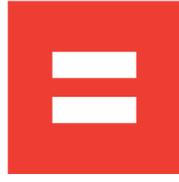


9

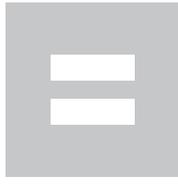


Estudios
de Relaciones
Laborales

Carolina Gala Durán

La reducción
de la jornada y
la excedencia por
cuidado de hijos
o familiares en las
administraciones
públicas

9



Estudios de Relaciones Laborales

Carolina Gala Durán

La reducción de
la jornada y la
excedencia por
cuidado de hijos
o familiares en las
administraciones
públicas

© Diputació de Barcelona
Marzo 2016
Diseño gráfico: Jordi Palli
Composició: Addenda
Producció: Gabinet de Premsa y Comunicació de la Diputació de Barcelona
Impressió: AGPOGRAF
Depósito legal: B 6811-2016

Índice

Abreviaturas	9
Planteamiento general: la dimensión constitucional de la conciliación de la vida laboral y familiar	13
Parte I	
La reducción de la jornada para el cuidado de los hijos o familiares	17
1. Introducción	19
2. El permiso y la reducción de la jornada para el cuidado de los hijos prematuros u hospitalizados tras el parto	21
2.1. Introducción.....	21
2.2. El caso del personal laboral.....	21
2.3. El régimen aplicable al personal funcionario.....	25
3. El permiso o la reducción de la jornada vinculada al permiso de lactancia	29
3.1. Introducción.....	29
3.2. La regulación del personal laboral.....	29
3.2.1. El alcance de la regulación legal.....	29
3.2.2. El papel de la negociación colectiva.....	37
3.3. La regulación del personal funcionario.....	38
3.3.1. El marco legal.....	38
3.3.2. El contenido de la negociación colectiva.....	45
3.4. La interpretación judicial: la polémica en torno a la normativa aplicable al personal laboral y la posible mejora a cargo de la negociación colectiva funcional.....	47
4. La reducción de la jornada por cuidado de hijos o familiares	51
4.1. Introducción.....	51

4.2. La reducción de la jornada por cuidado de hijos o familiares en el caso del personal laboral.....	51
4.2.1. Régimen jurídico aplicable	51
4.2.2. Posibles beneficiarios de la medida	55
4.2.3. Alcance de la reducción de la jornada.....	57
4.2.4. La concreción horaria de la reducción de la jornada.....	60
4.2.5. Compatibilidades e incompatibilidades.....	61
4.2.6. La protección en materia de despido	62
4.2.7. Perspectiva práctica: la plasmación de esta medida de conciliación en los convenios colectivos del personal laboral.....	67
4.3. La reducción de la jornada por cuidado de hijos o familiares del personal funcionario.....	68
4.3.1. La regulación prevista en el TREBEP	68
a) Aspectos generales.....	68
b) Beneficiarios	69
c) Alcance de la medida.....	71
d) La concreción horaria del disfrute de este derecho.....	72
e) El caso particular de los familiares de primer grado	74
4.3.2. El alcance de la normativa autonómica.....	75
4.3.3. Perspectiva práctica: el papel de esta medida de conciliación en la negociación colectiva del personal funcionario.....	80
4.4. Un nuevo elemento común a ambos tipos de personal: el impacto de la reducción de la jornada en el ámbito de la Seguridad Social	81
5. La reducción de la jornada para el cuidado de hijos o menores enfermos de cáncer u otras enfermedades graves.....	85
5.1. Introducción.....	85
5.2. El alcance de la medida en el caso del personal laboral	86
5.3. La regulación del personal funcionario	96
Parte II	
La excedencia por cuidado de hijos o familiares.....	99
1. Introducción.....	101
2. La excedencia por cuidado de hijos o familiares del personal laboral.....	103
2.1. Perspectiva legal	103

2.2. El papel de la negociación colectiva.....	116
3. La excedencia voluntaria para el cuidado de hijos o familiares del personal funcionario.....	119
3.1. La regulación del TREBEP	119
3.2. La normativa autonómica.....	123
3.3. El papel de la negociación colectiva.....	127
4. El tratamiento de la excedencia por cuidado de hijos o familiares en el marco de la Seguridad Social.....	129
Reflexiones finales.....	133
Bibliografía de interés	137
Jurisprudencia y doctrina judicial.....	139
La autora.....	145

Abreviaturas

AF	Acuerdo de condiciones de trabajo del personal funcionario
AS	Aranzadi Social
BOE	Boletín Oficial del Estado
BOIB	Boletín Oficial de las Islas Baleares
BOP	Boletín Oficial de la Provincia
BORMU	Boletín Oficial de la Región de Murcia
CA	Contencioso-administrativa
CE	Constitución Española
CC	Convenio colectivo
CCAA	Comunidades autónomas
DA	Disposición adicional
DT	Disposición transitoria
DOE	Diario Oficial de Extremadura
DOGC	Diario Oficial de la Generalitat de Cataluña
EBEP	Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (derogada)
ET	Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (derogado)
INSS	Instituto Nacional de la Seguridad Social
Jur	Repertorio Jurisprudencia
LBRL	Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local
LCC	Ley 8/2006, de 5 de julio, de medidas de conciliación de la vida personal, familiar y laboral del personal al servicio de las administraciones públicas de Cataluña
LFPC	Ley 4/1993, de 10 de marzo, que regula la Función Pública de la Administración de la Diputación Regional de Cantabria

LFPCAN	Ley 2/1987, de 30 de marzo, de la Función Pública Canaria
LFPCCL	Ley 7/2005, de 24 de mayo, de la Función Pública de Castilla y León
LFPCV	Ley 10/2010, de 9 de julio, de Ordenación y Gestión de la Función Pública Valenciana
LFPE	Ley 13/2015, de 8 de abril, de Función Pública de Extremadura
LFPG	Decreto Legislativo 1/2008, de 13 de marzo, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de la Función Pública de Galicia
LFPIB	Ley 3/2007, de 27 de marzo, Ley de Función Pública de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares
LFPLR	Ley 3/1990, de 29 de junio, sobre normas reguladoras de la Función Pública de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de La Rioja
LFPM	Ley 1/1986, de 10 de abril, sobre regulación de la Función Pública de la Comunidad de Madrid
LFPMU	Decreto Legislativo 1/2001, de 26 de enero, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de la Función Pública de la Región de Murcia
LFPPV	Ley 6/1989, de 6 de julio, sobre normas reguladoras de la Función Pública del País Vasco
LIMHG	Ley 7/2004, de 16 de julio, para la igualdad de mujeres y hombres en Galicia
LMRFP	Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la Función Pública
LOIEMH	Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, de igualdad efectiva de mujeres y hombres
LRJS	Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social
RD	Real Decreto
RDL	Real Decreto-ley
RDPEMP	Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural

RGCL	Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros Derechos de la Seguridad Social
RJ	Repertorio de jurisprudencia
RJCA	Repertorio de jurisprudencia contencioso-administrativa
S	Social
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional
ST	Sentencia
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS/SSTS	Sentencia/sentencias del Tribunal Supremo
STSJ/SSTSJ	Sentencia/sentencias del Tribunal Superior de Justicia
TGSS	Tesorería General de la Seguridad Social
TREBEP	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
TRET	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
TRLGSS	Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social
TSJ	Tribunal Superior de Justicia

Planteamiento general: la dimensión constitucional de la conciliación de la vida laboral y familiar

Tal y como resulta conocido, actualmente las medidas de conciliación de la vida laboral y familiar en el sector público son bastante numerosas y protectoras, particularmente aquellas vinculadas con el cuidado de los hijos o menores u otros familiares.

Así, en relación con el cuidado de los hijos o menores cabe mencionar medidas aplicables tanto durante el embarazo o el proceso de adopción o guarda con fines de adopción o acogimiento de un menor (el permiso por riesgo durante el embarazo, o el permiso para acudir a exámenes prenatales y técnicas de preparación para el parto, o para asistir a las preceptivas sesiones de información y preparación y para la realización de los informes previos a la declaración de idoneidad)¹ como una vez nacido o adoptado un hijo o acogido un menor (permisos por maternidad y paternidad, por nacimiento o adopción de hijos, por riesgo durante la lactancia natural, el permiso y la reducción de jornada por cuidado de hijos prematuros u hospitalizados tras el parto, el permiso por lactancia, la reducción de jornada por cuidado de hijos...)² A las que cabe añadir aquellas otras medidas destinadas concretamente a facilitar el cuidado de otros familiares (el cónyuge y los ascendientes o descendientes y demás familiares por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado inclusive) o personas con discapacidad, en las que se sitúan la reducción de la jornada de trabajo y la excedencia por cuidado de familiares.³

Se trata, por otra parte, de figuras –particularmente algunas de ellas– que utilizan con una gran frecuencia tanto el personal laboral como el personal funcionario de las administraciones públicas y, en concreto, de las entidades locales; son, además, muy mayoritariamente sus beneficiarias las trabajadoras y las funcionarias, a pesar de los esfuerzos legales –el último ejemplo es la propia LOIEMH– de

1. Artículos 37.3.f TRET y 48.e TREBEP.

2. Artículos 37.3.b, 37.4 a 37.6, 48.4 y 48.7 TRET, y 48.a, 48.f a 48.i y 49 TREBEP.

3. Artículos 37.6 párrafo 2.º y 46.3 TRET, y 48.h, 48.i y 89.4 párrafo 2.º TREBEP.

fomentar la corresponsabilidad de los hombres y las mujeres en las tareas de cuidado, ya se trate de menores o de personas dependientes en general. La conciliación, pues, en la práctica, sigue siendo hoy día, a mi entender de una forma discutible, una «cuestión claramente femenina».

A lo anterior cabe añadir que, además de existir bastantes medidas de conciliación de la vida laboral y familiar, en los últimos años en el sector público se ha producido una evolución muy interesante, caracterizada por tres elementos:

1) Las normas han creado nuevas figuras para facilitar dicha conciliación (la reducción de la jornada para el cuidado de hijos o menores enfermos de cáncer u otras enfermedades graves fue incorporada en el año 2011) o han ampliado la protección otorgada por algunas medidas (por ejemplo, cabe citar la ampliación a los doce años de la edad de referencia para la reducción de la jornada por cuidado de hijos para el caso del personal laboral). Sin embargo, también en algún supuesto la reforma normativa ha tenido tintes restrictivos (al limitarse, por ejemplo, la reducción de la jornada por cuidado de hijos o familiares a la concreta «jornada diaria» del empleado y no a su jornada de trabajo entendida en un sentido amplio).

2) En el sector público se ha incrementado incluso la dispersión normativa en torno a las medidas de conciliación, al concurrir diversas normas (TRET, TREBEP, LMRFP, LBRL, normativa autonómica...) y plantearse algunas reclamaciones judiciales por parte del personal laboral que pretendían la aplicación conjunta del derogado EBEP y de la normativa laboral. Reclamaciones que, aunque resueltas normalmente con acierto por los tribunales, han venido a crear una cierta confusión respecto al régimen jurídico aplicable en el caso del personal laboral. A lo que se añade el hecho de que, a pesar de la posición en contra de los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa, la negociación colectiva funcionarial ha seguido mejorando el contenido de las medidas de conciliación previstas legalmente.

3) Finalmente, cabe destacar de una forma especial el hecho de que las medidas de conciliación de la vida laboral y familiar no constituyen ya solo una cuestión de orden legal sino también de orden constitucional, por cuanto en los últimos años los tribunales han desarrollado una jurisprudencia y doctrina judicial⁴ claramente protectoras de la conciliación, a la que incluso el Tribunal Constitucional reconoce un claro y fuerte anclaje en el propio texto constitucional. De este modo, en la STC 3/2007, 15 de enero, se señala que las medidas de conciliación forman parte del mandato constitucional recogido en el artículo 39 CE, que establece la protección a la familia y a la infancia; y se manifiesta, asimismo, que la limitación o denegación del derecho a disfrutar de una medida de conciliación puede incidir en la vulneración del derecho a la no discriminación por razón de sexo de las trabajadoras –discriminación indirecta, por ser las mujeres trabajadoras notoriamente el colectivo que

4. Entre otras, STC 3/2007, 15 de enero; STS (S) 21 de marzo de 2011 y SSTSJ País Vasco (CA) 22 de marzo de 2012 y Madrid (CA) 28 de marzo de 2011.

ejercita en mayor medida tal derecho– por lo que entra en juego también el ejercicio de un derecho fundamental, el recogido en el artículo 14 CE, en su vertiente de no discriminación.

Y también es muy importante señalar que, desde la perspectiva de la gestión de los recursos humanos, esa dimensión o anclaje constitucional comporta que los derechos motivados en la necesidad de conciliar la vida laboral y familiar deben interpretarse siempre en la forma más favorable para su ejercicio, según revelan las concretas palabras de la STC 26/2011, 14 de marzo:

[...] conforme ya indicamos, la dimensión constitucional de las medidas normativas tendentes a facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de las circunstancias personales (art. 14 CE), como desde la perspectiva del mandato de protección a la familia y a la infancia (art. 39 CE), debe prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa que pueda suscitarse ante la aplicación a un supuesto concreto de una disposición que afecte a la conciliación profesional y familiar [...].

Partiendo de lo anterior, el objetivo esencial de este trabajo es analizar algunas de las medidas de conciliación de la vida laboral y familiar a las que puede acceder tanto el personal laboral como el personal funcionario y, en concreto, aquellas que implican, como medida única o alternativa a un permiso, una reducción de la jornada de trabajo o la excedencia de la correspondiente prestación de servicios. Análisis que se llevará a cabo teniendo como punto especial de referencia la Administración local y que abordará tanto la normativa aplicable como la posición que han adoptado los tribunales (es relevante destacar que existe bastante jurisprudencia en relación con estos temas, tanto de la jurisdicción social como de la jurisdicción contencioso-administrativa). Y, por último, y con el objetivo de ver cómo se aplica el marco legal en la práctica de la gestión de los recursos humanos, se examinará la forma como la negociación colectiva del personal laboral y del personal funcionario de las entidades locales recoge y regula las medidas de conciliación objeto de estudio.⁵

5. Con tal fin se ha analizado el contenido de diez convenios colectivos y diez acuerdos de condiciones de trabajo del personal funcionario de ayuntamientos de distintos puntos del Estado y de dimensión diversa (*vid.* lista de convenios/acuerdos analizados, al final de este trabajo).

Parte I
La reducción de
la jornada para el
cuidado de los hijos
o familiares

1. Introducción

En estos momentos, son varias las medidas a disposición tanto del personal laboral como del personal funcionario que, con el objetivo de facilitar la conciliación de la vida laboral y familiar, comportan una reducción de la jornada de trabajo. Sin embargo, a partir de ese punto en común, surge la diversidad, ya que, como veremos, los supuestos de hecho son diferentes –aunque, lógicamente, vinculados con el cuidado de los hijos, personas con discapacidad o familiares–, la reducción de la jornada aparece como la única medida posible o bien combinada con un permiso retribuido, y también el alcance, la duración o las consecuencias para el solicitante de la medida son distintas. Asimismo, mientras que algunas medidas de reducción de la jornada tienen una larga tradición en nuestro ordenamiento jurídico (es el caso de la vinculada con la lactancia) otras son bastante recientes (como, por ejemplo, la relacionada con el cuidado de los hijos enfermos de cáncer u otras enfermedades graves).

Y junto a todo ello, cabe recordar que mientras que al personal laboral de cualquiera de las administraciones públicas se le aplica, respecto a todos los tipos de reducción de la jornada, el TRET y el correspondiente convenio colectivo (sin perjuicio de alguna reclamación judicial en la que, como adelantábamos anteriormente, se solicitaba también la aplicación del derogado EBEP), en el supuesto del personal funcionario la normativa es más compleja y diversa: el TREBEP como norma marco pero no básica, la LMRFP para el caso del personal de la Administración General del Estado, la normativa autonómica (recogida, en esta materia, tanto en las normas de función pública como en algunas leyes de igualdad autonómicas) y el artículo 92 LBRL para el personal funcionario de la Administración local, según el cual dicho personal se rige, en lo no dispuesto en la LBRL, por el TREBEP, por la restante legislación del Estado en materia de función pública, así como por la legislación de las CCAA, en los términos del artículo 149.1.18 CE (aplicación directa del actual TREBEP que ya derivaba del tenor literal del propio inicio del art. 48 EBEP, tras la reforma incorporada por el RDL

20/2012).⁶ Y también cabe tener en cuenta, finalmente, lo previsto en la negociación colectiva funcionarial.

En fin, en este marco se sitúan las siguientes medidas de reducción de la jornada de trabajo: *a*) la reducción de la jornada para el cuidado de hijos prematuros u hospitalizados tras el parto; *b*) la reducción de la jornada vinculada con el permiso de lactancia; *c*) la reducción de la jornada para el cuidado de hijos o familiares; y *d*) la reducción de la jornada para el cuidado de hijos o menores enfermos de cáncer u otras enfermedades graves. Al análisis de cada una de esas medidas dedicaremos las páginas siguientes.

6. Que incorporó la referencia a que «los funcionarios públicos tendrán los siguientes permisos».

2. El permiso y la reducción de la jornada para el cuidado de los hijos prematuros u hospitalizados tras el parto

2.1. Introducción

Utilizando un criterio temporal, la primera reducción de la jornada que puede solicitar un empleado de una Administración pública es aquella que tiene como supuesto de hecho el nacimiento de un hijo prematuro o que, por cualquier causa, debe permanecer hospitalizado tras el parto y que se encuentra regulada para el personal laboral en el artículo 37.5 TRET y para los funcionarios públicos en el artículo 48.g TREBEP, el artículo 30.1.f bis LMRFP y la correspondiente normativa autonómica.

No se trata, pues, de una medida de alcance general sino que, siendo de carácter voluntario, se vincula, además, al nacimiento de un hijo o hijos prematuros o que deben permanecer hospitalizados a continuación del parto. Cabe tener presente que esta medida solo resulta aplicable en el caso de nacimiento, de modo que queda excluida la adopción y la guarda con fines de adopción o acogimiento de menores. A lo que cabe añadir que su finalidad no es tanto dispensar cuidados al menor sino poder acompañarlo durante el proceso de hospitalización.

2.2. El caso del personal laboral

Ante la situación descrita, el citado artículo 37.5 prevé que la madre o el padre del menor tiene derecho a dos posibles medidas: *a)* a ausentarse del trabajo durante una hora, retribuida a cargo de la Administración; y *b)* a reducir su jornada de trabajo hasta un máximo de dos horas, con la disminución proporcional de la remuneración. Medidas que son compatibles entre sí y respecto de las que cabe realizar algunas consideraciones:

a) La hospitalización del hijo debe producirse tras el parto (por tratarse de un hijo prematuro o por cualquier otra causa), aun cuando se admiten también los casos en que el hijo es llevado al hogar familiar y con posterioridad es ingresado

en un centro sanitario, siempre que ese hecho se haya producido dentro de un plazo de un mes a contar desde el nacimiento.

b) No se ha previsto legalmente una duración máxima de estas medidas, de lo que se deriva que pueden alcanzar –como máximo– hasta el momento en que se produce el alta hospitalaria del hijo.

c) De una forma discutible, ya que no se fomenta la corresponsabilidad de ambos progenitores en el cuidado de sus hijos, el TRET fija que solo uno de los padres puede ser beneficiario de la reducción de la jornada y/o del permiso retribuido, lo que implica que durante las seis semanas de descanso obligatorio de la madre del permiso de maternidad (regulado en el art. 48.4 TRET), el otro progenitor puede disfrutar de este permiso o de la reducción de la jornada, y a partir de ese momento –si la madre opta por suspender el permiso de maternidad y retornar al trabajo conforme a lo previsto en el artículo 48.4.4 TRET–, solo uno de los progenitores puede acceder a estas medidas, si ambos trabajan.

En cambio, si la madre no opta por dicha suspensión o bien resulta aplicable lo establecido en el artículo 48.4.5 TRET –ampliación del permiso de maternidad en trece semanas adicionales como máximo para los supuestos de parto prematuro con falta de peso y aquellos otros en que el neonato precisa, por alguna condición clínica, hospitalización tras el parto por un período superior a siete días–, solo podrá acudir a estas medidas el otro progenitor. Cabe tener presente que a ese permiso adicional de trece semanas solo puede acceder uno de los progenitores, salvo que lo ejerzan de una forma sucesiva y la duración total no supere la máxima prevista legalmente.

En todo caso, el TRET no establece ningún tipo de preferencia respecto a quién debe disfrutarlo, por lo que el beneficiario se designará por acuerdo entre los propios progenitores. Obviamente, beneficiario de estas medidas puede serlo tanto el personal laboral temporal como indefinido, a tiempo completo o a tiempo parcial.

En fin, si solo trabaja uno de los progenitores, este puede recurrir al permiso o a la reducción de la jornada conforme al concreto régimen jurídico aplicable, ya se trate de personal laboral o de un funcionario público.

d) La concreción horaria y la determinación del período de disfrute del permiso o de la reducción de la jornada corresponde fijarlos al propio trabajador (art. 37.7 TRET), dentro de su jornada ordinaria de trabajo, que debe comunicarlo previamente a la Administración y presentar, en su caso, la documentación justificativa necesaria. Asimismo, el trabajador, salvo fuerza mayor, debe avisar con quince días de antelación la fecha en que se reincorporará a su jornada ordinaria de trabajo. Esta última cuestión también puede regularse vía convenio colectivo y fijarse un plazo distinto.

e) El recurso al permiso retribuido no tiene ninguna consecuencia desfavorable, ni retributiva ni a los efectos de Seguridad Social, ya que la Administración sigue cotizando por la totalidad de la jornada de trabajo.

En cambio, si se opta por la reducción de la jornada sí que pueden producirse efectos negativos, aunque sean mínimos por la escasa extensión de la reducción de la jornada –dos horas como máximo, como vimos– y su duración temporal –cabe pensar que no muy larga, en principio. Los efectos negativos se concretan en que esa reducción de la jornada no es remunerada y, en consecuencia, la cotización a la Seguridad Social que realiza la Administración también se reduce proporcionalmente, lo que podría afectar, en su caso, al cálculo de las bases reguladoras de pensiones como la de incapacidad permanente derivada de una enfermedad común o la de jubilación y a las prestaciones por muerte y supervivencia vinculadas a contingencias comunes. Sin embargo, ese efecto negativo no se producirá si, a pesar de la reducción en la remuneración, se sigue cotizando por la correspondiente base máxima.

Y aquí también cabe tener presente que existe una regulación específica en torno a esta cuestión para el caso concreto de la prestación por desempleo, recogida en el artículo 270.6 TRLGSS. En efecto, en este precepto se establece que para el cálculo de la base reguladora de la citada prestación las bases de cotización se computan incrementadas hasta el 100 por 100 de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido, sin reducción, el trabajo a tiempo completo o parcial. Por otra parte, si la situación legal de desempleo se produce mientras el trabajador disfruta de esta reducción de la jornada, las cuantías máxima y mínima se determinan teniendo en cuenta el indicador público de rentas de efectos múltiples en función de las horas trabajadas antes de la reducción de la jornada.

f) Si existiera alguna discrepancia entre la Administración y el trabajador respecto a la concreción horaria y/o la determinación del período de disfrute de estas medidas, el trabajador, previa interposición de reclamación administrativa previa, debe demandarla ante la jurisdicción social por la vía del artículo 139 LRJS, que se caracteriza por los siguientes elementos:

1) El trabajador dispone de un plazo de veinte días, a partir de que la Administración le comunique su negativa o su disconformidad con la propuesta realizada para presentar la demanda ante el Juzgado de lo Social.

2) En la demanda puede acumularse la acción de daños y perjuicios causados al trabajador, exclusivamente por los derivados de la negativa del derecho o de la demora en la efectividad de la medida, de los que la Administración puede exonerarse si hubiere dado cumplimiento, al menos provisional, a la medida propuesta por el trabajador.

3) El trabajador y la Administración deben llevar sus respectivas propuestas y alternativas de concreción a los actos de conciliación previa al juicio y al propio acto del juicio, que podrán acompañar, en su caso, del informe de los órganos paritarios o de seguimiento del plan de igualdad (la comisión de igualdad) para su consideración en la sentencia.

4) Se trata de un procedimiento judicial urgente y se le da tramitación preferente. En consecuencia, el acto de la vista debe señalarse dentro de los cinco días si-

guintes al de la admisión de la demanda. La sentencia se dictará en el plazo de tres días y contra esta no cabe recurso, salvo cuando se haya acumulado la pretensión de resarcimiento de perjuicios que por su cuantía pudiera dar lugar a un recurso de suplicación, en cuyo caso el pronunciamiento sobre el permiso o la reducción de la jornada es ejecutivo desde que se dicte la sentencia. Asimismo, los tribunales han matizado que si bien no cabe recurso alguno, esto debe interpretarse en el bien entendido de que queda excluida en todo caso la posibilidad de recurrir en cuanto al fondo del asunto, pero no así cuando se invocan excepciones procesales (Auto TSJ Galicia [S] 5 de julio de 2011).

5) Cabe tener presente que esta modalidad procesal laboral especial se aplica únicamente en relación con las discrepancias vinculadas con la «concreción horaria» y la «determinación de los períodos de disfrute» del permiso o la reducción de la jornada, lo que supone que cualquier otra reclamación debe tramitarse necesariamente por la vía del proceso laboral ordinario, que sí admite el recurso de suplicación (SSTSJ Castilla y León/Burgos [S] 30 de mayo de 2012 y Cataluña [S] 7 de febrero de 2008).

g) Finalmente, dado que nos encontramos ante una medida de conciliación de la vida laboral y familiar, existe una protección especial en el caso de despido. En este ámbito cabe hacer dos consideraciones:

— La correspondiente indemnización por despido se calculará teniendo en cuenta la remuneración correspondiente a la jornada de trabajo completa, siempre y cuando no hubiera transcurrido el plazo máximo legalmente establecido para la reducción (DA 19.^a TRET).

— Y, conforme a lo previsto en los artículos 53.4.b y 55.5.b TRET, es nulo el despido (por causas objetivas o disciplinarias) de un trabajador que haya solicitado o esté disfrutando del permiso o la reducción de la jornada por cuidado de hijos prematuros u hospitalizados tras el parto. Se trata, además, de una nulidad automática, lo que implica que no es necesario que el trabajador aporte indicios de la existencia de un móvil discriminatorio en la actuación de la correspondiente Administración, y es esta, por tanto, la que debe demostrar que su decisión se fundamentó en una causa ajena a cualquier móvil discriminatorio o contrario a la conciliación de la vida laboral y familiar.

Por tanto, en este caso el despido solo puede declararse judicialmente como procedente –la Administración justifica suficientemente su decisión extintiva– o nulo, de modo que, en este último caso, debe producirse la readmisión obligatoria del trabajador y el pago de las remuneraciones correspondientes, así como el alta en el régimen general de la Seguridad Social.

Por último, desde la perspectiva práctica, cabe preguntarse cómo se está trasladando esta medida de conciliación de la vida laboral y familiar al marco concreto de la negociación colectiva del personal laboral de las entidades locales en el ámbito estatal. En este punto cabe señalar que:

a) Algunos convenios colectivos amplían la duración del permiso a dos o tres horas de ausencia retribuidas, si bien no hacen referencia a la reducción de la jornada (CC1, CC5).

b) Algún convenio, si bien extiende la duración del permiso retribuido a dos horas, limita su duración a seis meses (como hemos visto, el TRET no establece ningún límite temporal) y no incluye la fórmula de la reducción de la jornada (CC2).

c) Algunos convenios colectivos amplían la duración del permiso a dos horas diarias remuneradas y prevén una reducción de la jornada de también dos horas diarias, con la disminución proporcional de la retribución. Con ello se recoge lo previsto actualmente en el artículo 48.g TREBEP (CC3, CC6, CC7, CC8, CC9, CC10).

d) En fin, algún convenio colectivo no hace referencia a esta medida de conciliación de la vida laboral y familiar (CC4).

2.3. El régimen aplicable al personal funcionario

En primer lugar, cabe destacar que en el TREBEP se recogen dos medidas vinculadas con el nacimiento de hijos prematuros o que, por cualquier causa, deben continuar hospitalizados tras el parto, muy similares a las ya vistas para el personal laboral. Así, por un lado, el artículo 49.a párrafo 5.º prevé una ampliación del permiso por maternidad y, por otro, el artículo 48.g establece el derecho a un permiso retribuido o a una reducción de la jornada de trabajo ordinaria. Ambas medidas resultan directamente aplicables, conforme a lo previsto en el artículo 92 LBRL, al personal funcionario de las administraciones locales.

En relación con la primera medida, el mencionado artículo 49.a párrafo 5.º señala que, en los casos de parto prematuro y en aquellos en que, por cualquier otra causa, el neonato debe permanecer hospitalizado tras el parto, el permiso de maternidad se amplía en tantos días como el recién nacido se encuentre hospitalizado, con un máximo de trece semanas adicionales. A lo que cabe añadir también que respecto del personal funcionario se aplica la posibilidad de suspender la prestación por maternidad una vez transcurridas las seis semanas de descanso obligatorio posterior al parto, pasando a percibirla una vez se produzca el alta hospitalaria del hijo. Esto supone que la madre funcionaria, sin perjuicio de disfrutar obligatoriamente de las seis semanas posteriores al parto, puede optar por suspender el disfrute del resto del permiso por maternidad –un máximo, por tanto, de diez semanas si no ha disfrutado de parte de dicho permiso antes del parto (o más si se trata de un parto múltiple)– hasta el momento en que se produzca el alta hospitalaria de su hijo, con lo que se reincorporará al trabajo durante ese período, sin perjuicio de poder acudir al permiso retribuido o a la reducción de la jornada recogidos en el citado artículo 48.g TREBEP. En el caso de fallecimiento de la madre, el otro progenitor puede adoptar la misma solución respecto del mismo período de tiempo.

Por su parte, el mencionado artículo 48.g TREBEP establece, en términos semejantes a los ya vistos para el supuesto del personal laboral, que la funcionaria o el funcionario tienen derecho a ausentarse del trabajo durante un máximo de dos horas diarias y percibir las retribuciones íntegras. Asimismo, tiene derecho a reducir su jornada de trabajo hasta un máximo de dos horas, con la disminución proporcional de sus remuneraciones. En este ámbito cabe realizar algunas reflexiones:

a) El régimen jurídico aplicable al personal funcionario es más favorable que el referido al personal laboral, por cuanto en el caso del TREBEP se establece que la ausencia retribuida puede alcanzar, como máximo, dos horas diarias, mientras que el TRET recoge solo una hora.

b) Nos encontramos ante un verdadero derecho, que debe conceder necesariamente la Administración cuando se produce el hecho causante. Como en el supuesto del personal laboral, la finalidad de la medida es acompañar al hijo durante su proceso de hospitalización.

c) Puede solicitar el permiso y/o la reducción de la jornada tanto la madre como el padre funcionarios, pero solo uno de ellos, aun cuando sería posible el disfrute sucesivo (tampoco en el caso del personal funcionario se incentiva la corresponsabilidad frente al cuidado de los hijos). Asimismo, el TREBEP no establece ningún tipo de preferencia, por lo que serán los propios progenitores los que determinen quién es el beneficiario. Obviamente, dicho beneficiario debe ostentar la patria potestad del menor.

d) Solo se aplican estas medidas en caso de parto, no, por tanto, cuando se trata de adopción o de guarda con fines de adopción o acogimiento de menores. Y como en el supuesto del personal laboral, es posible recurrir a ellas no solo cuando el hijo queda hospitalizado tras el parto sino también cuando la hospitalización (sea cual sea la causa, incluida la realización de pruebas preoperatorias, diagnósticas...) se produce dentro del plazo de un mes, a contar desde la fecha del nacimiento. No se incluyen, sin embargo, los supuestos en que el hijo recibe la asistencia médica en el hogar familiar o cuando es trasladado al hospital para recibir atención médica pero no queda ingresado.

e) Si se trata de un parto múltiple y dos o más hijos requieren hospitalización, solo se reconoce un permiso y/o una reducción de la jornada de trabajo, que no se incrementa de forma proporcional, como ocurre en otras medidas de conciliación.

f) La ausencia del trabajo es retribuida, en cambio la reducción de la jornada supone una reducción proporcional de la retribución.

g) Como en el caso del TRET, tampoco el TREBEP fija una duración máxima, por lo que puede recurrirse a estas medidas (que son compatibles entre sí y de eventual disfrute sucesivo) hasta el momento en que se produzca el alta hospitalaria del hijo (días, meses...).

h) La concreción horaria y la determinación del período de disfrute del permiso retribuido o de la reducción de la jornada corresponde establecerlos al propio funcionario, dentro de su jornada ordinaria de trabajo, que debe comunicarlo previamente y presentar, en su caso, la documentación justificativa necesaria.

Si la Administración está disconforme con la elección efectuada por el funcionario –lo que debe justificar de una forma motivada y suficiente, atendiendo a la situación en concreto de ese funcionario y no en general–, este, previa interposición de reclamación administrativa previa, debe demandarla judicialmente presentando la correspondiente demanda ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

i) Al igual que en el marco del personal laboral, si el funcionario opta por la reducción de la jornada, esta decisión puede tener efectos negativos, ya que se reduce temporalmente también la cotización a la Seguridad Social (salvo cuando siga aplicándose la base máxima de cotización). Esos efectos negativos, aunque mínimos, podrían afectar, como ya señalamos, a las futuras prestaciones de incapacidad permanente, jubilación y muerte y supervivencia.

En segundo lugar, en el caso del personal de la Administración General del Estado, el artículo 30.1.f bis LMRFP recoge, casi literalmente, lo previsto en el artículo 48.g TREBEP, y añade que reglamentariamente se determinará la disminución de la jornada de trabajo y la reducción proporcional de las retribuciones.

Por lo que respecta al personal funcionario de las CCAA, cabe destacar que la normativa autonómica se caracteriza en este tema por una cierta diversidad y un distinto nivel de protección; así:

1) En algún caso, se prevé que el funcionario tiene derecho a ausentarse del trabajo durante una hora. Y, asimismo, tiene derecho a reducir su jornada de trabajo hasta un máximo de dos horas, con la disminución proporcional de sus retribuciones (art. 61.c LFPCL). Con ello se establece un régimen jurídico menos protector que el previsto en el artículo 48.g TREBEP, lo que contrasta claramente con la referencia inicial del artículo 48 TREBEP a que los «funcionarios tendrán los siguientes permisos».

2) En otros casos, en cambio, se recoge la misma protección prevista en el marco del TREBEP, citando expresamente que el derecho a ausentarse del trabajo y la reducción de la jornada son medidas compatibles entre sí (arts. 52.2.f y 53.1.g LFPE).

3) Por otra parte, en las Islas Baleares se reconoce incluso a los funcionarios el derecho a una reducción máxima de la mitad de la jornada de trabajo cuando se produce el nacimiento de hijos prematuros o que tengan que permanecer hospitalizados después del parto (art. 119 LFPIB).

4) Algunas normas autonómicas sobre función pública ni siquiera hacen referencia a esta medida de conciliación: es el caso de la LFPC, la LFPM, la LFPPV, la LFPCV y la LFPMU.

5) Algunas leyes autonómicas simplemente recogen una referencia genérica a que se concederán los permisos, licencias y reducciones de jornada de trabajo en

los términos que marca el ordenamiento jurídico general y básico aplicable a los funcionarios públicos (art. 50.3 y 50.4 LFPLR).

6) En algún supuesto, la norma autonómica solo hace referencia al derecho a ausentarse del trabajo, pero no a la reducción de la jornada (art. 76.1.f LFPG).

7) En fin, en el caso de Cataluña se reconoce el derecho a un permiso retribuido equivalente al tiempo de hospitalización del menor hasta un máximo de doce semanas. Y este permiso se inicia a partir de la finalización del permiso por maternidad o de la decimosexta semana posterior al parto, la adopción o el acogimiento (art. 15 LCC).

Por último, respecto al contenido de la negociación colectiva funcionarial desarrollada en las entidades locales en relación con esta medida de conciliación, cabe destacar lo siguiente:

a) En algunos casos, se amplía la duración del permiso a un máximo de tres horas diarias de ausencia retribuidas, aunque no se hace referencia a la reducción de la jornada (AF1).

b) Algún acuerdo de funcionarios se limita a reproducir literalmente lo recogido actualmente en el artículo 48.g TREBEP (AF3, AF5, AF6, AF8).

c) En algún acuerdo se prevé el derecho a una ausencia retribuida diaria del puesto de trabajo de tres horas, con la percepción de las remuneraciones íntegras. Sin embargo, la reducción de la jornada prevista para este caso se limita a una hora diaria, lo que contradice el artículo 48.g TREBEP (AF7).

d) Algún acuerdo se limita a remitirse, con carácter genérico, a lo previsto en la normativa estatal (AF9).

e) Algún acuerdo de funcionarios amplía la duración de la ausencia retribuida hasta un máximo de tres horas diarias, pero mantiene la reducción de la jornada en un máximo de dos horas, con la disminución proporcional de las remuneraciones (AF10).

f) Finalmente, cabe señalar que hay casos en que ni siquiera se cita esta medida de conciliación de la vida laboral y familiar (AF2, AF4).

3. El permiso o la reducción de la jornada vinculada al permiso de lactancia

3.1. Introducción

Con una aplicación más generalizada que la reducción de la jornada para el cuidado de hijos prematuros u hospitalizados tras el parto, esta segunda vía de reducción de la jornada de trabajo –tanto del personal laboral como de los funcionarios públicos– se vincula a la lactancia y tiene una larga tradición en nuestro ordenamiento jurídico. A lo que cabe añadir que, en este caso, la reducción de la jornada se recoge, a diferencia del supuesto anterior, como una medida alternativa (no compatible) a la figura del permiso.

Se trata de una medida de conciliación de la vida laboral y familiar recogida para el personal laboral en el artículo 37.4 TRET y para el personal funcionario en el artículo 48.f TREBEP, la LMRFP y la correspondiente normativa autonómica.

Tal y como han señalado los tribunales, su objetivo no es tanto facilitar la lactancia o la alimentación del menor sino el cuidado, la atención y asistencia del hijo o menor por parte de sus progenitores, adoptantes o acogedores durante los primeros meses de vida. En la misma línea, según la STJUE 30 de septiembre de 2010, el objetivo de esta medida es reconocer a ambos progenitores un tiempo para el cuidado del hijo o menor, sin pretender asegurar la protección de la condición biológica de la madre después del embarazo o la protección de las particulares relaciones entre la madre y su hijo.

3.2. La regulación del personal laboral

3.2.1. El alcance de la regulación legal

En este caso, el mencionado artículo 37.4 TRET establece que en los supuestos de nacimiento de un hijo, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento,

de acuerdo con el artículo 45.1.d TRET (de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las CCAA que lo regulan, siempre que su duración no sea inferior a un año), para la lactancia del menor hasta que este cumpla nueve meses, el trabajador tiene derecho a una hora de ausencia del trabajo, que puede dividir en dos fracciones. La duración de este permiso retribuido a cargo de la Administración se incrementa proporcionalmente en los casos de parto, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento múltiples.

