

El RDL 6/2019 para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación: Dios y el diablo en la tierra del sol

The Royal Decree 6/2019 for the guarantee of equal treatment and opportunities between women and men in employment and occupation: God and the devil in the land of the sun

MARÍA AMPARO BALLESTER PASTOR

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Valencia

orcid id: 0000-0002-3555-2003

Recibido: 11/03/2019

Aceptado: 15/03/2019

doi: <https://doi.org/10.20318/femeris.2019.4763>

Resumen. El artículo es un comentario crítico del contenido y alcance del recientemente aprobado RDL 6/2019 para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación. La valoración positiva que, en general, la norma merece, se basa simplemente en su mera aprobación, que refuerza la idea de que la cuestión de la igualdad efectiva entre hombres y mujeres en el trabajo requiere medidas específicas. Sin embargo, el análisis detallado de los preceptos del RDL 6/2019 que se realiza en el trabajo conduce a la autora a la conclusión de que la mayoría de sus contenidos son insuficientes y que queda pendiente una reforma global y efectivamente transversal susceptible de avanzar efectivamente en el ámbito laboral entre mujeres y hombres. Las insuficiencias se hacen evidentes en el tratamiento que la norma otorga a los planes de igualdad, el permiso para el cuidado del lactante, los permisos parentales, la adaptación de la jornada o el fondo de apoyo a la dependencia. El aspecto más interesante de la norma es la protección que configura frente al despido sin causa, aunque constituye fundamentalmente la transposición al ordenamiento español de la doctrina del TJUE. El permiso de nacimiento que crea el RDL 6/2019 unificando los antiguos permisos de maternidad y paternidad es objeto de especial atención en el artículo, en el que se destaca la necesidad de que el ordenamiento español establezca medidas más comprometidas para avanzar en la corresponsabilidad entre hombres y mujeres.

Palabras clave: discriminación laboral, discriminación por género, legislación antidiscriminatoria.

Abstract. This paper is a critical commentary on the content and scope of the recently approved Royal Decree 6/2019 for the guarantee of equal treatment and opportunities between women and men in employment and occupation. The positive assessment that, in gen-

*amparo.ballester@uv.es

eral, the Royal Decree deserves, is based simply on its mere approval, which reinforces the idea that the issue of effective equality between men and women at work requires specific measures. However, the detailed analysis of the articles of the RDL 6/2019 that is carried out in the work leads the author to the conclusion that the majority of its contents are insufficient and that a global and effectively transversal reform is still pending, capable of effectively advancing in the workplace equality between women and men. The insufficiencies are evident in the treatment that the Royal Decree grants to the equality plans, the permission for the nursing care, the parental leave, the adaptation of the working day or the dependency support fund. The most interesting aspect of the Royal Decree is the protection it sets against dismissal without cause, although it is fundamentally the transposition to the Spanish legal system of the doctrine of the CJEU. The birth permit created by RDL 6/2019 unifying the old maternity and paternity leaves is given special attention in the article, which highlights the need for the Spanish legal system to establish more committed measures to advance in the co-responsibility between men and women.

Keywords: labour discrimination, gender discrimination, non-discriminatory legislation.

Las sensaciones que genera el RDL 6/2019 son bastante contradictorias. Por eso he tomado prestado de Glauber Rocha el título de su película de 1964, aun a riesgo de que parezca tremendista hacer referencia a Dios y al diablo para comentar un simple Real Decreto-Ley sometido no solo a ratificación parlamentaria sino también, de hecho, a ratificación electoral. De un lado, merece una valoración muy positiva que en esta recta final de la legislatura la corrección de la desigualdad por razón de género en el trabajo sea una de las materias sociales de “urgente” tratamiento que forma parte de la batería de decretos aprobados y anunciados por el Gobierno. De otro lado, sin embargo, tanto desde el punto de vista estrictamente técnico formal, como desde la perspectiva jurídico material, la norma aparece como un texto muy mejorable. A continuación se presenta un estudio crítico del RDL que, inevitablemente, destacará sus deficiencias, pero que ante todo pretende plantear mejoras y sugerencias en clave proactiva, con el objetivo de que las normas futuras vayan avanzando en lo que queda pendiente, que lamentablemente sigue siendo demasiado.

El RDL 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, es una norma que podría calificarse de precipitada e insuficiente pero que difícilmente puede calificarse de innecesaria o banal. El preámbulo del RDL comienza exponiendo que la LO 3/2007 de 22 de marzo de 2007 (LOIE) fue un texto de notable relevancia, que pretendía conseguir la igualdad real entre hombres y mujeres, pero que tuvo problemas de efectividad en el ámbito de las relaciones laborales, donde los avances han sido modestos. El RDL nace, pues, como una especie de complemento o actualización de la LOIE. Se presenta en el preámbulo como un texto dirigido a avanzar en la promoción de la igualdad laboral pendiente entre mujeres y hombres, señalando la necesidad de que ello se haga con la misma dimensión integral y transversal que inspiró la LOIE. Y es en este punto donde el preámbulo establece unas expectativas que no se cumplen en el articulado del RDL. En efecto, el texto que se presenta es, en general, correcto y adecuado en el plano de los objetivos generales, aunque insuficiente en algunos aspectos y demasiado puntual en otros. El objetivo de la transversalidad que pretende es, por tanto, bastante cuestionable. Por ejemplo,

el RDL carece de una dimensión procesal que establezca garantías para el cumplimiento de las medidas que se proponen, ni siquiera para corregir los defectos en la tutela contra la discriminación por razón de sexo que desde la LOIE y hasta la fecha se han detectado. Falta claramente una reforma del procedimiento especial de conciliación en el art. 139 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social, como también falta una revisión del procedimiento de oficio o de los sujetos legitimados. Son aspectos instrumentales pero fundamentales, que carecen de la fuerza mediática de otras medidas más vistosas pero que resultan, si cabe, más necesarias para garantizar la efectividad que se pretende. Tampoco la parte correspondiente a la reforma de la Ley General de Seguridad Social es lo extensa que debiera, dado que se limita a regular los nuevos permisos de nacimiento y de cuidado del lactante, prometiendo extensiones de duración de dudosa efectividad (la reciente historia está llena de estas promesas). No se soluciona en el RDL el problema de las lagunas de cotización, que bajo la regulación actual perjudica fundamentalmente a las carreras profesionales más precarias, o sea a las carreras profesionales de las mujeres. Tampoco se regula en el RDL 6/2019 de modo unificado y coherente la seguridad social de los trabajadores/as a tiempo parcial que, a fuerza de sentencias del TJUE en las que se destaca su carácter discriminatorio por razón de sexo, constituye actualmente un espacio complejo y parcheado, que sigue planteando problemas de adecuación a la normativa comunitaria¹. De hecho la reforma operada por el RDL en materia de trabajo a tiempo parcial se limita a una modestísima e innecesaria referencia en el art. 12.4.d a que debe “garantizarse en todo caso la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre mujeres y hombres”, como si esta obligación no naciera directamente de la Constitución y como si el trabajo a tiempo parcial en su configuración actual no fuera una figura defectuosa en nuestro ordenamiento. Ni siquiera la reforma de la LISOS en materia sancionadora (que se limita en el RDL 6/2019 a una corrección puntual menor en materia de planes de igualdad) tiene la suficiente entidad como para terminar con la sensación de impunidad en materia discriminatoria que se advierte en el mundo laboral. Particularmente llamativo es que no se haya abordado siquiera el trabajo al servicio del hogar familiar. En fin, el RDL 6/2019 es una norma precipitada e insuficiente, que corrige aspectos bastante evidentes y que, previsiblemente, no será capaz de asegurar la efectividad en la tutela antidiscriminatoria por razón de sexo que pretende. Su mayor interés es su mera existencia, no por lo que altera efectivamente, sino por la llamada de atención que realiza respecto a la necesidad de que dicha alteración normativa se realice en algún momento.

El RDL 6/2019 parece surgido de la nada, pero en realidad cuenta con antecedentes de notable interés que en su gran mayoría se encuentran en el Registro de las Cortes Generales bajo la forma de proposiciones de ley para la igualdad entre mujeres y hombres, y a las que el RDL lamentablemente no ha prestado toda la atención necesaria. Algunas de ellas son las siguientes: (i) Proposición de ley para la igualdad retributiva entre mujeres y hombres registrada en el Congreso el 24 de octubre de 2017 (BOCG de 10 de no-

¹ Por medio de Auto del TSJ de Castilla León de 18 de enero de 2018 se planteó cuestión prejudicial ante el TJUE cuestionando la legalidad comunitaria del sistema de coeficiente de parcialidad que actualmente se aplica para el acceso a pensiones por parte de los trabajadores a tiempo parcial.

viembre de 2017) por el grupo confederal Unidos Podemos-En Marea-En Comú Podem. Admitida a trámite y con enmiendas presentadas y publicadas (BOCG 11 de diciembre de 2018); (ii) Proposición de ley para garantizar la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en materia retributiva registrada en el Congreso el 27 de febrero de 2018 (BOCG de 2 de marzo de 2018) por el Grupo Socialista; (iii) Proposición de ley para garantizar la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación registrada en el Congreso el 7 de marzo de 2018 (BOCG de 16 de marzo de 2018) por el Grupo Socialista. Admitida a trámite y con enmiendas presentadas y publicadas (BOCG de 17 de enero de 2019); (iv) Proposición de ley relativa a la reforma del sistema de permisos y prestaciones para el cuidado y atención de menores por parte de sus progenitores/as, en casos de nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento registrada en el Congreso el 3 de mayo de 2018 (BOCG de 7 de mayo de 2018) por el Grupo Confederal Unidos Podemos-En Marea-En Comú Podem (v) Proposición de ley de tiempo de trabajo corresponsable registrada en el Congreso el 13 de noviembre de 2018 (BOCG de 16 de noviembre de 2018) por el Grupo Confederal Unidos Podemos-En Marea-En Comú Podem. Estas numerosas proposiciones han ido planteando detalladamente interesantes soluciones a la desigualdad laboral entre mujeres y hombres. Respecto de algunas materias se han abierto incluso interesantes debates a partir de las enmiendas presentadas. Sin embargo, aunque en algunos aspectos el RDL 6/2019 recoge algunas materias de estas proposiciones, lo cierto es que ha adoptado las menos comprometidas y más evidentes. No se sabe bien si la modestia de algunos tratamientos en el RDL es fruto de que no correspondía hacer otra cosa por vía de RDL (hay que recordar que solo puede regular lo urgente y extraordinario de acuerdo con el art. 86 de la Constitución) o es más bien fruto de una hoja de ruta demasiado precipitada. En todo caso, dadas las expectativas creadas y dado el extenso material pre-legislativo existente, el RDL deja cierta sensación de frustración. Incluso preocupa que, en el hipotético caso de que tras las elecciones se configurara un Gobierno favorable a la promoción de la igualdad de las mujeres y los hombres en el trabajo, se considerara ya cumplida por medio de este RDL la obligación que compete a los Poderes Públicos de promover la igualdad real entre hombres y mujeres (art. 9.2 CE). El RDL 6/2019 crea cierta desesperanza en quien lo lee porque da la sensación de que las numerosas propuestas realizadas en las proposiciones de ley han sido una especie de espejismo. La precipitación del RDL, sus inexactitudes, imprecisiones y defectos, degradan de nuevo el tratamiento de la discriminación por razón de sexo. Da la sensación de que la preocupación por la efectividad no es real, y que no existen más iniciativas que las dirigidas a seguir en el ámbito de los grandes conceptos. Y, sobre todo, da la sensación de que esto es todo lo que cabe esperar.

