) en dicho precepto. En consecuencia, como es sabido, durante el disfrute del permiso parental, las partes quedarán exoneradas de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo (art. 45.2 ET), sin perjuicio de que también pueda ser disfrutado a tiempo parcial. Asimismo, implica que la persona trabajadora tendrá derecho a la reserva de su puesto de trabajo durante dicho periodo y a su reincorporación inmediata tras la suspensión contractual (art. 48.1 ET)

En todo caso, la configuración del permiso parental como una causa de suspensión del contrato de trabajo permite colegir que la retribución del mismo, cuando se acometa

¹¹ De la Corte Rodríguez (2020: 76) señala que diversos estudios han destacado que los permisos relativamente cortos tienen un efecto positivo en la tasa de empleo de las mujeres y, por el contrario, los permisos de larga duración tienen el efecto opuesto.

¹² A este respecto cabe señalar que el Tribunal Supremo ha entendido que la excedencia por cuidado de familiares no incluye el cuidado de hijos o hijas menores de edad, pero mayores de tres años, salvo que por accidente, enfermedad o discapacidad no puedan valerse por sí mismos (STS de 5 de febrero de 2021, rec. 2102/2018).

su regulación, no se hará recaer en las empresas, sino que será sufragada por el sistema de Seguridad Social a través de un subsidio económico.

Lo que la norma no ha dejado claro es cuál ha de ser tratamiento de este periodo de suspensión a efectos de Seguridad Social. En este sentido, cabría entender que, a falta de regulación expresa, el disfrute del permiso parental podría dar lugar a la baja del trabajador o trabajadora en la Seguridad Social, con interrupción de las cotizaciones¹³, tal y como sucede con otros supuestos de suspensión en los que no se haya establecido la subsistencia de la obligación de cotizar, y como sucede también con las excedencias por cuidado de hijos e hijas u otros familiares, pero, a diferencia de estas últimas (art. 237 apartados 1 y 2 LGSS) no se ha previsto tampoco su consideración como periodo de ocupación cotizada a efectos del acceso a algunas prestaciones. A lo anterior cabría añadir la situación de desprotección en la que quedaría la persona trabajadora, al no haberse previsto el disfrute del permiso parental como una situación asimilada al alta.

No obstante, el periodo de suspensión por permiso parental también podría equipararse a los supuestos de alta sin remuneración a los que se refiere el art. 69.1 del RD 2064/1995, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros Derechos de la Seguridad Social, el cual menciona “los permisos y licencias que no den lugar a excedencias en el trabajo”, lo que obligaría a la empresa a mantener a la persona trabajadora en alta en la Seguridad Social y a continuar cotizando por la base mínima de cotización aplicable (art. 69.2 RD 2064/1995 y art. 7 Orden PCM/74/2023).

Por otra parte, en caso de disfrute del permiso en régimen de jornada parcial, podrían resultar aplicables las reglas específicas de cotización de los contratos a tiempo parcial (art. 65 RD 2064/1995 y arts. 36 y 37 Orden PCM/74/2023), al igual que en los supuestos de reducción de jornada del art. 37.6 ET (art. 66 RD 2064/1995 y art. 43 Orden PCM/74/2023); si bien, en el caso del permiso parental tampoco se ha previsto el cómputo de las cotizaciones incrementadas hasta el 100% de la cuantía que habría correspondido de no haberse disfrutado el permiso en esas condiciones, a efectos de acceder a determinadas prestaciones (art. 237.3 LGSS).

Seguramente, estas dudas quedarán despejadas cuando se acometa la regulación de la prestación económica que llevará aparejada el permiso parental, momento en el que deberán abordarse también las cuestiones relativas a la cotización a la Seguridad Social. Y, en este punto, la solución más acertada sería, a mi juicio, la aplicación de las mismas reglas específicas de cotización que rigen en los supuestos de incapacidad temporal, nacimiento y cuidado de menor y riesgo durante el embarazo y durante la lactancia natural (art. 144.4 LGSS y art. 6 Orden PCM/74/2023). En este sentido, el art. 10.3 de la Directiva 2019/1158/UE dispone que los Estados miembros deberán definir el régimen del contrato de trabajo o de la relación laboral durante el permiso parental por lo que respecta a la Seguridad Social “incluidas las cotizaciones al sistema de pensiones, y se asegurarán de que la relación laboral se mantenga durante esos períodos”

¹³ Entiende que no existiría obligación de cotizar Nieto Rojas (2023: 90).

En otro orden de cosas, el hecho de que el permiso parental se configure como un periodo suspensivo de la relación laboral en el que, en consecuencia, no existe prestación efectiva de servicios, plantea la cuestión de si dicho periodo es computable a efectos de generar derecho a vacaciones a la persona trabajadora. Respecto a esta cuestión la STJUE de 4 de octubre de 2018 (Asunto C-12/17 *Dicu*) entiende que, a diferencia de las ausencias por enfermedad y del permiso por maternidad, que no pueden afectar a la duración del periodo vacacional, no es contraria al Derecho comunitario una disposición nacional que excluye los periodos de disfrute del permiso parental de la consideración de tiempo de trabajo efectivo para determinar la duración de las vacaciones anuales retribuidas. Para motivar su decisión, de un lado, el Tribunal argumenta que, en el caso del permiso parental, no nos encontramos con una situación de carácter imprevisible, sino que deriva normalmente de la voluntad de la persona trabajadora de cuidar a su hijo o hija, ni tampoco está sujeto dicho trabajador o trabajadora a limitaciones físicas o psíquicas causadas por una enfermedad, de tal modo que no se trata de una situación equiparable a la incapacidad laboral. Y, de otro lado, tampoco puede asimilarse a la situación de una trabajadora que disfruta de un permiso por maternidad habida cuenta que la finalidad de este permiso es, “por una parte, la protección de la condición biológica de la mujer durante su embarazo y después de este y, por otra parte, la protección de las particulares relaciones entre la mujer y su hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto, evitando que la acumulación de cargas que deriva del ejercicio simultáneo de una actividad profesional perturbe dichas relaciones”. Así, concluye que su doctrina según la cual un permiso garantizado por el Derecho de la Unión no puede menoscabar el derecho a disfrutar de otro permiso garantizado también por el Derecho de la Unión con distinta finalidad que el primero, no impondría a los Estados la obligación de considerar que el periodo de permiso parental se equipare a un periodo de trabajo efectivo para generar derecho a vacaciones.

