

## 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

**Susana Rodríguez Escanciano**

*Catedrática de Derecho del Trabajo  
y de la Seguridad Social.*

Universidad de León

<b>I.- CONSIDERACIONES PREVIAS .....</b>	<b>1</b>
<b>II.- FUNCIONARIOS.....</b>	<b>2</b>
1.- <i>Legislación aplicable.....</i>	<b>3</b>
2.- <i>Fuerza mayor familiar.....</i>	<b>4</b>
3.- <i>Traslado de domicilio.....</i>	<b>6</b>
4.- <i>Funciones sindicales o de representación del personal.....</i>	<b>7</b>
5.- <i>Formación.....</i>	<b>11</b>
6.- <i>Exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto .....</i>	<b>12</b>
7.- <i>Lactancia .....</i>	<b>14</b>
8.- <i>Hijo prematuro .....</i>	<b>16</b>
9.- <i>Reducción de jornada por cuidado de hijos o familiares.....</i>	<b>17</b>
10.- <i>Reducción de jornada por cuidado de familiar en primer grado.....</i>	<b>21</b>
11.- <i>Cumplimiento de un deber público inexcusable o relacionado con la conciliación.....</i>	<b>21</b>
12.- <i>Asuntos particulares .....</i>	<b>23</b>
13.- <i>Matrimonio.....</i>	<b>24</b>
14.- <i>Días adicionales de vacaciones .....</i>	<b>25</b>
15.- <i>Incapacidad temporal.....</i>	<b>28</b>
16.- <i>Riesgo durante el embarazo.....</i>	<b>30</b>
<b>III.- PERMISOS FUNCIONARIALES POR MOTIVOS DE CONCILIACIÓN DE LA VIDA LABORAL Y FAMILIAR Y POR VIOLENCIA DE GÉNERO .....</b>	<b>32</b>
1.- <i>Parto.....</i>	<b>33</b>
2.- <i>Adopción y acogimiento .....</i>	<b>39</b>
3.- <i>Paternidad .....</i>	<b>41</b>
4.- <i>Previsiones comunes.....</i>	<b>44</b>
5.- <i>Violencia de género.....</i>	<b>45</b>
6.- <i>Cuidado de hijo enfermo.....</i>	<b>47</b>
<b>IV.- PERSONAL LABORAL .....</b>	<b>48</b>

### **I.- CONSIDERACIONES PREVIAS**

Aun cuando los funcionarios y los empleados laborales al servicio de las Administraciones Públicas vengan obligados a cumplir con las obligaciones de su plaza, desempeñando su actividad con obediencia a las instrucciones y órdenes profesionales de sus superiores (art. 54.3 EBEP), ello no significa que la prestación se lleve a cabo de manera ininterrumpida; antes al contrario, la propia naturaleza de las cosas convierte en imposible

la exigencia de un trabajo continuo y las sucesivas leyes sobre función pública han venido esforzándose en la fijación de límites temporales.

Así, los permisos suponen el establecimiento de habilitaciones legales para que en ciertos supuestos, de manera transitoria, se mantenga la consignación retributiva pero se exima al empleado público del cumplimiento de su deber principal, sin necesidad de recuperar ese lapso temporal no trabajado con la realización de la prestación de servicios en tiempos equivalentes y en momentos posteriores. Se trata de dar cobertura, de este modo, a situaciones pasajeras y de escasa duración por las que atraviesa el empleado, que demandan un disfrute inmediato del asueto en el momento en que se produce la circunstancia legalmente prevista y no más tarde. Dicha intermediación supone, por ende, que el derecho al permiso caduca una vez que ha transcurrido el tiempo hábil para el mismo, no pudiendo exigirse una vez que haya pasado la situación que lo ampara<sup>1</sup>.

La existencia de dos colectivos de empleados públicos (funcionarios y trabajadores) con regímenes jurídicos distintos obliga a efectuar un tratamiento separado de los mismos, aunque en muchos casos sea convergente. Como pauta común, cabe aclarar desde el principio que aun cuando se trata de prerrogativas subjetivas que pueden ser exigidas a la Administración en tanto se mantengan vigentes en la normativa de aplicación, para que el funcionario o el contratado laboral pueda ausentarse ejercitando el derecho a cualquiera de los permisos reconocidos, debe avisar, en la medida de lo posible, y justificar su falta de asistencia, no en vano se trata de circunstancias externas, que le impiden prestar una actividad profesional a la que está obligado. Como es lógico, el aviso debe producirse con una antelación razonable en función de cada caso concreto (en muchas ocasiones será mínima o incluso imposible) por cualquier medio de comunicación aunque sea informal; y la justificación implica la notificación de la concurrencia de los motivos previstos legalmente, junto a su correspondiente demostración, la cual, a veces, es innecesaria por la notoriedad de la causa.

## II.- FUNCIONARIOS

Son los arts. 48 y 49 Ley 7/2007, de 12 de abril, por la que se regula el Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), los encargados de establecer el régimen jurídico aplicable a los permisos de los funcionarios públicos (de carrera, interinos o eventuales). El primero regula, en sus letras a) a l), hasta once tipos de variados permisos. El segundo se centra en los permisos por razones de conciliación de la vida laboral y familiar. Tal catalogación, no obstante, es un tanto artificial, pues algunos de los supuestos ubicados en el art. 48 están directamente relacionados con la atención de la familia (lactancia, reducción de jornada por cuidado de parientes próximos, fallecimiento, enfermedad grave o accidente de familiares...).

Atendiendo a lo dispuesto en el art. 3 EBEP, en virtud del cual los funcionarios de las Entidades Locales se rigen por la legislación estatal que resulte de aplicación, de la que forma parte este Estatuto, y por la legislación de las Comunidades Autónomas, con respeto a la autonomía local, no cabe duda que tales funcionarios locales están sometidos a la regulación básica estatal que contempla el EBEP (incluidos, por tanto, los dos preceptos mencionados), pues es menester recordar que al Estado le corresponde, en

---

<sup>1</sup> RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: "Art. 48", en AA.VV (PALOMAR OLMEDA, A. y SEMPERE NAVARRO, A.V., Dirs.): *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, 2ª edición, Pamplona (Aranzadi), 2007, pág. 459.

virtud de lo establecido en el art. 148.1.18<sup>a</sup> CE, la competencia exclusiva para establecer las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos, expresión que ha de entenderse referida a los funcionarios de todas las Administraciones Públicas<sup>2</sup>. Además, lógicamente, los funcionarios locales se rigen por la legislación estatal de régimen local y, en lo que esta normativa básica no regule, por la legislación de las Comunidades Autónomas.

## 1.- Legislación aplicable

Centrando la atención en el art. 48 EBEP, lo primero que salta a la vista es que incorpora unos derechos reconocidos a los funcionarios para interrumpir y liberarse temporalmente –y por causas justificadas– de su deber de prestar servicios, y no ante una concesión graciable de la Administración Pública<sup>3</sup>.

En segundo término, cabe alertar de que el Real Decreto Ley 20/2012 ha introducido una importante modificación en el tenor literal del art. 48, pues elimina el anterior carácter imperativo relativo y supletorio, susceptible de mejora por la oportuna legislación de desarrollo. La versión inicial del EBEP dejaba claro que, en defecto de otra legislación aplicable, los permisos y su duración serían “como mínimo” los posteriormente mencionados. En relación con cada uno de los permisos, se venía aplicando la normativa que resultase más favorable, ya fuera el EBEP o la correspondiente autonómica, o, incluso –podría darse el supuesto– ambas a la vez.

Sin embargo, la redacción vigente suprime el mencionado carácter mínimo y supletorio, mejorable por la oportuna normativa de desarrollo (estatal o Autonómica), tanto de las causas justificativas del asueto como de su duración. Se hace desaparecer, pues, la potestad de autoorganización de las Administraciones Públicas al respecto.

Hay que entender, por ende, derogadas aquellas disposiciones de la Ley 8/2006, de 5 de julio, de medidas de conciliación de la vida personal y familiar del personal al servicio de las Administraciones Públicas de Cataluña, que mejoren la regulación de los permisos a los que hace referencia el EBEP en su art. 48. Ahora este precepto es norma básica de preferente aplicación sobre la correspondiente normativa funcional autonómica. Otra cosa es la permisividad, que en la práctica, adopten las Administraciones en cuestión ante una dinámica consolidada.

Cobra pleno sentido ahora la interpretación judicial que venía entendiendo cómo, si bien estamos ante una materia susceptible de negociación colectiva conforme a lo establecido en el art. 37 EBEP, lo cierto es que las Entidades Locales carecen de competencia para modificar –mejorando– el régimen legal de los permisos y licencias referidos a los funcionarios públicos. Parafraseando esta interpretación, “el régimen de permisos de los funcionarios no está atribuido a la autonomía contractual del Ayuntamiento, sino establecido (antes del Real Decreto Ley 20/2012) por la legislación autonómica y, en ausencia de ésta, como es el caso, supletoriamente, por la estatal... careciendo así la Corporación Local de competencia para acordarlo con los representantes de aquéllos, a lo que debe añadirse, como tiene declarado la Sala Tercera del Tribunal Supremo en sentencias de 22 octubre 1993 y 5 mayo 1994, que las características de

---

<sup>2</sup> SSTCo 57/1982, de 27 de julio; 85/1985, de 10 de julio; 385/1993, de 23 de diciembre; y 37/2002, de 14 de febrero.

<sup>3</sup> MONEREO PÉREZ, J.L. *et alii*: *Manual de empleo público (instituciones, relaciones sindicales y marco legal del personal de las Administraciones Públicas)*, Granada (Comares), 2010, pág. 93.

pormenorización, rigidez y uniformidad inherentes al régimen estatutario emanado de la legislación básica del Estado y, en su caso, de los órganos legislativos de las Comunidades Autónomas no permiten que, por analogía con el sistema de relaciones laborales, tal bloque legislativo, sea identificable como plataforma de mínimos, sobre la que pueda pivotar una constelación de unidades negociadoras pactando cada una a su libre albedrío, bajo el lema de que lo que no está prohibido por la Ley debe presumirse que está permitido y puede ser objeto de regulación con arreglo al buen criterio de la mesa de negociación, refrendado por la respectiva Corporación Municipal<sup>4</sup>. En la práctica, sin embargo, se ha venido produciendo esa mejora de los permisos a través de la negociación colectiva y no precisamente de una forma aislada<sup>5</sup>.

Ahora bien, aun cuando la nueva redacción del art. 48 prohíbe suplementar su contenido, lo cierto es que hay que considerar aplicables y plenamente vigentes las previsiones de la mencionada Ley 8/2006 que benefician a favor del trabajador los permisos establecidos en el art. 49 EBEP, que siguen configurados con carácter mínimo, esto es, los relativos a las situaciones de parto, adopción o acogimiento, paternidad, violencia de género o cuidado de menor enfermo grave.

## 2.- Fuerza mayor familiar

El primero de los permisos a los que se refiere expresamente el art. 48 EBEP [letra a)] es el relativo al fallecimiento, accidente o enfermedad grave de un familiar, distinguiendo, a su vez, dos supuestos: de un lado, si el pariente lo es dentro del primer grado de consanguinidad o afinidad, en cuyo caso el permiso será de tres días hábiles cuando el suceso se produzca en la misma localidad, y de cinco días hábiles cuando tenga lugar en localidad distinta; de otro, si se trata de un familiar dentro del segundo grado de consanguinidad o afinidad, en cuyo caso el permiso será de dos días hábiles cuando el suceso se produzca en la misma localidad y de cuatro días hábiles cuando acaezca en localidad distinta. Al precisar que se trata de días hábiles, sólo se excluyen del cómputo los domingos y festivos, pero no los sábados, tal y como reconoce la doctrina judicial<sup>6</sup>.

Dichos términos van a impedir la posibilidad, excepcional y por motivos debidamente justificados, de ampliar el permiso hasta seis días, que introdujo la Ley Catalana. La cuantificación de los períodos de ausencia de esta Ley se establecía, además, en días laborales (no hábiles).

Retomando los términos del art. 48 a) EBEP, pues su redacción actual no permite esta opción *in melius*, cabe destacar que se trata de un tipo de permiso, capaz de exigir una dedicación más intensa por parte del funcionario a determinadas circunstancias familiares, lo cual le impide desempeñar su actividad productiva durante un breve período de tiempo. Su ámbito de aplicación se extiende exclusivamente al fallecimiento, el accidente (hecho súbito con independencia de la gravedad de las consecuencias) y enfermedad grave.

Quedan fuera, por tanto, los tres supuestos siguientes:

<sup>4</sup> SSTSJ-CONT Andalucía/Málaga 19 abril 2005 (RJCA 340) y Castilla-La Mancha 12 diciembre 2005 (JUR 2006/48656).

<sup>5</sup> GALA DURÁN, C.: *La conciliación de la vida laboral y familiar del personal al servicio de las Entidades Locales*, Barcelona (CEMCI), 2007, pág. 61.

<sup>6</sup> STSJ-CONT Madrid 10 marzo 2006.

- a) La “hospitalización” (la Ley Catalana sí lo recoge) cuando no responda a un accidente o enfermedad grave, lo cual puede provocar, en algunos casos, situaciones de desprotección, no en vano los internamientos en una clínica hospitalaria pueden carecer de entidad o relevancia como para ser considerados críticos pero pueden generar igualmente necesidades de atención no sólo de carácter médico (otorgadas por los servicios sanitarios), sino también afectivas (proporcionadas por familiares).
- b) La “intervención quirúrgica sin hospitalización que requiera reposo domiciliario”, que también puede provocar desprotección, no en vano los avances de la medicina favorecen, cada vez más, este tipo de prácticas.
- c) El “parentesco por adopción o acogimiento”, que fuerza a realizar una interpretación extensiva para su inclusión, aceptada lógicamente por las instancias judiciales y administrativas.

Por lo demás, las principales dudas que plantea el apartado a) del art. 48 EBEP vienen referidas a los tres interrogantes siguientes:

1.- No están claros los contornos del concepto jurídico indeterminado “enfermedad grave”, los cuales provocaron una enorme litigiosidad judicial<sup>7</sup>, exigiendo valorar en cada caso concreto la trascendencia de la dolencia o enfermedad, las condiciones objetivas o subjetivas que concurren, especialmente la condición del paciente, su edad, estado físico, riesgo para su vida, etc.<sup>8</sup>, dudas actualmente superadas aplicando el art. 9.2 Real Decreto 304/2004, de 20 de febrero, que introduce este concepto en el ordenamiento, pero a los efectos de que un partícipe pueda hacer efectivos sus derechos consolidados en un plan de pensiones. Al calor de tal precepto, se considera patología de esta entidad, “siempre que pueda acreditarse mediante certificado médico de los servicios competentes de las entidades sanitarias de la Seguridad Social o entidades concertadas que atiendan al afectado: a) cualquier dolencia o lesión física o psíquica que incapacite temporalmente para la ocupación o actividad habitual de la persona durante un período continuado mínimo de tres meses, y que requiera intervención clínica de cirugía mayor en un centro hospitalario o tratamiento en el mismo; b) cualquier dolencia o lesión física o psíquica con secuelas permanentes que limiten parcialmente o impidan totalmente la ocupación o actividad habitual de la persona afectada, o la incapaciten para la realización de cualquier ocupación o actividad, requiera o no, en este caso, asistencia de otras personas para las actividades más esenciales de la vida humana”.

2.- Particulares dudas plantea el término “localidad distinta” capaz de permitir la ampliación de los días de asueto; en concreto, si se refiere al puesto de trabajo o a la residencia, duda solucionada por la Comisión Superior de Personal en respuesta a

---

<sup>7</sup> Por sólo mencionar algunos ejemplos, cabe hacer referencia a los siguientes pronunciamientos: la STSJ-CONT Cataluña 14 enero 1997 (RJCA 1997, 313), que no considera enfermedad grave una intervención quirúrgica con anestesia general practicada a la madre del funcionario o la STSJ-CONT Comunidad Valenciana 16 julio 1999 (RJCA 1999, 4789), que rechaza del concepto enfermedad grave una intervención quirúrgica de cataratas. Por el contrario, la STSJ-CONT Cataluña 23 septiembre 2002 (RJCA 2002, 1186) estima enfermedad grave la intervención quirúrgica de vegetaciones con anestesia general de la hija de dieciséis meses del funcionario y la STSJ-CONT La Rioja 24 enero 1995 (RJCA 1995, 172) califica como enfermedad grave el parto gemelar con cesárea de una cuñada.

<sup>8</sup> STSJ-CONT Canarias/Santa Cruz de Tenerife 24 octubre 2011 (JUR 2012 85071).

consulta de 11 de marzo de 1992, en el sentido de considerar que, atendido al hecho de que la diferencia de días de permiso está motivado por la necesidad de desplazamiento del funcionario, este tiempo añadido no es necesario ni cuando el suceso se produzca en la localidad de residencia ni tampoco cuando acaezca en el lugar de trabajo, de modo que sólo procede la ampliación del disfrute si el hecho causante se produce en una localidad distinta de las dos mencionadas, interpretación admitida por la doctrina judicial<sup>9</sup>, que viene añadiendo, además, cómo corresponde la ampliación cuando se trate de localidades distintas aun sea dentro del mismo área metropolitana<sup>10</sup>. Ahora bien, en el específico ámbito de las Administraciones Públicas Catalanas, se debe acudir, aquí sí, a lo previsto en la Ley 8/2006, que exige para la ampliación únicamente que el hecho se produzca en un municipio diferente del municipio del puesto de trabajo, pues se trata de un criterio interpretativo que no contradice los términos del art. 48 a) EBEP.

3.- Surgen dudas sobre la posible acumulación de dos o más diferentes eventos justificativos del permiso (primero por accidente o enfermedad grave y posteriormente por fallecimiento de un mismo sujeto causante) o del mismo supuesto de hecho que se reitera de forma sucesiva en el tiempo (varios conatos de enfermedad grave o varios accidentes sucesivos). Estas cuestiones merecen una respuesta afirmativa, pues se trata de un derecho de carácter individual y sus posibilidades de disfrute no están limitadas a un estricto número de días dentro de determinados períodos de tiempo<sup>11</sup>, pero es necesario lógicamente que concurren las causas justificativas.

### 3.- Traslado de domicilio

El cambio o mudanza del domicilio habitual da lugar a un día de permiso. Se trata de una novación de vivienda por voluntad exclusiva del funcionario, que decide variar la ubicación de su hogar, siempre y cuando no se desplace a una localidad lejana o distinta susceptible de provocar un trueque en el lugar de residencia, pues este último supuesto ya no quedaría amparado por el tenor literal del art. 48.1.b) EBEP.

Es interesante para la atención -siquiera brevemente- en el hecho de que el EBEP sigue sin contemplar un permiso por traslado de domicilio con cambio de residencia. Ello se debe a una larga tradición histórica derivada de la dicción del art. 77.1 Decreto 315/1964, de 7 de febrero, por el que se aprueba el Texto articulado de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado (LFCE), que obligaba al funcionario público a residir en el término municipal donde radicara su oficina, deber éste reproducido en el art. 20.2 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas. Sin embargo -y pese a la claridad del tenor legal-, el Dictamen de la Comisión Superior de Personal, en atención de consulta planteada el 13 de septiembre de 1992, interpretaba el precepto de un modo ciertamente laxo, entendiendo que «la facilidad para los desplazamientos, debida a las actuales vías de comunicación y los modernos medios de transporte, hace compatible la residencia en localidad distinta con el exacto cumplimiento de las tareas del cargo». De hecho, este deber ha desaparecido del texto del EBEP, pues, en la práctica, había decaído en desuso, de modo que lo único que se exigía y se controlaba al empleado público es que su lugar de residencia no impidiera el cumplimiento de sus funciones, coincidiera o no con el término

---

<sup>9</sup> STSJ-CONT País Vasco 5 febrero 2009 (JUR 2009/347153) y Madrid 2 marzo y 5 julio 2012 (JUR 2012/349286).

<sup>10</sup> STSJ-CONT Madrid 16 abril 2012 (RJCA 2012/203874 y 564).

<sup>11</sup> STSJ-CONT Cataluña 20 junio 2001 (JUR 2001, 285998).

municipal donde radicara la oficina o lugar de trabajo, en una interpretación concorde con los tiempos actuales «de graves problemas para disponer de vivienda y de gran facilidad de comunicación»<sup>12</sup>.

Como quiera que el EBEP no matiza si el permiso aquí analizado (un día por cambio de domicilio) debe condicionarse o no a que exista traslado de mobiliario, cabría interpretar, aplicando el principio latino *ubi lex nec distinguit, nec distinguere debemus*, que la concesión de la licencia no debe supeditarse a aquél, pues el cambio de domicilio es susceptible por sí mismo de determinar la necesidad de disponer de tiempo libre adicional para la realización de determinadas gestiones relacionadas con el mismo sin ningún requisito adicional. Ahora bien, el criterio mantenido por la Comisión Superior de Personal, en Dictamen de 31 de julio de 1992, es bien distinto, pues considera que el cambio de hospedaje no comporta derecho a permiso salvo cuando implique mudanza de muebles o enseres. A la vista de lo anterior, se plantea la duda de si podría encuadrarse dentro de este supuesto el desplazamiento a una residencia de verano acompañado del mobiliario pertinente, la cual merece una respuesta negativa, pues el precepto aquí comentado no quiere amparar la mudanza a un lugar que carezca de la condición de domicilio habitual.