Pero el contenido, insuficiente y precipitado del RDL 6/2019, no es el mayor de sus problemas. El principal reto al que se enfrenta es que resulta bastante difícil encontrar razones de extraordinaria y urgente necesidad susceptibles de justificar la utilización del RDL en los términos exigidos por el art. 86 de la Constitución Española. El párrafo tercero del preámbulo del RDL 6/2019 hace referencia a que la actuación por vía de RDL resulta necesaria y urgente porque “la mitad de la población está sufriendo una fuerte discriminación

y está viendo afectados sus derechos fundamentales”, como si la discriminación laboral por razón de sexo hubiera surgido o se hubiera detectado en los últimos días. Acto seguido, el preámbulo señala que una sociedad “moderna” como la española, enfrentada al reto de la “Revolución Industrial 4.0” no puede asumir más retrasos, sobre todo dada la infrarrepresentación femenina en las profesiones tecnológicas, por lo que las políticas públicas de igualdad “deben remover los obstáculos que impiden el acceso y desarrollo de los mujeres en los ámbitos de la ciencia, la investigación y la tecnología”. Llama la atención esta referencia a la ciencia y tecnología en relación a la inserción laboral de las mujeres que hace el preámbulo porque el RDL 6/2019 en su articulado no hace, lamentablemente, ninguna referencia a la lucha contra la segregación laboral, ni en general, ni referida específicamente al fomento de la inserción laboral femenina en los puestos de naturaleza tecnológica. Da la sensación de que la justificación de concurrencia de extraordinaria y urgente necesidad en el preámbulo ha sido realizada por alguien que desconocía el contenido del RDL. Otros argumentos que se presentan también en el preámbulo son tan generales que resultan difícilmente admisibles y refuerzan la idea de que la justificación de extraordinaria y urgente necesidad se ha rellenado como si fuera una plantilla: se refiere en el cuarto párrafo del preámbulo que la persistencia de una situación no es óbice a que pueda regularse por medio de legislación de urgencia y que el carácter estructural de una situación no impide que constituya un supuesto de extraordinaria y urgente necesidad. No se sabe bien si esta redacción es fruto de la resignación de quien no puede justificar lo imposible o si es mera consecuencia (otra vez) de la precipitación (tal vez de ambas). Y no solo la posibilidad de una declaración de inconstitucionalidad amenaza la pervivencia de este RDL, sino también la inminencia de una nueva composición del Parlamento que pueda conducir a que el RDL sea derogado o, más sencillamente, a que no se ponga en marcha el desarrollo de sus medidas más novedosas (planes de igualdad y permiso por nacimiento del padre, que tienen establecida una aplicación gradual).

En fin, las argumentaciones del preámbulo reflejan bastante bien el espíritu del RDL: el Gobierno con este texto muestra buena voluntad (si puede entenderse por tal la simple identificación de la existencia de discriminación por razón de sexo y la intención de hacer lo posible por erradicarla), aunque sin atreverse a establecer las medidas adecuadas y definitivas para luchar efectivamente contra la discriminación. La experiencia de casi doce años transcurridos desde la aprobación de la LOIE y de cinco proposiciones de ley registradas (dos de ellas con fase de presentación de enmiendas ya concluida) podía haber dado mucho más de sí. Hay, asimismo, una gran diferencia en la intensidad reguladora de los diferentes temas que se tratan: el permiso de nacimiento (en su versión de permiso del otro progenitor -o permiso de paternidad-) es la principal innovación, en volumen y detalle de tratamiento. Se diluyen en el RDL, sin embargo, temas de enorme importancia como la adaptación de jornada o los permisos parentales. Otros temas quedan en un espacio intermedio y algo decepcionante, como la discriminación retributiva, los planes de igualdad o incluso el llamado permiso para el cuidado del lactante (antiguo permiso de lactancia). Muchos temas relevantes, lamentablemente, son sencillamente inexistentes (tiempo parcial, organización del tiempo de trabajo, tratamiento procesal racional de los conflictos por conciliación de responsabilidades...)

Seguidamente se presenta un comentario crítico del contenido y alcance del RDL 6/2019. No es un estudio doctrinal al uso sino un comentario inmediato, lo que explica la fórmula expositiva y su estructura. Se presentan en epígrafes diferenciados los temas fundamentales del RDL: 1. Los planes de igualdad (art. 1 y 6 RDL 6/2019); 2. La discriminación retributiva (art. 2 RDL 6/2019); 3. El permiso por nacimiento de hijo (art. 2, 3, 4, 7 y DA única RDL 6/2019); 4. El permiso para el cuidado del lactante (art. 2, 3, 4 y 7 RDL 6/2019); 5. Otros permisos parentales (art. 2 y 3 RDL 6/2019); 6. El derecho a la adaptación de la jornada (art. 2 RDL 6/019); 7. La protección frente al despido (art. 2 RDL 6/2019); 8. La protección de la dependencia (art. 4 y 5 RDL 6/2019)

1. Los planes de igualdad

La primera de las medidas que acomete el RDL es la reforma de los planes de igualdad. Un sumario de las nuevas medidas que establece es el siguiente: (i) La obligación de elaborar planes de igualdad se amplía a mayor número de empresas, porque deja de referirse solo a aquellas de más de 250 trabajadores para aplicarse a todas las que tienen más de 50 (art. 45 LOIE). Se establece un periodo transitorio para las empresas que hasta el momento no tenían esta obligación (un año desde la publicación de la ley para las empresas entre 150 y 250 trabajadores; dos años para las empresas entre 100 y 150 trabajadores; y tres años para las empresas entre 50 y 100 personas); (ii) Se crea un registro de planes de igualdad, como parte de los registros de convenios y acuerdos colectivos de trabajo (art. 46.4 LOIE), en el que las empresas deberán inscribir sus planes de igualdad (art. 46.5 LOIE); (iii) Se establecen una serie de materias que tienen que ser objeto obligatorio de diagnóstico, teniendo este diagnóstico que ser negociado con la representación de los trabajadores en el seno de la comisión negociadora del plan de igualdad, para lo cual la empresa tendrá que facilitar la información documental necesaria (incluido el registro salarial al que se refiere el nuevo art. 28.2 ET). Estas materias que obligatoriamente deben formar parte del diagnóstico son las siguientes (art. 46.2 LOIE): *Proceso de selección y contratación; Clasificación profesional; Formación; Promoción profesional; Condiciones de trabajo, incluida la auditoría salarial entre mujeres y hombres; Ejercicio corresponsable de los derechos de la vida personal, familiar y laboral; Infrarrepresentación femenina; Retribuciones; Prevención del acoso sexual y por razón de sexo*; (iv) La forma de los planes de igualdad queda inalterada porque se mantiene tal cual la redacción del actual art. 46.1 LOE, en el que se establece que los planes son un conjunto ordenado de medidas posterior a un diagnóstico, que debe contener objetivos concretos, estrategias, prácticas a adoptar así como sistemas eficaces de seguimiento y evaluación. La única diferencia es que el nuevo art. 46.2 LOIE establece que debe ser un conjunto ordenado de medidas “evaluables dirigidas a remover los obstáculos que impidan o dificulten la igualdad efectiva de mujeres y hombres”; (v) Se establece el desarrollo reglamentario del *diagnóstico, los contenidos, las materias, las auditorías salariales, los sistemas de seguimiento y evaluación de los planes de igualdad; así como el Registro de Planes de Igualdad, en lo relativo a su constitución,*

características y condiciones para la inscripción y acceso; (vi) Se establece una corrección en el art. 7.13 LISOS a efectos de que se considere infracción grave el incumplimiento de las obligaciones en materia de planes de igualdad establecidos no solo en el ET y en los convenios (como establecía este precepto hasta ahora), sino también en la LOIE.

La ampliación del ámbito aplicativo de los planes de igualdad (al pasar la referencia de 250 a 50 trabajadores) que realiza el RDL 6/2019 parece una medida de interés, puesto que amplía el ámbito de los sujetos obligados y protegidos por la acción de los planes de igualdad. Y sin duda sería así si los planes de igualdad fueran efectivamente mecanismos efectivos para la identificación y corrección de la discriminación en las empresas. Sucede, sin embargo, que los planes de igualdad son, en demasiadas ocasiones, textos no adaptados a la situación concreta de cada empresa. Lamentablemente son demasiado frecuentes los planes de igualdad estandarizados, demasiado parecidos unos a otros, no solo en relación a empresas de similares características, sino en relación a la empresa contratada para realizarlos. En principio, la necesidad de que los planes de igualdad sean negociados (como ha recordado el TS, por todas, en STS de 13 de septiembre de 2018, Rec. 213/2017) debiera servir para reforzar el carácter específico y concreto de los planes de igualdad, pero lo cierto es que las similitudes entre planes surgen incluso entre los planes negociados.

