



REVISTA DERECHO SOCIAL Y EMPRESA

NUEVAS MEDIDAS DE CONCILIACIÓN, PERMISOS Y FÓRMULAS DE TRABAJO FLEXIBLE

NÚMERO 19, SEPTIEMBRE DE 2023

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

MÁS NOVEDADES SOBRE PERMISOS
Y FÓRMULAS DE TRABAJO FLEXIBLE

Pilar Núñez–Cortés Contreras
María Concepción Arruga Segura

ENTIDAD EDITORA

Dykinson, S.L.



CÁTEDRA UNESCO
CENTRO DE ESTUDIOS SAGARDOY

 **SAGARDOY**
BUSINESS&LAW SCHOOL

ISSN 2341-135X

MÁS NOVEDADES SOBRE PERMISOS Y FÓRMULAS DE TRABAJO FLEXIBLE

MORE NEWS ON PERMITS AND FLEXIBLE WORK FORMULAS

PILAR NÚÑEZ –CORTÉS CONTRERAS

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad Loyola

M.^a CONCEPCIÓN ARRUGA SEGURA

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de La Rioja

Fecha de recepción: 18/10/2023

Fecha de aceptación: 16/11/2023

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

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

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

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

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

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

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

1. INTRODUCCIÓN

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

.....

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

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

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

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

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

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

.....

6 Junto a un heterogéneo conjunto de materias, entre las que se incluye medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad; de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles y de ejecución y cumplimiento del Derecho de la Unión Europea, se incluyen la transposición de las medidas de conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, ante la convocatoria adelantada de las elecciones generales en España.

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

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

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

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

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

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

.....

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

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

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

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

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

2.2. El nuevo marco jurídico del permiso para cuidadores

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

.....

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

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

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

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

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

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

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

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

9 Vid STSJ Castilla La Mancha 878/2023, de 25 de mayo de 2023, rec. 792/2022. ECLI:ES:TSJCLM: 2023:1377
10 El 17-9 de 2018, la CSIF, sindicato más representativo en las administraciones públicas y con presencia creciente en el sector privado, y la Comisión Nacional para la Racionalización de Horarios en España (ARHOE) presentaron

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

4. DOCTRINA JUDICIAL SOBRE TELETRABAJO COMO FÓRMULA DE TRABAJO FLEXIBLE

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

.....

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

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

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

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

.....

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

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

16 Recurso 940/2020.

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

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

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

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

.....

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

19 Recurso de Suplicación 100/2022.

20 1073/2022.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

24 BOE 17-6-2020.

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

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

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

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

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

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

.....

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

28 BOE 14-10-2020.

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

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

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

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

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

que modifica el VI Convenio colectivo de la empresa Telefónica Servicios Audiovisuales, SAU, aprobado mediante Resolución de 22 de abril 2022, cuyo art. 41 sobre Teletrabajo refleja “La Empresa y la Representación de los Trabajadores coinciden en la importancia de seguir avanzando en la conciliación de la vida laboral y personal/familiar, y para ello la posibilidad de articular fórmulas de teletrabajo será estudiada en función de las posibilidades de los servicios que se prestan... Por lo tanto, se podrán analizar las situaciones susceptibles de teletrabajo para contribuir a la flexibilización de condiciones laborales y oportunidades de conciliación”.

Con carácter todavía más reciente, se aprueba por la Resolución de 24 de marzo de 2023 que registra y publica el XXVIII Convenio Colectivo de Repsol Butano SA, en el que se contiene un prolijo acuerdo sobre teletrabajo que lo caracteriza como una medida de organización del trabajo y de conciliación de la vida laboral, familiar y personal, estableciendo una definición del mismo, y regulando diferentes modalidades de teletrabajo, requisitos de acceso, teletrabajo desde la segunda residencia, definiendo los derechos y obligaciones de la persona que teletrabaja y también el procedimiento de seguimiento en caso de teletrabajo.

6. TRASPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA 1158/2019 A TRAVÉS DEL RD 5/2023, DE 28 DE JUNIO: CAMBIOS RESPECTO DE LA REGULACIÓN PRECEDENTE

Como se apuntaba al inicio de este trabajo, la transposición de la directiva, a través del RD 5/2023, de 28 de junio, ha enriquecido las mejoras y aportaciones del Real Decreto –ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, promoviendo fórmulas de trabajo flexible lo que permitirá avanzar en la igualdad efectiva en el ámbito laboral.