Obviamente, la legislación interna podría establecer una regla más favorable en este aspecto, atendiendo a la finalidad del permiso parental y teniendo en consideración, además, que el nuevo permiso parental del art. 48 bis ET no tiene una duración tan prolongada como la excedencia, por lo que el reconocimiento de los días de vacaciones correspondientes al tiempo de disfrute de este permiso no constituye una carga excesiva para las empresas. No puede olvidarse tampoco el impacto de género de las medidas en materia de conciliación de la vida familiar y laboral, pudiendo perjudicar esta afectación al derecho a las vacaciones de manera desproporcionada a las mujeres (Lousada Arochena, 2019: 793-794).

3.3. Titularidad

De manera coherente con lo que se dispone en relación con el resto de derechos de conciliación, y también con la Directiva 2019/1158/UE, la titularidad del derecho se configura de una manera neutra correspondiendo de manera indistinta a ambos progenitores, adoptantes, guardadores o acogedores. Se trata, además, de un derecho individual de cada persona trabajadora, no dependiente de la situación laboral del otro progenitor.

Asimismo, una cuestión que resulta muy relevante desde la perspectiva de la corresponsabilidad es que el permiso tiene un carácter intransferible en su totalidad, no pudiendo cederse, ni en todo ni en parte, a otra persona. Con ello se pretende fomentar que los hombres opten por el disfrute de este permiso bajo la premisa de que, de no disfrutarlo, se perdería. Esta característica resulta predicable de los distintos derechos de conciliación contemplados en nuestra legislación en la actualidad, tras la constatación de que el ejercicio de estos derechos por los hombres ligados a un derecho originario de la mujer no favorecía la corresponsabilidad e, incluso, podía ser constitutivo de una discriminación por razón de género¹⁴.

En todo caso, pese a ser cierto que los hombres son más proclives a disfrutar de aquellos derechos de los que son titulares y que no pueden ser transferidos, la realidad muestra que ello no es suficiente para fomentar el disfrute masculino de los permisos pues, con excepción del permiso por nacimiento y cuidado de menor en el que el disfrute por parte del progenitor distinto de la madre biológica es muy elevado¹⁵, otros derechos de conciliación como reducciones de jornada y excedencias siguen conjugándose en género femenino.

Por ello, aparte del carácter intransferible del permiso, debe tenerse en consideración que el otro factor que incide notablemente en el disfrute de derechos de conciliación por parte de los hombres es el mantenimiento de un nivel adecuado de ingresos durante dicho periodo, como se incidirá en el apartado correspondiente (De la Corte Rodríguez, 2020: 77)¹⁶. Junto a ello, desde la legislación, también podría haberse incentivado la utilización del permiso por parte de los varones mediante mecanismos tales como la ampliación del periodo de disfrute del permiso en caso de que ambos progenitores ejerzan el derecho de manera igualitaria.

3.4. Sujetos que generan derecho al permiso

Según dispone el art. 48 bis ET, el objeto del permiso parental es “el cuidado de hijo, hija o menor acogido por tiempo superior a un año, hasta el momento en que el

¹⁴ A tales efectos, basta recordar la regulación de la suspensión por maternidad anterior al RD-Ley 6/2019 que preveía la posible cesión al otro progenitor de hasta diez semanas de permiso, siendo menos de un 2% el porcentaje de hombres que lo disfrutaban, según cifras del Instituto de la Mujer <https://www.inmujeres.gob.es/MujerCifras/Conciliacion/ExcedPermisos.htm>. Asimismo, la STJUE de 30 de septiembre de 2010 (Asunto C-104/09, Roca Álvarez) interpretó que la regulación del permiso por lactancia del art. 37.4 ET, que únicamente permitía al padre disfrutar del permiso cuando la madre fuera una trabajadora por cuenta ajena y cediera su derecho en favor del otro progenitor, era contraria a la Directiva 76/207/CEE, no ya por ser discriminatoria contra el varón, sino por contribuir a la perpetuación de los roles de mujeres y hombres en la asunción de responsabilidades familiares.

¹⁵ Pueden consultarse las estadísticas al respecto en <https://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/EstadisticasPresupuestosEstudios/Estadisticas/EST45/4a60e9f5-f322-4af2-930d-2f42a86aca59/da38749b-54ab-4aed-ae96-d08dc10471b5>

¹⁶ Siendo los más relevantes, no son éstos los únicos factores que tiene influencia en el uso masculino de los permisos parentales. Según un estudio de Eurofound (2019: 23-24), junto a los citados, el hecho de que las madres tengan trabajos bien remunerados, que los hombres gocen de estabilidad en el empleo, que los progenitores tengan un nivel educativo elevado, que las cargas administrativas para solicitar el disfrute de los permisos sean reducidas y que las empresas y el entorno social apoyen a los padres que opten por su disfrute, determinan que exista una mayor probabilidad de que los hombres participen en mayor medida en las tareas de cuidado y soliciten permisos de conciliación.

menor cumpla ocho años”. Pese a la omisión de toda referencia en la norma, cabe entender que los hijos e hijas que generan derecho a este permiso son tanto los biológicos como los adoptivos (Blasco Jover, 2023: 33) y que cabría incluir también los supuestos de guarda con fines de adopción tal y como sucede, por ejemplo, con el disfrute de la suspensión regulada en el art. 48.5 ET.

En todos los casos, el permiso se podrá disfrutar hasta que el menor cumpla ocho años, límite de edad que coincide con el dispuesto en la Directiva 2019/1158/UE. Este límite puede considerarse razonable (Blasco Jover, 2023: 33), aunque contrasta con lo establecido respecto a otros derechos de conciliación, singularmente, reducciones y adaptaciones de jornada en los que la edad máxima de los menores se sitúa en los doce años. Por el contrario, no se establece ninguna edad mínima, de tal modo que, teóricamente, podría disfrutarse desde el momento del nacimiento, la resolución judicial de adopción o la decisión administrativa de guarda con fines de adopción o acogimiento; si bien, en estos momentos iniciales lo habitual será el disfrute del periodo de suspensión regulado en los arts. 48.4 y 48.5, respectivamente, pero nada impediría que, sin solución de continuidad, se pasara al disfrute del permiso parental.

En consecuencia, el arco temporal en el que puede ejercerse el derecho al permiso parental es bastante amplio, correspondiendo a la propia persona trabajadora decidir el momento o momentos concretos en los que disfrutará el periodo de suspensión, con el tope del cumplimiento de los ocho años del menor que lo genere, con lo que podría fomentar una mayor implicación de los varones en las tareas de crianza, más allá de sus primeros meses de vida.