El nuevo art. 46.2 LOIE establece que los planes deben contener medidas “evaluables dirigidas a remover los obstáculos que impidan o dificulten la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, con lo que añade poco a lo que ya establece el inalterado art. 46.1 LOIE² respecto a cuales deben ser los criterios para la elaboración de un plan de igualdad. Para reforzar la necesidad de que los planes diagnostiquen bien, establezcan medidas concretas y tengan mecanismos de monitorización hubiera sido más efectivo que se estableciera de modo más claro y rotundo. Ciertamente, el actualmente vigente art. 46.1 LOIE ya está formulado en modo imperativo pero sus referencias están realizadas de modo no demasiado comprometido.

Un aspecto interesante del RDL 6/2019 en relación con los planes de igualdad es que establece los contenidos obligatorios que todos deben contener (art. 46.2 LOIE). De este modo se pretende evitar que los planes terminen funcionando como una especie de bufet libre en el que se escogen los temas más convenientes, sin que necesariamente coincidan con los más necesarios. Sucede, sin embargo, que algunas de las referencias a estas materias de tratamiento obligatorio en los planes de igualdad resultan demasiado ambiguas e imprecisas. Así, por ejemplo, en lugar de “Condiciones de trabajo, incluida la auditoría salarial entre mujeres y hombres”, debiera haberse establecido un apartado separado para la igualdad retributiva, y no una simple referencia a la auditoría salarial (aunque ésta sea su expresión). Asimismo, en lugar de “Ejercicio corresponsable de los derechos de la vida personal, familiar y laboral” debiera haberse establecido otra fórmula más clara y concre-

² Art. 46.1 LOIE: 1. Los planes de igualdad de las empresas son un conjunto ordenado de medidas, adoptadas después de realizar un diagnóstico de situación, tendentes a alcanzar en la empresa la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres y a eliminar la discriminación por razón de sexo./ Los planes de igualdad fijarán los concretos objetivos de igualdad a alcanzar, las estrategias y prácticas a adoptar para su consecución, así como el establecimiento de sistemas eficaces de seguimiento y evaluación de los objetivos fijados.

ta, que incluyera expresamente la adaptación del puesto de trabajo y de las condiciones del mismo. Habrá que esperar al desarrollo reglamentario al que hace referencia el art. 46.6 de la LOIE según redacción dada por el RDL 6/2019 para saber el alcance que deben tener los planes de igualdad en relación con el diagnóstico, los contenidos, las materias, las auditorías salariales, los sistemas de seguimiento y evaluación.

El registro de los planes de igualdad que prevé el RDL 6/2019 es un mecanismo interesante para la publicidad y conocimiento general de los planes de igualdad, pero es improbable que el registro pueda cumplir una función de garantía de la correcta ejecución de los planes de igualdad. Sería necesario que se estableciera algún mecanismo de control de su adecuación, ya fuera en el momento del registro o en algún otro anterior o posterior. El control de calidad anterior al registro podría producirse durante la elaboración del plan de igualdad, si durante su elaboración se contara con la intervención de organismos públicos como el Instituto de la Mujer y de la Igualdad de Oportunidades u órganos equivalentes de las Comunidades Autónomas. Es innecesario señalar que esta opción requeriría un nivel de implicación mayor por parte de tales organismos, cuya actuación debiera venir facilitada por una legislación que estableciera competencias más concretas y también por un mayor volumen de inversión. Por cierto, queda pendiente una reforma normativa del Instituto de la Mujer y de la Igualdad de Oportunidades que refuerce sus competencias, que asegure su neutralidad respecto al Gobierno y que incremente la calidad técnica de sus actuaciones. Podría también establecerse un sistema de control de calidad del plan de igualdad simultáneo al registro, por parte de la Autoridad Laboral encargada del mismo o por derivación a órganos especializados como el Instituto de la Mujer y de la Igualdad de Oportunidades, aunque en este caso probablemente nos encontraríamos con similares problemas a los que se acaban de describir. La intervención en el control de los planes de igualdad por parte de la Autoridad Laboral encargada del registro de los convenios y acuerdos colectivos³ sería tan improbable como el control de legalidad básico que teóricamente debieran realizar y que, de hecho, nunca se produce. La previsión que establece actualmente el art. 90.6 ET de que en caso de duda acerca de posibles contenidos discriminatorios en los convenios colectivos se solicite asesoramiento del Instituto de la Mujer y para la Igualdad de Oportunidades tampoco suele utilizarse, por lo que es improbable que empiece a utilizarse para el caso del registro de los planes de igualdad. Otra posibilidad sería que la Inspección de Trabajo pudiera detectar planes de igualdad inadecuados. Sucede, sin embargo, que no se prevé ninguna sanción en la LISOS para el caso de incorrecta realización de un plan de igualdad por lo que la Inspección de Trabajo no tiene capacidad para levantar acta de infracción cuando algún plan de igualdad no se adecua a la realidad de la empresa. Ninguna de estas posibilidades ha sido incorporada por el RDL 6/2019, por lo que previsiblemente los planes de igualdad seguirán siendo un espacio liberado del control de adecuación y, por tanto, en buena parte inefectivos.

³ Art. 90.5 ET. Si la autoridad laboral estimase que algún convenio conculca la legalidad vigente o lesiona gravemente el interés de terceros, se dirigirá de oficio a la jurisdicción social, la cual resolverá sobre las posibles deficiencias previa audiencia de las partes, conforme a lo establecido en la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social.

Otra cuestión de gran importancia que queda sin resolver en el RDL 6/2019 es el de las sanciones efectivas en materia de planes de igualdad. El actual marco sancionador es notablemente impreciso. Poco resuelve la reforma que establece el RDL 6/2019 del art. 7.13 LISOS incorporando una referencia expresa a la LOIE. Debiera establecerse un marco coherente de sanciones en el que se diferenciara entre incorrecta elaboración de un plan de igualdad (cuando no se adecuara a la realidad de la empresa o no se regularan adecuadamente los contenidos mínimos), incorrecto cumplimiento de lo establecido en la norma o convenio respecto a los planes de igualdad (cuando concurrieran defectos formales o de procedimiento en la elaboración del plan de igualdad, incluyendo la falta de registro), y falta de cumplimiento de lo establecido en los planes de igualdad (cuando no se cumplieran los compromisos, los plazos, los seguimientos y las adaptaciones). Las referencias actuales en el art. 7.13 LISOS⁴ y en el art. 8.17 LISOS⁵ resultan claramente imprecisas.

En el RDL 6/2019 se intenta incorporar la obligación de que los planes de igualdad sean negociados, pero no se hace con la suficiente contundencia, de modo que al final da la sensación de que la negociación se refiere tan solo al diagnóstico. En efecto, en la redacción que se propone en el RDL 6/2019 del art. 46 (en dos ocasiones) parece que solo debe negociarse el diagnóstico cuando debiera ser objeto de negociación todo el plan de igualdad (incluyendo medidas concretas y, sobre todo, medidas de monitorización y control). Estas menciones del art. 46.2 LOIE conforme al RDL 6/2019 de que solo debe ser objeto de negociación la fase de diagnóstico podría legitimar que el resto de actuaciones (medidas y sistemas de seguimiento y monitorización) fueran consideradas de competencia empresarial exclusiva, lo que claramente ni promovería la corrección de la desigualdad en las empresas ni favorecería la implicación de los representantes de los trabajadores en la configuración de las políticas de igualdad en la empresa.

2. La discriminación retributiva

El RDL 6/2019 realiza pocas modificaciones normativas con relación a la igualdad retributiva, lo que resulta llamativo porque en este ámbito existen dos extensas proposiciones de ley registradas, una de ellas (la registrada el 24 de octubre de 2017 por el grupo confederal Unidos Podemos-En Marea-En Comú Podem) con la fase de presentación de enmiendas ya concluida. Lo más llamativo de ambas proposiciones era su transversalidad real. Tenían como principal objetivo la efectividad de la igualdad retributiva y, al efecto, se detenían en aspectos instrumentales y complementarios dirigidos a asegurar su eficacia. La transversalidad del RDL 6/2019 es, sin embargo, bastante limitada en esta materia. Sus contenidos son los siguientes: (i) El RDL establece la reforma del art. 9.3 ET a efectos de

⁴ Art. 7.13.LISOS:(Constituye infracción grave) *No cumplir las obligaciones que en materia de planes y medidas de igualdad establecen la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, el Estatuto de los Trabajadores o el convenio colectivo que sea de aplicación.*

⁵ Art. 8.17.LISOS (Constituye infracción muy grave) *No elaborar o no aplicar el plan de igualdad, o hacerlo incumpliendo manifiestamente los términos previstos, cuando la obligación de realizar dicho plan responda a lo establecido en el apartado 2 del artículo 46 bis de esta Ley.*

que, en caso de nulidad por discriminación “salarial” (sic) el trabajador tenga derecho a la retribución correspondiente al trabajo igual o de igual valor; (ii) Se modifica el art. 22.3 ET que incorpora una referencia expresa a la necesidad de que la definición de grupos profesionales se base “en un análisis correlacional entre sesgos de género, puestos de trabajo, criterios de encuadramiento y retribuciones”; (iii) Se establece asimismo una definición de trabajo de igual valor. El art. 28.2 ET conforme a la redacción aportada por el RDL 6/2019 establece lo siguiente: *Un trabajo tendrá igual valor que otro cuando la naturaleza de las funciones o tareas efectivamente encomendadas, las condiciones educativas, profesionales o de formación exigidas para su ejercicio, los factores estrictamente relacionados con su desempeño y las condiciones laborales en las que dichas actividades se llevan a cabo en realidad sean equivalentes.* (iv) Se establece el derecho de los representantes de los trabajadores a recibir informes anuales sobre el registro salarial previsto en el art. 28.2 ET (art. 64.3 ET) y se incluye una expresa referencia a que entre las tareas de vigilancia de la aplicación del principio de igualdad entre hombres y mujeres que corresponde a los representantes de los trabajadores se incluya la materia “salarial” (sic) (art. 64.7.a ET) (v) se establece la obligación de que todos los empresarios lleven un registro con los valores medios de los salarios, complementos salariales y percepciones extrasalariales desagregados por sexo y distribuidos por grupos profesionales o puestos de trabajo iguales o de igual valor. El acceso a este registro por parte de los trabajadores se puede hacer por medio de la representación legal de los trabajadores; (vi) Se establece la presunción de existencia de discriminación retributiva cuando en las empresas con al menos cincuenta trabajadores el promedio de las retribuciones a los trabajadores de un sexo sea superior a los del otro en un 25% o más, tomando como referencia el conjunto de la masa salarial o la media de las percepciones satisfechas. El empresario deberá incluir en el registro salarial una justificación de que la eventual diferencia responde a motivos no relacionados con el sexo de la persona trabajadora.

