

Nuevo pronunciamiento sobre retribución del permiso parental en el marco del empleo público.

Susana Rodríguez Escanciano

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León.

Resumen: *El silencio de la norma interna debe integrarse entendiendo que el permiso parental de los empleados públicos debe ser retribuido, no en vano los mandatos de la Directiva 2019/1158 en tal sentido son incondicionales, suficientemente claros y precisos.*

Palabras clave: *Conciliación de la vida laboral y familiar. Corresponsabilidad. Efecto vertical.*

Abstract: *The silence of the internal regulation must be integrated with the understanding that parental leave of public employees must be paid, not in vain the mandates of Directive 2019/1158 in this regard are unconditional, sufficiently clear and precise.*

Keywords: *Reconciliation of work and family life. Co-responsibility. Vertical effect.*

I. Introducción

Dentro del amplio catálogo de previsiones incorporadas al Real Decreto Ley 5/2023, de 28 de junio, se encuentran las dedicadas a la transposición de la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE. A tal fin, procede a modificar tanto el 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 (ET), como el 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 (EBEP), para regular, entre otras cuestiones, el permiso parental.

Así, por lo que hace a la primera de las normas mencionadas, se introduce una nueva causa de suspensión del contrato de trabajo en el art. 45 o) ET en referencia al “disfrute del permiso parental”, cuyo régimen jurídico se desarrolla en el art. 48 bis ET. A la luz de este último precepto, el régimen jurídico de este “permiso” en el trabajo por cuenta ajena pivota sobre los siguientes extremos:

1.-Se configura como un derecho individual de las personas trabajadoras, hombres o mujeres, sin que pueda transferirse su ejercicio. Como es fácilmente apreciable, este diseño entronca perfectamente con el concepto de corresponsabilidad familiar tendente a eliminar el rostro femenino de las tareas de cuidado familiar.

2.-Su finalidad es el cuidado de hijo, hija o menor acogido por tiempo superior a un año.

3.-El ámbito temporal que habilita para su disfrute se extiende hasta que el menor cumpla los ocho años de edad.

4.- Su duración no será superior a ocho semanas, continuas o discontinuas, sin que exista un tope mínimo.

5.- No está prevista una ampliación de la duración en determinados supuestos como pudieran ser la discapacidad del hijo o hija, discapacidad de alguno de los progenitores, parto o adopción múltiples, condición de familia numerosa o monoparentalidad.

5.- Las modalidades de disfrute pueden ser, bien a tiempo completo, bien en régimen de jornada a tiempo parcial conforme a lo establecido reglamentariamente, estando pendiente de promulgación tal norma reglamentaria.

6.- Corresponde a la persona trabajadora especificar la fecha de inicio y fin del disfrute o, en su caso, de los períodos de disfrute, debiendo comunicarlo a la empresa con una antelación de diez días o la concretada por los convenios colectivos, salvo fuerza mayor, teniendo en cuenta la situación de aquella y las necesidades organizativas de la empresa.

7.-En caso de que dos o más personas trabajadoras generasen este derecho por el mismo sujeto causante o en otros supuestos definidos por los convenios colectivos en los que el disfrute del permiso parental en el período solicitado altere seriamente el correcto funcionamiento de la empresa, ésta podrá aplazar la concesión del permiso por un período razonable, justificándolo por escrito y después de haber ofrecido una alternativa de disfrute igual de flexible.

A la luz de tal regulación, el permiso parental va a implicar la posibilidad de sumar ocho semanas más a la suspensión del contrato por cuidado de hijo o hija, de manera que podrá alcanzar un total de veinticuatro semanas, de las cuales dieciséis serán atendidas con una prestación de Seguridad Social y las otras ocho, esto es, las correspondientes al permiso parental, a falta de previsión expresa en materia de protección social, no queda claro si tienen que ser retribuidas por la empresa o no.

Entender que tal asueto carece de remuneración, a falta de mejora convencional, no deja de ser criticable, pues conlleva una desprotección de la persona trabajadora, así como la perpetuación de los sesgos de clase y género que ya se advierte en el uso de excedencias y reducciones de jornada, dado que en la práctica conllevará un disfrute mayoritariamente femenino. Considerar, sin embargo, que debe ser la empresa quien asuma las cargas económicas puede implicar para las corporaciones de escasas dimensiones, mayoritarias en el tejido empresarial español, una dificultosa asunción de costes, capaz de provocar un indeseado efecto boomerang perjudicial para personas trabajadoras con responsabilidades familiares.