Sin embargo, el beneficiario de esta medida, por su voluntad, puede sustituirla por una reducción de su jornada de trabajo en media hora con la misma finalidad o acumularla en jornadas completas en los términos previstos en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con su empleador respetando, en su caso, lo establecido en dicha negociación.

En relación con esta medida de conciliación cabe señalar lo siguiente:

a) Tal y como han señalado los tribunales, no se trata de un permiso más de los contemplados en el artículo 37 TRET, ya que ha de interpretarse a la luz de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida laboral y familiar de las personas trabajadoras, que avanza en el camino de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, y permite que ambos puedan acogerse a este beneficio, lo que redundará, en definitiva, en pro de la protección del interés de los menores (STS [S] 9 de diciembre de 2009).

Por tanto, es un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres, pero solo puede ser ejercido por uno de los progenitores en el caso de que ambos trabajen (STSJ Andalucía/Málaga [S] 3 de octubre de 2013). Sin embargo, sí pueden disfrutarlo de una forma sucesiva, sin superar, lógicamente, la duración máxima prevista legalmente. Aun cuando esta visión no facilita la corresponsabilidad de ambos progenitores frente al cuidado del menor, sí tiene su fundamento en la idea del legislador de que con la presencia de uno de ellos ya se entiende cumplida la finalidad de cuidado del menor.

En este ámbito cabe recordar que la STJUE 30 de septiembre de 2010 declaró que la redacción del artículo 37.4 ET (actualmente derogado), que reconocía esta medida como un derecho no directo sino «derivado» para los padres, contravenía el derecho comunitario, ya que era contraria al principio de igualdad de trato entre los hombres y las mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo (art. 2.1, 2.3 y 2.4 y art. 5 de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976). En consecuencia, tal y como recoge el vigente artículo 37.4 TRET, el permiso y la reducción de la jornada por lactancia son un derecho tanto de las madres como de los padres, en igualdad de condiciones, siempre que se trate de trabajadores por cuenta ajena (personal laboral o funcionario) o por cuenta propia. En palabras de la citada sentencia, la Directiva 76/207/CEE se opone...

[...] a una medida nacional como la controvertida en el litigio principal, que prevé que las mujeres, madres de un niño y que tengan la condición de trabajadoras por cuenta ajena, pueden disfrutar de un permiso, según varias modalidades, durante los nueve primeros meses siguientes al nacimiento de ese hijo, en tanto que los hombres, padres de un niño y que tengan la condición de trabajadores por cuenta ajena, solo pueden disfrutar del citado permiso cuando la madre de ese niño también tiene la condición de trabajadora por cuenta ajena [...].

Y en la misma línea, en la STSJ Castilla y León/Burgos (S) 12 de julio de 2012 se manifiesta que:

[...] de la propia dicción del precepto resulta que se otorga indistintamente el permiso al padre y a la madre, correspondiendo a los progenitores la opción por disfrutarlo uno u otro, y no exclusiva a la mujer como erróneamente pretende la recurrente confundiendo la regulación del permiso de lactancia con la establecida en el art. 48.4 del Estatuto de los Trabajadores respecto del descanso por maternidad, para el que sí concede la Ley una preferencia a la madre, reconociéndole el derecho como propio con la posibilidad de ceder al padre, únicamente una parte del descanso [...].

A lo que añade la STSJ Madrid (S) 10 de octubre de 2008 que:

[...] hemos de partir de que la titularidad del derecho corresponde a ambos progenitores, exigiendo exclusivamente la Ley que los dos sean trabajadores, siendo evidente que esta cualidad la ostenta aquel que trabaja por cuenta ajena pero igualmente el que lo hace por cuenta propia [...]. Así pues, la interpretación del artículo 37.4 del Estatuto de los Trabajadores ha de hacerse, además de literal, a la luz de toda la normativa expuesta, en el sentido de favorecer la corresponsabilidad familiar y evitar la discriminación, dando igual tratamiento a las situaciones en las que ambos progenitores trabajen, con independencia de que uno de ellos lo haga como autónomo y del sexo de este [...].

Cabe tener presente que, partiendo de lo anterior, pueden darse varias situaciones en la práctica; así:

— Si uno de los progenitores es trabajador autónomo, el otro, ya sea personal laboral o funcionario, tiene derecho a acceder a esta medida, en forma de permiso o de reducción de la jornada (los tribunales han defendido expresamente esta solución en el caso en que la madre es trabajadora por cuenta propia y quien solicita la medida de lactancia es el padre; así, entre otras, SSTSJ Galicia [S] 12 de noviembre de 2011, Madrid [S] 10 de octubre de 2008 y Castilla y León/Burgos [S] 17 de junio de 2009).

— Si ambos progenitores son funcionarios públicos y/o personal laboral, solo uno de ellos –el padre o la madre indistintamente, sin preferencias– puede acceder al permiso o a la reducción de la jornada por lactancia. El beneficiario se de-

cidirá por acuerdo entre ambos progenitores, siempre que cuente con la patria potestad o la tutela del menor.

— Y si un progenitor es funcionario público o personal laboral y el otro trabaja por cuenta ajena en el sector privado, solo uno de ellos –indistintamente, tal y como señalábamos antes– puede solicitar estas medidas. Como antes, el beneficiario se decide por acuerdo, y tanto en este supuesto como en el anterior, la Administración puede requerir la justificación de que uno de los progenitores ha renunciado a este derecho en su puesto de trabajo.

b) Sin embargo, junto con lo anterior, cabe tener presente que los tribunales han matizado que si bien ambos progenitores tienen derecho indistintamente al disfrute de estas medidas de conciliación, siempre que trabajen por cuenta propia o por cuenta ajena, ese derecho no se mantiene si uno de ellos no está en activo cuando aquellas se solicitan, ya que el artículo 37.4 TRET establece como presupuesto ineludible y necesario para su concesión que ambos progenitores trabajen. Esta posición judicial implica que, por ejemplo, no se reconoce el permiso de lactancia al padre cuando la madre, aun siendo trabajadora por cuenta ajena, se encuentra en una situación de excedencia por cuidado de hijos. Así, en la STSJ Castilla y León/Burgos (S) 4 de diciembre de 2008 se afirma que:

[...] es presupuesto ineludible y necesario para la concesión del permiso de lactancia solicitado, que ambos progenitores trabajen, lo que no se da en el caso presente, desde el término de las vacaciones de la madre, dado que, con posterioridad, ha solicitado excedencia para el cuidado de su hija, con lo que su contrato de trabajo está en suspenso, conforme al Art. 45.1.d ET [...].

(En el mismo sentido, SSTSJ Castilla y León/Burgos [S] 12 de julio de 2012 y 4 de diciembre de 2008.)

c) Los tribunales admiten la posibilidad de mejora del régimen legal a través del convenio colectivo del personal laboral.

d) Estas medidas alcanzan tanto a los hijos naturales como a los adoptados y menores acogidos, con el límite de la edad de nueve meses en todos los casos. En los casos de parto, adopción, y guarda con fines de adopción o acogimiento múltiples, la duración se amplía proporcionalmente al número de hijos o menores.

No hay duda de que la limitación temporal a los nueve meses de edad del menor resulta muy restrictiva y debería ampliarse, al menos, hasta los doce meses de edad, tal y como ya ocurre en el marco de la normativa funcional.

e) Como el resto de las medidas analizadas en este trabajo, esta se aplica tanto al personal laboral indefinido como al temporal y también a los trabajadores a tiempo parcial, sin que, en este último caso, la medida se vea reducida, así como tampoco cuando se trata de un trabajador que tiene reconocida una reducción de la jornada por el cuidado de hijos o familiares conforme a lo previsto en el artículo 37.6 párrafo 1.º TRET. De este modo, aunque, por ejemplo, el beneficiario

tenga una jornada equivalente al 40 por 100 de la habitual en ese servicio, la duración del permiso (una hora) y de la reducción de jornada (media hora) serán las mismas que la de un trabajador a tiempo completo. Los tribunales fundamentan esta solución en que si no fuera de esta manera, no se cumpliría la finalidad perseguida por esta medida de conciliación, que, como vimos antes, se centra en el cuidado y asistencia del menor (STSJ Canarias [S] 20 de febrero de 2006).

f) La concreción horaria y la determinación del período de disfrute (que, a decisión del beneficiario, puede ser hasta los nueve meses de edad del menor o bien de una duración inferior) tanto del permiso como de la reducción de la jornada corresponden al trabajador, dentro de su jornada de trabajo ordinaria, previa comunicación a la Administración. Asimismo, debe avisar con quince días de antelación la fecha en que se reincorporará a su jornada ordinaria de trabajo, si bien por convenio colectivo puede fijarse un plazo diferente.

Si existe alguna discrepancia en cuanto a esas cuestiones, el trabajador debe demandar a la Administración ante la jurisdicción social por la vía del artículo 139 LRJS, ya vista.⁷

g) El beneficiario de esta medida de conciliación puede optar por acumularla en jornadas completas en los términos previstos en el correspondiente convenio colectivo o en el acuerdo a que llegue con la Administración, respetando, en su caso, lo establecido en aquel. Y, en consecuencia, si no hay una previsión convencional o un acuerdo no habrá acumulación.

Con esta posible acumulación se amplían las posibilidades de disfrute de esta medida, sin desconocer su finalidad. Cabe destacar que los términos concretos de ese disfrute acumulado –con el único límite de que debe ser por jornadas completas– se deja exclusivamente en manos del convenio colectivo o del correspondiente acuerdo (STS [S] 11 de noviembre de 2009); puede fijarse, en definitiva, lo que se estime oportuno (por ejemplo, no tratar de una forma especial los supuestos de parto múltiple, STSJ Andalucía/Sevilla [S] 19 de mayo de 2011).

En todo caso, cabe tener presente que la acumulación de horas no disfrutadas se refiere a la hora de ausencia del trabajo y no a la media hora de reducción de la jornada recogida en el artículo 37.4 TRET. En este sentido se manifiesta la STSJ Castilla y León/Burgos (S) 30 de mayo de 2012, en la que se afirma que:

[...] cuando el trabajador o trabajadora opta por esta segunda forma alternativa de ejercicio del derecho, la acumulación por jornadas completas ha de referirse a cada hora diaria de ausencia al trabajo a que, con carácter general, se tiene derecho. Esta es la conclusión a la que se llega aplicando las reglas de interpretación –gramatical, lógica y sistemática– contenidas en los artículos 1281 y siguientes del Código Civil, no existiendo base para una

7. *Vid. supra* apartado 2.2.

interpretación reduccionista, como la que pretende la empresa recurrente, de limitar la posibilidad de acumular en jornadas completas solo la primera de las formas de ejercicio alternativo del derecho, la reducción de jornada en media hora, pues donde la ley no distingue, tampoco le es lícito al intérprete distinguir [...].

(En el mismo sentido, STSJ Cataluña [S] 23 de octubre de 2009.)

Finalmente, cabe tener muy en cuenta que el no reconocimiento de la mencionada acumulación sirve de base para que el trabajador reclame una indemnización por daños y perjuicios a la Administración (STSJ Galicia [S] 22 de septiembre de 2010), dado que se ha provocado de una forma directa un menoscabo en su vida personal y familiar (indemnización dirigida a compensar la pérdida del derecho así como los correspondientes daños morales y que exige una mínima concreción de las bases y elementos clave que la sustentan).

h) El permiso o la reducción de la jornada por lactancia son incompatibles con el disfrute del permiso por maternidad a tiempo parcial. En cambio, son plenamente compatibles con la reducción de la jornada por cuidado de hijos regulada en el artículo 37.6 párrafo 1.º TRET (analizada en un apartado posterior),⁸ ya que, como han señalado los tribunales, se trata de figuras con una naturaleza, causa y finalidad diferentes, con sujetos e intensidad distintos, y con una diversa duración y repercusión en las remuneraciones del trabajador. A lo que cabe añadir que el TRET tampoco fija su incompatibilidad, y mientras que el permiso o la reducción por lactancia es una figura tradicional en nuestro ordenamiento jurídico, el derecho a la reducción de la jornada por cuidado de hijos es un derecho nacido más recientemente para poder compatibilizar la vida familiar y la laboral.

En esta línea, en la STSJ Comunidad Valenciana (S) 25 de abril de 2002 se manifiesta que:

[...] el permiso para lactancia tiene una naturaleza distinta a la reducción de jornada por cuidado de menor de seis años y así mientras aquel se trata de un permiso remunerado, este es un derecho a la reducción de jornada con proporcional disminución de la retribución laboral, siendo también distinta su finalidad ya que el permiso de lactancia se dirige a compatibilizar el desarrollo de la actividad profesional sin merma alguna para el trabajador con la atención de las acuciantes necesidades que en los primeros meses de vida exige el ser humano, mientras que la reducción de jornada supone optar por el cuidado del menor en detrimento de la realización y de la retribución profesional, no existiendo ningún precepto legal del que pueda además inferirse la incompatibilidad que propugna la Administración autonómica [...].

Y dentro de la misma lógica cabe citar la STSJ Cataluña (S) 18 de marzo de 2003, en la que se afirma:

8. *Vid. infra* apartado 4.

[...] no tiene ni la misma configuración, ni la misma causa, ni los mismos sujetos que puedan ejercitarlo, ni las mismas repercusiones para la empresa, que el derecho de reducción de jornada por lactancia [...] resulta claro que tanto los sujetos activos (padres frente a quien tenga la guarda legal), como los causantes del derecho (exclusivamente hijos menores de nueve meses frente a una multitud de personas), duración en el tiempo (máximo de nueve meses frente incluso a muchos años), su intensidad (una hora de ausencia al trabajo sustituible por una reducción de media hora en la jornada frente hasta incluso la mitad de toda la jornada laboral), su repercusión salarial (pagado por la empresa frente a una reducción proporcional del salario), razón de ser (atender a la lactancia de un menor de nueve meses frente a poder compatibilizar la vida familiar y laboral) son diferentes entre sí, previéndose incluso el contrato de interinidad a tiempo parcial [...] para la sustitución de los trabajadores con jornada reducida por guarda legal, tratándose la reducción de jornada por lactancia a cargo de la empresa de un derecho tradicional en nuestro ordenamiento jurídico laboral, distinta del derecho a la reducción de jornada por las causas previstas en la ley que es un derecho nacido hace unos veinte años para compatibilizar la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras [...].

i) Como en el resto de las medidas de conciliación analizadas en este trabajo, la solicitud o el disfrute del permiso o la reducción de la jornada por lactancia no pueden suponer ningún perjuicio para el trabajador, ni en materia retributiva, ni en promoción o carrera profesional, ni en relación con cualquier otra condición de trabajo. En este sentido, en la STS (S) 9 de diciembre de 2009 se señala, en materia retributiva, que:

[...] es preciso entender que cualquier interpretación de la ausencia de regulación concreta de la retribución del permiso de lactancia, tanto en el Estatuto como en el Convenio, que implique pérdida económica para el trabajador, es contraria al espíritu de la ley. Por ello, el disfrute de este derecho nunca puede suponer una pérdida económica [...].

j) La Administración puede requerir al trabajador que justifique que el otro progenitor no utiliza esta medida de conciliación de la vida laboral y familiar. Lo que resultaría discriminatorio es solicitar esta prueba cuando quien pide la medida es un trabajador y no hacerlo cuando es una trabajadora (STSJ Andalucía/Málaga [S] 3 de octubre de 2013).

k) Por último, cabe destacar que, en la misma línea ya vista para el caso de la reducción de la jornada para el cuidado de hijos prematuros u hospitalizados tras el parto, y según lo previsto en los artículos 53.4.b y 55.5.b TRET, el despido –por causas objetivas o disciplinarias– de un trabajador que haya solicitado o esté disfrutando del permiso o la reducción de la jornada por lactancia será calificado como nulo, con las consecuencias correspondientes, salvo que la Administración pruebe suficientemente la causa justificativa. Causa de nulidad que, tal y como han destacado los tribunales, tiene un carácter objetivo y, en consecuencia, actúa de una forma automática sin necesidad de que el trabajador aporte indicios de un com-

portamiento discriminatorio por parte del empleador. En este sentido, en la STSJ Islas Canarias (S) 23 de octubre de 2013 se recuerda que:

[...] tras la reforma del Art. 55.5 ET operada primero por la Ley 39/99 y posteriormente por la LO 3/07, el legislador otorgó una protección reforzada a determinadas situaciones relacionadas con la maternidad especialmente expuestas y vulnerables a situaciones empresariales discriminatorias por razón de sexo, introduciendo en nuestro ordenamiento jurídico una serie de supuestos en los que se configura una causa objetiva de nulidad del despido distinta de la nulidad por causa de discriminación contemplada en el párrafo primero y que actúa siempre que el despido se produzca encontrándose la trabajadora en alguna de las situaciones que los diversos apartados del precepto enumeran y la medida extintiva no resulte procedente, y ello, al margen de que existan o no indicios de tratamiento discriminatorio o, incluso, de que concurra o no un móvil de discriminación [...].

En definitiva, conforme a la sentencia citada, la calificación como nulo del despido de un trabajador que haya solicitado o esté disfrutando del permiso o la reducción por lactancia...

[...] encuentra su asiento en la concurrencia de las causas objetivas de nulidad que contemplan los apartados b y c del citado precepto legal (art. 55.5), que salvo en los casos en que el despido deba ser declarado procedente, operan de manera automática por ministerio de la ley, pues en el momento de ser despedida la trabajadora estaba disfrutando del permiso de lactancia ex Art. 37.4 ET y el período transcurrido desde el nacimiento de su hijo hasta que fue cesada no había superado los 9 meses [...].

(*Vid.* también SSTSJ Islas Canarias [S] 15 de octubre de 2009 y Madrid [S] 30 de abril de 2009.)

En la misma línea, la STSJ Andalucía/Granada (S) 31 de mayo de 2012 declara que:

[...] el mero hecho de despedir a una mujer trabajadora estando embarazada o en situación análoga, como es el permiso de maternidad con lactancia, lleva directamente y sin paliativo alguno, a la declaración de nulidad del despido, y ello fundado en los artículos 2 y 10 de la Directiva del CEE n.º 22 de 1985 que lo recogía, así como la Ley 39/99 de 5 de noviembre de conciliación de la vida familiar y laboral; la Ley 3/07 de 22 de marzo de igualdad efectiva de hombres y mujeres; artículo 55.5 del ET y 37.4 del mismo cuerpo legal [...].

(Para el caso de un despido por causas objetivas, *vid.* también la STSJ Cantabria [S] 21 de julio de 2014.)

El mismo efecto se produce cuando tratándose de una trabajadora fija discontinua no es llamada al inicio de la correspondiente campaña; así la STSJ Galicia (S) 4 de mayo de 2009 en la que se señala:

[...] manifiesta el TC (sentencia 17/2007, de 12 de febrero, etc.), que los tratos desfavorables en el trabajo, basados en el embarazo o motivados por bajas laborales causadas por el embarazo, al afectar exclusivamente a la mujer, constituyen una discriminación directa por razón de sexo, proscrita por el artículo 14 CE, y por la citada codemandada, nada se probó [...] que su actuación tuvo su origen en causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración, así como que tenían la entidad suficiente para justificar la decisión adoptada [...].

Y lo mismo ocurre cuando se extingue un contrato para obra o servicio determinado justo cuando la trabajadora se encuentra disfrutando del permiso de lactancia (STSJ Andalucía/Granada [S] 31 de mayo de 2012).

No obstante, tal y como afirmábamos anteriormente, el despido resultará procedente si el empleador prueba la causa que lo motiva (por ejemplo, una causa organizativa, STSJ Comunidad Valenciana [S] 25 de abril de 2013).

3.2.2. El papel de la negociación colectiva

En cuanto al contenido de los convenios colectivos del personal laboral de las entidades locales en relación con el permiso o la reducción de la jornada por lactancia, cabe señalar lo siguiente:

1) Algún convenio colectivo mejora y amplía lo previsto en el TRET: así, se amplía la reducción de la jornada a una hora y media, que puede aplicarse de una forma fraccionada, aunque, a la vez, se excluye la posible acumulación del período de lactancia con el permiso de maternidad (CC1).

2) Algún convenio, mejorando también lo fijado en el TRET, extiende el permiso de lactancia hasta los doce meses de edad del hijo, y prevé, asimismo, la posible acumulación de este permiso, en un período único, al permiso de maternidad. Y también se prevé la posible sustitución del permiso por una reducción de la jornada de una hora, con la misma finalidad (nueva mejora en relación con lo previsto en el TRET). No obstante, a diferencia de lo establecido en el TRET, esa facultad de sustitución se atribuye expresamente a la mujer, y se fija, asimismo, que el permiso de lactancia podrá hacerse extensivo al padre, previa solicitud por parte de este (CC2).

3) Siguiendo la misma lógica anterior de mejora, algún convenio colectivo reproduce directamente el régimen más favorable previsto en la normativa funcional (CC3, CC6, CC8). Sin embargo, en algún supuesto, aun reproduciendo dicha normativa, se prevé que no solo la trabajadora sino cualquiera de los progenitores puede solicitar la sustitución del tiempo de lactancia por un permiso retribuido que acumule en jornadas completas el tiempo correspondiente (CC7).

4) Algún convenio amplía la duración del permiso o la reducción de la jornada por lactancia hasta los doce meses de edad del menor, y recoge, asimismo, su posible sustitución por un permiso adicional de cuatro semanas (CC5).

5) En algún convenio colectivo se reproduce lo previsto actualmente en el TREBEP pero con dos matices: *a)* no solo la trabajadora puede decidir la sustitución del permiso diario por la acumulación en jornadas completas, sino que puede decidirlo indistintamente el trabajador o la trabajadora beneficiarios de la medida; y *b)* la duración de este derecho se reduce proporcionalmente a la jornada trabajada, lo que contradice, como hemos visto, lo señalado por nuestros tribunales, ya que esa duración se mantiene incluso cuando se trata de trabajadores a tiempo parcial o con una jornada de trabajo reducida (CC9).

6) En algún convenio se mezcla la lógica del TRET y la del TREBEP, puesto que se reconoce esta medida para la lactancia de un hijo menor de doce meses pero con una hora de ausencia del trabajo que puede dividirse en dos fracciones. Asimismo, se tiene derecho a sustituir ese permiso por una reducción de la jornada normal en media hora al inicio y al final de la jornada, o en una hora al inicio o al final de la jornada, con la misma finalidad. Y, en fin, se afirma que la funcionaria (cuando es una trabajadora) puede solicitar la sustitución del tiempo de lactancia por un permiso retribuido que acumule en jornadas completas el tiempo correspondiente (CC10).

7) Finalmente, cabe destacar que algún convenio colectivo no hace referencia siquiera a esta importante medida de conciliación de la vida laboral y familiar (CC4).

3.3. La regulación del personal funcionario

3.3.1. El marco legal

En primer lugar y desde la perspectiva estatal, el artículo 48.f TREBEP establece que el funcionario, por lactancia de un hijo menor de doce meses, tiene derecho a una hora de ausencia del trabajo que puede dividir en dos fracciones. Este derecho puede sustituirse por una reducción de la jornada normal en media hora al inicio y al final de la jornada, o en una hora al inicio o al final de la jornada, con la misma finalidad. Este derecho puede ser ejercido indistintamente por uno u otro de los progenitores, en el caso de que ambos trabajen. Asimismo, este derecho se incrementa proporcionalmente en los casos de parto múltiple. E igualmente, la funcionaria puede solicitar la sustitución del tiempo de lactancia por un permiso retribuido que acumule en jornadas completas el tiempo correspondiente.

Cabe tener presente que, como en el caso de la medida de conciliación anterior, el citado artículo 48.f resulta aplicable al personal funcionario de las entidades locales, como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 92 LBRL.

En relación con esta regulación legal, semejante a la ya vista para el caso del personal laboral, cabe hacer algunas consideraciones:

a) Nuevamente, la duración prevista, en este caso de la reducción de la jornada, es superior a la recogida en el TRET, puesto que se reconoce una hora, ya se disfrute de una forma fraccionada o completa. En cambio, en el caso del personal laboral, como vimos, la duración de la reducción de la jornada es de solo media hora. Y, junto a ello, en el caso del personal laboral esta medida alcanza hasta los nueve meses de edad del menor, mientras que en el TREBEP se prevé hasta los doce meses de edad del menor. En todo caso, lo anterior no puede llevar a ignorar la escasez temporal de esta medida y la imposibilidad por ello de cumplir, en la inmensa mayoría de los supuestos, con la finalidad perseguida.

Y, en fin, también existe una tercera diferencia entre ambas normativas, que se concreta en la posible acumulación de esta medida en jornadas completas, ya que en el caso del personal funcionario dicha acumulación aparece en el TREBEP como un derecho, mientras que en el marco del personal laboral depende de lo previsto en el correspondiente convenio colectivo o del acuerdo al que se llegue con la Administración. Y, como señalamos páginas atrás, si no existe ni convenio ni acuerdo, esta acumulación no es posible. Esta diferencia entre ambos colectivos ha dado lugar a reclamaciones judiciales, tema sobre el que volveremos más adelante.

b) Tal y como ya manifestamos al tratar del personal laboral, esta medida incluye tanto los supuestos de nacimiento como la adopción y la guarda con fines de adopción o acogimiento de menores.

Asimismo, su finalidad no es tanto la alimentación del menor como su atención y asistencia durante los primeros meses de vida (STSJ Aragón [CA] 4 de diciembre de 2012). En este sentido, en la STSJ Castilla y León/Valladolid (CA) 13 de febrero de 2015 se declara que en la «actualidad el permiso de lactancia se encuentra desvinculado del hecho biológico de la lactancia natural y se considera como un tiempo de atención adecuada del menor y una medida conciliadora de la vida familiar y laboral».

c) Se trata de un derecho individual del funcionario o funcionaria y, por tanto, se tiene derecho a esta medida de conciliación con independencia de que se haya disfrutado o no de los permisos por maternidad o paternidad.

d) Como ya hemos señalado, el permiso o la reducción de la jornada alcanza hasta los doce meses de edad del menor; duración que se incrementa proporcionalmente en los supuestos de parto, adopción o guarda con fines de adopción o acogimiento múltiples. Se trata de una duración escasa desde la perspectiva del fomento de la conciliación de la vida laboral y familiar, si bien supera, como decíamos antes, la prevista para el caso del personal laboral, que solo llega hasta los nueve meses de edad del menor.

Respecto a la necesidad de ampliar la duración de la medida en el caso de parto múltiple, en la ST Juzgado CA de Madrid 10 de noviembre de 2011 se manifiesta que:

[...] es evidente que la atención que estos últimos le han de dedicar al lactante para su correcto desarrollo se incrementa en el caso de los partos múltiples, sino exponencial por lo menos proporcionalmente por razón de cada uno de los niños. Motivo por el cual el propio legislador ha reconocido este criterio de incremento proporcional de los permisos y derechos laborales de los padres en esos supuestos excepcionales, no solo en el EBEP, sino también en otras normas [...].

e) Sorprendentemente, el artículo 48.f TREBEP sigue tratando esta medida parcialmente en clave femenina, ya que, tal y como vimos anteriormente, se refiere expresamente a la «funcionaria» al tratar de la sustitución del tiempo de lactancia por un permiso retribuido acumulado; esa feminización resulta totalmente discutible por cuanto se trata de un derecho individual de ambos progenitores, adoptantes o acogedores, hombres o mujeres.

Sin embargo, en este punto cabe destacar que algunos tribunales entienden, de una forma discutible, que efectivamente esta posibilidad de acumulación solo resulta aplicable a las funcionarias (STSJ Murcia [CA] 27 de enero de 2010; en contra SSTSJ Madrid [CA] 7 de febrero de 2012 y 5 de abril de 2011); solución que, a nuestro entender, resulta discriminatoria, ya que contraviene la lógica de corresponsabilidad frente a la lactancia.

En todo caso, esa acumulación se incrementa proporcionalmente atendiendo al número de hijos nacidos (ST Juzgado CA Madrid 10 de noviembre de 2012).

f) Actualmente, al igual que en el caso del personal laboral, si ambos progenitores, adoptantes o acogedores trabajan –ya sea por cuenta propia o por cuenta ajena– son titulares indistintamente de este derecho, si bien solo uno de ellos puede acceder a él; aunque es posible, no obstante, un disfrute sucesivo. En este sentido, la STSJ Murcia (CA) 23 de enero de 2015 señala que no es posible hablar «[...] de una cesión del derecho de la madre al padre pues y como queda dicho ese derecho es de ejercicio indistinto, existiendo en cierto sentido una cotitularidad [...]». Continúa afirmando que:

[...] el objeto perseguido con ese derecho funcional no es otro más que el previsto en la Ley Orgánica 3/2007, esto es, conciliar la vida familiar y la laboral vía consecución de una mayor corresponsabilidad entre hombres y mujeres cara a que ambos asuman las obligaciones familiares; persiguiendo un reparto más equilibrado de esas obligaciones y dentro de las mismas las que vienen a ser consecuencia del nacimiento y cuidado de un hijo. Este objetivo implica tanto a uno como a otro progenitor [...] este permiso se ha desvinculado del hecho biológico de la lactancia natural y se considera como un mero tiempo de cuidado a favor del hijo y como una medida conciliadora de la vida laboral y familiar y, que por lo tanto, lo puede ejercer uno y otro progenitor trabajador, ya fuera por cuenta propia, ya por cuenta ajena [...].

(También SSTSJ Castilla-La Mancha [CA] 28 de julio de 2014 y Madrid [CA] 5 de abril de 2011.)

En fin, nos encontramos ante un derecho que no es exclusivo de la madre, de manera que es esta la única titular y que, como tal, puede cederlo, sino que el derecho corresponde como titulares indistintos a ambos progenitores (ST Juzgado Central CA n.º 11 Madrid 4 de abril de 2013).

Y ya sea el padre o la madre quien lo disfrute, lo hará conforme a su régimen jurídico propio (TRET, TREBEP, normativa autonómica...) y en las condiciones previstas en este (SSTSJ Aragón [CA] 4 de diciembre de 2012 y Madrid [CA] 7 de febrero de 2012). Y, junto con ello, iniciado el disfrute de esta medida por uno de los progenitores, el otro puede perfectamente continuarlo hasta el plazo máximo previsto legalmente (ST Juzgado Central CA n.º 11 Madrid 4 de abril de 2013).

Sin embargo, si la madre no trabaja, ha fallecido o está en situación de excedencia, cabría pensar que, tal y como vimos al tratar del personal laboral, el padre funcionario no podría acceder a esta medida, ya que se exige que ambos trabajen, ya sea por cuenta ajena o por cuenta propia. Sin embargo, cabe citar alguna sentencia que, con buen criterio, reconoce al padre funcionario el derecho al permiso de lactancia aunque la madre no trabaje, como la STSJ Andalucía/Granada (CA) 17 de noviembre de 2014 al manifestar que:

[...] el derecho al disfrute del permiso por lactancia es un derecho inherente al desempeño de una función o trabajo y, concretamente, es un derecho reconocido a la persona que tiene el estatuto de funcionaria/o en la Ley 7/2007, en su art. 48, que regula los permisos de los funcionarios públicos, esto es, las licencias para no asistir al trabajo para desempeñar sus funciones, por la necesidad de asistir a otros lugares o atender a otras necesidades justificadas, entendiéndose por tales, entre otras las de [...] lactancia de un hijo menor de doce meses que pueden disfrutar indistintamente la madre o el padre en el caso de que ambos trabajen. Por tanto, la Ley no exige el requisito de que para disfrutar el permiso el otro progenitor tenga que trabajar, pues lo que dice la Ley es que si los dos trabajan solo lo disfruta uno, lo que es muy diferente [...].

Y también cabe tener en cuenta que, según los tribunales, en caso de desacuerdo entre ambos progenitores, tiene preferencia la decisión de la madre sobre quién puede ejercitar este derecho (STSJ Aragón [CA] 4 de diciembre de 2012).

g) Tanto el permiso como la reducción de la jornada tienen carácter retribuido a cargo de la Administración y, en consecuencia, no pueden suponer la pérdida de remuneraciones, ya que de no ser así se desincentivaría el recurso a esta fórmula de conciliación (entre otras, STSJ Madrid [S] 12 de diciembre de 2004). El coste, por tanto, lo asume la correspondiente Administración. A lo que cabe añadir que, al no suponer un descuento en la remuneración, el disfrute de esta medida no tiene consecuencias negativas en el marco de la protección en materia de Seguridad Social. Y, lógicamente, tampoco puede implicar, como en el resto de las medidas de conciliación analizadas en este trabajo, ninguna conse-

cuencia desfavorable a los efectos de la promoción, la carrera profesional o las condiciones de trabajo.

h) Esta medida de conciliación se aplica con independencia de la duración de la jornada diaria de trabajo; es decir, cuando el TREBEP se refiere a la jornada normal, debe entenderse que es la jornada propia realizada por el funcionario, por lo que no cabe reducir la duración del permiso o la reducción de la jornada cuando se trata de un funcionario con una jornada reducida por el cuidado de hijos o familiares. La razón de ello se encuentra en que si no fuera así no se cumpliría con la finalidad de conciliación perseguida por esta medida.

i) La concreción horaria y la determinación del período de disfrute (hasta los doce meses de edad del menor, o inferior) del permiso o de la reducción de la jornada corresponden al funcionario, dentro de su jornada de trabajo ordinaria, que debe comunicarlo previamente a la Administración. Asimismo, el funcionario debe avisar con quince días de antelación la fecha en que se reincorporará a su jornada ordinaria de trabajo.

j) Los tribunales han señalado que si bien el artículo 48.f TREBEP puede ser objeto de concreción por la correspondiente Administración pública, esta debe llevarse a cabo a través de una norma general con el debido rango, de manera que no basta con unas instrucciones internas que, además, no han sido objeto de publicidad. Así, en la STSJ de Madrid (CA) 5 de abril de 2011 se afirma:

[...] habrá de ser una normativa general del debido rango la que contenga las reglas sobre el momento idóneo para solicitar el disfrute del derecho y la que pueda limitar su ejercicio, es decir, una cosa es que la Administración pueda establecer criterios para organizar la concesión de las licencias y permisos, y otra muy distinta que al amparo de esa potestad de autoorganización se pretendan incluir condiciones no previstas en la Ley, sin darles la debida cobertura legal. No estamos diciendo que no se pueda imponer la condición que se ha exigido –el art. 48.1 de la Ley 7/07 lo permitiría–, lo que no se puede es exigir el cumplimiento de una condición cuando no se ha divulgado dicha exigencia a través de la publicidad de las instrucciones [...].

k) Al igual que en el caso del personal laboral, esta medida es incompatible con el disfrute del permiso de maternidad a tiempo parcial. Por el contrario, como también vimos, esta vía es compatible con la reducción de la jornada por cuidado de hijos, puesto que se trata de figuras con una naturaleza, causa y finalidad distintas, con sujetos e intensidad diferentes, y diversa duración y repercusión en las retribuciones del funcionario. Asimismo, la normativa funcionarial tampoco prevé esa incompatibilidad.

l) Con la clara finalidad de flexibilizar el uso de esta medida para adaptarlo a las necesidades presentes en cada supuesto, el artículo 48.f TREBEP establece que es posible sustituirla por un permiso retribuido que acumule en jornadas completas el tiempo correspondiente (se produciría así una compactación del tiempo

de lactancia). En este caso, a diferencia del personal laboral, este derecho de compactación se aplica de una forma inmediata y directa, sin requerir que lo recoja la negociación colectiva o llegar a un acuerdo con la Administración. Con ello se facilita, obviamente, el recurso a esta compactación.

m) Finalmente, en el caso de que la Administración no reconociera este derecho, el funcionario tiene derecho a ser indemnizado por los daños y perjuicios; y, generalmente, esa indemnización se identifica con las remuneraciones dejadas de percibir por el funcionario (STSJ Murcia [CA] 23 de enero de 2015 y ST Juzgado CA Madrid 10 de noviembre de 2011).

En segundo lugar, también en el ámbito estatal y respecto al personal de la Administración General del Estado, cabe señalar que el artículo 30.1.f LMRFP recoge los mismos términos que el TREBEP.

Y por último, en relación con el personal funcionario de las administraciones autonómicas, cabe destacar que la normativa autonómica incluye en este ámbito algunos matices interesantes:

1) Algunas normas autonómicas recogen exclusivamente el derecho a una ausencia diaria de una hora sin hacer referencia alguna a la reducción de la jornada ni, en su caso, a la posible compactación del período de lactancia (arts. 59.1.d LFPC, 71.1 LFPM y 77.1 LFPMU).

2) En cambio, en otras normas se señala, en la misma línea que la normativa estatal, que el permiso de lactancia tendrá una duración de una hora diaria de ausencia del trabajo, que podrá dividirse en dos fracciones, y se prevé, asimismo, que ese derecho puede sustituirse por una reducción de la jornada normal de trabajo en media hora al inicio y al final de la jornada, o en una hora al inicio o al final de la jornada (arts. 61.b LFPCL y 76.1.e LFPG).

3) En algunos casos se establece que en los supuestos de parto, adopción o acogimiento múltiples el permiso se incrementa en media hora por cada hijo a partir del segundo (art. 61.b LFPCL).

También en algún supuesto se prevé que, en los casos de adopción o acogimiento, este derecho se computa durante el primer año desde la resolución judicial o administrativa de adopción o acogimiento (art. 76.1.e LFPG).

4) En algunas normas autonómicas, la duración prevista del permiso por lactancia es inferior a los doce meses, y se sitúa en los nueve o diez meses (arts. 77.1 LFPMU y 72.1 LFPPV).

5) Alguna norma autonómica se refiere expresamente al caso de las parejas homosexuales, para las que reconoce los mismos derechos que a las parejas heterosexuales (art. 45.ter.2 LIMHG).

6) En algún supuesto se recoge lo previsto en el TREBEP con la única novedad de establecer expresamente que, tal y como han reconocido los tribunales, esta medida es compatible con la reducción de la jornada por cuidado de hijos (art. 53.1.f LFPE).

7) Alguna norma autonómica se limita a recoger una referencia genérica a que los funcionarios tendrán derecho a los permisos y reducciones de jornada previstos en el ordenamiento jurídico general y básico (art. 50.4 LFPLR), o se establece que se tendrá derecho al permiso de lactancia en los términos y condiciones establecidos reglamentariamente (art. 69.1.c LFPCV).

8) Con un carácter más innovador, en el caso de Galicia se establece que el permiso de lactancia puede ser transformado en un crédito de horas a utilizar libremente durante el primer año de vida del hijo o durante el primer año contado desde la resolución judicial o administrativa de la adopción o acogimiento, y que dicho crédito se puede disfrutar de manera separada o acumulada en cualquier momento dentro de ese año. A ello se añade que si el padre y la madre o, en su caso, los padres o las madres, fueran personal de la Administración pública gallega, la acumulación se realizará para cada solicitante según su correspondiente permiso (art. 45 ter LIMHG).

En el mismo sentido, en el artículo 76.1.e LFPG se señala que el tiempo de lactancia se puede sustituir por un permiso retribuido que acumule en jornadas completas el tiempo correspondiente, o bien por un crédito de horas, que puede aprovecharse, en ambos casos, en cualquier momento después del disfrute del permiso de maternidad. La cantidad de horas incluidas en el crédito es el resultado de contabilizar el total de horas a las que se tendría derecho si se dispusiese del permiso de lactancia en su modalidad de una hora de ausencia del trabajo.