El objeto del permiso es el cuidado del menor, entendido en sentido amplio (Blasco Jover, 2023: 33), de suerte que el mero hecho de tener hijos o hijas menores de ocho años ya justificaría *per se* la existencia de necesidades de cuidado. Obviamente, esa amplitud del objeto del permiso no obstaría a que pudiera sancionarse al trabajador o trabajadora por un uso desviado o indebido del mismo, incumpliendo así el deber de buena fe que rige en el ámbito de una relación laboral¹⁷.

Por otro lado, de la literalidad del precepto se desprende que cada trabajador o trabajadora tendrá derecho a tantos permisos parentales como hijos o hijas tenga y, por tanto, cada menor generaría derecho a un permiso parental de ocho semanas a favor de cada uno de sus progenitores. No obstante, se plantea la duda de si ello sería así también en los supuestos de nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento múltiples. A favor de entender que cada menor generaría derecho a un permiso también en estos supuestos cabría argumentar que la ley no efectúa ninguna distinción en ese sentido ni ninguna precisión específica para este tipo de situaciones como sí realiza en los periodos de suspensión por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción y

¹⁷ En este sentido, Blasco Jover (2023: 33) alerta del riesgo de que el permiso se utilice de manera abusiva para finalidades distintas del cuidado sin posibilidad de sanción por su mal uso ni modo de control. Sin embargo, a mi modo de ver, este incumplimiento podría configurarse como una transgresión de la buena fe contractual y ser sancionado y, en todo caso, no considero que el riesgo de uso desviado sea superior en este permiso que en otros derechos relacionados con la conciliación de la vida familiar y laboral en los que el objeto del permiso, en el caso de los menores de edad, también se configuraría en términos muy amplios.

acogimiento múltiples, que se amplían en dos semanas por cada hijo o hija a partir del segundo (art. 48.6 ET), o para el permiso por cuidado de lactante, cuya duración se incrementa proporcionalmente en estos supuestos (art. 37.4 ET). Por el contrario, la argumentación opuesta también sería defendible, fundamentalmente a la vista de la STJUE de 16 de septiembre de 2010 (Asunto C-149/10, *Chatzi*) en la cual entendió, de un lado, que de la Directiva 96/34/CE relativa Acuerdo marco sobre el permiso parental no se desprende que confiera a cada niño o niña un derecho individual al permiso parental y, de otro lado, que, atendiendo a la finalidad del permiso, en caso de nacimiento de gemelos o gemelas se produce un incremento en la intensidad de las tareas de cuidado que los progenitores deben asumir, pero no en la duración de las mismas, por lo que no justificaría el derecho a un doble permiso parental. A ello añade que la situación específica de los progenitores de gemelos o gemelas debe ser tomada en consideración por parte del legislador nacional, pero no necesariamente mediante el reconocimiento de un permiso por cada uno de los hijos o hijas nacidos.

A buen seguro, esta cuestión generará litigiosidad en la aplicación práctica del permiso, por lo que hubiera sido deseable que la norma hubiera especificado si cada hijo o hija, con independencia de si se trata de un nacimiento, una adopción, una guarda con fines de adopción o un acogimiento múltiple, genera o no derecho al permiso.

3.5. Periodo de disfrute

En virtud del art. 48 bis ET, la duración del permiso parental no podrá ser superior a ocho semanas, continuas o discontinuas. Aparentemente, atendiendo a dicha duración, podría pensarse que la misma no se adecúa a lo dispuesto en la Directiva 2019/1158/UE la cual, como se vio, regula un permiso parental de cuatro meses. No obstante, la legislación nacional sí respetaría la norma comunitaria por aplicación de la denominada “cláusula pasarela” prevista en el art. 20.6 de la Directiva, según el cual:

A efectos del cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 4, 5, 6 y 8 de la presente Directiva y en la Directiva 92/85/CEE, los Estados miembros podrán tener en cuenta cualquier período de ausencia del trabajo relacionada con la familia y cualquier remuneración o prestación económica por esta, entre otros por permisos de maternidad, paternidad, parental o para cuidadores a que pueda acogerse el trabajador en el ámbito nacional y que supere los estándares mínimos previstos en la presente Directiva o en la Directiva 92/85/CEE, siempre que se respeten los requisitos mínimos para dichos permisos y que no se reduzca el nivel general de protección garantizado a los trabajadores en los ámbitos de aplicación de dichas Directivas.

Ello significa que, si la legislación nacional prevé permisos por maternidad, paternidad, parental o de cuidadores de duración superior a la prevista tanto en la Directiva 2019/1158/UE como en la Directiva 92/85/CEE, esos otros permisos podrán ser tenidos en cuenta a la hora de regular el permiso parental, produciéndose, así, una especie de trasvase entre permisos (De la Corte Rodríguez, 2020: 80). De este modo, en los supuestos de maternidad biológica la duración del periodo de suspensión que prevé nuestra normativa interna es de dieciséis semanas, superando en dos semanas la duración mínima prevista en el art. 8.1 de la Directiva 92/85/CEE, y el periodo restante hasta

alcanzar los cuatro meses, podría entenderse cubierto con la excedencia por cuidado de hijos o hijas, cuya duración puede ser muy prolongada. Y, en cuanto al progenitor distinto de la madre biológica, la situación sería todavía más clara habida cuenta que tiene derecho a un permiso de dieciséis semanas igualmente, superando con creces los diez días laborables que contempla el art. 4.1 de la Directiva 2019/1158/UE. Sumando las ocho semanas de permiso parental del art. 48 bis ET a esas catorce semanas en que supera el permiso regulado en el art. 48.4 ET al permiso por paternidad de la Directiva, resulta claro que nuestra normativa respetaría la duración de cuatro meses que la normativa comunitaria prevé para el permiso parental, sin ni siquiera tener en cuenta la excedencia por cuidado de hijos o hijas.

Esta duración de ocho semanas se revela, por ende, como razonable, teniendo en cuenta los diversos derechos de conciliación regulados en la legislación laboral y por la conveniencia de que, a excepción de los primeros meses de vida del menor, no se establezcan permisos excesivamente prolongados y se fomenten en mayor medida las fórmulas de trabajo flexible, con la finalidad de evitar los perjuicios que la dedicación a las tareas de crianza pueden comportar en la vida profesional de las mujeres. De ahí que también deba valorarse de manera positiva que el permiso parental pueda disfrutarse de manera continua o discontinua, pues el disfrute en periodos alternos puede favorecer la corresponsabilidad y evita el alejamiento del trabajo por periodos prolongados (Rodríguez González, 2022: 158).

Por otra parte, a diferencia de lo que sucede con otros derechos de conciliación, no se prevé ningún supuesto de ampliación de la duración del permiso en supuestos tales como nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento múltiple, como ya se ha comentado, o discapacidad del hijo o hija. Y tampoco contiene ninguna previsión específica a este respecto para las familias monoparentales.