Lo más llamativo del nuevo artículo 28 ET es la insistencia en utilizar como referencia las percepciones estrictamente salariales, olvidando que la igualdad retributiva entre mujeres y hombres se refiere a todo tipo de percepciones. Así se establece expresamente en el art. 28.1 ET primer párrafo (inalterado por el RDL 6/2019) y en el art. 4 de la Directiva 2006/54. En el RDL 6/2019 se hace referencia a que este registro “salarial” debe contener valores medios de los salarios, de complementos salariales y de percepciones extrasalariales, lo que solo en parte sirve para corregir el defecto de su denominación, porque una referencia extensiva a cualquier tipo de retribución, en los términos establecidos en el art. 28.1 primer párrafo ET y en el art. 4 de la Directiva 2006/54 hubiera sido, sin duda, más adecuada. De cualquier modo resulta interesante que por medio de este registro, finalmente la normativa española se acomoda a la recomendación de transparencia retributiva de la Comisión Europea de 7 de marzo de 2014. Debe señalarse, sin embargo, que el RDL 6/2019 en esta materia no va a situar a España, precisamente, entre los países más avanzados en materia de transparencia retributiva. De hecho el RDL 6/2019 ha optado por un sistema relativamente cómodo de información a los representantes de los trabajadores por medio de su acceso a un registro. Pero los trabajadores no pueden acceder directamente

a dicho registro, sino solo a través de sus representantes, lo que hace que la transparencia desaparezca en las empresas sin representantes y, por tanto, en todas las que tienen menos de diez trabajadores (que son las que mayoritariamente dan empleo en nuestro país). De otro lado, el sistema de información a los representantes incluso en las empresas en las que éstos existan, no garantiza suficientemente que los datos lleguen a los trabajadores/as afectados. En definitiva, el sistema de transparencia retributiva configurado presenta deficiencias importantes. En la proposición de ley para la igualdad retributiva registrada el 24 de octubre de 2017 se establecía un sistema de información retributiva desglosada que debía estar en las nóminas de los trabajadores y que por tanto era inmediatamente accesible para estos. Debe recordarse que la transparencia plena en los datos promediados es un elemento fundamental porque permite establecer los indicios que permiten invertir la carga de la prueba y hacer que sea el empresario el que justifique la diferencia.

El registro salarial que se establece por el RDL 6/2018 tiene un problema adicional de no escasa trascendencia: no se ha previsto ninguna sanción específica para el caso de incumplimiento, por lo que la falta de existencia del mismo o su elaboración defectuosa no tiene más sanción que la correspondiente a las infracciones leves conforme a lo establecido en el art. 6.7 LISOS⁶. Se echa en falta, asimismo, la previsión de un desarrollo reglamentario para la determinación del contenido exacto de la obligación de registro porque es demasiado general e imprecisa la información de los “valores medios” (¿medias o medianas?) que debe contener. Tampoco se entienden bien los parámetros de referencia para dicho promedio, que el RDL 6/2019 refiere a “grupos profesionales, categorías profesionales o puestos de trabajo iguales o de igual valor”. Ciertamente el sistema de acotamiento es complicado dada la variedad de sistemas de clasificación profesional, pero pretender que el asunto se solucione por medio de una referencia general a los trabajos de igual valor no es demasiado realista. La complejidad de los parámetros de comparación requería de un desarrollo reglamentario que el RDL no ha querido contemplar, con lo que está legitimando cualquier opción empresarial en su realización lo que presumiblemente conllevará que se consideren como trabajos de igual valor a efectos del registro salarial aquellos más favorables a la empresa. Teniendo en cuenta que no se han configurado sanciones efectivas, y que no se prevén mecanismos para controlar la corrección de los datos, el registro más que un beneficio para los trabajadores puede ser un obstáculo difícil de salvar en las reclamaciones por discriminación retributiva.

También puede originar problemas la redacción que incorpora el RDL 6/2019 del art. 9.3 ET, en tanto en cuanto señala que en caso de nulidad por discriminación salarial el trabajador tendrá derecho a la “retribución correspondiente al trabajo igual o de igual valor”. Probablemente lo que pretendía el RDL era garantizar la retribución más alta a quien ganaba un proceso por discriminación retributiva, pero con la formulación utilizada no se consigue necesariamente este efecto porque parece legitimarse también la posibilidad de condenas a la equiparación a la baja.

⁶ Art. 6.7 LISOS: (Son infracciones leves) *Cualesquiera otros incumplimientos que afecten a obligaciones meramente formales o documentales.*

Salvo los defectos señalados y aunque se echa de menos una batería de medidas efectivamente transversal e intensa en todos los ámbitos (particularmente en materia procesal y sancionadora) lo cierto es que muchas de las alteraciones que propone el RDL 6/2019 en materia de lucha contra la discriminación retributiva son interesantes: el concepto de trabajo de igual valor que se propone es adecuado, como también lo es la referencia expresa a la necesidad de que la definición de grupos profesionales se base “en un análisis correlacional entre sesgos de género, puestos de trabajo, criterios de encuadramiento y retribuciones”. Con esta compleja expresión parece que la norma está requiriendo, al menos, que los convenios contengan los criterios necesarios para que opere la valoración de puestos, aunque hubiera sido más operativa una formulación más sencilla. También hubiera sido conveniente que estos criterios de valoración se refirieran a todos los niveles de la clasificación profesional y no solo a los grupos profesionales. También es de notable interés la presunción de existencia de discriminación retributiva (a efectos de determinación de indicios) cuando el porcentaje diferencial de las retribuciones percibidas sea superior al 25%, aunque se queda corto de nuevo en lo que guarda relación con el parámetro de referencia porque aplica esta presunción tan solo al conjunto de la masa salarial o a la media de las percepciones satisfechas. La presunción hubiera sido de mayor utilidad si se hubiera referido también a las percepciones dentro de grupos profesionales o de otros niveles inferiores en la clasificación profesional. Pero ello requería una mayor implicación normativa en la determinación de los parámetros de referencia que el RDL no ha querido asumir ni en este momento ni por vía de desarrollo reglamentario.

3. El permiso por nacimiento de hijo

El permiso por nacimiento de hijo es uno de los aspectos del RDL 6/2019 que ha suscitado mayor interés mediático. Dentro del nuevo concepto de permiso de nacimiento se encuentra el antiguo permiso de paternidad (o del otro progenitor), cuya ampliación hasta tener la misma duración que el antiguo permiso de maternidad (16 semanas con carácter general) ha sido destacado como el principal contenido del RD 6/2019, al menos en los medios de comunicación. Debe decirse, en todo caso, que la equiparación a 16 semanas que opera el RDL entre los antiguos permisos de maternidad y paternidad no se hará efectiva hasta 2021, aplicándose hasta entonces un complejo entramado de aumento progresivo que diferencia entre el tramo obligatorio de seis semanas y el restante⁷, y que también establece peculiaridades para el permiso de adopción⁸. El efecto inmediato es

⁷ Desde la entrada en vigor del RDL 6/2019 el permiso de nacimiento diferente a la madre biológica será de 8 semanas, dos de ellas obligatorias; A partir de 2020 la duración total será de doce semanas, siendo las cuatro primeras obligatorias; en 2021 se producirá la equiparación total por medio del reconocimiento de dieciséis semanas total, seis de ellas obligatorias (DT 13 ET y DT 9 EBEP). La DT 13 ET establece precisiones transitorias particulares para el caso de fallecimiento de la madre y transferencia al padre que, sin embargo, no se contemplan en la DT 9 EBEP.

⁸ Para el permiso de adopción la DT 13 ET establece un sistema de ampliación gradual del mismo que también daría lugar a la equiparación en 2021, pero que hasta entonces se disfrutaría en torno a periodos obligatorios de seis semanas para cada sujeto beneficiario, y a un periodo restante global que podría ser distribuido libremente por estos, e incluso acumulado en uno solo de ellos. De este modo el objetivo de la intransferibilidad quiebra ostensiblemente en el régimen

que, a partir de la entrada en vigor del RDL 6/2019 el permiso para el otro progenitor asciende a ocho semanas, aumentándose en tres respecto a las cinco hasta ahora establecidas. Ahorraré al lector la exposición detallada de este periodo transitorio, particularmente porque recuerda demasiado el compromiso de ampliación a cuatro semanas del permiso de paternidad que contenía la LO 3/2007, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres (LOIE) y que tardó diez años en hacerse efectivo (el permiso de paternidad de cuatro semanas se estableció con efectos desde el 1 de enero de 2017).