9) De una forma discutible, algunas normas autonómicas feminizan claramente este tipo de permiso al referirse directamente a las funcionarias y a las madres (art. 61.b LFPCL), mientras que otras utilizan términos totalmente neutros (art. 14 LCC).

10) En algún caso se recuerda expresamente que el derecho al permiso por lactancia puede ser ejercido indistintamente por el padre o la madre, siempre que ambos trabajen (art. 61 LFPCL).

11) Alguna norma simplemente reitera lo previsto en el TREBEP (art. 49.1 LFPCAN). E incluso hay normas autonómicas sobre función pública que, sorprendentemente, no hacen referencia a esta medida; este es el caso de la LFPIB.

12) En alguna norma autonómica se prevé incluso que la propia Administración está obligada a facilitar a los funcionarios o funcionarias –tanto en el caso de lactancia natural como artificial– un lugar apropiado –salas de lactación– donde aquellos puedan lactar a su hijo con tranquilidad (art. 42 quáter LIMHG).

13) Por último, en el caso de Cataluña, el artículo 14 LCC establece que el permiso por lactancia es de una hora diaria de ausencia del puesto de trabajo, que puede dividirse en dos fracciones de treinta minutos. No se hace referencia, sin embargo, a la posibilidad de reducir la jornada de trabajo, tal y como se prevé en el artículo 48.f TREBEP. Asimismo, en los supuestos de parto, adopción o acogi-

miento múltiples el permiso es de dos horas diarias, que pueden dividirse en dos fracciones de una hora.

El período del permiso por lactancia se inicia una vez finalizado el permiso por maternidad y tiene una duración máxima de veinte semanas.

Y, en fin, a petición del funcionario o funcionaria, las horas del permiso pueden compactarse en jornadas completas de trabajo, consecutivas o repartidas por semanas, sin alterar el momento de inicio del período de permiso y teniendo en cuenta las necesidades del servicio.

3.3.2. El contenido de la negociación colectiva

En el marco de la negociación colectiva, cabe destacar que los acuerdos de condiciones de trabajo del personal funcionario de las entidades locales en el ámbito estatal suelen recoger referencias a esta medida de conciliación, aunque con términos diversos. Así, es posible señalar que:

a) Algunos acuerdos mejoran lo previsto en la normativa, ampliando la reducción de la jornada a una hora y media, que puede disfrutarse de una forma fraccionada (AF1).

b) Algún acuerdo impide la compactación del permiso de lactancia y el permiso de maternidad; prohibición que no tiene ningún fundamento legal y contraviene directamente lo dispuesto en el TREBEP (AF1).

c) Algún acuerdo limita la duración del permiso de lactancia a los nueve meses de edad del menor, contraviniendo nuevamente lo establecido por el artículo 48.f TREBEP (AF1).

d) En algún caso solo se recoge el permiso retribuido de una hora diaria, sin hacer referencia expresa a la reducción de la jornada de trabajo que, como hemos visto, también prevé el TREBEP. También se señala, de una forma discutible desde el punto de vista del fomento de la corresponsabilidad frente al cuidado de los hijos, que, en caso de lactancia artificial, el permiso o la reducción de la jornada puede hacerse extensivo al padre, previa solicitud por parte de este, y «siempre que no pueda hacer uso de él la madre» (AF2).

e) Algún acuerdo de funcionarios reproduce literalmente lo previsto actualmente en el TREBEP, añadiendo a ello, con una finalidad clarificadora, que, en el caso de que ambos cónyuges trabajen, solamente uno de ellos puede hacer uso de este derecho, y que debe justificarse por parte del otro cónyuge, mediante certificado de la empresa, que no disfruta del permiso o reducción de la jornada por lactancia (AF3).

f) En algún caso se recoge una mejora interesante, consistente en ampliar la duración del permiso o de la reducción de la jornada por lactancia hasta que el menor cumpla los dieciséis meses de edad (AF5).

g) Algún acuerdo no hace siquiera referencia a esta medida de conciliación (AF4).

h) Algún acuerdo de funcionarios, con un carácter innovador, prevé que durante los doce meses siguientes a la finalización de la baja por maternidad, se tiene derecho a una bolsa de horas que para el personal funcionario de jornada ordinaria de 37 horas y media semanales asciende a un total de 244 horas, y para el personal funcionario con 40 horas semanales a un total de 228 horas, o por el tiempo proporcional a los servicios efectivamente prestados, desde la finalización de la baja maternal hasta que el menor cumpla los dieciséis meses de edad. Esta bolsa de horas puede ser disfrutada y distribuida en la forma que mejor convenga a la madre/padre y a los intereses organizativos, y tiene como fecha límite para su disfrute los dieciséis meses desde que nació el hijo (o se produjo la adopción). También se permite la sustitución de esta bolsa de horas por un permiso retribuido que acumule en jornadas completas el tiempo correspondiente. Estos derechos se incrementan proporcionalmente en los casos de parto o adopción múltiples (AF6).

i) Algún acuerdo de funcionarios reconoce el derecho a una hora diaria de ausencia del trabajo que puede dividirse en dos fracciones de treinta minutos; este permiso se inicia una vez finalizado el permiso por maternidad y hasta que el hijo cumpla los doce meses de edad. En los casos de parto, adopción o acogimiento múltiples se tiene derecho a dos horas diarias, que se pueden dividir en dos fracciones de una hora. Asimismo, se establece que el personal con jornada completa puede acumular todo el período de la reducción en dos fracciones semanales, cada una de ellas de dos horas y media que, en los casos de horario común, se pueden aplicar a las dos tardes reglamentarias de prestación de servicios. Y, en fin, a petición del trabajador, las horas del permiso de lactancia se pueden compactar para disfrutarlas en jornadas enteras de trabajo, consecutivas o repartidas por semanas, sin alterar el momento de inicio del permiso y teniendo en cuenta las necesidades del servicio (AF7).

j) Algún acuerdo se limita a reproducir lo previsto actualmente en el artículo 48.f TREBEP (AF8).

k) Algún acuerdo recoge lo previsto actualmente en el TREBEP, pero señala, no obstante, que este permiso se inicia una vez finalizado el permiso por maternidad y tiene una duración máxima de veinte semanas. También se establece que, a petición del funcionario, las horas del permiso de lactancia se pueden compactar para disfrutarlas en jornadas completas de trabajo, consecutivas o repartidas por semanas, sin alterar el momento de inicio del período de permiso y teniendo en cuenta las necesidades del servicio, con la autorización del coordinador del área correspondiente. En los supuestos de parto, adopción o acogimiento múltiples la hora de ausencia se incrementa proporcionalmente al número de hijos y el tiempo acumulado se podrá dividir en fracciones de una hora (AF10).

l) Por último, cabe señalar que algún acuerdo de funcionarios simplemente se remite a lo establecido en la normativa estatal (AF9).

3.4. La interpretación judicial: la polémica en torno a la normativa aplicable al personal laboral y la posible mejora a cargo de la negociación colectiva funcional

Por último, desde la perspectiva judicial cabe destacar que en los últimos años se han debatido dos cuestiones especialmente relevantes.

En primer lugar, como sucede en otras materias recogidas en los artículos 48 y 49 TREBEP, se ha debatido judicialmente si el artículo 48.f EBEP (actualmente el art. 48.f TREBEP) también resulta directamente aplicable al personal laboral de las administraciones públicas, con el objetivo de que se reconozca a dicho personal la posibilidad de acceder a la acumulación del permiso de lactancia de una forma automática, aunque no lo prevea el correspondiente convenio colectivo ni exista un acuerdo con la Administración correspondiente.

En sentido afirmativo se manifiesta la STSJ Comunidad Valenciana (S) 21 de mayo de 2009, en la que se concluyó que el artículo 48.f EBEP servía también de referencia para el personal laboral, junto con el propio artículo 37.4 ET (actual art. 37.4 TRET), fundamentándose para ello esencialmente en lo dispuesto en la Resolución de 21 de junio de 2007 de la Secretaría General para la Administración Pública por la que se publica la Instrucción de 5 de junio de 2007, para la aplicación del EBEP en el ámbito de la Administración General del Estado y sus organismos públicos. Así, se manifiesta que:

[...] si bien el párrafo segundo del artículo 37.4 del ET dice: «La mujer, por su voluntad, podrá sustituir este derecho por una reducción de su jornada en media hora con la misma finalidad o acumularlo en jornadas completas en los términos previstos en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso, lo establecido en aquella», ello no obsta a la aplicación del referido artículo 48.f, pues ambos preceptos prevén el derecho a la sustitución del tiempo de lactancia por un permiso que acumule el tiempo en jornadas completas, y como se ha dicho, la Instrucción de 5 de junio de 2007 establece que es aplicable al personal laboral la sustitución del tiempo de lactancia por un permiso retribuido que acumule en jornadas completas el tiempo correspondiente [...].

Como consecuencia de ello, el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana declaró que, efectivamente, el personal laboral tenía derecho a sustituir el tiempo de lactancia por un permiso retribuido que acumulase en jornadas completas el tiempo correspondiente aunque tal posibilidad no estuviese prevista en el convenio colectivo ni existiese un acuerdo expreso.

A nuestro entender, tal posición, aunque resulta muy favorable para el personal laboral de las administraciones públicas, resulta discutible por tres motivos: 1) por basarse exclusivamente en lo señalado –de una forma muy genérica, por otra parte– en una simple instrucción, que no tiene, como es sabido, el carácter de fuente del derecho (ni en el marco administrativo ni en el laboral); 2) tal y como concluyó el Tribunal Supremo en el marco del permiso de paternidad,⁹ al personal laboral solo le resulta de aplicación la normativa laboral, sin que, además, pueda aspirar a sumar dos medidas –la funcionarial y la laboral– dirigidas a cubrir la misma necesidad o situación de hecho (como ocurriría, precisamente, si en el caso que nos ocupa (u otros) sumamos lo previsto en el TREBEP y en el TRET); y 3) tal y como han señalado los tribunales, no cabe proceder, cuando se trata del personal laboral, al «espiguelo» normativo, con la consiguiente aplicación de lo más favorable de la normativa laboral y del TREBEP, sino que solo cabe aplicar, de forma completa, lo fijado en la normativa laboral (TRET y convenio colectivo).¹⁰ Cuestión distinta es que, vía convenio colectivo, se pacte la aplicación directa del TREBEP –en aquello más favorable, como es el caso que nos ocupa– al personal laboral de una determinada Administración. Esta vía de mejora sí sería posible, al fundamentarse en la propia negociación colectiva reconocida en el artículo 37.1 CE.

Y en segundo lugar y con un efecto extensible a las otras medidas de conciliación analizadas en este trabajo, se ha discutido judicialmente si la negociación colectiva funcionarial desarrollada en el marco de una Administración local puede mejorar lo previsto legalmente en materia de permisos, y, concretamente, respecto a los permisos por nacimiento, adopción de hijos o acogimiento de menores y por lactancia.

En relación con esta cuestión, los tribunales admiten una reformulación de los citados permisos, pero no una mejora por parte del Acuerdo sobre condiciones de trabajo del personal funcionario de un Ayuntamiento. En el caso planteado en la STSJ Comunidad Valenciana (CA) 28 de enero de 2009, en el Acuerdo se amplió la duración del permiso por nacimiento y se reordenó el permiso de lactancia concentrándolo en un período de cuatro semanas a disfrutar tras el permiso por maternidad. El Tribunal Superior de Justicia considera que la primera decisión es ilegal y la segunda admisible, sobre la base de los argumentos siguientes:

Estos preceptos [...] vulneran el art. 142 del Real Decreto Ley 781/86 que dispone: «Los funcionarios de las Corporaciones Locales tendrán derecho a los permisos, licencias y vacaciones retribuidas previstas en la legislación sobre función pública de la Comunidad Autónoma respectiva y, supletoriamente, en la aplicable a los funcionarios de la Administración del Estado»,

9. STS (S) 19 de mayo de 2009. También, entre otras, SSTSJ Islas Canarias (S) 26 de junio de 2013 y 21 de marzo de 2012.

10. Entre otras, SSTSJ Madrid (S) 14 de octubre de 2011 y Aragón (S) 18 de mayo de 2011. Sobre la prohibición de este espiguelo normativo, *vid. infra* apartado 4.2.1.

así como el art. 9.1.2 del Decreto 34/99 del Consell, que prevé un permiso por nacimiento, adopción o acogimiento de 3 o 5 días hábiles según los casos, sin contemplar tampoco la ampliación del permiso de parto, o la sustitución del de lactancia; el Ayuntamiento opera como si se tratara de personal laboral y procede a aplicarle las previsiones del Plan Concilia de exclusiva aplicación a los funcionarios de la Administración General del Estado. La Corporación aduce el carácter mejorable del régimen de permisos, sin vulnerar ningún precepto básico. Es cierto que el art. 30 LMRFP no es de carácter básico [...] pero ello no permite a la Corporación Local la mejora de sus determinaciones por la vía de la negociación con los representantes de su personal; precisamente la doctrina jurisprudencial de la inexistencia de una «plataforma de mínimos» surgió con ocasión de la mejora del régimen de permisos y licencias, por lo que debe anularse el incremento hasta 10 días que se contiene en el art. 11.6 del Convenio con relación al permiso por nacimiento, adopción de hijos o acogimiento familiar de niños, debiendo someterse al régimen general de permisos y licencias previsto en la legislación estatal y autonómica. Cuestión distinta es la que se refiere a la posibilidad de ampliación a 4 semanas del permiso por parto [...] que no es propiamente una mejora del permiso, sino una sustitución del permiso de lactancia [...] por cuatro semanas adicionales del permiso de paternidad; tal previsión no contradice el régimen legal que regula este permiso, ya que el propio art. 30 LMRFP, en su núm. 1.f permite a la funcionaria sustituir el permiso de lactancia por otro «permiso retribuido que acumule en jornadas completas el tiempo correspondiente», y las 4 semanas que se establecen en el citado precepto no exceden del tiempo correspondiente a ese permiso de lactancia [...].

Conforme a esta doctrina judicial, la negociación colectiva funcional de las administraciones locales no puede mejorar las medidas de conciliación de la vida laboral y familiar previstas legalmente, pero sí reformularlas o reordenarlas. En cambio, como es conocido, esa mejora sí resulta admisible para los tribunales en el marco del personal laboral.

4. La reducción de la jornada por cuidado de hijos o familiares

4.1. Introducción

Probablemente, esta sea una de las medidas de conciliación de la vida laboral y familiar más utilizadas en la práctica, tanto en el caso del personal laboral como en el del personal funcionario. A diferencia de las medidas anteriores, en este supuesto solo está prevista la modalidad de la reducción de la jornada, y su ámbito de aplicación abarca no solo el cuidado de los hijos o menores, sino también el de otros familiares y personas con discapacidad.

Asimismo, como también ocurría en las medidas ya examinadas, el régimen jurídico, como veremos, es más favorable para el personal funcionario. En el caso del personal laboral, la regulación se encuentra en el artículo 37.6 párrafos 1.º y 2.º y 37.7 TRET y para el personal funcionario cabe recurrir, según el caso, a lo dispuesto en los artículos 48.h TREBEP, 30.1.g y 30.1.g bis LMRFP y a la normativa autonómica.

4.2. La reducción de la jornada por cuidado de hijos o familiares en el caso del personal laboral

4.2.1. Régimen jurídico aplicable

Tal y como han señalado los tribunales, nos encontramos ante un verdadero derecho que puede ejercer el personal laboral conforme a lo establecido en el artículo 37.6 párrafos 1.º y 2.º y 37.7 TRET –reformado en varias ocasiones en los últimos años, en sentido restrictivo–, y cuyo objetivo no es solo facilitar la conciliación de la vida laboral y familiar, sino también garantizar el cuidado adecuado del sujeto causante de tal medida, ya se trate de un hijo o de otro familiar o de una persona con discapacidad. En palabras de la STS (S) 11 de diciembre de 2001:

[...] los supuestos de jornada reducida por guarda legal, que tienden a proteger no solo el derecho de los trabajadores a conciliar su vida laboral y familiar para mejor cumplir con los deberes inherentes a la patria potestad que enumera el art. 154.1 del Código Civil, sino también el propio interés del menor a recibir la mejor atención posible [...].

Según lo establecido en el mencionado artículo 37.6 párrafos 1.º y 2.º, el personal laboral tiene derecho a una reducción de su jornada diaria de trabajo de entre, al menos, un octavo y un máximo de la mitad, con la consiguiente reducción de sus remuneraciones, cuando por razones de guarda legal, tiene a su cuidado directo a un menor de doce años o a una persona con discapacidad física, psíquica o sensorial, siempre que no desempeñe una actividad retribuida. A esta medida también se puede acceder para el cuidado directo de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo y no desarrolle una actividad retribuida.

Cabe tener presente que, como decíamos antes, se trata de un verdadero derecho, y, además, individual, de todos los trabajadores, hombres o mujeres, y tiene como finalidad facilitar la conciliación del trabajo con las responsabilidades familiares y de cuidado. Y a tal derecho pueden acceder tanto los trabajadores temporales como los indefinidos, ya sean a tiempo completo o a tiempo parcial.

Al tratarse de un derecho, la Administración no puede negarlo o desconocerlo, y, por tanto, debe ser reconocido sin dilaciones. Nos encontramos, según los tribunales, ante un derecho innegable, inaplazable e inmodificable por decisión del empleador. Desde esta perspectiva, el único límite que prevé el TRET es que si dos o más trabajadores de la misma Administración generan este derecho por el mismo sujeto causante (un hijo, por ejemplo), puede limitarse su ejercicio simultáneo cuando así lo exijan las necesidades del servicio. Esa negativa al disfrute simultáneo debe estar suficientemente motivada y se entenderá justificada cuando –especialmente en las entidades locales pequeñas– el ejercicio simultáneo de este derecho suponga importantes dificultades para el correcto desarrollo de los servicios públicos.

En este ámbito, cabe destacar que el TRET no establece un criterio de preferencia a la hora de determinar qué solicitante va a poder ejercer el derecho, por lo que cabe entender que en los supuestos de separación o divorcio solo puede ejercer este derecho quien tenga la custodia del menor, mientras que en los demás supuestos se tendrá en cuenta quién presentó antes la solicitud, y, en caso de simultaneidad, se recurrirá al acuerdo entre las partes. Y, a falta de acuerdo, decidirá la propia Administración, sobre la base de criterios objetivos.

Y lo anterior supone también que: *a)* de no resultar posible, en los términos anteriores, el disfrute simultáneo de esta medida, en todo caso cabe el ejercicio sucesivo por los distintos solicitantes dentro del plazo máximo previsto legalmente; *b)* de no verse afectado el desarrollo del servicio, cabe el disfrute simultáneo de esta reducción de la jornada por más de un trabajador de la misma Administración

respecto del mismo sujeto causante (el mismo hijo, por ejemplo); c) de tratarse de dos sujetos causantes distintos (por ejemplo, la hija de ambos y la madre de uno de los solicitantes), la limitación legal no puede aplicarse y, en consecuencia, los dos trabajadores tienen derecho al ejercicio simultáneo de la reducción de la jornada; y d) en fin, si trabajan los dos solicitantes de esta medida de conciliación en diferentes empresas o administraciones (por ejemplo, uno es funcionario o personal laboral y el otro trabajador de una empresa privada), ambos pueden recurrir a ella por el mismo sujeto causante.

En el marco del régimen jurídico aplicable cabe hacer dos últimas consideraciones:

1) Como en otros temas –por ejemplo, el permiso por asuntos propios, el permiso por paternidad, los supuestos de adopción internacional o el permiso de lactancia, tal y como vimos páginas atrás–, se ha debatido judicialmente qué papel juega en este ámbito el TREBEP y, concretamente, su artículo 48.h, es decir, ¿al personal laboral de una Administración se le aplica también el TREBEP en aquello que le resulta más favorable? Esta cuestión se ha planteado en los tribunales por cuanto hasta la reforma del artículo 37.5 párrafo 1.º ET por el RDL 16/2013,¹¹ en el caso de los menores, el EBEP preveía como edad máxima de disfrute de la reducción de la jornada los doce años, mientras que el ET se limitaba a los ocho años, lo que llevó al personal laboral a reclamar la aplicación del derogado EBEP como norma más favorable en esta cuestión.

Aunque en estos momentos el tema ya está resuelto, al haberse equiparado la edad de referencia en los doce años, a nuestro entender resulta plenamente aplicable la doctrina judicial elaborada en torno a los permisos por asuntos propios o por adopción internacional, que se decanta claramente por la aplicación de la normativa laboral (el TRET más el correspondiente convenio colectivo) pero con matices, sobre la base de los siguientes argumentos:¹²

a) Los artículos 47 a 50 TREBEP están dirigidos esencialmente a los funcionarios públicos, teniendo en cuenta su exposición de motivos y los propios términos empleados por los citados preceptos.

b) Únicamente el artículo 51 TREBEP se refiere al personal laboral, al disponer que «para el régimen de jornada de trabajo, permisos y vacaciones del personal laboral se estará a lo establecido en este Capítulo y en la legislación laboral correspondiente», pero sin establecer ninguna jerarquización entre los dos tipos de normas reguladoras del tema, por lo que deberá estarse a la regla general ex artículo 7 TREBEP, según la cual el personal laboral se rige, además de por la legislación

11. De 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores (BOE de 21 de diciembre de 2013). Como ejemplo cabe citar la STSJ Madrid (S) 11 de noviembre de 2013.

12. Entre otras, SSTSJ Madrid (S) 14 de octubre de 2011 y Aragón (S) 18 de mayo de 2011, que aunque referidas al texto del EBEP, suposición que resulta trasladable al vigente TREBEP. En relación con el permiso por asuntos particulares, *vid.*, entre otras, SSTSJ (S) 9 de diciembre de 2010 y 17 de enero de 2011.

laboral y por las demás normas convencionalmente aplicables, por los preceptos del TREBEP que así lo dispongan.

c) Del artículo 51 TREBEP no se deriva que deba ser aplicado en todo caso y con preferencia absoluta el TREBEP sobre la legislación laboral en materia de permisos.

d) En el caso de los conflictos originados por la superposición entre los preceptos de dos o más normas, tanto estatales como pactadas, que deberán respetar en todo caso los mínimos de derecho necesario, han de resolverse mediante la aplicación de lo más favorable para el trabajador apreciado en su conjunto, y en cómputo anual, respecto de los conceptos cuantificables, como precisa el artículo 3.3 TRET, lo que impide el uso de la técnica del «espiguelo» que consiste en romper la indivisibilidad interna del precepto (ley o convenio), de manera que se anula su equilibrio interno, eligiendo de una u otra fuente de derechos aquellos preceptos aislados que pudieran mejorar los de la otra fuente y los preceptos de esta que mejoraran aquella.

e) El artículo 48.h no es una norma de derecho necesario absoluto, teniendo, empero, un carácter complementario de las previsiones recogidas en el TRET y el convenio colectivo, siempre que la normativa laboral resulte más beneficiosa en términos globales.

f) Al no tratarse de una norma de derecho necesario absoluto, no es, en consecuencia, indisponible para los negociadores de un convenio colectivo posterior a la entrada en vigor del EBEP, o haya de añadirse o superponerse a las condiciones generales de un convenio que ya estuviese vigente, ya que esa conclusión no cabe extraerla desde la aplicación de las normas generales del sistema de fuentes del derecho laboral (art. 3 TRET) en relación con los artículos 37.1 CE y 82 y ss. TRET.

g) El artículo 7 TREBEP se remite para regular las relaciones del personal laboral a la legislación laboral y las demás normas convencionalmente aplicables. Es cierto que luego se añade que también resultarán aplicables los preceptos del TREBEP que así lo dispongan. Lo que sucede es que esa técnica legislativa de remisión constante dificulta la interpretación que haya de hacerse, pero en todo caso no se puede perder de vista la fuerza obligacional de los convenios colectivos ni la naturaleza de derecho disponible del artículo 48 TREBEP.

h) En fin, la articulación de la normativa laboral, por un lado (el TRET y el convenio colectivo), y del TREBEP, por otro, no debe dar lugar a duplicidades. No cabe que un empleado público disfrute, en primer lugar, de la medida prevista en el TRET y, a continuación, de la recogida en el TREBEP, porque entonces duplicaría la protección sobre la base de un único hecho.

De lo anterior se deriva la prevalencia de la normativa laboral (TRET y convenio colectivo) en la regulación de esta medida de conciliación de la vida laboral y familiar (y en el resto de las medidas de conciliación analizadas en este trabajo), siempre que se respeten los mínimos previstos en el TREBEP. Sin embargo, los tribunales añaden que, sin resultar aplicable el «espiguelo normativo», sí se aplicará

–de una forma conjunta y global– la normativa más favorable para el trabajador, de lo que cabe deducir que si el TREBEP resultase globalmente más beneficioso que el TRET y el convenio colectivo aplicable, prevalecería aquel. De hecho, en la STSJ Madrid (S) 11 de noviembre de 2013, se declaró precisamente la preferencia del artículo 48.h EBEP al ser más favorable para el trabajador, como resultado de la aplicación del artículo 3.3 ET y de la propia dimensión constitucional de la regulación legal; y se señaló en relación con esta última cuestión que:

[...] no cabe desconocer la vinculación o anclaje constitucional que la doctrina del Tribunal Constitucional pone de relieve en esta materia de conciliación de la vida familiar y laboral, y que exige tener presente la dimensión constitucional de la regulación legal, de forma que se ponderen todas las circunstancias concurrentes a fin de no frustrar la efectividad de los derechos fundamentales a la no discriminación por razón de sexo o por razón de circunstancias familiares (artículo 14 de la Constitución) y a la protección de la familia (art. 39 del mismo texto), de acuerdo con las sentencias del TC 3/2007, 24/2011 y 26/2011. Por ello a los razonamientos anteriores hay que añadir que la aplicación del límite de edad del EBEP para la reducción de jornada a los empleados laborales de la Administración resulta más adecuada a tales objetivos constitucionales [...].

Y, en fin, también cabe tener presente que el TREBEP resultará aplicable directamente al personal laboral –en aquellos aspectos más favorables– cuando así se pacte expresamente en el correspondiente convenio colectivo.

2) Por último, conforme al artículo 37.7 TRET, los convenios colectivos pueden establecer criterios para la concreción horaria de la reducción de la jornada, en atención a los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral del trabajador y las necesidades productivas y organizativas de las empresas o administraciones. Cabe tener presente, sin embargo, que en esa determinación el convenio no puede imponer reglas o criterios más restrictivos que los previstos legalmente, tal y como se afirma en la STS (S) 21 de marzo de 2011, en la que se señala:

[...] las anteriores consideraciones no suponen que se prive a la negociación colectiva de la posibilidad de establecer la forma de efectuar la concreción horaria de la reducción de jornada, pero ha de tenerse presente que dicha concreción ha de realizarse ponderando los intereses en juego, no limitando de forma genérica el derecho del trabajador a la determinación de la citada concreción pues ha de tenerse en cuenta que estamos ante el ejercicio de un derecho individual y toda limitación del mismo ha de obedecer a razones suficientemente justificadas [...].

4.2.2. Posibles beneficiarios de la medida

Respecto a los beneficiarios, tal y como ya hemos afirmado, esta medida tiene como finalidad no solo facilitar la conciliación de la vida laboral y familiar sino tam-

bién garantizar el cuidado adecuado del sujeto causante de tal medida, por lo que su beneficiario no es solo el trabajador sino también dicho sujeto causante. En todo caso, deben cumplirse los siguientes requisitos:

a) Si el sujeto causante es un hijo o un menor de doce años se exige el requisito de la guarda legal (por ejercer la patria potestad o la tutela del menor, incluyendo los supuestos de guarda con fines de adopción y el acogimiento) regulado conforme a la legislación civil, así como el que esté bajo el cuidado directo del trabajador solicitante. Por tanto, si no se tiene reconocida la guarda legal no cabe acceder a esta medida de conciliación y, en caso de divorcio o separación, como señalábamos anteriormente, no puede acceder a esta medida el progenitor privado de la custodia del menor. Asimismo, esta medida alcanza tanto a los hijos propios o adoptados como a los menores que se encuentren en las situaciones de guarda con fines de adopción y acogimiento (de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las CCAA que lo regulen, siempre que su duración no sea inferior a un año, por aplicación analógica de lo previsto en los arts. 45.1.d y 48.4 TRET).

Junto con la edad máxima y la guarda legal, debe cumplirse otro requisito: el hijo o menor debe estar, como hemos visto, bajo el «cuidado directo» del trabajador solicitante. Cabe tener presente que esta exigencia debe interpretarse de una forma amplia y flexible, es decir, como la asunción personal de la vigilancia del menor, pero sin que este control reclame necesariamente la convivencia o el cuidado físico del mismo o excluya la ayuda de terceras personas o instituciones; aunque, obviamente, el tiempo concedido no puede dedicarse al ocio o a la formación.

b) En el supuesto de las personas con discapacidad física, psíquica o sensorial no se exige un grado concreto de discapacidad, por lo que cabe entender que resultaría aplicable el grado admitido generalmente del 33 por 100 como mínimo, debidamente acreditado por el órgano competente. Asimismo, se requiere que la persona discapacitada, familiar o no del trabajador solicitante, esté bajo su cuidado directo (interpretados esos términos en el mismo sentido que en el apartado a y bajo su guarda legal). Este último requisito resulta especialmente restrictivo (y discutible), ya que no resultará fácil cumplirlo.

Y, en fin, el TRET también exige que la persona discapacitada no desempeñe una actividad retribuida, ya sea por cuenta ajena o por cuenta propia; lo que no impide la percepción de rentas o de prestaciones de la Seguridad Social. Este requisito también resulta discutible en la medida en que el hecho de realizar una actividad lucrativa no significa que esa persona pueda valerse por sí misma.

c) Como hemos visto, también puede recurrirse a esta medida de conciliación para proceder al cuidado directo de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo y no desempeñe una actividad retribuida. En este marco cabe hacer varias consideraciones:

— Aunque puede resultar restrictivo, esta medida solo alcanza a los familiares hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad del trabajador solicitante. Se incluyen los supuestos de adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento, así como el caso del cónyuge, aunque no se haga referencia expresa y no sea familiar en los términos previstos legalmente.

— No se incluye a la pareja de hecho ni a sus familiares, salvo que así se prevea en el correspondiente convenio colectivo o lo reconozca de hecho la propia Administración empleadora.

— Se incluye el supuesto de los menores de doce años que no cumplen los requisitos para causar derecho a la reducción de la jornada por cuidado de hijos, cuando se trata, por ejemplo, de un hermano o un nieto del trabajador solicitante.

— A diferencia de los otros supuestos, no se exige el ejercicio de la guarda legal, pero sí la existencia de un cuidado directo, en los términos ya vistos.

— Se exige que el familiar no pueda valerse por sí mismo por razones de edad, accidente o enfermedad y que no desarrolle una actividad retribuida en los términos ya señalados para el supuesto de las personas con discapacidad. Por tanto, puede tratarse tanto del caso de un hijo mayor de doce años no discapacitado (siempre que no pueda valerse por sí mismo, supuesto que será poco frecuente en la práctica) como del caso de otros familiares –hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad– que por su edad (personas mayores, supuesto más común) o por haber sufrido un accidente o una enfermedad requieren ser cuidados o atendidos.

El requisito de que no «pueda valerse por sí mismo» debe determinarse acudiendo a informes médicos o declaraciones de incapacidad o dependencia, entre otros posibles elementos de prueba. Falta en el TRET una referencia explícita a los supuestos de discapacidad, aun cuando estos también causan derecho a esta medida de conciliación.

Y, en fin, cabe tener presente que el «no valerse por sí mismo» no implica tener reconocido necesariamente uno de los grados de incapacidad permanente regulados en el TRLGSS, sino que supone una falta de autonomía para realizar individualmente y de una forma autónoma las tareas o gestiones propias de la vida personal o social.

4.2.3. Alcance de la reducción de la jornada

En relación con el concreto alcance de esta medida de conciliación, que es precisamente uno de los elementos más discutidos judicialmente, cabe realizar varias reflexiones en función de la perspectiva que contemplemos:

1) Desde una perspectiva temporal, esta vía de conciliación de la vida laboral y familiar implica siempre una reducción de la jornada de trabajo, dentro de unos de-

terminados parámetros: como mínimo una octava parte y como máximo la mitad, y, por tanto, no cabe aplicar otros parámetros diferentes (ni inferiores ni superiores).

Por tanto, si lo que el trabajador pretende es, para lograr conciliar su vida laboral y familiar, reordenar su jornada de trabajo pero sin reducirla, no resulta aplicable esta medida sino, en su caso, la prevista en el artículo 34.8 TRET, según el cual el trabajador tiene derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, laboral y familiar en los términos que se establezcan en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empleador, respetando, en su caso, lo previsto en aquella. Asimismo, en este supuesto al no reducirse la jornada de trabajo, no habrá tampoco reducción salarial. Cabe tener presente que esta medida de reordenación de la jornada de trabajo solo es aplicable cuando efectivamente está prevista en el correspondiente convenio colectivo o se llega a un acuerdo con el empleador (SSTS [S] 13 y 18 de junio de 2008).

2) La reducción de la jornada que estamos examinando no solo se aplicará dentro de los parámetros antes citados, sino también tomando como referencia la jornada de trabajo diaria del trabajador, tras la reforma incorporada en su momento en el artículo 37.5 párrafo 1.º ET por la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

Por tanto, el trabajador decidirá qué porcentaje de reducción se aplicará a su jornada de trabajo, pero deberá aplicarse siempre sobre su jornada diaria de trabajo, lo que impide, por ejemplo, que de trabajar de lunes a sábado se pueda concentrar la reducción en el sábado y pasar a trabajar solo de lunes a viernes para poder cuidar de un hijo u otro familiar los sábados, opción que antes de la reforma incorporada por la Ley 3/2012 los tribunales habían llegado a admitir.

3) En principio, según el artículo 37.7 TRET, la concreción horaria de la reducción de la jornada corresponde al propio trabajador, si bien esta cuestión, al haber suscitado un importante debate judicial será objeto de un análisis específico en el siguiente apartado de este trabajo. En todo caso, se entiende por concreción horaria la determinación del momento específico de la jornada en que el trabajador va a disfrutar de esta medida de conciliación.

4) Esta medida de reducción de la jornada implica, tal y como establece el propio artículo 37.6 párrafo 1.º TRET, una reducción proporcional de la retribución. Cabe tener presente, no obstante, que los tribunales consideran válido que, vía convenio colectivo, se prevea el pago de una remuneración superior a la derivada de la aplicación automática de la reducción de la jornada (STSJ Andalucía/Málaga [S] 15 de enero de 2015, que admite el pago del 80 por 100 de la remuneración cuando se había reducido la jornada de trabajo en un tercio).

Por otra parte, la solicitud o el disfrute de esta medida no puede comportar consecuencias desfavorables desde la perspectiva profesional como, por ejemplo, un cambio de funciones o de nivel profesional, la afectación de la correspondiente

promoción o carrera profesional o un cambio de centro de trabajo, ya que ello, tal y como han señalado los tribunales, vulneraría no solo lo previsto en el artículo 39 CE sino también, en su caso, el artículo 14 CE.

Lo anterior supone, por ejemplo, que en el caso de cobrar un complemento por antigüedad, este no se dejará de percibir, pero tampoco se cobrará completo, sino de una forma proporcional a la reducción de la jornada de trabajo. Así se manifiesta, entre otras, la STS (S) 25 de mayo de 2004:

[...] incluso en el supuesto hipotético de que el convenio colectivo no hubiera dicho nada sobre el particular habría que llegar a la misma conclusión en aplicación del artículo 37.5 ET, precepto que se encarga de precisar que el ejercicio del derecho legal a reducción de jornada por cuidado de niños pequeños, minusválidos o familiares dependientes comporta «disminución proporcional del salario», con independencia de cuál sea la naturaleza jurídica de dicha reducción de jornada [...].

Finalmente, cabe tener presente que, como veremos en un apartado posterior,¹³ acudir a esta medida de conciliación no solo supone una reducción proporcional de la remuneración, sino que, en ciertos casos, también puede tener efectos negativos en las futuras prestaciones de la Seguridad Social (por ejemplo, en las pensiones por incapacidad permanente o jubilación), conforme a lo previsto en el artículo 237 TRLGSS.

5) Cabe tener muy presente que es el trabajador el que decide, dentro de los límites máximos previstos legalmente, cuánto tiempo va a disfrutar de este derecho y, además, puede disfrutar de esta medida de una forma fraccionada, esto es, es posible ejercerlo varias veces (con una duración de días, meses, años) respecto del mismo sujeto causante, siempre dentro del límite máximo establecido por el TRET. Asimismo, un nuevo sujeto causante (el nacimiento de un nuevo hijo, por ejemplo) puede poner fin al derecho anterior, surgiendo de cero un nuevo derecho.

En cuanto a los límites temporales máximos, estos dependen de cada supuesto; así: *a*) en el caso de los hijos o menores de doce años, la duración máxima de esta medida será hasta que alcancen dicha edad; *b*) en el caso de la persona discapacitada, el TRET no establece una duración máxima, por lo que cabe interpretar que la medida puede prolongarse mientras aquella requiera cuidados, ya sean meses o años; y *c*) lo mismo ocurre en relación con los familiares hasta el segundo grado por consanguinidad o afinidad.

6) Por último, desde la perspectiva formal, cabe recordar que el trabajador debe avisar con quince días de antelación a la Administración la fecha en que se reincorporará a su jornada ordinaria de trabajo.

13. *Vid. infra* apartado 4.4.

4.2.4. La concreción horaria de la reducción de la jornada

El elemento clave de esta medida de conciliación, y que ha dado lugar a una importante litigiosidad, es su concreción horaria, esto es, en qué franja horaria aplicar la correspondiente reducción de la jornada, que, como hemos visto, puede llegar hasta la mitad de su duración.

En este punto, tal y como recuerdan los tribunales, el artículo 37.7 TRET no fija unos criterios precisos, ya que se limita a señalar que:

[...] la concreción horaria y la determinación del período de disfrute [...] corresponderán al trabajador, dentro de su jornada ordinaria. No obstante, los convenios colectivos podrán establecer criterios para la concreción horaria de la reducción de jornada [...] en atención a los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral del trabajador y las necesidades productivas y organizativas de las empresas.

