

LOS NUEVOS PERMISOS DE CONCILIACIÓN Y EL REFUERZO DE LA CORRESPONSABILIDAD EN EL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO TRAS EL RD LEY 5/2023

*THE NEW WORK –LIFE BALANCE PERMITS AND THE REINFORCEMENT
OF CO –RESPONSIBILITY IN THE BASIC STATUTE OF PUBLIC EMPLOYEES
AFTER THE AMENDMENTS TO RD LAW 5/2023*

EMMA RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

*Profesora TU de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Vigo*

Fecha de recepción: 15/10/2023

Fecha de aceptación: 27/11/2023

SUMARIO: 1. EVOLUCIÓN DE LA NORMATIVA EUROPEA Y JUSTIFICACIÓN DEL REAL DECRETO 5/2023. 2. LA PROTECCIÓN NORMATIVA DE LOS DERECHOS DE CONCILIACIÓN EN EL EMPLEO PÚBLICO. 3. LAS MODIFICACIONES LEGALES EN EL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO. 3.1. Las modificaciones en los permisos de los funcionarios públicos. 3.2. El nuevo permiso parental en el elenco de los permisos por motivos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral. 4. REFLEXIONES FINALES: ALGUNAS CERTEZAS Y NUEVAS PREGUNTAS. 5. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: A través del RD ley 5/2023, de 28 de junio, el legislador español transpone al ordenamiento interno el contenido de la Directiva (UE) 2019/1158, sobre conciliación y corresponsabilidad de las personas trabajadoras. En la legislación del empleo público los

cambios normativos suponen modificaciones de algunos permisos ya existentes, incorporando el permiso para cuidadores y por fuerza mayor, acogiendo una concepción amplia de la familia, e introduciendo un nuevo derecho para el reconocimiento del permiso parental. Según el espíritu de la Directiva, todos los permisos en pro de la conciliación de la vida familiar y laboral deben facilitar la flexibilidad para la persona trabajadora y garantizar su ejercicio. Se refuerzan los derechos de conciliación como derechos individuales e intransferibles y se ahonda en la corresponsabilidad.

ABSTRACT: By means of Royal Decree Law 5/2023 of 28 June, the Spanish legislator transposed the content of Directive (EU) 2019/1158 on work –life balance and co –responsibility of workers into domestic law. In public employment legislation, the regulatory changes entail modifications to some existing leave, incorporating leave for carers and force majeure, embracing a broad conception of the family, and introducing a new right to recognition of parental leave. In the spirit of the Directive, all leave to reconcile work and family life should facilitate flexibility for the worker and ensure that it is taken. Reconciliation rights are reinforced as individual and non –transferable rights and co –responsibility is further strengthened.

PALABRAS CLAVE: Conciliación, corresponsabilidad, empleo público, nuevos permisos, permiso parental.

KEYWORDS: Work –life balance, co –responsibility, public employment, new leaves, parental leave.

1. EVOLUCIÓN DE LA NORMATIVA EUROPA Y JUSTIFICACIÓN DEL REAL DECRETO 5/2023

El 29 de junio de 2023, el Boletín Oficial del Estado (B.O.E), publicó el Real Decreto *–ley 5/2023, de 28 de junio, por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad; de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles y conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores; y de ejecución y cumplimiento del Derecho de la Unión Europea,* (en adelante RD ley 5/2023), con entrada en vigor el día siguiente al de su publicación, excepto las previsiones del libro primero y del título VII del libro quinto, que entrarán en vigor al mes de su publicación, y las regulaciones del título III del libro tercero, que entrarán en vigor cuando se apruebe su desarrollo reglamentario, tal y como establece la Disposición Final novena.

El propio título de la norma de urgencia da buena cuenta de la variada temática que abarca y, a la vez, deja traslucir la emergencia que acuciaba al legislador antes de comenzar el período excepcional de “en funciones”, durante el que el gobierno “limitará su gestión al despacho ordinario de los asuntos públicos”¹. La Exposición de Motivos de la norma justifica explícitamente esta urgencia refiriéndose a cuatro cuestiones básicas. En primer lugar, por la necesidad de “cerrar procedimientos de infracción abiertos por la Comisión Europea por demora en la transposición” de diversas Directivas comunitarias y evitar que nuestro país sea sancionado económicamente, en tanto que la transposición en plazo es un objetivo fundamental del Consejo Europeo (artículo 260.3 TFUE). Segundo, reconoce que existe carta de emplazamiento de las instituciones europeas en relación con la demora en la incorporación del régimen sancionador del Reglamento (UE) 2021/784 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2021. Tercero, explica que existen declaraciones de incumplimiento decretadas por el

.....

1 Así lo prevé el artículo 21 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, BOE de 18 de diciembre de 1998, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 115 de la Constitución y de conformidad con lo previsto en el artículo 42.1 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, a la que se remite el Real Decreto 400/2023, de 29 de mayo, de disolución del Congreso de los Diputados y del Senado y de convocatoria de elecciones, BOE de 30 de mayo de 2023.

Tribunal de Justicia de la Unión², motivo que justifica acudir a esta norma de urgencia, según el Consejo de Estado. Y, por último, en cuarto lugar, es necesario prorrogar algunas medidas frente a las consecuencias de la guerra de Ucrania y reconstrucción de la Isla de la Palma.

En efecto, a través del Libro II del Real Decreto –Ley se procede a la trasposición 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.*

Conviene, no obstante, referirse a varios aspectos relevantes en lo que fue el largo y tortuoso camino de la transposición, hasta alcanzar el resultado publicado en la norma de urgencia. De hecho, la Disposición Final Octava explicita que se trata de una transposición parcial de la norma comunitaria, al dejar fuera de su contenido lo previsto sobre la remuneración del permiso parental en los artículos 5 y 8, respectivamente. Es una precaución del legislador de urgencia acorde con el plazo más amplio –hasta el 2 de agosto de 2024– del que goza ese aspecto concreto en la Directiva. Esa amplitud se deriva de que el legislador europeo es consciente de las dificultades de negociación que puede implicar en el ámbito interno de cada Estado miembro este aspecto económico, al poder optar entre una remuneración o a una prestación económica, condicionada a períodos de trabajo previos.

Más allá de este aspecto controvertido sobre el que se volverá en las siguientes páginas, existen otras dos cuestiones importantes a la hora de enfrentarse al análisis de la norma de urgencia y que sin duda deben de tenerse presentes para su correcta interpretación. Una, esta Directiva nace vinculada al impulso que el derecho a la igualdad de género tiene en la normativa de la UE y que también venía recogido, desde un primer momento, en el Pilar Europeo de Derechos Sociales³. Y, la otra es que este Real Decreto recoge –o salva– parte del contenido que estaba reflejado en la *non nata* Ley de Familias⁴.

Tradicionalmente, entre las instituciones que permiten conciliar la vida personal y la laboral se señalan, en primer lugar, a los permisos, en sentido amplio, que permitan a las personas trabajadoras interrumpir sus carreras profesionales para dedicarse al cuidado

.....

2 Destacan las Sentencias siguientes, las cuales obligan a realizar ajustes legislativos:

–En la Ley de Tráfico, en virtud de la STJUE de 19 de enero de 2023, la cual considera que la normativa española que requiere la adjudicación de los cursos de sensibilización y reeducación vial para la recuperación de puntos del permiso de conducción, mediante una concesión de servicio público, es contraria a la Directiva 2006/123/CE .

–En la normativa nacional para lograr seguridad jurídica en el sector, en virtud de la STJUE de 8 de junio de 2023, en el asunto C –50/21, “Prestige and Limousine”, la cual ha perfilado los límites que condicionan la intervención de las Administraciones en la ordenación del mercado de servicios VTC.

3 RAMOS QUINTANA, M^a. I., “El Pilar Europeo de Derechos Sociales: la nueva dimensión social europea”, *Revista de Derecho Social*, n^o. 77, 2017, pp.19–42.

4 Proyecto de Ley de Familias (121/000151,) BO de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, 14 de abril de 2023.

de sus familiares. Asimismo, cada vez se ha hecho más hincapié en que deben procurarse horarios de trabajo flexibles, para posibilitar que las condiciones laborales puedan ser adaptadas a la vida personal y a las obligaciones familiares de los trabajadores, sin que implique la renuncia completa a ninguna de ellas. Y, en tercer lugar, se viene reclamando el principal papel de los poderes públicos que han de procurar unos servicios adecuados que atiendan el cuidado de las personas adultas dependientes y de las menores, en general⁵.