A propósito de este tipo de familias, al configurarse el permiso como un derecho individual e intransferible de cada progenitor, el progenitor único de una familia monoparental tendrá derecho, obviamente, a las ocho semanas de suspensión del contrato de trabajo que le corresponden, pero sin posibilidad de acumular el periodo que hubiera correspondido al otro progenitor, de existir (Cabeza Pereiro, 2020: 60). Una interpretación extensiva del precepto en estos supuestos, aunque en relación con la prestación por nacimiento de hijo o hija, ha sido descartada por el Tribunal Supremo en su sentencia de 2 de marzo de 2023 (Rec. 3972/2020) y en otras resoluciones posteriores¹⁸, al entender que el establecimiento de una prestación de duración más prolongada en el caso de las familias monoparentales es una tarea que corresponde acometer al poder legislativo y no a los jueces, a quienes les compete la función de interpretar y aplicar el Derecho, pero no la de crearlo y, además, la regulación actual de la citada prestación no resultaría contraria ni a la CE, ni a la normativa de la UE, ni a los tratados o convenios internacionales ratificados por España. Según el Tribunal, no obstaría a esta interpretación el principio de interés superior del menor, por cuanto no sería el único interés en juego ya que dicho principio debe cohonestarse con el principio de igualdad y no discriminación entre mujeres y hombres que también ha sido tenido en

¹⁸ Por ejemplo, STS de 14 de junio de 2023 (Rec. 1642/2022).

consideración al confeccionar la normativa sujeta a examen, pretendiendo fomentar la corresponsabilidad en la crianza de hijos e hijas; y tampoco puede hablarse de “un teórico derecho del menor de las familias monoparentales a ser cuidado en condiciones de igualdad con respecto a las biparentales”. Por último, no existiría, a juicio del Tribunal, una discriminación por razón de género, sino un eventual déficit de protección que corresponde remediar, en su caso, al legislador.

Con todo, la sentencia cuenta con un voto particular el cual, discrepando del parecer mayoritario de la Sala, argumenta que cabría efectuar una interpretación integradora de los arts. 177 y ss. LGSS, así como del art. 48.4 ET, a la luz del principio de interés superior del menor consagrado en la normativa interna, internacional y comunitaria, que tenga también en cuenta la perspectiva de género, como, de hecho, ya ha realizado el Tribunal en otras ocasiones tales como los supuestos de gestación por sustitución. Por ello, no se entiende bien por qué en este último caso se reconoció el derecho a la prestación, pese a no estar expresamente contemplado en la legislación y, por el contrario, se niega al progenitor único de una familia monoparental el derecho a disfrutar de una doble prestación acumulada.

Como quiera que el legislador no ha querido contemplar la situación específica de las familias monoparentales con respecto al disfrute del permiso parental, la conclusión que se impone es la imposibilidad de acumulación de dos permisos en la misma persona trabajadora. Ello sin perjuicio de que, de cara al futuro, deba valorarse la necesidad de tomar en consideración las necesidades particulares de determinados tipos de familias, que podría determinar, aunque no solo, el incremento de la duración de algunos permisos, lo cual no necesariamente implicaría su duplicación. En cualquier caso, si no se acometiera una modificación normativa en el sentido indicado, deberemos estar pendientes de lo que resuelva el TJUE al decidir sobre la cuestión prejudicial planteada recientemente por el Juzgado de lo Social nº 1 de Sevilla sobre esta materia¹⁹.

3.6. Ejercicio del derecho

Como se ha señalado en el apartado anterior, la persona trabajadora podrá optar entre disfrutar el permiso parental de forma continuada o fraccionada hasta que el menor cumpla ocho años. No obstante, respecto al segundo supuesto, el art. 48 bis ET no precisa cuál debe ser la duración mínima de cada una de las fracciones, lo que abonaría la posibilidad de interpretar que el permiso podría disfrutarse por días sueltos. Ciertamente, ello permitiría un margen de flexibilidad más amplio al trabajador o trabajadora para el disfrute del permiso en función de sus necesidades de conciliación. Ello contrasta con lo previsto en el EBEP el cual, al regular el permiso parental en el ámbito del empleo público, dispone expresamente que la fijación del periodo de disfrute deberá realizarse por semanas completas (art. 49.g). Por ello, no es descartable que en el futuro desarrollo reglamentario que debe acometerse, se establezca la misma previsión en el ámbito del ET y, tal y como sucede también en la suspensión por nacimiento de hijo o hija, adopción,

¹⁹ Petición de decisión prejudicial presentada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Sevilla (España) el 27 de octubre de 2022 – CCC / Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) (Asunto C-673/22).

guarda con fines de adopción o acogimiento, una vez transcurridas las seis primeras semanas de permiso.

Asimismo, el precepto permite que el permiso se disfrute a tiempo completo o en régimen de jornada a tiempo parcial. En consecuencia, aunque es un permiso de ausencia, por imperativo de la Directiva 2019/1158/UE, debe permitirse a las personas trabajadoras solicitarlo de forma flexible (Ballester Pastor, 2019: 1122) y, entre las modalidades de disfrute flexible, se encontrarían, entre otras, el disfrute a tiempo completo o a tiempo parcial, o en periodos alternos (Considerando 23), posibilidades todas ellas que prevé el art. 48 bis ET. Sin embargo, en relación con el disfrute del permiso en régimen de jornada a tiempo parcial, la norma se remite al desarrollo reglamentario, el cual deberá concretar, entre otras cuestiones, los porcentajes máximos y mínimos de jornada que, en su caso, deberán respetarse. De este modo, mientras el permiso parental no sea retribuido y/o no se prevea un porcentaje de reducción de jornada superior al que establece el art. 37.6 ET, se produciría una suerte de duplicidad con el derecho regulado en este último precepto.

La persona trabajadora deberá preavisar a la empresa, especificando las fechas de inicio y finalización del disfrute del permiso o, en su caso, de los distintos periodos de disfrute, con una antelación mínima de diez días o la que se establezca en el convenio colectivo aplicable, salvo fuerza mayor, “teniendo en cuenta la situación de aquella y las necesidades organizativas de la empresa”. Ello viene a dar cumplimiento a lo dispuesto en el art. 5.3 de la Directiva 2019/1158/UE al prever que los Estados miembros deberán establecer un plazo razonable de preaviso para ejercer el derecho, teniendo en cuenta tanto las necesidades de las empresas como las de las personas trabajadoras, y que la solicitud del permiso deberá concretar las fechas de inicio y fin de este. Si bien, en el caso de nuestra legislación se ha optado, con buen criterio, por no exigir ningún periodo mínimo de antigüedad en la empresa para poder disfrutar del derecho.

