

## LA NUEVA REGULACIÓN DEL PERMISO PARA EL CUIDADO DEL LACTANTE EN EL RD-LEY 7/2023

YOLANDA MANEIRO VÁZQUEZ

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Santiago de Compostela

El 21 de diciembre de 2023 entró en vigor el Real Decreto-ley 7/2023, de 19 de diciembre, por el que se adoptan medidas urgentes para “completar 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. El título, la Exposición de Motivos y la Disposición Final 7ª del referido RD-Ley declaran abiertamente su objetivo: completar -parece entenderse que con carácter definitivo- la hasta ahora [incompleta transposición](#) de la Directiva realizada por el anterior Real Decreto-ley 5/2023. Para ello se modifica, en primer lugar, el permiso para el cuidado del lactante (artículo 1) regulado en el art. 37.4 del ET y, en segundo lugar (artículo 3), el art. 47 del EBEP para la flexibilización de la jornada de los empleados públicos con el fin de garantizar la conciliación de su vida familiar y laboral.

La modificación operada en la redacción del art. 37.4 del ET es, en apariencia, sencilla: se elimina la mención contenida en el segundo párrafo de este, que subordinaba a “los términos previstos en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con la empresa, respetando, en su caso, lo establecido en aquella” la capacidad de la persona trabajadora para sustituir el disfrute de la hora de ausencia para el cuidado del lactante por una reducción de jornada de media hora o por su acumulación en jornadas completas. La nueva redacción del art. 37.4 del ET -tal y como afirma la Exposición de Motivos del RD-ley- “elimina estas restricciones” y, desde una óptica subjetiva, convierte “todas las posibilidades de disfrute, incluida la acumulación de las horas retribuidas de ausencia, en un derecho de todas las personas trabajadoras”, suprimiendo las trabas que a las que el convenio colectivo podía sujetar a dicha acumulación (limitando o reduciendo su duración o incluso excluyendo su disfrute). No obstante, la modificación no ha eliminado [otras trabas](#), no menos importantes. El permiso continúa configurado como una bolsa de horas, cuyo cálculo carece de fecha de inicio, pero presenta una fecha de finalización clara: el cumplimiento por el bebé de la edad de nueve meses, que se ampliará en determinadas circunstancias. El modo de cálculo sigue dependiendo de las horas de trabajo que compongan la jornada de cada persona trabajadora y de los días

laborables que falten para el cumplimiento de la referida edad máxima ([STS 21 de noviembre de 2023, Rjud. 2978/2022](#)). Por consiguiente, los conflictos para determinar su fijación, duración y fecha de disfrute respecto de las personas trabajadoras a tiempo completo y parcial continuarán presentes en los tribunales.

Por otra parte, la aparente sencillez de la modificación decae a la vista de la vinculación del permiso para el cuidado del lactante con el permiso parental, expresamente señalada en la Exposición de Motivos. Este último, regulado por el art. 48.bis del ET, es también fruto de la transposición de la Directiva (UE) 2019/1158 para garantizar a cada persona trabajadora el disfrute de un derecho individual (artículo 5) en forma de permiso de cuatro meses hasta que el hijo o hija alcance una edad máxima de ocho años. Lo relevante es su carácter remunerado (artículo 8), con el objetivo de cambiar las pautas de comportamiento del trabajador varón, ya sea mediante una remuneración o mediante una prestación económica compensatoria del salario dejado de percibir durante su disfrute. Sin embargo, el art. 48 bis del ET no garantiza ningún tipo de remuneración a la persona beneficiaria del permiso, lo que impide entender una [transposición completa](#) de este, como reconoce el segundo párrafo de la Disposición Final octava del RD-ley 5/2023, que lo transpuso.

La Exposición de Motivos del actual RD-ley 7/2023 expone sin subterfugios la intención del legislador de convertir la modificación del permiso por cuidado del lactante en una herramienta que “refuerza y complementa” las carencias derivadas de la transposición del permiso parental, y con ello, de la Directiva (UE) 2019/1158. Para ello se acoge a la denominada “cláusula pasarela” [art. 20.6 de esta], que otorga hasta el 2 de agosto de 2024 “para la remuneración o prestación económica correspondientes a las últimas dos semanas del permiso parental”, en lugar del plazo general de transposición, vencido el 2 de agosto de 2022. Además, permite utilizar los derechos de conciliación ya previstos en el ordenamiento interno para cumplir con las previsiones de la Directiva, siempre y cuando se mantenga el nivel general de protección garantizado por ella. Por consiguiente, la cláusula pasarela permite salvar la diferencia entre la duración del permiso parental, más amplio en la Directiva (cuatro meses) que en el art. 48.bis del ET (ocho semanas), atendiendo, como así lo hace la Exposición de Motivos del RD-Ley 7/2023, a la “pluralidad de derechos de conciliación: reducción o distribución de jornada ex artículo 34.8 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores; reducción de jornada por guarda legal – artículo 37.6– excedencias por el cuidado de los hijos –artículo 46.3– y permiso por lactancia –37.4– del citado texto legal”.

Sin embargo, esta solución difícilmente garantiza el objetivo principal de igualdad entre los sexos y corresponsabilidad al que se dirige la Directiva. Mientras que para los trabajadores varones el permiso por nacimiento de hijo tiene en nuestro ordenamiento una duración de dieciséis semanas retribuidas, frente a los diez días laborables que establece aquella para el permiso de paternidad, para la madre biológica, en cambio, el permiso de maternidad, previsto en la Directiva 92/85/CEE, tiene una duración de catorce semanas. En consecuencia, aunque a las dieciséis semanas de permiso por nacimiento de hijo se sumen los correspondientes días de permiso acumulado por cuidado del lactante, también remunerados, difícilmente

podría alcanzarse la exigencia de la Directiva. Así lo expresó el Consejo de Estado en su [Dictamen](#) del 16 de marzo de 2023: “al introducirse en la Directiva 2019/1158 un nuevo permiso independiente del de maternidad, como es el parental, cuya duración es de cuatro meses, de los cuales al menos dos son intransferibles y deben ser retribuidos, resulta que la UE garantiza a las mujeres un mínimo de 158 días remunerados, que es más de lo que el ordenamiento español reconoce en concepto de permiso por nacimiento (112 días). Ni siquiera sumando a las dieciséis semanas de duración de dicho permiso el período máximo que puede alcanzar el de lactancia (que, en los casos en que se disfruta de manera acumulada, alcanza los 20 días laborables, pudiendo así disfrutarse de un total de 132 días de permisos con derecho a prestación) quedan cubiertos esos 158 días”.

La transposición, por lo tanto, no parece haberse completado a través del RD-ley 7/2023 y, por ello, se anuncian [nuevos permisos](#) en el horizonte de la conciliación.

CITA: YOLANDA MANEIRO VÁZQUEZ, “La nueva regulación del permiso para el cuidado del lactante en el RD-ley 7/2023”, Briefs AEDTSS, número, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 75, 2023.