Así pues, el reciente RD 5/2023, de 28 de junio, opera modificaciones en el artículo 34.8 del ET, a efectos de incrementar el ámbito del derecho a la adaptación de la jornada de las personas con dependientes a cargo, que requería, como se ha dicho, de ajustes puntuales a efectos de que se acomode totalmente a las previsiones del artículo 9 de la Directiva (UE) 2019/1158, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre fórmulas de trabajo flexible.

El art. 34.8 ET señala en su nueva redacción que las personas trabajadoras tienen derecho a solicitar las adaptaciones de la duración y distribución de la jornada de trabajo, en

la ordenación del tiempo de trabajo y en la forma de prestación, incluida la prestación de su trabajo a distancia, para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral. Dichas adaptaciones deberán ser razonables y proporcionadas en relación con las necesidades de la persona trabajadora y con las necesidades organizativas o productivas de la empresa.

Se producen cambios respecto de los familiares que habilitan para el ejercicio del derecho de adaptación, así pues en la redacción dada por el RD 6/2019 del art. 34.8 ET se señaló que en el caso de que la solicitud se articulase para el cuidado de hijos, solo se reconocía a quienes tengan hijos menores de doce años, debiendo lamentarse que no existiese ninguna referencia a quienes tengan hijos de mayor edad, tampoco existió en aquella norma ninguna mención expresa a otros familiares dependientes como se prevé para las reducciones de jornada.

Aunque el legislador no parecía haber articulado medidas precisas para la conciliación del trabajo a través de fórmulas de adaptación de jornada con el cuidado de los mayores, cabía solicitar el derecho de adaptación para la atención de personas dependientes e hijos mayores de doce años, siempre que estos familiares no pudieran valerse por sí mismos. En la redacción dada en 2019 al artículo 34.8 ET se podía inferir que la necesidad de cuidado de los hijos menores de doce años se presumía en base a su corta edad, y en el resto de los casos, la persona trabajadora debía acreditar la necesidad de cuidado que justifica su petición de adaptación. Bajo aquel escenario normativo para poder extender el ámbito subjetivo de la adaptación de jornada se optó, como en las reducciones de jornada por una interpretación amplia que no exigiese que la persona atendida tenga que presentar un grado mínimo de discapacidad, por una interpretación amplia del concepto, entendiendo a estos efectos toda persona que padezca cualquier tipo de dolencia o enfermedad, médicamente constatadas, que altere notoriamente su salud³⁴. Por tanto, cabía incluir desde la redacción dada en 2019 aquellos supuestos en que no solo existía una declaración formal de discapacidad o dependencia, sino también cuando sin existir, de hecho, el familiar no pueda desenvolverse sin ayuda de un tercero en alguna de las parcelas vitales. En este último caso, era el trabajador quien debía probar la concurrencia de tales circunstancias³⁵ a través de cualquier medio válido en derecho sin que pueda exigirse una situación de extrema gravedad. A este respecto, la Sentencia 426/2019, de 22 de noviembre de 2019, del Juzgado de lo Social N.º 1 de Valladolid, rec. 667/2019, expresamente consideró que no

.....
34 Véase al respecto, NÚÑEZ –CORTÉS CONTRERAS, P. y LOUSADA AROCHENA, J.F., *Jornada de trabajo y derechos de conciliación*, Tecnos, 2015.

35 STSJ La Rioja, de 2 de junio de.2005 (rec. 119/2005). El hecho de tener una edad avanzada no presupone por sí mismo la necesidad de cuidado que habilite el derecho a la reducción, sino que esta circunstancia ha de ser probada. García Testal, E. y López Balaguer, Mercedes: *Los Derechos de conciliación de la vida laboral y familiar en la empresa*, Tirant lo Blanch; Valencia, 2012, p. 116.

se podía restringir el derecho de adaptación solo a las personas trabajadoras que tengan hijos menores de doce años al entender que, en nuestro ordenamiento, existía un derecho genérico de todas las personas a solicitar la adaptación, que se concretó expresamente en el art. 34.8 ET (redacción dada por el RD 6/2019) en su momento en un derecho específico para aquellas que tengan hijos menores de doce años a los que se presume la necesidad de atención. En una primera etapa, hasta junio de 2023 (RD 5/2023, 28 de junio) la limitación de edad se refiere a los supuestos en los que se requiere la atención o cuidado connatural a la menor edad del hijo/a y no así a los supuestos de discapacidad en los que, al igual que en la reducción de jornada, se extiende también el disfrute del derecho en el tiempo; ni tampoco a aquellos casos en los que los hijos mayores de doce años puedan requerir de especial atención derivada de circunstancias objetivas que así lo justificasen y que requiriesen extender el tiempo del disfrute del derecho de adaptación (por ejemplo, algún hijo/a con necesidades de atención especial en supuestos de trastornos de conducta, aunque los mismos no supongan calificación de grado de discapacidad).