Al igual que sucede con algunas otras circunstancias que generan derecho a permiso, se plantea aquí la eventualidad de su reiteración o, dicho de otro modo, la posible invocación del permiso de modo sucesivo por parte del funcionario. Salvo que exista abuso de derecho, parece que esta licencia ha de concederse en todo caso. Es más, respecto de las obligaciones instrumentales que pesan sobre el funcionario, es claro que siempre será exigible el previo aviso con una razonable antelación y la acreditación posterior, pero ésta puede llevarse a cabo de forma muy flexible: con la notificación exacta de las nuevas señas y con la aportación de los documentos municipales que demuestren el cambio de domicilio o algún recibo de suministro.

En fin, aun cuando el EBEP no lo menciona, vinculado indirectamente con esta licencia se encuentra el denominado «permiso posesorio», regulado por el momento en la disposición adicional 5ª del Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General de ingreso del personal al servicio de la Administración General del Estado y de provisión de puestos de trabajo y de promoción profesional de los funcionarios civiles de la Administración General del Estado (RGIPPT), en virtud de la cual se establece el derecho a una licencia retribuida de tres días hábiles si el destino no implica cambio de residencia, y de un mes si lo comporta, en favor de aquellos funcionarios de carrera en servicio activo o situación asimilada que accedan a un nuevo cuerpo o escala<sup>13</sup>.

Todo ello sin olvidar que el Decreto Legislativo 1/1997, de 31 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido aplicable a la función pública de Cataluña, amplía el permiso a cuatro días si comporta traslado de localidad.

#### **4.- Funciones sindicales o de representación del personal**

El EBEP, en el art. 48 c), reconoce la posibilidad de disfrutar permisos para la realización de funciones sindicales o de representación del personal en los términos que se determine. A la espera del oportuno desarrollo normativo, el régimen jurídico de este tipo

<sup>12</sup> PARADA VÁZQUEZ, R.: *Derecho del empleo público. Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, Madrid (Marcial Pons), 2007, pág. 201.

<sup>13</sup> STSJ-CONT Castilla-La Mancha 13 marzo 1999 (RJCA 1999, 804).

de licencias se encuentra recogido, de un lado, en el propio EBEP para la representación unitaria, y, de otro, en la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical (LOLS) para la representación sindical, no en vano el ámbito de aplicación de esta última Ley se extiende no sólo a los trabajadores por cuenta ajena sino también a los funcionarios públicos de conformidad con lo previsto en su art. 1.2. Se trata, por tanto, de un sistema «dual» de representación (unitaria -a través de los delegados y juntas de personal- y sindical -a través de las secciones y delegados sindicales-),

El Real Decreto Ley 20/2012 elimina el carácter mínimo de la regulación mencionada, quedando reducido el crédito horario por motivos sindicales y de representación de personal a los términos estrictamente legales, dejando de tener validez y surtir efectos todos los pactos, acuerdos y convenios colectivos que en esta materia hayan podido suscribirse y que excedan de dicho contenido (art. 10 Real Decreto Ley 20/2012), previsión que ha de ser aplicada a partir del 1 de octubre de 2012.

Cabe distinguir los siguientes supuestos:

a) En primer lugar, la previsión de un crédito de horas mensuales y retribuidas como de trabajo efectivo para llevar a cabo la defensa de los funcionarios es una de las garantías más importantes (y más tuteladas) atribuidas a los representantes unitarios y también a los delegados sindicales [art. 41.d) EBEP, art. 68 e) ET y art. 10.3 LOLS, respectivamente]<sup>14</sup>. Por tal razón, la valoración de la adecuación entre el contenido y la actividad efectivamente desarrollada debe realizarse conforme a un criterio flexible, reconociendo al beneficiario iniciativa y libertad para desplegar aquellas conductas que redunden en su mayor eficacia para la defensa del interés que tiene encomendado, quedando desprotegidas únicamente aquellas actividades que nada tienen que ver con la tarea representativa. Es más -y desde esta misma perspectiva de ductibilidad-, aun cuando la escala y distribución de las horas (de quince a cuarenta) atiende, como después se verá, al número de funcionarios de cada unidad electoral, lo cierto es que nada impide la acumulación entre los miembros de una misma candidatura del crédito correspondiente a distintos titulares del derecho, hasta el punto de quedar uno o varios totalmente liberados [si bien en situación de servicio activo ex art. 86 EBEP]<sup>15</sup>.

En cuanto hace a los requisitos legales para el ejercicio del derecho, baste con dejar constancia de la necesidad de aviso previo y justificación del tiempo empleado a la Jefatura de Personal del centro o unidad administrativa correspondiente<sup>16</sup>, la cual controlará su disfrute a través de diversos modelos de instancia donde quede reflejado y exigirá plazos en la antelación de la comunicación para así “compaginar derechos con deberes de los funcionarios, debiendo entender que tal decisión (no) entraña arbitrariedad, cuando no hace sino regular la forma y plazo de comunicación de la ausencia”; menos aún al exceptuar tales requisitos en los casos de fuerza mayor justificados<sup>17</sup>.

<sup>14</sup> PALOMAR OLMEDA, A.: *Derecho de la función pública. Régimen jurídico de los funcionarios públicos*, 8ª edición, Madrid (Dykinson), 2009, pág. 472.

<sup>15</sup> GÓMEZ CABALLERO, P.: *Los derechos colectivos de los funcionarios públicos*, Madrid (CES), 1994, pág. 236.

<sup>16</sup> STSJ-CONT Madrid 21 febrero 2012 (JUR 2012/201558).

<sup>17</sup> RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F.: “Derechos, obligaciones y garantías de los representantes unitarios en la función pública”, en AA.VV.: *Seminario sobre relaciones colectivas en la función pública*, Sevilla (IAAP), 1989, pág. 122.

En todo caso, el crédito horario, acumulado o no, no podrá sobrepasar, en el nuevo tenor legal del art. 48 EBEP la siguiente escala: hasta 100 empleados, 15 horas; de 101 a 250, 20; de 251 a 500, 30; de 501 a 750, 35; de 751 en adelante, 40. Dichos parámetros y proporciones legales ya no pueden ser mejorables. La Dirección General de la Función Pública había dejado claro, además, que cuando se posee el crédito horario máximo para el ejercicio de funciones sindicales, es decir, cuarenta horas semanales, no se puede acumular más crédito horario, por lo que, si no cabe su acumulación, y por tanto, no es posible disfrutar los dos derechos simultáneamente, tampoco cabrá ceder un derecho que no se ostenta por incompatibilidad<sup>18</sup>.

Al tiempo, en las Administraciones que ocupen a más de 250 trabajadores, las secciones sindicales que puedan constituirse por los trabajadores afiliados a los sindicatos con presencia en los comités de empresa o en los órganos de representación que se establezcan en las Administraciones Públicas estarán representadas, a todos los efectos, por delegados sindicales elegidos por y entre sus afiliados, que tendrán las mismas garantías que los representantes unitarios. El número de delegados sindicales ha de respetar la siguiente escala: de 250 a 750 trabajadores, uno; de 751 a 2.000, dos; de 2.001 a 5.000, 3; de 5.001 en adelante, cuatro (art. 8 LOLS).

Tampoco cabe la existencia, frecuente hasta ahora, de otro tipo de liberados, no por acumulación del crédito de horas, sino por el reconocimiento a cada organización sindical en los acuerdos de funcionarios. Se trata de la figura coloquialmente conocida como “liberado institucional”, que percibe sus retribuciones igualmente de la Administración<sup>19</sup>.

b) En segundo término, y atendiendo a la capacidad negociadora exclusiva de la representación sindical en el marco de las Administraciones públicas, se establecen dos derechos adicionales<sup>20</sup>:

De un lado, el derecho al disfrute de los permisos no retribuidos necesarios para el desarrollo de las funciones sindicales propias de su cargo por aquellos funcionarios que ostenten cargos electivos en las organizaciones sindicales más representativas [art. 9.1.a) LOLS].

De otro, el derecho a disponer de los permisos retribuidos necesarios para el ejercicio adecuado de su labor como negociadores a favor de aquellos representantes sindicales que participen en las comisiones negociadoras de convenios colectivos, el cual incluye tanto el tiempo estricto de desarrollo de las sesiones de la comisión como los complementarios destinados de forma directa a las actividades de preparación de los diferentes trámites negociales (art. 9.2 LOLS).

c) Sólo se permite una excepción, bastante laxa, no obstante, al régimen legal aquí transcrito: la derivada de los acuerdos que, exclusivamente en el ámbito de las mesas generales de negociación (del Estado, de cada una de las Comunidades Autónomas, Ciudades de Ceuta y Melilla y Entidades Locales, según el art. 34.1 EBEP), pudieran establecerse, en lo sucesivo, en materia de modificación en la obligación o en el régimen de asistencia al trabajo de los representantes sindicales a efectos de que puedan

<sup>18</sup> C/303/07, de 18 de junio de 2007.

<sup>19</sup> SALA FARNCO, T. y ROQUETA BUJ, R.: *Los derechos sindicales de los funcionarios públicos*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 1995, pág. 157.

<sup>20</sup> FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.; AGRA VIFORCOS, B. y ÁLVAREZ CUESTA, H.: *Derechos colectivos de los funcionarios públicos*, Murcia (Laborum), 2005, págs. 84 y ss.

desarrollar racionalmente el ejercicio de sus funciones de representación y negociación o adecuado desarrollo de los demás derechos sindicales. Estas mesas generales, donde se negocian las condiciones de trabajo comunes al personal funcionario, estatutario y laboral de cada Administración Pública (art. 36.3 EBEP), están compuestas por los sindicatos más representativos, teniendo en consideración los resultados obtenidos en las elecciones a los órganos de representación del personal funcionario y laboral de su correspondiente ámbito de representación (al menos, el 10 por 100 del total de representantes en el ámbito estatal o, al menos, el 15 por 100 de representantes en el ámbito autonómico, siempre que alcancen el mínimo de 1.500, tal y como establecen los arts. 6 y 7 LOLS) y también por los sindicatos que hubieran obtenido el 10 por 100 de los representantes del personal funcionario o laboral en el ámbito correspondiente<sup>21</sup>.

En el ámbito de la Administración General del Estado, se ha llegado a un Acuerdo de la Mesa General de Negociación, aprobado por Resolución de 12 de noviembre de 2012 de la Secretaría de Estado de las Administraciones Públicas, donde, entre otras cuestiones, se dota a las organizaciones sindicales de una serie de tiempos necesarios de carácter retribuido para la negociación, representación propiamente dicha y participación institucional que concretan los estrictos términos legales<sup>22</sup>. Como pautas a destacar, este Acuerdo sienta tres importantes criterios: primero, que pueden existir secciones sindicales conjuntas con capacidad para elegir delegados sindicales en aquellos centros de trabajo que ocupen a más de 250 empleados públicos (sean funcionarios, laborales o estatutarios); segundo, que los representantes y delegados sindicales preavisarán al responsable de la unidad de la que dependan en su centro de trabajo, con una antelación no inferior a 48 horas del uso del crédito horario, mínimo que sólo podrá incumplirse en casos de urgencia acreditada; tercero, que los delegados sindicales y personas designadas por las centrales sindicales que disfruten de un crédito horario distinto a la dispensa total se comprometen a utilizarlo por semanas o días completos, de modo que los períodos de ausencia sean fijos mensualmente, salvo casos excepcionales de urgencia acreditada que nunca podrán justificar la utilización de créditos horarios inferiores a tres horas; y cuarto, que los delegados de prevención no tienen asignado un crédito horario específico en cuanto tales, sino que dicha asignación les corresponde únicamente por su condición previa de miembros de juntas de personal o de comités de empresa.

Cabe destacar, como crítica, que las medidas en este último apartado referidas a las limitaciones de mejora del crédito horario y a las escasas posibilidades de la excepcionalidad (otra cosa es lo que suceda en la práctica), pueden invadir el espacio de lo regulado en la Ley Orgánica de Libertad Sindical, al impedirse que los convenios colectivos del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas puedan fijar el número de delegados sindicales, pues los parámetros previstos en la mencionada Ley Orgánica son meramente supletorios, entendiendo de carácter prevalente la regulación contenida en los instrumentos convencionales. Nada impediría establecer el número de delegados sindicales por Ley y no permitir su alteración a los convenios colectivos del

---

<sup>21</sup> RODRÍGUEZ RAMOS, M.J.: "Derechos colectivos de los empleados públicos", en AA.VV (CASTILLO BLANCO, F.A., Dir.): *Manual de empleo público*, Madrid (Iustel), 2009, pág. 594.

<sup>22</sup> BOE de 14 de noviembre de 2012.

personal laboral al servicio de las Administraciones, pero ello requiere una modificación de la correspondiente Ley Orgánica y es inviable hacerlo a través de un Decreto Ley<sup>23</sup>.

Algunas Comunidades Autónomas como Andalucía, Castilla y León o Valencia han adoptado Acuerdos en Mesa General a este respecto. Por lo que hace a Cataluña, es necesario revisar el Pacto sobre derechos sindicales en el ámbito de la Administración de la Generalidad de 2005.

## 5.- Formación

Para facilitar la formación profesional y la promoción personal de los funcionarios, éstos podrán ausentarse de su puesto de trabajo con derecho a remuneración para concurrir a exámenes finales y demás pruebas definitivas de aptitud durante los días de su celebración [art. 48 d) EBEP]. La Ley parece referirse a días completos<sup>24</sup>.

Se entienden comprendidos tanto los exámenes ordinarios como los extraordinarios y se incluye el tiempo de desplazamiento si las pruebas se celebran en lugar distinto del de trabajo, debiendo el funcionario justificar las horas de entrada y salida y la duración de las mismas<sup>25</sup>. No procede, por el contrario, la concesión del permiso cuando el examen se realice en la misma localidad y en día inhábil o fuera del horario de trabajo del funcionario<sup>26</sup>. Es decir, tal y como ha reconocido el Tribunal Supremo, aunque es el criterio admitido, «no es decisiva la utilización de la expresión días, ya que, al no venir acompañada de mayores concreciones... debe interpretarse en el sentido de que el permiso ha de concederse por el tiempo mínimo pero también suficiente para que la norma cumpla su fin de hacer posible la concurrencia del funcionario a exámenes finales y pruebas»<sup>27</sup>.

Hoy día no es necesario que las pruebas sean en un centro oficial sino que basta que se realicen para la obtención de un título académico o profesional reconocido, siempre y cuando se aporte la justificación oportuna (punto 10.2 Resolución de 28 de diciembre de 2012, de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas, por la que se dictan instrucciones sobre jornada y horarios de trabajo del personal al servicio de la Administración General del Estado y sus organismos públicos). Es más, al ser ésta una materia directamente vinculada al derecho de formación del funcionario y al correlativo deber que pesa sobre la Administración de promover las condiciones efectivas para garantizar tal prerrogativa, no puede ser restringido a aquellos estudios que tengan que ver directamente con la función pública o con la carrera administrativa<sup>28</sup>. En todo caso, este derecho está supeditado a que queden cubiertas las necesidades del servicio<sup>29</sup>.

<sup>23</sup> CRUZ VILLALÓN, J.: "Personal laboral: la inaplicación o modificación de los pactos o acuerdos y convenios colectivos vigentes: alternativas y opciones", *Seminari sobre relacions col·lectives*, 23 octubre de 2012, <http://www.fmc.cat>, pág. 29.

<sup>24</sup> SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Derecho de la Función Pública*, 6ª edición, Madrid (Tecnos), 2011, pág. 210.

<sup>25</sup> STSJ-CONT Cataluña 2 abril 2002 (JUR 2002, 230924).

<sup>26</sup> Acuerdo de la Comisión Superior de Personal de 29 de junio de 1994. En el mismo sentido, SSTSJ-CONT Andalucía (Sevilla) 8 mayo 1998 (RJCA 1998, 2715), Canarias (Santa Cruz de Tenerife) 26 junio 1998 (RJCA 1998, 1909) ó Castilla-La Mancha 21 julio 2000 (JUR 2000, 228415).

<sup>27</sup> STS-CONT 28 junio 1996 (RJ 1996, 5451).

<sup>28</sup> MANZANA LAGUARDA, R.: *Derechos y deberes del funcionario público*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 2006, pág. 292.

<sup>29</sup> STSJ-CONT Cataluña 6 febrero 2009 (JUR 2009, 172360).

Con el fin de completar el régimen jurídico de este permiso y atendiendo a lo dispuesto en la disposición final 4ª.3 EBEP, debe entenderse también de aplicación lo establecido en el art. 72 LFCE, que atribuye el derecho al disfrute de licencias para la realización de estudios sobre materias directa o indirectamente relacionadas con la función pública, previo informe favorable del superior jerárquico correspondiente, concretado, en el art. 10.2 b) Resolución de 28 de diciembre de 2012, en una licencia de un máximo de cuarenta horas al año con derecho únicamente a las retribuciones básicas. El apartado c) del art. 10.2 de esta misma Resolución reconoce un permiso no retribuido, de una duración máxima de tres meses, para la asistencia otros cursos de perfeccionamiento profesional, siempre que la gestión del servicio y la organización del trabajo lo permitan<sup>30</sup>. Estos dos permisos no pueden acumularse a otros tipos de licencias.

Todo ello sin olvidar, por último, que, dentro del catálogo de derechos individuales de los empleados públicos que el art. 14 EBEP recoge, su apartado g) hace referencia a la «formación continua y a la actualización permanente de sus conocimientos y capacidades profesionales, preferentemente en horario laboral». Con mayor contundencia, la Resolución de 28 de diciembre de 2012 (punto décimo.1) entiende que «el tiempo de asistencia a los cursos de formación programados por distintos órganos de la Administración General del Estado para la capacitación profesional o para la adaptación a un nuevo puesto de trabajo, y los organizados por los diferentes promotores previstos en el acuerdo de formación continua vigente en las Administraciones públicas, se considerará tiempo de trabajo a todos los efectos, cuando los cursos se celebren dentro de ese horario y así lo permitan las necesidades del servicio... La Administración podrá determinar la asistencia obligatoria a aquellas actividades formativas necesarias para el buen desempeño de las tareas propias del puesto de trabajo, en cuyo caso su duración se considerará como tiempo de trabajo a todos los efectos». La doctrina judicial viene entendiendo, además, que si la asistencia a tales cursos se produjera fuera de la jornada, será preceptiva la compensación de las horas dedicadas a la formación con los tiempos pertinentes de descanso<sup>31</sup>.

## 6.- Exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto

La funcionaria embarazada tiene derecho a disfrutar de los permisos necesarios para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto [art. 48 e) EBEP]. Por exámenes prenatales cabe entender «cualquier prueba practicada a la madre para comprobar la evolución del feto, mientras que por técnicas de preparación al parto procede considerar todas aquéllas que vayan destinadas a mejorar física y psicológicamente a la embarazada»<sup>32</sup>. Se trata, por tanto, de dos derechos distintos con diferentes momentos de disfrute, pues mientras las revisiones ginecológicas se realizarán a lo largo de todo el período de gestación, lo normal será dejar para la última fase de este período las técnicas de preparación al parto. No obstante -aunque el precepto no lo dice-

<sup>30</sup> Pese al carácter no remunerado de este permiso, nada impide el percibo de alguna indemnización por parte de la entidad que proporciona la formación. Boletín de Consultas en materia de recursos humanos (19/01/2005). [www.map.es](http://www.map.es).

<sup>31</sup> SSTSJ-CONT Andalucía (Sevilla) 29 febrero 2000 (JUR 2000, 266563) y Madrid 3 julio 2001 (JUR 2002, 29773).

<sup>32</sup> VALLE MUÑOZ, F.A.: *La protección laboral de la maternidad, paternidad y cuidado de familiares*, Madrid (Colex), 1999, pág. 23.

para el disfrute de ambos es necesario que concurren dos requisitos, que sí exige la Ley de Conciliación de la Vida Laboral y Familiar de Cataluña:

1º.-Aviso previo a la Administración, en lo que no deja de ser una manifestación del deber genuino de buena fe, tanto en la forma (y «razones de seguridad jurídica aconsejan la utilización de forma escrita»<sup>33</sup>) como en el fondo (por ejemplo, adoptar las medidas pertinentes para suplir la ausencia de la funcionaria o, más genéricamente, «adoptar las medidas de reorganización necesarias»<sup>34</sup>). Como con acierto se ha dicho, «este deber parece más sencillo en el ámbito de la preparación al parto, pues una mínima diligencia permite comunicar tanto el número de sesiones, como el horario del centro o lugar donde se impartan las clases, así como la duración de las mismas, lo que, además, evita la petición individualizada para cada ocasión; por contra, las necesidades médicas ligadas a la gestación son relativamente imprevisibles, supeditadas al desenvolvimiento del embarazo»<sup>35</sup>.

2º.-Justificar la necesidad de realizar dichos exámenes o cursos dentro de la jornada de trabajo; para tal aval bastará una certificación del facultativo o del centro, donde conste el día y la hora en la cual la funcionaria ha de ser atendida. Así concebido este permiso, su concesión no es una facultad discrecional de la Administración, sino que deberá otorgarlo necesariamente cuando exista causa legal para la interrupción de la actividad funcional, esto es, el examen prenatal o el curso de técnicas de preparación al parto, siempre y cuando se acredite adecuadamente la necesidad de realizarlos, precisamente, en un horario que coincide con la jornada laboral. No obstante, surge de inmediato una importante duda interpretativa, pues casi siempre existirá la posibilidad de que la funcionaria asista a cursos y facultativos cuyos horarios no coincidan con su tiempo de actividad, pero a costa de la libertad de opción que sólo a ella le corresponde. Es por ello que debe entenderse que la mujer es libre para elegir el curso y facultativo que desee, estando la Administración obligada a conceder el permiso retribuido que se solicite si éste coincide con la jornada de trabajo.