Aquí cabe realizar algunas reflexiones:

a) El TRET deja la decisión en principio en manos del trabajador, y esta se aplicará dentro de su jornada ordinaria diaria de trabajo, conforme a lo señalado en el propio artículo 37.6 párrafo 1.º TRET. Como ya hemos señalado, esto último comporta una primera limitación a la elección ya que la reducción no se aplicará tomando como referente la jornada total semanal del trabajador, sino que cada una de las jornadas diarias de trabajo deberán ser objeto de la correspondiente reducción, lo que supone, por ejemplo, descartar, como decíamos antes, que un trabajador con una jornada de lunes a sábado concentre la reducción en el sábado, aunque ello le facilite la conciliación de su vida laboral y familiar. Tras la reforma incorporada en el artículo 37.5 párrafo 1.º ET por la Ley 3/2012, ese trabajador debe seguir trabajando de lunes a sábado y cada día tiene derecho a la correspondiente reducción de su jornada. Esta reforma, obviamente, favorece la gestión de los recursos humanos por parte de las empresas y administraciones públicas, pero limita las posibilidades de conciliación de la vida laboral y familiar de los trabajadores y, en consecuencia, puede resultar discutible.

b) Los tribunales –tanto la jurisdicción social como la contencioso-administrativa– parten de la idea de que, como la decisión corresponde al trabajador, este tiene plena libertad para concretar la franja horaria en la que quiere aplicar la reducción de la jornada (a primera hora, a última hora...), ya que es él el que conoce realmente cuál es su situación familiar y qué opción horaria le resulta más favorable para facilitar la conciliación entre sus responsabilidades laborales y familiares. A lo que cabe añadir que los tribunales no exigen que el trabajador tenga que especificar los motivos concretos por los cuales esa franja horaria le resulta más adecuada, ni a su empleador ni posteriormente en vía judicial (STS [S] 20 de julio de 2000 y STSJ Madrid [S] 25 de febrero de 2011).

Por tanto, el trabajador fija su horario salvo supuestos excepcionales en que pueda apreciarse abuso de derecho, inexistencia de buena fe o manifiesto quebranto para el empleador (SSTSJ Madrid [S] 25 de febrero de 2011 y Cataluña [S] 26 de octubre de 2000).

c) También constituye un criterio judicial el hecho de que si bien el trabajador tiene plena libertad de concreción, ello no implica que el empleador no pueda negarse a aceptar su propuesta, en el caso de las administraciones públicas, por el motivo de las necesidades del servicio, si bien cabe tener presente que los tribunales establecen que no basta con una negativa en términos genéricos («por necesidades del servicio») sino que debe motivarse de una forma suficiente y adecuada por qué, en ese caso en concreto y no en general, no puede aceptarse la decisión del trabajador.

No es suficiente, por tanto, simplemente alegar necesidades productivas o necesidades del servicio, sino que, además, la empresa o Administración debe poder probarlas (ST Juzgado S Madrid 19 de septiembre de 2012).

Como en otros supuestos, en el caso de negativa de la Administración, el trabajador debe demandarla vía artículo 139 LRJS, sin que pueda imponer la reducción de la jornada de una forma unilateral (STSJ Asturias [S] 29 de enero de 2010).

d) En caso de no reconocimiento injustificado del horario decidido por el trabajador, los tribunales prevén el abono de una indemnización por los daños y perjuicios causados, siempre que se aleguen los elementos objetivos que los sustentan, aunque sea mínimamente (ST Juzgado S Madrid 19 de septiembre de 2012).

e) Finalmente, cabe destacar que si bien, según lo previsto en el artículo 37.7 TRET, los convenios colectivos pueden intervenir en la concreción del disfrute de esta medida de conciliación, los tribunales han declarado que el artículo 37.7 es una norma de derecho necesario y de dimensión constitucional cuyo contenido debe respetar el convenio colectivo, que puede, por consiguiente, mejorar los derechos reconocidos legalmente, pero no restringirlos o limitarlos. Por tanto, cualquier límite o restricción es nula (STSJ Cantabria [S] 26 de mayo de 2011).

4.2.5. Compatibilidades e incompatibilidades

En este marco, el interrogante principal que cabe plantearse es si es posible que, al margen de las consecuencias que puedan derivarse de la normativa sobre incompatibilidades en el sector público, un trabajador que está disfrutando de una reducción de la jornada por cuidado de hijos o familiares pueda desarrollar otra actividad laboral o profesional, o, por el contrario, debe entenderse que ha de dedicar exclusivamente ese tiempo a las labores de cuidado.

En esta cuestión cabe señalar que, al igual que ocurre en el ámbito de la excedencia por los mismos motivos y como veremos en un apartado posterior,¹⁴ los tribunales están adoptando una postura más abierta que la defendida tradicionalmente, y admiten la posibilidad de que, si la nueva actividad laboral o profesional resulta más flexible en sus condiciones de trabajo (mayor libertad de horario, uso de las nuevas tecnologías, cercanía al domicilio, mejores conexiones en el transporte...), esta sea considerada como compatible con el disfrute de esta medida de conciliación y, por consiguiente, no pueda sancionarse al trabajador.

4.2.6. La protección en materia de despido

Al igual que en las otras medidas de conciliación ya analizadas, el TRET prevé una protección especial para las personas –hombres o mujeres– que recurran a la reducción de la jornada por cuidado de hijos, personas con discapacidad o familiares.

En primer lugar, esta protección se concreta, conforme a la DA 19.ª TRET, en que el cálculo de la indemnización por despido de un trabajador con jornada reducida debe llevarse a cabo teniendo en cuenta la remuneración correspondiente a la jornada de trabajo completa, siempre que no haya transcurrido el plazo máximo legalmente establecido para dicha reducción. Otra solución perjudicaría precisamente a aquellas personas que recurren a las medidas de conciliación (STS [S] 11 de diciembre de 2011).

Sin embargo, a la hora de calcular los salarios de tramitación en el caso del despido nulo, la remuneración que se ha de tener en cuenta es la verdaderamente percibida durante la situación de reducción de la jornada y no la que se cobraba cuando se prestaban los servicios a jornada completa. Esta solución se recoge en la STSJ Madrid (S) 6 de junio de 2011, en la que se manifiesta:

[...] la actora debe ser resarcida mediante la compensación económica equivalente al importe del salario que percibiría de no haber sido despedida (no al que le era abonado antes de mayo de 2010 en que inició la referida reducción horaria); resarcimiento con el que se logra eludir el perjuicio causado por la inactividad laboral producida por causa solo imputable al empresario [...].

En segundo lugar, cabe tener en cuenta la protección especial que, también compartida con las otras medidas de conciliación examinadas, el TRET otorga a la persona que solicita o disfruta de esta reducción de la jornada en materia de des-

14. *Vid. infra* parte II apartado 2.

pido, ya se trate de un despido por causas objetivas del artículo 52 o de un despido disciplinario vía artículo 54 TRET. En efecto, tal y como establecen los artículos 53.4.b y 55.5.b TRET, será nulo el despido de un trabajador o trabajadora que haya solicitado o esté disfrutando de la reducción de la jornada que nos ocupa, con la consiguiente readmisión inmediata del trabajador y el pago de los correspondientes salarios de tramitación¹⁵ (art. 113 LRJS), así como el alta en la Seguridad Social. En el mismo sentido se manifiestan los artículos 108.2.b y 122.2.d LRJS. En relación con esta cuestión cabe hacer dos indicaciones:

1) Esta protección no blindada totalmente al trabajador, ya que cabe su despido siempre que exista una causa justificada, ya sea objetiva (art. 52), o disciplinaria por un incumplimiento grave (art. 54). Por tanto, el despido, que debe impugnarse ante la jurisdicción social dentro de un plazo de veinte días, solo puede ser calificado como procedente –si la Administración prueba la causa alegada como justificación– o nulo –si no se prueba tal causa–; descartándose, por tanto, la calificación de improcedencia. La nulidad determina, como veíamos antes, la readmisión obligatoria en la Administración y el pago de los correspondientes salarios de tramitación, así como el alta correspondiente en el régimen general de la Seguridad Social. El trabajador también podrá percibir una indemnización por daños y perjuicios, siempre que fundamente los motivos que la justifican.

Siguiendo la lógica anterior, se ha declarado como despido nulo la negativa a la reincorporación de una trabajadora tras una excedencia por cuidado de hijos que solicita una reducción de la jornada para el cuidado de un hijo discapacitado (STSJ Andalucía/Granada [S] 25 de julio de 2012).

2) Cabe preguntarse si es necesario que, para que se invierta la carga de la prueba y deba ser el empleador el que acredite que su decisión se fundamenta en causas objetivas y razonables, el trabajador aporte algún indicio de que la decisión extintiva está relacionada con la reducción de la jornada y vulnera algún derecho fundamental o de que se trata, por el contrario, como en los otros supuestos ya vistos, de una nulidad automática que no requiere de tales indicios, de modo que basta con que el trabajador alegue que ha solicitado o está disfrutando de la citada reducción.

En relación con esta cuestión cabe citar la STS (S) 25 de enero de 2013 en la que se opta por la nulidad automática y objetiva, como consecuencia de la aplicación directa de la doctrina constitucional elaborada en torno al despido durante una situación de embarazo (especialmente cabe citar la STC 92/2008, 21 de julio). A estos efectos, cabe recordar que la citada doctrina se fundamenta en los siguientes elementos:

15. Cabe citar, entre otras, la STSJ Madrid (S) 6 de junio de 2011.

a) La regulación legal de la nulidad del despido de las trabajadoras embarazadas constituye una institución directamente vinculada con el derecho a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE), por más que puedan igualmente estar vinculados otros derechos y bienes constitucionalmente protegidos (el derecho a la seguridad y la salud protegido vía art. 40.2 CE), o el aseguramiento de la protección de la familia y de los hijos (art. 39 CE).

b) Para ponderar las exigencias que el artículo 14 CE despliega en orden a hacer efectiva la igualdad de las mujeres en el mercado de trabajo, es preciso atender a la peculiar incidencia que sobre su situación laboral tienen la maternidad y la lactancia, hasta el punto de que –de hecho– el riesgo de pérdida del empleo como consecuencia de la maternidad constituye el problema más importante –junto con la desigualdad retributiva– con el que se enfrenta la efectividad del principio de no discriminación por razón de sexo en el ámbito de las relaciones laborales.

c) La protección de la mujer embarazada que instaura la Ley 39/1999 se lleva a cabo sin establecer requisito alguno sobre la necesidad de comunicar el embarazo al empleador o de que este deba tener conocimiento de la gestación por cualquier otra vía: es más, el ámbito temporal de la garantía, referida a la «fecha de inicio del embarazo», por fuerza excluye aquellos requisitos, pues en aquella fecha –a la que se retrotrae la protección– ni tan siquiera la propia trabajadora podía tener noticia de su embarazo.

d) La finalidad de la norma es proporcionar a la trabajadora embarazada una tutela más enérgica que la ordinaria frente a la discriminación, dispensándola de la carga de acreditar indicio alguno sobre la conculcación del derecho fundamental y eximiéndola de probar que el empleador tenía conocimiento del embarazo; cuestión esta que pertenece a la esfera más íntima de la persona y que la trabajadora puede desear mantener –legítimamente– preservada del conocimiento ajeno; aparte de que con ello también se corrige la dificultad probatoria de acreditar la citada circunstancia (conocimiento empresarial), que incluso se presenta atentatoria contra la dignidad de la mujer.

e) Todo lo anterior lleva a entender que la normativa configura una nulidad objetiva, distinta de la nulidad por causa de discriminación y que actúa en toda situación de embarazo, al margen de que existan o no indicios de tratamiento discriminatorio o, incluso, de que concurra o no un móvil de discriminación.

La misma posición se defiende en la STS (S) 16 de octubre de 2012, en la que se afirma que:

[...] la Sala ha de aplicar la misma doctrina que fijó el Tribunal Constitucional en su Sentencia 92/2008, 21 julio, sobre el carácter automático de la declaración de nulidad en el supuesto de que el despido –no justificado– de la trabajadora gestante [...] y cuyos resumidos argumentos son extrapolables –*mutatis mutandis*– al caso de autos: a) La regulación legal de la nulidad del despido de las trabajadoras embarazadas (léase guarda legal de menor) constituye una institución directa-

mente vinculada con el derecho a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) [...] b) Para ponderar las exigencias que el art. 14 CE despliega en orden a hacer efectiva la igualdad de las mujeres en el mercado de trabajo es preciso atender a la peculiar incidencia que sobre su situación laboral tienen la maternidad y la lactancia (añádase cuidado de hijos menores), hasta el punto de que –de hecho– el riesgo de pérdida del empleo como consecuencia de la maternidad constituye el problema más importante –junto a la desigualdad retributiva– con el que se enfrenta la efectividad del principio de no discriminación por razón de sexo en el ámbito de las relaciones laborales [...] d) La finalidad de la norma es proporcionar a la trabajadora embarazada (guarda legal, en el caso ahora tratado) una tutela más enérgica que la ordinaria frente a la discriminación, dispensándola de la carga de acreditar indicio alguno sobre la conculcación del derecho fundamental [...].

Y, en fin, en la misma línea se sitúa la STS (S) 20 de enero de 2015, en la que se manifiesta que:

[...] una trabajadora que se encuentre en alguna de las circunstancias contempladas en el art. 55.5.b del ET, que son objeto de especial protección por muchas razones (entre ellas, la conciliación de la vida laboral y familiar) podrá ver extinguido su contrato de trabajo por justa causa debidamente acreditada y comunicada: por ejemplo, por finalización del contrato temporal, o por haber cometido una infracción grave y culpable, lo que dará lugar a un despido procedente. Pero si tal causa no existe o no se acredita –lo que, jurídicamente, es lo mismo–, el despido no puede ser declarado, obviamente, procedente; pero tampoco puede ser declarado improcedente sino que, necesariamente, debe ser declarado nulo [...].

Como hemos visto, aunque no nos encontramos ante una situación de embarazo, sino ante una reducción de la jornada por cuidado de hijos, es muy importante destacar que, sin mayor argumentación, el Tribunal Supremo considera trasladable la doctrina constitucional citada, con lo que se otorga una especial protección a los beneficiarios de esta medida. Pero cabe tener presente un matiz importante: la solución va a ser diferente, como consecuencia de los argumentos antes vistos y la conexión directa con la discriminación por razón de sexo, según quién solicite o disfrute de esta medida y sea despedido (vía art. 52 –por causas objetivas– o 54 TRET –por razones disciplinarias–), en función de que se trate de un hombre o de una mujer.

En efecto, si se trata de una trabajadora, para reclamar la nulidad de dicho despido e invertir la carga de la prueba, solo deberá alegar que se da tal situación, sin necesidad de aportar ningún tipo de indicio de una presunta actuación discriminatoria por parte de la Administración. Con ello se le facilita enormemente la correspondiente prueba y se la protege. En cambio, si se trata de un trabajador, dados los argumentos antes expuestos, cede la conexión directa con la discriminación por razón de sexo del artículo 14 CE (ya que recurrir a este tipo de medidas no afecta en principio a la situación laboral de los hombres ni es un riesgo para su

empleo) y, por consiguiente, para que pueda invertirse la carga de la prueba, deberá aportar indicios suficientes de que la decisión extintiva adoptada responde a un móvil discriminatorio. Y, en ambos supuestos, tal y como hemos señalado, la jurisdicción social solo puede calificar dicho despido como nulo o procedente.

En tercer lugar, en el marco del despido también cabe plantearse qué puede ocurrir si, en el ámbito de un despido colectivo –ahora también aplicable al personal laboral de las administraciones públicas–, se opta por despedir a trabajadores que se encuentran en la situación de reducción de la jornada. En este punto, la STSJ Cataluña (S) 17 de junio de 2014 señala que no es suficiente con alegar que la causa por la que el empleador eligió a la trabajadora es encontrarse en una situación de reducción de la jornada, sino que, además, se han de aportar indicios de que verdaderamente la decisión extintiva se ha fundamentado en esa causa, ya que solo en ese caso se produciría la inversión de la carga de la prueba y será el empleador quien deba acreditar la existencia de una justificación objetiva y razonable que fundamenta su decisión.

En cuarto lugar, cabe tener presente que los tribunales también han calificado como un despido nulo la extinción de un contrato de obra o servicio determinado justo después de la solicitud de una reducción de la jornada por cuidado de hijos, al no aportar la Administración ninguna prueba que justificase que efectivamente había finalizado dicho contrato. Así, en la STSJ Galicia (S) 20 de enero de 2011 se manifiesta que:

[...] dado el hecho relevante que implica el enlace cronológico que se detalla en la redacción fáctica de la resolución impugnada, entre la reducción de jornada y el inmediato cese de la actora poniendo fin a su relación laboral, con la ausencia de prueba en los términos expuestos, cuando por otra parte, y además de conformidad con lo dispuesto en el art. 55.5 ET: «Será también nulo el despido de la trabajadora que haya solicitado uno de los permisos a los que se refieren los apartados 4, 4 bis y 5 del art. 37, o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado o estén disfrutando de la excedencia prevista en el apartado 3 del art. 46, al no demostrarse la procedencia del despido como ya se ha hecho alusión con base a motivos ajenos al embarazo o con el ejercicio del derecho a permisos y excedencia señalados» [...].

(Este es también el caso planteado en la STS [S] 25 de enero de 2013, antes mencionada.)¹⁶

Y dentro de la misma lógica anterior, también se ha calificado como un despido nulo el no permitir a una trabajadora reincorporarse a su puesto de trabajo tras el descanso por maternidad en las condiciones horarias solicitadas para la reducción de la jornada por cuidado de un hijo (STSJ Cataluña [S] 29 de marzo de 2004).

16. También, STS 16 de octubre de 2012.

Finalmente, cabe plantearse qué puede ocurrir si el trabajador actúa de mala fe o esconde datos a la Administración en el momento de solicitar la reducción de la jornada. A este respecto cabe citar la STSJ Islas Canarias (S) 31 de enero de 2012, que declaró procedente el despido disciplinario de una trabajadora que solicitó una reducción de la jornada alegando la guarda legal de un menor de doce años para poder dedicarse a otra actividad laboral, sin haber solicitado, obviamente, la concesión de la correspondiente compatibilidad. Se considera tal conducta como una transgresión de la buena fe contractual, ya que, o bien debía renunciar al segundo trabajo (para poder llevar a cabo la conciliación de la vida laboral o familiar), o bien debía comunicar al Ayuntamiento su situación real de pluriempleo e incompatibilidad. Tal conducta constituye un fraude o deslealtad grave, con un uso torpe de los beneficios de la conciliación, con engaño al empleador.

4.2.7. Perspectiva práctica: la plasmación de esta medida de conciliación en los convenios colectivos del personal laboral

Por último, en el marco de la negociación colectiva desarrollada en torno a esta medida de conciliación de la vida laboral y familiar en las entidades locales en el ámbito estatal, cabe destacar lo siguiente:

a) Algún convenio colectivo, antes de la modificación incorporada en el TRET, ya establecía para el caso de los hijos que la reducción de la jornada de trabajo podía alcanzar hasta el momento en que aquellos cumpliesen los doce años de edad; y reconocía, asimismo, que la franja horaria para el disfrute de esta medida la decidirá el propio trabajador. Y, en fin, también se reconoce el derecho a una reducción de la jornada de hasta el 50 por 100, percibiendo exclusivamente las retribuciones básicas, para atender al cuidado de un familiar de primer grado, por razón de una enfermedad muy grave, por el plazo máximo de un mes (CC2).

b) Algún convenio reproduce directamente lo previsto en la normativa funcionarial, si bien limita el alcance de la reducción de la jornada a un tercio, la mitad o 1 hora de la jornada de trabajo, con la correspondiente disminución de las retribuciones (limitación horaria que no concuerda ni con lo previsto en el TRET ni con lo previsto en la normativa funcionarial y que, en consecuencia, no resulta admisible) (CC3).

c) Por otra parte, cabe destacar que algún convenio colectivo limita el margen de reducción de la jornada de trabajo a un mínimo de un tercio y un máximo de la mitad de su duración, contraviniendo –en cuanto al mínimo– lo fijado en el TRET, que, como hemos visto, sitúa ese mínimo actualmente en una octava parte de la jornada de trabajo (CC4). Lógicamente, prevalece en este caso lo manifestado en el artículo 37.6 párrafo 1.º TRET.

d) Con una perspectiva protectora, algún convenio colectivo extiende la reducción de la jornada por cuidado de hijos, en determinados casos, hasta los dieciséis

años de edad, si bien, respecto al resto de los familiares se olvida el factor de la edad como elemento que puede afectar a que puedan valerse por sí mismos. Y también se incorpora el supuesto de la reducción de la jornada para atender el cuidado de un familiar de primer grado recogido actualmente en el artículo 48.i TREBEP (CC5).

e) Algunos convenios se limitan a reproducir lo previsto actualmente en el artículo 48.h y 48.i TREBEP (CC6, CC7, CC8, CC10).

f) En fin, en algún convenio colectivo se reproduce directamente lo establecido en el artículo 48.h TREBEP, si bien la reducción de la jornada debe situarse necesariamente entre un mínimo de la octava parte y un máximo de la mitad, con lo que se recoge también parcialmente lo fijado en el TRET. Y también se incorpora la reducción de la jornada establecida actualmente en el artículo 48.i TREBEP (CC9).

4.3. La reducción de la jornada por cuidado de hijos o familiares del personal funcionario

4.3.1. La regulación prevista en el TREBEP

a) Aspectos generales

Esta medida de conciliación de la vida laboral y familiar se recoge en el artículo 48.h TREBEP, en el cual se establece que por razones de guarda legal, cuando el personal funcionario tiene el cuidado directo de algún menor de doce años, de una persona mayor que requiere especial dedicación o de una persona con discapacidad que no desempeña una actividad retribuida, tiene derecho a la reducción de su jornada de trabajo, con la disminución de sus retribuciones. Tiene el mismo derecho el personal funcionario que precisa encargarse del cuidado directo de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no puede valerse por sí mismo y que no desempeña una actividad retribuida.

Y como medida adicional, en la letra *i* del mencionado artículo 48 se prevé que cuando sea preciso atender el cuidado de un familiar de primer grado, el personal funcionario tiene derecho a solicitar una reducción de hasta el 50 por 100 de su jornada de trabajo, con carácter retribuido, por razones de enfermedad muy grave 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 puede prorratear entre los distintos titulares, respetando, en todo caso, el plazo máximo de un mes.

Ambas medidas resultan aplicables, según lo previsto en el artículo 92 LBRL, a los funcionarios públicos de las administraciones locales. Y en los mismos térmi-

nos que el TREBEP se manifiestan los artículos 30.1.g y 30.1.g bis LMRFP para el caso del personal funcionario de la Administración General del Estado. Sin embargo, nuevamente, la normativa autonómica presenta, como veremos más adelante, contenidos bastante diversos.

En definitiva, si bien los términos legales son semejantes a los ya vistos para el supuesto del personal laboral, recogen también diferencias, algunas de ellas importantes.

b) Beneficiarios

En relación con los beneficiarios cabe destacar, en primer lugar, que, como en el caso del personal laboral, estamos ante un derecho individual de todos los funcionarios, hombres y mujeres (STSJ País Vasco [CA] 22 de marzo de 2012), con el que se persigue promocionar la corresponsabilidad frente al cuidado de los hijos o familiares, y evitar que dicho cuidado se identifique exclusivamente con las mujeres.

Se trata, por otra parte, según los tribunales, de un derecho atribuido a los familiares objeto de cuidado y al propio solicitante, que no puede ser negado o desconocido por la Administración y que debe ser reconocido sin dilaciones ni cambios arbitrarios. En palabras de la STSJ Madrid (CA) 7 de mayo de 2010:

[...] los supuestos de jornada reducida por guarda legal tienden a proteger no solo el derecho de los trabajadores a conciliar su vida laboral y familiar para mejor cumplimiento con los deberes inherentes a la patria potestad que enumera el artículo 154.1 del Código Civil, sino también el propio interés del menor a recibir la mejor atención posible [...].

En segundo lugar, el artículo 48.h TREBEP exige, cuando se trata de los menores de doce años, que estos se hallen bajo la guarda legal de la persona solicitante de la reducción de la jornada (por ejercer esta la patria potestad o la tutela del menor, incluidos los supuestos de la guarda con fines de adopción y el acogimiento). Y junto a ello, cabe señalar que:

a) Se incluyen tanto los hijos propios o adoptados como los menores sujetos a guarda con fines de adopción y al acogimiento, con el exclusivo límite de los doce años de edad. En caso de parto múltiple, según los tribunales, solo uno de los progenitores puede solicitar la reducción de la jornada, si bien, lógicamente, sí cabe un disfrute sucesivo (STSJ Cataluña [CA] 2 de julio de 2013).

b) Se requiere que el menor se encuentre bajo el cuidado directo del funcionario solicitante. Tal y como vimos al tratar del personal laboral, ese «cuidado directo» debe interpretarse de una forma amplia y flexible, es decir, como la asunción personal de la vigilancia del menor, pero sin que este control reclame necesariamente la convivencia o el cuidado físico o excluya la ayuda de terceras personas o de instituciones.

c) En el caso de divorcio o separación, el progenitor privado de la custodia no puede acceder a esta medida.

En tercer lugar, también son sujetos causantes de esta medida de conciliación de la vida laboral y familiar las personas mayores que requieran una especial dedicación; supuesto que plantea varios interrogantes:

1) ¿Qué cabe interpretar como *persona mayor*?, y ¿qué implica una «especial dedicación» por parte del funcionario? A tales efectos debe tenerse muy presente lo señalado en los correspondientes informes médicos o de los servicios sociales.

2) El ejercicio de esta medida requiere que la persona solicitante tenga la guarda legal de la persona mayor; exigencia que limita claramente el acceso a dicha medida.

3) No es necesaria la convivencia con el funcionario, aunque la persona mayor sí debe encontrarse bajo su cuidado directo –términos interpretados en el sentido amplio ya visto.

4) Obviamente, no impide el acceso a esta medida el hecho de que la persona mayor perciba una pensión del sistema de Seguridad Social (situación que, por otra parte, resultará muy frecuente).

Por otra parte, también pueden causar derecho a esta medida de conciliación las personas con discapacidad –por motivos físicos, psíquicos o sensoriales–, sin que se haya establecido legalmente un determinado grado de discapacidad (aun cuando la exigencia de una especial dedicación hace prever que aquel será elevado). A ello cabe añadir que:

a) La persona solicitante debe tener la guarda legal de la persona con discapacidad, lo que reduce, como en el caso anterior, las posibilidades de acceder a esta medida.

b) Al igual que en el resto de los supuestos, se requiere que la persona con discapacidad esté bajo el cuidado directo del funcionario.

c) La persona con discapacidad no puede desempeñar una actividad retribuida, ya sea por cuenta ajena o por cuenta propia. Tal y como vimos en el ámbito del personal laboral, la exigencia de este requisito no impide la percepción de rentas o de prestaciones de la Seguridad Social.

Por último, también pueden ser sujetos causantes de esta medida de conciliación los familiares hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, incluidos los adoptivos. En este punto cabe introducir algunos matices:

1) Aunque no se cite expresamente, se incluye al cónyuge. En el caso de las parejas de hecho y sus familiares se estará a lo previsto en la negociación colectiva o a lo que resulte de aplicación en la práctica (no obstante, alguna norma autonómica las incluye expresamente).

2) Es importante destacar que, a diferencia de los supuestos anteriores, en este caso no se exige tener la guarda legal, lo que facilita el recurso a esta medida. De

hecho, no se entiende, si pretendemos fomentar realmente la conciliación de la vida laboral y familiar, la exigencia de la guarda legal en los otros supuestos, salvo cuando se trata de menores.

3) Se exige que el familiar, por razones de edad, accidente o enfermedad, no pueda valerse por sí mismo y que no desempeñe una actividad retribuida, ya sea por cuenta propia o por cuenta ajena. Se está pensando tanto en el caso de los hijos menores de edad mayores de doce años no discapacitados (siempre que no puedan valerse por sí mismos) como en el de las personas mayores que no requieran una especial dedicación u otros familiares –hasta el segundo grado– que, por edad o por un accidente o enfermedad, requieren cuidados.

4) El requisito de que no pueda valerse por sí mismo debe fijarse teniendo en cuenta los informes médicos, declaraciones de incapacidad o dependencia, informes de los servicios sociales, etc. En todo caso, este requisito no implica tener reconocido uno de los grados de incapacidad permanente previstos en el TRLGSS, sino que supone una falta de autonomía para realizar las tareas o actividades propias de la vida personal o social. En fin, para permitir el acceso a esta medida de conciliación no se determina un grado concreto de discapacidad física, psíquica o sensorial ni tampoco se reclama que esta haya sido constatada por los correspondientes organismos oficiales.

5) Por último, cabe tener en cuenta que falta en el TREBEP una referencia expresa a los casos de discapacidad de los familiares, aun cuando estos también causan derecho a esta medida. También se incluiría el supuesto de los menores de doce años que no cumplen los requisitos para causar derecho a la reducción de la jornada por cuidado de hijos, cuando se trata, por ejemplo, de un hermano o un nieto del funcionario solicitante.

c) Alcance de la medida

En relación con el alcance de esta medida de conciliación cabe hacer cuatro consideraciones:

1) En principio, el disfrute de este derecho es incompatible con el desarrollo de cualquier otra actividad económica, remunerada o no, durante el horario objeto de la reducción. Sin embargo, tal y como señalamos al tratar del personal laboral, los tribunales flexibilizan esta incompatibilidad cuando el nuevo empleo, por sus características, resulta más flexible y adaptable a la labor de cuidado.

2) El TREBEP no fija –a diferencia de lo previsto en el artículo 37.6 párrafo 1.º TRET para el personal laboral– unos límites concretos de reducción de la jornada (una octava parte, la mitad...). Lógicamente, la reducción de la remuneración (retribuciones básicas, complementarias y trienios) es proporcional a la correspondiente reducción en la jornada. Y, como veremos en un apartado

posterior,¹⁷ esa reducción de la jornada implica también una reducción de la cotización a la Seguridad Social a partir de un determinado momento.

3) Este derecho puede ejercerse, dentro de los límites temporales previstos legalmente, varias veces respecto del mismo sujeto causante (cabe, pues, un disfrute fraccionado de esta medida).

En relación con la duración de este derecho cabe distinguir varios supuestos: *a*) en el caso del menor de doce años, la duración máxima será hasta que el menor cumpla dicha edad, se disfrute de este derecho una sola vez o varias; *b*) en el caso de la persona mayor, el TREBEP no prevé una duración máxima, por lo que cabe entender que la medida puede prolongarse mientras requiera cuidados, ya sean meses o años; y *c*) en fin, lo mismo ocurre en el supuesto de las personas con discapacidad y de los familiares hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad.

4) Por último, cabe tener presente que, según los tribunales, resultan nulas las limitaciones a la reducción de la jornada regulada en el artículo 48.h TREBEP incorporadas por la negociación colectiva funcionarial. En este sentido, en la STSJ Islas Canarias (CA) 12 de mayo de 2014 se señala:

[...] las reglas referentes a la reducción de jornada por cuidado de hijos menores de doce años, personas enfermas, incapacitadas no se ajustan a lo dispuesto en el artículo 48.h) del Estatuto, en cuanto establece limitaciones no contempladas en dicho precepto, ni el apartado i) respecto a las personas enfermas, pues no recoge la limitación del grado de parentesco y el límite temporal de la reducción de jornada [...].

Cabe destacar también que esta sentencia declara nula, en la misma línea restrictiva ya apuntada páginas atrás, la ampliación de la duración del permiso de maternidad y del permiso por adopción o acogimiento vía negociación colectiva funcionarial, así como la creación de nuevos permisos por motivos familiares.

d) La concreción horaria del disfrute de este derecho

Al igual que en el supuesto del personal laboral y con elementos comunes, el tema que ha suscitado un mayor debate judicial, especialmente en determinados colectivos de funcionarios (policía, Guardia Civil...), es la forma de concretar el horario de disfrute de la reducción de la jornada por cuidado de hijos o familiares. En relación con esta cuestión, se aplican los mismos criterios ya señalados en el marco del personal laboral, es decir:

a) La decisión tanto sobre la concreción horaria de la reducción de la jornada (franja horaria de aplicación) como sobre el período de disfrute, corresponde ex-

17. *Vid. infra* apartado 4.4.

clusivamente al funcionario, ya que es este el único que conoce cuál es la opción más favorable para la conciliación de su vida laboral y familiar (STSJ Madrid [CA] 7 de mayo de 2010).

b) No puede exigirse al funcionario que explique cuáles son los motivos que fundamentan su decisión.

c) La Administración puede negarse a lo solicitado por el funcionario, por necesidades del servicio, si bien la negativa debe estar suficientemente motivada (no puede ser genérica) y estar fundamentada, además, en la situación concreta que afecta al funcionario solicitante. Al ser un derecho individual del funcionario, debe ser la Administración la que justifique su decisión denegatoria, atendidas las circunstancias concretas tanto del funcionario como del servicio (STSJ País Vasco [CA] 22 de marzo de 2012).

En fin, tal y como señala la STSJ Madrid (CA) 7 de mayo de 2010:

[...] es la propia funcionaria solicitante, la única afectada por el problema familiar que se pretende resolver, a quien compete decidir, siendo la única capacitada al efecto, cuál es el período más idóneo que precisa, en función de sus necesidades concretas, para poder compaginar adecuadamente sus necesidades familiares, para así cumplir adecuadamente las obligaciones del ejercicio de la patria potestad, que enumera el artículo 154.1 del Código Civil, pudiendo ceder esta decisión o quedar restringido o limitado el derecho en los términos solicitados por el titular del mismo, únicamente en supuestos muy especiales cuando superiores intereses, el funcionamiento de un servicio público en el caso concreto, se vieran claramente quebrantados por esa elección. No bastan, en consecuencia, argumentaciones meramente teóricas, ni soluciones estereotipadas o abstractas, ni, en fin, argumentaciones basadas en supuestos hipotéticos, para denegar la libre elección efectuada por la funcionaria pues, en principio, es lógico suponer que esa elección es el único medio adecuado que ha encontrado la solicitante para conciliar su vida laboral y familiar [...].

En la misma línea, la STSJ Madrid (CA) 28 de marzo de 2011 manifiesta que:

[...] la interpretación que mejor se acomoda al mandato constitucional es la de entender que se otorga al funcionario la capacidad de elección, no ya solo del aspecto relativo al ejercicio mismo del derecho a la reducción de jornada y a su extensión, sino también a la determinación del concreto momento en que la misma va a ser desempeñada en función de su conveniencia personal, teniendo la negativa carácter excepcional y restrictivo, lo que exige que la respuesta de la Administración explicita los motivos concretos de desestimar dicha solicitud que, por otro lado, solo puede basarse en la existencia de razones objetivas de organización del trabajo de cierta intensidad que lo impidan [...].

(También SSTSJ Madrid [CA] 7 de diciembre de 2008 y Castilla-La Mancha [CA] 31 de julio de 2001.)

d) En caso de negativa de la Administración, el funcionario debe demandarla ante la jurisdicción contencioso-administrativa, previa interposición de reclamación administrativa previa.

e) La negativa injustificada del acceso a esta medida por parte de la Administración puede dar lugar a una indemnización por daños y perjuicios. Y también señalan los tribunales que cuando no sea factible la ejecución material de este derecho –por el tiempo transcurrido– es posible compensar al funcionario con un tiempo de descanso equivalente a las horas dejadas de disfrutar en compañía de sus hijos (ST Juzgado CA n.º 5 Bilbao 22 de febrero de 2012).

f) Finalmente, cabe tener presente que el funcionario debe avisar con quince días de antelación la fecha en que se reincorporará a su jornada ordinaria de trabajo.

e) El caso particular de los familiares de primer grado

Como vimos antes, en el artículo 48.i TREBEP se prevé que cuando sea preciso atender el cuidado de un familiar de primer grado, el personal funcionario tiene derecho a solicitar una reducción de hasta el 50 por 100 de su jornada, con carácter retribuido, por razones de enfermedad muy grave 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 puede prorratear entre los distintos titulares, respetando, en todo caso, el plazo máximo de un mes.

En relación con esta medida adicional de reducción de la jornada, no prevista en el TRET, cabe señalar que:

1) Incluye tanto a los familiares por consanguinidad como por afinidad de primer grado. Resulta discutible la limitación exclusivamente a los familiares de primer grado –por cuanto implica un ámbito subjetivo muy restringido–, y, aunque no se cita expresamente, cabe entender incluido al cónyuge (no a la pareja de hecho ni a sus familiares).

En todo caso, no se exige que el solicitante ejerza la guarda legal respecto del familiar, sino solo que le resulte preciso cuidar de él.

2) Se trata de una medida plenamente compatible con la reducción de la jornada prevista en el artículo 48.h TREBEP. De este modo, y en función de las circunstancias, un funcionario puede solicitar esta medida y, posteriormente, recurrir a la prevista en el precepto citado.

Cabe destacar, no obstante, que el TREBEP prevé que el funcionario puede solicitar esta medida, por lo que es posible que la correspondiente Administración la deniegue, siempre de una forma motivada.

3) Se exige que sea «preciso atender el cuidado de un familiar»; necesidad que puede justificarse por medios diversos como, por ejemplo, la presentación de informes médicos o de otro tipo. Cabe interpretar nuevamente el término *cuidado* en

un sentido amplio, sin que se requiera, obviamente, la certificación de ningún grado de discapacidad o de dependencia.

4) No se requiere la convivencia con el familiar o que este se halle a cargo exclusivo del funcionario solicitante, dado que tales requisitos no están recogidos en el TREBEP.

5) Como causa justificativa solo se cita la enfermedad muy grave, por lo que se excluyen otras posibles, como un accidente, o en ciertos supuestos, las situaciones de dependencia derivadas de la propia ancianidad de la persona que requiere los cuidados. Lógicamente, la gravedad de la enfermedad y la necesidad de los cuidados vendrán determinados por el correspondiente informe médico.

6) A diferencia del artículo 48.h, en este caso sí se establece al menos un límite máximo para la reducción –el 50 por 100 de la jornada de trabajo. El parámetro de referencia es la jornada diaria desarrollada por el funcionario solicitante.

7) Cabe destacar que esta medida tiene muy limitado su alcance temporal, que es de un mes; duración que, además, se prevé como máxima. De ello se deduce que legalmente se prevé esta medida como de urgencia, pero que, salvo en algunos casos, no será suficiente para que el funcionario pueda enfrentarse a su situación familiar. De ahí el juego combinado con la reducción de la jornada del artículo 48.h, tal y como manifestábamos anteriormente.

8) Durante el disfrute de esta medida, el funcionario sigue percibiendo la correspondiente remuneración, sin merma alguna, y continúa cotizando, en consecuencia, a la Seguridad Social por la totalidad de aquella. Por tanto, recurrir a esta medida no le supone al funcionario ningún perjuicio desde la perspectiva de la Seguridad Social, a diferencia de lo que puede ocurrir si accede a la reducción de la jornada prevista en el artículo 48.h TREBEP, tal y como veremos en un apartado posterior.¹⁸

9) Finalmente, cabe destacar que se recoge un posible disfrute simultáneo de la medida por dos beneficiarios, aun cuando se mantiene la misma duración máxima de un mes. Esa solución resulta muy restrictiva.

4.3.2. El alcance de la normativa autonómica

En relación con la normativa aplicable en el ámbito autonómico, cabe destacar que en este ámbito existen importantes novedades, que normalmente suponen una mejora respecto de lo previsto en el artículo 48.h TREBEP. Sin embargo, en algunos casos, como ocurre en la normativa del País Vasco, Murcia, Madrid o de Castilla y León, la regulación autonómica resulta más desfavorable.

18. *Vid. infra* apartado 4.4.