En efecto, las licencias han tenido un protagonismo que, sin embargo, se ha revelado ineficiente⁶, mientras que las jornadas flexibles de trabajo y, en general, los mecanismos que permiten la adaptación del tiempo de trabajo al tiempo “de no trabajo” se acomodan mucho más al objetivo de la verdadera conciliación. Y ello es así porque el estudio de estas figuras debe abordarse desde el prisma de la igualdad⁷.

En el año 2016, la “Comisión Junker”, incluyó entre su plan de trabajo la iniciativa “Un nuevo comienzo para hacer frente a los desafíos de la conciliación de la vida laboral y familiar”, que pretendía incrementar la participación de las mujeres en el mercado de trabajo⁸. Con anterioridad, en julio de 2015, ante la falta de avances en su tramitación, se había anunciado la retirada de la propuesta de modificación de la Directiva relativa al permiso de maternidad⁹, de manera que esa nueva propuesta se presenta con un cariz amplio que pretende abrir “la vía a un nuevo enfoque para cumplir los objetivos estratégicos de mejorar la protección de las madres, lograr una mejor conciliación de la vida profesional y la vida familiar y facilitar la participación de las mujeres en el mercado de trabajo”¹⁰.

El 26 de abril de 2017, el Parlamento y el Consejo presentaron la propuesta de Directiva relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y de los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo¹¹. Entre las razones y objetivos que la justifican, el propio texto de la propuesta enumera pro-

5 Estudio de derecho comparado, RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E., *Instituciones de conciliación de trabajo con el cuidado de familiares*, Bomarzo, 2010.

6 **El 89% de los cuidadores en España son mujeres, la mayoría cónyuges e hijas, con edades comprendidas entre los 45 y los 65 años, según cifras del Consejo Superior de Investigaciones Científicas (CSIC)**. En España el 85% de las mujeres siguen encargándose del trabajo doméstico y el 95% se ocupa del cuidado de los hijos (Eurostat).

7 RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E., “La ‘soberanía sobre el tiempo’. Unilateralidad e imposición en la distribución del tiempo de trabajo frente a conciliación corresponsable”. *Cuadernos de relaciones laborales*, n.º. 40, (1), 2022, pp. 37–55.

8 Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Programa de trabajo 2016: “No es el momento de dejar las cosas como están”, Estrasburgo, 27 de octubre de 2015. COM (2015) 610 final.

9 Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 92/85/CEE del Consejo, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia. Bruselas, 3 de octubre de 2008, COM (2008) 637 final.

10 Comunicado de prensa de la Comisión Europea, sobre el nuevo enfoque de la conciliación y la retirada de la propuesta de Directiva sobre la maternidad, Bruselas, 1 de julio de 2015.

11 COM (2017) 253 final.

fundamentalmente resultados sobre el fracaso de las medidas adoptadas hasta ahora, lo que ha abocado a las mujeres a una situación de infrarrepresentación en el empleo –trabajos a tiempo parcial, temporales o informales–. Las consecuencias inmediatas se trasladan a la brecha salarial de género, llegando a alcanzar el 28% en algunos Estados miembros y el 40% de media en el UE, en el ámbito de las pensiones¹². A la vez, critica abiertamente la carencia de disposiciones que permitan que los hombres asuman las mismas responsabilidades familiares que las mujeres al no establecer permisos de cuidado equitativos y sin vinculación al género.

Por eso, la Directiva (UE) 2019/1158, de 20 de junio¹³, incluye una nueva clasificación de los permisos, diferenciando entre el de paternidad y el parental, a la vez que también mantiene el permiso por fuerza mayor, pero crea otro distinto que denomina “permiso para cuidadores”. La duración será independiente entre cada permiso y se convierten en intransferibles. Así, contarán de diez días, el de paternidad; cuatro meses, el parental, para cuidadores, un período mínimo de cinco días anualmente, y por fuerza mayor, el tiempo equivalente a cuatro días. Además, se amplía el concepto de familia, dando cabida a la convivencia, y se establecen los ocho años la edad mínima del menor hasta la que se permite disfrutar de estos permisos, así como solicitar formas de trabajo flexibles con una duración de esas fórmulas que pueden someterse a límites razonables. Al mismo tiempo se refuerzan las garantías de disfrute de estos permisos a través de la consolidación de los derechos adquiridos o en curso de adquisición que se generen durante su disfrute, la protección económica, el desplazamiento de la carga de la prueba y se estipulan sanciones a determinar por los Estados, pero que suponen una protección frente al trato o consecuencias desfavorables para quien se acoja a estos permisos.

Resulta fundamental, en cualquier caso, completar estos permisos específicos de alejamiento del puesto de trabajo, con las posibilidades de adaptación flexible al empleo, una vez que ha finalizado aquel o, incluso, durante su disfrute, en la medida que eso podrá facilitar la reincorporación de la persona trabajadora. Este es el punto clave y que marcará la diferencia respecto de la anterior regulación porque se refuerza el derecho a la reserva y reincorporación al trabajo tras el permiso parental. La previsión de la anterior Directiva sobre animar a personas trabajadoras y a las empresas “a tomar disposiciones para definir medidas adecuadas para la reintegración” queda superada en la actual redacción del artículo 9 de la Directiva.

.....

12 En 2015, la tasa de empleo femenina (20–64 años) alcanzó el 64,3 %, frente al 75,9 % en el caso de la masculina, OECD (2017), *The Pursuit of Gender Equality: An Uphill Battle*, OECD Publishing, Paris. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264281318> –en (fecha de consulta 28.11.2023).

13 Directiva (UE) 2019/1158, de 20 de junio, de Parlamento Europeo y del Consejo, 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.

Esta regulación responde a una previsión de carácter imperativo sobre la regulación del trabajo flexible que pretende incidir directamente en la corresponsabilidad, al fomentar el retorno al mundo laboral de la mujer, tradicional destinataria de los permisos parentales más extensos, con el consustancial riesgo de su desprofesionalización. En este nuevo reconocimiento se permite cierta limitación –hasta los 8 años– y requisitos –cierta antigüedad en el puesto, no más de un año –, pero se configura como un derecho subjetivo al que los Estados miembros deberán de dar cobijo en sus ordenamientos internos de manera que resulte efectivo. Como señala la Directiva, “las mujeres y los hombres deberán tener igual acceso a permisos especiales para cumplir con sus responsabilidades de cuidado y animárseles a utilizarlos de forma equilibrada”¹⁴.

En efecto, la *non nata* Ley de Familias recogía buena parte de estas cuestiones, al ser la norma en la que, *a priori*, se proponía transponer la Directiva (UE) 2019/1158. Debe tenerse presente que, en realidad, el origen simultáneo de esta norma europea, en el marco del desarrollo del Pilar europeo de derechos sociales, junto con la Directiva (UE) 2019/1152¹⁵, implicaba que lo idóneo era una transposición conjunta y, así, completar de forma más ambiciosa esa necesaria adaptación entre los tiempos de trabajo y de vida de las personas trabajadoras¹⁶. No obstante, el legislador al optar por primar en la Ley de Familias la vertiente más social frente a la estrictamente laboral de estos permisos también dio un paso coherente en relación con las nuevas estructuras familiares y la legislación sobre la igualdad que ha sido desarrollada de forma muy intensa¹⁷.

2. LA PROTECCIÓN NORMATIVA DE LOS DERECHOS DE CONCILIACIÓN EN EL EMPLEO PÚBLICO

El artículo 14, m) del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante, EBEP)¹⁸ se refiere genéricamente al derecho de los empleados públicos “a las vacaciones, des-

.....

14 Sobre esta Directiva, RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E., “De la conciliación a la corresponsabilidad en el tiempo de trabajo: un cambio de paradigma imprescindible para conseguir el trabajo decente”, *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, nº. 11(1), 2020, pp. 40–78.

15 Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, *relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea*, de 11 de julio de 2019. L186/105.

16 RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E., “La ‘soberanía sobre el tiempo’. Unilateralidad e imposición en la distribución del tiempo de trabajo frente a conciliación corresponsable”, *op. cit.*, pp. 40–45.

17 Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación (BOE de 13 de julio de 2022) o la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la Igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI (BOE de 1 de marzo de 2023).