En todo caso, no cabe olvidar que la Directiva, en su art. 8.3, en relación con el art. 5, exige que dicho período sea retribuido, teniendo en cuenta que la definición de los emolumentos debe hacerse “de manera que facilite el que ambos progenitores puedan disfrutar del permiso parental”, lo cual parece apuntar al reconocimiento de una compensación adecuada no muy alejada de los ingresos ordinarios.

Teniendo en cuenta el tenor de la norma comunitaria, la disposición final 8ª Real Decreto Ley 5/2023 reconoce de forma expresa que la transposición de la Directiva es parcial, habida cuenta que no abarca la regulación de la compensación económica del permiso parental. Sobre esta circunstancia incide posteriormente el Real Decreto Ley 2/2024, que ha modificado el permiso por lactancia para los trabajadores por cuenta ajena, cuyo disfrute de forma acumulada ya no queda condicionado a las previsiones de la negociación colectiva o al acuerdo a que llegue con la empresa, sino que todas las modalidades abiertas (hora de ausencia con posibilidad de división en dos fracciones, reducción de la jornada en media hora o, como ya consta, la acumulación de las horas retribuidas de ausencia) se convierten en un derecho generalizado. Con ello, se avanza, según señala el nuevo tenor del art. 37.4 ET, en la mejora y se

incrementa el nivel de reconocimiento y protección de los permisos de conciliación, “entendiéndose cumplida la exigencia de un permiso parental retribuido”, tal y como aparece en el art. 8.3 en relación con el art. 20.2 de la Directiva 2019/1158. Ahora bien, pese a este tenor literal, lo cierto es que la retribución del permiso parental solo se extiende al período de disfrute acumulado de la lactancia, que suele extenderse aproximadamente a dos semanas, quedando el resto (las otras seis) desprotegidas. Como último hito en esta evolución normativa, cabe señalar que la Dirección General de la Seguridad Social ha reconocido que durante dicho permiso la persona ha de estar en situación de alta y cotizando a la Seguridad Social.

Por otra parte, en el marco del empleo público, la evolución normativa sigue un esquema parecido aunque no totalmente coincidente. Así, el Real Decreto Ley 5/2023 introduce un nuevo apartado g) en el art. 49 EBEP, señalando que el permiso parental está desinado al “cuidado de hijo, hija o menor acogido por tiempo superior a un año, hasta el momento en que el menor cumpla ocho años”, teniendo “una duración no superior a ocho semanas, continuas o discontinuas” y pudiendo “disfrutarse a tiempo completo, o en régimen de jornada a tiempo parcial, cuando las necesidades del servicio lo permitan y conforme a los términos que reglamentariamente se establezcan”. Aclara igualmente que “este permiso, constituye un derecho individual de las personas progenitoras, adoptantes o acogedoras, hombres o mujeres, sin que pueda transferirse su ejercicio”, centrándose después en regular la dinámica de este permiso: comunicación con una antelación de quince días; disfrute por semanas completas; y especificación por la persona empleada pública de la fecha de inicio y fin de disfrute, que quedará, en todo condicionado, a que las necesidades del servicio lo permitan. En fin, tampoco existe un pronunciamiento expreso sobre la retribución o no del permiso, sin que haya habido intervención normativa posterior.

La sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 4 de Murcia de 25 de marzo de 2025, objeto del presente comentario, ofrece una respuesta positiva, reconociendo el derecho de una persona funcionaria pública a la retribución del permiso parental, reiterando doctrina vertida en las Sentencias de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo número 1 de Cuenca de 27 de enero de 2025 y número 1 de Barcelona de 28 de noviembre de 2024.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 4 de Murcia.

Número de resolución judicial y fecha: 76/2025, 25/03/2025.

Tipo y número recurso o procedimiento: rec. 205/2024, Procedimiento abreviado.

ECLI:ES:JCA:2025:128.

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Ilmo. Sr. Lucas Osvaldo Giserman Liponetsky

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

El relato fáctico puede resumirse en el siguiente extremo:

Se impugna la Orden de 16 de febrero de 2024 de la Consejería de Educación, Formación profesional y Empleo de la Dirección General de Recursos Humanos, Planificación Educativa e Innovación de la Región de Murcia, por la que se desestima la solicitud formulada por el demandante de un permiso parental de 8 semanas para el cuidado de su hija menor de 8 años.

IV. Posición de las partes

La parte actora solicita en su demanda que se dicte Sentencia por la que: "se declare nula de pleno derecho, y sin valor jurídico, la resolución recurrida, declarando como situación jurídica individualiza el derecho del recurrente al permiso parental solicitado, y ello con todas las consecuencias inherentes a dicha declaración, y con expresa condena en costas".