En este marco cabe hacer las siguientes consideraciones:

1) En la normativa de la función pública de Castilla y León se establece que el funcionario que, por razón de guarda legal, tenga a su cuidado directo algún menor de ocho años, a un anciano que requiera especial dedicación o a una persona con un grado de discapacidad psíquica, física o sensorial igual o superior al 33 por 100, que no desarrolle una actividad retribuida, tiene derecho a una reducción de la jornada, a su elección, de un mínimo de la décima parte y un máximo de la mitad de su duración, con la reducción proporcional de sus retribuciones. Asimismo, se prevé que la concesión de esta reducción de la jornada es incompatible con la realización de cualquier otra actividad, sea o no remunerada, durante el horario objeto de la reducción.

Y a todo ello añade un supuesto específico: también podrá solicitarse una reducción de la jornada, en los mismos términos anteriores, en los casos debidamente justificados basados en la incapacidad psíquica o física del cónyuge, padre o madre, o ascendientes afines en primer grado, que convivan con el funcionario.

En relación con esta normativa autonómica cabe realizar cuatro reflexiones: *a)* a diferencia del TREBEP y de otras normas autonómicas, se concreta el grado de discapacidad que puede dar derecho a solicitar esta medida de conciliación –un 33 por 100 como mínimo–; *b)* se flexibiliza de una forma importante el margen de reducción de la jornada, ya que puede oscilar entre un mínimo de la décima parte de la jornada y un máximo de la mitad; *c)* a diferencia del TREBEP y de otras normas autonómicas, se hace referencia expresa al cónyuge; y *d)* en la misma línea anterior, se hace, muy acertadamente, una referencia especial a las situaciones de dependencia en que pueden encontrarse el cónyuge y los ascendientes de primer grado del funcionario que conviven con él.

2) En términos semejantes a los anteriores, aunque con un carácter más restrictivo, se manifiestan, en los casos de Madrid, Murcia y el País Vasco, los artículos 71.2 y 71.3 LFPM, 77.2 LFPMU y 72.2 y 72.3 LFPPV, al fijar que se tendrá derecho a una reducción de la jornada de entre un tercio y la mitad con la reducción proporcional de las retribuciones cuando se tenga a su cuidado directo un menor de seis años o una persona discapacitada física o psíquica que no desarrolla una actividad retribuida. Asimismo, en los casos debidamente justificados, basados en la incapacidad física del cónyuge, padre o madre, que convivan con el funcionario, este podrá también solicitar la reducción de la jornada en los mismos términos anteriores.

Resulta discutible, no obstante, la exclusión de las personas mayores y de las personas con discapacidad sensorial, así como la limitación, en los casos del cónyuge y de los ascendientes de primer grado, a los supuestos de incapacidad física.

3) En Galicia, el artículo 76.1.g LFPG reconoce que quienes, por razones de guarda legal, tengan a su cuidado directo algún menor de doce años, una persona mayor que requiera especial dedicación o una persona con discapacidad que no des-

empeñe una actividad retribuida, tienen derecho a una disminución de un tercio o la mitad de su jornada de trabajo, con la reducción proporcional de las retribuciones. Se concretan, pues, los parámetros de aplicación de la reducción de la jornada.

A lo que se añade que tendrá el mismo derecho quien precise encargarse del cuidado directo de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad que, por razones de edad, accidente o enfermedad, no se pueda valer por sí mismo y que no desempeñe una actividad retribuida.

Sin embargo, desde una perspectiva muy diferente y claramente innovadora, el artículo 38 LIMHG prevé que, en las pruebas de promoción interna que comprendan la valoración de los méritos, se establecerá una puntuación específica –que se graduará en función del tiempo utilizado– para aquellos funcionarios gallegos que hubieran accedido a una reducción de la jornada para el cuidado de familiares en los últimos cinco años.

Asimismo, el artículo 45 LIMHG establece que tendrán preferencia a la hora de participar en los cursos formativos organizados por la Administración gallega aquellos funcionarios que estén utilizando o hayan recurrido en los últimos dos años a una reducción de la jornada por cuidado de familiares.

En fin, también cabe destacar que la normativa gallega es de las pocas que recogen la reducción de la jornada por el cuidado de un familiar de primer grado, de hasta el 50 por 100 de la jornada, en los casos de enfermedad muy grave y por el plazo máximo de un mes, prorrogable en circunstancias excepcionales y atendiendo a la extrema gravedad de la enfermedad padecida, hasta un período máximo de dos meses. Si hubiese más de una persona titular de este derecho por el mismo hecho causante, el tiempo de disfrute de esta reducción se puede prorratear entre ellas, respetando, en todo caso, el plazo máximo de un mes o, en su caso, el de dos meses (art. 76.1.I LFPG).

4) En La Rioja, la normativa prevé simplemente que a los funcionarios públicos se les reconocerán las reducciones de la jornada en las condiciones y con los efectos que marca la legislación básica del régimen jurídico de los funcionarios (art. 50.4 LFPLR).

5) En el marco de las Islas Baleares (art. 119 LFPIB), los funcionarios tienen derecho a una reducción máxima de la mitad de su jornada –no se recoge un mínimo– para atender los casos de guarda legal de menores de doce años y de familiares con discapacidad o de personas dependientes. Asimismo, se prevé que la jornada reducida se computará como jornada completa a los efectos del reconocimiento de la antigüedad y de las cotizaciones en el régimen de protección social, en los mismos supuestos en que puede disfrutarse de la excedencia con derecho a la reserva del puesto de trabajo. Se deja al desarrollo reglamentario la concreción de tales supuestos.

6) En Cantabria, la norma autonómica se manifiesta en los mismos términos previstos en el EBEP (art. 59.3 LFPC).

7) En el caso de Canarias, la normativa concreta el alcance de la reducción de la jornada que puede solicitarse, y lo sitúa entre un mínimo de cinco horas semanales y un máximo de treinta horas semanales, con la disminución proporcional de las retribuciones (art. 49.2 LFPCAN).

8) En Extremadura, la normativa vigente recoge lo previsto en el TREBEP, pero con dos matices importantes: por un lado, incluye expresamente como sujetos causantes de la reducción tanto al cónyuge como a la pareja de hecho, y, por otro lado, en el caso de la reducción de la jornada para el cuidado directo de un familiar de primer grado, además de lo anterior, no prevé un límite temporal concreto, a diferencia del TREBEP, en el que sí se dispone, tal y como vimos, una duración temporal máxima de un mes (art. 52.2.b a 52.2.d LFPE).

9) Finalmente, en Cataluña, los artículos 24 y 26 LCC, con un contenido bastante extenso, recogen dos tipos de reducción de la jornada: *a)* para el cuidado de un hijo menor de doce años; y *b)* para el cuidado de familiares. Con carácter común a ambas se prevé su incompatibilidad con la autorización de compatibilidad y el hecho de que no se pueden conceder a dos personas por el mismo hecho causante, salvo que estas la ejerzan de forma alternativa y sin superar el límite máximo de duración.

En primer lugar, respecto a la reducción de la jornada por cuidado de hijos menores de doce años, esta puede ser de un tercio o de la mitad de la jornada, con la reducción proporcional de las retribuciones. Solo si las necesidades del servicio lo permiten, esta reducción puede ser de otra fracción de jornada, que debe ser en cualquier caso entre la octava parte y la mitad de la jornada.

En segundo lugar, y con una coincidencia parcial con lo ya señalado, se establece que los funcionarios catalanes pueden acceder a una reducción de un tercio o de la mitad de la jornada de trabajo, con la percepción del 80 por 100 o del 60 por 100 de la retribución, en tres supuestos: *a)* para cuidar de un hijo menor de seis años, siempre que se tenga su guarda legal; *b)* para cuidar de una persona con discapacidad psíquica, física o sensorial que no desempeñe ninguna actividad retribuida, siempre que tenga la guarda legal; y *c)* por tener a cargo a un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, con una incapacidad o disminución reconocida igual o superior al 65 por 100 o con un grado de dependencia que le impide ser autónomo, o que requiere especial atención o dedicación. En este ámbito cabe señalar que:

— La reducción de la jornada está fijada de una forma bastante estricta: o se trata de un tercio o de la mitad de la jornada, y en casos justificados entre un octavo y la mitad. No obstante, la remuneración percibida por el funcionario es superior a la que le correspondería teniendo en cuenta el tiempo de reducción de la jornada (un 60 por 100 o un 80 por 100), lo que constituye un elemento muy favorable (también desde la perspectiva de la correspondiente cotización a la Seguridad Social).

— En todos los supuestos, puede solicitarse la reducción una o varias veces y hacerlo dos personas respecto del mismo sujeto causante de una forma alternativa. El único límite viene dado por la duración máxima prevista en cada uno de los casos.

— Si se trata de los hijos, se incluyen todos los supuestos de filiación, con el límite de tener su guarda legal; y no se puede exigir que su cuidado esté a cargo exclusivo del funcionario solicitante. Tampoco se requiere que el otro progenitor trabaje.

— Si se trata de personas con discapacidad no se exige un vínculo familiar, pero sí la guarda legal. Asimismo, no se prevé que esa discapacidad esté determinada legalmente (aunque puede exigirse la correspondiente justificación médica), pero sí que no se desarrolle una actividad retribuida. No cabe considerar como tal, obviamente, la percepción de una prestación de la Seguridad Social. Tampoco se exige la convivencia, ni que la persona discapacitada se encuentre a cargo exclusivo del funcionario solicitante. También es importante destacar que no se prevé un límite temporal para esta reducción de la jornada y, por tanto, puede mantenerse mientras la persona con discapacidad requiera cuidados.

— En el supuesto de los familiares cabe destacar, particularmente, el carácter ambiguo y genérico de los requisitos exigidos, que puede dar lugar a problemas de aplicación. En efecto, se establece que puede accederse a la reducción de la jornada –sin límite temporal, como en el caso de las personas con discapacidad– cuando el familiar tenga «un grado de dependencia que le impida ser autónomo», o cuando «requiera una dedicación o atención especial». ¿Cómo interpretar esos términos? Habrá que tener muy presente el contenido de los correspondientes informes médicos o de los servicios sociales.

También resulta muy discutible el elevado grado de incapacidad que se exige –igual o superior al 65 por 100, reconocido legalmente. Como en otros ámbitos (ejemplos de ello son tanto el TRET como el TREBEP y otras normas autonómicas), se protege más el caso de los hijos que el del resto de los familiares dependientes o con incapacidad.

— Y, por último, también resulta criticable la limitación subjetiva a los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad. Cabe tener presente, no obstante, que dada la equiparación que realiza la LCC, dentro de estos parientes se incluye también los correspondientes a la pareja de hecho. Y también cabe señalar que, en el caso de los familiares, no se requiere tener la guarda legal ni que el familiar conviva o esté a cargo exclusivo del funcionario.

Por último, en relación con la normativa autonómica catalana, destaca la voluntad expresa de trasladar sus contenidos, en esta materia y en el resto de las medidas de conciliación examinadas en este libro, al personal laboral de la Administración autonómica y de las entidades locales catalanas, a través de su inclusión en los correspondientes convenios colectivos, respecto de los que la propia

LCC actúa como un principio orientador (DA 1.ª LCC). Esta indicación se ha seguido en el ámbito autonómico y en bastantes de los convenios colectivos del personal laboral de las entidades locales catalanas.

4.3.3. Perspectiva práctica: el papel de esta medida de conciliación en la negociación colectiva del personal funcionario

Respecto al papel que se atribuye a esta medida de conciliación de la vida laboral y familiar en la negociación colectiva del personal funcionario de las entidades locales en el ámbito estatal, cabe destacar lo siguiente:

1) Hay acuerdos de condiciones de trabajo que ni siquiera hacen referencia a esta forma de reducción de la jornada, a pesar de lo frecuente que resulta en la práctica (AF2).

2) Algún acuerdo de funcionarios reproduce literalmente lo establecido actualmente en el artículo 48.h y 48.i TREBEP (AF3, AF5).

3) Algún acuerdo recoge esencialmente lo fijado actualmente para el personal laboral en el artículo 37.6 párrafo 1.º TRET y prevé como parámetros para la reducción de la jornada un mínimo de un tercio y el máximo de la mitad de su duración (AF4).

4) Con un carácter protector, algún acuerdo extiende esta reducción de la jornada en el caso del cuidado de los hijos hasta que estos cumplan los dieciséis años de edad; y fija, por otra parte, que la reducción no puede solicitarse por períodos inferiores a quince días naturales consecutivos. También se recoge la reducción de la jornada por cuidado de familiares de primer grado prevista actualmente en el artículo 48.i TREBEP (AF6).

5) En algún acuerdo de funcionarios se incluye un régimen no solo más completo, sino también más favorable que el previsto en el TREBEP, así: *a)* se reconoce el derecho a una reducción de la jornada de como máximo un tercio con la percepción del 100 por 100 de las retribuciones para el cuidado de un hijo, siempre que el otro progenitor trabaje y con una duración máxima de un año a partir de la finalización del permiso de maternidad o de la decimosexta semana posterior al parto, la adopción o el acogimiento. Ese porcentaje de reducción no es ampliable en ningún caso y la persona beneficiaria puede optar, siempre que sea posible por las necesidades del servicio, por compactar las horas que correspondan de reducción de la jornada en jornadas consecutivas enteras. Y *b)* se reconoce el derecho a una reducción de la jornada de un tercio o de la mitad con derecho al 80 por 100 o al 60 por 100 de las retribuciones para: cuidar de un hijo menor de doce años, una persona con discapacidad que no tenga ninguna actividad retribuida siempre que se tenga la guarda legal o por tener a cargo a un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, con una

incapacidad o disminución reconocida igual o superior al 65 por 100 o con un grado de dependencia que le impida ser autónomo o que requiera una atención o dedicación especial (AF7). Esta regulación convencional recoge parcialmente y mejora la normativa autonómica correspondiente (LCC). Sin embargo, en aquello no previsto en la normativa autonómica contraviene la jurisprudencia de la jurisdicción contencioso-administrativa que, como hemos señalado, se manifiesta contraria a la posibilidad de que la negociación colectiva funcional mejore los permisos previstos legalmente.

6) En algún acuerdo de funcionarios se incorpora lo previsto en el artículo 48.h y 48.i TREBEP y, además, se añade lo fijado con un carácter más favorable en la correspondiente normativa autonómica (LCC), incorporando nuevos supuestos específicos en los que con una reducción de la jornada de trabajo del 50 por 100 y de un tercio se percibe, respectivamente, el 60 por 100 y el 80 por 100 de la remuneración correspondiente (AF8).

7) Algún acuerdo se limita a remitirse, en términos genéricos, a lo señalado en la normativa estatal (AF9).

8) Por último, cabe señalar que algún acuerdo, por un lado, recoge lo previsto en estos momentos en el artículo 48.i TREBEP y, por otro, reconoce el derecho a la reducción de la jornada de trabajo de un tercio o de la mitad percibiendo el 80 por 100 y el 60 por 100 de la retribución, en los casos del cuidado de un hijo menor de seis años, de una persona con discapacidad y por tener a cargo a un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, con una incapacidad o disminución reconocida igual o superior al 65 por 100 o con un grado de dependencia que le impida ser autónomo, o que requiera una dedicación o atención especial. Se prevé asimismo el disfrute compactado del primer año de la reducción de la jornada. Y, en fin, también se reconoce el derecho a una reducción de la jornada para el cuidado de los menores de doce años, personas mayores que requieran una especial dedicación o de una persona con discapacidad que no desarrolle una actividad retribuida (AF10).

4.4. Un nuevo elemento común a ambos tipos de personal: el impacto de la reducción de la jornada en el ámbito de la Seguridad Social

Cabe tener presente que a pesar de que nos encontramos ante una medida de conciliación de la vida laboral y familiar y, en consecuencia, no deberían derivarse efectos negativos en el caso de recurrir a ella (lo que es bastante frecuente en la práctica), estos existen y se dan precisamente en el marco de la Seguridad Social, y afectan tanto al personal laboral como a los funcionarios públicos incluidos en el régimen general de la Seguridad Social.

En este marco cabe tener presente lo dispuesto en el artículo 237.3 TRLGSS y en la DA 8.^a RDPEMP, que diferencian entre la reducción de la jornada por cuidado de hijos y la reducción de la jornada por cuidado de familiares.

En primer lugar, si un trabajador recurre a una reducción de la jornada por cuidado de hijos, las cotizaciones realizadas durante los dos primeros años se computan incrementadas hasta el 100 por 100 de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido sin reducción la jornada de trabajo, a los efectos de las prestaciones por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad. Aquí cabe realizar algunas consideraciones:

1) Este beneficio solo afecta a determinadas prestaciones de la Seguridad Social, aunque ciertamente son las más importantes (particularmente los casos de las pensiones de jubilación e incapacidad permanente, que tienen un carácter vitalicio).

Se incluyen, lógicamente, los casos en que la prestación deriva de un accidente de trabajo o una enfermedad profesional; así, según la STSJ País Vasco (S) 6 de julio de 2010:

[...] la finalidad de la norma es evitar al trabajador en jornada reducida por el cuidado del menor los perjuicios que esta circunstancia le causa en esas concretas prestaciones por la menor cuantía que resulta de su menor cotización, derivada del menor salario que cobra, concurriendo esa misma razón de ser en los casos en que la base reguladora de la prestación se fija en función directa del salario, sin necesidad de acudir a la vía indirecta de la base de cotización [...].

2) Este beneficio se aplica respecto de cada una de las reducciones de la jornada por cuidado de hijos que pueda solicitar el trabajador a lo largo de su vida laboral.

3) Si el trabajador disfruta de la reducción de la jornada más allá de los dos años, a partir de ese momento no se computan las bases de cotización al 100 por 100 sino por su valor real (por tanto, en función del porcentaje de reducción de la jornada) y, en consecuencia, se verá reducido el importe de la correspondiente base reguladora de la prestación. Ello supone, por ejemplo, que si el trabajador se encuentra en reducción de la jornada durante un período de cuatro años y solicita posteriormente una pensión por incapacidad permanente derivada de una enfermedad común, la base reguladora de dicha pensión se verá afectada ya que los dos últimos años de reducción de la jornada se computarán teniendo en cuenta las bases de cotización reales (que, como hemos visto, pueden llegar a ser del 50 por 100 de las habituales).

Los tribunales han descartado que este efecto desfavorable (el debate judicial surgió precisamente en torno al cálculo de una pensión de incapacidad permanente) suponga una discriminación indirecta por razón de sexo. En palabras del Auto del Tribunal Constitucional 27 de marzo de 2007:

[...] que la actual regulación no contemple una norma específica que permita considerar como cotizados a jornada completa, a efectos del cálculo de las bases reguladoras de las prestaciones de la Seguridad Social, los períodos trabajados (y cotizados) a jornada reducida [...] no determina la inconstitucionalidad por omisión [...] siendo al legislador a quien, en atención a las circunstancias económicas y sociales que son imperativas para la viabilidad y eficacia del sistema de la Seguridad Social, le corresponde decidir (dentro del respeto a la garantía institucional consagrada por el artículo 41 CE), acerca del grado de protección que han de merecer las distintas necesidades sociales [...].

4) Finalmente, cabe tener presente que ese efecto desfavorable puede compensarse mediante la celebración de un convenio especial con la TGSS, si bien por su coste económico y los requisitos exigidos en la práctica cabe casi descartar esta vía.

El mismo panorama anterior se aplica al personal funcionario incluido en el régimen general de la Seguridad Social conforme a lo establecido en la DA 8.^a RDPEMP, si bien alguna normativa autonómica recoge medidas dirigidas a limitar las consecuencias negativas antes apuntadas. Así, en el caso de Cataluña se prevé, como vimos anteriormente, que si el funcionario reduce su jornada a la mitad seguirá percibiendo el 60 por 100 de sus retribuciones (y cotizando por ese 60 por 100) y si la reduce un tercio, percibirá el 80 por 100 de las retribuciones y cotizará por tal cuantía.

Y en segundo lugar, si el trabajador acude a una reducción de la jornada por cuidado de familiares, el artículo 237.3 TRLGSS prevé que solo el primer año se computan las bases de cotización incrementadas al 100 por 100. En consecuencia, el efecto negativo antes apuntado se produce también a partir de ese momento. En este punto, sorprende también el diferente trato que se otorga en función de si se trata de una reducción de la jornada por cuidado de hijos o de familiares (dos años frente a un año de compensación), máxime cuando nos encontramos en un país envejecido en el que cada vez será más habitual tener que cuidar a personas mayores que a hijos o menores.

A nuestro entender, debería otorgarse el mismo trato a ambas situaciones y, si queremos realmente fomentar la conciliación de la vida laboral y familiar, debería ampliarse el tiempo que se considera como cotizado al 100 por 100 más allá del año y de los dos años actuales (no cabe olvidar la importancia que tiene la conciliación para la sociedad actual así como el hecho de que, en la gran mayoría de los casos, son las mujeres las que recurren a esta medida). A nuestro entender, como mínimo, deberían considerarse como cotizados al 100 por 100 cuatro o cinco años de la reducción de la jornada, ya sea por cuidado de hijos o de familiares (no podemos ignorar que una medida semejante está prevista, desde hace años, en el marco de la jubilación parcial y no ha suscitado problemas).

En fin, lo previsto en el artículo 237.3 TRLGSS también resulta aplicable a los funcionarios públicos como consecuencia de lo establecido en la DA 8.^a RDPEMP, si bien alguna normativa autonómica, como es el caso, nuevamente, de la catalana, recoge un régimen más favorable al fijar, como veíamos antes en relación con la reducción de la jornada por cuidado de hijos, una remuneración y cotización del 60 por 100 cuando se solicita una reducción del 50 por 100 de la jornada y del 80 por 100 cuando se trata de una reducción de la jornada de un tercio.

Por otra parte, en torno a este tema también cabe tener presente la DT 2.^a RDPEMP, según la cual los beneficios previstos en los mencionados artículo 237.3 y DA 8.^a solo se aplicarán a las reducciones de la jornada que se estuvieran disfrutando en el momento de la entrada en vigor de la LOIEMH (24 de marzo de 2007) y a las posteriores a su entrada en vigor. Por tanto, las anteriores no gozarán de este beneficio y, en consecuencia, se computarán por el valor real de la base de cotización reducida, con el consiguiente perjuicio para el beneficiario.

Por último, y como una situación particular referida al personal laboral, cabe destacar que el artículo 270.6 TRLGSS establece que, en los casos de reducción de la jornada por cuidado de hijos o familiares, para el cálculo de la base reguladora de la prestación por desempleo, las bases de cotización se computarán incrementadas hasta el 100 por 100 de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido, sin reducción, el trabajo a tiempo completo o parcial. Asimismo, si la situación legal de desempleo se produce estando el trabajador en la situación de reducción de la jornada, las cuantías máxima y mínima se determinan teniendo en cuenta el indicador público de rentas de efectos múltiples en función de las horas trabajadas antes de la reducción de la jornada. Con ello se garantiza que la reducción de la jornada no perjudicará el cálculo de la base reguladora ni el importe de la correspondiente prestación por desempleo.

5. La reducción de la jornada para el cuidado de hijos o menores enfermos de cáncer u otras enfermedades graves

5.1. Introducción

Como consecuencia de una clara presión social y para cubrir una necesidad evidente, en el año 2011 se instauró esta última medida de reducción de la jornada de trabajo para la conciliación de la vida laboral y familiar, aplicable, como el resto, tanto al personal laboral como a los funcionarios públicos de las administraciones públicas, incluidas las entidades locales.

Medida que, por otra parte, no pretende cubrir en general las necesidades de conciliación entre el trabajo y el cuidado de un menor de dieciocho años, sino una realidad mucho más concreta y muy difícil: el cuidado, a cargo de sus progenitores, adoptantes, guardadores con fines de adopción o acogedores permanentes, requerido por un hijo o un menor enfermo de cáncer u otra enfermedad grave. Situación que, como veremos, da derecho a solicitar una reducción de la jornada de, al menos, la mitad de la jornada de trabajo y que, a diferencia de la mayoría de las reducciones de la jornada analizadas en este estudio, no siempre implica una reducción de los ingresos ya que, en determinados casos, o bien se siguen percibiendo las retribuciones íntegras (en el caso de los funcionarios) o se recibe una prestación a cargo del sistema de Seguridad Social (el personal laboral).

Y también caracteriza particularmente a esta medida el hecho de que ambos progenitores, adoptantes, guardadores con fines de adopción o acogedores permanentes pueden, como regla general, acceder a ella de una forma simultánea, si bien, como veremos, solo uno de ellos puede seguir cobrando sus ingresos anteriores.

La regulación aplicable se encuentra, para el caso del personal laboral, en el artículo 37.6 párrafo 3.º y 37.7 TRET y, para el personal funcionario, en el artículo 49.e TREBEP. La prestación de la Seguridad Social se recoge en los artículos 190 a 192 TRLGSS y el desarrollo reglamentario, en el RD 1148/2011, de 29 de julio, para la aplicación y desarrollo, en el sistema de la Seguridad Social, de la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad

grave (estas dos últimas normas solo referidas al personal laboral). Cabe recordar, asimismo, que esta medida fue incorporada a nuestro ordenamiento jurídico por la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011, con efectos del día 1 de enero de 2011 y una vigencia indefinida.

5.2. El alcance de la medida en el caso del personal laboral

El mencionado artículo 37.6 párrafo 3.º TRET prevé que el progenitor, adoptante, guardador con fines de adopción o acogedor permanente tiene derecho a una reducción de la jornada de trabajo, con la disminución proporcional del salario de, al menos, la mitad de su duración, para el cuidado, durante la hospitalización y tratamiento continuado, del menor a su cargo afectado por un cáncer (tumores malignos, melanomas y carcinomas), o por cualquier otra enfermedad grave, que implique un ingreso hospitalario de larga duración y requiera la necesidad de su cuidado directo, continuo y permanente, acreditado por el informe del Servicio Público de Salud u órgano administrativo sanitario de la comunidad autónoma correspondiente y, como máximo, hasta que el menor cumpla los dieciocho años.

Asimismo, por convenio colectivo se pueden establecer las condiciones y supuestos en los que esta reducción se podrá acumular en jornadas completas.

En relación con esta medida cabe señalar lo siguiente:

a) Como en el resto de las medidas de conciliación examinadas, se trata de un verdadero derecho, individual, de hombres y mujeres. En consecuencia, la Administración está obligada a reconocer este derecho de forma inmediata. Como se señala en la STSJ Madrid (S) 9 de mayo de 2014:

[...] la razón de ser de esta prestación económica no es otra que facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral y, en buena medida, hacer realidad así el mandato contenido en el artículo 39.2 de nuestra Carta Magna acerca de la protección integral de los hijos, en este caso los menores de dieciocho años afectados por cáncer u otra enfermedad grave, quienes, bien mirado, son los verdaderos causantes del subsidio litigioso, por mucho que los beneficiarios del mismo sean los progenitores, adoptantes o acogedores de carácter preadoptivo o permanente, y también de la familia [...].

b) Los beneficiarios en este caso son tanto los padres como los adoptantes, guardadores con fines de adopción o acogedores permanentes; y se aplica, por tanto, a los hijos naturales o adoptivos y a los menores sujetos a una guarda con fines de adopción o a un acogimiento permanente. Se equiparan aquellas instituciones jurídicas declaradas por resoluciones judiciales o administrativas extranjeras, cuya finalidad y efectos jurídicos sean los previstos para la adopción y el acogimiento familiar permanente, cualquiera que sea su denominación. Y también se

incluyen los casos de constitución de tutela sobre un menor por designación de persona física, cuando el tutor es un familiar que, de acuerdo con la legislación civil, no pueda adoptar al menor.

Los beneficiarios de esta medida son los trabajadores contratados tanto indefinidos como temporales, así como los trabajadores a tiempo parcial.

c) El sujeto causante de la medida es el hijo o menor, siempre que sean menores de dieciocho años. En relación con esta cuestión cabe realizar dos apuntes: 1) la desprotección en que queda dicho sujeto si alcanza la edad de dieciocho años y sigue enfermo, ya que no va a poder seguir aplicándose esta medida; y 2) en correlación con lo anterior, resulta discutible que no pueda acudir a esta vía para cuidar del cónyuge o los parientes próximos por consanguinidad o afinidad también enfermos de cáncer u otra enfermedad grave. A nuestro entender, esta medida debería haberse previsto con un alcance subjetivo más amplio. Es cierto que, como hemos visto, si la enfermedad grave determina que el cónyuge o los parientes citados o el hijo o menor de dieciocho años no pueden valerse por sí mismos, el trabajador (o el funcionario, ya que la situación de fondo es la misma) puede acceder a la reducción de la jornada por cuidado de familiares, ya analizada, pero las condiciones son bastante más desfavorables.

d) El hijo o menor debe estar a cargo del trabajador, aunque no se exige que se encuentre a su cuidado exclusivo. Obviamente, sí se deberá tener la patria potestad o la tutela del menor.

e) El hijo o menor debe estar afectado por un cáncer (tumores malignos, melanomas y carcinomas) o por cualquier otra enfermedad grave de las recogidas en el anexo del RD 1148/2011, que, además, implique un ingreso hospitalario de larga duración y requiera la necesidad del cuidado directo, continuo y permanente por parte del trabajador. En este sentido, la STSJ Madrid (S) 14 de mayo de 2015 afirma que se requiere:

[...] una muy cualificada patología por parte del menor, y de ahí que tanto el art. 37.5 ET como el 137 quáter LGSS hablen de enfermedades particularmente graves («afectados por cáncer (tumores malignos, melanomas y carcinomas» o por cualquier otra enfermedad grave); 2) que esa patología requiera tratamiento médico concreto («que implique un ingreso hospitalario de larga duración y requiera la necesidad de su cuidado directo, continuo y permanente») [...].

Por otra parte, para probar esa necesidad de cuidado se exige contar con un informe del Servicio Público de Salud u órgano administrativo sanitario de la comunidad autónoma correspondiente (donde se constate expresamente que el menor padece cáncer u otra enfermedad grave, así como la necesidad de cuidado directo, continuo y permanente del menor durante el tiempo de hospitalización y tratamiento continuado de la enfermedad). En relación con este requisito, en la citada STSJ Madrid (S) 14 de mayo de 2015 se matiza que, si bien...

[...] el propósito que se persigue con su establecimiento es un control por parte de la sanidad pública, lo que no implica la vinculación total con las conclusiones que en él puedan plasmarse, pues una cosa es que en un expediente administrativo deba constar, con carácter preceptivo, un informe técnico y otra muy distinta que ese informe sea vinculante para el órgano decisor, ya que solo lo será cuando así esté expresamente establecido (art. 83 L 30/92), y, en todo caso, sea o no vinculante para la Administración que recaba ese informe, no ofrece duda de que no puede vincular a los órganos judiciales, puesto que el criterio de estos se determina en función de la prueba que marquen las disposiciones procesales aplicables al caso, lo que igualmente puede predicarse con cualquier prestación de la seguridad social [...].

Como consecuencia de lo anterior, si la atención y el diagnóstico del cáncer se han llevado a cabo por servicios médicos privados se requiere además su acreditación por la sanidad pública (por el médico del centro responsable de la atención del menor).

Cuando exista una recaída en la enfermedad no es necesario que se produzca un nuevo ingreso hospitalario, si bien se requiere una nueva declaración médica en la que se determine la necesidad de continuación del tratamiento médico así como del cuidado directo, continuado y permanente del menor.

Asimismo, cabe hacer hincapié en que se requiere un ingreso hospitalario, aun cuando la medida se mantiene también durante los períodos de atención domiciliaria (STSJ Castilla y León/Valladolid [S] 29 de mayo de 2014). A estos efectos, en la STSJ Castilla y León/Burgos (S) 20 de marzo de 2014 se afirma que:

[...] se equipara a esta situación de hospitalización, la continuación del tratamiento o el cuidado del menor en el domicilio tras el diagnóstico y la hospitalización por la enfermedad grave. Es decir que en este segundo supuesto no es precisa la hospitalización, pero sí que la enfermedad grave ya diagnosticada tras un período de hospitalización requiera de una atención directa, continua y permanente equiparable a la que se precisara de estar hospitalizado [...].

f) No puede olvidarse que la finalidad de esta medida es facilitar que el hijo o menor cuente con el cuidado y compañía de sus progenitores, adoptantes, guardadores con fines de adopción o acogedores permanentes. Sin embargo, los tribunales han interpretado de una forma estricta el requisito de la «necesidad de un cuidado directo, continuo y permanente» al señalar, por ejemplo, en la STSJ Madrid (S) 14 de mayo de 2015, que:

[...] ni que decir tiene que existe dentro de los parámetros de cualquier paternidad responsable, un cuidado directo, continuo y permanente por parte de los titulares de la patria potestad, pero no se trata de este tipo de asistencia por la norma, sino de otra de atención más específica, concreta y particular, referida a riesgos y contingencias en las que existe un necesario, inmediato y personal cuidado hacia el menor, ligado o vinculado de forma inexcusable a

su padecimiento, y que implica no tanto una asistencia benefactora, como otra inexcusable, propia de la experiencia de las relaciones humanas y filiales. De aquí el que los términos utilizados por la norma, sobre todo la palabra «directo», sean clave para la resolución del pleito, y en tal sentido se exige una necesidad de atención especialmente vinculada no a los intereses ordinarios, sino a aquellos que regularizan el mismo tratamiento y la misma asistencia de la enfermedad, y es en este extremo donde observamos que aunque la menor afectada en este proceso siempre va a requerir la atención que se le presta, sin embargo mantiene una esfera de desconexión con su madre, demandante en el proceso, que implica esa posibilidad de atención indirecta, realizada al margen del ámbito doméstico, y que nos conduce a desestimar la pretensión, no sin apreciar que la demandante ha reducido su jornada, y ello implica esa atención que viene realizando, esa dedicación y esa supervisión que realiza, intentando normalizar la enfermedad del menor [...].

g) Por otra parte, cabe tener muy presente que, tal y como señalábamos anteriormente, solo se tendrá derecho a esta medida cuando la enfermedad del menor se encuentre recogida en el anexo del RD 1148/2011, que incluye una lista amplia y diversa de enfermedades graves, clasificadas en torno a las áreas de: oncología, hematología, errores innatos del metabolismo, alergia e inmunología, psiquiatría, neurología, cardiología, aparato respiratorio, aparato digestivo, nefrología, reumatología, cirugía, cuidados paliativos, neonatología, enfermedades infecciosas y endocrinología.

En este punto, también cabe destacar que si bien los tribunales han ratificado que la diabetes infantil es una de las enfermedades recogidas en el anexo antes citado, si no requiere un cuidado directo y permanente interpretado en los restrictivos términos apuntados anteriormente, no es posible acceder a este tipo de reducción de la jornada. Así, por ejemplo, en la STSJ Madrid (S) 14 de mayo de 2015 se manifiesta que:

[...] el único momento que puede interferir la falta de adiestramiento en la práctica de autoanálisis es el de la comida, puesto que el resto del tiempo (mañana, tarde y noche) la niña está en casa haciendo vida normal, y de ahí que no puede entenderse que la situación que aquí se enjuicia requiera el cuidado directo, continuo y permanente exigido legalmente, ni que el cuadro concurrente pueda asimilarse en su gravedad y necesidad de atención familiar al de la hospitalización o tratamiento de enfermedades graves [...].

(También, entre otras, STSJ Castilla y León/Burgos [S] 20 de marzo de 2014.)

Quedaría abierta, lógicamente, la posibilidad de recurrir a la reducción de la jornada por cuidado de hijos regulada en el artículo 37.6 párrafo 1.º TRET.

En fin, los tribunales también han considerado expresamente como enfermedad grave a los efectos de esta reducción de la jornada los casos de parálisis cerebral infantil (STSJ Castilla y León/Valladolid [S] 29 de mayo de 2014).

h) El personal laboral puede acudir siempre a esta medida, con independencia de que el otro progenitor, adoptante, guardador con fines de adopción o acogedor permanente trabaje o no. Pero cabe tener presente que solo puede acceder a la prestación de la Seguridad Social en el caso de que ambos trabajen (por cuenta ajena o por cuenta propia); si no es así, sí podrá reducir la jornada de trabajo pero con la reducción proporcional de sus ingresos, ya que esta no se verá compensada por la citada prestación.

En cambio, como veremos en un apartado posterior, si se trata de un funcionario, solo puede acudir a esta medida cuando ambos progenitores, adoptantes, guardadores con fines de adopción o acogedores permanentes trabajen (por cuenta ajena o por cuenta propia). Esta diferencia de trato puede resultar discutible, pero deriva de lo establecido por una parte en el TRET y por la otra en el TREBEP.

i) Como ya hemos señalado, el efecto directo de esta medida es una reducción de la jornada ordinaria de trabajo en, al menos, la mitad, con la consiguiente disminución proporcional de las retribuciones. Aquí cabe señalar que:

— No es posible una reducción inferior a la mitad de la jornada, pero sí superior, sin que pueda, lógicamente, alcanzar la totalidad de la jornada de trabajo. Tal y como señala la STSJ Islas Canarias (S) 5 de noviembre de 2013, la reducción debe ser de, al menos, un 50 por 100 y como máximo de un 99,9 por 100 de la jornada.

— Como en otros casos de reducción de la jornada ya vistos, el artículo 37.7 TRET establece también para este supuesto que la concreción horaria y la determinación del período de disfrute corresponden al trabajador dentro de su jornada ordinaria de trabajo. No obstante, si surge alguna discrepancia –la Administración no está de acuerdo con la opción del trabajador–, se aplicará el procedimiento judicial recogido en el artículo 139 LRJS, ya examinado páginas atrás.

— Vía convenio colectivo pueden establecerse criterios para la concreción horaria de esta medida en atención a los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar del trabajador y las necesidades productivas y organizativas del empleador. Lógicamente, estos criterios no pueden limitar, de ninguna forma, el ejercicio de este derecho.

— No se prevé una duración concreta para esta reducción de la jornada, con el único límite del cumplimiento de la edad de dieciocho años por parte del hijo o menor.

— Esta reducción de la jornada implica en principio, como cualquiera otra de las ya examinadas, una reducción proporcional de la correspondiente remuneración. Pero en este caso, como veíamos antes, existe una regulación particular y más favorable para el trabajador, ya que, en determinados casos, para el personal laboral, los artículos 190 a 192 TRLGSS recogen una prestación de la Seguridad Social destinada precisamente a compensar esa pérdida de remuneración. Pero, como señalamos anteriormente, solo se accede a esta presta-

ción cuando ambos progenitores, adoptantes, guardadores con fines de adopción o acogedores permanentes trabajan (ambos son personal laboral, o uno personal laboral y el otro funcionario, o uno personal laboral y el otro trabajador por cuenta ajena en el sector privado, o, en fin, uno personal laboral y el otro trabajador autónomo).

Esta prestación económica de la Seguridad Social se caracteriza por los siguientes elementos:

1) Su finalidad es compensar la pérdida de ingresos que sufre el beneficiario por tener que reducir su jornada laboral, con la consiguiente disminución de su salario, por la necesidad de tener que cuidar de manera directa, continua y permanente a los hijos o menores a su cargo enfermos de cáncer u otra enfermedad grave, durante el tiempo de su hospitalización y posterior tratamiento (STSJ Islas Canarias [S] 5 de noviembre de 2013).