18 Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público. BOE de 31 de octubre de 2015.

canso, permisos y licencias”, lo que desarrolla pormenorizadamente entre los preceptos 47 a 51. Como es sabido, se trata de una normativa con carácter de básica que podrá ser mejorada por la normativa autonómica y, en cuanto a su ámbito subjetivo, esta regulación afecta tanto a funcionarios y funcionarias, como al personal laboral. Por lo tanto, la previsión del artículo 51 EBEP sobre “el régimen de jornada de trabajo, permisos y vacaciones del personal laboral”, se entenderá aplicable, sin perjuicio de lo dispuesto para los funcionarios y funcionarias. En términos generales, se puede afirmar que la regulación funcional en materia de permisos suele ser más beneficiosa que la laboral, tanto por su tipología como por la extensión temporal de los permisos, dentro de las escasas diferencias entre ambas normativas.

En esta línea, el reconocimiento explícito del EBEP al “derecho a la adopción de medidas que favorezcan la conciliación de la vida personal, familiar y laboral” prevista en el artículo 14, j) merece una valoración muy positiva, al reconocerse como criterio de actuación de las Administraciones Públicas y acatar el mandato del artículo 51, b) de la Ley Orgánica 3/2007 (en adelante, LOI)¹⁹. Ese precepto se refiere a la transversalidad del principio de igualdad y, en particular, de la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en las Administraciones Públicas.

Los artículos 48 y 49 EBEP regulan separadamente los permisos por causas personales y por causas familiares, respectivamente. Realmente esa distribución no resulta del todo ajustada al concepto actual del derecho de conciliación como derecho individual de mujeres y hombres para compatibilizar la vida laboral y la vida privada²⁰. Sería más oportuno diferenciar entre los permisos de conciliación, propiamente dichos, y los permisos parentales porque los previstos en el artículo 48 pretenden responder a esas necesidades de ausencia en el puesto de trabajo para atender a asuntos particulares –los permisos propiamente dichos–, mientras que los del artículo 49 son los clásicos relacionados con el cuidado de un menor –por nacimiento, por adopción y acogimiento, por el cuidado de un menor afectado de una enfermedad grave–.

Si bien nuestro TC se pronunció sobre la constitucionalidad de la diferente duración de los antiguos permisos de maternidad y el de paternidad²¹, la legislación española superó esta concepción al equiparar y homogeneizar su duración en el RD –ley 6/2019²², lo que supuso desvincular la conciliación del alumbramiento o del género femenino, y dar así

.....

19 Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. BOE de 23 de marzo de 2007.

20 Pilar Europeo de Derechos Sociales, aprobado en la “Cumbre social en favor del empleo justo y el crecimiento, celebrada en Gotemburgo (Suecia), de 17 de noviembre de 2017. En: https://ec.europa.eu/commission/files/european-pillar-social-rights-booklet_es. (fecha de consulta: 9/10/2023).

21 STC 111/2018, de 17 octubre.

22 Real Decreto –ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación. BOE de 5 de marzo de 2019.

cumplimiento a las previsiones europeas que iban ya desde hacía una década en esa línea de equiparación de tiempo de trabajo y de cuidados para ambos progenitores²³. En tal sentido, destaca un permiso previsto en el EBEP y que no se contempla en el ámbito laboral, a no ser en las previsiones de los convenios colectivos, aunque tampoco es habitual, al menos con esta detallada y proteccionista regulación. Se trata del permiso que reconoce al personal funcionario que precise atender al cuidado de un familiar en primer grado, por razones de enfermedad muy grave, el derecho a solicitar una reducción de hasta el cincuenta por ciento de su jornada laboral, con carácter retribuido y por el plazo máximo de un mes. Si hubiera más de un titular de este derecho por el mismo hecho causante, el tiempo de disfrute de esta reducción se podrá prorratear entre los mismos, respetando en todo caso, el plazo máximo de un mes [artículo 48, i) EBEP].

Las posibilidades de actuación de esta medida en relación con la corresponsabilidad y el cuidado de familiares adultos, resulta evidente. Esta norma incentiva el reparto de la carga del cuidado y del permiso, a través del reparto proporcional en el caso de que exista más de un titular de este derecho por el mismo hecho causante. Al concebirse como un derecho único y unitario, puede resultar que tal reparto no se materialice si otros posibles beneficiarios no ejercen el derecho, por lo que acrecienta la duración del permiso del único que lo disfruta. Conviene tener en cuenta que este precepto tiene un carácter básico y supletorio respecto de la legislación específica²⁴. Resulta aplicable a los funcionarios públicos, eso sí, de carrera, interinos o personal eventual. Parece quedar excluido, por tanto, el personal directivo (artículo 13 EBEP) en tanto que es una figura que presenta especialidades por su propio concepto. El personal laboral, con las salvedades interpretativas del artículo 51 EBEP, puede considerarse incluido²⁵.

Al respecto de la igualdad que debe presidir las condiciones de trabajo de todos los empleados públicos, el TC ha considerado que vulnera el artículo 14 CE, la negativa por parte de la Administración a que los solicitantes, un trabajador fijo y otro interino por vacante, puedan ejercitar un derecho de permuta justificado en aras de hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida laboral y familiar al haber acreditado cargas familiares.

.....

23 Directiva 2010/18/UE, de 8 de marzo de 2010, “por la que se aprueba el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, celebrado por Business Europe, la Ueapme, el CEEP y la CES y se deroga la Directiva 96/34/CE. DO L 68/13, de 18 de marzo de 2010. Y, más incisiva en la equiparación de la duración de los permisos, el germen de la actual Directiva, la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo «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», Bruselas, 26 de abril de 2017, COM (2017) 253 final, 2017/0085 (COD).

24 Al respecto destaca la Disposición Derogatoria del EBEP que ha dejado vigente la mayor parte del contenido del artículo 30 Ley 30/1984 y la regulación autonómica sobre permisos, si bien se ha establecido que la regulación del EBEP sobre jornada, permiso y vacaciones es directamente aplicable, Instrucción de 5 de junio de 2007, secretaria general para la Administración Pública (BOE de 23 de junio de 2007).

25 RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E., “Derechos y deberes de los empleados públicos laborales”, en BLASCO PELLICER, A., y LÓPEZ BALAGUER, M., (dirs), *Las relaciones laborales en el sector público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 243–299.

Conforme a la ponderación de los derechos en lid, el Tribunal afirma que es inconstitucional “configurar a los trabajadores temporales como colectivo en una posición de segundo orden en relación con los trabajadores con contratación indefinida” y, por ello, no estima que haya razón justificada para aplicar condiciones de trabajo distintas a los trabajadores sometidos al mismo régimen jurídico²⁶.

Sobre la efectividad práctica del derecho previsto en el artículo 48, i) EBEP, hay que destacar que depende del órgano competente a la hora de resolver la solicitud del beneficiario²⁷. Es decir, no se concede inmediatamente, lo que dificultará su efectividad. Si bien sólo podrá denegarse con una motivación concreta y razonada, sin que baste alegar genéricamente que afecta a las necesidades del servicio. Se ha considerado que la causa justificativa “por razones de enfermedad muy grave”, resulta un concepto indeterminado que deberá ser aclarado reglamentariamente o por la negociación colectiva²⁸.

En detrimento de la corresponsabilidad también va el hecho de que se concibe como potestativo, de manera que es posible que se acoja sólo un familiar que se ocupará íntegramente del cuidado. Obviamente lo solicitará el beneficiario cuyas responsabilidades laborales son menores, lo que inevitablemente posibilita de nuevo a que sea la mujer la que se acoja a esta reducción de jornada. Por lo tanto, las bondades de esta regulación en aras de la verdadera corresponsabilidad en el cuidado de familiares quedan muy diluidas²⁹.

Lo deseable en este caso sería imponer su ejercicio para todos los posibles cuidadores. Es decir, mantener el derecho como individual e intransferible, pero establecer períodos mínimos de disfrute para cada uno. Es cierto que la problemática en este supuesto del cuidado de adultos resulta más complicada porque el ordenamiento no dispensa la misma obligación de cuidado que hacia los hijos. El legislador consciente de estos impedimentos derivados del derecho civil se ha centrado en no perjudicar, al menos, a quien reciba ese cuidado. Con esta configuración la medida es más “paliativa” que “incisiva”, en lo que se refiere a las pretensiones de influenciar en las decisiones íntimas del entorno familiar del dependiente que se encuentra en una situación de extrema vulnerabilidad vital, por lo que, con todo, cabe una valoración positiva de este permiso³⁰.