Por lo demás, el EBEP y la Ley de Conciliación Catalana se esfuerzan en dejar claro que la titular de este derecho es únicamente la mujer, lo cual impide al futuro padre, funcionario en este caso, disfrutar del permiso retribuido. Tal limitación no ha dejado de ser criticada, pues, mientras un sector de la doctrina científica ha interpretado que «el padre no requiere exámenes médicos prenatales y, por tanto, no tiene por qué beneficiarse de este permiso»<sup>36</sup>, otro sector ha considerado precisamente lo contrario, esto es, que «es perfectamente posible y hasta recomendable la presencia del padre en las sesiones de preparación al parto»<sup>37</sup> y «en el acompañamiento de la embarazada a sus reconocimientos médicos»<sup>38</sup>. Ello contribuiría, sin duda, como otros tantos derechos, a una

<sup>33</sup> FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: “Disposición adicional undécima”, en AA.VV (IGLESIAS CABERO, M., Coord.): *La Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Madrid (Civitas), 1997, pág. 361.

<sup>34</sup> GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *La protección por maternidad*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 1997, pág. 304.

<sup>35</sup> SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.: *Los permisos retribuidos del trabajador*, Pamplona (Aranzadi), 1999, pág. 189.

<sup>36</sup> GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *La protección por maternidad*, cit., pág. 303.

<sup>37</sup> ARGÜELLES BLANCO, A.R.: *La protección de intereses familiares en el ordenamiento laboral*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 1988, pág. 77.

<sup>38</sup> VALLE MUÑOZ, F.A.: *La protección laboral de la maternidad, paternidad y cuidado de familiares*, cit., pág. 22.

mayor conciencia social sobre la responsabilidad compartida de ambos progenitores en la maternidad/paternidad.

No deja de ser cuestionable tampoco la indeterminación temporal que incorpora el precepto en cuanto a la duración del permiso (“tiempo necesario”), pues no especifica -por ejemplo- si comprende el tiempo invertido en los desplazamientos de la funcionaria desde el centro de trabajo al lugar de realización de los exámenes o técnicas o si, por el contrario, queda limitado estrictamente a la realización de aquéllos, lo cual tiene su trascendencia a efectos de determinar si el tiempo de desplazamiento ha de ser retribuido, si bien la interpretación adecuada no podría ser sino la de defender la necesidad de entender incluidos los citados trayectos.

La finalidad de este permiso retribuido en el tenor legal del art. 48 EBEP, vista desde una óptica prevencionista, no es sino la protección de la maternidad biológica, y en particular, la salud de la funcionaria embarazada y la viabilidad del proceso de gestación. Seguramente por eso el legislador estatal no ha tenido en cuenta hasta el momento (sería conveniente que lo hiciera en el futuro) aquellas opiniones que defendían el reconocimiento de un permiso similar para facilitar a la funcionaria (o al funcionario) la tramitación administrativa o judicial requerida por la institución jurídica de la adopción o del acogimiento. Sí tiene en cuenta tales circunstancias la Ley Catalana de Conciliación que prevé cómo “las parejas que optan por la adopción o el acogimiento permanente o preadoptivo tienen derecho a ausentarse del puesto de trabajo para llevar a cabo los trámites administrativos requeridos por la administración competente hechos en Cataluña, durante el tiempo necesario, previa justificación de que se deben llevar a cabo dentro de la jornada de trabajo”. Esta previsión podría entenderse vigente como mejora no del art. 48 EBEP, sino del art. 49.

En fin, el punto 8.4 de la Resolución de 28 de diciembre de 2012 reconoce a los empleados públicos «el derecho a ausentarse del trabajo para someterse a técnicas de fecundación asistida por el tiempo necesario para su realización y previa justificación de la necesidad dentro de la jornada de trabajo», estableciendo una nueva licencia, a la par novedosa e interesante, por cuanto da respuesta a situaciones cada día más frecuentes.

## 7.- Lactancia

La lactancia (natural y artificial) de un hijo menor de doce meses dará derecho a una hora de ausencia del trabajo [art. 48.1 f)]. Sobre el régimen jurídico de este permiso procede efectuar las siguientes consideraciones:

1ª.-La ausencia es de una hora, pudiendo dividirse en dos fracciones no necesariamente iguales en el tenor del EBEP, aun cuando con frecuencia lo son de media hora cada una, o ser sustituidas 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 misma<sup>39</sup>. La Ley Catalana de Conciliación de la Vida Laboral y Familiar precisa que el fraccionamiento ha de concretarse en dos períodos de treinta minutos.

---

<sup>39</sup> STSJ-CONT Andalucía (Granada) 12 enero 1999 (RJCA 1999, 504). En la doctrina, GALLEGO CORCOLES, I.: “Derecho a la jornada de trabajo, permisos y vacaciones”, en AA.VV (ORTEGA ÁLVAREZ, L., Dir.): *Estatuto Básico del Empleado Público*, Madrid (La Ley), 2007, pág. 347.

Sea como fuere, en cualquiera de estas modalidades -y como crítica- el período de disfrute del derecho resulta tan escaso que es de todo punto insuficiente para cumplir la finalidad perseguida por la norma, la lactancia del menor, dadas las largas distancias que, sobre todo en los grandes núcleos de población, han de cubrirse entre el domicilio del funcionario/a y su lugar de trabajo. Salvo, claro está, que el niño se encuentre en un sitio muy cercano a la unidad administrativa, la mayor parte del tiempo vinculado a esta licencia se irá en los desplazamientos, haciendo estéril el beneficio. Por tal razón, debe considerarse acertada la posibilidad que ofrece el EBEP (ya prevista con anterioridad en la Ley 21/2006, de 20 de junio, y autorizada judicialmente)<sup>40</sup> de solicitar la sustitución del lapso temporal de lactancia por un permiso retribuido que acumule en jornadas completas el tiempo correspondiente. Lo que no puede valorarse de forma positiva es que la opción por tal sustitución se atribuya exclusivamente a la funcionaria y no al funcionario, pues parece que se asume el rol clásico de la mujer que cuida hogar e hijos. Con mejor criterio, la Ley Catalana de Conciliación permite, sin embargo, “ejercitar esta opción al interesado o interesada”.

La Ley 8/2006 establece, además, que el período del permiso se ha de iniciar una vez ha finalizado el permiso por maternidad y tiene una duración máxima de veinte semanas. Se extiende, por tanto, únicamente a los nueve primeros meses de vida del menor sin alcanzar a los doce meses.

2º.- Aun cuando el art. 48 f) EBEP considera que la crianza y cuidado de los hijos implica una función compartida a asumir tanto por el padre como por la madre, atribuyendo a los dos progenitores la titularidad individual del derecho aquí analizado<sup>41</sup>, lo cierto es que permite que sólo uno de ellos pueda disfrutarlo cuando ambos trabajen, debiendo entender que puede hacerlo uno de ellos completamente o de modo fraccionado con el fin de compartirlo.

3º.- El sujeto protegido es el hijo, debiendo entender incluido en este concepto tanto la filiación biológica como la adoptiva, siendo dudosa la protección de la situación de acogimiento, a la que sí se refiere la Ley 3/2012 para los trabajadores por cuenta ajena y la Ley Catalana de Conciliación.

4º.- Este permiso se incrementará proporcionalmente en los casos de “parto múltiple”. En tanto la norma protege el derecho del niño, éste no puede verse perjudicado, en caso de alumbramiento múltiple, por la necesidad de compartirlo con sus hermanos. Al apuntar como beneficiario de la norma al lactante parece lógico que cada uno de los hijos genere un derecho independiente para atender a su alimentación. Lo que no deja de ser criticable es, sin embargo, que la ampliación de este permiso no se recoja para los supuestos de adopción simultánea de varios infantes<sup>42</sup>, máxime cuando la Ley 3/2012, de reforma del mercado de trabajo, introduce esta ampliación para los supuestos de adopción o

---

<sup>40</sup> SSTSJ-CONT Navarra 12 noviembre 1999 (RJCA 1999, 4388) y País Vasco 29 diciembre 2000 (JUR 2001, 255838). Contra, SSTSJ-CONT Madrid 26 marzo 2010 (JUR 2010/234256) y 7 febrero 2012 (JUR 2012/201548).

<sup>41</sup> Idea sostenida por la jurisprudencia comunitaria en la STJCE 104/09, de 30 de septiembre de 2010, asunto *Roca Álvarez*.

<sup>42</sup> CABEZA PEREIRO, J. y FERNÁNDEZ DOCAMPO, B.: “Derecho a la jornada de trabajo, permisos y vacaciones”, en AA.VV (MONEREO PÉREZ, J.L.; MOLINA NAVARRETE, C.; OLARTE ENCABO, S. y RIVAS VALLEJO, P., Dirs.): *El Estatuto Básico del Empleado Público*, Granada (Comares), 2008, pág. 464.

acogimiento de varios menores por los trabajadores por cuenta ajena<sup>43</sup>. La Ley Catalana de Conciliación permite la ampliación del permiso a dos horas diarias en los supuestos de nacimiento, adopción y acogimiento, las cuales pueden dividirse en dos fracciones de una hora. Protege, por tanto, el acogimiento, pero deja en peor situación los supuestos en que los infantes alcanzan el número de tres o más.

## 8.- Hijo prematuro

El art. 48 g) EBEP, ante el nacimiento de hijos prematuros o que por cualquier otra causa deban permanecer hospitalizados a continuación del parto, atribuye a la funcionaria o al funcionario el derecho, por un lado, a ausentarse del trabajo durante un máximo de dos horas diarias percibiendo las retribuciones íntegras y, por otro, a reducir su jornada hasta un máximo de dos horas con la disminución proporcional del salario.

Haciendo una interpretación mínimamente coherente de esta previsión, habrá que entender incluidos también los supuestos en que el parto hubiera tenido lugar en un marco distinto del hospital y se hubiese producido con posterioridad el ingreso del neonato, así como los casos en los cuales se produjese el alta del nacido y tras ella tuviera lugar su ingreso en un lapso de tiempo irrelevante, sin olvidar tampoco los supuestos en que por causa de la salud de la madre, ésta y el neonato deben permanecer hospitalizados o aquellos otros en los que la estancia en el recinto hospitalario no obedezca a la prematuridad o a problemas de salud actuales del niño, sino a necesidades preoperatorias, diagnósticas, de observación o pruebas clínicas. Lo que se exige, en todo caso, es la estancia en un centro hospitalario, de manera que la falta de tal circunstancia, por ejemplo porque el niño recibe asistencia médica en el hogar familiar, o es simplemente trasladado (diariamente o no) a la institución sanitaria para recibirla, imposibilita el hecho desencadenante del permiso. Por lo demás, el EBEP no precisa un tiempo específico para su disfrute, lo que significa que los funcionarios podrán ausentarse del trabajo *sine die*, siempre que el menor permanezca en el hospital<sup>44</sup>. La Ley Catalana de Conciliación, sin embargo, otorga un permiso equivalente al tiempo de hospitalización hasta un máximo de doce semanas sin establecer un tope horario diario.

No se aclara, desde el punto de vista legal, si es posible entender aumentado el tiempo de ausencia en caso de parto múltiple, con hospitalización simultánea de todos los neonatos; desde una perspectiva teleológica, ha de darse una respuesta forzosamente afirmativa, aunque, sin duda, la redacción literal de este precepto parece excluir esta conclusión, pues utiliza el plural «nacimiento de hijos prematuros o que, por cualquier causa, deban permanecer hospitalizados», pudiendo inferir que abarca a todos los hijos que puedan estar en tal situación, generándose derecho a un único permiso común para atender al cuidado de todos ellos<sup>45</sup>.

<sup>43</sup> SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.: “Conciliación de la vida familiar en la reforma laboral de 2012(I): lactancia”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1, 2012 (BIB 2012/527), pág. 3.

<sup>44</sup> CRISTÓBAL RONCERO, R.; AGULERA IZQUIERDO, R. y GARCÍA PIÑEIRO, N.: “Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral en el Estatuto Básico del Empleado Público”, en AA.VV.: *El Estatuto Básico del Empleado Público. XIX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Vol. II, Madrid (MTI), 2009, pág. 352.

<sup>45</sup> GARRIGUES GIMÉNEZ, A.: *La maternidad y su consideración jurídico-laboral y de Seguridad Social*, Madrid (CES), 2004, pág. 147.

Por lo demás, teniendo en cuenta la finalidad que este permiso viene a cumplir, no parece justificada la exclusión en el EBEP de los supuestos de hospitalización del hijo a continuación de la adopción, aunque las particularidades de la filiación adoptiva hacen aconsejable el establecimiento de un tratamiento distinto (pero equivalente)<sup>46</sup>, circunstancia que sí protege la Ley Catalana.

En fin, tampoco se entiende suficiente el tiempo retribuido de dos horas que el EBEP reconoce en el supuesto aquí analizado, atendiendo a la práctica imposibilidad de procurar cuidados a un hijo hospitalizado en un período tan breve, aun en los casos en que la distancia entre el centro de trabajo y el recinto hospitalario no fuera excesiva. Por tal razón, la posibilidad de reducir la jornada en otras dos horas adicionales (con minoración proporcional del salario) resultará enormemente atractiva, pues permitirá una ausencia total de cuatro horas (dos retribuidas y dos carentes de remuneración). La Ley Catalana, sin embargo, no limita la duración del permiso a dos horas diarias, pero sí lo hace a la extensión total del permiso, fijada, como ya consta, en doce semanas, contadas a partir de la finalización del permiso por maternidad o de la decimosexta semana posterior al parto, la adopción o el acogimiento.

### **9.- Reducción de jornada por cuidado de hijos o familiares**

El EBEP, en su art. 48 h), brinda la posibilidad de reducir la jornada de trabajo con disminución pertinente del montante salarial (tanto de las retribuciones básicas, como de las complementarias, incluidos los trienios) a aquellos funcionarios que, por razones de guarda legal, tengan el cuidado directo de algún menor de doce años, de persona mayor que requiera especial dedicación o de un discapacitado que no desempeñe actividad retribuida. Igualmente, puede ser titular de este derecho quien precise encargarse del cuidado directo de un familiar, hasta segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo y que no desempeñe actividad retribuida.

Las ventajas de esta modalidad de trabajo a tiempo reducido no pueden dejar de reconocerse, pues constituye un eficaz medio para contribuir a resolver los problemas familiares en ciertas etapas de la vida de los funcionarios, en las cuales precisamente por los cuidados que requieren los menores, minusválidos o parientes más allegados, les resulta difícil compatibilizar los deberes profesionales y domésticos. Con todo -y pese a sus bondades-, la disposición normativa aquí analizada sigue adoleciendo de algún aspecto susceptible de crítica, atendiendo principalmente a los siguientes motivos:

1º.-Por imponer, como requisito para el disfrute de este derecho de reducción de jornada, que las personas discapacitadas (enfermas o ancianas), objeto de cuidado, no desempeñen una actividad retribuida. Aquí el legislador olvida la situación de necesidad que la familia está atendiendo, siendo claramente una medida que no sólo no facilita la conciliación de la vida familiar y laboral de los funcionarios, sino que además atenta contra el derecho de inserción laboral de las personas con disminución psíquica o física<sup>47</sup>.

2º.-Por emplear el término «guarda legal», pues, en primer lugar, los mayores de edad sólo podrán quedar sometidos a alguna de las formas de guarda legal si son considerados

<sup>46</sup> VIQUEIRA PÉREZ, C.: *Interrupción y suspensión del contrato de trabajo con motivo de la adopción de un hijo*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 2003, pág. 46.

<sup>47</sup> LÓPEZ LÓPEZ, J.: "Corresponsabilidad familiar y políticas legislativas sobre igualdad", *Temas Laborales*, núm. 67, 2002, pág. 66.

judicialmente incapacitados, declaración que procederá en el caso de personas con incapacidad psíquica o con minusvalías sensoriales, pero no cuando simplemente padecen una deficiencia física que no incide en la capacidad volitiva aunque sí se requieran cuidados. Por ello, lo más sensato es considerar que la llamada a la guarda legal funciona sólo cuando se trata de atender a menores de edad (sujetos a patria potestad o a tutela), pero no alcanza al cuidado de los minusválidos.

La misma crítica cabe, al tiempo, respecto de la exclusión que se produciría frente a quienes actúan guardando de hecho a un menor, como puede ocurrir con los abuelos o con la pareja *more uxorio* (o incluso el cónyuge no progenitor) del padre, madre o tutor del infante (salvo que lo haya adoptado legalmente), por mucho que se ocupen efectivamente del cuidado del niño, motivo por el cual la expresión «guarda legal» debería sustituirse por «guarda *de facto*»<sup>48</sup>.

3º.-Por utilizar la locución «cuidado directo» del familiar necesitado de ayuda. Esta exigencia supone la implicación personal, plena e inmediata del funcionario en tal tarea. Exigir este nivel de dedicación implicaría, sorprendentemente y en contra de la finalidad de la norma, el abandono de cualquier empleo y no sólo la mera reducción de la jornada, razón por la cual, según la hermeneútica del precepto, sería procedente adoptar una interpretación flexible, admitiendo como válida la existencia de ayuda proveniente de otros miembros del entorno familiar, e incluso ajenos al mismo, para atender adecuada y suficientemente a quien más lo necesita en una familia<sup>49</sup>.

4º.-Por limitar la relación de parentesco hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, excluyendo las necesidades planteadas por las relaciones derivadas de las parejas de hecho y aquellos supuestos de estructuras unifamiliares derivadas de la separación, el divorcio o la viudedad.

5º.-Por requerir que la persona necesitada de cuidados «no pueda valerse por sí misma», equiparando, en su sentido más estricto, tal exigencia con la situación de gran invalidez, motivo por el cual procede hacer una interpretación más flexible deviniendo necesario sustituir la causa que puede justificar la obtención de la reducción de la jornada por la siguiente expresión: «que tengan dificultad para valerse por sí mismos»<sup>50</sup>. Es necesario, por tanto, acoger el concepto de persona con discapacidad establecido en el Real Decreto 1414/2006, de 1 diciembre, cuyo art. 1.2 atribuye esta consideración a quienes se les haya reconocido un grado de minusvalía igual o superior al 33 por 100, dentro de los cuales estarán lógicamente incluidos los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez. De todas formas, la práctica se encarga de demostrar que para la concesión de este tipo de permiso por parte de la Administración es necesario que concurra una manifiesta disminución física o psíquica, pero en ningún momento es necesario acreditar oficialmente el grado exacto de minusvalía de la persona a cargo, por lo que éste no puede considerarse condición indispensable<sup>51</sup>.

<sup>48</sup> ARGÜELLES BLANCO, A.R.; MARTÍNEZ MORENO, C. y MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P.: *Igualdad de oportunidades y responsabilidades familiares*, Madrid (CES), 2004, pág. 124-125.

<sup>49</sup> MARÍN ALONSO, I. y GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Familia y Trabajo. El régimen jurídico de su armonización*, Murcia (Laborum), 2001, pág. 59.

<sup>50</sup> ALMENDRÓS GONZÁLEZ, M.A.: *Familia y Trabajo. Comentario práctico a la Ley de Conciliación de la Vida Familiar y Laboral: aspectos laborales*, Granada (Comares), 2002, pág. 67.

<sup>51</sup> Dictamen de la Comisión Superior de Personal de 24 de marzo de 1998.

6º.-Por limitar el ámbito de aplicación del precepto aquí analizado solamente a una reducción horaria con disminución proporcional del salario, sin admitir expresamente otras fórmulas (tradicionalmente permitidas) como pudiera ser la reordenación del tiempo de trabajo, a través de la adaptación del horario, de la aplicación del horario flexible o de otras formas de adaptación y distribución de la jornada, con el fin de conseguir un equilibrio adecuado entre la vida profesional y la vida familiar.

Más beneficiosa es, con todo, la regulación que incorpora el EBEP para los funcionarios que la prevista en el ET para los trabajadores por cuenta ajena, pues esta última, además de limitar la reducción entre un octavo y la mitad, tras la reforma de la Ley 3/2012, añade a la minoración la palabra “diaria”, es decir, cada uno de los días en que esté previsto el desempeño de actividad productiva por parte del trabajador debe producirse la reducción<sup>52</sup>.

La Ley Catalana es, igualmente, más estricta que el EBEP en su regulación, pues establece que las personas que por razón de guarda legal tienen cuidado directo de un hijo o hija menor de doce años pueden gozar de una reducción de un tercio o de la mitad de la jornada, con la reducción proporcional de retribuciones. Solamente si las necesidades del servicio lo permiten, esta reducción puede ser de otra fracción de jornada, que debe oscilar en cualquier caso entre la octava parte y la mitad de la jornada.

No deben valorarse sino de forma positiva tres previsiones, incorporadas en el punto 8 de la Resolución de 28 de diciembre de 2012:

a) El derecho a flexibilizar en un máximo de una hora la parte del horario fijo de la jornada para quienes tengan a su cargo personas mayores, hijos menores de doce años o sujetos aquejados de discapacidad, así como para quienes tengan a su cargo directo a un familiar con enfermedad grave hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad.

b) Aun cuando excepcionalmente y previa autorización del responsable de la unidad, el derecho a modificar el horario fijo en un máximo de dos horas por motivos directamente relacionados con la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, especialmente en los casos de familias monoparentales.

c) Los funcionarios que tengan hijos con discapacidad, por una parte, «podrán disponer de dos horas de flexibilidad horaria diaria sobre el horario fijo que corresponda a fin de conciliar los horarios de los centros educativos ordinarios de integración y de educación especial, así como otros centros donde el hijo o hija con discapacidad reciba atención, con los horarios de los propios puestos de trabajo»; y, por otra, «tendrán derecho a ausentarse del trabajo por el tiempo indispensable para asistir a reuniones de coordinación de su centro educativo, ordinario de integración o de educación especial, donde reciba atención, tratamiento o para acompañarlo si ha de recibir apoyo adicional en el ámbito sanitario o social». Estas previsiones se reiteran en el art. 17 de la Ley de Conciliación Catalana.