Curiosamente, el cambio de nombre a “permiso de nacimiento”, que es lo que más llama la atención desde una perspectiva estrictamente jurídica, apenas ha trascendido en las informaciones difundidas por los medios, que, por cierto, en sus crónicas han seguido haciendo referencia al permiso de paternidad. La equiparación en la duración de los antiguos permisos de maternidad y paternidad tiene, como se sabe, una función estricta de fomento del reparto de responsabilidades. Por ello si no se disfruta se pierde. Esta es la razón por la que no tiene carácter transferible. Bajo esta concepción, que es la única que justifica la figura, la función del cuidado del menor es secundaria. El cambio de nombre a “permiso de nacimiento” que realiza el RDL 6/2019 es discutible precisamente por esta razón: si se hiciera expresa referencia al permiso de “paternidad” (que, por cierto, es la terminología mayoritaria en los países de la Unión Europea y es también la terminología usada en la propuesta de Directiva de 2017) se reforzaría su función de promoción de la corresponsabilidad. El cambio terminológico a “permiso de nacimiento” del RDL da una falsa (o, al menos, confusa) sensación de que su función primordial es el cuidado, aunque insista en su carácter intransferible. No puede olvidarse que las normas deben elaborarse pensando también en quienes podrían encargarse de legislar y gobernar con posterioridad, y cabe la posibilidad de que éstos carezcan de las mismas convicciones de quienes las hicieron. Si no se refuerza el término “paternidad” nada impide que posteriores Gobiernos, no tan conscientes de la cuestión corresponsabilizadora, eliminen sin planteárselo la referencia a la intransferibilidad considerando que el bien principal es el cuidado del menor. De este modo, el “permiso de nacimiento” terminaría siendo “disfrutado” en su totalidad por las madres, lo que empeoraría considerablemente su situación laboral respecto a la actual. La terminología usada en el ámbito de la prestación de seguridad social es, si cabe, más criticable: el capítulo VI del título II LGSS que contiene las antiguas prestaciones de maternidad y paternidad tras el RDL 6/2019 se llama “Nacimiento y cuidado de menor”.

La unificación conceptual en el nuevo permiso de nacimiento se refleja en el art. 48.4 ET; en el art. 49. a, b, c y d del RDL 5/2015, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP); y en el art. 4.3 (y otros) de la Ley 20/2007, del Estatuto del Trabajador Autónomo (LETA). Las diferencias entre ellos son pocas y de escasa trascendencia en el fondo. Por ejemplo, el permiso de nacimiento del otro progenitor en el EBEP se trata en el mismo apartado de la adopción; y en LET el permiso de nacimiento opera a modo de remisión

transitorio del permiso de nacimiento por adopción, dado que es más que previsible que esta bolsa de horas de libre distribución entre adoptantes termine recayendo en la mujer si se trata de una unidad familiar heterosexual.

y es considerablemente más breve. Dadas las similitudes en las páginas que siguen se hará referencia preferentemente al art. 48.4. ET en el bien entendido de que, salvo que se señale lo contrario y con las lógicas salvedades motivadas por la diferente estructura de los textos de referencia, el RDL 6/2019 establece básicamente lo mismo para EBEP y LETA. El art. 48.4 ET regula en su primer párrafo el permiso de nacimiento para la madre biológica con una duración de 16 semanas, seis de ellas obligatorias post parto. En su segundo párrafo el art. 48.4 establece el permiso de nacimiento para el progenitor distinto de la madre biológica con una duración total también de dieciséis semanas e incluso con un periodo de disfrute obligatorio similar durante las seis semanas inmediatamente posteriores al parto. La equiparación en la denominación tiene como objetivo reforzar el objetivo de la corresponsabilidad, eliminando el título por el que se ejerce (madre o padre). El permiso de nacimiento del RDL 6/2019 surge, pues, con relación al hecho físico del parto, constituyendo un derecho de igual configuración para la madre biológica y para el otro progenitor. Es una configuración en principio interesante, pero que presenta algunas fisuras importantes, como más abajo se expone. Con relación a la adopción el RDL 6/2019 establece una regulación diferenciada del permiso de nacimiento, que se regula en el art. 48.5 ET y que se extiende, como hasta ahora, a la guarda con fines de adopción y al acogimiento. También para el supuesto del art. 48.5 ET se prevé una suspensión o permiso de dieciséis semanas para cada adoptante (o ejercitante de guarda o acogimiento), de las cuales seis resultan de disfrute obligatorio.

La estructura y forma de disfrute del permiso de nacimiento es lo más relevante en el RDL 6/2019 porque se configura como un permiso fraccionable (art. 48.4 ET): el permiso de nacimiento de la madre biológica debe disfrutarse por ésta durante las seis semanas obligatorias post parto. El resto del tiempo puede disfrutarse o bien durante cuatro semanas anteriores al parto o bien durante semanas completas de modo continuado o discontinuo con posterioridad al cumplimiento de las seis semanas obligatorias y hasta el cumplimiento de doce meses de edad del menor. El disfrute de cada periodo debe comunicarse a la empresa con una antelación mínima de quince días. Las mismas características tiene el permiso de nacimiento cuando es titularidad del otro progenitor. En el caso de adopción, guarda y acogimiento también se configura la misma posibilidad de disfrute fraccionado por semanas completas desde el cumplimiento de las seis semanas obligatorias inmediatamente posteriores a la resolución judicial o administrativa hasta el cumplimiento de doce meses posteriores a la fecha de dicha resolución (art. 48.5 ET). Se mantiene la posibilidad de anticipación de cuatro semanas en las adopciones internacionales (art. 48.5 ET), y también la ampliación en la duración de la suspensión, tanto en nacimiento como en adopción, guarda y acogimiento en caso de menor discapacitado o parto, adopción, acogimiento o guarda múltiple (en similares términos a los actuales).

Lo más relevante en el nuevo permiso por nacimiento es la posibilidad de fraccionamiento por semanas completas que establece el RDL a partir del cumplimiento de las seis semanas obligatorias posteriores al parto (la misma regulación se extiende al permiso de adopción, guarda y acogimiento) tanto en el caso de disfrute por parte de la madre como en el caso del otro progenitor. Es un sistema complejo que requerirá de alteraciones im-

portantes en los sistemas de control y, a tales efectos, el RDL 6/2019 añade una nueva DT, la 32, al texto de la LGSS para establecer su abono a posteriori en tanto en cuanto se lleven a cabo los correspondientes desarrollos informáticos. Pero ese, seguramente, es el menor de sus eventuales problemas aplicativos, como seguidamente se expone. En todo caso, es, sin duda, una innovación de gran relevancia pero que puede presentar un importante problema de adecuación a la Directiva 92/85. Dado que con relación al padre (o al otro progenitor) no existe hoy por hoy regulación por parte de la Unión Europea⁹ su aplicación no presenta dudas de acomodación. Pero con relación a las madres el art. 8 de la Directiva 92/85 establece que el permiso de maternidad correspondiente a la madre debe consistir en, al menos, catorce semanas “ininterrumpidas”. La redacción del art. 8.1 de la Directiva 92/85 es la siguiente: *1. Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para que las trabajadoras a que se refiere el artículo 2 disfruten de un permiso de maternidad de como mínimo catorce semanas ininterrumpidas, distribuidas antes y/o después del parto, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales.* La cuestión que se plantea es si la posibilidad de fraccionar el permiso de nacimiento de disfrute materno a partir de las seis semanas obligatorias post parto que permite el RDL 6/2019 cumple o no con lo establecido en el art. 8 de la Directiva 92/85.

En principio, el único país europeo que actualmente admite la posibilidad de fraccionamiento del permiso de maternidad antes de que se cumpla el periodo mínimo de catorce semanas establecido en el art. 8 de la Directiva 92/85 es Islandia¹⁰ que, por cierto, no está obligada por la Directiva 92/85 porque no forma parte de la Unión Europea. Ningún otro país de la Unión Europea tiene establecidos mecanismos de interrupción del permiso de maternidad similares al que ha introducido España por medio del RDL 6/2019¹¹. España tiene otro mecanismo de interrupción del permiso de maternidad: en caso de nacimiento de hijo prematuro o que debe ser hospitalizado con posterioridad al parto se admite también la interrupción del permiso de maternidad una vez transcurrido el plazo obligatorio de las seis semanas obligatorias post parto. Podría entenderse que la posibilidad de fraccionamiento en semanas completas del RDL 6/2019 no vulnera el art. 8 de la Directiva 92/85 porque el fraccionamiento es una mera posibilidad y la trabajadora no pierde su derecho al disfrute continuado si esa es su voluntad. Desde esta perspectiva la posibilidad de fraccionamiento establecida por el RDL 6/2019 parecería una mejora respecto a lo establecido en la Directiva 92/85. Y aunque ciertamente esta interpretación es plausible, no puede obviarse el hecho de que la formulación del RDL 6/2019 podría conducir a que la trabajadora fuera compelida a retornar anticipadamente al trabajo y a colocar el resto del permiso en las fechas que mejor convinieran a la empresa. Adicionalmente, la posibilidad de disfrute interrumpido del RDL 6/2019 puede dificultar el control por parte de la Inspección de Trabajo de que se respeta el derecho al disfrute de todo el

⁹ El permiso de paternidad se encuentra tan solo en una propuesta de Directiva de conciliación de responsabilidades presentada por la Comisión Europea y por el Parlamento Europeo el 26 de Abril de 2017. COM(2017) 253 final.

¹⁰ EUROPEAN NETWORK OF LEGAL EXPERTS IN GENDER EQUALITY AND NON DISCRIMINATION, *Measures to address the challenges of work-life balance in the EU Member States, Iceland, Liechtenstein and Norway, 2015*, <https://www.equalitylaw.eu/downloads/3631-reconciliation>, pág. 63

¹¹ Vid supra pág. 59 ss

permiso de maternidad. En definitiva, la garantía del carácter ininterrumpido del permiso de maternidad que establece el art. 8 de la Directiva 92/85 no es un requisito caprichoso, incomprensible y rígido, sino una prescripción justificada dirigida a que la trabajadora no se encuentre forzada a renunciar a su permiso de maternidad. En un contexto de alta precarización del trabajo de las mujeres y de cierta estigmatización de los trabajadores que ejercitan sus derechos de conciliación por parte no solo de la empresa sino también del resto de compañeros/as, la posibilidad de fraccionamiento del permiso de maternidad entendida como “libre elección” de la trabajadora puede no ser tal. En el caso de interrupción del permiso de maternidad por ingreso hospitalario del menor con posterioridad al parto la posibilidad de interrupción forzada del permiso de maternidad por parte del empresario es menor porque requiere un supuesto de hecho muy concreto, pero si el fraccionamiento se configura como una posibilidad supuestamente libre e incondicionada para la trabajadora puede terminar suponiendo un recorte de derechos.