Conviene, no obstante, llamar la atención respecto al inciso “teniendo en cuenta la situación de aquella [la persona trabajadora] y las necesidades organizativas de la empresa” que, a mi juicio, y como se desprende también del texto de la Directiva, parece referirse al plazo de preaviso, fundamentalmente en los supuestos de fuerza mayor que impidan respetar el plazo legal o convencionalmente fijado, y no a las fechas de comienzo y finalización del periodo de disfrute del permiso señaladas por la persona trabajadora. Ello sin perjuicio de la posibilidad de aplazamiento que será analizada seguidamente.

En cualquier caso, el derecho al permiso parental es un derecho de carácter pleno e incondicionado de la persona trabajadora (Ballester Pastor, 2019: 1122), no un derecho a solicitar, de tal manera que no podrá ser denegado por la empresa (Blasco Jover, 2023: 34; Nieto Rojas, 2023: 89), a salvo de lo que se pueda establecer en el desarrollo reglamentario del precepto en relación con las modalidades de disfrute flexible; pero incluso en ese caso, la negativa de la empresa no podría referirse al disfrute del derecho sino a la modalidad concreta pretendida (Cabeza Pereiro, 2020: 61). Ahora bien, el último párrafo del art. 48 bis ET le permite aplazar el disfrute del permiso por un periodo razonable, debiendo justificarlo por escrito y con la obligación de ofrecer, previamente, una alternativa de disfrute igual de flexible, 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”.

El supuesto relativo a las personas trabajadoras que generen el derecho por el mismo sujeto causante resultaría más claro y viene a coincidir con lo que dispone el ET respecto a otros derechos de conciliación como el permiso por cuidado de lactante (art. 37.4) o la reducción de jornada para el cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave (art. 37.6), que permiten limitar su ejercicio simultáneo por razones fundadas y objetivas de funcionamiento de la empresa. Sin embargo, en cuanto a otros supuestos en los que disfrute del permiso parental en un periodo concreto pudiera alternar seriamente el funcionamiento de la empresa no queda claro si resulta imprescindible, para poder efectuar el aplazamiento, que tales supuestos hayan sido definidos por la negociación colectiva y, en consecuencia, en defecto de previsión convencional, la empresa no podría aplazar el disfrute del permiso aun cuando alterara seriamente su funcionamiento, o si, por el contrario, la falta de regulación de esta cuestión en convenio legitimaría a la empresa para realizar el aplazamiento siempre que acredite dichas alteraciones (Blasco Jover, 2023: 35).

Puede valer para ilustrar esta cuestión un ejemplo sobre una situación típica que podría plantearse en una empresa. Posiblemente, una de las situaciones en las que el permiso parental se revela especialmente apropiado sería para atender al cuidado de los hijos e hijas durante el periodo de vacaciones escolares. Si en una empresa pequeña varios trabajadores o trabajadoras solicitaran al mismo tiempo el disfrute del permiso parental durante ese periodo, resulta evidente que podría enfrentarse a serios problemas organizativos. Sin embargo, la duda que se plantea es si, en defecto de previsión expresa en convenio, la empresa podría aplazar el disfrute del permiso de, al menos, algunos de los trabajadores o trabajadoras concernidos, tras haberles ofrecido una alternativa.

Es esta una cuestión que corresponderá dilucidar a los Tribunales, si bien, a mi modo de ver, debería admitirse la posibilidad de aplazamiento siempre que la empresa acredite esas dificultades serias en su funcionamiento (Blasco Jover, 2023: 35) y previa ponderación de los intereses en conflicto, lo cual no estará exento de dificultades, sobre todo en cuanto a la interpretación de qué puede entenderse por “periodo razonable” a tales efectos, pues deberá posibilitar, en todo caso, el ejercicio del derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral²⁰.

3.7. Carácter no retribuido

La principal crítica que cabe efectuar a la regulación del permiso parental es su carácter no retribuido, lo cual choca frontalmente con las previsiones de la Directiva 2019/1158/UE. De hecho, se trata de la cuestión que determinaba principalmente la inadecuación de la legislación interna a la normativa comunitaria en lo que al permiso parental se refiere. El propio legislador de urgencia reconoce que la transposición de la

²⁰ Siguiendo con el ejemplo citado, si varias personas trabajadoras solicitan el permiso parental durante el mes de julio y ello ocasiona serias alteraciones organizativas a la empresa, esta podría aplazar el disfrute del permiso, pero, seguramente, no más allá de dicho mes, pues las necesidades de conciliación podrían circunscribirse a ese periodo, coincidente con las vacaciones escolares.

Directiva ha sido parcial, pues se habría excluido lo dispuesto en el art. 5 y en el art. 8.3, respecto de la remuneración o la prestación económica del permiso parental (Disp. final 8ª RD-Ley 5/2023).

El argumento que se esgrime para justificar la ausencia de transposición de lo dispuesto en la Directiva en este punto es que, en lo relativo a la remuneración o prestación económica del permiso parental, el plazo para transponer la norma comunitaria sería más amplio, pues finalizaría el 2 de agosto de 2024. No obstante, ello no es del todo cierto habida cuenta que este plazo más amplio se refiere únicamente a la retribución de las dos últimas semanas del permiso parental, no a la de la totalidad de los dos meses que, como mínimo, debe abarcar dicha retribución, cuyo plazo fue el general de 2 de agosto de 2022 (López Álvarez, 2023: 2).