En el caso de que tengan hijos o hijas, las personas trabajadoras tienen derecho a efectuar dicha solicitud hasta que estos cumplan doce años.

Asimismo, tendrán ese derecho aquellas personas que tengan necesidades de cuidado respecto de los hijos e hijas mayores de doce años, el cónyuge o pareja de hecho, familiares por consanguinidad hasta el segundo grado de la persona trabajadora, así como de otras personas dependientes cuando, en este último caso, convivan en el mismo domicilio, y que por razones de edad, accidente o enfermedad no puedan valerse por sí mismos, debiendo justificar las circunstancias en las que fundamenta su petición.

En la negociación colectiva se podrán establecer, con respeto a lo dispuesto en este apartado, los términos de su ejercicio, que se acomodarán a criterios y sistemas que garanticen la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre personas trabajadoras de uno y otro sexo. En su ausencia, la empresa, ante la solicitud de la persona trabajadora, abrirá un proceso de negociación con esta que tendrá que desarrollarse con la máxima celeridad y, en todo caso, durante un periodo máximo de quince días, presumiéndose su concesión si no concurre oposición motivada expresa en este plazo.

Finalizado el proceso de negociación, la empresa, por escrito, comunicará la aceptación de la petición. En caso contrario, planteará una propuesta alternativa que posibilite las necesidades de conciliación de la persona trabajadora o bien manifestará la negativa a su ejercicio. Cuando se plantee una propuesta alternativa o se deniegue la petición, se motivarán las razones objetivas en las que se sustenta la decisión.

La persona trabajadora tendrá derecho a regresar a la situación anterior a la adaptación una vez concluido el período acordado o previsto o cuando decaigan las causas que motivaron la solicitud.

En el resto de los supuestos, de concurrir un cambio de circunstancias que así lo justifique, la empresa sólo podrá denegar el regreso solicitado cuando existan razones objetivas motivadas para ello.

Lo dispuesto en los párrafos anteriores se entiende, en todo caso, sin perjuicio de los permisos a los que tenga derecho la persona trabajadora de acuerdo con lo establecido en el artículo 37 y 48 bis.

Las discrepancias surgidas entre la dirección de la empresa y la persona trabajadora serán resueltas por la jurisdicción social, a través del procedimiento establecido en el artículo 139 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

7. LA PETICIÓN DE FÓRMULAS DE TRABAJO FLEXIBLE.: APLICACIÓN DEL ART. 34.8 ET PARA ADECUARLO A LA DIRECTIVA 2019/1158

La fallida tramitación del Proyecto de Ley de Familias, a consecuencia de la convocatoria de elecciones generales y la consiguiente disolución de las Cortes Generales, ha llevado al Gobierno a rescatar parte de las previsiones contenidas en la citada norma e incorporarlas al RD Ley 5/2023. Una decisión que se justifica en su propia exposición de motivos por el “riesgo de multa con arreglo a lo establecido en el artículo 260.3 TFUE” al haber sido superado el plazo de transposición que expiró “el pasado 1 de agosto de 2022”, habiendo recibido el estado español “carta de emplazamiento de la Comisión Europea de 20 de septiembre de 2022, además del dictamen motivado por falta de comunicación de las medidas nacionales de transposición con fecha 19 de abril de 2023”. Así las cosas, “resulta necesario acudir a la aprobación de un real decreto –ley para proceder a dicha transposición, lo que permitirá cerrar los procedimientos de infracción abiertos por la Comisión Europea”.

Como se ha dicho, las medidas de ordenación flexible del tiempo de trabajo se han considerado “las más proclives a lograr un verdadero «equilibrio» entre trabajo y familia, apoyado en la plena efectividad de la «corresponsabilidad» en la asunción de los cuidados entre mujeres y hombres”.

La Directiva 2019/1158 recuerda a este respecto que los empleadores, al examinar las solicitudes de fórmulas de trabajo flexible reguladas en su art. 11, podrán “tener en cuenta, entre otras cosas, la duración de la fórmula de trabajo flexible solicitada, así como sus recursos y su capacidad operativa para ofrecer dichas fórmulas. El empleador debe poder

decidir si acepta o rechaza la petición de un trabajador de acogerse a fórmulas de trabajo flexible. Las circunstancias específicas subyacentes a la necesidad de acogerse a estas fórmulas pueden cambiar. Por tanto, los trabajadores deben tener derecho no solo a volver a su modelo de trabajo original al término de un periodo acordado mutuamente, sino también a hacerlo antes de que este periodo finalice, siempre que algún cambio en las circunstancias subyacentes así lo requiera”.