7º.- La disposición adicional octava del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, establece la aplicación a los funcionarios (y personal estatutario) incluidos en el régimen general de la Seguridad Social (los de las Comunidades Autónomas y Administraciones Locales lo

<sup>52</sup> SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. y FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: “Conciliación de la vida familiar y laboral. Apoyo al autoempleo y otras medidas”, en AA.VV (CAVAS MARTÍNEZ, F., Coord.): *La reforma laboral de 2012. Análisis del Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, Murcia (Laborum), 2012, pág. 306.

están), del incremento del cómputo de las cotizaciones hasta el 100 por 100 de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido la jornada sin reducción por los motivos aquí analizados.

8º.- En fin, aun cuando atendiendo al tenor literal del precepto aquí comentado, parece que es el funcionario quien debe determinar las condiciones de la reducción horaria, sin que la Administración pueda oponerse alegando los perjuicios que le ocasiona la ausencia en el tiempo elegido, lo cierto es que el derecho no se constituye con carácter absoluto, pudiendo el titular del órgano administrativo rechazar los términos en los que el funcionario pretenda poner el permiso en práctica atendiendo a la organización del trabajo. Así lo ha reconocido la Comisión Superior de Personal<sup>53</sup>, atribuyendo al órgano administrativo competente la discreción de aquella parte de la jornada sobre la cual debe efectuarse la reducción, condicionada, en todo caso, a las necesidades del servicio<sup>54</sup>, y siempre y cuando «no exista perjuicio laboral para su unidad»<sup>55</sup>. Sin embargo, la doctrina judicial más reciente ha señalado que la reducción de jornada es un derecho individual del funcionario y no es la Administración quien puede decidir la concreción horaria en caso de reducción de jornada para el cuidado de hijos menores<sup>56</sup>, pudiendo, por ejemplo, solicitar el paso de un turno rotatorio a otro fijo e invariable<sup>57</sup> o la acumulación en jornadas completas para disponer de cuatro días adicionales al mes de inasistencia al trabajo<sup>58</sup>.

9º.- La Ley Catalana de Conciliación recoge, en su art. 25, un supuesto de reducción de jornada por discapacidad del propio funcionario legalmente reconocida, que implique la necesidad de recibir tratamiento en centros públicos o privados durante el tiempo que tenga que dedicar a ese tratamiento, sin pérdida de sus retribuciones íntegras. Para disfrutar de esta reducción de jornada es preciso un informe del correspondiente servicio médico que justifique la necesidad del tratamiento, la periodicidad o duración aproximada y la necesidad de que se lleve a cabo en el horario laboral.

10º.- Además, la Ley Catalana, en su art. 26, prevé una reducción de jornada de un tercio o de la mitad con derecho al 80% o al 60% de las retribuciones en los siguientes supuestos: a) Para cuidar de un hijo o hija menor de seis años, siempre que se tenga su guarda legal, desarrollado en el art. 21 Decreto 56/2012, de 29 de mayo, sobre jornada y horarios de trabajo del personal funcionario al servicio de la Generalitat<sup>59</sup>, previo pronunciamiento del Tribunal Constitucional; b) Para cuidar de una persona con discapacidad psíquica, física o sensorial que no haga ninguna actividad retribuida, siempre que se tenga su guarda legal; c) Porque tenga a su cargo un familiar, hasta el

<sup>53</sup> Dictámenes 12 de julio de 1991 y 26 de marzo de 1992.

<sup>54</sup> OLMEDO GAYA, A.: "Derechos de contenido funcional, laboral y social", en AA.VV (CASTILLO BLANCO, F.A., Coord.): *Lecciones de Función Pública*, Madrid (CEMCI), 2002, pág. 285. En el mismo sentido, sobre la posibilidad que asiste a la Administración para denegar la reducción de jornada solicitada, SSTSJ-CONT Madrid 7 diciembre 2007 (JUR 2008, 91947), Cataluña 7 julio 2008 (JUR 2008, 315505) y Madrid 23 noviembre 2010 (RJCA 2011/185).

<sup>55</sup> Boletín de Consultas en materia de recursos humanos (6/5/2005). [www.map.es](http://www.map.es).

<sup>56</sup> SSTSJ-CONT Andalucía/Granada 9 mayo 2011 (JUR 2011/206902), País Vasco 22 marzo 2012 (RJCA 2012/213) ó Cataluña 9 marzo 2012 (RJCA 2012/696).

<sup>57</sup> STSJ-CONT Madrid 25 septiembre 2009 (RJCA 2010/15).

<sup>58</sup> STSJ-CONT Madrid 28 marzo 2011 (JUR 2011/188979).

<sup>59</sup> Sobre este precepto se pronunció el Tribunal Constitucional en dos ocasiones (sentencias 181/2012 y 191/2012), reconociendo antes de la promulgación del Decreto Ley 20/2012, que la regulación del art. 48 EBEP era supletoria, de forma que nada impedía que la Ley Catalana fijara la edad del menor en seis años frente a los 12 de la Ley Estatal.

segundo grado de consanguinidad o afinidad, con una incapacidad o disminución reconocida igual o superior al 65% o con un grado de dependencia que le impide ser autónomo, o que requiere especial dedicación o atención; d) Las mujeres víctimas de la violencia de género, para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social íntegra.

### **10.- Reducción de jornada por cuidado de familiar en primer grado**

Un supuesto especial de reducción de jornada viene contemplado en el art. 48 i) EBEP, en virtud del cual por atender al cuidado de un familiar de primer grado, el funcionario tendrá derecho a solicitar una reducción de hasta el 50 por 100 de la jornada laboral, con carácter retribuido, por razones de enfermedad muy grave y por el plazo máximo de un mes.

Sobre la bondad de esta disposición no es necesario insistir, pues, sin duda, ayudará al funcionario a atender, sin ver disminuida su retribución, circunstancias de extrema gravedad planteadas en su entorno familiar más próximo. Únicamente procede señalar dos flancos abiertos a la crítica en el diseño legal de la medida aquí analizada: por una parte, porque únicamente se concede el derecho a «solicitar» la minoración horaria por parte del funcionario, sin que quede, por tanto, garantizado el disfrute efectivo de la misma, pues todo dependerá de la decisión del órgano competente para resolver dicha solicitud en la que lógicamente tendrá en cuenta las necesidades del servicio; por otra, porque se impide el disfrute íntegro de este derecho por más de un titular si el sujeto causante fuese el mismo, siendo necesario el prorrateo entre los posibles beneficiarios, respetando en todo caso el límite máximo de un mes. De nuevo, se permite que el Ente público sea el encargado de administrar el ejercicio de un derecho que se enraíza de forma harto clara con la vida privada del funcionario.

El art. 20 Ley de Conciliación Catalana establece que puede concederse permiso sin retribución para atender a un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad por un período mínimo de diez días y máximo de tres meses, prorrogable, excepcionalmente, hasta tres meses más. Este permiso es incompatible con la autorización de compatibilidad, que queda suspendida de oficio hasta la finalización del permiso.

### **11.- Cumplimiento de un deber público inexcusable o relacionado con la conciliación**

En el apartado j) del art. 48 EBEP se reconoce el derecho del funcionario a disfrutar de permisos en dos supuestos distintos: uno, para el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público o personal; otro, por deberes relacionados con la conciliación de la vida familiar y laboral.

1º.-Dentro de la expresión «cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público o personal» pueden encajar circunstancias muy variadas. Algunas de ellas se encuentran reguladas en normas especiales, tal y como sucede, por ejemplo, con la realización de funciones propias de un cargo electivo que desempeñe el funcionario en activo que sea miembro de una Corporación local o de una Asamblea legislativa autonómica, con la participación en elecciones o con el desempeño de la función de jurado. En todos estos casos está claro que la concesión del permiso es debida, pero también debe serlo cuando se necesite para cumplir cualquier otra obligación realmente inexcusable (asistencia a

juicio o actuación judicial, comparecencia requerida por la Administración, los órganos legislativos, constitucionales o judiciales, etc.).

Pese a esta amplitud, el supuesto en cuestión resulta, no obstante, especialmente complejo en su arquitectura jurídica, puesto que ha de integrarse tras la clarificación de lo que signifique la confusa expresión «un deber inexcusable», discerniendo cuáles poseen «naturaleza pública» y han de cumplirse de manera «personal»<sup>60</sup>. Así, cabe interpretar:

En primer lugar, que es necesaria la existencia de una interrelación del funcionario con las Administraciones u órganos públicos como parte consustancial a la delimitación del supuesto contemplado por el EBEP, referida, por tanto, a la exigencia de comportamientos que los particulares deben de llevar a cabo frente a los Entes públicos como consecuencia de su condición de ciudadanos<sup>61</sup>. En tal circunstancia no encajan, tal y como se han encargado de aclarar los Tribunales, la ostentación del cargo de presidente<sup>62</sup> o secretario<sup>63</sup> de un colegio profesional o de miembro directivo de una federación deportiva<sup>64</sup>, la prestación de servicios en una agrupación de protección civil<sup>65</sup>, el hecho de acompañar a un familiar a un centro médico<sup>66</sup>, la asistencia a una asamblea en una entidad privada<sup>67</sup>, la visita a un familiar hospitalizado<sup>68</sup>, la concurrencia al funeral de un familiar de tercer grado de consanguinidad o superior<sup>69</sup>, el desplazamiento a un país extranjero por el tiempo que dure el proceso administrativo o judicial de adopción de un menor<sup>70</sup> o la gestión de las fiestas patronales por un Concejal del Ayuntamiento<sup>71</sup>.

En segundo término, que la obligación de hacer, cuya prioridad respecto de la prestación del servicio por parte del funcionario se acoge, ha de venir referida de modo indelegable a éste, de manera que si fuese posible el cumplimiento a través de sustitución o representación se estaría fuera del campo aplicativo de la licencia aquí estudiada, tal y como sucede -en paradigmático ejemplo- con el hecho de ausentarse para matricular a un hijo en un centro de estudios<sup>72</sup>.

En tercer lugar, que la inexcusabilidad de la obligación no parece muy necesaria, pues para el ordenamiento jurídico todo deber ha de ser cumplido, de modo que lo contrario generaría responsabilidades (civiles, penales o administrativas) en el sujeto obligado/infractor, razón por la cual, tal y como ha señalado el Tribunal Supremo, «basta con que se trate de una obligación "genéricamente inexcusable" como puede ser la de

<sup>60</sup> STSJ-CONT Castilla y León (Burgos) 18 enero 2005 (JUR 2005, 71429).

<sup>61</sup> STSJ-CONT Extremadura 29 septiembre 1999 (RJCA 1999, 3511).

<sup>62</sup> STSJ-CONT Castilla y León (Burgos) 15 marzo 2002 (RJCA 2002, 517) y Andalucía (Granada) 21 abril 2003 (JUR 2003, 150830). En sentido contrario, entendiendo que si la colegiación es obligatoria, el funcionario arquitecto debe poder asistir a las reuniones de la junta de gobierno, STSJ-CONT Andalucía/Málaga 30 junio 2009 (JUR 2010/53399).

<sup>63</sup> STSJ-CONT Castilla-La Mancha 12 febrero 2000 (RJCA 2000, 509).

<sup>64</sup> Dictamen de la Comisión Superior de Personal de 19 de junio de 1994.

<sup>65</sup> Dictamen de la Comisión Superior de Personal de 23 de septiembre de 1993.

<sup>66</sup> STSJ-CONT Castilla y León (Burgos) 16 abril 1997 (RJCA 1997, 1550).

<sup>67</sup> STSJ-CONT Castilla y León (Burgos) 26 mayo 2006 (JUR 2006, 181713).

<sup>68</sup> STSJ-CONT Cataluña 5 diciembre 2000 (JUR 2001, 110722).

<sup>69</sup> Dictamen de la Comisión Superior de Personal de 20 de mayo de 1993.

<sup>70</sup> STSJ-CONT Murcia 24 febrero 1998 (JUR 1998, 98069) ó Extremadura 12 septiembre 2001 (RJCA 2001, 1403).

<sup>71</sup> STSJ-CONT Madrid 22 septiembre 2009 (RJCA 2010/12)

<sup>72</sup> SSTSJ Andalucía (Sevilla) 25 enero 2000 (JUR 2001, 122248) y Cataluña 4 julio 1994 (RJCA 1994, 287).

votar en referéndum, no en vano al tiempo que derecho es una obligación ciudadana sobre la que descansa la arquitectura del sistema democrático»<sup>73</sup>.

La acumulación de calificativos que el EBEP recoge («deber público», «inexcusable» y «personal»), sin embargo, no acaba de explicitar la que debería acabar siendo en muchos casos exigencia fundamental: que la actividad por la cual se deja de prestar servicios haya de desarrollarse precisamente a las mismas horas que debería prestarse el trabajo comprometido, lo cual seguirá provocando, sin duda, grandes dosis de litigiosidad.

2º.-El cumplimiento de deberes relacionados con la conciliación de la vida familiar y laboral puede justificar, también, el disfrute de permisos por parte del funcionario «por el tiempo indispensable». Se trata de una previsión que se contemplaba en el marco del «plan concilia» para los supuestos de familias monoparentales, pero que el texto del EBEP adopta sin más concreción. Por tal razón, esta licencia podrá ser utilizada para dar cobertura a necesidades imperiosas planteadas por familiares próximos del funcionario, como pudiera ser la de acompañar a menores o mayores al médico o atender enfermedades infecto-contagiosas de los hijos tan frecuentes en edades tempranas de los mismos. Las solicitudes deberán presentarse con una antelación suficiente en función de la previsibilidad del hecho causante, para permitir su valoración y no infligir un daño desproporcionado a las exigencias funcionales y organizativas de la Administración<sup>74</sup>. Por su parte, el art. 22 de la Ley de Conciliación Catalana prevé la posibilidad de autorizar permisos de ausencia del puesto de trabajo de un mínimo de una hora y un máximo de siete para visitas o pruebas médicas de ascendientes o descendientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad y para reuniones de tutoría con los docentes responsables de los hijos. La persona afectada debe recuperar el tiempo de ausencia durante la misma semana en la que disfruta del permiso, teniendo en cuenta las necesidades del servicio. Estos permisos pueden ser puntuales o periódicos.

No cabe, sin embargo, la utilización de esta licencia prevista en el art. 48 i) EBEP en los supuestos en los cuales es el propio funcionario el que acude a un centro médico (público o privado) durante la jornada de trabajo<sup>75</sup>, licencia que está regulada en la Instrucción 5/2012, de 15 de octubre, modificada por Instrucción 6/2012, para el ámbito de la Administración de la Generalitat, en el sentido de entender que la asistencia a consulta médica debe producirse fuera de las horas de trabajo y si esto no fuera posible ha quedar debidamente justificada mediante declaración jurada del afectado, siendo necesario aportar justificante del centro médico con referencia al horario de visita (entrada y salida de la consulta) e indicación del facultativo.

## 12.- Asuntos particulares

El Real Decreto Ley 20/2012 reduce de 6 a 3 los días de permiso por asuntos particulares [nuevo art. 48 k) EBEP], distribuidos a conveniencia del funcionario, pero necesitados de previa autorización y respeto a las necesidades del servicio, sin que puedan acumularse a

<sup>73</sup> SSTS-CONT 24 febrero 1998 (RJ 1998, 2859) y 31 enero 1994 (RJ 1994, 542). En el mismo sentido, STS 20 diciembre 1990 (RJ 1992, 9164).

<sup>74</sup> NUÑEZ-CORTES CONTRERAS, P. y VELASCO PORTERO, M.T.: “Los derechos de conciliación de vida laboral y familiar de los empleados públicos”, *Actualidad Laboral*, núm. 17, 2008, pág. 2050.

<sup>75</sup> STSJ-CONT Extremadura 15 abril 2008 (RJCA 2008,307).

las vacaciones<sup>76</sup>. De ahí que entre este permiso y las vacaciones anuales deba mediar al menos un día laborable. No obstante, como novedad, la Resolución de 28 de diciembre de 2012 posibilita, siempre que las necesidades del servicio lo permitan, la acumulación de los días por asuntos propios con los de vacaciones que se disfruten de forma independiente.

Estos días deben disfrutarse dentro del año natural o, como máximo, en los quince primeros días del mes de enero siguiente (punto 9.7 Resolución de 28 de diciembre de 2012), salvo si no se hubieran podido disfrutar por causas imputables a la Administración<sup>77</sup>, no siendo posible quedar reducidos por encontrarse el funcionario de baja por enfermedad o por el hecho de haber disfrutado otro tipo de licencias<sup>78</sup>. Son éstos los célebremente conocidos como “moscosos” (por el nombre del Ministro que los estableció en 1983) en la jerga habitual de las oficinas públicas.

El párrafo octavo del punto noveno de la Resolución de 28 de diciembre de 2012 establece, además, que los calendarios laborales incorporarán dos días adicionales de permiso por asuntos propios cuando las fechas 24 y 31 de diciembre coincidan en festivo, sábado o día no laborable. Asimismo, los calendarios laborales incorporarán cada año natural, y como máximo, un día de permiso cuando alguna o algunas festividades laborales de ámbito nacional de carácter retribuido, no recuperable y no sustituible por las Comunidades Autónomas coincidan con sábado en dicho año.

En fin, es interesante mencionar la práctica de la Administración de imputar a los días por asuntos particulares aquellas ausencias del funcionario que han sido denegadas como permisos *stricto sensu*, conversión reconocida como correcta en vía judicial<sup>79</sup>.

El Decreto Legislativo 1/1997 de función pública de la Generalitat (art. 96.2) sigue manteniendo, sin embargo, el número de seis días de permiso por asuntos personales por cada año completo de trabajo.

El Real Decreto Ley 20/2012 ha eliminado los días de libre disposición adicionales reconocidos por el derogado art. 48.2 EBEP (aun cuando formalmente no incluido en la disposición derogatoria), que establecía el derecho al disfrute de dos días al cumplir el sexto trienio, incrementándose en un día más por cada trienio cumplido a partir del octavo, que trataban de premiar la antigüedad del funcionario, pretendiendo incentivar la permanencia en la función pública y la fidelización con la organización en la que se prestan los servicios. Sin embargo, el Decreto Legislativo 1/1997 de la Generalitat, en su art. 96.2, mantiene esta previsión, añadiendo dos días adicionales al cumplir el sexto trienio y un día adicional por cada trienio a partir del octavo.

### 13.- Matrimonio

La nueva letra l) del art. 48 EBEP introduce en el texto del Estatuto el permiso por matrimonio (15 días), colmando la laguna anteriormente existente, no en vano era el art. 71 LFCE el que regulaba esta circunstancia, tal y como se encargaba de aclarar el punto 3º de la Resolución de 21 de junio de 2007, de la Secretaría General para la

<sup>76</sup> Dictamen de la Comisión Superior de personal de 16 de septiembre de 1991.

<sup>77</sup> Aunque el trabajador se encontrase de baja por enfermedad, no procede su disfrute fuera del plazo establecido, STSJ-CONT Madrid 10 febrero y 28 septiembre 2012 (JUR 2012/204185 y 274546).

<sup>78</sup> STSJ-CONT, Madrid 29 junio 2002.

<sup>79</sup> STSJ-CONT, La Rioja 23 septiembre 1996.

Administración Pública, por la que se publican las Instrucciones, de 5 de junio de 2007, para la aplicación del EBEP en el ámbito de la Administración General del Estado y sus organismos públicos. Aunque el nuevo art. 48 l) EBEP no lo establece, cabe entender que esta licencia ha de computarse en días naturales, de modo que todas las fechas que transcurren desde que se inicia el disfrute han de contabilizarse, sin que pueda pretenderse el ulterior disfrute de días festivos que hayan estado comprendidos<sup>80</sup>.

El motivo justificativo del permiso es el vínculo marital (heterosexual u homosexual – permitido tras la Ley 13/2005, de 1 de julio y refrendado por el Tribunal Constitucional--), de modo que las uniones meramente religiosas o fácticas resultan inhábiles para que pueda obtenerse el derecho. Con reiteración se ha planteado la posibilidad de que al restringir el beneficio a quienes optan por determinado modelo de unión estable (la matrimonial) se estaría discriminando a cuantos funcionarios prefieren otras fórmulas, invocándose al efecto la genérica protección constitucional en favor de la familia (el art. 39.1 CE se refiere a ella y no al matrimonio) y el principio de no discriminación (art. 14 CE). No es éste el lugar adecuado para profundizar en el polémico tema del régimen jurídico aplicable a las parejas de hecho o uniones libres. Bastará con recordar que la jurisprudencia ordinaria y constitucional han venido conciliando dos criterios aparentemente opuestos: se admite que la convivencia *more uxorio* -siempre que cumpla ciertos requisitos- pueda hacer surgir consecuencias jurídicas diversas y, al tiempo, se subraya que no es realidad equivalente a la matrimonial por lo que el legislador puede atribuir efectos distintos a ambas<sup>81</sup>.

La Ley de Conciliación Catalana (art. 9), sin embargo, extiende este permiso al matrimonio o al inicio de la convivencia, en el caso de las uniones estables de pareja. Los cónyuges o convivientes pueden disfrutar del permiso dentro del plazo de un año a contar desde la fecha de la boda o el inicio de la convivencia. Además, en el art. 10 reconoce el derecho a un permiso de un día de ausencia del puesto de trabajo por matrimonio de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad. Este permiso es ampliable a dos días si el matrimonio tiene lugar fuera de Cataluña.