2) El beneficiario debe cumplir los requisitos exigidos para la prestación de maternidad contributiva y, en consecuencia, estar afiliado y en alta en la Seguridad Social y cumplir, en su caso, un determinado período de cotización;¹⁹ así: *a*) si tiene menos de veintiún años de edad en la fecha del hecho causante de la prestación no se requiere ningún período de cotización; *b*) si tiene cumplidos veintiún años de edad y es menor de veintiséis años en dicha fecha, el período mínimo de cotización exigido es de noventa días cotizados dentro de los siete años inmediatamente anteriores (no obstante, se considera cumplido dicho requisito si, alternativamente, el trabajador acredita ciento ochenta días cotizados a lo largo de su vida laboral); y *c*) si el trabajador tiene cumplidos veintiséis años de edad en la fecha del hecho causante, el período mínimo de cotización exigido es de ciento ochenta días dentro de los siete años inmediatamente anteriores (también se considera cumplido el requisito si, alternativamente, el trabajador acredita trescientos sesenta días cotizados a lo largo de su vida laboral).

Cuando se trate de un trabajador a tiempo parcial, el lapso de tiempo inmediatamente anterior al inicio de la reducción de la jornada, en el que debe estar comprendido el período mínimo de cotización exigido, se incrementa en proporción inversa a la existente entre la jornada efectuada por el trabajador y la jornada habitual en la actividad correspondiente y exclusivamente en relación con los períodos en que, durante dicho lapso, se hubiera realizado una jornada inferior a la habitual.

Si no se cumple el requisito de cotización antes visto puede accederse a la reducción de la jornada, pero no se recibe la prestación a cargo de la Seguridad Social.

3) Los trabajadores a tiempo parcial también tienen derecho a la prestación, salvo cuando la duración efectiva de la jornada a tiempo parcial sea igual o infe-

19. *Vid.* artículo 178 TRLGSS.

rior al 25 por 100 de una jornada de trabajo de un trabajador a tiempo completo comparable (considerando como tal un trabajador a tiempo completo comparable de la misma Administración y centro de trabajo que realice un trabajo idéntico o similar). No obstante, si el trabajador tiene dos o más contratos a tiempo parcial, se sumarán las jornadas efectivas de trabajo a efectos de determinar el citado límite.

4) En los casos de separación judicial, nulidad o divorcio, si ambos progenitores, adoptantes, guardadores con fines de adopción o acogedores permanentes tienen derecho al subsidio, solo puede ser reconocida la prestación a favor de uno de ellos, determinado de común acuerdo, o en su defecto, tendrá derecho aquel que tenga la custodia del menor o, si esta es compartida, quien antes la solicite. La misma solución se aplica en los supuestos de ruptura de una unidad familiar basada en una análoga relación de afectividad a la conyugal (parejas de hecho).

También en los casos de separación han señalado los tribunales que cuando uno solo de los progenitores tiene la custodia del menor, si el otro pierde su empleo y deja de estar de alta en la Seguridad Social, el primero pierde el derecho a acceder o a continuar recibiendo esta prestación (STSJ Islas Canarias [S] 5 de noviembre de 2013).

5) Para la percepción del subsidio, el porcentaje de reducción de la jornada se entiende referido a una jornada de trabajo de un trabajador a tiempo completo comparable de la misma entidad y centro de trabajo que realice un trabajo idéntico o similar, y se computará sin tener en cuenta otras reducciones de la jornada que, en su caso, disfrute el trabajador por razón de la guarda legal de menores o de cuidado de familiares, o por cualquier otra causa.

6) Por acuerdo entre ambos progenitores, adoptantes, guardadores con fines de adopción o acogedores permanentes y el empleador o empleadores respectivos, pueden alternarse entre ellos el cobro de la prestación por períodos no inferiores a un mes, en cuyo caso dicho cobro queda en suspenso cuando se reconoce un nuevo subsidio al otro progenitor, adoptante, guardador o acogedor.

7) La prestación consiste en un subsidio, de devengo diario, igual al 100 por 100 de la base reguladora equivalente a la establecida para la prestación por incapacidad temporal, derivada de contingencias profesionales, y en proporción a la reducción que experimente la jornada de trabajo. En consecuencia, de percibirse esta prestación se mantendrán los ingresos salariales anteriores, ya que precisamente viene a compensar los efectos de la reducción de la jornada.

Si se trata de un trabajador a tiempo parcial, la base reguladora diaria de la prestación es el resultado de dividir la suma de las bases de cotización acreditadas durante los tres meses inmediatamente anteriores a la fecha de inicio de la reducción de la jornada, entre el número de días naturales de dicho período. A esa base reguladora se aplicará el porcentaje de reducción de la jornada que corresponda. De ser menor la antigüedad, la base reguladora es el resultado de dividir la suma

de las bases de cotización acreditadas entre el número de días naturales comprendidos en dicho período.

En fin, en el caso de que el acceso a esta prestación se produzca desde una situación de reducción de la jornada por cuidado de hijos o familiares, el cálculo de la base reguladora se realiza teniendo en cuenta la jornada a tiempo completo (STSJ Madrid [S] 9 de mayo de 2014).

8) Si ambos progenitores, adoptantes, guardadores con fines de adopción o acogedores permanentes cumplen con los requisitos citados, solo uno de ellos tiene derecho a percibir la prestación, aunque el otro puede igualmente solicitar esta medida con la consiguiente reducción proporcional de su remuneración. Y ello con independencia del número de menores que estén afectados por cáncer u otra enfermedad grave y que requieran un cuidado directo, continuo y permanente.

Asimismo, si combinamos lo señalado en los artículos 37.6 párrafo 3.º ET, 190 a 192 TRLGSS y 49.e TREBEP se derivan las siguientes situaciones posibles:

— Si uno de los progenitores, adoptantes, guardadores con fines de adopción o acogedores permanentes es personal laboral y el otro no trabaja, como ya hemos señalado, aquel puede acceder a la reducción de la jornada con una reducción proporcional de la remuneración, pero no tendrá derecho a la prestación de la Seguridad Social. Y ello, por cuanto, como afirma la STSJ Islas Canarias (S) 5 de noviembre de 2013:

[...] el subsidio tiene por objeto facilitar el cuidado del hijo enfermo a los progenitores que trabajan, concediéndoles una prestación para suplir la merma de salario consiguiente a la reducción de jornada que uno u otro han de solicitar para poder prestar dicho cuidado al hijo. De tal forma, si uno de los progenitores no trabaja, presupone la norma reguladora de esta prestación que el mismo puede prestar al hijo la atención que requiere la enfermedad [...].

— Si uno es funcionario público y el otro no trabaja, aquel no podrá acceder a esta medida, ya que, según el TREBEP, se requiere que ambos trabajen (parece presuponerse legalmente que si uno de ellos no trabaja, se puede dedicar a tiempo completo al cuidado del menor, lo que resulta discutible desde la perspectiva del derecho a la conciliación de la vida laboral y familiar de los funcionarios públicos).

— Si ambos son personal laboral, ambos podrán acceder a la reducción de la jornada, pero solo uno de ellos tendrá derecho a la prestación de la Seguridad Social y, en consecuencia, la unidad familiar verá mermados sus ingresos.

— Si ambos son funcionarios, ambos tendrán derecho a la reducción de la jornada pero solo uno de ellos seguirá percibiendo sus retribuciones íntegras a cargo de la correspondiente Administración. Nuevamente, se produce una merma en los ingresos familiares.

— Si uno es personal laboral y el otro funcionario, ambos tienen derecho a la reducción de la jornada, pero, o bien quien es personal laboral percibe la presta-

ción de la Seguridad Social, o bien quien es funcionario recibe sus retribuciones íntegras. Por tanto, se produce también una reducción de los ingresos anteriores (cabe pensar que se optará por la pérdida económica menor en función de las remuneraciones percibidas por cada progenitor, adoptante, guardador o acogedor).

— Si uno es personal laboral y el otro trabajador autónomo, ambos pueden reducir su jornada de trabajo, pero solo uno de ellos podrá percibir la prestación de la Seguridad Social.

— Si uno es funcionario y el otro trabajador autónomo, ambos podrán reducir su jornada, pero, o bien quien es funcionario recibe sus retribuciones íntegras, o bien quien es trabajador autónomo cobra la prestación de la Seguridad Social. Tanto en este supuesto como en el anterior se reducen también los ingresos de la unidad familiar.

En los últimos cinco casos es posible cambiar en cualquier momento la opción de quién reduce la jornada de trabajo manteniendo sus ingresos (directamente o vía prestación de la Seguridad Social) y quién los ve mermados.

— Y, en fin, si uno es personal laboral y el otro está, en razón del ejercicio de su actividad profesional, incorporado en una mutualidad de previsión social establecida por el correspondiente colegio profesional, aquel podrá acceder al subsidio de la Seguridad Social (la misma solución se aplica si uno de ellos es personal laboral y el otro tiene suscrito un convenio especial con la TGSS por realizar su actividad laboral en un país con el que no existe instrumento internacional de Seguridad Social). En el mismo caso anterior, pero si se trata de un funcionario público, este tendrá derecho a percibir sus remuneraciones íntegras.

9) El derecho a la prestación nace a partir del mismo día en que se inicia la reducción de la jornada, siempre que la solicitud se formule en el plazo de tres meses desde la fecha en que se produjo dicha reducción. Transcurrido dicho plazo, los efectos económicos del subsidio tienen una retroactividad máxima de tres meses.

10) La prestación se reconoce por un período inicial de un mes, prorrogable por períodos de dos meses cuando subsista la necesidad del cuidado directo, continuo y permanente del menor, que se acreditará mediante declaración del facultativo del Servicio Público de Salud u órgano administrativo sanitario de la comunidad autónoma, responsable de la asistencia médica del menor, y, como máximo, hasta que el menor cumpla los dieciocho años.

Cuando la necesidad de cuidado directo, continuo y permanente del menor, según se acredite en la correspondiente declaración médica, sea inferior a dos meses, el subsidio se reconoce por el período concreto que conste en el informe.

11) En los casos de pluriactividad, puede percibirse la prestación en cada uno de los regímenes de la Seguridad Social en los que se reúnan los requisitos exigidos. En tal situación, si el trabajador acredita las condiciones para acceder a la prestación solo en uno de los regímenes, se reconoce un único subsidio computando exclusivamente las cotizaciones satisfechas a dicho régimen. Si en ninguno

de los regímenes se reúnen los requisitos para acceder al derecho, se totalizan las cotizaciones efectuadas en todos ellos siempre que no se superpongan y se reconoce el subsidio por el régimen en el que se acrediten más días de cotización.

En situaciones de pluriempleo, el reconocimiento de la prestación se efectúa en proporción al porcentaje de reducción que experimenta el total de la jornada de trabajo de los distintos empleos. En esta situación, a los efectos de la base reguladora, se tienen en cuenta las bases de cotización correspondientes a cada uno de los empleadores o actividades, siendo de aplicación el tope máximo previsto a efectos de cotización.

12) Este subsidio económico se suspende en dos supuestos: *a)* en el caso de alternancia en su percibo entre los progenitores, adoptantes, guardadores o acogedores; y *b)* en las situaciones de incapacidad temporal, descansos por maternidad y paternidad y en los supuestos de riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural, y, en general, por cualquier causa de suspensión de la relación laboral.

No obstante, cuando por motivos de salud, la persona que se hacía cargo del menor no pueda atenderle y se encuentre en situación de incapacidad temporal o en el período de descanso obligatorio por maternidad por nacimiento de un nuevo hijo, puede reconocerse un nuevo subsidio por cuidado de menores al otro progenitor, adoptante, guardador o acogedor, siempre que cumpla los requisitos exigidos para ello.

13) La prestación de la Seguridad Social se extingue cuando, previo informe del Servicio Público de Salud u órgano administrativo sanitario de la comunidad autónoma correspondiente, cesa la necesidad del cuidado directo, continuo y permanente del hijo o menor acogido por parte del beneficiario, o cuando el menor cumple los dieciocho años. Y también por: la incorporación plena del beneficiario al trabajo; cuando uno de los progenitores, adoptantes, guardadores con fines de adopción o acogedores permanentes cesa en su actividad laboral; y por fallecimiento del menor o del beneficiario de la prestación.

14) Finalmente, cabe destacar que la gestión y el pago de esta prestación corresponde a la mutua colaboradora con la Seguridad Social o, en su caso, al INSS, en función de con quién tiene concertada la Administración la cobertura de los riesgos profesionales. El pago de la prestación se realiza por períodos mensuales vencidos. En el caso de los trabajadores a tiempo parcial, el devengo se produce por días naturales, aunque el pago se realiza mensualmente.

Para poder recibir la prestación, el trabajador debe solicitarlo directamente a la mutua o, en su caso, al INSS, aportando la documentación correspondiente (documentación recogida en el artículo 9.2 RD 1148/2011).

j) Por otra parte, el trabajador, salvo fuerza mayor, debe avisar a la Administración con una antelación de quince días, o la que se fije en el convenio colectivo, la fecha en que iniciará y finalizará esta reducción de la jornada.

k) Cabe destacar que, a pesar de lo señalado y la consideración de esta medida como un derecho individual, la Administración correspondiente puede limitar su ejercicio simultáneo por dos beneficiarios por razones fundadas –y suficientemente justificadas– en el correcto funcionamiento de los servicios públicos.

l) Finalmente, cabe tener presente que, mientras está vigente esta reducción de la jornada, la Administración tiene la obligación de seguir cotizando, pero en relación con las retribuciones efectivamente pagadas (arts. 65 y 66 RGCL). Hay que tener en cuenta, no obstante, que, conforme al artículo 237.3 párrafo 2.º TRLGSS, esas cotizaciones se computan como incrementadas hasta el 100 por 100 de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido sin dicha reducción la jornada de trabajo, a los efectos de las prestaciones por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural e incapacidad temporal.

Por último, cabe manifestar que resulta sorprendente el escaso papel que se atribuye a esta medida de conciliación de la vida laboral y familiar en la negociación colectiva de las entidades locales en el ámbito estatal, ya que:

a) La mayoría de los convenios colectivos examinados ni siquiera citan esta medida (CC1, CC2, CC3, CC5, CC9, CC10).

b) Solo algunos convenios curiosamente se limitan a reproducir lo previsto actualmente en el artículo 49.e TREBEP, olvidando lo recogido en el artículo 37.6 párrafo 3.º TRET, aunque sus términos sean semejantes (CC4, CC6, CC7, CC8).

5.3. La regulación del personal funcionario

En la misma línea de lo ya señalado para el personal laboral, en el artículo 49.e TREBEP se prevé que el funcionario tiene derecho, siempre que ambos progenitores, adoptantes, guardadores con fines de adopción o acogedores permanentes trabajen, a una reducción de la jornada de trabajo de, al menos, la mitad de su duración, percibiendo las retribuciones íntegras con cargo a los presupuestos del órgano o entidad donde venga prestando sus servicios, para el cuidado, durante la hospitalización y tratamiento continuado, del hijo menor de edad afectado por un cáncer (tumores malignos, melanomas o carcinomas) o por cualquier otra enfermedad grave que implique un ingreso hospitalario de larga duración y requiera la necesidad de su cuidado directo, continuo y permanente acreditado por el informe del Servicio Público de Salud u órgano administrativo sanitario de la comunidad autónoma o, en su caso, de la entidad sanitaria concertada correspondiente, y, como máximo, hasta que el menor cumpla los dieciocho años. Artículo 49.e que resulta aplicable al personal funcionario de las administraciones locales, según lo previsto en el artículo 92 LBRL.

Sin reiterar lo ya señalado para el personal laboral, que resulta trasladable casi totalmente al personal funcionario, sí cabe señalar que:

a) Constituye un derecho, de aplicación directa, de todos los funcionarios, incluidos los de la Administración local. El artículo 49.e TREBEP lo califica técnicamente como un permiso, aunque en la práctica constituye una reducción de la jornada de trabajo.

b) Como ya hemos señalado, a diferencia del personal laboral, los funcionarios solo pueden acceder a esta medida cuando ambos progenitores, adoptantes, guardadores con fines de adopción o acogedores permanentes trabajan por cuenta ajena (los dos son funcionarios, uno funcionario y el otro personal laboral, o uno funcionario y el otro trabajador por cuenta ajena del sector privado).

c) No se aplica la prestación de la Seguridad Social (el propio art. 191.3 TRLGSS excluye expresamente a los funcionarios públicos, y en el mismo sentido se manifiesta el art. 1.2 RD 1148/2011). Si es el caso –teniendo en cuenta las diversas alternativas posibles mencionadas anteriormente–, el funcionario seguirá percibiendo sus retribuciones íntegras mientras dure la reducción de su jornada por este motivo. Si no es el caso, tendrá derecho a reducir la jornada pero con la consiguiente reducción de las retribuciones.

Sin embargo, cabe tener presente que si nos encontramos en el primer supuesto, la Administración continuará cotizando por la totalidad de la remuneración, y la decisión del funcionario de acudir a esta medida no tendrá ninguna posible consecuencia negativa a los efectos del acceso a futuras prestaciones de la Seguridad Social. Y en el segundo caso, la Administración cotizará exclusivamente por la remuneración reducida pagada realmente (arts. 65 y 66 RGCL), pero, tal y como vimos anteriormente en relación con el personal laboral, el artículo 237.3 párrafo 2.º TRLGSS (al que cabe añadir la DA 8.ª RDPEMP) considera ese período como cotizado al 100 por 100 respecto al acceso a determinadas prestaciones de la Seguridad Social.

d) La reducción de la jornada será como mínimo de la mitad, si bien cada Administración podría incrementar el margen de reducción de la jornada, garantizando, no obstante, una presencia mínima del funcionario en su puesto de trabajo.

e) Igual que si se trata del personal laboral, la Administración puede limitar el ejercicio simultáneo de esta medida por dos beneficiarios que prestan servicios para aquella, por razones fundadas en el correcto funcionamiento del servicio.

f) Finalmente, cabe destacar que el artículo 49.e TREBEP se refiere a que reglamentariamente se establecerán las condiciones y supuestos en los que esta reducción de la jornada se podrá acumular en jornadas completas. Mientras ese desarrollo reglamentario no se produzca, esa acumulación no es posible.

Por último, en el caso de los funcionarios de las administraciones autonómicas, la correspondiente normativa autonómica señala que:

1) Algunas normas ni siquiera hacen referencia a esta figura; es el caso de la LFPC, la LFPG, la LFPIB, la LFPM y la LFPMU.

2) En otros casos, la norma opta directamente por recoger lo dispuesto en el TREBEP, remitiéndose a lo allí previsto. En este sentido se manifiesta el artículo 52.1 LFPE.

3) En fin, en algún supuesto, la normativa incluye una referencia genérica a que los funcionarios tendrán derecho a los permisos, licencias y reducciones de la jornada de trabajo establecidos en el ordenamiento jurídico general y básico (art. 50.3 y 50.4 LFPLR).

Sorprende, en todo caso, el escaso interés que muestra la normativa autonómica en relación con esta medida de conciliación de la vida laboral y familiar.

Y siguiendo la misma lógica anterior, la negociación colectiva funcionarial de las entidades locales tampoco presta una especial atención a esta medida, ya que:

— La mayoría de los acuerdos de condiciones de trabajo analizados ni siquiera la citan (AF1, AF2, AF3, AF7, AF9, AF10).

— Algún acuerdo de funcionarios recoge esta medida, pero se limita a reproducir literalmente lo establecido en estos momentos en el artículo 49.e TREBEP (AF4, AF5, AF8).

— Y solo algún acuerdo mejora la regulación legal; así: *a*) incorpora el caso de las familias monoparentales; y *b*) prevé que, cuando la hospitalización tenga lugar fuera de la comunidad autónoma, se tendrá el derecho a una dispensa de asistencia al trabajo por un período máximo de dos meses, y se percibirán las retribuciones íntegras con cargo al Ayuntamiento. En el supuesto de que ambos progenitores presten servicios para el Ayuntamiento solo se generará un permiso por un período máximo de dos meses, a compartir por ambos progenitores, pero no podrá simultanearse su utilización. Y excepcionalmente se podrá autorizar este permiso cuando el otro progenitor no trabaje, si tienen otros descendientes menores aún no escolarizados o hijos con discapacidad a su cargo que precisen atención continuada (AF6).

En definitiva, ese escaso interés, presente tanto en la normativa autonómica como en la negociación colectiva desarrollada en el marco de las administraciones locales, resulta preocupante, ya que denota una falta de adaptación a las nuevas medidas de conciliación de la vida laboral y familiar.

Parte II
La excedencia por
cuidado de hijos
o familiares

1. Introducción

Aun cuando se trata de una medida que se utiliza muy poco en la práctica, en determinadas situaciones vinculadas con el cuidado de los hijos o familiares no resulta suficiente o adecuado el recurso a las vías ya analizadas y, en consecuencia, la persona interesada –ya sea personal laboral o funcionario– debe optar por la figura de la excedencia, por la que se desvincula temporalmente de la correspondiente Administración pública y cesa en su prestación de servicios. Y también cabe la posibilidad de que, aunque se haya recurrido inicialmente a una reducción de la jornada de trabajo, posteriormente se pase a una situación de excedencia.

En este caso, como en los ya vistos, la normativa aplicable es diferente para el personal laboral y para el personal funcionario, si bien la filosofía de fondo y gran parte de su contenido es el mismo. Nuevamente, para el personal laboral rige el TRET y para el personal funcionario, según el caso, el TREBEP, la LMRFP o la normativa autonómica correspondiente. Y, en fin, como en los otros supuestos, la normativa funcionarial resulta más favorable que la aplicable al personal laboral.

2. La excedencia por cuidado de hijos o familiares del personal laboral

2.1. Perspectiva legal

El personal laboral de las administraciones públicas tiene derecho, según lo establecido en el artículo 46.3 TRET, a solicitar un período de excedencia no superior a tres años para atender al cuidado de cada hijo (incluidos los supuestos de adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento permanente), a contar desde la fecha del nacimiento o, en su caso, desde la resolución judicial o administrativa por la que se constituye la adopción o el acogimiento. Cabe tener presente, no obstante, que si se opta por la excedencia en el momento del acogimiento del menor, posteriormente no puede disfrutarse aquella en el momento de formalizarse la adopción.

Asimismo, también se tendrá derecho a un período de excedencia, de duración no superior a dos años, salvo que se establezca una duración mayor por convenio colectivo, con el objetivo de atender al cuidado de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad no pueda valerse por sí mismo y no desempeñe una actividad retribuida.

En todos los supuestos, la excedencia implica el cese temporal de la relación laboral (no su extinción), sin derecho a ningún tipo de remuneración por parte de la Administración, a diferencia de lo que ocurre en otros países. Y tampoco se percibe una prestación a cargo del sistema de la Seguridad Social.

En relación con la problemática práctica que plantea esta medida de conciliación de la vida laboral y familiar cabe realizar algunas consideraciones:

1) Nos encontramos, según los tribunales, ante una excedencia especial que tiene su marco legal propio, y constituye un desarrollo del artículo 39 CE. Y su aplicación no puede ser condicionada de ninguna manera por los convenios colectivos (STSJ Islas Baleares [S] 9 de octubre de 2014).

Asimismo, la causa o justificación de esta excedencia es el deseo del legislador de salvaguardar el derecho al empleo de las madres y los padres, lo que posibilita

la protección de la conciliación de la vida profesional y familiar así como del mismo hecho de la maternidad, procurando que del ejercicio de tales derechos, con las consiguientes prerrogativas que lleva consigo, no se pueda derivar el desconocimiento del derecho tanto al trabajo como a la permanencia en el trabajo (SSTSJ Castilla-La Mancha [S] 16 de diciembre de 2013 y 25 de septiembre de 2012).

En la misma línea, la STSJ Andalucía/Granada (S) 25 de julio de 2012 señala que:

[...] el derecho recogido en el art. 46.3 del ET es un derecho que tiene como finalidad [...] la de cooperar al efectivo cumplimiento del deber de los padres de prestar asistencia de todo orden a los hijos, durante su minoría de edad (art. 39.3 Constitución Española), constituye, en efecto, un derecho atribuido por el legislador a trabajadores y empleados públicos en orden a hacer efectivo el mandato constitucional dirigido a los poderes públicos de garantizar el instituto de la familia (artículo 39.1 Constitución Española) [...].

Como en el resto de las figuras analizadas en este trabajo, esa dimensión constitucional determina la existencia de una especial protección de este derecho.

2) En concordancia con lo anterior, los tribunales consideran que se trata de una situación jurídico-laboral que propiamente es distinta de la excedencia forzosa, pero también de la excedencia voluntaria e inmotivada. Y ello se debe tanto al hecho de derivar de una regulación que resulta particular (artículo 46.3 TRET) como al de obedecer a unas situaciones que están particularmente protegidas, como son tanto la conciliación de la vida laboral y familiar (Ley 39/1999, 5 de noviembre), la situación de maternidad y/o paternidad, como también, finalmente, la propia familia constituida (artículo 39 CE).

Además, no debe olvidarse que su regulación está entre una y otra de las dos figuras que son clásicas de la excedencia (voluntaria y forzosa): durante el primer año, se conserva el derecho a la antigüedad y a la reincorporación al mismo puesto de trabajo, como en la forzosa, a la que se asemeja, y a partir de ahí, también se computa a los efectos de la antigüedad el resto del tiempo de excedencia, si bien solamente se le reconoce el derecho a ocupar una vacante similar, como en la voluntaria, a la que en parte se asemeja en ese segundo tramo, aunque mantiene la característica propia de la forzosa del cómputo de la antigüedad si finalmente se produce la reincorporación (STSJ Castilla y León/Valladolid [S] 10 de noviembre de 2010).

3) Como en el caso de la reducción de la jornada, se trata de un verdadero derecho cuyo objetivo es atender al cuidado de los hijos o familiares, siendo estos los directos beneficiarios de la medida (STSJ Cantabria [S] 12 de julio de 2006).

Además, este derecho también beneficia al personal laboral temporal, dada su finalidad y el hecho de que el TRET no exige que se trate de trabajadores con un contrato por tiempo indefinido (STC 240/1999 y SSTSJ Andalucía (S) 9 de mayo

de 2003 y Comunidad Valenciana (S) 14 de septiembre de 2005). Tampoco se exige una antigüedad mínima en la empresa o Administración pública (STSJ Islas Canarias [S] 29 de junio de 2011).

En fin, se trata de un derecho individual de los trabajadores que la Administración está obligada a reconocer si se cumplen los requisitos constitutivos del derecho, sin que la falta de contestación a la solicitud pueda ser considerada en sentido negativo (STSJ Castilla-La Mancha [S] 15 de febrero de 2011).

En ese mismo sentido, la STSJ País Vasco (S) 9 de diciembre de 2014 recuerda que el reconocimiento de la excedencia no se configura como algo discrecional del empleador (que puede reconocer o no en función de sus propias necesidades), ya que solo puede negarlo si no se dan los requisitos precisos para que el trabajador se sitúe en excedencia. Y señala también que la razón de ser de este trámite es doble: *a)* por cuanto su concesión dota al trabajador de seguridad jurídica en orden a justificar sus ausencias al trabajo; y *b)* permite al empleador adoptar las medidas adecuadas para sustituirlo (aunque el precepto legal no establece plazo alguno de antelación de la solicitud o para la respuesta del empleador). Sin embargo, habiendo solicitado el trabajador la excedencia, su ejercicio no está condicionado al reconocimiento por parte del empleador, por lo que las faltas de asistencia desde el momento señalado para su ejercicio están justificadas. En fin, este tipo de excedencia, a diferencia de la excedencia voluntaria, no depende de la concesión por el empleador, sino que constituye un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres (STSJ Cataluña [S] 22 de marzo de 2013).

Por tanto, la Administración está obligada a reconocer la excedencia sin dilaciones arbitrarias, ya que el beneficiario último de la medida es el propio hijo o familiar y el cómputo viene fijado por el nacimiento, la edad, el accidente o la enfermedad y, por tanto, el derecho comienza en ese mismo momento y no permite retrasos contrarios a su propia finalidad.

Asimismo, no puede denegarse la excedencia alegando que la solicitud o la documentación presentada es insuficiente, cuando de ellas se desprenda de forma clara la existencia de una causa o cuando se deduzca, aunque sea de una forma indiciaria, el desvalimiento del familiar, sin perjuicio de que posteriormente se solicite una prueba más precisa.

En fin, se trata de un derecho innegable e inaplazable, por lo que una vez recibida la solicitud, la Administración no puede impedir ni limitar su ejercicio, y tiene que proceder a su concesión, debiendo regirse en todo caso la actuación de ambas partes por el principio de la buena fe (STSJ Madrid [S] 5 de octubre de 2005). Los tribunales reconocen el derecho a una indemnización por daños y perjuicios en el caso de una denegación injustificada de la excedencia.

4) Al tratarse, como hemos visto, de un verdadero derecho, la Administración no puede supeditar el reconocimiento de la excedencia al cumplimiento de unas

determinadas condiciones por parte del trabajador (STSJ Cantabria [S] 12 de julio de 2006).

Sin embargo, los tribunales han avalado la decisión del empleador de negar la excedencia por cuidado de un hijo a una trabajadora que se encontraba, en el momento de la solicitud, en la situación de excedencia voluntaria (STSJ Castilla-La Mancha [S] 16 de diciembre de 2013).

5) Se trata de una medida rígida que, a pesar de que se reconoce como un derecho individual del padre y de la madre, prima que sea uno de ellos quien lo solicite (muy mayoritariamente la madre) y no ambos a la vez, por lo que no se fomenta la corresponsabilidad frente a las responsabilidades familiares.

6) En el caso de la filiación biológica, el menor no puede ser mayor de tres años. Por el contrario, en la filiación adoptiva, la guarda con fines de adopción y el acogimiento, la fecha de tres años cuenta desde la resolución judicial o administrativa en que se acuerda dicha filiación, y el menor puede ser adoptado o acogido cuando tiene más de tres años, lo que supone que se incluyen en este supuesto menores adoptados o acogidos con una edad superior a tres años. Esta diferencia entre la excedencia en caso de filiación adoptiva, guarda con fines de adopción o acogimiento y la excedencia en caso de filiación biológica está justificada por la dificultad que supone la adaptación de los niños adoptados o acogidos a su nueva familia, sin que esta dificultad se limite a los menores que tienen menos de tres años de edad (SSTSJ Aragón [S] 14 de octubre de 2009 y Asturias [S] 30 de diciembre de 2014).

7) Sorprende la diferencia de trato entre el caso de los hijos o menores en situación de guarda con fines de adopción o acogidos y el resto de los familiares del trabajador, ya que mientras que en el primer supuesto la duración máxima de la excedencia puede ser de tres años, en el segundo es de dos años, salvo que se establezca una duración mayor vía convenio colectivo, lo que es muy poco frecuente en la práctica.

A nuestro entender, teniendo en cuenta que nos encontramos en un país claramente envejecido y en el que progresivamente se irán incrementando las personas en situación de dependencia (por edad, discapacidad, enfermedad...), debería equipararse la duración de ambos tipos de excedencia.

8) Los tribunales no mantienen una posición única a la hora de determinar si los hijos mayores de tres años pueden causar derecho a la excedencia por cuidado de familiares. Así, mientras en la STSJ Navarra (S) 23 de febrero de 2006 se admite dicha posibilidad al considerar que ambos tipos de excedencia son totalmente compatibles y, en consecuencia, pueden disfrutarse de una forma sucesiva, la STSJ Aragón (S) 14 de octubre de 2009 se manifiesta en sentido contrario:

[...] si en el primer párrafo del art. 46.3 ET se ha establecido un límite de edad de tres años para los hijos biológicos, justificado por los especiales cuidados que precisan cuando son tan

pequeños, no es dable soslayar este límite acudiendo a la excedencia del segundo párrafo de este precepto cuando se trate de un hijo, como en el presente supuesto, de cinco años de edad, que no consta que esté enfermo, accidentado ni discapacitado, puesto que, a tenor de la exposición de motivos de la norma que la introdujo, esta excedencia tiene por objeto «ocuparse de personas mayores y enfermas, en línea con los cambios demográficos y el envejecimiento de la población» [...].

Por consiguiente, según esta última sentencia, salvo que el hijo esté enfermo, la excedencia para su cuidado se regula en el párrafo primero del artículo 46.3 TRET, y no en el segundo.

9) En el marco de la excedencia por cuidado de familiares es necesario reiterar la crítica ya realizada al tratar de la reducción de la jornada por el mismo motivo: debería ampliarse su ámbito subjetivo más allá del segundo grado de consanguinidad o afinidad e incluir también a los convivientes no familiares, entre ellos la pareja de hecho. Se incluyen los familiares por adopción y el cónyuge, pero no la pareja de hecho y sus familiares, salvo que así se prevea en el correspondiente convenio colectivo.

Respecto a cómo interpretar los requisitos de que el familiar no pueda valerse por sí mismo y que no desempeñe una actividad retribuida, nos remitimos a lo ya señalado al tratar de la reducción de la jornada por cuidado de familiares.

10) Cada nuevo sujeto causante da derecho a un nuevo período de excedencia, lo que implicará, a su vez, poner fin al período anterior que, en su caso, se viniera disfrutando. Los períodos de excedencia no pueden acumularse.

Sin embargo, si se está disfrutando de una excedencia por cuidado de hijos y se produce el hecho causante de una excedencia por cuidado de familiares, el beneficiario puede optar, dadas las diferentes condiciones aplicables, por continuar con el anterior o abrir un nuevo período de excedencia.

11) La excedencia tiene una duración máxima, pero puede disfrutarse de una forma fraccionada en uno o más períodos (de días, semanas, meses, años), con el límite máximo temporal previsto legalmente.

Ello supone que un trabajador, en el caso del cuidado de un hijo recién nacido, con el límite máximo de los tres años de edad, puede disfrutar de varios períodos de excedencia o de uno solo. Por tanto, si opta por un disfrute inicial de un año de duración y se reincorpora posteriormente a la Administración, tiene derecho a solicitar con posterioridad nuevos períodos de excedencia, con el límite de los tres años de edad del menor. Sin embargo, no es posible la excedencia parcial, es decir, por días a la semana, al mes o meses al año, como en otros países.

Cabe tener en cuenta que, conforme a la interpretación judicial, lo que prima es la flexibilidad en el disfrute de la excedencia, como consecuencia de la finalidad que la misma persigue. Así, en la STSJ Cataluña (S) 22 de marzo de 2013, se afirma que:

[...] la propia finalidad de la norma justifica esta flexibilidad en el régimen jurídico aplicable a tan especial excedencia, dejando en manos de los interesados la posibilidad de acomodar su duración hasta el máximo legal en función de las exigencias o conveniencia personal que el cuidado del menor de tres años le imponga, a efectos de que sean los propios padres los que decidan el momento oportuno para reincorporarse al trabajo en razón de la valoración de las circunstancias que en cada momento consideren más beneficiosas para el interés familiar. Goza por tanto el trabajador del derecho a prolongar hasta tres años la situación de excedencia, y también el de poner fin a la misma durante ese período en el momento que estime más oportuno [...].

Asimismo, según la doctrina judicial, aunque el trabajador manifestara inicialmente su voluntad de agotar el tiempo máximo de excedencia, tiene derecho a reincorporarse en cualquier momento anterior. Ello se debe a que corresponde exclusivamente al trabajador decidir el momento oportuno para reincorporarse al trabajo en razón de la valoración de las circunstancias que en cada momento considere más beneficiosas para el interés familiar (STSJ Cataluña [S] 13 de julio de 2004).

12) Según los tribunales, el período de excedencia puede ser mejorado por la vía convencional o individual, al configurarlo el TRET, como hemos visto, como un derecho individual (STSJ Cantabria [S] 29 de abril de 2008).

13) El empleador no puede variar el tipo de excedencia si considera que el trabajador ha incurrido en algún tipo de incumplimiento. Por tanto, no puede variar la calificación de la excedencia por cuidado de hijos o familiares por una excedencia voluntaria, si bien, si lo estima oportuno puede adoptar otro tipo de medidas (por ejemplo, disciplinarias) (STSJ Islas Canarias [S] 20 de septiembre de 2012).

14) Como hemos visto, la excedencia es un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres. Pero al igual que ocurre en el caso de la reducción de la jornada, si dos o más trabajadores de la misma Administración generan el derecho por el mismo sujeto causante, puede limitarse su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de los servicios (se requiere una resolución escrita y adecuadamente motivada, y no se considera suficiente una resolución en términos genéricos). Podría darse, no obstante, un ejercicio sucesivo.

Cabe tener presente, sin embargo, que la citada situación es la única excepción en la que prevalecen las necesidades del servicio frente al derecho del trabajador a la excedencia, y esa prevalencia solo puede ejercitarse de un modo muy concreto: impidiendo el ejercicio simultáneo (STSJ País Vasco [S] 9 de diciembre de 2014).

15) En relación con las consecuencias que para el trabajador tiene el disfrute de una excedencia por cuidado de hijos o familiares, cabe señalar lo siguiente:

a) El período de excedencia –sea cual sea su duración y causa– es computable a los efectos de la antigüedad, y el trabajador tendrá derecho a la asistencia a

los cursos de formación profesional, a cuya participación debe ser convocado por la Administración, especialmente con ocasión de su reincorporación al trabajo. Este último elemento es particularmente importante, ya que, dado que la duración de la excedencia puede ser de hasta tres años, es posible que los conocimientos profesionales del trabajador que recurre a esta medida queden desfasados y ello puede repercutir en sus expectativas profesionales y de desarrollo de una carrera profesional. Por tanto, es importante destacar que el propio TRET obliga a la Administración a seguir formando a aquellos trabajadores que recurren a esta medida de conciliación de la vida laboral y familiar.

En este punto también cabe tener presente que la excedencia –como causa de suspensión del contrato de trabajo– no puede suponer ningún efecto laboral desfavorable para el trabajador, lo que comporta, según los tribunales, que ante una reclamación de aquel, el empleador debe poder justificar las razones que motivaron una determinada decisión. Y ello se debe a la, ya vista, dimensión constitucional de las medidas de conciliación de la vida laboral y familiar, entre las que se encuentra esta excedencia; así, destaca la STSJ Islas Baleares (S) 2 de junio de 2008) que:

[...] la dimensión constitucional [...] de todas aquellas medidas tendentes a facilitar la compatibilidad de la vida laboral y familiar de los trabajadores, tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo (artículo 14 CE) de las mujeres trabajadoras como desde la del mandato de protección a la familia y a la infancia (art. 39 CE), ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa. A ello contribuye el propio precepto legal [...] que posibilita una ponderación de las circunstancias concurrentes dirigida a hacer compatibles los diferentes intereses en juego [...].