El sistema flexible que el RDL 6/2019 establece de seis semanas obligatorias post parto (o post resolución) y diez semanas posteriores con posibilidad de fraccionamiento por semanas completas hasta que el menor cumple doce meses se completa con la posibilidad de disfrute a tiempo parcial del permiso de nacimiento (tanto de madre como de otro progenitor, y también en caso de adopción, guarda y acogimiento). El gran problema es que la posibilidad de disfrute del permiso de nacimiento a tiempo parcial (lo que posibilita que se mantenga el contacto con la empresa y viene a suponer en la práctica una reducción de jornada retribuida al 100% al complementarse el salario parcial con la prestación de maternidad parcial) no constituye un derecho de padre/madre sino una mera posibilidad condicionada al acuerdo con el empresario. Si en lugar de haberse establecido en el RDL 6/2019 el cuestionable sistema de permiso fraccionado se hubiera establecido el derecho de la trabajadora o trabajador al disfrute parcial del permiso de nacimiento (tal y como sucede en buena parte de países europeos) sin necesidad de que llegara a acuerdo con el empresario se hubiera evitado el problema suscitado por la interrupción del permiso de maternidad. Y ello porque nada impediría un permiso combinado con trabajo a tiempo parcial en cómputo anual. Por supuesto, también admitiría el tiempo parcial en cómputo diario, semanal o mensual. Todo ello incrementaría la flexibilidad en su disfrute y evitaría los problemas de adecuación a la Directiva 92/85 que se han descrito más arriba.

De gran interés es la obligatoriedad que establece el RDL 6/2019 de que todos los sujetos que acceden al permiso de nacimiento (madre y otro progenitor), de adopción, de guarda y acogimiento disfruten obligatoriamente de seis semanas post parto o post resolución de adopción, guarda o acogimiento. Es difícil, sin embargo, que esta obligación se cumpla si no es la voluntad del sujeto supuestamente obligado, dado que tampoco hay prevista ninguna sanción. También es criticable el hecho de que se haya generalizado la rigidez que, por motivos estrictamente sanitarios, opera en caso de maternidad biológica. Y ello porque la obligatoriedad simultánea de las seis semanas difícilmente servirá para implicar al otro progenitor en el cuidado efectivo ni repercutirá en un cuidado del menor por la entidad familiar de mayor duración global. En todo caso, es previsible que aumente

el volumen de sujetos hombres que disfruten del antiguamente llamado permiso de paternidad, y no precisamente por el hecho del carácter obligatorio de las seis semanas sino porque la ampliación en la duración del permiso puede hacer que valga la pena solicitarlo.

El nuevo sistema configurado por el RDL 6/2019 tiene otras consecuencias: de un lado, desaparece la posibilidad de que tras las primeras seis semanas la madre pueda transferir al padre el resto de su permiso de maternidad. Hace bien la norma en insistir en la intransferibilidad del padre a la madre, pero no se acaba de entender demasiado que se prohíba con la misma determinación la transferencia de la madre al padre, que era una peculiaridad del sistema español que, a mi entender, favorecía la corresponsabilidad y el fomento de la alteración de roles. De otro lado, el cambio de nombre va a requerir ajustes de todo tipo en todas las partes de ordenamiento. El RDL lo intenta, y por ello está plagado de ajustes puntuales cuya única finalidad es la sustitución terminológica de los permisos de maternidad y paternidad por los nuevos permiso de nacimiento y de adopción. Estos cambios terminológicos cruzados son muy numerosos en el RDL, que termina dando una falsa sensación de gran volumen de cambios normativos. Los cambios puramente terminológicos son los siguientes: art. 11.1 y 2 –ampliación en la duración de los contratos formativos-; art. 37.3.b ET –desaparición del antiguo permiso de nacimiento de dos días-; art. 45.1.d ET –causas de suspensión-; art. 53.4 y art- 55.5 ET –causas de nulidad automática del despido-; DA 22 ET y art. 7 EBEP –aplicación al personal laboral en las Administraciones Públicas-; art. 49 a, b y c EBEP –aplicación en la Administración Pública-; art. 42.1.c LGSS –elenco de prestaciones de seguridad social-; art. 177, 178, 179, 180, 181 y 182 –prestación de maternidad del régimen general-; art. 318 LGSS –prestación de maternidad del RETA-; DA primera LGSS –prestación de maternidad en regímenes especiales-; art. 4.3 g y h, art. 11. 2 y 5, 16.1.d, 16.3, 26.1.b, 38 y 38.bis LETA. En este listado hay carencias evidentes (por ejemplo, nada se corrige en el art 108 LRJS con relación a la nulidad del despido), que teóricamente debieran quedar resueltas por la DA única del RDL 6/2019, que establece que todos los permisos y prestaciones de maternidad y paternidad quedan equiparados a “los permisos y prestaciones por nacimiento”. Es evidente, pese a este precepto, que los problemas que van a plantearse son numerosos porque hasta ahora el permiso de maternidad y el de paternidad han tenido un tratamiento sustancialmente diferente. Lo más claro es que el permiso de nacimiento va a ser difícil de cohesionar con el RD 295/2009, de 6 de marzo que hasta ahora ha sido el desarrollo reglamentario de maternidad y paternidad, por lo que en tanto en cuanto surja un nuevo desarrollo reglamentario la situación puede ser complicada. La suspensión/prestación por maternidad es una situación antigua, con numerosas referencias cruzadas en todo tipo de normativas (por ejemplo, en la ley de prevención de riesgos laborales) y con una doctrina jurisprudencial voluminosa que va a ser difícil de reconducir al nuevo permiso/prestación de nacimiento. Innecesario resulta señalar asimismo las dificultades que se van a generar cuando se trate de conectar el permiso de nacimiento español con lo establecido en la Directiva 92/85, cuya finalidad estrictamente preventiva de la mujer choca con la finalidad mixta del nuevo permiso de nacimiento.

4. El permiso para el cuidado del lactante

Otro cambio importante que acomete el RDL 6/2019 es el del antiguo permiso de lactancia que ahora pasa a llamarse “para el cuidado del lactante” en el 37.4 ET. Una regulación similar (con algunas precisiones que se señalan a continuación) se contiene en el art. 48.f EBEP. La regulación que hace de esta situación el RDL 6/2019 es la siguiente: (i) El permiso (o reducción, ver *infra*) para el cuidado del lactante se configura como un derecho totalmente individual correspondiente a cada uno de los beneficiarios, por lo que puede duplicarse en atención al mismo menor causante. Se establece la misma posibilidad de limitación de su ejercicio por parte de la empresa si dos trabajadores de la misma acceden por el mismo sujeto causante que existe para la excedencia.; (ii) Se mantiene su duración hasta la edad de nueve meses del hijo y su contenido (media hora de reducción o una hora de interrupción), aunque si se disfruta por ambos puede ampliarse en tres meses más de reducción de jornada (hasta el decimosegundo) en cuyo caso uno de los progenitores tendrá derecho a una prestación que compense la reducción de jornada. El otro podría mantener el derecho a la reducción de jornada desde los nueve meses hasta los doce de edad del hijo pero ésta no sería retribuida. En el art. Art. 48 f EBEP la duración el permiso para el cuidado del lactante es de doce meses por lo que no se aplica el mecanismo de diferenciación en dos fases (permiso primero; y prestación después) del art. 37.4 ET.

El cambio de nombre del antiguo permiso de lactancia al actual permiso para el cuidado del lactante del RDL 6/2019 tiene gran interés porque reconoce la naturaleza de permiso parental de esta situación, tal y como en su momento estableció el TJUE en su sentencia de 30 de septiembre de 2010, C-104/09 (Asunto Roca Alvarez). Habría sido de agradecer, sin embargo, que el RDL 6/2019 hubiera sido más riguroso en la utilización del nuevo nombre porque aparecen diferentes conceptos a lo largo de todo su articulado, como si hubieran sido diferentes las personas encargadas de la redacción: por ejemplo, en el art. 48.f EBEP se hace referencia a un permiso “por lactancia de un hijo menor” (no para el cuidado del lactante); el capítulo VII del título II LGSS que regula la nueva prestación que da cobertura al nuevo permiso se llama “Corresponsabilidad en el cuidado del lactante” y su primer artículo (el art. 183 LGSS) hace referencia a una “prestación económica por ejercicio corresponsable del cuidado del lactante”. De otro lado, el art. 4.3.g LETA menciona el “ejercicio corresponsable del cuidado del lactante” para hacer referencia a esta situación. Las diferencias terminológicas confunden todavía más un marco normativo que ya es, de por sí, bastante complejo. La propia naturaleza de la situación de lactancia es muy confusa en el art. 37.4 porque el término “reducción de jornada” en ocasiones aparece como una opción opuesta a la interrupción o ausencia de una hora y en otras ocasiones aparece como la definición general que engloba tanto la reducción de media hora como la interrupción de una hora. Así, el art. 37.4 ET señala en su tercer párrafo que *La “reducción de jornada”¹² contemplada en este apartado constituye un derecho individual de las personas trabajadoras....* Más adelante la DA 19 ET conforme a la redacción dada por el RDL

¹² El entrecomillado es mío

6/2019 establece que el salario relevante a efectos de determinación de la indemnización por despido se refiera todos los supuestos de “reducción de jornada” por conciliación, incluyendo el del art. 37.4 ET. La naturaleza jurídica de esta figura podía haberse resuelto de modo expreso y hubiera evitado este tipo de confusiones.

La titularidad estrictamente individual del permiso para el cuidado del lactante es un cambio de notable interés porque de este modo el permiso deja de ser transferible, como lo era hasta ahora. Efectivamente, bajo la regulación anterior del art. 37.4 ET, era solo uno el progenitor que podía disfrutarlo por el mismo sujeto causante, lo que provocaba el efecto de que lo disfrutara mayoritariamente la madre. No ayudaba demasiado el hecho de que no fuera admisible ni siquiera el reparto del mismo entre los dos posibles beneficiarios. La sentencia dictada en el asunto Roca Alvarez obligó a España a hacer que este permiso dejara de ser de titularidad prioritariamente femenina por cuanto ello perpetuaba roles de cuidado, pero la transposición de dicha sentencia al ordenamiento español por medio de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, no fue demasiado afortunada porque hizo el permiso accesible para cualquiera de los dos progenitores pero requiriendo, aparentemente al menos, que ambos trabajaran. Ello motivó que se presentara una cuestión prejudicial por eventual concurrencia de discriminación indirecta por razón de sexo, dado que es más probable que las mujeres sean las que no trabajen e impidan con ello el acceso del padre¹³. Redacción tan defectuosa motivó diferentes interpretaciones judiciales en torno a su alcance cuando uno de los progenitores no trabajaba, aunque solo en pocas ocasiones se reconoció que el derecho al permiso existía aunque el otro no trabajara¹⁴. El RDL termina con esta situación y establece permisos para el cuidado del lactante iguales, individuales e intransferibles, lo que merece una valoración positiva.