.....

26 STC 149/2017, de 18 de diciembre.

27 RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “Comentario al artículo 48 de la Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público”, en AA. VV., *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, Aranzadi, Pamplona, 2009, (BIB 2009/5406).

28 ALFONSO MELLADO, C. L., “Conciliación de la vida familiar y laboral en el empleo público después del Estatuto Básico”, en AA. VV., *Medidas de conciliación de la vida personal, laboral y familiar. Hacia un respeto igualitario de las reformas parentales*, Bomarzo, Albacete, 2009, pp. 200–2001.

29 MOLINA NAVARRETE, C., “Aspectos laborales del Estatuto Básico del Empleado Público: de la convergencia a la unificación parcial de estatutos”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº. 293–294, 2007, p. 194.

30 RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E., “Derechos y deberes de los empleados públicos laborales”, *op. cit.*, pp. 243–299.

Por otra parte, como es sabido, el TJUE ha desarrollado una intensa actividad como garante del ejercicio de los derechos de conciliación en términos de igualdad y erradicando el tratamiento peyorativo de quien los ejerza. En esta línea se sitúa la STJUE de 7 de septiembre de 2017, C –174/16, asunto “H. y Land Berlín”. El litigio se plantea en el ámbito de la Administración alemana, en concreto, entre la Sra. H. y el Land Berlín, en relación con una resolución de esta entidad, notificada a la Sra. H. durante el permiso parental, en la que se le informa que, a causa de la ausencia por razón de dicho permiso, se considera que no ha superado con éxito el período de prácticas de dos años del puesto de directivo que había ganado y se le había adjudicado antes de su permiso parental. En consecuencia, se la había cesado de su puesto como funcionaria de superior nivel en prácticas y se le había adjudicado de nuevo su puesto anterior, de nivel inferior. Ante esta situación, el Tribunal alemán que conoce del asunto tras sucesivos recursos, el *Verwaltungsgericht Berlin* (Tribunal de lo Contencioso –Administrativo de Berlín, Alemania), eleva una petición de decisión prejudicial que tiene por objeto la interpretación de la Cláusula 5, apartados 1 y 2, del Acuerdo Marco revisado sobre el permiso parental, celebrado el 18 de junio de 2009, que figura en el anexo de la Directiva 2010/187UE, y de los artículos 14, apartado 1, letras a) y c), 15 y 16 de la Directiva 2006/54/CE.

El Tribunal recuerda que la finalidad del Acuerdo Marco recogido por la Directiva 2010/18/UE es permitir a los progenitores interrumpir su actividad profesional para dedicarse a sus responsabilidades familiares. Y, en concreto, se garantiza la reincorporación Zpermiso parental. De manera que, al finalizar el permiso parental, podrán volver a ocupar su puesto de trabajo o, en caso de imposibilidad, un trabajo equivalente o similar conforme a su contrato o a su relación laboral –Cláusula 5, apartado 1–. Con esta misma perspectiva, en el apartado siguiente de la misma Cláusula del Acuerdo Marco, se preservan los derechos del trabajador sobre los “derechos adquiridos” o “en curso de adquisición” a los que el trabajador pueda tener derecho cuando inicie el permiso parental, hasta que lo finalice, tal y como ya había declarado este mismo Tribunal³¹. Sobre el sentido de “puesto de trabajo” y de “derechos adquiridos”, en este pronunciamiento recuerda que deben de ser objeto, en toda la Unión, de una interpretación autónoma y uniforme que busque facilitar el mantenimiento de la totalidad de los derechos o ventajas derivados directa o indirectamente de la relación laboral, a los que el trabajador puede tener derecho frente al empresario al inicio del permiso parental³².

31 SSTJUE de 16 de julio de 2009, C –537/07, asunto “Gómez Limón”, y de 22 de octubre de 2009, C –116/08, asunto “Meerts”.

32 En ambos casos, se refiere a la interpretación ya establecida en el asunto “Meerts”.

El Tribunal de la Unión, remitiéndose a su propia jurisprudencia, recuerda que debe ser el juez remitente al que corresponde comprobar realmente la imposibilidad de garantizar a la Sra. H. que pudiera ocupar su propio puesto de trabajo tras el permiso parental y, de ser así, asegurarse de que le fuese adjudicado otro equivalente o similar para que pudiera realizar sus prácticas. De la misma manera, considera que la trabajadora no tiene que someterse a un nuevo proceso selectivo, so pena de que lo contrario podría vaciar de contenido el derecho a disfrutar del permiso parental y retrasaría aún más el nombramiento de la interesada a ocupar ese nuevo puesto. Además de que sería someterla doblemente a un proceso de oposición, cuando ella ya había ganado su puesto en un primer proceso selectivo por el que ya se le había adjudicado una plaza concreta.

Por lo tanto, ha de compartirse la interpretación del Tribunal de la Unión que, en sus argumentaciones, muchas de ellas tomadas del Abogado General³³, se muestra muy claro y contundente al afirmar que la finalidad primordial del Acuerdo Marco revisado es garantizar los derechos de los trabajadores que se acogen a su permiso parental. De tal forma que una interpretación contraria a la promoción profesional en este caso incidiría negativamente en quién, como la trabajadora del litigio, ejerce sus derechos de conciliación de la vida personal y familiar con la laboral. La normativa nacional, en este caso, produce un efecto disuasorio para disfrutar del permiso parental lo que supone, al mismo tiempo, un menoscabo del efecto útil de la Directiva 2010/18/UE y más, si cabe, en el ámbito del empleo público.

En definitiva, se puede concluir que el legislador ha sido tímidamente más ambicioso en el ámbito público que en la esfera privada donde la negociación colectiva entre la empresa y la persona trabajadora o sus representantes tendrá un papel más preponderante. Con estos mimbres, a continuación, se analizan más pormenorizadamente los cambios que el nuevo RD ley 5/2023 ha introducido en esta regulación.

3. LAS MODIFICACIONES LEGALES EN EL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO

El artículo 128 del RD ley 5/2023 cuenta con dos apartados en los que se concitan las dos referencias modificativas respecto del EBEP. En efecto, el primero –apartado “uno”– modifica solamente la redacción de las letras a) e i) del artículo 48 del EBEP, y el apartado siguiente –el “dos”– es el que supone un cambio normativo más profundo

.....

33 Conclusiones del Abogado General Sr. Paolo Mengozzi, del 26 de abril de 2017.

porque añade una nueva letra g) al artículo 49 del EBEP, a los efectos de regular el nuevo permiso parental.

En realidad, el legislador de urgencia, tal y como le corresponde a su excepcionalidad, se limita a introducir los mínimos cambios que sean necesarios a efectos de la transposición de la Directiva (UE) 2019/1158. Mientras que en el Proyecto de la *non nata* Ley de Familias se preveían cuatro apartados con distintas afectaciones en torno al régimen de los permisos en el empleo público³⁴, las modificaciones llevadas a cabo por el RD ley 5/2023 se circunscriben a las modificaciones precisas en el ámbito de los derechos de conciliación y corresponsabilidad que están vinculados por el mandato de la norma europea.

Así, no se ha considerado necesario incidir en el reconocimiento y el ejercicio en igualdad y con prohibición de discriminación respecto de los derechos de conciliación que ya recoge el artículo 14. En concreto en la letra j) se refiere a “la adopción de medidas que favorezcan la conciliación de la vida personal, familiar y laboral”, siguiendo la nomenclatura de la Directiva de 2010 y que ya constaba en el texto original del EBEP. De hecho, la adición de la nueva letra j bis), sobre la desconexión digital, incorporada en el año 2018³⁵, fue la última que vino a modificar en profundidad este elenco de derechos, más allá de la última actualización en la redacción de las letras h) e i), sobre la expresión de género y las características sexuales, como causas prohibidas de acoso y discriminación introducidas explícitamente por la reciente Ley 4/2023, de 28 de febrero³⁶.

Por lo tanto, no es necesario introducir una modificación como sí se incluyó en el artículo 4.2, c) ET³⁷ que, por fin, recoge como causa prohibida de discriminación el trato desfavorable derivado del “ejercicio de los derechos de conciliación o corresponsabilidad de la vida familiar y laboral”. Podríamos afirmar que, en este punto, el ET se pone al día—obsérvese que la redacción es ligeramente diferente, siguiendo al propio texto comunitario, pues se elimina el término “personal” —, mientras que el EBEP ya recogía esa previsión que ahora se hace explícita en el artículo 11 de la Directiva 2019/1158. Es decir, el EBEP ya partía del reconocimiento del derecho de conciliación como derecho subjetivo individual a las personas empleadas públicas.