#### 14.- Días adicionales de vacaciones

En el sistema tradicional de función pública no se regulaba el derecho a un período de vacaciones, por cuanto ese reconocimiento contrariaba el principio de que la Administración pagaba únicamente por los servicios que le eran efectivamente prestados. En la actualidad, el derecho a las vacaciones está tutelado, incluso, a nivel constitucional, pues los poderes públicos vienen obligados a garantizar el descanso necesario mediante “las vacaciones periódicas retribuidas” (art. 40.2 CE). La finalidad de este lapso de asueto es procurar al funcionario o empleado laboral el reposo necesario para que pueda recuperarse del desgaste fisiológico producido por su actividad profesional<sup>82</sup>. Así:

1.- Configurado el derecho a vacaciones como un supuesto de interrupción de la prestación de actividad que se materializa en un período de días de desvinculación de la actividad profesional de cadencia anual, prolongado y proporcional a los servicios

<sup>80</sup> Dictamen de la Comisión Superior de Personal en atención de consulta evacuada el 23 de julio de 1991.

<sup>81</sup> SSTCo 222/1992, de 11 de diciembre. En el mismo sentido, STS-CONT 10 mayo 2012 (rec. 836/2011).

<sup>82</sup> SÁNCHEZ TORRES, E.: “El régimen de permisos y vacaciones de los empleados públicos”, en AA.VV (DEL REY GUANTER, S., Dir.): *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, Madrid (La Ley), 2008, pág. 631.

prestados en el año de referencia, la duración del mismo se erige como elemento fundamental de su propia regulación. Se establece un período vacacional, no de treinta días naturales como determina el ET, sino de veintidós días hábiles durante cada año natural, a los que se debía añadir, en la versión inicial del EBEP, un día hábil adicional (hasta alcanzar un total de veintiséis al año) cuando se cumplieran respectivamente los quince, veinte, veinticinco y treinta años de servicios, tal y como reconocía el punto siete b) de la Resolución de 21 de junio de 2007, que considera vigente lo dispuesto en el art. 68.2 LFCE, pese a aparecer expresamente mencionado en el apartado a) de la disposición derogatoria única EBEP. Por su parte, el art. 18 del Decreto Catalán 56/2012 fija la duración de las vacaciones en 23 días hábiles, si éstas se disfrutaran en períodos fraccionados.

El Real Decreto Ley 20/2012, de aplicación a las Administraciones Públicas y a sus organismos y entidades, vinculadas o independientes, así como a los consorcios y organismos reguladores (no a las sociedades mercantiles ni fundaciones), elimina el incremento del número de días de vacaciones por razón de la antigüedad del trabajador, quedando definitivamente derogado, para la Administración General del Estado, el art. 68.2 LFCE, que preveía los días adicionales por antigüedad (disposición derogatoria única)<sup>83</sup>.

Entre los resortes jurídicos dirigidos a asegurar el disfrute del período de vacaciones de manera correcta, se encuentra el referido a que no se consideren como días hábiles los sábados, sin perjuicio de las adaptaciones que se establezcan para los horarios especiales<sup>84</sup>.

El Decreto catalán 56/2012 establece el disfrute de las vacaciones entre el 1 de julio y el 30 de septiembre, siendo posible, no obstante, que se tomen en otros períodos siempre y cuando se respeten las necesidades del servicio. Si se disfrutaran de forma fraccionada, el período mínimo ha de ser de una semana, aunque tres días se podrán establecer de forma independiente a lo largo del año.

2.- La propia esencia del derecho a vacaciones requiere un determinado tiempo previo de prestación de servicios para que se genere la prerrogativa de disfrutar de las mismas, de modo que el derecho pleno nacerá de la prestación de servicios prolongada durante un año (que incluye los servicios especiales, los períodos de incapacidad temporal<sup>85</sup>, maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y la lactancia, permisos y licencias, pero no el período de excedencia para el cuidado de familiares<sup>86</sup>), en tanto que prestaciones de trabajo de inferior duración tan sólo generarán vacaciones proporcionales

<sup>83</sup> ARRIBAS LÓPEZ, E.: "El Real Decreto Ley 20/2012, de 13 de julio y los funcionarios", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 848, 2012 (BIB 2012/3008), pág. 2.

<sup>84</sup> RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: "Art. 50", en AA.VV (PALOMAR OLMEDA, A. y SEMPERE NAVARRO, A.V., Dirs.): *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, 2ª edición, Pamplona (Aranzadi), 2009, págs. 528 y ss.

<sup>85</sup> SSTSJ-CONT Galicia 13 junio, 4 julio y 24 octubre 2012 (JUR 2012/233224, 265171 y 355226) y Andalucía/Sevilla 15 diciembre 2011 (JUR 2012/67166).

<sup>86</sup> Respuesta a Consulta de fecha 29 noviembre 2007 de la Dirección General de la Función Pública, en virtud de la cual, una vez efectuada la reincorporación, tras haber disfrutado en todo o en parte el período de excedencia para el cuidado de familiares, sólo se tendrá derecho al tiempo de vacación proporcional al que se lleve de servicio activo desde el reingreso.

a ésta<sup>87</sup>. La denegación del disfrute de las vacaciones en las fechas solicitadas deberá ser motivada<sup>88</sup>.

3.- Cuando se hace referencia al derecho a vacaciones de los funcionarios y empleados públicos, en realidad se está aludiendo a la denominación simplificada comúnmente aceptada del derecho a vacaciones anuales retribuidas, derecho unitario de contenido complejo que engloba la interrupción periódica de la prestación de servicios y el mantenimiento del crédito salarial<sup>89</sup>. Resulta esencial, por tanto, a la propia institución que las fechas de vacación sean retribuidas, si bien el EBEP no precisa el alcance cuantitativo exacto de dicha remuneración. Lo que está claro es que el funcionario o empleado público, al igual que cualquier otro trabajador por cuenta ajena, ha de percibir “por lo menos su remuneración normal o media” (art. 7.1 Convenio número 132 OIT), aplicando, por tanto, el “principio de equivalencia” o, lo que es lo mismo, de “omniequivalencia” entre el período de actividad y el vacacional.

4.- Cabe entender prohibido el percibo de una suma en metálico a cambio del descanso no disfrutado, quedando impedido que el mismo sea compensado con ventajas económicas. Ahora bien, la prohibición de compensación monetaria tiene una manifiesta excepción; es claro que, por imposibilidad técnica de disfrutarlo, el período vacacional sí podrá ser indemnizado en dos supuestos: cuando se trate de un funcionario interino cuya relación de servicios queda extinguida sin que llegue a disfrutar la vacación o cuando concluya una contratación laboral a término<sup>90</sup>.

5.- Procede recordar también que la Resolución de 28 de diciembre de 2012 se encarga de aclarar cómo si el período de vacaciones previamente fijado o autorizado, y cuyo disfrute no se haya iniciado, pueda coincidir en el tiempo con una situación de incapacidad temporal, riesgo durante la lactancia, riesgo durante el embarazo o con los permisos de maternidad o paternidad o permiso acumulado de lactancia, se podrá disfrutar en fecha distinta. Cuando tales situaciones impidan iniciar el disfrute de las vacaciones dentro del año natural al que correspondan, las mismas se podrán disfrutar en año natural distinto. En el supuesto de incapacidad temporal, el período de vacaciones se podrá disfrutar una vez haya finalizado dicha incapacidad siempre que no hayan transcurrido más de dieciocho meses a partir del final del año en que se hayan originado<sup>91</sup>.

Si durante el disfrute del período de vacaciones autorizado, sobreviniera el permiso de maternidad o paternidad, o una situación de incapacidad temporal, el período de vacaciones quedará interrumpido pudiendo disfrutarse el tiempo que reste en un período distinto. En el caso de que la duración de los citados permisos o de dicha situación impida el disfrute de las vacaciones dentro del año natural al que correspondan, las mismas se podrán disfrutar en el año natural posterior (art. 9). Se aplica y concreta la doctrina

<sup>87</sup> MANZANA LAGUARDA, R.: *Derechos y deberes del funcionario público*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 2006, pág. 275.

<sup>88</sup> STSJ-CONT Murcia 24 febrero 2011 (JUR 2011/158016).

<sup>89</sup> MONEREO PÉREZ, J.L. *et alii: Manual de empleo público*, Granada (Comares), 2010, pág. 157.

<sup>90</sup> STSJ-CONT 15 diciembre 2011 (JUR 2012/63769).

<sup>91</sup> Recogiendo el contenido de la STJCE 337/2010, de 3 de mayo de 2012. Con anterioridad, la doctrina judicial española venía admitiendo el disfrute en el año siguiente, SSTSJ-CONT País Vasco 23 junio 2011 y 8 septiembre 2011 (RJCA 2011/654 y 2012/685), Murcia 15 julio 2011 (JUR 2011/286436), Galicia 11 mayo 2011 (JUR 2011/206902), La Rioja 28 octubre 2011 (JUR 2011/422762), País Vasco 16 diciembre 2011 (JUR 2012/173816), Castilla y León/Burgos 11 mayo 2012 (JUR 2012/195047) y Andalucía/Sevilla 22 septiembre 2011 (JUR 2012/3705).

sentada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que había recogido el ET, tras la modificación introducida por la Ley Orgánica de Igualdad y, más recientemente, por la Ley 3/2012<sup>92</sup>. Por su parte, la Ley Catalana de Conciliación añade también la coincidencia de las vacaciones con el cuidado de hijo prematuro para facilitar los cambios en los períodos de disfrute.

Cabe distinguir, así, una regulación diferenciada, tanto en la Resolución de 28 de diciembre de 2012 como en el Decreto catalán 56/2012:

En el caso de incapacidad temporal derivada de situaciones maternas, suspensión por maternidad o paternidad, las vacaciones no comienzan a disfrutarse hasta que sea realmente posible, con independencia de que el año natural a que corresponden haya finalizado, y sin un tope para ello. En los supuestos de incapacidad temporal derivada de enfermedades diversas (comunes o profesionales), así como de accidentes (comunes o profesionales), el trabajador podrá disfrutar las vacaciones pendientes “una vez finalice la incapacidad” y con un condicionante cronológico máximo cifrado en dieciocho meses a partir del año en que se hayan originado<sup>93</sup>. Se trata, pues, de una opción que restringe la situación precedente, si bien puede considerarse de razonable entronque con el criterio vertido por el Tribunal Comunitario<sup>94</sup>.

Si ya se hubieran empezado a disfrutar las vacaciones, se interrumpen y se podrá disponer de ellas a lo largo del año siguiente.

En fin, no se considera acorde con esta nueva regulación la exigencia que efectúa la Ley Catalana de Conciliación, en virtud de la cual “el cómputo de las vacaciones se inicia al día siguiente de la fecha de finalización del permiso”.

## 15.- Incapacidad temporal

Habiendo hecho referencia al catálogo de permisos reconocidos en el art. 48 EBEP, procede dejar constancia de alguna ausencia detectada en el mismo, tal y como sucede con la licencia por enfermedad, de la cual derivaría una situación de incapacidad temporal.

Como regla general, los funcionarios al servicio de las Comunidades Autónomas se encuentran protegidos por el régimen general de la Seguridad Social, de modo que la prestación por incapacidad temporal, de tratarse de contingencias comunes, asciende al 60 por 100 de la base reguladora entre el cuarto y el vigésimo día de baja o del 75 por 100 a partir del vigésimo primer día; si la causa fuera profesional, la cuantía será del 75 por 100 desde el día siguiente a la baja (Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre). No obstante, si el funcionario estuviese encuadrado en el mutualismo administrativo, el art. 94 Real Decreto 375/2003 reconoce los siguientes derechos económicos: a) durante los primeros tres

<sup>92</sup> Siguiendo, en parte, el fallo de la STS, Social, 24 junio 2009 (RJ 2009/4286) y la jurisprudencia comunitaria vertida en las SSTJCE 350/2006 y 520/2006, de 20 de enero de 2009, 277/08, de 10 de septiembre de 2009, 214/2010, de 22 de noviembre de 2011 ó 282/2010, de 24 de enero de 2012, comentadas por RODRÍGUEZ CARDO, I.A.: “Vacaciones, incapacidad temporal y efecto directo de las Directivas de la Unión Europea (a propósito de la STJUE, de 24 de enero de 2012, asunto C-282/10, caso *Domínguez*)”, *Actualidad Laboral*, núm. 9, 2012, págs. 1057 y ss.

<sup>93</sup> SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.: “Conciliación de la vida familiar en la reforma laboral de 2012 (II): reducción de jornada por guarda legal y vacaciones”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4, 2012 (BIB 2012/1163), pág. 4.

<sup>94</sup> STSJCE 22 noviembre 2011, asunto *Schulte*.

meses, la totalidad de las retribuciones básicas y de las retribuciones complementarias del funcionario en la misma cuantía que le correspondería en cada momento en su puesto de trabajo si no se encontrase en situación de incapacidad temporal; b) a partir del cuarto mes, y mientras dure dicha situación, tendrá derecho al percibo de las retribuciones básicas que le corresponderían en cada momento en su puesto de trabajo si no se encontrase en situación de incapacidad temporal, de la prestación por hijo a cargo, en su caso, y a un subsidio por incapacidad temporal a cargo de la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado, de cuantía fija e invariable, que se calculará de conformidad con lo establecido en este reglamento y sus normas de desarrollo. A este respecto, el art. 96 precisa que la cuantía del subsidio por incapacidad temporal será fija e invariable mientras dure dicha situación y consistirá en la mayor de las dos cantidades siguientes: a) el 80 por ciento de las retribuciones básicas (sueldo, trienios y grado, en su caso), incrementadas en la sexta parte de una paga extraordinaria, correspondientes al tercer mes de licencia; b) el 75 por ciento de las retribuciones complementarias devengadas en el tercer mes de licencia.

El Real Decreto Ley 20/2012 establece una serie de topes a las mejoras a introducir en estas situaciones, tanto para personal funcionario como para personal laboral, quedando suspendidos los acuerdos, pactos y convenios que contradigan lo dispuesto en el mismo (art. 9.7)<sup>95</sup>. De este modo:

a) Cuando la situación de incapacidad temporal derive de contingencias comunes, durante los tres primeros días, se podrá reconocer un complemento retributivo hasta alcanzar como máximo el 50 por 100 de las retribuciones que se vinieran percibiendo. Desde el día cuarto hasta el vigésimo, ambos inclusive, el complemento que se pueda sumar a la prestación económica de la Seguridad Social deberá ser tal que, en ningún caso, sumadas ambas cantidades, permita superar el 75 por 100 de las remuneraciones percibidas en el mes anterior. A partir del vigésimo primero y hasta el nonagésimo, ambos inclusive, podrán reconocerse la totalidad de las retribuciones básicas, de la prestación por hijo a cargo, en su caso, y de las retribuciones complementarias (art. 9.2. 1º).

b) Cuando derive de contingencias profesionales, la prestación reconocida por la Seguridad Social podrá ser complementada, desde el primer día, hasta alcanzar como máximo el 100 por 100 de las retribuciones percibidas el mes anterior (art. 9.2. 2º)

c) Cada Administración Pública podrá determinar, respecto a su personal, los supuestos en los que con carácter excepcional y debidamente justificados se pueda establecer un complemento hasta alcanzar, como máximo, el 100 por 100 de las retribuciones percibidas, considerándose a estos efectos debidamente justificados los supuestos de hospitalización e intervención quirúrgica (art. 9.5).

d) Sin dejar ningún cabo suelto, la disposición adicional 18ª Real Decreto Ley 20/2012 extiende estas previsiones no sólo al personal funcionario tutelado por los sistemas mutualistas sino también al que se encuentra incluido en el régimen general de la Seguridad Social.

---

<sup>95</sup> Por Acuerdo de 2 de agosto de 2012, del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid, se prevé la aplicación a los empleados de dicha Comunidad Autónoma de los complementos de la incapacidad temporal previstos en la norma nacional (BOCAM de 6 de agosto de 2012).

El Decreto Ley 2/2012 de la Generalitat concreta las mejoras de la prestación económica por incapacidad temporal del personal al servicio de la Administración de la Generalitat, de su sector público y de las Universidades públicas catalanas, en los términos siguientes:

- a) Si se trata de contingencias comunes: del primer al tercer día, se percibirán el 50 por 100 de las retribuciones; del cuarto al vigésimo, el 65 por 100; del vigésimo primero en adelante, el 100 por 100 de las retribuciones. Las empleadas embarazadas y las víctimas de violencia de género en situación de incapacidad temporal percibirán desde el primer día un complemento del 100 por 100.
- b) Si se trata de contingencias profesionales: el complemento alcanzará hasta el 100 por 100 de las retribuciones.

No obstante lo anterior, para aquellos funcionarios de la Generalitat que estén protegidos por el mutualismo administrativo, cabe aclarar que la disposición adicional Decreto Ley de la Generalitat 2/2012 se remite al Decreto Ley 20/2012 a la hora de concretar las mejoras en las cuantías de la prestación a percibir por incapacidad temporal en los términos anteriormente analizados. Únicamente, como especialidad, aclara el Decreto Ley 2/2012 que, si se trata de contingencias profesionales, la mejora llegará al 100 por 100.

La Orden HAP/2802/2012, de 28 de diciembre, para la Administración General del Estado, aclara que si se incumple el plazo de presentación del parte de baja, se atenderá a lo previsto para las ausencias no justificadas al trabajo, previsión que no se aplicará a cuatro días de ausencia a lo largo del año natural, de los cuales sólo tres podrán tener lugar en días consecutivos.

## 16.- Riesgo durante el embarazo

Procede entender íntegramente aplicable al ámbito de la función pública el régimen jurídico recogido en el art. 26 Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL) (en el cual se regulan los aspectos preventivos del riesgo durante el embarazo), no en vano el art. 3.1 de esta Ley se esfuerza en aclarar que su ámbito subjetivo se extiende no sólo a las empresas privadas sino también a los Entes administrativos. No está de más recordar que, conforme a este precepto, sobre la Administración pesa la obligación básica de planificar la acción preventiva, para lo cual será imprescindible la previa evaluación de los riesgos existentes en la misma y en cada concreto puesto de trabajo, de forma que si los resultados de dicha evaluación revelasen la existencia de un riesgo para la seguridad y salud o una posible repercusión sobre el embarazo o la lactancia de las funcionarias («aunque no haya peligro cierto de que se produzca»), la Administración deberá adoptar las medidas necesarias para evitar la exposición a dicho riesgo. Tales medidas, en una enumeración no exhaustiva sino meramente enunciativa, pues en ningún caso impide la adopción de cualesquiera otras tendentes a evitar la exposición de la funcionaria al riesgo, se estructuran, de forma subsidiaria, en los tres niveles siguientes (art. 26 LPRL)<sup>96</sup>:

En el primer nivel de protección aparece la adaptación provisional de las condiciones de trabajo del propio puesto o función que realiza la funcionaria habitualmente. Cuando la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo no resulte posible o, a pesar de tal

<sup>96</sup> NUÑEZ-CORTES CONTRERAS, P.; VELASCO PORTERO, T. y GARRIGUES GIMENEZ, A.: *Igualdad y conciliación de la vida personal y laboral en la empresa y Administraciones Públicas*, Madrid (Dykinson), 2008, págs. 121 y ss.

adaptación, no pudiera evitarse el riesgo, entra en juego un segundo nivel de protección, recogido en el art. 26.2 LPRL y que comporta la incorporación a la escena de variaciones en las funciones desempeñadas, produciéndose un cambio de destino. En tercer y último lugar, en aquellos supuestos en los que no fuera materialmente posible, o ni siquiera razonablemente exigible, el cambio de las condiciones de ejecución del puesto de trabajo habitual y tampoco la movilidad de la funcionaria, podrá declararse el paso de la afectada a la situación de riesgo durante el embarazo, que abarcaría el período necesario para la protección de su seguridad o de su salud y mientras persista la imposibilidad de reincorporarse a su puesto anterior o a otro compatible con su estado (art. 26.3 LPRL)<sup>97</sup>.

Con esta institución no sólo se protege a la funcionaria embarazada de la posibilidad de sufrir un riesgo que afecte al feto, eximiéndola temporalmente del trabajo (hasta que desaparezca el riesgo o pase a la situación de maternidad), sino que además se establece una prestación económica, bien a cargo de la Seguridad Social, bien del mutualismo administrativo para paliar la situación de necesidad provocada por la falta de ingresos derivada de la actualización de la contingencia (art. 101 Real Decreto 375/2003, de 28 de marzo). Dicha prestación tendrá la naturaleza de incapacidad temporal derivada de enfermedad profesional y conllevará unos derechos económicos equivalentes a un subsidio en cuantía igual al 100 por 100 de las retribuciones complementarias devengadas en el tercer mes de licencia a cargo de la Mutuality (art. 22 Real Decreto Legislativo 4/2000). En su caso, si la funcionaria se encontrase integrada en el régimen general, se considerará situación protegida el riesgo durante el embarazo, a efectos de la prestación económica de la Seguridad Social correspondiente al 100 por 100 de la base reguladora por contingencias profesionales, establecida en los arts. 31 y ss. 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 y riesgo durante la lactancia natural.

Así, no se trata de un mecanismo dirigido a tutelar a la funcionaria con carácter general ante un supuesto de imposibilidad de desarrollo de la prestación de trabajo a consecuencia de las repercusiones negativas que el embarazo puede generar sobre su estado físico, pues no quedan protegidos por la situación de riesgo durante el embarazo aquellos casos en los que, por las molestias propias de la gestación o las afecciones que dicho estado conlleva, la funcionaria no pueda desarrollar temporalmente su prestación. De esta forma, los denominados embarazos de alto riesgo (cada vez más numerosos) no entrarían dentro del ámbito de aplicación del permiso, no en vano los problemas de la viabilidad del feto y la salud de la madre dependen, en tales casos, no de un potencial riesgo laboral, sino del hecho mismo de la gestación y sus circunstancias adversas (un parto múltiple amplio, un desprendimiento de placenta, amenaza de aborto, avanzada edad de la madre...)<sup>98</sup>.