La Administración demandada se opuso a las pretensiones de la parte actora solicitando la desestimación de la demanda, alegando, en síntesis, la conformidad a Derecho del acto administrativo impugnado (la Orden de 16 de febrero de 2024), argumentando que la denegación del permiso solicitado no se funda en necesidades del servicio, sino únicamente en la falta de previsión normativa, esto es, del desarrollo reglamentario al que alude el art. 49 g) EBEP.

V. Normativa aplicable al caso

Los preceptos analizados en la presente sentencia son los siguientes:

El art. 49 g) EBEP, en virtud del cual se alude a: "Permiso parental para el cuidado de hijo, hija o menor acogido por tiempo superior a un año, hasta el momento en que el menor cumpla ocho años, tendrá una duración no superior a ocho semanas, continuas o discontinuas, podrá disfrutarse a tiempo completo, o en régimen de jornada a tiempo parcial, cuando las necesidades del servicio lo permitan y conforme a los términos que reglamentariamente se establezcan. Este permiso constituye un derecho individual de las personas progenitoras, adoptantes o acogedoras, hombres o mujeres, sin que pueda transferirse su ejercicio".

La disposición adicional 8ª Real Decreto Ley 5/2023, conforme a la cual "el libro segundo traspone parcialmente la Directiva 2019/1158, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores... salvo su artículo 5 y su artículo 8, apartado 3, respecto de la remuneración o la prestación económica del permiso parental".

El art. 5.1 y 2 Directiva 2019/1158, según los cuales "1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que cada trabajador tenga un derecho individual a disfrutar de un permiso parental de cuatro meses que debe disfrutarse antes de que el hijo alcance una determinada edad, como máximo ocho años, que se especificará por cada Estado miembro o por los convenios colectivos. Los Estados miembros o los interlocutores sociales determinarán dicha edad de modo que se garantice que cada progenitor pueda ejercer efectivamente su derecho a un permiso parental de manera efectiva y en condiciones equitativas. 2. Los Estados miembros se asegurarán de que dos de los meses de permiso parental no puedan ser transferidos".

En fin, el art. 8.3 Directiva 2019/1158, señala que "en lo que respecta al permiso parental a que se refiere el art. 5.2, el Estado miembro o los interlocutores sociales definirán dicha remuneración o prestación económica, y lo harán de manera que se facilite el que ambos progenitores puedan disfrutar el permiso parental".

VI. Doctrina básica

El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo entiende que el permiso parental debe ser remunerado, no en vano el Estado Español no ha traspuesto íntegramente la Directiva -que otorga derechos a los particulares- al derecho interno en el plazo establecido, máxime teniendo en cuenta que la concesión del permiso era obligada, al establecer el art. 49 EBEP un mandato taxativo en el sentido siguiente: "en todo caso se concederán los siguientes permisos...", incluyendo el que había solicitado la persona actora.

VII. Parte dispositiva

El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo estima el recurso contencioso administrativo formulado por la parte actora, concluyendo que el permiso parental debe de ser retribuido, como en general lo son otros permisos que se incluyen en el artículo 49 EBEP. Teniendo en cuenta que ha sido necesario acudir al Juzgado para diseccionar la relevancia jurídica de los argumentos impugnatorios, se desprende la existencia de serias dudas de hecho y derecho "ab initio" del proceso, lo que impide la aplicación del criterio de vencimiento objetivo en materia de costas.

VIII. Pasajes decisivos

El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo realiza un razonamiento secuenciado en los siguientes hitos:

En primer lugar, considera que las disposiciones de la Directiva 2019/1158 son incondicionales, suficientemente claras y precisas, y atribuyen derechos a los particulares.

En segundo término, señala que es innegable que el Estado Español no ha traspuesto la Directiva antes de la finalización del plazo correspondiente (2 de agosto de 2024).

En tercer lugar, argumenta que es evidente que deviene necesario un desarrollo reglamentario que concrete los aspectos relacionados con el disfrute del permiso, dado que el art. 49 g) EBEP señala que " podrá disfrutarse, cuando las necesidades del servicio lo permitan y conforme a los términos que reglamentariamente se establezcan". Sin embargo, es importante recordar que el Estado Español no ha traspuesto la Directiva -que otorga derechos a los particulares- al derecho interno en el plazo establecido.

En cuarto término, la concesión del permiso era obligada, al establecer el art. 49 EBEP que "en todo caso se concederán los siguientes permisos...", incluyendo el que había solicitado la persona actora, estableciendo un mandato taxativo.