.....

34 La Disposición Final Cuarta otorgaba nueva redacción acorde con las normas de igualdad y de reconocimiento de derechos al colectivo LGTBI+, así como otras actualizaciones en torno a la propia dinámica de los permisos. De hecho, algunas de esas redacciones ya se recogieron previamente por la Disposición Final 16.2 a 5 de la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, BOE de 1 de marzo de 2023.

35 Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, BOE de 6 de diciembre de 2018.

36 En concreto, a través de la Disposición Final 16.1 de la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, BOE 1 de marzo de 2023.

37 Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, BOE de 24 de octubre de 2015.

3.1. Las modificaciones en los permisos de los funcionarios públicos

La propia Exposición de Motivos del RD ley 5/2023 se refiere a la modificación de los permisos del artículo 48 del EBEP “a fin de acompañar el permiso por accidente o enfermedad grave (artículo 48.a) a lo dispuesto en la Directiva (UE) 2019/1158”.

En efecto, el permiso por accidente, enfermedad grave u hospitalización de un familiar recogido en el artículo 48 a) del EBEP había sido modificado con anterioridad por la disposición final trigésima séptima de la Ley 11/2020, de 30 de diciembre³⁸. En ese momento se añadió la causa “intervención quirúrgica sin hospitalización que precise de reposo domiciliario”. En realidad, fue una reivindicación de los empleados públicos afectados por diferencias con la referencia a esta situación que se reconocía ya en el artículo 37.3, b) del ET.

La queja fue recogida y elevada por el Defensor del Pueblo que emitió una recomendación sobre “recoger expresamente en el Estatuto Básico del Empleado Público permiso por hospitalización, o intervención quirúrgica sin hospitalización, de familiares y parientes de pacientes que precisen reposo domiciliario”³⁹. De hecho, expresamente se muestra disconforme con la interpretación que sostiene la Dirección General de la Función Pública respecto de la aplicación de la previsión contenida en el artículo 48 a) del EBEP sobre que deben valorarse las circunstancias objetivas y subjetivas para considerar una enfermedad como grave o no, siendo la gravedad de la enfermedad el presupuesto básico para la concesión del permiso. Ese criterio, advierte esta institución, “pudiera tener carácter restrictivo pues no se tienen en cuenta el resto de circunstancias que pudieran concurrir en estos supuestos, por lo que, en el régimen estatutario, a diferencia del régimen laboral, el contenido y alcance de este permiso es menor para supuestos de hecho similares o incluso idénticos, lo que implica una diferencia de trato que resulta perjudicial para el personal funcionario respecto de los trabajadores por cuenta ajena”, ya que la “enfermedad grave” y la “hospitalización” son supuestos distintos, como recoge la jurisprudencia, tanto laboral, como administrativa⁴⁰.

El RD ley 5/2023 no establece una nueva letra en el artículo 48 a) para separar claramente estos supuestos de enfermedad u hospitalización de parientes, con el caso del falle-

.....

38 Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2021, BOE de 31 de diciembre de 2020.

39 Queja, nº: 15010757; <https://www.defensordelpueblo.es/resoluciones/incluir-expresamente-en-el-texto-del-estatuto-basico-del-empleado-publico-el-permiso-por-hospitalizacion-o-intervencion-quirurgica-sin-hospitalizacion-de-familiares-y-parientes-que-precise-reposo-domi/> (fecha de consulta: 8/10/2023).

40 Al respecto, STS de 23 de abril de 2009 (rec. nº. 44/2007), indica que “... basta con la hospitalización para que se genere el derecho a la licencia cuestionada, sin que sea precisa la enfermedad más o menos grave de la mujer parturienta. El vigente texto legal acentúa esa solución interpretativa acorde con su tenor literal, al conceder la licencia sin necesidad de hospitalización, cuando por intervención quirúrgica se precise reposo domiciliario, ...”.

cimiento de esos familiares, cuestión técnica que sí se mejora en el nuevo artículo 37.3, b), bis del ET. La doctrina ha expresado claramente que se trata de un acierto en la sistemática de la norma⁴¹, sin embargo, en el precepto del EBEP se diferencian en tres párrafos los supuestos protegidos, dejando en el artículo 48, a) *in fine* perfectamente identificado el permiso por fallecimiento. Por lo tanto, parece que la opción de mínima interferencia del legislador de urgencia no incide negativamente, ni por comparativa con el ET.

Resultaba especialmente elocuente la recomendación del Defensor del Pueblo citada antes porque no sólo se refería a incluir este supuesto de hospitalización, sino que mencionaba, siquiera genéricamente, que ese añadido en el artículo 48 a) se llevase a cabo **“con las precisiones que se estimen pertinentes, de manera favorable y acorde con la conciliación de la vida familiar y laboral”**. Pues bien, parece que el legislador no lo ha tenido en cuenta hasta la transposición de la Directiva 2019/1158.

Hasta ahora el permiso se reconocía diferenciando familiares de primer grado y familiares de segundo grado, siempre en relación con la persona empleada pública. Así, el permiso era de tres días hábiles, o de cinco cuando era en distinta localidad, “por fallecimiento, accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise de reposo domiciliario, de un familiar dentro del primer grado de consanguinidad o afinidad”. Y, por las mismas causas, cuando se trate de un familiar de segundo grado de consanguinidad o afinidad, el permiso se reduce a dos días hábiles, o cuatro si es de distinta localidad. En los mismos términos se reconocía el permiso por fallecimiento del cónyuge.

De esta manera, los tribunales⁴² y, destacadamente el Tribunal Constitucional, venían denegando la aplicación de estos permisos en los supuestos que la persona afectada era la pareja de hecho, en lugar del cónyuge, por considerar lícita la diferencia que el legislador establecía tradicionalmente a lo largo del articulado y, por lo que aquí interesa, con consecuencias muy diferentes en el ámbito laboral y de la protección de seguridad social⁴³. El RD ley 5/2023 acaba con este criterio y actualiza los preceptos a los que afecta equiparando, en todos los casos, a la pareja de hecho y, en relación con el permiso de cuidadores, también a los convivientes en el mismo domicilio. A continuación, veremos los matices de estas afirmaciones, pero, por el momento este cambio legislativo debe destacarse como premisa para el análisis.

Efectivamente el proyecto de la malograda Ley de Familias insistía en ampliar y actualizar el concepto de la institución de la familia a las heterogéneas realidades sociales que engloba en la actualidad. En nuestro ordenamiento jurídico se produce el paradigma de que mientras

41 BLASCO JOVER, C., “Cuando se cierra una puerta se abre una ventana: el RD Ley 5/2023 salva in extremis la esencia de la Ley de familias”, *Lex Social, Revista de derechos sociales*, nº. 13 (2), 2023, p. 21.

42 Por todas, STS de 22 de octubre de 2019 (rec. nº. 78/2018); muy interesante también el Voto particular contrario a esta diferencia de derechos para los matrimonios frente a las uniones *more uxoris*.

43 Por todas, SSTC 184/1990, de 15 de noviembre y 39/1998, de 17 de febrero.

el artículo 39 del texto constitucional protege a la familia, pero sin limitar esa protección a la tradicional o nacida del vínculo conyugal⁴⁴, el artículo 32 CE reconoce la unión matrimonial expresamente, pero a los efectos de la igualdad de las obligaciones y derechos que de este se desprenden para hombres y para mujeres, lo que no supone un reconocimiento de mejor derecho a estas uniones que a las establecidas por otros vínculos, siempre que se ajusten a los requisitos legales que se establezcan, pues el propio precepto constitucional se remite a la legalidad ordinaria para la regulación de las uniones de todo tipo. Es decir, nuestra Constitución reconoce el papel fundamental de la familia en nuestro sistema social y económico, pero también incide en la igualdad de derechos entre los descendientes de todas las familias, con independencia del estado civil de sus progenitores entre sí o con ellos mismos. Además, reconoce como legítimas todas las opciones que se encuentren dentro de los límites legales y supongan un ejercicio del libre desarrollo de la personalidad (artículo 10 CE)⁴⁵.