Lo más novedoso del permiso para el cuidado del lactante es que da lugar a una prestación de seguridad social (solo para uno de los progenitores) entre el mes noveno y el duodécimo de edad del hijo, si ambos progenitores lo han disfrutado hasta entonces “con la misma duración y régimen” (art. 183 LGSS). Se configura por tanto como un premio por la corresponsabilidad. Esta prestación del mes noveno al duodécimo solo admite la reducción de jornada de media hora y no la interrupción de la jornada por una hora que también prevé el art. 37.4 ET para el cuidado del lactante hasta nueve meses. La prestación consiste en la percepción proporcional correspondiente a la reducción tomando como referencia el 100% de la base reguladora (art. 185 LGSS). La prestación no tendrá gran relevancia para sus eventuales beneficiarios porque media hora diaria durante tres meses se asimila aproximadamente a la retribución correspondiente a 33 horas de trabajo, algo menos de una semana de trabajo. Sin embargo es un coste que, en términos globales, tiene su importancia, sobre todo en el contexto actual de déficit, por lo que plantea el dilema de

¹³ El Auto del TJUE de 21 de marzo de 2018, C-252/17, asunto Vadillo González, inadmitió la cuestión prejudicial presentada por el Juzgado de lo social número 2 de Cádiz porque consideró que no quedaba probada la mayor afectación femenina en el caso planteado, pero no entró a resolver si, en el caso de que dicha prueba se hubiera presentado, la norma hubiera sido constitutiva de discriminación indirecta por razón de sexo.

¹⁴ STSJ Cataluña de 9 de marzo de 2018, Rec. 7001/17

si su coste (aunque sea bajo) justifica su existencia. Es muy probable que el permiso para el cuidado del lactante no requiera de los mecanismos de promoción que requieren otros permisos de ausencia total, como por ejemplo el antiguo permiso de paternidad. A fin de cuentas es una reducción o interrupción diaria de aplicación sencilla y que plantea escasa resistencia. Debe tenerse en cuenta, asimismo, que es muy probable que la adición de tres meses sea disfrutada por la madre ya que solo da lugar a una prestación, con lo que la finalidad del reparto se difumina.

En fin, lo que se plantea es si no hubiera sido más adecuado sencillamente aumentar a doce meses la edad del hijo que da derecho al permiso para el cuidado del lactante (como ya se establece en el EBEP), puesto que el carácter retribuido del mismo nunca hasta ahora ha sido planteado como un coste inasumible por el empresariado, dado que básicamente requiere ajustes de organización pero no genera incremento de costes. Ello permitiría permisos iguales de verdad, hasta los doce meses de edad del hijo, y no permisos hasta nueve meses de edad del hijo para uno (generalmente el padre) y hasta los doce meses del hijo para la otra (generalmente la madre). De otro lado, había problemas de fácil solución en la regulación del permiso para el cuidado del lactante que quedan sin resolver: no se comprende por qué el permiso diario se reduce a la mitad cuando se toma al principio o al final de la jornada (reducción de jornada), lo que implica una penalización en su ejercicio difícilmente justificable. También es muy cuestionable que el RDL 6/2019 no haya establecido la posibilidad de acumulación del permiso para el cuidado del lactante como un derecho del beneficiario, y no como una mera posibilidad condicionada al convenio o al acuerdo con el empresario. En definitiva, y a salvo el cambio de nombre, la corrección de los defectos del actual permiso de lactancia hubiera sido probablemente más efectiva y considerablemente menos costosa (no solo en términos de coste de la prestación sino también en términos de coste de la gestión) que el actual permiso/prestación para el cuidado del lactante.

5. Otros permisos parentales

Los cambios que el RDL 6/2019 opera en otros permisos parentales son de muy escasa entidad: Efectivamente, permanecen inalterados en el fondo tanto el art. 37.5 ET (permiso y reducción de jornada por hospitalización del neonato) como el art. 37.7 ET (derecho a la determinación horaria de permiso para el cuidado del lactante, permiso o reducción por hospitalización del neonato y reducción de jornada), produciéndose tan solo por medio del RDL 6/2019 la introducción del lenguaje inclusivo por medio de la referencia a “personas trabajadoras”. El cambio terminológico hubiera tenido su importancia si se hubiera aprovechado la ocasión para introducir el lenguaje inclusivo en todo el texto del ET y del EBEP, o al menos en los artículos que modifica el RDL 6/2019, pero al no ser así, la simpleza de la alteración en los artículos 37.5 y 37.7 hace pensar en todo lo que podía haberse hecho y que sigue sin hacerse. Se echa en falta, por ejemplo, que se elimine la referencia a la reducción de jornada “diaria”, que se introdujo por medio de la Ley 3/2012 de reforma del mercado

de trabajo y que redujo ostensiblemente la capacidad del trabajador para escoger su forma de disfrute. Resulta sorprendente, asimismo, que no se haya eliminado (o al menos corregido o suavizado) la referencia que también introdujo la Ley 3/2012 a que los convenios colectivos pudieran establecer criterios para la concreción de la reducción de jornada. La normativa debiera haber sido particularmente meticulosa con la regulación de la reducción de jornada por cuidado de hijos o dependientes porque es una posibilidad de ajuste más conveniente que los permisos en tanto en cuanto no produce la exclusión del trabajo y, si no se otorga la suficiente flexibilidad a los trabajadores en su configuración y disfrute, se puede producir el efecto de que tengan que recurrir a las ausencias.

Con relación a la excedencia por cuidado de hijos y familiares el RDL 6/2019 modifica la redacción del art. 46.3 ET de una manera sorprendente: Se amplía la duración de la reserva del puesto de trabajo hasta los 18 meses si son los dos progenitores los que disfrutaban de la excedencia “con la misma duración y régimen”. Pretende ser una medida para el fomento de la corresponsabilidad y termina siendo una medida casi absurda: la excedencia, que supone la pérdida de la retribución, no se reparte entre hombres y mujeres por medidas como ésta, sino fundamentalmente por razones económicas (la menor retribución femenina es la causante de su disfrute feminizado). Es muy cuestionable que el reparto se produzca por un incremento en la duración de la reserva del puesto de trabajo cuando, además, el TS ha reconocido que el derecho efectivo y directo al reingreso, sin necesidad de que deba esperarse a que exista vacante adecuada, se mantiene durante todo el tiempo de la excedencia por cuidado de hijos y familiares¹⁵.

6. El derecho a la adaptación de la jornada

El nuevo art. 34.8 ET que introduce el RDL 6/2019 es tan interesante como inquietante. Debe valorarse positivamente que se haya realizado una regulación tan minuciosa, que menciona muchas posibilidades de adaptación y que las configura como un derecho de las personas trabajadoras con hijos de hasta doce años solo condicionadas, al menos en principio, a su carácter razonable y proporcionado en relación con las necesidades de la persona trabajadora y las necesidades organizativas o productivas de la empresa. El derecho al retorno a la situación original puede producirse de modo anticipado al momento inicialmente previsto si existe causa justificada. Son todos ellos contenidos muy positivos.

El tercer párrafo es el que suscita inquietud cuando establece un procedimiento metuloso de concesión que parece más desconfiado que garantista y que refuerza la malévol pero generalizada percepción de que los beneficios por cuidado de dependientes serán previsiblemente objeto de abuso en perjuicio de la empresa y del resto de trabajadores por parte de trabajadores (generalmente trabajadoras) sin demasiados escrúpulos. La evitación de la estigmatización de quien hace uso de sus derechos, olvidando la máxima de que *qui suo iure utitur neminem laedit* (quien hace uso de su derecho no daña

¹⁵ STS de 21 de febrero de 2013, Rec. 740/2012

a nadie), debiera haber sido el eje fundamental en la configuración de una nueva cultura del cuidado pero el actual art 34.8 ET no lo ha hecho así. En lugar de sospechas y preven- ciones debiera haberse establecido con claridad que si el ejercicio de los derechos de con- ciliación de los trabajadores afecta a la situación de otros trabajadores la responsabilidad no debe ser de quien los ejercita sino de la empresa, que es responsable de la organización del tiempo de trabajo.

El procedimiento para la adaptación que establece el art. 34.8 ET es el siguiente: pri- mero, los “términos de su ejercicio” se establecerán, en primer lugar, en el convenio colec- tivo de modo que se garantice “la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre personas trabajadoras de uno y otro sexo”. No hay nada que objetar al hecho de que los convenios fijen cauces para la determinación de las soluciones proporcionadas y razo- nables a las que hace referencia el propio art. 34.8 ET, pero la ausencia de discriminación (que, por cierto, obliga a todos los sujetos sin necesidad de que se mencione expresamen- te) no es lo único que debe respetar el convenio colectivo. El derecho a la conciliación es un derecho de dimensión constitucional de las personas (por todas, STC 26/2011, de 14 de marzo) y, por tanto no puede quedar eliminado o distorsionado por la negociación co- lectiva. Quiere decirse que la persona trabajadora debe tener derecho a la adaptación en términos de derecho individual si es razonable y proporcionada, en relación con sus nece- sidades y las de la empresa. Por ello no pueden ser admisibles condicionantes que de modo general, y sin atender a las circunstancias particulares de cada caso, pudieran establecer los convenios colectivos. Piénsese, por ejemplo, en que el convenio estableciera plazos que impidan la cobertura en situaciones de fuerza mayor; o que estableciera cambios de turno u horario estrictos y cerrados; o que prohibiera que se afecten determinados servicios o tramos horarios. Segundo, el art. 34.8 ET establece que en defecto de convenio la empresa negociará con la persona durante un periodo máximo de treinta días, al término de los cuales, aceptará la propuesta, presentará una alternativa o se negará a ella. Solo en este último caso de negativa (y no en el caso de que el empresario aporte una alternativa “que posibilite las necesidades de conciliación de la persona trabajadora”) deberá el empresario presentar por escrito las razones objetivas en que se basa su decisión.