Es más, tampoco cabe olvidar que la reforma introducida en el art. 26 LPRL por la LOIEMH extiende el régimen jurídico previsto para la licencia por riesgo durante el embarazo a una situación hasta ese momento carente de protección cual era la conocida

<sup>97</sup> LOPEZ ROCA, C.: "Hacia una mejor conciliación de la vida familiar y laboral: la paternidad como causa suspensiva del contrato de trabajo", en AA.VV (CABEZA PEREIRO, J. y FERNANDEZ DOCAMPO, B., Dirs.): *Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad entre sexos*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 2011, pág. 343.

<sup>98</sup> SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.: *El riesgo durante el embarazo. Régimen Laboral y de Seguridad Social*, Pamplona (Aranzadi), 2002, pág. 33.

como «riesgo durante la lactancia»<sup>99</sup>, de la cual podrá beneficiarse ahora lógicamente también la empleada pública, no en vano la disposición adicional 20ª LOIEMH introduce modificaciones en la LFCE para que se pueda conceder esta licencia en la función pública y el mutualismo administrativo protege, igualmente, a la funcionaria proveyendo unas rentas de sustitución para los supuestos de licencia por riesgo durante la lactancia natural en los mismos términos previstos para el riesgo durante el embarazo hasta que el lactante cumpla 9 meses, previa modificación de lo previsto en el Real Decreto 375/2003. Así, el art. 22 Real Decreto Legislativo 4/2000 reconoce un subsidio en cuantía igual al 100 por 100 de las retribuciones complementarias devengadas en el tercer mes de licencia a cargo de la Mutualidad. En su caso, si la funcionaria se encontrase integrada en el régimen general, se considerará situación protegida el permiso por riesgo durante la lactancia natural, a efectos de la prestación económica de la Seguridad Social correspondiente con el 100 por 100 de la base reguladora por contingencias profesionales, establecida en los arts. 49 y ss. Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo<sup>100</sup>.

### III.- PERMISOS FUNCIONARIALES POR MOTIVOS DE CONCILIACIÓN DE LA VIDA LABORAL Y FAMILIAR Y POR VIOLENCIA DE GÉNERO

Partiendo del dictado del art. 39.1 CE, la familia es objeto de protección a través de muy diversas políticas públicas, que responden a las distintas perspectivas desde las que puede observarse esta institución. Dentro de esta amplia política social en torno a la familia, las normas administrativas contemplan medidas para contribuir a la protección de la institución familiar en el marco de la prestación de servicios profesionales, a través de la conciliación de la vida familiar y laboral. Como uno de los pasos más significativos en esta andadura cabe mencionar que en el año 2005, la Administración General del Estado impulsó un Plan Integral para la conciliación de la vida personal y familiar, el conocido como «plan concilia», negociado y acordado con las organizaciones sindicales. Ya en ese momento, se adoptaron un conjunto de medidas relacionadas con los horarios, la jornada y los permisos, encaminadas a favorecer la compatibilidad de las facetas laborales, personales y familiares de los empleados públicos.

Como es lógico, el EBEP no ha podido mostrarse ajeno a esta tendencia, mejorando el régimen anterior y diseñando una serie de permisos tendentes a remover aquellos obstáculos que entorpecen la propia voluntad de los funcionarios a la hora de elegir la dimensión de su familia, a conseguir que la decisión de tener un hijo dependa únicamente de sus convicciones o deseos personales, no de causas ajenas, y, sobre todo, a evitar incompatibilidades entre el desarrollo de la vida familiar y laboral de los progenitores.

Es más, el EBEP ha visto la luz con una diferencia de pocos días respecto de la LOIEMH, razón por la cual las medidas establecidas en ésta han pasado a formar parte del contenido básico de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos, que con carácter mínimo (y, por tanto, susceptible de mejora por la legislación de desarrollo) se recogen en el primero (art. 49).

<sup>99</sup> MARTÍNEZ BARROSO, M.R.: “El subsidio económico de las madres lactantes. Análisis de su régimen jurídico y de la incipiente doctrina judicial a propósito de su procedencia o improcedencia”, en AA.VV (BORRAJO DACRUZ, E., Dir.): *Mujer, trabajo y Seguridad Social*, Madrid (La Ley), 2011, pág. 700.

<sup>100</sup> BARCELÓN COBEDO, S.: “La contingencia protegida por la prestación de riesgo durante la lactancia”, *Aranzadi Social*, núm. 5, 2012 (BIB 2012/2777), pág. 4.

## 1.- Parto

El permiso por maternidad natural es uno de los mecanismos más tradicionales de los dispuestos por el legislador para facilitar la protección de la funcionaria ante la realidad biológica del nacimiento de uno o varios hijos. En el momento presente, el régimen jurídico de este permiso puede sistematizarse, a efectos expositivos, en los apartados siguientes.

1º.-El EBEP sigue configurando a la mujer como titular del derecho; el funcionario (a parte de la posibilidad de disfrutar del permiso por paternidad de duración mucho más breve al que luego se hará referencia) sólo accede a este permiso por derivación, sea porque la madre fallece, sea porque ésta decide transferirle una parte del descanso. Así, con el fin último de asegurar el cuidado de la descendencia, el legislador va a permitir, pero sólo bajo determinadas circunstancias, que sea el padre (o -mejor- «el otro progenitor», en la terminología utilizada por imperativo de la LOIEMH) quien disfrute del permiso aquí analizado. De este modo, el EBEP establece que, «sin perjuicio de las seis semanas inmediatas posteriores al parto de descanso obligatorio para la madre, en caso de que ambos progenitores trabajen, la madre, al iniciarse el período de descanso por maternidad, podrá optar por que el otro progenitor disfrute de una parte determinada e ininterrumpida del período de descanso posterior al parto, bien de forma simultánea o sucesiva con el de la madre»<sup>101</sup>.

Tal tenor literal puede ocasionar ciertas dificultades en el ejercicio de este derecho por el padre si se atiende a las siguientes circunstancias:

1.-La exigencia de que ambos trabajen para que la madre pueda ceder el derecho al disfrute al otro progenitor da sobradas muestras del modelo de familia que se está realmente promocionando, pues si la mujer no trabaja tiene que cuidar irremediamente al niño sin que la Ley facilite una corresponsabilidad.

En la medida en que hay un sujeto en situación preferente, que es la madre y otro en una situación absolutamente secundaria, que es el padre, el permiso por maternidad disfrutado por el otro progenitor se sigue configurando como una renuncia que la mujer hace en su favor, a fin de que éste pueda disfrutar parte o la integridad del período de descanso voluntario posterior al alumbramiento: en el supuesto habitual de parto simple, hasta un máximo de diez semanas de las dieciséis correspondientes al permiso por maternidad<sup>102</sup>.

Siguen sin solucionarse, además, en el marco de la función pública, los problemas planteados en aquellos casos en los cuales la madre no es trabajadora en sentido estricto o funcionaria en situación de ocupación efectiva y no está incluida en algún régimen de protección de la Seguridad Social (en paradigmático ejemplo, abogada o registradora de la propiedad afiliada a la mutualidad correspondiente), pues no puede hacer la cesión oportuna a su cónyuge-funcionario.

2.-La opción por el disfrute paterno debe realizarse al inicio del período de descanso por maternidad. No obstante, lógico es, de un lado, que se permita a la madre revocar la

<sup>101</sup> BARCELÓN COBEDO, S.: "Igualdad y proyección de la contingencia de maternidad", en AA.VV (MERCADER UGUINA, J.R., Coord.): *Comentarios laborales de la Ley de Igualdad entre Mujeres y Hombres*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 2007, págs. 485-487.

<sup>102</sup> BARRIOS BAUDOR, G.: "Hacia la plena titularidad compartida de la maternidad", en AA.VV.: *Sobre la conciliación de la vida laboral y familiar, Aranzadi Social*, núm. 1, 2001, pág. 15.

opción ejercitada al iniciarse el período de asueto en favor del padre, a fin de que éste disfrute de parte del permiso, cuando sobrevinieran hechos que hicieran inviable la aplicación de la misma, tales como ausencia, enfermedad o accidente del padre, abandono de familia, separación y otras causas análogas. De otro, que se posibilite a la madre acceder a la condición de beneficiaria del permiso, aunque se hubiera reincorporado al trabajo, en aquellos supuestos en que hubiera optado porque el padre disfrutara de una parte del período de descanso por maternidad y éste hubiera fallecido, una vez iniciado el efectivo disfrute y antes de haberlo completado<sup>103</sup>.

3.-El padre tiene derecho a seguir disfrutando del permiso por maternidad que se le haya cedido inicialmente, pese a que en el momento que se tenga que reincorporar la madre al trabajo, ésta se encuentre en situación de incapacidad temporal. El legislador atiende -ahora ya sí- al criterio del preeminente interés del hijo, abandonando soluciones de frío tecnicismo jurídico que desconocían injustamente la necesidad y prioritaria protección del recién nacido. Aun cuando el EBEP no lo aclara (debería hacerlo la legislación de desarrollo), procede entender también que si la mujer ya se ha reincorporado efectivamente a su puesto de trabajo y, con posterioridad, sufre una dolencia que le imposibilita desarrollar su efectiva prestación de servicios, el funcionario también continuará disfrutando del permiso por maternidad, en absoluta compatibilidad con la licencia por incapacidad temporal que correspondería a la madre afectada, cualquiera que haya sido la causa que haya motivado la baja (ya tenga o no su origen en el parto). Cabe entender superado, por tanto, lo dispuesto en el art. 11.5 de la Ley Catalana de Conciliación, en virtud del cual "en caso de la filiación biológica, si se opta por gozar de la segunda parte del permiso sucesivamente al de la madre, solo puede hacerse a partir de la sexta semana posterior al parto y siempre que, en el momento de hacerse efectiva esta opción, la incorporación de la madre al trabajo no comporte un riesgo para su salud".

4.-El ejercicio del derecho de opción a favor del padre plantea especiales problemas no sólo en aquellos casos en los que el estado físico de la mujer impide el cuidado del hijo, sino cualquier decisión relativa a la delegación de sus facultades en el padre. Piénsese en aquellos casos en los que a consecuencia del parto la madre queda en situación de inconsciencia (por ejemplo, en situación de coma) que se prolonga durante un período incierto de tiempo. La imposibilidad de prever este tipo de situaciones y la imperiosa necesidad de asistencia hacia el recién nacido por parte del padre exigen un entendimiento más flexible de la normativa vigente, bien en términos que permitan una más amplia comprensión del derecho de opción definido legalmente, bien, incluso, desde la equiparación de esta situación con el régimen de fallecimiento de la madre, en cuyo caso el padre puede disfrutar de la totalidad o, en su caso, de la parte que reste del período de permiso<sup>104</sup>.

---

<sup>103</sup> MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA, R.: "El permiso parental por maternidad y el derecho a la protección frente al despido tras la Ley 39/1999", AS, 1999, Tomo V, pág. 1167.

<sup>104</sup> MERCADER UGUINA, J.R.: "La suspensión del contrato por razón de maternidad", en AA.VV (GARCÍA MURCIA, J., Coord.): *Conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras*, Oviedo (Consejería de Trabajo), 2001, pág. 43.

En efecto, en caso de fallecimiento de la madre, se posibilita ahora que el padre-funcionario pueda hacer uso de la totalidad o, en su caso, de la parte que reste del período de permiso computado desde la fecha del parto, sin que se descuente del mismo la parte que la mujer hubiera podido disfrutar con anterioridad al alumbramiento y no sólo, como señalaba la regulación anterior, del período restante de las seis semanas obligatorias tras el parto, regulación que resultaba altamente incomprensible, ya que si, como era evidente, el objetivo del permiso, a partir de la sexta y hasta la decimosexta semana, era el cuidado del hijo, dicha finalidad se frustraba con ese tenor literal afortunadamente derogado.

Con todo, el descanso del padre no es obligatorio -el término «podrá» no deja lugar a dudas-, ni siquiera cuando el fallecimiento de la madre se haya producido en el momento mismo del parto. Ello no deja de ser cuestionable, habida cuenta que un niño de pocos días reclama altas dosis de vigilancia y atención, impensable sin la «obligatoria» y continuada presencia de al menos uno de los progenitores. Sin duda, perjuicios tales como el de la supuesta falta de capacidad del varón para atender las necesidades del recién nacido, unido a la creencia de la mayor aptitud de las abuelas para dispensar tales cuidados, inspiran una regulación de esta naturaleza<sup>105</sup>.

5.-Por desgracia, el EBEP no se pronuncia expresamente sobre el tratamiento de otras situaciones más frecuentes en la actualidad que el óbito de la madre, como son los supuestos de partos frustrados consecuencia del fallecimiento del hijo en el alumbramiento o inmediatamente después, pues aunque las tasas de mortalidad infantil han disminuido de forma notable, se mantienen en cotas superiores a las de fallecimiento de la progenitora, debido al incremento de partos prematuros y de embarazos múltiples provocados por las técnicas de reproducción asistida.

En estas circunstancias, la LOIEMH, para las trabajadoras por cuenta ajena, acoge el principio de que la muerte de hijo o hijos nacidos no priva del derecho al descanso y da la posibilidad a la madre, con carácter de exclusividad, de disfrutar si así lo decidiera, de la totalidad del permiso por maternidad una vez finalizadas las seis semanas de descanso obligatorio aunque su salud estuviera plenamente restablecida. Como es lógico, esta regla será de aplicación aun cuando el feto no reúna las condiciones establecidas en el art. 30 del Código Civil para adquirir la personalidad, siempre que hubiera permanecido en el seno materno durante al menos ciento ochenta días, pues en otro caso no se trataría de un parto frustrado sino de un aborto merecedor de un régimen jurídico distinto<sup>106</sup>.

Tal generosidad no deja de ser, sin embargo, criticable, pues lo más razonable hubiera sido entender -y así debería hacerlo la legislación de desarrollo del EBEP- que en tal caso el permiso debería quedar reducido al período mínimo obligatorio de seis semanas dirigido a la recuperación física de la madre, de modo que, no existiendo recién nacido al que atender, pierde sentido el descanso durante el denominado «período voluntario».

6.-El EBEP tampoco hace ninguna mención a los supuestos de aborto de un feto no viable, en los cuales, a diferencia del parto frustrado, no existe ningún proceso generativo, ni maternidad en sentido propio -en cuanto ésta ha sido interrumpida-, eliminando *ab initio*

<sup>105</sup> RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *La familia en el ámbito jurídico-laboral. Situación y protección*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 2008, pág. 142.

<sup>106</sup> RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E.: "La relación entre las medidas de conciliación y el empleo", en AA.VV (CABEZA PEREIRO, J. y FERNÁNDEZ DOCAMPO, B., Dirs.): *Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad entre sexos*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 2011, pág. 283.

la posible continuidad de sus efectos y su natural resultado en el alumbramiento, razón por la cual tampoco habrá ningún derecho que ceder al padre. Ahora bien, tal argumentación olvida que el aborto es un riesgo derivado de la «condición sexual» de la funcionaria, pues el fenómeno del aborto está íntimamente ligado a la maternidad y además sólo lo sufren las mujeres, razón por la cual una regulación expresa del fenómeno no debería rechazarse en la legislación de desarrollo del EBEP, pues la tutela de la situación como incapacidad temporal no da respuesta de manera óptima<sup>107</sup>.

2º.-La extensión temporal del permiso en el supuesto de parto sigue siendo de dieciséis semanas ininterrumpidas, con independencia de que el alumbramiento sea prematuro o a término, siempre y cuando el neonado sobreviva. Tal previsión debe ser objeto, no obstante, de las siguientes aclaraciones:

1.-La interesada puede concretar a su gusto el período de disfrute (dieciséis semanas en el supuesto de parto simple) con la única limitación de respetar el requisito de que seis semanas sean inmediatamente posteriores al alumbramiento, idea que reitera la Ley Catalana de Conciliación. Estas seis semanas se siguen considerando como período de descanso postparto obligatorio, necesario para la recuperación física e incluso psíquica de la madre-funcionaria tras el alumbramiento; el resto de semanas o descanso voluntario puede disfrutarlas en su totalidad o parcialmente, como desee, antes o después del nacimiento del hijo, siempre que sea de forma ininterrumpida (salvo en supuestos excepcionales, tal y como sucede en aquellos casos en los que el neonato deba ser hospitalizado después del nacimiento a los que después se hará referencia).

Así pues, la ordenación estatutaria permite que la futura madre pueda beneficiarse de hasta diez semanas de descanso con anterioridad al parto, quedando limitado en tal caso el período de atención al niño a unas insuficientes seis semanas posteriores al nacimiento. La posibilidad de agotar, con carácter previo, tan dilatado período no tiene sentido en la actualidad, al existir vías alternativas para acceder a un posible permiso que permiten disfrutar *a posteriori* el descanso maternal completo: la incapacidad temporal cuando existan problemas de salud no conectados con el puesto de trabajo, y el riesgo durante el embarazo para aquellos casos en que las condiciones laborales pudieran influir negativamente en la salud de la funcionaria embarazada o del feto.

2.-Las dieciséis semanas del período de suspensión por maternidad podrán ampliarse en las tres circunstancias siguientes:

a) En caso de parto múltiple se amplía la duración en dos semanas como hijos nazcan partir del segundo, de tal manera que la suma total puede alcanzar no sólo dieciocho, sino veinte, veintidós, y así sucesivamente<sup>108</sup>.

---

<sup>107</sup> RIVAS VALLEJO, M.P.: *La suspensión del contrato de trabajo por nacimiento o adopción de hijos*, Pamplona (Aranzadi), 1999, págs. 286 y ss. ó GARRIGUES GIMÉNEZ, A.: "Incapacidad temporal o maternidad. Interrupción del embarazo: la intersección de las dos contingencias", en AA.VV.: *La incapacidad temporal*, Madrid (Tecnos), 1996, págs. 278 y ss.

<sup>108</sup> NUÑEZ-CORTES CONTRERAS, P.: *La licencia por maternidad de la trabajadora*, Madrid (Dykinson), 2002, pág. 104.

b) Debe de considerarse positivo igualmente el incremento en dos semanas de la duración del permiso por maternidad en los supuestos de nacimiento de hijo discapacitado (biológico, adoptivo o acogido), necesitado como es lógico de mayores cuidados y atenciones no sólo médicas sino también afectivas<sup>109</sup>.

c) Con el fin de evitar que la llegada a casa del recién nacido, tras su necesaria estancia en el hospital, pudiera coincidir con la reincorporación de la funcionaria a su trabajo por haber agotado el correspondiente «permiso de maternidad», el EBEP establece un régimen especial, para los supuestos de nacimientos de hijos prematuros o que requieran hospitalización tras el parto, al que seguidamente se pasa a hacer referencia:

En este caso el alumbramiento acaece de la misma manera que un embarazo a término, con similares consecuencias físicas y psíquicas. La diferencia más destacable es la delicada salud del hijo, cuyo desarrollo intrauterino no ha podido completarse y precisa, por tanto, cuidados más especiales. Los derechos establecidos son los siguientes:

a') El padre o la madre (no los dos) tienen derecho a ausentarse dos horas del trabajo (retribuidas), y, asimismo, tienen derecho a reducir la jornada hasta un máximo de dos horas con disminución proporcional del salario.

b') Ha desaparecido la referencia que antes se hacía en el art. 30.3 LMRFP a la posibilidad de computar el permiso por maternidad a partir de la fecha del alta hospitalaria, pero se establece otra alternativa si cabe más interesante: se amplía, hasta un máximo de trece semanas, la posible duración del permiso por maternidad en los supuestos cada vez más frecuentes de nacimientos de niños con bajo peso o que deban permanecer hospitalizados tras el parto, de modo que el tiempo que dure la estancia en la institución clínica del neonato se podrá sumar al permiso por maternidad, que empezará a disfrutarse a partir del alta hospitalaria.

El período de permiso en estas situaciones podrá comprender, por tanto, hasta un total de veintinueve semanas (es decir, más de siete meses).

3.- Con un alcance muy simplista, puede decirse que el derecho al permiso por maternidad, en general, ajusta su ejercicio a un patrón típico: concurrente la causa, el titular del derecho cesa por completo en su prestación de trabajo durante el tiempo indicado en la norma. Sin faltar a la esencia de esta dinámica general, el derecho al asueto aquí analizado admite -junto a ese modelo- diversos modos de ejercicio, en el sentido más amplio de la expresión. Por una parte, el período de permiso en que el derecho consiste puede ser disfrutado por uno solo de los padres o -si concurrentes determinadas condiciones- puede ser distribuido entre ambos. Por otra, en los supuestos de ejercicio compartido entre ambos progenitores, el período que corresponda disfrutar a cada uno de ellos podrá articularse de modo sucesivo o simultáneo, siempre que la suma de los mismos no exceda de las dieciséis semanas o de las que correspondan en caso de discapacidad del hijo o parto múltiple. Y, finalmente, se trate de un ejercicio compartido o no y, si compartido, se trate de un disfrute simultáneo o sucesivo, el período de suspensión podrá ser disfrutado en régimen de jornada completa o a tiempo parcial, lo cual abre la posibilidad (ya prevista en otros ordenamientos jurídicos como Francia,

---

<sup>109</sup> MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA, R.: "El permiso parental por maternidad y la protección frente al despido tras la Ley 39/1999", *Aranzadi Social*, 1999, T. V, pág. 1167.

Países Bajos o Suecia) de que el descanso por maternidad se disfrute en régimen de reducción de jornada y de que madre y padre se alternen durante el mismo período, y a media jornada, en los cuidados correspondientes en el marco de la función pública.