En quinto lugar, en aplicación de lo expuesto, el Juzgado concluye que el permiso parental debe de ser retribuido, como en general lo son otros permisos que se incluyen en el artículo 49 EBEP, todos ellos permisos por motivos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, por razón de violencia de género o de violencia sexual y para las víctimas de terrorismo y sus familiares directos, a pesar de que el art. 49.g) EBEP no establece expresamente tal carácter.

En fin, recuerda que en idéntico sentido se ha pronunciado el Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 1 de Barcelona, en sentencia de 28 de noviembre de 2024, y el Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 1 de Cuenca, en sentencia de 27 de enero de 2025.

IX. Comentario

Cierto es que el legislador interno tenía de plazo hasta el 2 de agosto de 2024 para transponer los aspectos retributivos del permiso parental cumpliendo las exigencias de la Directiva 2019/1158, cuyo art. 8.3 establece: "en lo que respecta al permiso parental a que se refiere el artículo 5, apartado 2, el Estado miembro o los interlocutores sociales definirán dicha remuneración o prestación económica, y lo harán de manera que se facilite el que ambos progenitores puedan disfrutar el permiso parental".

No menos verdad resulta que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre el efecto de las Directivas no transpuestas o incorporadas erróneamente establece que los justiciables pueden invocar disposiciones incondicionales y suficientemente precisas de una norma de tal naturaleza no solo frente a un Estado miembro y a todos los órganos de su Administración, sino también frente a organismos o entidades sometidos a la autoridad o al control del Estado o que dispongan de facultades exorbitantes en relación con las que se deriven de las normas aplicables en las

relaciones entre particulares [entre muchas, Sentencias de 6 de septiembre de 2018 (asunto Hampshire, C-17/1719) y de diciembre de 2019 (asunto Pensions-Sicherungs-Verein, C-168/18)].

También resulta incontrovertido que las disposiciones de la Directiva 2019/1158 son incondicionales, suficientemente claras y precisas, y atribuyen derechos a los particulares, sin que –permítase la reiteración– se haya producido transposición en plazo por el Estado español.

Y tampoco plantea ninguna duda entender que el permiso parental debe de ser retribuido, al igual que lo son con carácter general los otros permisos que se incluyen en el artículo 49 EBEP, esto es, permisos por motivos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, por razón de violencia de género o de violencia sexual y para las víctimas de terrorismo y sus familiares directos.

En fin, aun cuando es necesario el desarrollo reglamentario del permiso parental, no en vano el art. 49.g) EBEP señala que "podrá disfrutarse, cuando las necesidades del servicio lo permitan y conforme a los términos que reglamentariamente se establezcan", lo cierto es que el Estado Español no ha traspuesto en el plazo establecido la Directiva que otorga derechos a los particulares, que resultan de aplicación directa.

X. Apunte final

La Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 4 de Murcia de 25 de marzo de 2025, junto a sus precedentes (del Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 1 de Barcelona de 28 de noviembre de 2024 y del Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 1 de Cuenca de 27 de enero de 2025), acogen una línea interpretativa, en virtud de la cual se debe de completar el silencio de la normativa interna reconociendo el carácter retribuido del permiso parental. Surge, por tanto, la expectativa de extender tal tesis a otros supuestos en el sector público y también en el sector privado.

Cabe recordar, empero, que un trabajador por cuenta ajena (a diferencia de un funcionario público) no puede alegar ante su empleador la aplicación directa de la Directiva porque la eficacia vertical solo opera en las relaciones con la Administración pública. No obstante, puede utilizar el principio de interpretación conforme, que obliga a los tribunales nacionales a analizar si es posible interpretar y aplicar el derecho interno de forma adecuada a las previsiones de la Directiva de forma que quede preservado su efecto útil, siempre y cuando, tal y como sucede en este caso, los mandatos de la Directiva no se hayan traspuesto y los términos de la norma comunitaria sean claros y precisos.

Además, el criterio fijado por la Dirección general de Ordenación de la Seguridad Social (publicado en el Boletín de Noticias RED 2/2024) conforme al cual "durante el disfrute del permiso parental a tiempo completo deberá mantenerse el alta y la cotización respecto de la persona trabajadora" parece apostar también por la retribución del permiso parental.

Con todo, deviene necesaria una intervención del legislador para dar cumplimiento expreso a la Directiva, que permite una doble garantía económica alternativa, bien a través de la vía salarial, bien a través de una prestación de Seguridad Social.