El legislador español ha transpuesto este derecho de forma bastante consistente. Se transpone el art. 9 de la Directiva dando una nueva redacción al art. 34.8 ET con dos novedades importantes: de un lado, amplía el alcance subjetivo del derecho, pues se sigue manteniendo la referencia a los hijos menores de doce años, pero también se podrá solicitar fórmulas de trabajo flexible por parte de quienes tengan necesidades de cuidado respecto de los hijos e hijas mayores de doce años, el cónyuge o pareja de hecho, familiares por consanguinidad hasta el segundo grado de la persona trabajadora, así como de otras personas dependientes cuando, en este último caso, convivan en el mismo domicilio, y que por razones de edad, accidente o enfermedad no puedan valerse por sí mismos, debiendo justificar las circunstancias en las que fundamenta su petición³⁶.

De otro lado, el legislador hace nuevamente una llamada a la negociación colectiva para que regule los términos de ejercicio del derecho, los cuales se acomodarán a criterios y sistemas que garanticen la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre personas trabajadoras de uno y otro sexo. Ahora bien, ante el silencio negocial, la empresa abrirá un proceso de negociación que tendrá que desarrollarse con la máxima celeridad y, en todo caso, durante un periodo máximo de quince días, presumiéndose su concesión si no concurre oposición motivada expresa en este plazo³⁷.

Esta regulación es la concreción en el ordenamiento nacional de lo previsto en el art. 9 de la Directiva 2019/1158, en el que se establece que “los empleadores estudiarán y atenderán las solicitudes de acogerse a fórmulas de trabajo flexible en un plazo razonable de tiempo, teniendo en cuenta tanto sus propias necesidades como las de los trabajadores”. Este periodo razonable se concreta en nuestra legislación en un plazo de quince días (antes 30), periodo en el que la empresa, ante la solicitud de la persona trabajadora, estudiará la petición. Finalizado este, la empresa, por escrito, comunicará la aceptación.

Puede, no obstante, que la empresa plantee una propuesta alternativa que posibilite las necesidades de conciliación de la persona trabajadora o bien que manifieste la negativa a su ejercicio. Cuando se utilice esta posibilidad, esto es, si la empresa plantea una propuesta

36 NIETO ROJAS, P., “La transposición de la Directiva 1158/2019, de conciliación de la vida laboral y profesional a través del RD 5/ 2023”. Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social, mayo a octubre del 23, núm. 7, 2023, p. 84.

37 NIETO ROJAS, P., “La transposición de la Directiva 1158/2019., *cit.*, p. 85.

alternativa o se deniega la petición, se motivarán las razones objetivas en las que se sustenta la decisión.

En todo caso, en la interpretación y aplicación de este derecho deben evitarse soluciones ajenas a la finalidad de la norma, pues obviamente aquí confluyen intereses contrapuestos del trabajador derivados de sus necesidades de conciliación y del empresario derivados fundamentalmente de sus necesidades organizativas y productivas. Las dos partes demandan flexibilidad en la concreción de esos intereses, con lo que el choque es inevitable, la solución más eficaz va a pasar siempre por la vía del consenso, tanto a través de pactos colectivos como de acuerdos individuales³⁸.

8. A MODO DE CONCLUSIONES

Como se puede observar, existe una nueva realidad social representada por un cambio radical de la estructura familiar en la que es preciso atender las necesidades de personas dependientes. Mientras se eleva la esperanza de vida, década tras década, cada año se registran nuevos descensos en la tasa de natalidad. Esta nueva configuración social con cada vez más ancianos y menos niños demanda una adaptación de la organización de la empresa, necesitada de mano de obra cualificada, para adecuar, en la medida de lo posible, las necesidades familiares y personales puntuales que pueda tener cualquier persona sujeta a una relación laboral.

De forma extemporánea España ha traspuesto al derecho interno la Directiva 2019/1158 de la Unión Europea. Norma que pretende impulsar un camino de mejoras y homogeneidad en el tratamiento de la conciliación en los distintos países. Se pretende avanzar en medidas de conciliación y en corresponsabilidad, dando respuesta a necesidades urgentes, como el permiso retribuido por fuerza mayor y para cuidadores, así como en medidas de flexibilidad que permitan reorganizar la prestación del trabajo para permitir simultanear el trabajo con la atención y cuidados a familiares y convivientes.