Bajo tales premisas, siempre que las necesidades del servicio lo permitan y, en tanto no se produzca un nuevo desarrollo reglamentario, de conformidad con lo previsto en el Real Decreto 180/2004, de 30 de enero, el disfrute a tiempo parcial del permiso por maternidad en la función pública se ajustará a las siguientes reglas:

- a) Requerirá acuerdo previo entre el funcionario afectado y el órgano competente para su concesión<sup>110</sup>, idea que reitera la Ley Catalana de Conciliación.
- b) A la solicitud que debe presentar el interesado se acompañará informe del responsable de la unidad en que estuviera destinado el funcionario, en el que se acredite que quedan debidamente cubiertas las necesidades del servicio.
- c) El período durante el que se disfrute del permiso se ampliará proporcionalmente en función de la jornada de trabajo que se realice, sin que, en ningún caso, se pueda superar la duración máxima establecida.
- d) El disfrute del permiso en esta modalidad será ininterrumpido. Una vez acordado, sólo podrá modificarse el régimen pactado mediante nuevo acuerdo entre el órgano competente para la concesión de permisos y el funcionario afectado, a iniciativa de éste y debido a causas relacionadas con su salud y la del menor.
- e) Como es lógico, durante el período de disfrute del permiso a tiempo parcial, el funcionario no podrá realizar servicios extraordinarios fuera de la jornada que deba cumplir en esta modalidad.
- f) Este derecho será incompatible con las reducciones de jornada por lactancia, nacimiento de hijo prematuro o por razones de guarda legal<sup>111</sup>, incompatibilidad reiterada por la Ley Catalana de Conciliación.

4º- Si la funcionaria estuviera incluida en el régimen general de la Seguridad Social, durante el permiso por maternidad tendrá derecho a una prestación de Seguridad Social en los términos siguientes (Capítulo IV.bis Título II LGSS y arts. 2 a 21 Real Decreto 295/2009): 100 por 100 de la base reguladora tomada en consideración para calcular el subsidio de incapacidad temporal por contingencias comunes, siempre y cuando la madre esté en situación de alta o asimilada y acredite los siguientes períodos de carencia en función de su edad: si tiene menos de 21 años, no hace falta cotización previa; si tiene entre 21 y 26 años, se exigen 90 días cotizados dentro de los 7 años inmediatamente anteriores al momento del parto o 180 días a lo largo de su vida laboral; si tiene más de 26 años, debe contar con 360 días cotizados a lo largo de la vida laboral, requisito este último que se exigirá cuando el beneficiario no sea la madre<sup>112</sup>. De no reunir las cotizaciones anteriores, siempre que esté en alta o situación asimilada, la trabajadora en caso de parto tiene derecho a una prestación asistencial de 42 días de duración, esto es,

<sup>110</sup> STSJ-CONT Aragón 25 octubre 2002 (JUR 2003, 133012).

<sup>111</sup> STSJ-CONT Castilla-La Mancha 3 febrero 2000 (RJCA 2000, 49).

<sup>112</sup> LÓPEZ GANDÍA, J.: "Medidas de seguridad social en la Ley de igualdad", en AA.VV (CARDONA RUBERT, B., Coord.): *Medidas de conciliación de la vida personal, laboral y familiar. Hacia un respeto igualitario de las reformas parentales*, Albacete (Bomarzo), 2009, pág. 163.

seis semanas, topada como máximo en el 100 por 100 del IPREM<sup>113</sup>. Si estuviera incluida en el mutualismo, tendrá derecho a la percepción de las retribuciones correspondientes, cuantificadas, además de modo pleno, lo que supone incluir la percepción íntegra tanto de las retribuciones básicas, como de las complementarias, exceptuando únicamente las correspondientes a servicios extraordinarios prestados fuera de la jornada normal de trabajo, que por su propia naturaleza no pueden ser fijas en su cuantía ni periódicas en su devengo<sup>114</sup>.

## 2.- Adopción y acogimiento

La configuración de la maternidad y paternidad adoptivas, así como el acogimiento, como circunstancias determinantes del permiso recogido en el art. 49 b) EBEP, responde al reciente criterio político-legislativo de superar la concepción meramente biológica de la maternidad, suponiendo un paso más hacia adelante en la ampliación de los bienes jurídicos protegidos por la norma. De hecho, la subsunción de la adopción y del acogimiento de menores en el ámbito del permiso por maternidad se constituye en paradigma de ese nuevo modelo, más amplio, menos centrado en la faceta física y biológica, y más abierto a la valoración de la atención y cuidado del menor, así como a los aspectos afectivos, relacionales, familiares y sociales que, por su dificultad y complejidad, y por comunes a la constitución de toda relación de filiación -ya sea natural o por adopción- adquieren, *per se*, una importancia capital, equiparada a la protección biológica del fenómeno generativo; la tutela del hijo y de su adecuada y satisfactoria incorporación a la familia, así como la correcta «cimentación» de las relaciones paterno/materno-filiales, todo ello contemplado desde la perspectiva de la corresponsabilidad varón-mujer frente a tales funciones, constituyen bienes jurídicos de primer orden, también en el ordenamiento funcional, en la medida que interactúan directamente con el desempeño por el/la funcionario/a, padre o madre, de una actividad profesional. La filiación adoptiva, derivada de un acto jurídico y no de un hecho biológico, queda, por ello, despojada en absoluto de cualquier connotación fisiológica y se convierte en ejemplo de esa nueva «parentalidad» amparada por el EBEP, tanto en lo que se refiere a los bienes protegidos cuanto al reconocimiento de un derecho originario y autónomo al permiso para ambos, padre y madre funcionarios, en justa correspondencia con la corresponsabilidad de uno y otro frente a las necesidades del nuevo hijo. Bajo tales premisas, el régimen jurídico incorporado al art. 49 b) EBEP merece las siguientes consideraciones:

1º.-Se introducen una serie de medidas que tratan de favorecer una mayor conexión del adoptado o acogido con su nueva familia, a fin de conseguir la integración de aquél en el nuevo entorno. Así, persiguiendo este objetivo, se articulan las previsiones necesarias para que la prestación de trabajo retribuido por el funcionario no suponga trabas a la consecución de tales finalidades, reconociendo el derecho al permiso en los supuestos de adopción y de acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o simple, de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las Comunidades Autónomas; que lo regulen,

<sup>113</sup> CASTRO ARGÜELLES, M.A.: “El subsidio por maternidad de naturaleza no contributiva: puntos críticos”, en AA.VV (BORRAJO DACRUZ, E., Dir.): *Mujer, trabajo y Seguridad Social*, Madrid (La Ley), 2011, pág. 367.

<sup>114</sup> GARRIGUES GIMÉNEZ, A.: “Paternidad, protección económica y los claroscuros de una pluralidad de estatutos jurídicos en el empleo público”, *Actualidad Laboral*, núm. 16, 2008, págs. 1928 y ss.

siempre que su duración no sea inferior a un año<sup>115</sup>. La inclusión del acogimiento simple, siempre de carácter transitorio, bien porque de la situación del menor se prevea la reinserción de éste en su propia familia, bien en tanto se adopte una medida de protección de carácter más estable (art. 173 bis.2 CC), merece una valoración harto positiva, pues se avanza todavía más en el proceso de ampliación del bien jurídico tutelado, enriqueciendo y potenciando de modo efectivo la entidad protectora de la institución de la maternidad, situándola cada vez más lejos (en cuanto a su objeto y en cuanto a su *ratio*) de sus estrictas manifestaciones biológicas<sup>116</sup>.

Debe considerarse acertada, igualmente, la supresión del límite de seis años en la edad del menor adoptado o acogido (salvo casos excepcionales) previstos con anterioridad en el art. 30.3 LMRFP, pudiendo disfrutar ahora el permiso sea cual sea la edad del niño.

2º.-La duración del asueto se extiende hasta hacerlo coincidir con el previsto para los hijos biológicos: dieciséis semanas, incluyéndose la ampliación para los supuestos múltiples y también para los hijos discapacitados. El término inicial del cómputo del permiso se establece de manera alternativa para el funcionario/a: o en la resolución judicial por la que se constituye la adopción o en la decisión administrativa o judicial de acogimiento; realmente lo que quiere significar el precepto es que por el mismo menor (por utilizar la terminología del EBEP) no cabe disfrutar de sucesivos permisos, primero por acogimiento y luego por adopción, pues supondría una duplicación de medidas con idéntico objeto y la finalidad perseguida (la adaptación del niño a su nueva realidad familiar) ya se habría cubierto por el disfrute de la suspensión por acogimiento. Existe, además, una muy concreta regla para el supuesto, cada vez más frecuente, de la adopción internacional: se permite que hasta cuatro semanas se disfruten antes de dictarse la resolución mediante la que se constituye la misma, evitando con ello lo que en otro caso pasaría por la necesidad de utilización de figuras previstas para otras finalidades: por ejemplo, el adelanto del disfrute del período de vacaciones o la utilización de un permiso por asuntos propios<sup>117</sup>. La Ley Catalana de Conciliación determina que “si se trata de una adopción internacional el permiso puede empezar hasta seis semanas antes”.

Pese a la bondad de esta previsión estatutaria, no dejan de suscitarse algunas dudas al respecto, no aclaradas en el texto del EBEP: En primer lugar, no quedan definidos legalmente los criterios a utilizar para la determinación de la necesidad o no de desplazamiento de los adoptantes, esto es, si sólo cabe el desplazamiento que sea condición *sine qua non* para la adopción o, por el contrario, encaja también la percepción subjetiva de los futuros padres y su interés en realizar el viaje. En segundo término, esa anticipación comporta la posibilidad de que se inicie un permiso por adopción finalmente no consumada, lo que determinará el cese del mismo pero, salvo que hubiere mediado mala fe o fraude, ninguna otra consecuencia desfavorable para el funcionario/a.

Todo ello sin olvidar tampoco que si fuera necesario el desplazamiento previo de los progenitores al país de origen del adoptado, en los casos de adopción o acogimiento

<sup>115</sup> CAMPS RUIZ, L.M.: “Novedades de la Ley Orgánica 3/2007 en materia de suspensión del contrato de trabajo y excedencias” en AA.VV (SALA FRANCO, T. et alii, Coords.): *Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Madrid (La Ley), 2008, pág. 444.

<sup>116</sup> GARCÍA ALEGRÍA, G.: “Subsidio de maternidad por adopción del hijo del cónyuge”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Iustel)*, núm. 24, 2011, págs. 1 y ss.

<sup>117</sup> STSJ-CONT Valencia 10 junio 1998 (RJCA 1998, 2365).

internacional, se tendrá derecho, además, a un permiso de hasta dos meses de duración, percibiendo durante el mismo exclusivamente las retribuciones básicas.

3º.-Si ambos progenitores trabajan, el permiso se distribuirá a opción de los interesados, que podrán disfrutarlo de forma simultánea o sucesiva, a jornada completa o parcial, siempre con períodos ininterrumpidos y con los límites señalados (dieciséis semanas, ampliables en el supuesto de adopción o acogimiento múltiple en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo o en los supuestos de discapacidad), lo cual hace suponer que la adopción ha sido realizada por ambos, pues si sólo fuera adoptante uno de ellos, éste sería el único incluido en el ámbito del precepto.

La decisión en cuanto a quién deba disfrutar el permiso y cómo es algo que se deja al «gobierno» de la intimidad familiar, atendiendo a los intereses y necesidades personales de cada pareja, teniendo en cuenta, además, que no se distingue entre período voluntario y obligatorio (no existe riesgo para la salud de la madre). En estos casos, al no existir un hecho biológico análogo a la maternidad, la pertenencia a uno u otro sexo resulta irrelevante en orden a determinar la titularidad del derecho: afortunadamente, corresponde tanto al varón cuanto a la mujer con tal que trabajen. De la literalidad y de la *ratio legis* del art. 49 b) EBEP cabe deducir, no obstante, que si uno de los progenitores no trabaja, el padre o la madre funcionario/a no tendría derecho al permiso aquí analizado, pues la finalidad del beneficio se entendería suficientemente cubierta por uno de los anteriores, sin que ello prejuzge para nada el ejercicio conjunto de la patria potestad.

Se produce un clamoroso silencio en el EBEP sobre las consecuencias del fallecimiento de uno de los adoptantes antes o durante el disfrute del permiso, debiendo interpretarse que (dado el expreso propósito normativo de equiparar las consecuencias de la adopción y las de la maternidad biológica), ante tal eventualidad, el disfrute del período de permiso que pudiera restar al fallecido (y, como en la maternidad natural, también su titularidad) pase inmediatamente al adoptante supérstite.

En fin y como no podría ser de otra forma, este permiso podrá disfrutarse a jornada completa o a tiempo parcial en los términos anteriormente transcritos para la maternidad biológica.

### 3.- Paternidad

Una de las grandes novedades incorporadas al texto del «plan concilia» y ahora también al del EBEP es la relativa al permiso de paternidad, desligado del de la madre, no condicionado a que ésta trabaje, no transferible y retribuido, pues con ello se pretende una mejor conciliación e igualdad en la vida familiar y laboral de mujeres y hombres, al asumir éstos un mayor grado de compromiso en las tareas del cuidado de los hijos [nuevo art. 49.c) EBEP]. De esta forma, nuestro ordenamiento se suma al conjunto de Estados que han llevado el reparto de la responsabilidad en el cuidado y la atención de los hijos entre varones y féminas a sus últimas consecuencias reconociendo como derecho, e incluso en ocasiones como obligación, del padre o progenitor el descanso vinculado a esta circunstancia<sup>118</sup>.

---

<sup>118</sup> NUÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P. y MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA, R.: “La maternidad y paternidad en el Derecho de la Unión Europea”, *Actualidad Laboral*, núm. 14, 2011, págs. 1664-1665.

Tal previsión intenta evitar la desprotección del padre-funcionario, que resultaba especialmente notoria en los supuestos de nacimiento de un hijo biológico, ya que, al margen del permiso de dos días naturales del anterior art. 30.1 a) LMRFP, carecía de un derecho propio que le permitiera establecer vínculos de convivencia con su hijo durante sus primeros meses de vida sin ver mermada su percepción económica, no en vano la única posibilidad que se le ofrecía quedaba mediatizada por la decisión de la madre de cederle parte de las semanas del permiso por maternidad.

El EBEP -y ya con anterioridad el «plan concilia»- parte de la idea de que para conseguir una ecuación más armonizada entre trabajo y familia es necesario introducir el denominado «permiso por paternidad» de exclusiva titularidad masculina, cuya duración, tras un azaroso proceso de negociación, ha quedado cifrada en quince días (ampliable hasta cuatro semanas en un futuro período de seis años -disposición transitoria sexta EBEP-). Esta ampliación pareció cristalizar a partir del 1 de enero de 2011 con la Ley 9/2009, de 6 de octubre, pero la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, volvió a aplazar la entrada en vigor de esta medida un año más (1 de enero de 2012)<sup>119</sup>. Con posterioridad, la disposición final 8ª Real Decreto Ley 20/2011, de 30 de diciembre, demora, de nuevo, hasta el 1 de enero de 2013 la operatividad de esta previsión. Asimismo, la disposición final 18ª Ley 17/2012, de 21 de diciembre, amplía, otra vez, el plazo al 1 de enero de 2014. El art. 13 de la Ley Catalana de Conciliación de 2006 ya fija en cuatro semanas la duración del permiso por paternidad, a añadir a los cinco días cinco laborables consecutivos dentro de los diez días siguientes a la fecha de nacimiento, o a la llegada al hogar del menor o la menor adoptado o acogido en caso de adopción o acogimiento. En caso de parto, adopción o acogimiento múltiple, la duración del permiso se amplía a diez días si se trata de dos hijos y a quince días si se trata de tres o más.

Fuera del ámbito de la Generalitat, la extensión asciende, cualquiera que sea el régimen aplicable, a veinte días naturales ininterrumpidos cuando el nuevo nacimiento, adopción o acogimiento se produzca en una familia numerosa, cuando la familia adquiera dicha condición con el nuevo nacimiento, adopción o acogimiento, o cuando en la familia existiera previamente una persona con discapacidad en un grado igual o superior al 33 por 100. Esta duración se mejora, también, en el supuesto de parto, adopción o acogimiento múltiples en dos días más por cada hijo a partir del segundo [art. 26.1 c) Real Decreto 295/2009]. Además, la extensión temporal del permiso será, igualmente, de veinte días naturales ininterrumpidos cuando el hijo nacido, adoptado o menor acogido tenga una discapacidad en un grado igual o superior al 33 por 100 [art. 26.1 d) Real Decreto 295/2009]<sup>120</sup>.

Con el permiso por paternidad se pretenden conseguir cuatro objetivos claros: primero, incorporar una verdadera corresponsabilidad para el padre funcionario en las tareas domésticas y en las responsabilidades familiares derivadas de un nacimiento, de una adopción o de un acogimiento; segundo, trasladar a la Administración una consecuencia laboral semejante para el padre y para la madre, como es la interrupción laboral de su trabajo; tercero, equiparar al hombre con su mujer en las consecuencias de una decisión

<sup>119</sup> NUÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P. y MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA, R.: “La maternidad y paternidad en el Derecho de la Unión Europea”, cit., págs. 1664-1665.

<sup>120</sup> GARCÍA VIÑA, J.: “La paternidad como nueva situación protegida por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo”, *Revista del Ministerio de Trabajo*, núm. 74, 2008, pág. 343.

común; y cuarto, eliminar la hipoteca laboral que pesa sobre las mujeres por su función reproductora.

Bajo tal cuádruple perspectiva, el art. 49 c) EBEP establece que el padre o el otro progenitor (en los supuestos de parejas homosexuales) tendrán derecho a la interrupción de la actividad durante quince días, a disfrutar a partir de la fecha del nacimiento, de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituya la adopción. Así pues, el permiso por nacimiento, acogimiento o adopción de un hijo es ahora de quince días frente a los diez que recientemente había establecido, en aplicación del «plan concilia», la Ley 21/2006, de 20 de junio, de modificación de la Ley 9/1987. La exigencia de ininterrupción lleva a entender que se trata de días naturales, incluyendo en el cómputo los domingos y días festivos, que es, además, la norma general del cómputo civil<sup>121</sup>.

En el supuesto de parto, la suspensión corresponde en exclusiva al otro progenitor, es decir, al que no ha dado a luz y no disfrutará de las seis semanas de suspensión contractual posteriores al alumbramiento. En los casos de adopción o acogimiento, este derecho corresponderá sólo a uno de los progenitores a elección de los interesados; no obstante, cuando el período de descanso por maternidad sea disfrutado en su totalidad por uno de los progenitores, el derecho al permiso por paternidad únicamente podrá ser ejercido por el otro. De este modo, se exige que los derechos al permiso por maternidad [art. 49.a) EBEP] y paternidad [art. 49.c) EBEP] se repartan entre ambos ascendientes, impidiendo que se concreten y ejerzan en su totalidad por un único miembro de la pareja. Así, las situaciones posibles son numerosas, pero entre ellas no se encuentra la posibilidad de que un solo progenitor disfrute de la maternidad y de la paternidad sucesivamente: En caso de parto, la madre disfrutará de las seis semanas obligatorias inmediatamente posteriores al mismo y, a su elección, de la totalidad o tan sólo de una parte de las diez semanas restantes, pero nunca de los días previstos por paternidad; el otro progenitor-funcionario tendrá derecho al permiso por paternidad más, en su caso, el período de maternidad que la madre le hubiera cedido. En caso de adopción o acogimiento, el permiso por paternidad sólo podrá ser disfrutado por uno de los progenitores, sin que sea posible fraccionar esta suspensión y repartirla entre ambos; lo que sí puede distribuirse es el permiso por maternidad, de manera que, como opciones posibles, cabe que uno de ellos disfrute de la paternidad y el otro de la maternidad, o bien que se distribuyan la maternidad entre ambos y uno de ellos añada además el permiso por paternidad. Importantes problemas –permítase la reiteración-- pueden plantearse, en consecuencia, en las familias monoparentales, bien por libre decisión, bien por fallecimiento de uno de sus miembros, pues no parece que esté en la voluntad del legislador permitir la acumulación de ambas suspensiones, ni existen razones referidas a la atención del menor que lo impongan.

Sin embargo, la Ley Catalana de Conciliación añade que el progenitor o progenitora de una familia monoparental, si tiene la guarda legal exclusiva del hijo o hija, también puede disfrutar del permiso de paternidad a continuación del de maternidad.

---

<sup>121</sup> Resolviendo consulta, la Dirección General de la Función Pública dispone, el 4 de abril de 1990, que “si en las normas estatutarias que hacen referencia a vacaciones, permisos y licencias de los funcionarios se señalan plazos por días, debe entenderse que se trata de días naturales si no se determina expresamente lo contrario en la disposición correspondiente”.

Consecuentemente con su configuración como permiso retribuido (art. 18 Real Decreto Legislativo 4/2000, de 23 de junio, por el que se aprueba la Ley sobre Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado), el supuesto aquí analizado, al igual que sucede con la maternidad, da derecho al funcionario mutualista a la percepción de las retribuciones correspondientes, cuantificadas, además de modo pleno, lo que supone incluir la percepción íntegra tanto de las retribuciones básicas, como de las complementarias, exceptuando únicamente las correspondientes a servicios extraordinarios prestados fuera de la jornada normal de trabajo, que por su propia naturaleza no pueden ser fijas en su cuantía ni periódicas en su devengo<sup>122</sup>. No se condiciona, por tanto, su percibo a que se acredite un período mínimo previo de cotización. Ahora bien, este esquema es válido para los funcionarios incluidos en el ámbito del mutualismo administrativo, pero no para aquellos otros incluidos en el ámbito de aplicación del régimen general de la Seguridad Social, protegidos por su alcance prestacional en los términos y condiciones establecidos en los arts. 133 octies y ss. LGSS, desarrollados en los arts. 22 y ss. del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, los cuales establecen un subsidio calculado sobre el 100 por 100 de la base reguladora de la incapacidad temporal por contingencias comunes, siempre y cuando, reuniendo la condición de estar afiliados y en alta o situación asimilada, acrediten un período mínimo de cotización de 180 días, dentro de los siete años inmediatamente anteriores a la fecha de inicio de dicho permiso o, alternativamente, 360 días a lo largo de su vida laboral. En cierta sintonía con el régimen jurídico del permiso por maternidad, el desarrollo del permiso aquí analizado debería permitir también a los funcionarios su disfrute a tiempo parcial, como se permite para los trabajadores por cuenta ajena en la disposición adicional primera del Real Decreto 295/2009.