En fin, en la misma línea anterior, cabe señalar que el reingreso tras una excedencia por cuidado de hijos no puede suponer la pérdida de un cargo de confianza (STSJ Islas Baleares [S] 2 de junio de 2008), ni tampoco puede ofrecerse dicho reingreso bajo la fórmula de un contrato temporal –cuando se tenía un contrato indefinido–, o con horarios incompatibles con el cuidado de su hijo (STSJ Madrid [S] 11 de noviembre de 2014).

b) El tiempo de excedencia se computa como tiempo de servicios a los efectos de una eventual indemnización por despido improcedente y de los premios por antigüedad, ya que de no ser así se desincentivaría el recurso a esta medida de conciliación y se olvidaría la propia finalidad de la norma. En ese sentido, la STSJ Andalucía/Granada (S) 20 de julio de 2011 señala que:

[...] la norma establece un derecho para el trabajador excedente para el cuidado de un hijo que se incorpora a su relación de trabajo y que consiste en que el tiempo que pase en ella se ha de entender que produce efectos equivalentes a la permanencia real en la empresa, con pro-

yección por tanto en la antigüedad, consecuentemente con dicha argumentación tal beneficio ha de extenderse ahora a los efectos indemnizatorios por despido considerando, por lo tanto, que el tiempo del trabajador en excedencia por cuidado de hijos es «tiempo de servicios efectivos» a tales fines ya que cualquier diferencia de trato en materia de cómputo del tiempo entre estos trabajadores y los que permanecen en activo en la misma empresa constituiría indudablemente un elemento disuasorio para el operario que pretendiera acogerse a esa situación de excedencia, al saber que durante ese tiempo, dejaría de devengar determinados derechos [...].

(También SSTSJ Madrid [S] 28 de abril de 2011 y Navarra [S] 16 de junio de 2011.)
En el mismo sentido, la STSJ Galicia (S) 3 de noviembre de 2009 manifiesta que:

[...] el tiempo que pase en ella se ha de entender que produce efectos equivalentes a la permanencia real en la empresa, con proyección por tanto en la antigüedad, consecuentemente con dicha argumentación tal beneficio ha de extenderse ahora a los efectos indemnizatorios por despido considerando, por lo tanto, que el tiempo del trabajador en excedencia por cuidado de hijos es «tiempo de servicios efectivos» a tales fines ya que cualquier diferencia de trato en materia de cómputo del tiempo entre estos trabajadores y los que permanecen en activo en la misma empresa constituiría indudablemente un elemento disuasorio para el operario que pretendiera acogerse a esa situación de excedencia, al saber que durante ese tiempo, dejaría de devengar determinados derechos [...].

c) Como veremos en un apartado posterior,²⁰ el disfrute de una excedencia por cuidado de familiares puede tener efectos negativos desde la perspectiva de la Seguridad Social, lo que contradice la voluntad de fomentar la conciliación de la vida laboral y familiar.

d) Como vimos, durante el primer año de excedencia, el trabajador tiene derecho a la reserva de su puesto de trabajo y durante los dos años siguientes la reserva queda referida a un puesto de trabajo del mismo grupo profesional. En este último supuesto, los tribunales señalan que el único límite es la pertenencia del nuevo puesto de trabajo al mismo grupo profesional, siendo posible, en su caso, una modificación de la jornada de trabajo desarrollada con anterioridad al período de excedencia (STSJ Madrid [S] 19 de octubre de 2004).

Como una situación particular, cabe destacar que si el trabajador forma parte de una familia que tenga reconocida oficialmente la condición de familia numerosa, la reserva de su puesto de trabajo se extiende hasta un máximo de quince meses cuando se trata de una familia numerosa de categoría general y hasta un máximo de dieciocho meses si es de categoría especial. Asimismo, por convenio colectivo puede extenderse la reserva del puesto de trabajo a todo el período de duración de la excedencia (STSJ Islas Canarias [S] 29 de junio de 2011).

20. *Vid. infra* apartado 4.

El derecho a la reserva del puesto de trabajo se mantiene durante el primer año de excedencia, con independencia del momento en que esta se inicie, sin superar, lógicamente, el período máximo legalmente previsto (STSJ Castilla y León/Valladolid [S] 10 de noviembre de 2010).

e) En relación con las condiciones de reingreso, el Tribunal Supremo ha señalado que se diferencian nítidamente dos casos, pero partiendo de una premisa común, la reserva, en ambos supuestos, del puesto de trabajo. Así, durante el primer año, el trabajador tiene derecho a la reserva de su puesto de trabajo. Pero si el período de excedencia se prolonga, la reserva queda referida, como hemos señalado, a un puesto de trabajo del mismo grupo profesional. Pero a ello añade, en la STS (S) 23 de septiembre de 2013, que:

— Aunque la excedencia por cuidado de hijo tiene naturaleza voluntaria, sus efectos jurídicos son los propios de la excedencia forzosa.

— No nos encontramos ante un derecho ejercitable en el momento en que el trabajador excedente solicita su reincorporación a la empresa o Administración, ya que esta tiene la obligación de reservarle –conservarle– su puesto de trabajo durante el primer año o un puesto del mismo grupo profesional si la excedencia se prolonga transcurrido el año.

— La comunicación al trabajador por parte del empleador de que el reingreso no es posible por no existir una vacante del grupo profesional no constituye un despido, sino una negativa a la acción de derecho al reingreso, entendiéndose que aquel no enuncia una posible extinción del contrato de trabajo sino que alega una causa que justifica la negativa a la reincorporación. Por tanto, no puede acudir, en este caso, al procedimiento de reclamación por despido, sino que debe recurrirse al proceso ordinario.

— La reincorporación tardía del trabajador excedente da lugar a una indemnización por daños y perjuicios, cuya cuantía se cifra en principio en los salarios dejados de percibir a causa del incumplimiento (desde la fecha de finalización del período de excedencia) si bien el trabajador puede acreditar unos daños y perjuicios superiores.

— En fin, la ejecución de la sentencia que declarase el derecho a la inmediata reincorporación del trabajador gozaría de la protección que es propia de la tutela ejecutiva (art. 241 LRJS) y que sería la correspondiente a los intereses constitucionales transgredidos por la decisión del empleador, de manera que se alcanzaría así por esta vía una protección similar a la establecida para los supuestos de despido declarado nulo, con la ventaja añadida de que para el ejercicio de la acción opera el plazo de prescripción de un año (art. 59.1 TRET).

Cabe tener en cuenta, no obstante, que, si el empleador se niega a la reincorporación –expresa o tácitamente (por ejemplo, dando de baja al trabajador en la Seguridad Social)–, este debe interponer la acción de despido (STSJ Castilla-La Mancha [S] 2 de octubre de 2014), y si el despido es declarado nulo, el trabajador

tiene derecho a la reincorporación así como al pago de los salarios desde la fecha en que debería haberse reincorporado y a la correspondiente indemnización por daños y perjuicios (se deberán justificar los motivos que la fundamentan). Y, en todo caso, la carga de la prueba de la ausencia de vacante recae sobre el empleador, que dispone de más elementos probatorios, aunque se trate de un hecho negativo (STSJ Andalucía/Granada [S] 25 de julio de 2012).

f) Como señalamos anteriormente, una vez transcurrido el primer año, los tribunales admiten que la reincorporación a un puesto de trabajo del mismo grupo profesional conlleve una alteración de las condiciones de trabajo, incluso sustancial, sin que para llevar a cabo dicha modificación deba acudir al procedimiento de modificación sustancial de las condiciones de trabajo recogido en el artículo 41 TRET.

Sin embargo, en caso de impugnarse los términos de la reincorporación, el empleador debe poder justificar los motivos que le llevaron a alterar las condiciones de trabajo de un modo manifiesto, ya que se trata de un derecho –la excedencia– con una dimensión constitucional. En consecuencia, dada esa dimensión constitucional, el empleador está obligado, en la medida de sus posibilidades, a reponer al trabajador sin alterar sus condiciones de trabajo o, en otro caso, debe poder justificar de un modo adecuado la concurrencia de los motivos que le han llevado a modificar esas condiciones, de manera que se ponga de manifiesto que tal alteración no es contraria al ejercicio del derecho a la excedencia en su dimensión constitucional y que no supone entorpecer ilícitamente el ejercicio legítimo del derecho. De no poder justificarse, y siendo la afectada una trabajadora, los tribunales han calificado la modificación de las condiciones de trabajo (un cambio de la jornada de trabajo) como nula, al considerar que se había incurrido en una discriminación por razón de sexo prohibida por el artículo 14 CE (STSJ La Rioja [S] 5 de octubre de 2012).

A lo que cabe añadir que, en el caso de la reincorporación durante el primer año de excedencia, solo podría aceptarse el cambio de puesto de trabajo ante una imposibilidad manifiesta y acreditada, previa explicación detallada de la causa, y no bastaría una referencia genérica a «cuestiones organizativas y de producción» (STSJ Asturias 19 de octubre de 2012).

g) Los tribunales también han señalado que: 1) se presume que la reincorporación tardía del trabajador excedente da lugar a una indemnización por daños y perjuicios; 2) la cuantía de la indemnización se cifra en principio en los salarios dejados de percibir a causa de la conducta de incumplimiento del empleador desde la conciliación o reclamación administrativa previas a la reclamación judicial, o desde esta última si por una u otra razón se ha interpuesto antes; 3) corresponde al trabajador la acreditación de los daños y perjuicios superiores que considere que se han producido; y 4) corresponde al empleador la acreditación de los hechos impositivos de las indemnizaciones reclamadas (STSJ Madrid 11 de noviembre de 2014).

h) Cabe tener presente que, conforme a lo previsto en los artículos 53.4 y 55.5.b TRET, es nulo el despido de un trabajador que ha solicitado o esté disfrutando de

una excedencia por cuidado de hijos o familiares, con la consiguiente readmisión en la Administración y pago de las remuneraciones adeudadas así como el alta en la Seguridad Social, salvo que aquella pueda demostrar una razón que justifique dicho despido (como ejemplos, cabe citar las SSTSJ Castilla y León/Valladolid [S] 17 de octubre de 2012 y 10 de noviembre de 2010, Islas Canarias [S] 25 de noviembre de 2011 y Comunidad Valenciana [S] 28 de mayo de 2008). Como en el resto de casos examinados en este trabajo, esa nulidad se produce de una forma automática, sin necesidad de que el trabajador aporte indicio alguno de discriminación.

En este sentido, en la STSJ Andalucía/Granada (S) 25 de julio de 2012 se manifiesta que:

[...] la dimensión constitucional de este derecho determina la existencia de una especial protección al ejercicio del mismo que se traduce en la nulidad del despido regulada en el artículo 55.5.b del ET de los trabajadores que hayan solicitado o estén disfrutando la excedencia prevista en el apartado 3 del artículo 46 en los términos y condiciones reconocidos en esa Ley. Dicho precepto determina la declaración de nulidad de toda decisión extintiva empresarial que tenga por objeto vulnerar o bien el derecho a la excedencia por cuidado de hijo menor o el derecho a la reserva del puesto de trabajo del trabajador que disfruta la excedencia [...].

Y también se considera un despido nulo la no readmisión de una trabajadora tras una excedencia por cuidado de un hijo, para lo que se alega que el contrato de obra o servicio determinado –cuya causa no se justifica– ha finalizado. Así, en la STSJ Galicia (S) 23 de noviembre de 2011 se señala que:

[...] concurre el denunciado y apreciado fraude de ley en la contratación, en los términos previstos en el artículo 6.4 del Código Civil, con la consecuencia establecida en el artículo 15.3 del Estatuto de los Trabajadores de que el contrato debe entenderse concertado por tiempo indefinido y, en consecuencia que la falta de incorporación de la trabajadora a su puesto de trabajo, tras el disfrute del período de excedencia por cuidado de hijo, el 7 de enero de 2001 por habersele denegado la empresa el 7 de enero de 2001, tras su solicitud de reincorporación efectuada el 21 de diciembre de 2010, alegando fin de contrato, debe ser conceptuada como un despido, que debe ser calificado como nulo, a tenor de lo dispuesto en el artículo 55.5.b) del Estatuto de los Trabajadores [...].

i) Durante la situación de excedencia, el trabajador tiene derecho a seguir desarrollando sus funciones como representante del personal, ya que aquella solo tiene efectos sobre las obligaciones recíprocas de trabajar y retribuir el trabajo, sin que sea obstáculo para el acceso y la permanencia del trabajador en el lugar de trabajo a los efectos de realizar las actividades derivadas de su representación (STSJ País Vasco [S] 11 de abril de 2006).

16) Aunque pueda sorprender, los tribunales admiten que la excedencia por cuidado de hijos o familiares sea compatible con el desarrollo de otra actividad laboral o profesional, siempre que esta no resulte concurrente con la actividad laboral anterior y sea compatible con la vida familiar y la labor de cuidado (una mayor libertad de horarios, utilización de medios informáticos para desarrollar el trabajo, que el nuevo lugar de trabajo esté más cerca del domicilio, etc.) (STSJ Cantabria [S] 12 de julio de 2006). En este mismo sentido se ha manifestado más recientemente la STS (S) 10 de febrero de 2015: «[...] en la medida en que el nuevo trabajo resulta compatible con el cuidado del menor, no se le deben anudar a la legítima aspiración de la madre trabajadora de obtener algunos ingresos –que ha dejado de obtener precisamente por la excedencia para el cuidado de hijos– unas consecuencias tan negativas [...]»; que considera asimismo que el trabajo desarrollado no tiene por qué ser ocasional, de poca duración o a tiempo parcial con una escasa duración horaria, ya que el único criterio válido es el de que resulte compatible con el adecuado cuidado del menor.

Y, en fin, en la misma línea, la STSJ Castilla y León/Valladolid (S) 17 de octubre de 2012 señala que la excedencia por cuidado de hijos...

[...] no impone la obligación del excedente de abstenerse de prestar servicios en la misma o en distinta actividad para otro empleador, obligación que solo surgiría de acuerdo con lo convenido en materia de pacto de plena dedicación [...] Por lo demás, ni el trabajo a media jornada resulta manifiestamente incompatible con la finalidad de la excedencia mencionada, ni el empresario tiene la potestad de decidir cómo y cuándo debe cuidar de su hijo la mujer trabajadora [...].

Y, por su parte, la STSJ Castilla-La Mancha (S) 15 de febrero de 2011 afirma que:

[...] la prohibición de trabajar durante la excedencia para cuidado de hijos significaría, de un lado, privar al trabajador de obtener ingresos para cubrir las necesidades del hijo; de otro, se estaría primando solo a los trabajadores con más recursos económicos que puedan permitirse la ausencia de ingresos; y sobre todo, que la decisión de cómo se debe atender al hijo corresponde únicamente al padre o madre, pues de lo contrario estaríamos tropezando, utilizando las palabras de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid antes citada, «con una especie de disciplina social en virtud de la cual se controla el comportamiento de la persona», especialmente grave en casos similares al presente, por cuanto afectan generalmente al colectivo femenino, con la carga de discriminación que ello comporta; sin que pueda olvidarse el criterio del Tribunal Constitucional referido a que el objetivo primordial de las medidas que coadyuvan a lograr una conciliación de la vida familiar y laboral es evitar la discriminación laboral –especialmente de la mujer– y asegurar una efectiva igualdad de oportunidades (STC 3/07, de 15-1) [...].

(También SSTSJ Andalucía/Sevilla [S] 22 de febrero de 2012 y Madrid [S] 15 de abril de 2009.)

Cabe tener presente, no obstante, que, aun admitiéndose la posibilidad de desarrollar una actividad laboral o profesional (trabajo autónomo) durante la vigencia de una excedencia, tal posibilidad tiene límites y, en consecuencia, cabe el despido del trabajador cuando su conducta es constitutiva de una transgresión de la buena fe contractual (STSJ Islas Canarias [S] 29 de junio de 2011, referente a un trabajador que pasa a prestar sus servicios en otra empresa del mismo sector de actividad sin comunicarlo, trabaja el mismo número de horas e incluso se compromete a una mayor disponibilidad horaria y acepta un horario flexible en función de las necesidades organizativas de la nueva empresa). Y en la misma línea se sitúa la STSJ País Vasco (S) 26 de febrero de 2008, sobre solicitud de excedencia para trabajar en una empresa de la competencia.

Y, por último, para los tribunales, un período de excedencia es compatible con la realización de un período de formación especializada con un horario adaptado a la conciliación de la vida familiar (STSJ Castilla y León/Valladolid [S] 19 de abril de 2010). Y junto con ello, no puede negarse la reincorporación al trabajo por el hecho de que el trabajador haya desarrollado una actividad laboral que resultaba más favorable desde la perspectiva de la conciliación de la vida laboral y familiar. Así, en la STSJ Madrid (S) 15 de abril de 2009 se señala:

[...] no encontramos razón alguna para denegarle el derecho a la reserva del puesto ni para afirmar que incumplió deber alguno legalmente impuesto, al aceptar un empleo que, objetivamente, facilitaba en ciertos aspectos la conciliación de su deseo legítimo de trabajar y atender a su familia, sin ser excluida del mercado laboral y de la posibilidad de obtener unos ingresos que, como hemos dicho, también contribuyen al cuidado que se trata de preservar [...].

17) Cabe señalar que, tal y como recuerdan los tribunales, el TRET no prevé para este tipo de excedencia un plazo de preaviso formal para la reincorporación del trabajador, y menos aún, que el incumplimiento del plazo de preaviso previsto en el convenio colectivo comporte la renuncia al puesto de trabajo para el que la Ley fija la reserva (STSJ Canarias [S] 28 de junio de 2002). En todo caso, la negativa del empleador a una petición de reingreso extemporánea no constituye un despido (STSJ Andalucía/Sevilla [S] 1 de julio de 2009).

Sin embargo, el empleador sí debe tener conocimiento de la situación concreta de que se trata (razón de la excedencia, duración, etc.) para organizar sus recursos humanos y/o productivos, por lo que es razonable que el trabajador le comunique su voluntad de situarse en situación de excedencia (STSJ Castilla-La Mancha [S] 15 de febrero de 2011).

A lo que cabe añadir que los tribunales admiten el derecho a la reincorporación anticipada al plazo inicialmente solicitado por el trabajador, fundamentándose en

tres argumentos: 1) se trata de un derecho individual del que puede desistirse; 2) la propia ley reconoce el derecho a fraccionar el período de excedencia; y 3) la finalidad de la norma (conciliar la vida personal y laboral de los trabajadores) ha de dotar de la flexibilidad y adaptabilidad en el ejercicio del derecho que sirvan al cumplimiento de tal fin. Por tanto, siendo la excedencia un derecho del trabajador, no cabe duda de que este puede desistir de su ejercicio y solicitar el reingreso en cualquier momento anterior al vencimiento del plazo pactado respetando los plazos de preaviso (STSJ Cataluña [S] 22 de marzo de 2013).

18) El derecho de reserva derivado de la excedencia por cuidado de hijos se configura como un derecho de mayor relevancia e intensidad que el que ostenta el excedente voluntario (STSJ La Rioja [S] 11 de abril de 2012).

19) Por último, cabe destacar que si surgen discrepancias entre el trabajador y la Administración en cuanto al disfrute de la excedencia habrá que acudir a la jurisdicción social y presentar la correspondiente demanda.

2.2. El papel de la negociación colectiva

En relación con la forma como los convenios colectivos de las entidades locales en el ámbito estatal incorporan esta medida de conciliación de la vida laboral y familiar, cabe afirmar lo siguiente:

1) Algún convenio colectivo recoge en esta materia el régimen más favorable presente en la normativa de función pública, con una remisión expresa a lo previsto en la LMRFP, lo que implica: *a)* la extensión de la excedencia por cuidado de familiares a los tres años de duración; y *b)* durante los dos primeros años se tiene derecho a la reserva del puesto de trabajo y durante el tercer año la reserva queda referida a un puesto de trabajo de la misma localidad y de igual nivel y retribución (CC2).

2) Algún convenio reproduce lo establecido en la normativa funcionarial y distingue, además, entre los trabajadores fijos y el personal laboral interino; y para este último supuesto, señala que podrá disfrutar de la excedencia, si bien la reserva del puesto de trabajo se mantendrá únicamente mientras ese puesto no se provea de forma reglamentaria (CC3).

3) Algún convenio se remite a lo dispuesto en el artículo 46 TRET y, subsidiariamente, y en la medida en que no sea incompatible, a lo previsto en el artículo 89.4 TREBEP, si bien posteriormente reproduce casi literalmente lo previsto en ese último precepto (CC5).

4) Algún convenio solo se refiere al personal laboral fijo –lo que resulta discutible, dada la doctrina judicial existente al respecto– y señala que las excedencias se regularán por lo dispuesto en el TREBEP en lo que resulte compatible con el TRET (CC6).

5) Algún convenio colectivo enumera, entre los tipos de excedencia a que tienen derecho los trabajadores del Ayuntamiento, la excedencia por cuidado de familiares, pero posteriormente no la regula (CC7).

6) De forma discutible, algún convenio colectivo limita el acceso a la excedencia por cuidado de familiares al personal fijo de plantilla con una antigüedad de, al menos, un año en el Ayuntamiento; exige, además, que haya transcurrido un año desde el final de la anterior excedencia (CC8). Esta regulación convencional vulnera lo previsto en el artículo 46.3 TRET.

7) En algún convenio se establece expresamente para el caso de la excedencia por cuidado de hijos que esta se puede disfrutar en un período único o de una forma fraccionada, y en el supuesto de la excedencia por cuidado de familiares su duración se limita a un año (lo que contraviene la duración de dos años establecida en el TRET). También se prevé expresamente que la excedencia es incompatible con la realización de cualquier actividad remunerada, excepto las autorizadas y reguladas por la Ley de Incompatibilidades (CC9).

8) Algún convenio colectivo se remite en materia de excedencia a lo dispuesto en general por la normativa vigente y en especial a la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de conciliación de la vida familiar y laboral, así como al Acuerdo 21/2006, para la Conciliación de la Vida Personal y Laboral en la Administración (Plan Concilia) (CC10).

9) En fin, algún convenio colectivo ni siquiera hace referencia a este tipo de excedencia, a pesar de ser una figura muy conocida (CC4).

3. La excedencia voluntaria para el cuidado de hijos o familiares del personal funcionario

3.1. La regulación del TREBEP

En el artículo 89.4 TREBEP (aplicable a los funcionarios de las administraciones locales) se establece que los funcionarios de carrera tienen derecho a un período de excedencia de duración no superior a tres años para atender al cuidado de cada hijo, tanto cuando lo sea por naturaleza como por adopción, o de cada menor sujeto a guarda con fines de adopción o acogimiento permanente, a contar desde la fecha de nacimiento o, en su caso, de la resolución judicial o administrativa.

Asimismo, los funcionarios también tienen derecho a un período de excedencia de duración no superior a tres años, para atender al cuidado de un familiar que se encuentre a cargo, hasta el segundo grado inclusive de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad no pueda valerse por sí mismo y no desempeñe una actividad retribuida.

Y a lo anterior cabe añadir que:

1) El período de excedencia es único para cada sujeto causante. Cuando un nuevo sujeto causante dé origen a una nueva excedencia, el inicio del período de esta pone fin al que se viniera disfrutando.

2) Cuando dos funcionarios generasen el derecho a disfrutar de una excedencia por el mismo sujeto causante, la Administración puede limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas relacionadas con el funcionamiento de los servicios. Esta decisión debe constar por escrito y estar suficientemente motivada (no resultaría admisible, como hemos venido señalando, una resolución genérica).

3) El funcionario en situación de excedencia puede participar en los cursos de formación que convoque la Administración, con lo que se pretende, al igual que en el caso del personal laboral, que el recurso a esta medida de conciliación de la vida laboral y familiar no provoque efectos negativos en el desarrollo de la correspondiente carrera profesional (particularmente cuando se trata de una excedencia de larga duración). Por tanto, la Administración debe convocar a los cursos de formación a los funcionarios que se encuentren disfrutando de este tipo de excedencia.

4) El tiempo de excedencia computa a los efectos de trienios, carrera y derechos en el régimen de Seguridad Social que sea de aplicación. Asimismo, el puesto de trabajo desempeñado se reserva, al menos, durante dos años. Transcurrido ese período, dicha reserva lo es para un puesto en la misma localidad y de igual retribución. En este punto cabe señalar, ya que el artículo 89.4 TREBEP no lo distingue, que esa reserva se refiere al puesto de trabajo desempeñado por el funcionario, ya sea provisional o definitivo (STSJ Murcia [CA] 9 de diciembre de 2014).

En relación con la regulación de la excedencia cabe realizar algunos apuntes:

a) Se trata de un verdadero derecho cuya finalidad es atender al cuidado de los hijos o familiares, siendo estos los beneficiarios directos de la medida de conciliación. En palabras de la STSJ Murcia (CA) 9 de diciembre de 2014: «[...] la excedencia por cuidado de hijo tiene por finalidad el cuidado del menor de conformidad con la política de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras y de protección de la familia que propugna el art. 39.1 de la Constitución [...]».

La Administración está obligada a conceder la excedencia sin dilaciones arbitrarias, ya que el beneficiario último de la medida es el propio hijo o familiar, y el cómputo de la excedencia viene determinado por el nacimiento, la edad, el accidente o la enfermedad, y, por tanto, el derecho comienza en ese mismo momento y no permite retrasos contrarios a su propia finalidad. Asimismo, no puede denegarse la excedencia alegando que la solicitud o la documentación presentadas son insuficientes, cuando de estas se desprende de una forma clara la existencia de una causa o cuando se deduzca, aunque sea de una manera indiciaria, el desvalimiento del familiar, sin perjuicio de que con posterioridad se solicite una prueba más precisa. En fin, se trata de un derecho innegable e inaplazable, por lo que, recibida la solicitud, el empleador no puede impedir ni limitar su ejercicio y tiene que proceder a su concesión, debiendo regirse en todo caso la actuación de ambas partes por el principio de la buena fe (STSJ Madrid [S] 5 de octubre de 2005). Los tribunales han reconocido el derecho a una indemnización por daños y perjuicios en el supuesto de denegación injustificada de una excedencia (STSJ Canarias [S] 30 de septiembre de 2003).

b) La duración máxima de la excedencia es de tres años, por lo que cabe una duración menor, en función de lo que solicite el funcionario de acuerdo con sus propias circunstancias familiares. Tal y como vimos al referirnos al personal laboral, a nuestro entender sería posible un disfrute fraccionado y sucesivo de la excedencia con el único límite de no poder superar el período máximo de tres años.

Sin embargo, en el caso de los funcionarios públicos, la jurisdicción contencioso-administrativa lleva a cabo una interpretación restrictiva de los términos del artículo 89.4 TREBEP, de manera que impide ese disfrute fraccionado y admite un único período de disfrute de la excedencia por cada sujeto causante. Esta posición se recoge en la STSJ Madrid (CA) 9 de julio de 2010, en la que se afirma:

[...] en este caso la parte apelada ya solicitó el período de excedencia para el cuidado de su hijo, que se concedió desde el 13 de junio de 2005 hasta el 12 de junio de 2008 [...] reincorporándose al servicio activo con fecha 6 de octubre de 2006, resultando de todo ello, que ya ha disfrutado de su período de excedencia para cuidar al hijo, al ser este un período único, según la tesis de la Administración, y que, entendemos es la correcta, a tenor de la normativa de aplicación, tanto el vigente artículo 89.4 del EBEP, como el anterior artículo 29.4 de la Ley 34/84 [...] a partir de la cual, no es posible entender que, dicha regulación legal ampare la posibilidad de temporalizar la concesión de excedencia para el cuidado de los hijos a gusto del funcionario interesado ya que el período de excedencia, en efecto, es único por cada sujeto causante [...] lo que determina que una temporalización de diversos períodos de excedencia por la misma circunstancia, como se pretende, sea inviable, pues la norma que es aplicable no lo permite [...] con independencia de que el funcionario afectado decida, porque así lo necesita, prolongar el período hasta el límite permitido, esto es tres años, o decida poner fin al período, según sus circunstancias y necesidades, antes de que el citado período finalice, como ocurrió en el caso analizado [...].

(También SSTSJ Castilla-La Mancha [CA] 1 de abril de 2011 y Madrid [CA] 31 de octubre de 2013 y 21 de octubre de 2011.)

c) En concordancia con lo anterior, según los tribunales, aunque el funcionario manifieste inicialmente su voluntad de agotar el tiempo máximo de excedencia, tiene derecho a reincorporarse en cualquier momento anterior. Ello se debe a que corresponde al beneficiario decidir el momento oportuno para reincorporarse al trabajo en razón de la valoración de las circunstancias que en cada momento considere más beneficiosas para el interés familiar (STSJ Cataluña [S] 13 de julio de 2004).

d) No es posible la excedencia parcial, esto es, por días a la semana, al mes o meses al año.

e) En cuanto a los beneficiarios, en el caso de los hijos, si se ha optado por la excedencia en el momento del acogimiento, se excluye su disfrute al producirse la adopción del mismo menor.

Respecto a los familiares, se incluye el cónyuge del funcionario solicitante, pero no a la pareja de hecho y sus familiares. Asimismo, cabe criticar la limitación del grado de parentesco únicamente al segundo grado de consanguinidad o afinidad.

Cabe tener presente también que cuando se trata de familiares, estos deben estar a cargo del funcionario solicitante, lo que no exige, sin embargo, la necesaria convivencia con el familiar ni que este se encuentre a su exclusivo cuidado.

En fin, los términos «no pueda valerse por sí mismo» y «no desempeñe una actividad retribuida» deben interpretarse de la misma forma ya vista al tratar de la reducción de la jornada por cuidado de familiares.

f) Si dos funcionarios causan derecho a disfrutar de esta excedencia por el mismo sujeto causante, la Administración puede limitar su ejercicio simultáneo por

razones justificadas relacionadas con el funcionamiento de los servicios; no obstante, puede darse un disfrute sucesivo.

Obviamente, ese límite no resulta aplicable cuando se trata de dos sujetos causantes distintos (por ejemplo, un funcionario solicita la excedencia para poder cuidar de su padre, y su mujer –también funcionaria en la misma Administración– la pide para poder cuidar de su hijo), aun cuando este resultará un supuesto muy poco frecuente ya que no se recibe ninguna remuneración durante la excedencia.

g) El tiempo de la excedencia no computa como tiempo de servicio activo, por cuanto tal efecto no aparece recogido en la normativa. En este sentido se manifiesta la STSJ Andalucía/Granada (CA) 27 de diciembre de 2011:

[...] los efectos de la excedencia de que se trata se regulan exhaustivamente limitándose al reconocimiento del tiempo transcurrido en dicha situación a los efectos de trienios, consolidación de grado personal y derechos pasivos, así como, durante el primer año de excedencia, a la reserva del puesto de trabajo que desempeñaban. Pretender como hace la recurrente el cómputo de dicho tiempo como de servicio activo supone una extensión de los efectos de la indicada excedencia mucho más allá de lo querido por el indicado precepto y resulta además contrario a la finalidad del texto legal resultando además una interpretación asistemática del precepto puesto que supondría la asimilación de los supuestos de excedencia en que no existe una situación administrativa de servicio activo, con los de licencias y servicios en que permaneciendo una situación de servicio activo existe una interrupción en la prestación de servicios por el funcionario que las disfruta. De esta manera no resulta posible de acuerdo con la legislación de aplicación acceder a la pretensión de la actora que supondría reconocer a la situación de excedencia unos efectos que no son los atribuidos por el legislador a dicha situación administrativa [...].

Solución que también se aplica cuando lo que se pretende es que el tiempo de excedencia compute como tiempo de prestación de servicios a los efectos de una baremación para la provisión de plazas. Así, en la STSJ Andalucía/Granada (CA) 28 de noviembre de 2011 se afirma:

[...] dada literalidad de la ley no puede concluirse otra cosa que la recurrente pretende el reconocimiento de un derecho no amparado por el ordenamiento jurídico pues su pretensión supone que la Sala reconozca la ficción de que el tiempo disfrutado en situación de excedencia ha sido real y efectivamente trabajado a los efectos de la consideración como experiencia profesional en el proceso selectivo, lo que excede de los efectos legales asociados a la situación de excedencia voluntaria y supondría la asimilación de los efectos de la indicada situación administrativa a la de los propios de los permisos y licencias, en los que el período de interrupción de la prestación del servicio se considera como tiempo de servicio activo a todos los efectos [...].

(También STSJ Andalucía/Granada [CA] 14 de noviembre de 2012, referida a la inclusión del tiempo de la excedencia en los certificados de experiencia profesional, y STSJ Andalucía/Málaga [CA] 17 de noviembre de 2011, respecto a la consideración de ese período como experiencia previa para el acceso a la función pública.)

A nuestro entender, esa doctrina judicial, aunque ciertamente fundamentada en una interpretación literal de lo señalado en la normativa –tanto el TREBEP como la normativa autonómica–, resulta discutible desde la perspectiva de la discriminación indirecta por razón de sexo, puesto que afecta muy mayoritariamente a las mujeres e implica un resultado desfavorable, a lo que cabe añadir que desincentiva el recurso a las medidas de conciliación (en contra de la lógica del propio Tribunal Constitucional).

h) Cabe tener muy presente que, según la jurisdicción contencioso-administrativa, vía negociación colectiva no puede extenderse el derecho a la reserva del puesto de trabajo a todo el período de la excedencia, ya que ello contradice el régimen legal vigente (STSJ Comunidad Valenciana [CA] 28 de enero de 2009).

i) Tal y como apuntábamos anteriormente, el funcionario que disfruta de esta excedencia no recibe remuneración ni tampoco una prestación a cargo del sistema de Seguridad Social. A lo que cabe añadir que, tal y como veremos en el siguiente apartado, el recurso a la excedencia por cuidado de familiares puede tener efectos negativos a la hora de acceder a las prestaciones futuras a cargo del sistema de Seguridad Social, particularmente en el caso de las pensiones por incapacidad permanente y jubilación.

Por último, en el ámbito estatal cabe recordar que los mismos términos empleados en el TREBEP se encuentran recogidos, para el personal de la Administración General del Estado, en el artículo 29.4 LMRFP.

3.2. La normativa autonómica

Entrando ya en la normativa aplicable a los funcionarios autonómicos, la normativa autonómica, aunque recoge un modelo común de fondo, presenta algunos matices interesantes. En este ámbito cabe destacar lo siguiente:

1) En los casos de Castilla y León y Madrid, en los artículos 92 LFPCL y 59 bis LFPM se prevé lo siguiente:

— Se tiene derecho a un período de excedencia de duración no superior a tres años para atender al cuidado de cada hijo, tanto cuando lo sea por naturaleza como cuando lo sea por adopción o acogimiento permanente o preadoptivo, a contar desde la fecha de nacimiento o, en su caso, de la resolución judicial o administrativa.

— La excedencia tiene una duración no superior a un año cuando se trata de familiares de hasta el segundo grado inclusive de consanguinidad o afinidad que,

por razones de edad, accidente o enfermedad o discapacidad, no puedan valerse por sí mismos y no desempeñen una actividad retribuida. Resulta evidente que la duración de este tipo de excedencia es inferior a la prevista en el TREBEP.

— Se reconoce expresamente que la excedencia constituye un derecho individual de los funcionarios. Y en caso de que dos funcionarios fueran titulares del derecho a disfrutarla por el mismo sujeto causante, la Administración puede limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas relacionadas con el funcionamiento de los servicios. Tal y como afirmamos anteriormente, este límite no resulta aplicable cuando se trata de dos sujetos causantes distintos.

— El período de permanencia en situación de excedencia computa a los efectos de trienios, consolidación de grado personal y derechos pasivos. Durante el primer año el funcionario tiene derecho a la reserva del puesto de trabajo y transcurrido ese período, dicha reserva afecta a un puesto en la misma localidad y de igual nivel y retribución.

— Y, en fin, también se establece que el derecho a la reserva del puesto de trabajo durante el primer año se extenderá hasta un máximo de quince meses cuando se trate de miembros de unidades familiares que tengan reconocida la condición de familia numerosa de categoría general, y hasta un máximo de dieciocho meses si tienen la condición de familia numerosa de categoría especial.

2) En Murcia, si bien la excedencia por cuidado de hijos se regula de forma semejante a lo señalado para el caso de Castilla y León y Madrid, para la excedencia por cuidado de familiares el artículo 59.2 LFPMU se remite a lo establecido en la legislación básica del Estado.

3) En el caso de las Islas Baleares, el artículo 105 LFPIB reconoce la excedencia por cuidado de hijos –por naturaleza, adopción o acogimiento (permanente o preadoptivo)– por un período no superior a tres años, y la excedencia para el cuidado de un familiar a cargo directo –sin concretar el grado de parentesco– por un período no superior a un año. Asimismo, se reconoce expresamente el derecho a acceder a esta medida de conciliación al personal funcionario interino, si bien la reserva del puesto de trabajo se mantiene únicamente mientras el puesto no se provea reglamentariamente. En todo caso, el período de permanencia en esta situación da lugar a la reserva del puesto de trabajo y es computable a los efectos de trienios y de consolidación del grado personal.

4) En Galicia, la regulación de la excedencia coincide con lo previsto en el TREBEP y hace hincapié expresamente en que la excedencia constituye un derecho individual de todos los funcionarios (art. 57.4 LFPG).

Por otra parte, el artículo 38 LIMHG, con una perspectiva diferente a las anteriores, prevé que en las pruebas de promoción interna que comprendan la valoración de méritos se establecerá una puntuación específica –que se graduará en función del tiempo utilizado– para aquellos funcionarios que hubieran accedido a una excedencia para el cuidado de familiares en los últimos cinco años.

Y con el mismo objetivo incentivador, también se establece en la normativa gallega que tienen preferencia a la hora de participar en los cursos de formación organizados por la Administración aquellos funcionarios o funcionarias que estén utilizando o hayan acudido en los últimos dos años a una excedencia por cuidado de familiares (art. 45 LIMHG).

5) En Extremadura también se recoge lo establecido en el TREBEP, pero con dos matices interesantes: por un lado, el derecho a la reserva del puesto de trabajo y al cómputo a efectos de trienios y carrera profesional alcanza a toda la duración de la excedencia y, en consecuencia –a diferencia del TREBEP–, hasta los tres años que, como máximo, puede disfrutarse de la excedencia; y por otro lado, se manifiesta expresamente que el personal funcionario interino puede disfrutar de esta excedencia, si bien la reserva del puesto de trabajo se mantiene únicamente mientras no concurra ninguna de las causas de cese previstas legalmente. Asimismo, todo el período de excedencia computa a los efectos de acreditar el período de desempeño para acceder a otros puestos de trabajo (art. 141.5 LFPE).

6) En La Rioja también se recoge esencialmente lo establecido en el TREBEP pero con algunas particularidades: *a)* no se hace referencia a la discapacidad como causa que permite acceder a la excedencia por cuidado de familiares; *b)* se insiste expresamente en que nos encontramos ante un derecho individual de los funcionarios; *c)* al igual que en el caso de Extremadura, la reserva del puesto de trabajo y demás beneficios alcanza a la totalidad del período de excedencia; y *d)* se señala que, transcurrido el tiempo o desaparecida la causa que motivó la concesión de la excedencia, debe solicitarse el reingreso al servicio activo o el pase a la situación de excedencia por interés particular, y que se declarará en esta situación al funcionario de no solicitar el reingreso (art. 45.4 LFPLR).

7) Por su parte, la normativa de la Comunidad Valenciana destaca por ampliar los sujetos causantes de la excedencia por cuidado de familiares, ya que incluye expresamente al cónyuge o pareja de hecho legalmente constituida y a cualquier persona que, legalmente, se encuentre bajo la guardia o custodia del funcionario. Asimismo, la reserva del puesto durante tres años afecta a los puestos de trabajo obtenidos con destino definitivo y a los puestos de carácter provisional (que se reservan durante los tres años siempre que no sea objeto de provisión con destino definitivo o, en su caso, se reincorpore su titular). Y, en fin, el personal funcionario interino puede disfrutar de esta excedencia, si bien la reserva del puesto de trabajo se mantiene únicamente mientras no concurra ninguna de las causas de cese previstas legalmente (art. 130 LFPCV).