Recogiendo este concepto amplio de la familia, como una institución cambiante y cuyos distintos modelos no admiten tratos discriminatorios, la Directiva 2019/1158 a lo largo de sus considerandos, se refiere a las especiales necesidades de unas frente a otras –Considerando n.º. 37, lo que ejemplifica con las monoparentales⁴⁶– o la inclusión de sujetos distintos a los tradicionales –Considerando n.º. 27, se refiere a los hermanos–, pero es en la letra e) del artículo 1, cuando al definir al “familiar” reconoce específicamente a la pareja de hecho como equivalente al cónyuge “cuando las uniones de hecho estén reconocidas en el Derecho nacional”.

De tal forma que el artículo 48, introduce en la letra l) el permiso de quince días ya no sólo por matrimonio, sino también por “registro o constitución formalizada por documento público de pareja de hecho”. Debe interpretarse, por tanto, que el derecho se genera cuando se formaliza la nueva situación civil de la persona beneficiaria del permiso y quedarían excluidas aquellas formas análogas de relaciones afectivas pero previas a la formalización correspondiente, bien a través del contrato civil del matrimonio o de las diferentes opciones que ofrece la legislación española para formalizar esa pareja de hecho.

Parece clara que la finalidad de la norma es la de conceder esos días de asueto ante esa circunstancia verificable de la persona trabajadora, por lo que no se estaría incurriendo en discriminación alguna al dejar fuera esas otras uniones que careciesen de ese tipo de formalización. De la misma forma, si una pareja de hecho registrada opta por contraer matri-

44 STC 222/1992, de 11 de diciembre.

45 BLASCO JOVER, C., “La necesidad de adaptar ciertos derechos personales y familiares a las parejas de hecho y núcleos monoparentales”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, n.º. 451, 2020, pp. 117–122.

46 Al respecto, *vide* BOGONI, M., “Los derechos de conciliación de las familias monoparentales”, en RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E., MARTÍNEZ YÁÑEZ, N. (dir.), *Conciliación y corresponsabilidad de las personas trabajadoras: presente y futuro 2021*, Bosch, pp. 245–284; la misma autora, “Familias monoparentales y nueva Ley de Familias: el largo camino hacia el reconocimiento de sus derechos de conciliación”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, n.º. 155, 2023, pp. 65–98.

monio con posterioridad no parece admisible acudir a este mismo permiso si ya se ha disfrutado con el mismo objeto y en idénticas circunstancias, es decir, con la misma persona que se había registrado como pareja de hecho. Si esas circunstancias cambian, se entiende que se podrá disfrutar el permiso tantas veces como se produzca el hecho causante, a saber, contraer matrimonio o registrarse como pareja de hecho con otra persona distinta. Lo cierto es que esta circunstancia ya ha sido puesta en práctica en el ámbito laboral por derivarse de derechos pactados en el ámbito de la negociación colectiva y recogidos en los convenios colectivos⁴⁷, lo que no es óbice para que la normativa legal, por fin, lo reconozca y le otorgue la consabida plenitud para su ejercicio, sobre todo, en el ámbito del empleo público.

Pero sin duda la modificación más relevante es la que se recoge en el artículo 48 a), tanto en lo que se refiere a la pareja de hecho como sujeto causante del derecho al permiso de cinco días para su cuidado por enfermedad u hospitalización en igualdad de condiciones del cónyuge y los familiares de primer grado, como la adición de otro sujeto causante que será “otra persona distinta de las anteriores que conviva con el funcionario o funcionaria en el mismo domicilio y que requiera el cuidado efectivo de aquella”. En el siguiente párrafo del artículo 48 a), referido a los familiares de segundo grado exclusivamente, se unifica también la duración del permiso a cuatro días, eliminando la diferencia por el diferente domicilio con el sujeto causante que ampliaba en dos días más el permiso inicial de dos días.

Es decir, el RD ley 5/2023, recogiendo el espíritu de la Directiva que transpone y según explicita su Considerando nº. 27, permite que el permiso de cuidadores más próximos sea disfrutado por quien tenga que hacerse cargo de una persona distinta de la pareja o de los familiares de primer grado, pero siempre que conviva con ella, pues en caso contrario, sólo podrá acogerse al permiso de cuatro días, si son familiares de segundo grado. Acudiendo a los propios ejemplos de la norma europea: abuelos o hermanos. Piénsese que se trata de un permiso para el cuidado de proximidad, durante un corto lapsus temporal, motivo por el que se amplía a esos convivientes –con los que conforma una familia o se integra en la estructura familiar según la Directiva–, lo que, por otra parte, facilitará que no se tengan que desplazar otros familiares no convivientes y más alejados físicamente. Sería posible, no obstante, que en este punto las distintas administraciones estableciesen mejoras añadiendo días por esa circunstancia del desplazamiento, por ejemplo.

Por último, una divergencia importante entre la transposición en el artículo 37 del ET y la del EBEP es que las causas de los nuevos permisos aquí son indiferenciadas. Es decir,

.....

47 Por ejemplo: *Anexo IV, Permisos y licencias*, Convenio colectivo de la empresa BSH Electrodomésticos España, S.A., BOE 10 de julio 2020. Artículo 34. *Parejas de hecho*, XVI Convenio colectivo de la Organización Nacional de Ciegos (ONCE) y su personal. BOE de 18 de enero de 2018. Convenio colectivo estatal de tejas, ladrillos y piezas especiales de arcilla cocida. BOE 11 de octubre de 2019; Artículo 64. *Permisos y licencias*, VIII Convenio colectivo estatal del corcho. BOE 14 de mayo de 2020; Artículo 44. *Licencias*, Convenio colectivo estatal para el sector de mayoristas e importadores de productos químicos industriales y de droguería, perfumería y anexos. BOE de 27 de septiembre de 2021.

mientras que en el artículo 37.3, b) del ET se reconoce un permiso de cinco días en los mismos supuestos que los descritos en el artículo 48, a) del EBEP, en el artículo 37.9 del ET se establece un permiso de cuatro días con el que explica que transpone el llamado “permiso por fuerza mayor” que ya recogía la primera Directiva 96/34/CE⁴⁸. Sin embargo, en el EBEP ambas causas se superponen al estar completadas por la propia disposición del artículo 48 i), como se ha explicado. De alguna manera la normativa del empleo público resulta más beneficiosa al ampliar la duración del permiso de fuerza mayor en 1 día respecto de la previsión de la Directiva (se refiere a cuatro), y en ningún supuesto se ha añadido la necesidad de justificación dentro de los requisitos para el disfrute de los permisos, lo que no impide que deban justificarse las debidamente, tal y como sucede en la actualidad.

3.2. El nuevo permiso parental en el elenco de los permisos por motivos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral

Como se ha adelantado, el RD ley 3/2023 establece un nuevo permiso en el listado del artículo 49 dedicado a los permisos por motivos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral. En concreto, añade la letra g) para incluir el permiso parental para cuidar a un hijo o hija o menor acogido, hasta que cumpla ocho años. Especifica que la duración será de ocho semanas, “continuas o discontinuas” y que “podrán disfrutarse a tiempo completo o en régimen de jornada a tiempo parcial”, supeditado a las necesidades del servicio y “conforme a los términos que reglamentariamente se establezcan”.

En realidad, en este primer párrafo el precepto concentra las circunstancias más importantes para la interpretación del nuevo permiso. Así, delimita claramente al sujeto causante, en función del cual se delimita temporalmente su disfrute –los ocho años del menor –, la duración del permiso e incluso, que se deberá realizar en grupos de semanas, aunque cabe que sea a tiempo parcial o por periodos completos.

Sobre la duración de ocho semanas, téngase en cuenta que la Directiva se refiere a una duración de cuatro meses, de los que dos –ocho semanas– han de ser “retribuidas e intransferibles”. Dado que la llamada “cláusula pasarela” ya permite que el legislador nacional tenga en cuenta para el cómputo de esos periodos los permisos que tenga regulados en su normativa interna con la misma o similar finalidad, aunque con otra nomenclatura, en nuestra legislación la regulación de la excedencia y otros, como la reducción de jornada e incluso la lactancia, abarcan sobradamente los otros dos meses que debe durar el permiso parental⁴⁹.

48 Cláusula 3: Ausencia del trabajo por motivos de fuerza mayor, en la derogada Directiva 96/34/CE del Consejo, de 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES.