Ahora bien, para determinar si la norma cumple con las disposiciones de la Directiva en este punto debe acudir, nuevamente, a la “cláusula pasarela” del art. 20.6, que permitiría tener en consideración, a efectos de dar cumplimiento a la obligación de retribuir al menos una parte del permiso parental, cualquier remuneración o prestación económica, entre otros, por permisos de maternidad, paternidad, parental o para cuidadores a que pueda acogerse la persona trabajadora en el ámbito nacional y que superen los estándares mínimos de la normativa comunitaria. En el caso de nuestro ordenamiento interno, las remuneraciones que deben tenerse en cuenta serían las prestaciones por nacimiento y cuidado de menor, que ascienden al 100% de la base reguladora (art. 179.1 LGSS)²¹. De este modo, en el caso de los progenitores distintos de la madre biológica la prestación cubre un total de dieciséis semanas que permitirían cumplir, sobradamente, la exigencia de contar con un permiso parental retribuido durante, como mínimo, dos meses, por cuanto la Directiva prevé un permiso de paternidad de 10 días laborables. No obstante, no puede afirmarse lo mismo en los supuestos de maternidad biológica, pues la prestación cubre también dieciséis semanas, pero únicamente dos más que las establecidas en el art. 8 de la Directiva 92/85/CEE. En consecuencia, no puede entenderse que el permiso parental regulado en el art. 48 bis ET respete lo dispuesto en el art. 8.3 en relación con el art. 5.2 de la Directiva 2019/1158/UE (López Álvarez, 2023: 2; Cabeza Pereiro, 2021: 79). En efecto, de conformidad con lo dispuesto en estos últimos preceptos, dos meses de permiso parental deberán ser retribuidos y dos meses equivalen a más de ocho semanas, a las que cabría descontar las dos semanas en que mejora el permiso por nacimiento de hijo o hija para la madre biológica al permiso por maternidad de la normativa comunitaria. Quedarían, por ende, más de seis semanas sin retribución de ningún tipo, respecto a una parte de las cuales el plazo de transposición habría finalizado el 2 de agosto de 2022 (López Álvarez, 2023: 2).

La conclusión que se extrae de cuanto antecede es que deberá acometerse la regulación de la remuneración del permiso parental a la mayor brevedad posible, al haberse superado ampliamente el plazo para la incorporación de la Directiva 2019/1158/UE a nuestra legislación interna. En cualquier caso, pese a que la inadecuación

²¹ Cabe tener en cuenta que, en el supuesto de parto, si la madre no reuniera el periodo de cotización necesario para tener derecho al subsidio, se le reconocerá un subsidio por nacimiento cuya cuantía es del 100% del IPREM durante cuarenta y dos días, sin perjuicio de los supuestos de ampliación previstos (arts. 181-182 LGSS).

únicamente afectaría a los permisos parentales de las madres biológicas, la regulación debería ser igualitaria para ambos progenitores, así como en los supuestos de adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento pues, de lo contrario, se convertiría en un elemento desincentivador del disfrute del permiso por parte de los hombres y no se fomentaría la corresponsabilidad en las funciones de cuidado.

Para abordar esta tarea, lo más conveniente, a mi juicio, sería regular una nueva prestación económica de la Seguridad Social, solución esta que sugiere el hecho de que el permiso parental se haya configurado como un supuesto de suspensión del contrato de trabajo que exonera a la empresa de su obligación de retribuir a la persona trabajadora. La cuestión que se plantea es, en consecuencia, qué nivel de ingresos debería cubrir dicha prestación para no desincentivar el disfrute del permiso parental por parte de ambos progenitores, fundamentalmente, de los hombres.

A este respecto, aunque la Directiva 2019/1158/UE no fija ningún umbral mínimo, el Considerando 31º proporciona algunas pautas a los Estados miembros a la hora de regular la remuneración o prestación económica del periodo no transferible del permiso parental afirmando que deberá fijarse “en un nivel adecuado” y que al determinar dicho nivel adecuado deberán tener en consideración que el disfrute del permiso parental conlleva frecuentemente “pérdidas de ingresos para la familia”, de tal manera que la persona que constituya la perceptora principal de ingresos en una familia no se acogerá a un permiso parental si dicho permiso no está lo “suficientemente bien remunerado, para poder mantener un nivel de vida digno”. A ello cabe añadir lo dispuesto en el art. 8.3 de la norma comunitaria, de conformidad con el cual, al definir la remuneración o prestación económica, los Estados miembros deberán hacerlo de manera que se facilite el disfrute por ambos progenitores²².

De ello se extrae que la prestación debería cubrir un porcentaje importante de los ingresos de la persona trabajadora que disfruta del permiso parental. Resulta evidente que el porcentaje que cumpliría dichos requisitos sería, sin ningún tipo de duda, el del 100% de los ingresos. Ello constituiría un estímulo claro al disfrute masculino del permiso parental, al no implicar ninguna pérdida retributiva y al convertir en irrelevante cuál de los progenitores percibe unas retribuciones inferiores que, generalmente, será la mujer (Rocha, 2021: 54).

En todo caso, del texto de la Directiva 2019/1158/UE, no cabe inferir que imponga a los Estados miembros la obligación de garantizar el 100% de los ingresos durante el disfrute del permiso parental, máxime si tenemos en cuenta que, respecto al permiso por paternidad, señala de manera expresa que la remuneración o prestación económica deberá garantizar unos ingresos al menos equivalentes a los que percibiría la persona trabajadora cuando deba interrumpir su prestación de servicios por motivos de salud (art. 8.2)²³. Por consiguiente, un porcentaje inferior podría adecuarse a las exigencias de la legislación comunitaria, aun cuando debe tenerse presente que, cuanto menor sea el nivel de ingresos

²² Según Ballester Pastor (2019: 1122) al señalar que la retribución debe facilitar que ambos progenitores lo disfruten, está sugiriendo que debe acercarse a la retribución anterior, pero no es obligatorio.

²³ De hecho, la propuesta inicial de Directiva contemplaba esta misma previsión para el permiso parental (Cabeza Pereiro, 2020: 63).

que cubra la prestación, menos se promoverá la corresponsabilidad en el disfrute del permiso parental.

En línea con lo anterior, también se ha destacado la existencia de estudios que sugieren que los hombres no suelen utilizar permisos que no estén retribuidos, como mínimo, al 80% de sus ingresos (Nieto Rojas, 2023: 90). Asimismo, se ha propuesto una prestación equivalente al subsidio por incapacidad temporal (Cabeza Pereiro, 2021: 86), en cuyo caso, sería preferible optar, a mi modo ver, por un porcentaje del 75% de la base reguladora, coincidente con el subsidio contemplado para las contingencias de accidente de trabajo y enfermedad profesional durante todo el periodo de incapacidad temporal y con la correspondiente a las contingencias de enfermedad común y accidente no laboral a partir del vigésimo primer día de baja. En consecuencia, estas consideraciones deberían ser tenidas en cuenta a la hora de fijar el importe de la correspondiente prestación²⁴.