El hecho de que la Directiva 2019/1158 incorpore un concepto más amplio del tradicional sobre quienes se consideran familia, amplía las opciones para solicitar permisos y licencias en la empresa para facilitar la conciliación. Así, con la nueva redacción del artículo 37.3. b) del Estatuto de los Trabajadores incorpora una ampliación cuantitativa y cualitativa del permiso. Por una parte, se incrementa a cinco el número de días de licencia

.....

38 NIETO ROJAS, P., “La transposición de la Directiva 1158/2019., *cit.*., p. 86.

retribuida que puede solicitar el trabajador en caso de accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario. Y, por otra parte, extiende las potenciales personas que requieran cuidado efectivo, además de a familiares, a personas convivientes con el trabajador. Lo que lleva a incluir además del cónyuge, pareja de hecho o parientes hasta el segundo grado por consanguinidad o afinidad, a cualquier familiar consanguíneo de la pareja de hecho, y a cualquier otra persona siempre que conviva con la persona trabajadora en el mismo domicilio, y que requiera su cuidado efectivo.

Junto a ello, se incorpora una segunda modalidad de permiso para atender las vicisitudes urgentes, en el art. 37.9 del Estatuto de los Trabajadores. Se trata de los supuestos de fuerza mayor por motivos familiares urgentes relacionados con familiares o personas convivientes, en caso de enfermedad o accidente que hagan indispensable su presencia inmediata. El precepto remite a la negociación colectiva o al acuerdo de empresa los términos en los que retribuirán tales horas de ausencia, cuya bolsa equivale a un máximo de cuatro días al año.

Además de configurarse una nueva redacción de permisos para situaciones urgentes y de fuerza mayor vinculadas con la salud, el nuevo marco jurídico apunta a las medidas de flexibilidad como herramientas para facilitar la conciliación de la persona y el trabajo. En este ámbito conviene recordar que la tecnología ha revolucionado la forma en que trabajamos y vivimos, y puede ofrecer flexibilidad y autonomía para los trabajadores. Convendrá explorar el teletrabajo como herramienta que puede facilitar la conciliación, y un mejor equilibrio entre la demanda de objetivos del puesto de trabajo, la planificación y la organización de las necesidades personales y familiares.

BIBLIOGRAFÍA

DE LA PUEBLA PINILLA, A. “Trabajo a distancia y teletrabajo: Una perspectiva de género”, *Labos*, Revista de Trabajo y Protección Social, Vol.1, Núm. 3, 2020.

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

GALA DURÁN, C., “Teletrabajo y conciliación de la vida personal, familiar y laboral: El papel de la Ley 10/2021, de la negociación colectiva y de los planes de igualdad”, en *La mujer ante los retos del trabajo 4.0*, (Coor. ROMERO BURILLO, A. M., BARDINA MARTÍN, Y., RODRÍGUEZ ORGAZ, C., Aranzadi, 2023.

- GÓMEZ ABELLEIRA, F., *La nueva regulación del trabajo a distancia*, Tirant lo Blanch, 1a ed., Valencia, 2020.
- NIETO ROJAS, P., “La transposición de la Directiva 1158/2019, de conciliación de la vida laboral y profesional a través del RD 5/ 2023”. *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, mayo a octubre del 23, núm. 7, 2023.
- NIETO ROJAS, P., “Trabajo a distancia y conciliación de la vida laboral y familiar. ¿Es una herramienta eficaz para la igualdad de género?”, en *La mujer ante los retos del trabajo 4.0*, (Coor. ROMERO BURILLO, A. M., BARDINA MARTÍN, Y., RODRÍGUEZ ORGAZ, C., Aranzadi, 2023.
- NÚÑEZ -CORTÉS CONTRERAS, P. y LOUSADA AROCHENA, J.F., *Jornada de trabajo y derechos de conciliación*, Tecnos, 2015.
- POYATOS MATAS, G., *Juzgar con perspectiva de género en el orden social*, Aranzadi, 1a ed., 2022.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “Régimen Jurídico del Teletrabajo”, Aspectos sustantivos y procesales”, *Revista Jurídica de Castilla León*, núm. 54, mayo 2021.
- ROMERO BURILLO, A.M., *El marco regulador del teletrabajo*, Atelier, Barcelona, 2021.
- SELMA PENALVA, A., “La digitalización ¿es realmente una opción de conciliación?, en *Lo que no se dice sobre la igualdad de género*, Aranzadi, 2022.
- SELMA PENALVA, A., “La feminización del trabajo de cuidados ¿Dónde está realmente el problema?, en *Lo que no se dice sobre la igualdad de género*, Aranzadi, 2022.