8) En Cataluña se regula la figura de la excedencia para el cuidado de hijos o familiares y se hace de una forma bastante extensa, con la incorporación previa de una serie de reglas comunes: *a)* si durante un período de excedencia un nuevo sujeto causante da derecho a otro período de excedencia, el inicio de este pone fin al primero; *b)* el ejercicio simultáneo de la excedencia por dos personas en

relación con el mismo sujeto causante solo está permitido, con autorización previa, si se solicita de forma expresa y no se afecta al funcionamiento de los servicios; c) esta medida es incompatible con la autorización de compatibilidad; y d) si una vez finalizada la excedencia el funcionario no solicita el reingreso en el plazo de un mes, se declara de oficio la situación como de excedencia voluntaria por interés particular.

A todo ello cabe añadir que a la excedencia, con las especialidades apuntadas en el artículo 2.2 LCC respecto del personal eventual, se puede acceder tanto si el vínculo funcional es definitivo como si es provisional (STC 240/1999). Sin embargo, en los supuestos del personal interino y laboral temporal, la reserva del puesto de trabajo se entiende sin perjuicio de que durante la excedencia se pueda dejar sin efecto el nombramiento de interino o rescindir el contrato de trabajo si concurre una de las causas previstas legalmente. En estos casos, el personal afectado cesa en su relación de servicios y finaliza el período de excedencia del que estuviera disfrutando. No obstante, una vez alcanzada la condición de funcionario o de personal laboral fijo, el tiempo de excedencia computa a los efectos de los derechos pasivos y trienios o antigüedad.

Y junto con lo anterior cabe señalar que:

— La excedencia para cuidar de un hijo puede solicitarse en cualquier momento a partir del nacimiento, desde la resolución judicial de constitución de la adopción o desde la decisión administrativa o judicial de acogimiento, y su duración máxima es de tres años, a contar desde esas mismas fechas (por lo que el menor acogido o adoptado puede ser mayor de esa edad). Esta excedencia puede solicitarse una o varias veces por períodos de tiempo fraccionados, con el único límite de no poder sobrepasar ese período de tres años.

— El período de excedencia computa a los efectos del reconocimiento de trienios, de consolidación del grado personal y del sistema de previsión o derechos pasivos. Asimismo, se tiene derecho a la reserva del puesto de trabajo con destino definitivo. Sin embargo, si se ocupa un puesto de trabajo con destino provisional, se conservarán los derechos generales sobre este hasta el cese o hasta el momento en que se resuelva la convocatoria de provisión.

— Respecto de la excedencia para el cuidado de familiares, esta solo alcanza a los familiares de hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad (incluidos los correspondientes a la pareja de hecho), y se exige, asimismo, que no puedan valerse por sí mismos y no puedan ejercer ninguna actividad retribuida. No se requiere, por el contrario, que el familiar se encuentre a cargo del solicitante de la excedencia.

La excedencia puede ser otorgada por un período mínimo de tres meses y máximo de tres años; el período concreto se determina conforme a la acreditación del grado de dependencia del familiar y su duración estimada, y es posible un disfrute fraccionado.

— Finalmente, cabe afirmar que los efectos de la excedencia por cuidado de familiares son los mismos que en la excedencia por cuidado de hijos.

9) En el caso de Cantabria, la excedencia por cuidado de hijos no se extiende expresamente al caso del acogimiento de menores; se limita, además, la reserva del puesto de trabajo solo al primer año y el disfrute de esta medida a uno solo de los progenitores cuando ambos trabajen. Se recoge, pues, un régimen más restrictivo que el previsto en el TREBEP. Asimismo, se remite la regulación de la excedencia por cuidado de familiares a lo que el Consejo de Gobierno determine reglamentariamente (art. 35.2.B. LFPC).

10) La normativa de Canarias se refiere exclusivamente a la excedencia por cuidado de hijos, y se limita, además, al caso del nacimiento. Y junto con ello se prevé que cuando el padre y la madre trabajen, solo uno de ellos podrá ejercitar este derecho. Regulación esta última que resulta discutible ya que, según la normativa vigente, como vimos, la excedencia es un derecho de todos los trabajadores y funcionarios, con el único límite de que cuando ambos beneficiarios –respecto del mismo sujeto causante– presten servicios en la misma Administración, esta puede excluir su ejercicio simultáneo por razones debidamente justificadas (art. 39.3 LFPCAN).

11) Finalmente, la normativa de la función pública vasca se limita a recoger la excedencia por cuidado de hijos y restringe nuevamente su disfrute solo a uno de los progenitores. Asimismo, se extiende la reserva del puesto de trabajo a los tres años de duración máxima de la excedencia. Y no se incluye tampoco el caso del acogimiento de menores (art. 62 LFPPV).

3.3. El papel de la negociación colectiva

Por último, en el marco de la negociación colectiva funcionarial desarrollada en las entidades locales en el ámbito estatal en relación con esta medida de conciliación, cabe destacar lo siguiente:

1) Hay acuerdos que se limitan a remitirse a lo ya señalado en la normativa legal o a reproducirla, ya sea total o parcialmente (AF2).

2) Bastantes de los acuerdos de funcionarios examinados no hacen referencia a este tipo de excedencia (AF3, AF4, AF5, AF7, AF8).

3) Algún acuerdo de funcionarios mejora lo previsto en la normativa, ya que amplía la duración de la excedencia por cuidado de hijos y familiares a cuatro años y reserva durante todo ese período el correspondiente puesto de trabajo. También se establece que para el personal que no ostenta la condición de funcionario de carrera, la reserva queda condicionada a que la plaza o puesto que estuviera desempeñando en el momento de pasar a la situación de excedencia no hayan sido cubiertos por cualquiera de los procedimientos de selección o provisión previstos

en la legislación vigente o que siga existiendo el supuesto de hecho que justificó su nombramiento (AF6).

4) Algún acuerdo se limita a remitirse, con carácter genérico, a lo establecido en la normativa estatal (AF9).

5) En fin, algún acuerdo de funcionarios regula de forma amplia este tipo de excedencia, estableciendo, por ejemplo, que: *a)* es incompatible con la autorización de compatibilidad; *b)* se prevé que durante todo el período de la excedencia el funcionario tiene derecho a la reserva del puesto de trabajo con destino definitivo. No obstante, si el funcionario ocupa un lugar de trabajo con destino provisional, conserva los derechos generales sobre este hasta el cese o hasta el momento en que se resuelva la convocatoria de provisión correspondiente; y *c)* en el caso de la excedencia por cuidado de familiares, su duración se determina según la acreditación del grado de dependencia y su duración estimada (AF10).

4. El tratamiento de la excedencia por cuidado de hijos o familiares en el marco de la Seguridad Social

La regulación de esta materia resulta parcialmente común para el personal laboral y para el personal funcionario y se encuentra recogida en el artículo 237.1, 237.2 y 237.4 TRLGSS y la DA 4.^a RDPEMP; se diferencia la excedencia por cuidado de hijos y la excedencia por cuidado de familiares. También cabe tener en cuenta lo dispuesto en el RD 1335/2005, 11 noviembre, por el que se regulan las prestaciones familiares de la Seguridad Social.

Así, los tres años que, como máximo, puede disfrutarse el primer tipo de excedencia tienen la consideración de período de cotización efectiva a los efectos de las prestaciones por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad. Ello supone que el recurso a esta medida de conciliación de la vida laboral y familiar no tiene consecuencias negativas, ni para el personal laboral ni para el personal funcionario, a la hora de acceder a la mayoría de las prestaciones del sistema de Seguridad Social y, especialmente, en el caso de las pensiones vitalicias.

Por el contrario, cuando se trata de una excedencia por cuidado de familiares, cabe diferenciar entre el personal laboral y el personal funcionario:

1) En el caso del personal laboral se produce el mismo efecto respecto de las mismas prestaciones antes mencionadas, pero solo durante el primer año del período de excedencia. En este punto cabe recordar que, como vimos, la duración prevista legalmente para este tipo de excedencia es de dos años ampliables vía negociación colectiva, por lo que si el trabajador opta por esta medida y supera el plazo de un año, a partir de ese momento esa decisión le puede perjudicar a la hora de acceder a las prestaciones futuras del sistema de Seguridad Social.

Así, por ejemplo, a la hora de calcular su pensión de jubilación, el tiempo de excedencia que supere el primer año no computará como período cotizado ni a los efectos del período mínimo exigido para acceder a la pensión ni tampoco para el cálculo del porcentaje aplicable a la base reguladora, y a los efectos de la base reguladora ese tiempo se cubrirá con la base mínima de cotización (o solo con el 50 por 100 de esa base mínima en determinadas circunstancias).

Por otra parte y tal y como ya señalamos al tratar de la reducción de la jornada, esta diferencia de trato entre el cuidado de los hijos y el cuidado de los familiares resulta muy discutible. En fin, a nuestro entender, en el caso de los familiares también debería considerarse como cotizada la totalidad de la excedencia, si no se quiere desincentivar esta medida de conciliación e incurrir incluso en una posible discriminación indirecta por razón de sexo, dado que esta situación afecta muy mayoritariamente a las mujeres, por ser estas las que normalmente se acogen a las medidas de conciliación de la vida laboral y familiar.

Y si bien esa falta de cotización podría cubrirse mediante la celebración de un convenio especial con la TGSS, se trata de una solución cara y probablemente inasequible para el trabajador. Y ello se debe a que, al margen del coste económico que supone para el trabajador asumir la cotización correspondiente, para poder acceder al convenio especial también se exige que acredite una cotización de 1.080 días.

2) En cambio, si se trata de un funcionario le resulta aplicable la DA 4.^a párrafo 2.º RDPEMP, que califica como período de cotización efectiva para las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad los tres años de duración de la excedencia por cuidado de familiares prevista en el artículo 89.4 TREBEP.

Aun cuando la citada DA 4.^a se refiere, con carácter genérico, a las personas incluidas en el ámbito de aplicación del TREBEP, posteriormente limita su aplicación a la excedencia prevista en el artículo 89.4 TREBEP que, a nuestro entender, solo resulta aplicable a los funcionarios públicos (en este sentido se manifiesta la STSJ Asturias [S] 30 de diciembre de 2014).

Por otra parte, como elementos comunes a ambos tipos de excedencia y tanto para el personal laboral como para el personal funcionario, cabe señalar que:

a) La base de cotización a tener en cuenta a los efectos del período considerado como cotizado está constituida por el promedio de las bases de cotización del beneficiario correspondientes a los seis meses inmediatamente anteriores al inicio del período de excedencia. Si el beneficiario no tiene acreditado el citado período de seis meses de cotización, se computa el promedio de las bases de cotización correspondientes al período inmediatamente anterior al inicio de la excedencia que resulten acreditadas.

b) Este beneficio no alcanza a las prestaciones por incapacidad temporal (personal laboral y funcionarios) y desempleo (personal laboral). Esta exclusión resulta discutible, ya que puede crear situaciones de desprotección.

c) El beneficiario de la excedencia se considera en situación asimilada al alta para poder acceder a las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad (STS [S] 10 de febrero de 2015 y STSJ Aragón [S] 10 de octubre de 2012), en relación con la prestación por ma-

ternidad). Asimismo, tendrá derecho a la prestación de asistencia sanitaria durante la situación de excedencia.

Esa situación se mantiene aunque el trabajador haya prestado servicios, durante la excedencia, en otra empresa, siempre que resulten compatibles con la conciliación de la vida laboral y familiar (STSJ Aragón [S] 10 de octubre de 2012).

A lo que cabe añadir que también tiene la consideración de situación asimilada al alta a los efectos de las prestaciones de la Seguridad Social –salvo las de incapacidad temporal, maternidad y paternidad– el tiempo que el trabajador permanece en situación de excedencia por cuidado de hijos o familiares que exceda del período considerado como de cotización efectiva en los citados artículo 237 TRLGSS y DA 4.ª párrafo 2.º RDPEMP.

d) El período considerado como de cotización efectiva surte efectos tanto para la cobertura del período mínimo de cotización como para la determinación de la correspondiente base reguladora y del porcentaje aplicable, en su caso, para el cálculo de la cuantía de la prestación.

e) El artículo 4 de la Ley 4/1995, de 23 de marzo, de regulación del permiso parental y por maternidad, establece que a los efectos del cómputo del período de seis años anteriores a la situación legal de desempleo, establecido en los artículos 266 y 269 TRLGSS, se podrá retrotraer dicho período por el tiempo equivalente al que el trabajador hubiera permanecido en la situación de excedencia por cuidado de hijos. La doctrina judicial entiende que este beneficio afecta a la totalidad del período de excedencia, y no solo al primer año (STSJ Madrid [S] 30 de junio de 2010).

f) Cuando la situación de excedencia hubiera estado precedida por una reducción de la jornada por cuidado de hijos o familiares, a los efectos de la consideración como cotizados de los períodos de excedencia que correspondan, las cotizaciones realizadas durante la reducción de la jornada se computan incrementadas hasta el 100 por 100 de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido sin dicha reducción la jornada de trabajo.

g) Se inicia el cómputo de un nuevo período de cotización efectiva por cada disfrute de excedencia a que puedan dar lugar los sucesivos hijos o menores u otros familiares.

h) La Administración debe comunicar a la TGSS, en el plazo de quince días, a partir de que se produzca, el inicio y la finalización del disfrute de la excedencia. La comunicación extemporánea del empleador a la TGSS de la situación de excedencia no puede tener efectos negativos para el trabajador (STSJ Comunidad Valenciana [S] 10 de marzo de 2009).

i) Conforme a la DT 2.ª RDPEMP, algunos de los beneficios de cotización mencionados solo resultan aplicables a las excedencias que se estuvieran disfrutando en el momento de la entrada en vigor de la LOIEMH o que sean posteriores. Sin embargo, cabe tener presente que los Tribunales han dejado sin validez a esta

DT 2.^a, al restringir y contradecir lo establecido en la DT 7.^a LOIEMH (STSJ Andalucía/ Sevilla [S] 25 de septiembre de 2014).

j) Por último, según lo previsto en el artículo 8.2 del RD 1716/2012, 28 de diciembre, de desarrollo de las disposiciones establecidas, en materia de prestaciones, por la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, los beneficios de cotización recogidos en los artículos 235 y 236 TRLGSS (vinculados al nacimiento de hijos) son compatibles y acumulables con los períodos de cotización previstos para el caso de la excedencia por cuidado de hijos (art. 237 TRLGSS), si bien no pueden superar en conjunto los cinco años por beneficiario cuando concurren en la misma prestación a los efectos de determinar su cuantía o, cuando se trate de la pensión de jubilación, la edad de acceso.

En definitiva, como hemos visto, si bien en estos momentos el recurso a una excedencia por cuidado de hijos no tiene efectos negativos a los efectos de poder acceder a una prestación del sistema de Seguridad Social, sí puede tenerlos el acudir a una excedencia por cuidado de familiares; efectos negativos que resultan perjudiciales (y muy discutibles) si se pretende fomentar realmente la conciliación de la vida laboral y familiar.

Reflexiones finales

Sin reiterar lo ya señalado en los apartados anteriores, sí consideramos conveniente concluir este trabajo realizando algunas reflexiones finales:

1) En los últimos años se ha avanzado de una forma importante en la implantación efectiva de las medidas de conciliación de la vida laboral y familiar, a lo que ha contribuido el reconocimiento de su dimensión constitucional por parte del Tribunal Constitucional y su directa vinculación con lo dispuesto en los artículos 14 y 39 CE.

La conciliación constituye hoy día, sin duda, un valor constitucional y de una gran relevancia social, si bien persisten, especialmente en el sector privado, conductas empresariales que la limitan o vulneran (por ejemplo, a través del cambio de las condiciones de trabajo o incluso el despido por haber solicitado o estar disfrutando de una medida de conciliación). Queda, pues, aún camino por recorrer a los efectos de evitar ese tipo de conductas.

2) También, como en el pasado, la conciliación de la vida laboral y familiar en el marco de las administraciones públicas es una «cuestión femenina», tanto por motivos de elección personal como por razones culturales y educativas. Y ello a pesar de que las últimas normas aprobadas –especialmente la LOIEMH y las leyes de igualdad de las diferentes CCAA– fomentan particularmente la corresponsabilidad de los hombres y las mujeres en las labores de cuidado, no solo de los hijos sino, cada vez más, de los familiares en general (especialmente, las personas mayores). Es necesario seguir avanzando en el logro de esa corresponsabilidad.

3) En el ámbito legal sigue existiendo una cierta dispersión normativa en el ámbito funcional (derivada, por otra parte, de lo establecido en el art. 149.1.18 CE) y respecto del personal laboral se mantiene una cierta reticencia a asumir que su marco regulatorio en esta materia es el TRET y el correspondiente convenio colectivo.

A lo que cabe añadir tres elementos: a) la claridad que aporta el hecho de que el artículo 92 LBRL señale que al personal funcionario de las administraciones locales se les aplica directamente el TREBEP, si bien ello ya se deducía del tenor

literal del texto inicial del artículo 48, tras la reforma incorporada por el RDL 20/2012; b) la diversidad existente, como hemos visto, en el marco de la normativa autonómica, por lo que no es lo mismo vivir en una u otra comunidad autónoma a la hora de poder conciliar la vida laboral y familiar; y c) el importante papel desarrollado por la negociación colectiva, tanto laboral como funcional, y la reticencia de esta última a asumir que, según la jurisdicción contencioso-administrativa, no es posible mejorar los permisos previstos legalmente. Y, en fin, también cabe tener presente que la normativa funcional sigue siendo más favorable que la normativa aplicable al personal laboral, lo que ha llevado a los convenios colectivos del personal laboral de las administraciones locales a acoger esos contenidos más beneficiosos.

4) Tal y como se ha constatado a lo largo de este trabajo, existe una importante intervención de los tribunales –tanto de la jurisdicción social como de la jurisdicción contencioso-administrativa– en esta materia, por lo que su interpretación es clave a la hora de aplicar, en la práctica, las diversas medidas de conciliación.

5) Resulta necesaria una mejora del tratamiento de las medidas de reducción de la jornada por cuidado de hijos o familiares y de la excedencia por cuidado de familiares en el ámbito de la Seguridad Social, ya que, como hemos visto, la regulación actual puede tener efectos desfavorables a la hora de causar derecho a una pensión de incapacidad permanente o jubilación. A nuestro entender, debería ampliarse el número de años que se consideran como cotizados al 100 por 100, para que recurrir a la conciliación no provoque esos posibles efectos negativos, que, afectan, por otra parte, muy mayoritariamente a las mujeres.

6) Las reformas legales en materia de conciliación de la vida laboral y familiar se han centrado, como hemos visto, en el establecimiento de medidas diversas que permiten conciliar el trabajo y las obligaciones familiares, pero también es importante no perder de vista otra perspectiva: la necesidad de que existan servicios públicos suficientes destinados tanto al cuidado de los menores como de las personas en situación de dependencia que complementen esas medidas. A nuestro entender, es necesario que al personal laboral y a los funcionarios de las administraciones públicas se les ofrezca la alternativa de recurrir a las medidas de conciliación, o bien recurrir a los correspondientes servicios públicos, o bien combinar ambos. Las labores de cuidado no pueden depender exclusivamente de la capacidad de la correspondiente unidad familiar.

7) Finalmente, cabe señalar que las medidas de conciliación siguen focalizadas principalmente en un determinado modelo de familia, el tradicional, cuando dicho modelo ha ido cambiando en nuestro país en los últimos años y, además, de una forma irreversible. Es necesario atender a esas nuevas realidades familiares (parejas de hecho, familias monoparentales, unidades de convivencia sin vínculos familiares...).

Y en la misma línea, y tal y como hemos destacado en este trabajo, dado el claro proceso de envejecimiento de la población de nuestro país, las medidas de conciliación de la vida laboral –tanto desde el punto de vista legal como convencional– no pueden seguir centradas especialmente en el cuidado de los hijos, sino que también deben estarlo en el cuidado de las personas mayores y de las personas con discapacidad, de forma que traten a todos los colectivos de la misma manera, cosa que no ocurre en la actualidad.

Bibliografía de interés

AZAGRA SOLANA, M. (2010). «El conflicto de la conciliación de la vida laboral y familiar: especial atención a la reducción de jornada por cuidado de un hijo menor». *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 1.

BALLESTER PASTOR, M.ª A. (2012). «De cómo la reforma operada por el RD Ley 3/2012 ha degradado el derecho fundamental a la conciliación de responsabilidades». *Revista de Derecho Social*, n.º 57.

CORTE HEREDERO, N. (1998). «El permiso de lactancia y la reducción de jornada por razones de guarda legal». *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, vol. IV.

EZQUERRA ESCUDERO, L. (2008). «La reducción de jornada por guarda legal», *Aranzadi Social*, n.º 14.

GONZÁLEZ GONZÁLEZ, C. (2011). «Permisos retribuidos por nacimiento de hijo y por lactancia». *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 2.

GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E. (2007). *Aspectos laborales de la Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres*. Pamplona: Aranzadi.

JOVER RAMÍREZ, C. (2013). «La difícil supervivencia de la conciliación entre la vida laboral y familiar en tiempos de crisis y reforma». *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, n.º 4.

LÓPEZ GANDÍA, J. (2004). «Seguridad Social y conciliación de la vida familiar y laboral: reducción de jornada y excedencias». *Aranzadi Social*, n.º 15.

LÓPEZ GANDÍA, J. (2007). «La jornada reducida tras la Ley de Igualdad (aspectos laborales) ». En: AA.VV. *Tiempo de trabajo*. Albacete: Ed. Bomarzo.

LÓPEZ TERRADA, E. (2003). *El concepto de familia en el Estatuto de los Trabajadores: Identificación de los sujetos protegidos*. Valencia: Tirant lo Blanch.

MONTOYA MEDINA, D. (2011). «Dimensión constitucional de los derechos de conciliación de la vida laboral, personal y familiar (comentario a las SSTCO 24/2011 y 26/2011m de 14 de marzo)». *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, n.º 4.

- MORGADO PANADERO, P. (2008). «Responsabilidades privadas y reducciones de jornada laboral tras la LO 3/2007». *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, n.º 18.
- PAREDES RODRÍGUEZ, J. M. (2011). «Prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave». *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 1.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. (2013). «El nuevo régimen de permisos y licencias de los empleados públicos a consecuencia de la modificación del artículo 48 del Estatuto Básico del Empleado Público y su aplicación a Cataluña». *Seminari d'Actualització de Funció Pública Local. Federació de Municipis de Catalunya*.
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E. (2011). «La crianza de los hijos y la atención a los dependientes: su repercusión en las carreras de cotización tras la revisión del Pacto de Toledo». *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, n.º 8.
- SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. (2001). «Derechos laborales de los padres con neonatos hospitalizados». *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, n.º 17.
- SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. (2012). «Conciliación de la vida familiar en la Reforma Laboral de 2012: lactancia». *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 1.
- SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. (2012). «Conciliación de la vida familiar en la Reforma Laboral de 2012 (II): reducción de jornada por guarda legal y vacaciones». *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 4.
- VALLE MUÑOZ, F. A. (1999). *La protección laboral de la maternidad, paternidad y cuidado de familiares*. Madrid: Colex.
- VIQUEIRA PÉREZ, C. (2010). «Derechos de conciliación de la vida laboral, familiar y personal: deficiencias y problemas aplicativos». *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, n.º 10.

Jurisprudencia y doctrina judicial

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

STJUE 30 de septiembre de 2010.

Tribunal Constitucional

STC 240/1999, 20 de diciembre.

STC 3/2007, 15 de enero.

STC 92/2008, 21 de julio.

STC 26/2011, 14 de marzo.

Tribunal Supremo

Sala de lo Social

STS 20 de julio de 2000 (RJ 7209).

STS 11 de diciembre de 2001 (RJ 2025)

STS 25 de mayo de 2004 (RJ 2005/2883).

STS 13 de junio de 2008 (RJ 4227).

STS 18 de junio de 2008 (RJ 4230).

STS 19 de mayo de 2009 (RJ 4167).

STS 11 de noviembre de 2009 (RJ 2010/247).

STS 9 de diciembre de 2009 (RJ 2010/2).

STS 9 de diciembre de 2010 (RJ 2011/287).

STS 17 de enero de 2011 (RJ 2091).

STS 21 de marzo de 2011 (RJ 3555).

STS 11 de diciembre de 2011.

STS 16 de octubre de 2012 (RJ 10318).

STS 25 de enero de 2013 (RJ 1959).

STS 23 de septiembre de 2013 (RJ 7658).

STS 20 de enero de 2015 (RJ 222).

STS 10 de febrero de 2015 (RJ 673).

Tribunales Superiores de Justicia

Sala de lo Social

Auto TSJ Galicia 5 de julio de 2011 (Jur 324794).

STSJ Cataluña 26 de octubre de 2000 (AS 4544).

STSJ Comunidad Valenciana 25 de abril de 2002 (AS 1125).

STSJ Canarias 28 de junio de 2002 (Jur 2003/88759).

STSJ Cataluña 18 de marzo de 2003 (AS 1955).

STSJ Andalucía 9 de mayo de 2003 (AS 2663).

STSJ Canarias 30 de septiembre de 2003 (AS 2239).

STSJ Cataluña 29 de marzo de 2004 (AS 2267).

STSJ Cataluña 13 de julio de 2004 (Jur 2004/218500).

STSJ Madrid 19 de octubre de 2004 (AS 3391).

STSJ Madrid 12 de diciembre de 2004 (Jur 2005/56281).

STSJ Comunidad Valenciana 14 de septiembre d 2005 (Jur 2006/3718).

STSJ Madrid 5 de octubre de 2005 (AS 2907).

STSJ Canarias 20 de febrero de 2006 (AS 1137).

STSJ Navarra 23 de febrero de 2006 (AS 988).

STSJ País Vasco 11 de abril de 2006 (AS 1880).

STSJ Cantabria 12 de julio de 2006 (AS 2434).

STSJ Cataluña 7 de febrero de 2008 (AS 966).

STSJ País Vasco 26 de febrero de 2008 (AS 1119).

STSJ Cantabria 29 de abril de 2008 (Jur 287861).

STSJ Comunidad Valenciana 28 de mayo de 2008 (Jur 274862).

STSJ Islas Baleares 2 de junio de 2008 (AS 2009/1718).

STSJ Madrid 10 de octubre de 2008 (AS 2009/763).

STSJ Castilla y León/Burgos 4 de diciembre de 2008 (AS 2009/303).

STSJ Comunidad Valenciana 10 de marzo de 2009 (AS 1532).

STSJ Madrid 15 de abril de 2009 (AS 1626).

STSJ Madrid 30 de abril de 2009 (Jur 271360).

STSJ Galicia 4 de mayo de 2009 (Jur 271273).

STSJ Comunidad Valenciana 21 de mayo de 2009 (AS 2612).

STSJ Castilla y León/Burgos 17 de junio de 2009 (Jur 310264).

STSJ Andalucía/Sevilla 1 de julio de 2009 (AS 1928).

STSJ Aragón 14 de octubre de 2009 (AS 2010/959).

STSJ Islas Canarias 15 de octubre de 2009 (Jur 51746).

STSJ Cataluña 23 de octubre de 2009 (AS 2592).
STSJ Asturias 29 de enero de 2010 (AS 1081).
STSJ Castilla y León/Valladolid 19 de abril de 2010 (Jur 182997).
STSJ Madrid 30 de junio de 2010 (Jur 2011/34972).
STSJ País Vasco 6 de julio de 2010 (AS 2506).
STSJ Galicia 22 de septiembre de 2010 (AS 1933).
STSJ Castilla y León/Valladolid 10 de noviembre de 2010 (AS 2011/127).
STSJ Galicia 20 de enero de 2011 (AS 1007).
STSJ Castilla-La Mancha 15 de febrero de 2011 (AS 1034).
STSJ Madrid 25 de febrero de 2011 (Jur 157491).
STSJ Madrid 28 de abril de 2011 (AS 1149).
STSJ Aragón 18 de mayo de 2011 (AS 1160).
STSJ Andalucía/Sevilla 19 de mayo de 2011 (Jur 268656).
STSJ Cantabria 26 de mayo de 2011 (AS 2012/2012).
STSJ Cataluña 1 de junio de 2011 (Jur 292322).
STSJ Madrid 6 de junio de 2011 (AS 1917).
STSJ Navarra 16 de junio de 2011 (Jur 2012/97619).
STSJ Islas Canarias 29 de junio de 2011 (Jur 378577).
STSJ Andalucía/Granada 20 de julio de 2011 (AS 2470).
STSJ Madrid 14 de octubre de 2011 (AS 2924).
STSJ Galicia 12 de noviembre de 2011 (AS 73).
STSJ Galicia 23 de noviembre de 2011 (AS 2601).
STSJ Islas Canarias 25 de noviembre de 2011 (Jur 2012/79595).
STSJ Islas Canarias 31 de enero de 2012 (AS 2036).
STSJ Andalucía/Sevilla 22 de febrero de 2012 (AS 682).
STSJ Islas Canarias 21 de marzo de 2012 (AS 2862).
STSJ La Rioja 11 de abril de 2012 (AS 2843).
STSJ de Castilla y León/Burgos 30 de mayo de 2012 (AS 1760).
STSJ Andalucía/Granada 31 de mayo de 2012 (AS 1864).
STSJ Castilla y León/Burgos 12 de julio de 2012 (AS 1885).
STSJ Andalucía/Granada 25 de julio de 2012 (AS 2013/338).
STSJ Islas Canarias 20 de septiembre de 2012 (Jur 368180).
STSJ Castilla-La Mancha 25 de septiembre de 2012 (AS 1083).
STSJ La Rioja 5 de octubre de 2012 (AS 2013/404).
STSJ Aragón 10 de octubre de 2012 (Jur 2013/115912).
STSJ Castilla y León/Valladolid 17 de octubre de 2012 (AS 2502).
STSJ Asturias 19 de octubre de 2012 (AS 2013/441).
STSJ Cataluña 22 de marzo de 2013 (AS 1575).
STSJ Comunidad Valenciana 25 de abril de 2013 (Jur 259586).
STSJ Islas Canarias 26 de junio de 2013 (AS 187).
STSJ Andalucía/Málaga 3 de octubre de 2013 (AS 2014/348).

STSJ Islas Canarias 23 de octubre de 2013 (AS 2014/4).
STSJ Islas Canarias 5 de noviembre de 2013 (Jur 117489).
STSJ Madrid 11 de noviembre de 2013 (AS 2988).
STSJ Castilla-La Mancha 16 de diciembre de 2013 (AS 2014/10).
STSJ Castilla y León/Burgos 20 de marzo de 2014 (Jur 96019).
STSJ Madrid 9 de mayo de 2014 (AS 1295).
STSJ Castilla y León/Valladolid 29 de mayo de 2014 (Jur 185271).
STSJ Cataluña 17 de junio de 2014 (AS 2008).
STSJ Cantabria 21 de julio de 2014 (AS 2074).
STSJ Andalucía/Sevilla 25 de septiembre de 2014 (Jur 287849).
STSJ Castilla-La Mancha 2 de octubre de 2014 (AS 2640).
STSJ Islas Baleares 9 de octubre de 2014 (AS 2015/32).
STSJ Madrid 11 de noviembre de 2014 (AS 3289).
STSJ País Vasco 9 de diciembre de 2014 (AS 2015/114).
STSJ Asturias 30 de diciembre de 2014 (AS 2015/265).
STSJ Andalucía/Málaga 15 de enero de 2015 (AS 843).
STSJ Madrid 14 de mayo de 2015 (Jur 150952).

Sala contencioso-administrativa

STSJ Castilla-La Mancha 31 de julio de 2001 (Jur 290277).
STSJ Madrid 7 de diciembre de 2008 (Jur 91947).
STSJ Comunidad Valenciana 28 de enero de 2009 (RJCA 384).
STSJ Murcia 27 de enero de 2010 (RJCA 380).
STSJ Madrid 7 de mayo de 2010 (RJCA 722).
STSJ Madrid 9 de julio de 2010 (Jur 2011/34042).
STSJ Madrid 28 de marzo de 2011 (Jur 188979).
STSJ Castilla-La Mancha 1 de abril de 2011 (Jur 187627).
STSJ Madrid 5 de abril de 2011 (Jur 227536).
STSJ Madrid 21 de octubre de 2011 (Jur 42932).
STSJ Andalucía/Málaga 17 de noviembre de 2011 (Jur 111915).
STSJ Andalucía/Granada 28 de noviembre de 2011 (Jur 2012/42198).
STSJ Andalucía/Granada 27 de diciembre de 2011 (Jur 2012/59264).
STSJ Madrid 7 de febrero de 2012 (Jur 201548).
STSJ País Vasco 22 de marzo de 2012 (RJCA 213).
STSJ La Rioja 11 de abril de 2012 (Jur 150915).
STSJ Andalucía/Granada 14 de noviembre de 2012 (Jur 39219).
STSJ Aragón 4 de diciembre de 2012 (RJCA 2013/137).
STSJ Cataluña 2 de julio de 2013 (Jur 341587).
STSJ Madrid 31 de octubre de 2013 (Jur 364680).
STSJ Islas Canarias 12 de mayo de 2014 (Jur 198842).

STSJ Castilla-La Mancha 28 de julio de 2014 (Jur 222752).
STSJ Andalucía/Granada 17 de noviembre de 2014 (Jur 2015/135766).
STSJ Murcia 9 de diciembre de 2014 (RJCA 2015/112).
STSJ Murcia 23 de enero de 2015 (RJCA 238)
STSJ Castilla y León/Valladolid 13 de febrero de 2015 (RJCA 421).

Juzgados

Jurisdicción social

ST Juzgado S Madrid 19 de septiembre de 2012 (AS 2013/126).

Jurisdicción contencioso-administrativa

ST Juzgado CA Madrid 10 de noviembre de 2011 (Jur 2012/23294).
ST Juzgado CA n.º 5 Bilbao 22 de febrero de 2012 (Jur 2013/365622).
ST Juzgado CA Madrid 10 de noviembre de 2012 (Jur 23294).
ST Juzgado Central CA n.º 11 Madrid 4 de abril de 2013 (Jur 120887).

Convenios/acuerdos analizados

Acuerdos de condiciones de trabajo del personal funcionario

(AF1) Ayuntamiento de Molins de Rei (BOP Barcelona 13 de mayo de 2011).
(AF2) Acuerdo económico y social año 2008/2009 para los funcionarios del Excmo. Ayuntamiento de La Carolina.
(AF3) Acuerdo de Funcionarios del Ayuntamiento de Águilas (BORMU 24 de octubre de 2013).
(AF4) Acuerdo del Ayuntamiento de Cieza (BORMU 12 de abril de 2013).
(AF5) Acuerdo regulador de las relaciones entre la Corporación y el personal funcionario del Excmo. Ayuntamiento de Granada (BOP Granada 7 de mayo de 2013).
(AF6) Acuerdo regulador de las condiciones de trabajo del personal funcionario del Ayuntamiento de Gijón (BOP Asturias 10 de diciembre de 2013).
(AF7) Acuerdo regulador de las condiciones de trabajo de los empleados públicos del Ayuntamiento de Barcelona (DOGC 11 de noviembre de 2011).
(AF8) Acuerdo regulador de las condiciones de trabajo de los funcionarios del Ayuntamiento de Cabrera de Mar (BOP Barcelona 7 de abril de 2014).
(AF9) Pacto de funcionarios del Ayuntamiento de Arévalo (BOP Ávila 11 de junio de 2007).
(AF10) Acuerdo regulador de las condiciones de trabajo del Ayuntamiento de Montmeló (BOP Barcelona 3 de julio de 2013).

Convenios colectivos

(CC1) Ayuntamiento de Molins de Rei (BOP Barcelona 13 de mayo de 2011).

(CC2) Ayuntamiento de Santa Eugènia (BOIB 3 de septiembre de 2009).

(CC3) Ayuntamiento de Eivissa (BOIB 27 de junio de 2009).

(CC4) Ayuntamiento de Cieza (BORMU 24 de octubre de 2013).

(CC5) Ayuntamiento de Cartagena.

(CC6) Ayuntamiento de Almendralejo (DOE 2 de octubre de 2013).

(CC7) Ayuntamiento de Benahadux (BOP Almería 26 de septiembre de 2013).

(CC8) Ayuntamiento de Villalpando (BOP Zamora 22 de julio de 2015).

(CC9) Ayuntamiento de Belmonte de Miranda (BOP Asturias 16 de julio de 2015).

(CC10) Ayuntamiento de Orusco de Tajuña (BOCM 22 de agosto de 2015).

La autora

Carolina Gala Durán es doctora en Derecho y máster en Derecho Comparado por la Universidad Autónoma de Barcelona (UAB). En la actualidad, es profesora titular (acreditada a cátedra) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad Autónoma de Barcelona.

Ha publicado varias monografías y numerosos artículos en revistas especializadas en el campo del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Sus áreas de especialización son la Seguridad Social, la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, la conciliación de la vida laboral y familiar, las fórmulas de descentralización productiva y los despidos colectivos.



cemical

consorci d'estudis,
mediació i conciliació
a l'administració local

cemical.diba.cat

ISBN 978-84-9803-740-1



9 788498 037401

El CEMICAL, constituido por la Diputación de Barcelona, la Federación de Municipios de Cataluña, la Asociación Catalana de Municipios y Comarcas, la Federación de Servicios Públicos de la UGT de Cataluña y la Federación de Servicios Públicos de CC.OO., tiene dos objetivos: promocionar el progreso de las relaciones entre los representantes de las entidades locales y el personal a su servicio, y favorecer la resolución de los conflictos laborales. Con la colección Estudios de Relaciones Laborales, el consorcio se propone facilitar el diálogo social, mediante la reflexión y el debate, y abordar cuestiones objeto de discusión en las mesas de negociación.

En los últimos años se han fomentado de manera decidida las medidas de conciliación de la vida laboral y familiar de los empleados de las administraciones públicas, tanto desde la vertiente legal como desde la negociación colectiva. A pesar de que el fenómeno ha sido general, el personal funcionario disfruta incluso de un régimen legal más favorable. Este libro pretende analizar las medidas de conciliación que consisten en una reducción de la jornada de trabajo o en una excedencia para cuidar de los hijos o familiares. El análisis se realiza tanto desde la perspectiva legal como jurisprudencial y convencional, centrándose especialmente en las entidades locales.

- 1** La carrera administrativa: nuevas perspectivas
- 2** La conciliación de la vida laboral y familiar del personal al servicio de las entidades locales
- 3** El acoso moral: incidencia en el sector público
- 4** El personal directivo en la Administración local
- 5** El personal laboral de las corporaciones locales después del Estatuto básico del empleado público
- 6** Los órganos de representación del personal funcionario: delegados y juntas de personal. Una visión crítica
- 7** El despido colectivo en las administraciones y entes públicos. Marco general, causas y procedimiento
- 8** Aplicación del principio de no discriminación al personal temporal al servicio de la Administración pública
- 9** La reducción de la jornada y la excedencia por cuidado de hijos o familiares en las administraciones públicas