En todo caso, el derecho a la percepción de la prestación económica también debería ser individual de cada persona progenitora. Respecto a ello, encontramos ejemplos en nuestra legislación de Seguridad Social en los que la prestación únicamente se reconoce a uno de los progenitores en caso de ambos reunieran los requisitos exigidos para percibirla, tal y como sucede con la prestación por ejercicio corresponsable del cuidado del lactante (arts. 183-185 LGSS) y la prestación por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave (arts. 190-192 LGSS). No debería optarse por esta configuración de la prestación en lo que respecta al permiso parental, en aras al fomento de la corresponsabilidad, y porque de la Directiva 2019/1158/UE se desprendería que el derecho a la remuneración o prestación económica lo ostenta cada persona trabajadora que ejerza su derecho al permiso parental. Igualmente, no cumple la exigencia de retribución del permiso parental el reconocimiento de beneficios por parte de la normativa de Seguridad Social para las excedencias por cuidado de hijos o hijas y familiares, en concreto, la consideración como periodo de cotización efectiva de este periodo de excedencia a efectos de acceder a determinadas prestaciones (art. 237 LGSS) (Ballester Pastor, 2019: 1124).

Finalmente, no cabría descartar, en lo atinente a la retribución del permiso parental, la posibilidad de reconocer un importe superior en caso de que ambos progenitores lo disfruten, con el objetivo, nuevamente, de promover una mayor utilización de este permiso por parte de los hombres.

3.8. Protección de las personas trabajadoras que disfruten del permiso parental

El reconocimiento de derechos de conciliación, como el permiso parental, requiere la adopción de mecanismos adicionales de tutela para la protección de las personas trabajadoras que ejerciten este derecho. Al mismo tiempo, la previsión de medidas

²⁴ Un estudio sobre los diferentes permisos, tanto maternidad y paternidad, como parentales en diferentes países, actualizado a abril de 2023, puede consultarse en Blum, Dobrotić, Kaufman, Koslowski y Moss (2023). En dicho estudio se indica que un permiso se considera bien pagado cuando cubre el 66% o más de los ingresos (p. 39). No obstante, la gran diversidad existente entre los distintos países en términos de duración y retribución del permiso parental, dificulta efectuar comparaciones. Si bien cabe señalar, que incluso en los países con permisos de duración más prologada y mejor remunerados, como los países nórdicos, la prestación no alcanza a cubrir el 100% de los ingresos.

adecuadas de protección frente a posibles represalias por estos motivos constituye una pieza clave para fomentar la corresponsabilidad. Estas cuestiones han sido contempladas en el RD-Ley 5/2023, el cual ha introducido diversas modificaciones con tal finalidad.

De este modo, en primer lugar, en el art. 4.2.c) ET se reconoce el derecho de las personas trabajadoras a no ser discriminadas ni directa ni indirectamente, entre otros motivos, por razón de sexo, incluyendo expresamente en esta causa de discriminación el “trato desfavorable dispensado a mujeres u hombres por el ejercicio de los derechos de conciliación o corresponsabilidad de la vida familiar y laboral”. Con ello, nuestra normativa resulta más clara que la Directiva 2019/1158/UE, la cual, pese a establecer la obligación de los Estados miembros de adoptar medidas para prohibir que las personas trabajadoras reciban un trato menos favorable por haber solicitado o disfrutado uno de los permisos previstos en la misma, no llega a establecer explícitamente que dicho trato desfavorable constituya una discriminación por razón de sexo (Ballester Pastor, 2019: 1113; Cabeza Pereiro, 2020: 77).

Ello tendrá como consecuencia la nulidad de cualquier decisión empresarial que implique un trato desfavorable a un trabajador o trabajadora por el ejercicio del derecho al disfrute del permiso parental (art. 17.1 ET). Específicamente en caso de despido, el RD-Ley 5/2023 ha modificado tanto el art. 53.4 como el art. 55.5 ET para ampliar los supuestos de nulidad objetiva del despido incluyendo, entre otros, el “disfrute del permiso parental a que se refiere el artículo 48 bis”. Por consiguiente, si el despido de la persona trabajadora se produce durante el periodo de suspensión del contrato por disfrute del permiso parental será calificado como nulo, salvo que pueda ser calificado como procedente. De esta manera, tras esta modificación, todos los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral regulados en el ET, con la excepción del permiso por fuerza mayor familiar del art. 37.9 ET, cuentan con esta protección reforzada frente a la decisión de la empresa de proceder al despido de la persona trabajadora²⁵. Con ello, la legislación interna va un paso más allá de lo dispuesto en la normativa comunitaria, habida cuenta que el art. 12, apartados 1 y 2 de la Directiva 2019/1158/UE se refiere a la protección de las personas trabajadoras frente al despido “por haber solicitado o disfrutado” alguno de los permisos contemplados en la misma, lo cual exigiría que la decisión extintiva estuviera motivada por el hecho de haberse solicitado o estar disfrutando del permiso (Cabeza Pereiro, 2020: 75). Por el contrario, en la normativa interna la decisión extintiva puede ser calificada como nula aun cuando no exista móvil discriminatorio, pues lo determinante a tales efectos es que la empresa no acredite una causa justificada para despedir.

Junto a ello, se dispone que, para el cálculo de las indemnizaciones previstas en el ET, el salario a tener en cuenta cuando la persona trabajadora estuviera disfrutando de un permiso parental en régimen de jornada parcial, será el que le hubiera correspondido de no estar disfrutando dicho permiso a tiempo parcial (Disp. adicional 19ª ET).

²⁵ Así, se ha paliado la injustificada exclusión de los supuestos de adaptación de la jornada y de la forma de prestación del art. 34.8 ET.

4. Conclusiones

Tras el análisis del régimen jurídico del nuevo permiso parental la principal conclusión que se extrae es que la transposición de la Directiva 2019/1158/UE no se ha realizado de manera adecuada, habida cuenta de que debería haberse previsto alguna remuneración o prestación económica para el mismo, sin que sea posible argumentar que el plazo para transponer este aspecto todavía no ha finalizado pues, como se ha expuesto a lo largo de estas líneas, dicha afirmación es cierta solo con respecto a la retribución de las dos últimas semanas del permiso parental. Se trata de una cuestión que no es baladí por cuanto, precisamente la necesidad de introducir un permiso remunerado es la principal innovación que debe acometerse para adecuar nuestra normativa a la legislación comunitaria. Al mismo tiempo, la garantía de un nivel suficiente de ingresos durante el disfrute de los permisos vinculados a la conciliación de la vida familiar y laboral se revela como un elemento fundamental, junto con su carácter individual e intransferible, para fomentar la corresponsabilidad en las tareas de cuidado.

Ahora bien, conviene recordar que, el hecho de que una medida de conciliación cumpla con estos requisitos, no es garantía de corresponsabilidad si se proyecta en una sociedad en la que la asunción de responsabilidades familiares sigue recayendo, mayoritariamente, en las mujeres (Gorelli Hernández, 2022: 13). En definitiva, con ser importante, no es suficiente con que la corresponsabilidad impregne el texto de las leyes, también es necesario que se inserte en la sociedad y en las empresas.