49 Excelente estudio sobre cómo debe adaptarse la legislación interna a la Directiva 2019/1158, CABEZA PE-REIRO, J., “La directiva de conciliación de la vida familiar y profesional”, *Revista de derecho social*, nº 92, 2020,

Sin embargo, el precepto añade cuatro párrafos más para aclarar ciertos conceptos y cuestiones que podrían dar lugar a una interpretación equívoca o simplemente se trata de reforzar otras, como recordar que el término de madre biológica que incluye a las personas trans gestantes⁵⁰. En el párrafo segundo se remarca el carácter individual e intransferibles del nuevo permiso para cada persona trabajadora, en sintonía con la caracterización de todos los permisos por conciliación.

Los siguientes párrafos vienen a desarrollar la propia dinámica del permiso que, en todo caso, ya se ha advertido que queda supeditado para su ejercicio al desarrollo reglamentario. Pues bien, el legislador de urgencia avanza una especie de ciertas reglas de mínimos que al recogerse por la ley no podrán ser alteradas en su esencia por la respectiva normativa de desarrollo.

Por un lado, insiste en asegurar que el disfrute se realice en cómputos de semanas completas y, por otro, establecer obligaciones concretas para la persona trabajadora que lo vaya a disfrutar: ha de preavisar con una antelación de quince días la fecha de inicio y de fin del periodo de permiso o, “en su caso, de los periodos de disfrute”. Es decir, el preaviso de quince días ha de computarse de fecha a fecha, al igual que las ocho semanas del permiso, y se establece como un requisito formal que ha de atender el solicitante, so pena de que la Administración pueda condicionar el comienzo del permiso al cumplimiento de ese plazo. Esa sería la opción más gravosa que puede adoptar la Administración, pues denegar el permiso por ese requisito formal podría ser una conducta tildada como discriminatoria. No en vano el reconocimiento del permiso se articula como una nueva manifestación de los derechos de las personas trabajadoras a la conciliación entre la vida familiar y laboral.

Y, por otra parte, el párrafo tercero del precepto se ocupa de reproducir la regla que también se incorpora en el ET para los supuestos de concurrencia de ambas personas progenitoras a la hora de solicitar el periodo del disfrute del permiso parental. De nuevo se trata de una solución de compromiso con el buen funcionamiento de la Administración afectada, pero el legislador especifica que en estos casos puede incluso aplazarse la concesión del permiso, siempre que se haga bajo tres premisas: que el aplazamiento sea por un “periodo razonable, justificándolo por escrito y después de haber ofrecido una alternativa de disfrute más flexible”. Es decir, el legislador a la vez que prima el “correcto funcionamiento de la unidad de la administración en la que ambas presten servicios”, intenta garantizar el derecho de los solicitantes exigiendo a la administración una actual similar a la que se prevé para la empresa privada en el supuesto de la adaptación y flexibilización de jornada del artículo 34.8 del ET. Además, se ajustan al tenor del artículo 5 de la Directiva,

.....

pp. 41–80

⁵⁰ Ya se ha comentado que la Ley 4/2023, ha introducido varias modificaciones en la normativa laboral y del EBEP en cuanto a la equiparación de derechos y la prohibición de discriminación sobre este colectivo.

sobre el permiso parental. En esa línea parece razonable interpretar esos tres requisitos, sobre todo el que tiene que ver con la obligación de ofrecer una alternativa que facilite el disfrute simultáneo del permiso parental para los progenitores.

Más allá de estas novedades, ha resultado muy controvertido el carácter retribuido o no del permiso parental en el EBEP. Parece que la cuestión es pacífica en el ET porque este permiso se ha establecido como una nueva causa de suspensión del artículo 45, a la vez que se regula en un nuevo precepto, el artículo 48 bis, lo que deja claro que no será retribuido hasta que se establezca expresamente⁵¹. Sin embargo, se ha considerado que el hecho de incluir en el elenco del artículo 49 del EBEP este permiso lo convierte en retribuido porque tales permisos gozan de garantías adicionales en comparación con los del artículo 48 del mismo cuerpo legal⁵². Además, se esgrimen dos cuestiones más. En primer lugar, su no remuneración lo convierte más con una nueva situación administrativa (del artículo 85 y siguientes) que con un permiso. Y, en segundo lugar, dejaría de cumplir la finalidad para la que se ha establecido, pues la excedencia ya daría cobertura a situaciones similares.

A pesar de que sería deseable –y esperemos que así sea– que el permiso parental sea retribuido, tal y como establece la Directiva 2019/1158, hoy en día esta interpretación no parece plausible ni en el ámbito de la empresa privada, ni en el empleo público. Varias son las argumentaciones, siendo la de más peso la que el propio legislador de urgencia contempla en la Disposición final octava, sobre la “incorporación de Derecho comunitario”, donde de manera explícita señala que “el libro segundo traspone parcialmente la Directiva (UE) 2019/1158 (...) salvo su artículo 5 y su artículo 8, apartado 3, respecto de la remuneración o la prestación económica del permiso parental”⁵³. Efectivamente ambos preceptos de la Directiva se refieren a cómo los Estados miembro o los interlocutores sociales deben garantizar una remuneración suficiente o una prestación económica que garantice un nivel de vida adecuado y que facilite el que ambos progenitores puedan disfrutar el permiso parental. Dadas las dificultades que esta cuestión puede conllevar en el diseño del propio permiso, el artículo 20 de la Directiva amplía el plazo de transposición en relación con la remuneración del permiso hasta el 2 de agosto de 2024⁵⁴.

.....

51 Téngase en cuenta que decayó la previsión recogida en la disposición transitoria decimoquinta del Proyecto de Ley de Familias que conoció el Consejo de Estado y que preveía la remuneración de seis semanas en el año 2023 y los dos restantes, por lo tanto, de todo el permiso parental en el año 2024. Dictamen del Consejo de Estado, Número de expediente: 146/2023, de 16 de marzo de 2023. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2023-146> (fecha de consulta: 9/10/2023).

52 El sindicato UGT ha mantenido la retribución desde el primer momento: <https://www.uco.es/ugt/v2/index.php/9-articulos/trabajadores/3185-rdl5-2023-uco> (fecha de consulta: 13/10/2023).

53 La misma literalidad se puede encontrar ya en el Proyecto de la Ley de Familias, en concreto en la Disposición final decimoséptima, sobre la incorporación de derecho de la Unión Europea.

54 Artículo 20 Directiva 2019/1158: “No obstante lo dispuesto en el apartado 1 del presente artículo, para la remuneración o la prestación económica correspondientes a las últimas dos semanas del permiso parental previsto en el artículo 8, apartado 3, los Estados miembros pondrán en vigor disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para cumplir la presente Directiva a más tardar el 2 de agosto de 2024. Informarán de ello inmediatamente a la Comisión.

Más allá de esta previsión que es recogida por el legislador español, recientemente la jurisprudencia del Alto Tribunal ha considerado nulo el precepto de una norma autonómica conforme a la cual el disfrute de un permiso por guarda legal (por cuidado de descendiente menor de 12 años) no comporta disminución retributiva⁵⁵. La conclusión del Tribunal es muy clara: la regla del EBEP constituye una norma básica y la Generalidad Valenciana carece de competencia para alterarla, sea cual fuere su sentido (mayor o menor favorabilidad para las personas afectadas)⁵⁶. A mayor abundamiento, resulta muy clarificador la reflexión del Tribunal Supremo en torno a la calificación del EBEP como “permiso” de ausencias permitidas que implican pérdida de remuneración, como sucede con varias previsiones del artículo 49 del EBEP⁵⁷.

Sobre el fondo de este asunto que resuelve el Tribunal Supremo, tal vez cabría preguntarse si este criterio sería válido si se partiese de una perspectiva de género y del criterio de esta Directiva que favorece e insta a los poderes públicos a favorecer medidas para hacer atractivo ese cambio de roles en las labores de cuidado. Sin duda, en el ámbito del trabajo por cuenta ajena, una norma o un acuerdo que mejorase las condiciones del ET en este tipo de permisos debería ser considerada lícita, *a priori*. Ciertamente es que la jerarquía normativa es diferente en uno y otro ordenamiento, pero el efecto útil de la Directiva no podrá verse afectado por la regulación interna, sea para el sector del empleo privado, como del público.

4. REFLEXIONES FINALES: ALGUNAS CERTEZAS Y NUEVAS PREGUNTAS

Al albur de lo expresado en las páginas precedentes corresponde concluir con varias constataciones, pero también con otras incertidumbres, preguntas o apreciaciones *ad futurum*.