El RDL hubiera establecido una mejor regulación del derecho a la adaptación de la jornada si sencillamente hubiera establecido que las personas con dependientes tienen derecho a solicitar adaptaciones razonables y proporcionadas teniendo en cuenta sus ne- cesidades y las de la empresa y que el empresario debiera “tomarlas en consideración” (terminología usada en la cláusula sexta de la Directiva 2010/18 de permisos parentales) debiendo justificar la no aceptación y ofreciendo alternativas en un plazo no superior, por ejemplo, a quince días. No era necesario, entiendo, que se mencionara ni el convenio colectivo (que siempre puede tratar el tema de la conciliación si lo desea) ni un plazo de “negociación” con el empresario de 30 días (al término de los cuales probablemente la persona trabajadora ya no necesita la adaptación). Mucho más relevante hubiera sido una referencia a la necesidad de que la organización del tiempo (y los tiempos) de la empresa y de las personas trabajadoras se realizara con carácter global, teniendo en cuenta no solo las necesidades de conciliación sino también las necesidades formativas (por cierto,

también esta cuestión necesita de una reforma coherente en el texto estatutario) y tomando en consideración que la organización del tiempo de trabajo de todas las personas trabajadoras es una materia de prevención de riesgos laborales (esta naturaleza tiene la Directiva 2003/88 de 4 de noviembre de ordenación del tiempo de trabajo) que obliga a la consideración de los riesgos psicosociales, las necesidades de los trabajadores sensibles y, por cierto, también la situación especial de las madres en situación de embarazo, maternidad y lactancia (la Directiva 92/85, de 19 de octubre, de maternidad también es una Directiva preventiva). El carácter de comentario de norma del presente trabajo no permite en este momento entrar en la obligada transposición que, en materia de protección de la lactancia, queda pendiente después de las sentencias del TJUE dictadas en los asuntos Otero Ramos (STJUE de 19 de octubre de 2017, C-531/17) y González Castro (STJUE de 19 de septiembre de 2018, C-41/17). Por cierto, está pendiente de resolución por el TJUE una cuestión prejudicial remitida por Auto del Juzgado de lo Social 33 de Madrid de 29 de mayo de 2018 por la que se planteaba que la regulación española que no reconoce un verdadero derecho de adaptación podría contravenir la normativa de la UE. Tal vez la reforma operada por el RDL 6/2019 la haga ya innecesaria porque, con todos sus defectos, lo cierto es que la regulación propuesta por el RDL 6/2019 configura un derecho de adaptación a favor de la persona trabajadora. En todo caso, la organización del tiempo de trabajo no puede seguir tratándose en España con el mismo carácter puntual y estigmatizante de antaño, sino que requiere una visión dinámica y flexible de carácter bidireccional.

7. La protección frente al despido

El RDL 6/2019 hace dos referencias a la protección frente al despido discriminatorio: (i) El RDL incorpora un segundo párrafo en el art. 14.2 ET en el que establece que el despido sin causa de la trabajadora embarazada será nulo desde el inicio del embarazo hasta el comienzo del periodo de permiso de nacimiento; (ii) Se establece mediante la corrección del art. 53.4.c ET y del art. 55.5.c ET que la calificación de despido nulo procede en el caso de despido sin causa con carácter automático hasta los doce meses desde el nacimiento del hijo (si no hubiera otra causa de nulidad automática de mayor duración). Con anterioridad el periodo cubierto por la nulidad automática duraba hasta los nueve meses desde el nacimiento; (iii) El RDL incorpora una nueva frase en el quinto párrafo del art. 53.4 ET en la que se establece que *Para considerarse procedente deberá acreditarse suficientemente que la causa objetiva que sustenta el despido requiere concretamente la extinción del contrato de la persona referida.*

La reforma operada por el RDL en esta concreta materia de protección frente al despido tiene claramente el carácter de urgencia que justifica la utilización del RDL y es de notable trascendencia. Efectivamente, tras la STJUE de 22 de febrero de 2018, C-103/2016, dictada en el asunto Porrás Guisado, el ordenamiento español (o al menos la interpretación que del mismo había hecho el TS) requería de una reforma urgente para acomodarse al ordenamiento de la UE. Como se sabe, en Porrás Guisado se estableció que en caso de

despido de embarazada debe constar la razón por la que el concreto puesto de trabajo de la misma es el que debe ser objeto de amortización en un despido colectivo¹⁶. La cuestión prejudicial que condujo a esta STJUE se planteó porque, tras la STS de 15 de marzo de 2016, Rec. 2507/2014 (ratificada por numerosas sentencias posteriores) el TS estableció que en la carta de despido individual posterior al despido colectivo no era necesario que constara más causa que la general que justificaba el despido colectivo. Si los motivos de la amortización concreta del puesto de trabajo de la trabajadora embarazada no constan, se vulnera la prohibición de despido sin causa de la trabajadora embarazada establecido en el art. 10 de la Directiva 92/85. Esto es lo que señaló el TJUE en la sentencia dictada en el asunto Porras Guisado. Con posterioridad a la misma, el TS estableció que, en caso de despido de embarazada debía constar la causa de la amortización de su puesto de trabajo¹⁷, aunque lo hizo solamente con relación a los puestos de trabajo de las trabajadoras embarazadas y sin derogar la doctrina establecida en la STS de 15 de marzo de 2016 sobre el contenido de las cartas de despido. La reforma operada por el RDL en el art. 53.4 ET es de gran trascendencia porque establece la necesidad de que en todos los despidos individuales (y no solo de las trabajadoras embarazadas) se especifique la causa de la amortización concreta del puesto ocupado por la persona afectada. Es un precepto general y neutralizador de la doctrina establecida por la STS de 15 de marzo de 2016 que no solo sirve para trasponer la STJUE dictada en el asunto Porras Guisado para el despido de las trabajadoras embarazadas, sino que termina con los problemas de indefensión (y por ello de vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva) que se produjeron con la nefasta doctrina del TS.

Otra reforma interesante operada por el RDL 6/2019 es la que se refleja en el art. 14.2 ET, que establece la aplicación de la calificación de nulidad automática a la rescisión contractual sin causa de la trabajadora embarazada durante el periodo de prueba desde el inicio de su embarazo. De esta manera se neutraliza la doctrina del TC y del TS que, hasta el momento, había establecido que la protección automática de la calificación de nulidad establecida en el art. 55.5.a. ET no se aplica a la rescisión contractual durante el periodo de prueba¹⁸. Con esta interesante reforma normativa el RDL 6/2019 establece que a partir de ahora el empresario deberá tener causa justificada para rescindir el contrato de la embarazada durante el periodo de prueba, sin que sea relevante la falta de conocimiento de la gestación que pudiera alegar.

La valoración que merecen las reformas introducidas por el RDL en materia de protección contra el despido es la más positiva de todo el texto. También el incremento en la duración del periodo de protección automática por medio del despido nulo de los nueve hasta los doce meses desde el nacimiento que establece resulta de gran interés porque incrementa el periodo de tiempo de protección.

¹⁶ En el segundo apartado del fallo de la sentencia dictada por el TJUE en el asunto Porras Guisado se establece lo siguiente: *El artículo 10, punto 2, de la Directiva 92/85 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que permite al empresario despedir a una trabajadora embarazada en el marco de un despido colectivo sin comunicarle más motivos que los que justifican ese despido colectivo, "siempre y cuando se indiquen los criterios objetivos que se han seguido para la designación de los trabajadores afectados por el despido"* (el entrecomillado es mío)

¹⁷ SSTs de 3 de abril de 2018, Rec. 762/2017; y de 26 de junio de 2018, Rec. 1398/2016

¹⁸ STC 3773/2011, de 10 de octubre; y STS de 18 de abril de 2011, Rec. 2893/2010

8. La protección de la dependencia

Los contenidos que el RDL 6/2019 dedica a las situaciones de dependencia son los siguientes: (i) Se modifica la DA 14 LGSS a efectos de que se recupere el convenio especial que otorga protección de seguridad social a los cuidadores no profesionales de personas en situación de dependencia en los términos establecidos en el RD 615/2007, de 11 de mayo. Ello significa que la cuota del convenio especial del cuidador no profesional es a cargo del Estado. El nuevo convenio financiado por el Estado tendrá vigencia desde el 1 de abril de 2019 (DT 31 LGSS). (ii) Se prorroga por diez años más el Fondo de Apoyo para la promoción y desarrollo de infraestructuras y servicios del sistema de autonomía y atención a la dependencia, añadiéndose a su largo nombre “y de los servicios sociales”. Este Fondo se creó por medio de la DA 61 de la Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2009 con una vigencia de diez años. El RDL se limita a establecerlo de nuevo, una vez concluida su vigencia, por otro periodo de diez años. Hay otros cambios menores en dicho Fondo, como la referencia específica a las entidades que pueden percibirlos (“entidades del tercer sector de acción social, empresas de economía social y cualesquiera otras entidades y empresas”), que en realidad ya estaban comprendidas en el concepto anterior de empresas establecido en la norma que lo creó. Por lo demás, no se establecen compromisos de dotación de dicho Fondo diferentes de los que se puedan establecer por medio de Ley de Presupuestos, por lo que su virtualidad queda bastante reducida.

La protección de la dependencia operada por el RDL 6/2019 se limita, pues, a restablecer los derechos e instituciones que regían con anterioridad a los recortes lo que merece ciertamente una valoración positiva, aunque resulte inevitable echar en falta un paso más en la implicación de los Poderes Públicos. Es tanto lo que queda pendiente que sería imposible exponerlo en este momento, pero al menos existe la esperanza de que una norma posterior, más meditada y menos precipitada, otorgue un tratamiento completo y coherente a la cuestión de la dependencia. Con relación a la efectividad de la protección antidiscriminatoria por razón de sexo es difícil desprenderse del miedo que suscita el hecho de que el modesto RDL 6/2019 haya dado un precipitado carpetazo a una igualdad entre mujeres y hombres que requiere de un compromiso mucho mayor por parte de los Poderes Públicos para ser verdaderamente efectiva.