Por otro lado, las últimas reformas en materia de derechos de conciliación y corresponsabilidad han puesto de manifiesto, a mi juicio, la necesidad de acometer una reordenación de la normativa reguladora de estas cuestiones que evite duplicidades y promueva de manera decidida el recurso a formas de trabajo flexible las cuales, además, pueden resultar más atractivas para los hombres (López Álvarez, 2022: 69), en detrimento del disfrute de permisos de larga duración que comportan una ausencia prolongada del mercado de trabajo, particularmente, de las mujeres. En esta línea destaca la modificación del art. 34.8 ET llevada a cabo por el propio RD-Ley 5/2023, respecto a la adaptación de la duración y distribución de la jornada de trabajo o de la forma de prestación, en la que, fundamentalmente, se amplía el ámbito subjetivo de la medida y se reduce el plazo de negociación entre empresa y persona trabajadora en defecto de previsión negocial.

De este modo, a mi modo de ver, esta reordenación debería basarse en dos pilares: de un lado, con respecto a las tareas de cuidado de hijos o hijas, debería garantizarse el cuidado de los menores por parte de sus progenitores al menos durante su primer año de vida (o durante el primer año tras la adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento) mediante permisos igualitarios, intransferibles y convenientemente remunerados. De otro lado, más allá de dicho periodo temporal, así como en los supuestos en los que las responsabilidades de cuidado se refieran a otras personas distintas de hijos e hijas, debería otorgarse preferencia a las fórmulas de trabajo flexible frente a los derechos de ausencia, debiendo estos tener una duración no excesivamente prolongada.

Finalmente, cabe reseñar que en el reciente acuerdo de legislatura entre los partidos que conforman el actual Gobierno de coalición se prevé la extensión de los permisos por maternidad y paternidad hasta las 20 semanas, con una mayor flexibilidad con el trabajo

a tiempo parcial desde la semana 16, así como remunerar, a partir de agosto de 2024, al menos cuatro semanas del permiso parental por cada hijo/a²⁶. Llegará tarde, pero bienvenido será.

5. Bibliografía

BALLESTER PASTOR, M^a Amparo (2019) “De los permisos parentales a la conciliación: expectativas creadas por la Directiva 2019/1158 y su transposición al ordenamiento español”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, 11, 1109-1132.

BLASCO JOVER, Carolina (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.

BLUM, Sonja, DOBROTIĆ, Ivana, KAUFMAN, Gayle, KOSLOWSKI, Alison, and MOSS, Peter (2023) *International Review of Leave Policies and Research 2023*. Disponible en: <https://www.leavenetwork.org/annual-review-reports/review-2023/>

CABEZA PEREIRO, Jaime (2005) “La conciliación de la vida familiar y laboral. Situación en Europa”, *Revista de Derecho Social*, 31, 21-39.

CABEZA PEREIRO, Jaime (2010) “¿En qué debe cambiar el Derecho Español para adaptarse al Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental?”, *Aranzadi social*, 6 (versión electrónica).

CABEZA PEREIRO, Jaime (2020) “La Directiva de conciliación de la vida familiar y laboral”, *Revista de Derecho Social*, 92, 41-80.

CABEZA PEREIRO, Jaime (2021) “La Directiva (UE) 2019/1158 y su trasposición al derecho interno”, en RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Emma (Dir.) y MARTÍNEZ YÁÑEZ, Nora M^a (Dir.), *Conciliación y corresponsabilidad de las personas trabajadoras: presente y futuro*. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 67-92.

CASAS BAAMONDE, M^a Emilia (2018) “Conciliación de la vida familiar y laboral: Constitución, legislador y juez”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, 10, 1065-1082.

DE LA CORTE RODRÍGUEZ, Miguel (2020) “La Directiva relativa a la conciliación de la vida familiar y profesional y su repercusión en la legislación española”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, 146, 69-96.

EUROFOUND (2019) *Parental and paternity leave – Uptake by fathers*. Publications Office of the European Union: Luxembourg.

FERNÁNDEZ PRIETO, Marta (2020) “Conciliación de responsabilidades de progenitores y cuidadores e igualdad de oportunidades en la Directiva (UE) 2019/1158”, *Revista Derecho Social y Empresa*, 12, 1-30. DOI: 10.14679/1175

GIL PLANA, Juan (2017) “La excedencia para el cuidado de hijos o familiares: puntos críticos”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 133, 223-267.

²⁶ Nótese que, como se indicó anteriormente, por aplicación de la denominada “cláusula pasarela”, en caso de ampliar los permisos por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento a 20 semanas, sería suficiente, para que nuestra legislación se acomode a la Directiva 2019/1158/UE, con la remuneración de cuatro semanas de permiso parental.

GORELLI HERNÁNDEZ, Juan (2022) “Un análisis normativo de la evolución de las políticas de conciliación en la Unión Europea. De la maternidad a la corresponsabilidad”, *Femeris: Revista Multidisciplinar de Estudios de Género*, 7(2), 10-43.

LÓPEZ ÁLVAREZ, M^a José (2022) “La adaptación de la directiva de conciliación de la vida familiar y profesional al ordenamiento español”, *Femeris: Revista Multidisciplinar de Estudios de Género*, 7(2), 64-85.

LÓPEZ TERRADA, Eva (2010) “Permisos parentales y conciliación”, en BALLESTER PASTOR, M^a Amparo (Coord.), *La transposición del principio antidiscriminatorio comunitario al ordenamiento jurídico laboral español*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 139-161.

LOUSADA AROCHENA, José Fernando (2008) *Permiso de paternidad y conciliación masculina*. Albacete: Bomarzo

LOUSADA AROCHENA, José Fernando (2011) “La incidencia sobre la excedencia para el cuidado de hijos/as del nuevo Acuerdo Marco (revisado) sobre el Permiso Parental”, *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, 28, 6-13.

LOUSADA AROCHENA, José Fernando (2019) “La construcción de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral como derechos fundamentales”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, 8, 783-796.

NIETO ROJAS, Patricia (2023) “La transposición de la Directiva 2019/1158 de conciliación de la vida familiar y la vida profesional a través del RD Ley 5/2023”, *Revista de Estudios Jurídicos Laborales y de Seguridad Social*, 7, 75-102.

ROCHA, Miriam (2021) “Promoting gender equality through regulation: the case of parental leave”, *The Theory and Practice of Legislation*, 9(1), 35-57.

RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, Sarai (2022) “Los derechos de conciliación corresponsable en el derecho español a la luz de la Directiva 2019/1158”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, 154, 141-180.