Pues bien, se constata que el RDL no menciona de manera expresa al personal estatutario de los servicios de salud. No obstante, conforme al artículo 61 del Estatuto Marco (Ley 55/2003), las novedades introducidas en el EBEP, les resultan de aplicación como el resto de los contenidos de los artículos 48 y 49.

55 STS 421/2023 de 29 marzo, (rec. nº. 5492/2021).

56 Comparte el fallo de esta sentencia, SEMPERE NAVARRO, A., “El EBEP impide remunerar los “permisos” autonómicos por guarda legal”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*. nº.4, 2023, pp.1 –8

57 Los permisos por motivos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, por razón de violencia de género, cuidado de menor afectado de enfermedad grave, cuidado de menor afectado de enfermedad grave, o para las víctimas de terrorismo y sus familiares directos, también la prevé en los supuestos de sus apartados.

Por otra parte, estos nuevos permisos entran en vigor al día siguiente de la publicación (30 de junio), salvo el nuevo permiso parental que queda supeditado al desarrollo reglamentario para su ejecución. No obstante, quien estuviese disfrutando en ese momento de los permisos modificados, lo harán conforme a la redacción antigua del EBEP (momento en que fueron concedidos, no hay retroactividad de las modificaciones).

Además, las innovaciones del RD ley 5/2023 en el empleo público corresponde analizarlas partiendo de dos premisas que hemos dejado apuntadas: se trata de una norma de urgencia que transpone en “tiempo de descuento” una concreta Directiva y, además, en el empleo público, el punto de partida en torno al reconocimiento de los derechos de conciliación es más favorable o “moderno”, en términos de legislación europea, que en el ámbito del ET.

El RD ley 5/2023 sin duda bebe de los cercanos antecedentes de la frustrada Ley de Familias, lo que supone que, en ciertos casos relacionados con la temática que nos ocupe, quede huérfana de referentes o definiciones que allí sí aparecían⁵⁸. De la misma manera, el rango de la norma hacía más sensato detraer ciertas garantías para su ejecución práctica al legislador de urgencia y reconducirlas a la esfera más cercana a la estructura de cada empresa, es decir, a la negociación colectiva o individual, en su caso. Todo ello no es óbice para que la norma sí garantice, sin fisuras, el derecho individual a la conciliación de cada persona trabajadora, en términos de corresponsabilidad⁵⁹, tanto en el empleo público, como en el privado.

Lo cierto es que la Ley de Familias fue objeto de numerosas controversias⁶⁰ lo que dificultó o retardó su propia tramitación que se vio truncada definitivamente con el consabido adelanto electoral y sus consecuencias en los procesos legislativos. Pero ese periodo anterior permitió conocer las inquietudes de los agentes sociales y de los colectivos más afectados, así como contar con el preceptivo Dictamen del Consejo de Estado⁶¹. De hecho, muchas de las críticas referidas al carácter voluntarista de la ley *non nata* tal vez podrán ser corregidos en un futuro, pero no parece el momento adecuado un Real Decreto Ley, técnicamente hablando. Sería necesario que ese proyecto legislativo se retomase para centrarse en cuestiones tan relevantes como las que estaban en sus verdaderos pilares: el envejecimiento de la población y un “reforzamiento de las políticas de cuidado y, en general, de los servicios sociales”⁶².

.....

58 Al respecto la definición de familias o de las relaciones familiares análogas resultaba especialmente elocuente. También otras referencias a las monoparentales que se recogían a lo largo del articulado legislativo, no tanto en relación con la extensión de los permisos parentales.

59 NAVARRO NIETO, F., “Actualidad normativa y jurisprudencial en los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº. 262, 2023, p. 2.

60 BLASCO JOVER, C., “Cuando se cierra una puerta se abre una ventana: el RD Ley 5/2023 salva in extremis la esencia de la Ley de familias”, *op. cit.*, p. 3.

61 Número de expediente: 146/2023, fecha de aprobación 16 de marzo de 2023. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2023-146>. (fecha de consulta: 9/10/2023).

62 No en vano la componente 22 del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia del Gobierno de

Es importante tener este contexto presente a la hora de enfrentarse al estudio del RD ley 5/2023, sobre todo, porque constituye lo que se conoce como una norma “ómnibus” caracterizado por su heterogeneidad, pero cuya justificación gira en torno a “su urgente y extraordinaria necesidad, (...) que deberá ser determinado atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada caso”⁶³. Esto ocasiona que, tal vez, no se trate de una norma “ambiciosa” o innovadora, pero sí responde a una cuestión de máxima relevancia social que exige una acción normativa inmediata, como ha reconocido el propio Tribunal Constitucional resolviendo el recurso del que fue objeto su inmediata antecesora⁶⁴, el Real Decreto-ley 6/2019⁶⁵.

5. BIBLIOGRAFÍA

BLASCO JOVER, C., “Cuando se cierra una puerta se abre una ventana: el RD Ley 5/2023 salva in extremis la esencia de la Ley de familias”, *Lex Social, Revista de derechos sociales*, nº. 13 (2), 2023.

ALFONSO MELLADO, C. L., “Conciliación de la vida familiar y laboral en el empleo público después del Estatuto Básico”, en AA. VV., *Medidas de conciliación de la vida personal, laboral y familiar. Hacia un respeto igualitario de las reformas parentales*, Bo-marzo, Albacete, 2009.

BLASCO JOVER, C., “La necesidad de adaptar ciertos derechos personales y familiares a las parejas de hecho y núcleos monoparentales”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, nº. 451, 2020.

BOGONI, M., “Familias monoparentales y nueva Ley de Familias: el largo camino hacia el reconocimiento de sus derechos de conciliación”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, nº. 155, 2023.

BOGONI, M., “Los derechos de conciliación de las familias monoparentales”, en RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E., MARTÍNEZ YÁÑEZ, N. (dir.), *Conciliación y corresponsabilidad de las personas trabajadoras: presente y futuro 2021*, Bosch.



España, <https://planderecuperacion.gob.es/politicas-y-componentes/componente-22-plan-de-choque-para-economia-de-cuidados-y-refuerzo-de-politicas-de-inclusion>. (fecha de consulta: 9/10/2023).

63 STC 16/2023, de 7 de marzo.

64 STC 18/2023, de 21 de marzo. Al respecto, CASAS BAAMONDE, E., “Legislación excepcional de urgencia e igualdad de género en el empleo y la ocupación. La constitucionalidad del Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, nº. 5, 2023.

65 Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación. BOE de 7 de marzo de 2023.

- CABEZA PEREIRO, J., “La directiva de conciliación de la vida familiar y profesional”, *Revista de derecho social*, nº 92, 2020.
- CASAS BAAMONDE, E., “Legislación excepcional de urgencia e igualdad de género en el empleo y la ocupación. La constitucionalidad del Real Decreto –ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, nº. 5, 2023.
- MOLINA NAVARRETE, C., “Aspectos laborales del Estatuto Básico del Empleado Público: de la convergencia a la unificación parcial de estatutos”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº. 293–294, 2007.
- NAVARRO NIETO, F., “Actualidad normativa y jurisprudencial en los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº. 262, 2023.
- RAMOS QUINTANA, M^a. I., “El Pilar Europeo de Derechos Sociales: la nueva dimensión social europea”, *Revista de Derecho Social*, nº. 77, 2017
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “Comentario al artículo 48 de la Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público”, en AA. VV., *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, Aranzadi, Pamplona, 2009.
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E., “De la conciliación a la corresponsabilidad en el tiempo de trabajo: un cambio de paradigma imprescindible para conseguir el trabajo decente”, *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, nº. 11(1), 2020
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E., “Derechos y deberes de los empleados públicos laborales”, en BLASCO PELLICER, A., y LÓPEZ BALAGUER, M., (dirs), *Las relaciones laborales en el sector público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E., “La ‘soberanía sobre el tiempo’. Unilateralidad e imposición en la distribución del tiempo de trabajo frente a conciliación corresponsable”. *Cuadernos de relaciones laborales*, nº. 40, (1), 2022
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E., *Instituciones de conciliación de trabajo con el cuidado de familiares*, Bomarzo, 2010
- SEMPERE NAVARRO, A., “El EBEP impide remunerar los “permisos” autonómicos por guarda legal”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*. nº.4, 2023.