

POR QUÉ EL NUEVO PERMISO PARENTAL NO CUMPLE CON LOS PLAZOS DE TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA (UE) 2019/1158

María José López Álvarez
Profesora Ordinaria de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Pontificia Comillas (ICADE) de Madrid

Cuando ya parecía que el adelanto electoral había frustrado la transposición de la Directiva de Conciliación, incluida en el proyecto de Ley de Familias, el Real Decreto-Ley “ómnibus” 5/2023, ha “rescatado” las previsiones del proyecto que buscan dar cumplimiento a la obligación de adaptación comunitaria. Se trata, como señala la Exposición de Motivos, de una tarea urgente, por cuanto la Comisión europea ya había advertido a España acerca del retraso, con el riesgo subsiguiente de multa económica.

La adaptación de la Directiva no se ha presentado en ningún momento como una iniciativa ambiciosa. Es cierto que no se requieren modificaciones de gran calado, puesto que, en nuestro ordenamiento, algunos de los contenidos de la Directiva se habían adelantado ya con el Real Decreto-ley 6/2019, como los avances en corresponsabilidad o el derecho de adaptación de las condiciones de trabajo por motivos familiares. Pero se refuerzan los derechos de los trabajadores cuidadores: se reconocen las necesidades de conciliación derivadas de la convivencia y no únicamente del parentesco, se configura un nuevo permiso por fuerza mayor por motivos familiares urgentes, se extiende a cinco días la duración del permiso para la atención por accidente o enfermedad y se amplía la protección frente al despido, entre otros aspectos.

Con todo, una de las novedades más significativas es la regulación de un permiso parental en el art. 48 bis ET. Este nuevo permiso se reconoce como un derecho individual e intransferible, para el cuidado de hijos menores de ocho años, con una duración no superior a ocho semanas, que podrán disfrutarse de manera flexible. En este punto, la Directiva de Conciliación contempla, por su parte, un permiso parental de cuatro meses (5.1), de los cuales, al menos dos meses, tendrán carácter intransferible (5.2). Estos dos meses intransferibles deberán ser, además, retribuidos (8.1). Si bien no se establece un umbral mínimo para esa compensación económica, que quedará a lo que disponga cada Estado miembro (8.3).

El Real Decreto-Ley 5/2023 manifiesta expresamente en su Disposición Final octava, que la transposición de la Directiva de Conciliación es parcial y no abarca la retribución del permiso parental. El plazo límite general para la transposición de la Directiva es el 2 de agosto de 2022 (20.1). Pero para la retribución de las dos

últimas semanas del permiso parental, se fija un plazo de transposición más amplio, hasta el 2 agosto de 2024 (20.2).

Cabe pensar, entonces, que el legislador ha decidido acogerse a este plazo ampliado y diferir en el tiempo la regulación de una cuestión que se antoja problemática, por el coste que conlleva. La ubicación del permiso parental en el art. 48 bis ET sugiere una fórmula suspensiva, en la que la compensación económica se articularía a través de una prestación de la Seguridad Social. Es igualmente factible, sin embargo, que termine por configurarse como un permiso retribuido a cargo de la empresa, tal y como ocurre, por ejemplo, con el permiso para el cuidado del lactante del art. 37.4 ET. Y, en este sentido, como se ha señalado, la Directiva no impone una retribución mínima, por lo que podrían buscarse alternativas que sólo ofrezcan al trabajador una cobertura parcial durante el disfrute del permiso.

Ha de plantearse, no obstante, si la solución del Real Decreto-Ley 5/2023 respeta los límites de transposición previstos por la Directiva. De la obligación de compensar económicamente, como mínimo, dos meses del permiso parental, sólo lo relativo a las dos últimas semanas del mismo podría diferirse hasta el 2 de agosto de 2024. Es decir, que, a fecha de hoy, y habiendo sobrepasado con creces el plazo general de transposición del 2 de agosto de 2022, debería garantizarse la retribución de, al menos, seis semanas del permiso. En este punto, ha de recordarse que la Directiva de Conciliación, recoge, con el fin de facilitar la adaptación de los Estados Miembros, lo que se ha denominado la “cláusula pasarela” (20.6). En virtud de la misma, los derechos de conciliación ya contemplados en los sistemas internos, podrán ser utilizados a efectos de dar cumplimiento a las previsiones de la norma comunitaria, siempre que no se reduzca el nivel general de protección garantizado a los trabajadores en el ámbito de dicha norma. La aplicación de la cláusula pasarela permite salvar la duración más amplia del permiso parental de la Directiva (cuatro meses) frente a las ocho semanas que recoge el art. 48 bis E, considerando que ya se ofrecen en nuestro sistema otros derechos para el cuidado de hijos, como la reducción de jornada o la excedencia. Lo mismo ocurre con la exigencia de retribución de parte del permiso parental, para el caso de los padres y progenitores distintos de la madre biológica. En la medida en que el permiso por nacimiento de hijo tiene en nuestro ordenamiento una duración de dieciséis semanas frente a los diez días que establece la Directiva para el permiso de paternidad, podría utilizarse esa “mejora” para cubrir la exigencia del permiso parental retribuido. En cambio, para las madres biológicas, el permiso de maternidad previsto en la Directiva 92/85/CEE tiene una duración de catorce semanas. La aplicación de la cláusula pasarela, aunque se realice no sólo tomando el excedente de nuestro permiso por nacimiento de hijo (dieciséis semanas) sino también el del permiso por cuidado de lactante, que tiene igualmente carácter retribuido, difícilmente permitiría dar por satisfecha la exigencia de la Directiva.

La conclusión es que el carácter no retribuido del permiso parental introducido en el art. 48 bis ET por el Real Decreto-Ley 5/2023 no permite cumplir con las disposiciones de la Directiva (UE) 2019/1158, al menos en lo que se refiere a las madres biológicas. Será necesaria, pues, una nueva reforma, que debe acometerse con la mayor prontitud, sin que a estos efectos pueda darse por válida la posposición hasta el 2 de agosto de 2024. Pero más allá de los requerimientos de la norma comunitaria, es imprescindible ofrecer a los trabajadores cuidadores, y en este caso

particular a los padres, recursos suficientes para afrontar con garantías los períodos en los que la crianza y el cuidado imponen una mayor dedicación. Por lo que las medidas deben plantearse, sin abandonar la racionalidad, con generosidad y amplitud de miras.

MARÍA JOSÉ LÓPEZ ÁLVAREZ “Por qué el nuevo permiso parental no cumple con los plazos de transposición de la Directiva (UE) 2019/1158”, Briefs AEDTSS, número 52, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2023.