#### 4.- Previsiones comunes

Como previsiones comunes a los tres permisos recogidos en los tres primeros párrafos del art. 49 EBEP (por maternidad biológica, por maternidad jurídica y por paternidad), se añaden dos importantes reglas tendentes a salvaguardar los derechos profesionales del beneficiario ya recogidas por la doctrina judicial: 1) El tiempo transcurrido durante el disfrute de estos permisos se computará como de servicio efectivo a todos los efectos, garantizándose la plenitud de derechos económicos de la funcionaria y, en su caso, del otro progenitor funcionario, durante todo el período de duración del permiso, y, también, durante los períodos posteriores al disfrute de éste, si de acuerdo con la normativa aplicable, el derecho a percibir algún concepto retributivo se determina en función del período de disfrute del permiso<sup>123</sup>. 2) Los funcionarios que hayan hecho uso del permiso por parto o maternidad, paternidad y adopción o acogimiento tendrán derecho, una vez finalizada la licencia, a reintegrarse en su puesto de trabajo en términos y condiciones que no les resulten menos favorables, así como a beneficiarse de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a las que hubieran podido tener derecho durante su ausencia<sup>124</sup>.

---

<sup>122</sup> RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: "Reflexiones sobre el mutualismo administrativo en un contexto de simplificación de los regímenes especiales de la Seguridad Social", en AA.VV (FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y MARTÍNEZ BARROSO, M.R., Dirs.): *Regímenes y sistemas especiales de la Seguridad Social. Entre su pervivencia y su necesaria reforma*, Pamplona (Aranzadi), 2011, pág. 187.

<sup>123</sup> STSJ-CONT Madrid 24 abril (JUR 2001, 320237) y 10 noviembre 2001 (JUR 2002, 93000).

<sup>124</sup> STSJ-CONT Asturias 31 octubre 2001 (JUR 2001, 324274).

Finalmente, más allá del ámbito de la relación funcional, la inmunidad del funcionario que disfruta de sus derechos de conciliación se garantiza también permitiéndole participar en los cursos de formación que convoque la Administración, terminando, así, con una práctica administrativa prohibitiva harto criticable.

## 5.- Violencia de género

Nadie puede poner en duda que la violencia ejercida sobre las mujeres por parte de quienes han mantenido o sostienen con ellas una relación afectiva es un problema real necesitado de soluciones efectivas. Sólo por esta razón ya resulta indudable la oportunidad y el valor de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (LPIVG), sobre todo, porque su promulgación tiene lugar en un momento en el cual las frecuentes y trágicas situaciones de violencia en el seno de las parejas o unidades de convivencia no parecen circunscribirse a ciertos sectores, áreas geográficas, grupos de edad, niveles de renta u otros parámetros similares, sino que se manifiestan como un fenómeno transversal que ha cobrado protagonismo a la vista de la frecuencia y de la brutalidad con que se manifiesta y que se ha convertido, sin lugar a dudas, en una importante «cuestión social»<sup>125</sup>.

Bajo tal premisa, el art. 49 d) EBEP regula dos tipos de permisos por razón de violencia de género:

1º.-El mantenimiento del empleo sin merecer ningún tipo de sanción como forma de contribuir eficazmente a paliar los efectos de la violencia sexista es un principio sólidamente asentado en el EBEP frente a cualquier otro. De ahí que se establezca un régimen protector particular, en virtud del cual las faltas de asistencia de las funcionarias víctimas de violencia de género, totales o parciales, tienen la consideración de justificadas por el tiempo y en las condiciones en que así lo determinen los servicios sociales de atención o de salud según proceda.

Esta previsión otorga un trato especial a las faltas de asistencia al trabajo imputables a una situación objetiva de violencia de género, asimilándolas a otros supuestos de inasistencia especialmente protegidos, para sortear la paradoja de que el ejercicio de derechos vinculados a la protección de intereses vitales, como la vida o la integridad física de la fémina amenazada, termine perjudicando a la propia funcionaria. Entre dichas faltas habrán de entenderse incluidas las necesarias para realizar los trámites de asistencia letrada, presentarse a las comparecencias judiciales, acudir a consultas de tratamiento psicológico, asistir a terapias de apoyo educativo o de formación en valores para el desarrollo personal y normalizar la situación de la víctima con motivo de cambio de domicilio o de residencia.

Dichas ausencias, para considerarse justificadas, deben estar debidamente acreditadas por los servicios sociales de atención o servicios de salud. Por tanto, las funcionarias

<sup>125</sup> SEGOVIANO ASTABURUAGA, M.L.: “Incidencia en el ámbito laboral de la violencia de género”, en AA.VV (DE HOYOS SANCHO, M., Dir.): *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Valladolid (Lex Nova), 2009, págs. 785 y ss.

<sup>125</sup> VILA TIerno, F.: “Medidas de mantenimiento de empleo para las trabajadoras víctimas de violencia de género”, en AA.VV (QUESADA SEGURA, R., Dir.): *La perspectiva laboral de la protección integral de las mujeres víctimas de violencia de género*, Granada (Comares), 2009, pág. 251.

deberán entregar el certificado que les hayan expedido uno u otro servicio, en el que se constate que su situación física o psicológica justifica las ausencias o faltas de puntualidad. Dicho documento operaría de forma similar a los partes de incapacidad temporal o confirmación de la citada incapacidad temporal, que justifican las ausencias de los funcionarios por enfermedad común, accidente laboral o común o enfermedad profesional.

Todo lo anterior implica que la mujer funcionaria sigue obligada, dentro de sus circunstancias, a comunicar sus ausencias y faltas de puntualidad por causa de violencia de género a la Administración a la mayor brevedad. Si se trata de ausencia es claro que deberá ser a la máxima brevedad (a lo mejor, incluso, antes de que ello se produzca, si es que se sabe con anticipación que ello va a tener lugar); si se trata de impuntualidad lo normal será que, en cada momento, se dé cuenta al órgano administrativo competente de la causa del retraso, sin perjuicio de poder aportar en ese momento o en ulterior y más próximo la justificación por parte de los servicios sociales o de salud<sup>126</sup>.

2º.-La funcionaria víctima de violencia de género tendrá la posibilidad, para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral, de proceder a la reducción de su jornada con disminución proporcional del salario (sin que se establezca límite mínimo o máximo) o a su redistribución. Esta medida se define de una forma amplia, al poder abarcar tanto la minoración del tiempo de trabajo, como la adaptación del horario, pasando por la aplicación del horario flexible u otras formas de ordenación del tiempo de actividad que sean aplicables, pues la aparente exigencia teleológica de que tales beneficios se introduzcan «para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral» únicamente debe interpretarse como una mera explicitación de los motivos (obvios, por lo demás) que han movido al legislador en este terreno, esto es, como una especie de justificación adicional para que la Administración se haga cargo de que existen poderosas razones para alterar las reglas generales sobre distribución del tiempo de trabajo<sup>127</sup>.

Sin embargo, en este ámbito, cabe introducir, ya de entrada, un doble matiz: de un lado, parece partirse de la idea de que esas fórmulas de reordenación del tiempo de trabajo van a ser siempre posibles, con independencia del tipo de tarea que la funcionaria desarrolla, pero, en realidad, la prerrogativa de cambio horario dependerá directamente de las condiciones particulares del puesto que ocupa, pues la modificación que la mujer propone no podrá afectar a las funciones propias de su plaza; de otro, parece limitarse la medida a las formas de ordenación del tiempo de actividad que la Administración pública establezca, como instrumento destinado a no cercenar en demasía la iniciativa de cada órgano competente en la regulación de las concretas condiciones de trabajo, lo cual no debe hacer perder de vista que la enorme relevancia del bien jurídico protegido y la

---

<sup>126</sup> BLASCO JOVER, C.: "La protección de la trabajadora víctima de maltrato en la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género", *Relaciones Laborales*, núm. 21, 2005, pág. 104.

<sup>127</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F.: *La dimensión laboral de la violencia de género*, Albacete (Bomarzo), 2005, pág. 23.

especial debilidad de la víctima resultan suficientes para demandar del organismo público un esfuerzo razonable de adaptación<sup>128</sup>.

Es precisa, por tanto, una tarea de ajuste entre ambas posiciones jurídicas, en la que no es posible que la Administración simplemente alegue “necesidades del servicio” para justificar la denegación de la solicitud de la funcionaria, sino que valore adecuadamente el derecho de ésta y su fundamento, no sólo legal, sino también constitucional. Sin esta valoración, que en todo momento debe ser expresa y motivada, la resolución denegatoria basada en términos generales o difusos no resultará conforme a la legalidad vigente<sup>129</sup>.

Es más, tampoco pueden dejar de señalarse -como crítica adicional- las dificultades que se le plantean a la funcionaria que quiere acogerse a las posibilidades que le brinda el párrafo segundo del art. 49 d) EBEP a la hora de acreditar su condición de víctima de maltrato, pues únicamente lo podrá hacer mediante la preceptiva orden de protección (regulada en la Ley 27/2003, de 31 de julio) o, en su defecto, con el informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios sobre la condición de haber sufrido violencia de género (art. 26 LPIVG). Probablemente, se trata de una previsión tendente a evitar potenciales abusos y a incentivar indirectamente a las víctimas de violencia de género para que utilicen los mecanismos legalmente dispuestos para luchar contra esta situación, pero deja desprotegidas ciertas modificaciones horarias derivadas de la voluntad de la funcionaria fundadas en una situación de maltrato no denunciada<sup>130</sup>.

## 6.- Cuidado de hijo enfermo

En España se diagnostican aproximadamente mil trescientos niños y adolescentes (0-18 años) al año con cáncer. Una enfermedad que puede curarse en el 68 por 100 de los casos, pero que afecta gravemente a la vida del menor y de su entorno familiar y social<sup>131</sup>. El art. 49 e) EBEP regula un nuevo supuesto de reducción de jornada destinada al cuidado de menores a cargo, afectados por cáncer (melanoma, carcinoma o tumores malignos) o por cualquier otra enfermedad grave, que implique un ingreso hospitalario de larga duración y requiera la necesidad de su atención directa, continua y permanente<sup>132</sup>. El beneficio se extenderá hasta que el menor cumpla los 18 años.

Este derecho se reconoce al funcionario “progenitor, adoptante o acogedor de carácter preadoptivo o permanente” (e incluso al tutor), a cuyo cargo esté el menor en cuestión, siempre que aparezca acreditada la necesidad mediante informe del servicio público de

<sup>128</sup> SELMA PENALVA, A.: “Incidencia de la violencia de género sobre las normas laborales”, *Actualidad Laboral*, núm. 9, 2011, pág. 1044.

<sup>129</sup> DE LA PUEBLA PINILLA, A.: “Aspectos laborales y de protección social en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género”, *Relaciones Laborales*, núm. 6, 2005, pág. 96.

<sup>130</sup> GALA DURÁN, C.: “Violencia de género y Derecho del Trabajo: una aproximación a las diversas medidas previstas”, *Relaciones Laborales*, núm. 10, 2005, pág. 38.

<sup>131</sup> KAHALE CARRILLO, D.T.: “La nueva prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave”, *Temas Laborales*, núm. 112, 2011, pág. 367.

<sup>132</sup> SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.: “Un nuevo supuesto de reducción de jornada... en la LPGE para 2011”, en AA.VV: *Sobre la conciliación de la vida familiar y laboral*, *Aranzadi Social*, núm. 1, 2011, pág. 25.

salud u órgano administrativo sanitario de la Comunidad Autónoma correspondiente y responsable de la asistencia médica del menor<sup>133</sup>.

A este respecto, la Dirección General de Función Pública entiende que la reducción ha de ser, como mínimo de la mitad de la jornada, pudiendo la legislación de desarrollo establecer un límite máximo al porcentaje de dicha reducción. Mientras no se haya establecido dicho límite máximo de reducción, cada Administración, de manera potestativa, atendiendo a las distintas circunstancias que concurren en cada caso, así como ponderando los distintos intereses en juego, excepcionalmente, podría elevar la mencionada reducción por encima de la mitad de la jornada que ya contempla la ley, pero, con objeto de que no se desvirtúe el permiso, la rebaja que se acuerde deberá permitir atender, al menos, de una forma mínima y efectiva, la prestación del servicio que venga desarrollando el funcionario. La posibilidad de acumular la reducción en jornadas completas no será posible hasta que se produzca el desarrollo reglamentario.

Para su disfrute es necesario que ambos progenitores trabajen. Cuando concurren en ambos progenitores, adoptantes o acogedores de carácter preadoptivo o permanente, por el mismo sujeto y hecho causante, las circunstancias necesarias para tener derecho a este permiso o, en su caso, puedan tener la condición de beneficiarios de la prestación establecida para este fin en el régimen de la Seguridad Social que les sea de aplicación, el funcionario tendrá derecho a la percepción de las retribuciones íntegras durante el tiempo que dure la reducción de su jornada de trabajo, siempre que el otro progenitor, adoptante o acogedor de carácter preadoptivo o permanente, sin perjuicio del derecho a la reducción de jornada que le corresponda, no cobre sus retribuciones íntegras en virtud de este permiso o como beneficiario de la prestación establecida para este fin en el Régimen de la Seguridad Social que le sea de aplicación. En caso contrario, sólo se tendrá derecho a la reducción de jornada, con la consiguiente reducción de retribuciones, pudiendo el otro progenitor percibir sus retribuciones íntegras o la prestación económica prevista en la LGSS. Asimismo, en el supuesto de que ambos presten servicios en el mismo órgano o entidad, ésta podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones fundadas en el correcto funcionamiento del servicio mediante resolución motivada

El permiso será retribuido única y exclusivamente con cargo al capítulo 1. No se aplica para los funcionarios, con independencia al régimen de la Seguridad Social en el que se encuentren incluidos, la prestación regulada en el art. 135 quáter LGSS, desarrollado por el Real Decreto 1148/2011, de 29 de julio, cifrada en un subsidio equivalente al 100 por 100 de la base reguladora de incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales y en igual proporción a la reducción de la jornada efectuada.

#### IV.- PERSONAL LABORAL

Ninguna referencia hace el art. 3 EBEP al personal laboral al servicio de las Corporaciones Locales, razón por la cual es necesario entender que, al igual que el resto de personal laboral, su relación de empleo está regida “además de por la legislación laboral y por las demás normas convencionalmente aplicables, por los preceptos del EBEP que así lo dispongan” (art. 7 EBEP).

---

<sup>133</sup> BURGOS GINER, M.A.: “Aspectos importantes en materia laboral y de Seguridad Social contenidos en la Ley 39/2010, de 22 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado para 2011”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Iustel)*, núm. 24, 2011, pág. 20.

Con el fin de evitar injustificados agravios comparativos entre los dos colectivos de personal al servicio de las Administraciones públicas (funcionarios y laborales), el EBEP entiende aplicables las previsiones anteriormente comentadas sobre permisos, no sólo a los primeros sino también a los segundos, no en vano el art. 51 establece 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”<sup>134</sup>. Queda en el aire, por tanto, cuál de las dos legislaciones prevalecerá cuando ambas no sean coincidentes o se contradigan abiertamente. Es decir, si la normativa laboral se aplica en términos de mera supletoriedad o si, por el contrario, debe entenderse complementaria de lo previsto en los arts. 48 y 49 EBEP<sup>135</sup>.

Tres interpretaciones podrían barajarse a este respecto: de un lado, entender aplicable la normativa laboral, salvo en lo que se opusiere a las previsiones del EBEP, que tendrían preferencia aplicativa sobre aquélla, de forma que en los extremos relativos a alguna de las materias referidas reguladas en el EBEP y no contempladas de forma expresa en la legislación laboral, se procedería a aplicar las previsiones contenidas en aquél; de otro, considerar aplicable la normativa estatutaria del empleado público en todo lo que no se opusiera a las normas laborales; en fin, estimar aplicable el EBEP para la determinación del tiempo de trabajo de todos los empleados públicos, con independencia de su carácter estatutario o laboral<sup>136</sup>. Pese a todas estas posibilidades interpretativas, la jurisprudencia viene oponiéndose a la aplicación acumulativa o al espiguelo, declarando que debe estarse a lo que resulte más favorable en apreciación conjunta (no selectiva), y decantándose a menudo por la aplicación preferente de la normativa laboral en los casos de divergencia entre las regulaciones respectivas<sup>137</sup>. Por poner un poco de claridad con un ejemplo, cabe entender que el permiso por paternidad de quince días establecido en el art. 49 c) EBEP no es compatible ni acumulable con la suspensión del contrato de trabajo de 13 días previsto en el art. 48 bis ET: la primera norma se dirige exclusivamente a los funcionarios públicos y la segunda a los trabajadores, sin que respecto a estos últimos sea más beneficioso el régimen regulado para los funcionarios<sup>138</sup>.

Sea como fuere, lo que está claro es que el EBEP se aplicará “al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas cuando expresamente un precepto concreto

<sup>134</sup> Por todas, SSTS-SOC 10 marzo 1999 (RJ 2124), 29 junio 2010 (RJ 2010/2712) y 9 diciembre 2010 (RJ 2011/287).

<sup>135</sup> SALA FRANCO, T.: “El personal laboral. La relación laboral especial de empleo público”, en AA.VV (SÁNCHEZ MORÓN, M., Dir.): *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Valladolid (Lex Nova), 2007, pág. 128.

<sup>136</sup> RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “Art. 51”, en AA.VV (PALOMAR OLMEDA, A. y SEMPERE NAVARRO, A.V., Dirs.): *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, Pamplona (Aranzadi), 2ª edición, 2009, pág. 536. En la doctrina judicial, STS, Social, 5 octubre 2010 (RJ 2010/8444) y SSTSJ-SOC País Vasco 15 septiembre y 6 octubre 2009 (AS 2010/2669 y 2473), País Vasco 30 marzo, 27 junio y 21 diciembre 2010 (AS 2010/2533 y 5434 y 2011/312) y Madrid 8 octubre 2010 (AS 2010/2662), en relación con los moscosos. Asimismo, STSJ-SOC Valencia 21 mayo 2009 (AS 2009/1612), en relación con la acumulación del permiso por lactancia.

<sup>137</sup> SSTS, Social, 19 mayo 2009 (rec. 97/2008), 9 diciembre 2010 (rec. 4397/2009), 17 enero 2011 (rec. 1679/2010), 20 enero 2011 (RJ 2011/2091) y 12 septiembre 2011 (RJ 2012/679). También, SSTSJ-SOC Madrid 14 octubre 2011 (AS 2011/2924), Aragón 18 mayo 2011 (AS 2011/1160), Canarias/Santa Cruz de Tenerife 26 abril 2011 (AS 2011/1146) y Asturias 17 febrero 2012 (AS 2012/648).

<sup>138</sup> STS, Social, 19 mayo 2009 (RJ 2009/4167). También STSJ-SOC Castilla-La Mancha 20 febrero 2009 (JUR 2009/188770).

incluya a dicho personal”<sup>139</sup>. Procede tener en cuenta, por ende, que los destinatarios del art. 48 EBEP son los funcionarios, sin embargo el art. 49 no establece, en cambio, como único destinatario a los funcionarios públicos, sino que podrían entrar dentro de su ámbito de aplicación todas las clases de empleados públicos definidos en los arts. 8, 9, 10, 11, 12 y 13 EBEP (funcionarios de carrera, funcionarios interinos, personal laboral fijo, indefinido no fijo o temporal, personal eventual y personal directivo profesional). Ahora bien, una lectura detenida del precepto obliga a matizar esta afirmación, pues aun cuando el título del art. 49 no hace referencia exclusiva a los funcionarios, sus distintos apartados parecen referirse únicamente a este colectivo, de modo que, en realidad, no procede distinguir entre los ámbitos subjetivos de aplicación de los arts. 48 y 49. Por su parte, la voluntad del art. 51 es establecer un mínimo común denominador en los aspectos esenciales del tiempo de trabajo que resulte vinculante para todos los empleados públicos, estableciendo textualmente 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”.

En consecuencia, atendiendo a la circunstancia de que la aplicación de la legislación funcional y laboral sobre estas materias es “acumulativa” y no “sucesiva”, cabe entender que a los contratados laborales les será de aplicación lo dispuesto en la legislación laboral ordinaria (el ET y, en general, todo el sistema de fuentes -convenio colectivo incluido- propio del Derecho del Trabajo), siempre y cuando supongan una mejora respecto de lo previsto, con carácter mínimo y supletorio, en el EBEP<sup>140</sup>, idea que sólo se aplica ahora, en puridad, al art. 49 EBEP que conserva su carácter de norma mínima de aplicación directa en relación con los permisos por motivos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral y por razón de violencia de género<sup>141</sup>. El art. 48 se aplica sólo de forma directa a los funcionarios, pero ha perdido su carácter supletorio, que posibilitaba su aplicación a los laborales únicamente en defecto de norma convencional vigente. Ahora el art. 48 EBEP no admite posibilidades de mejora.

Así, con el Decreto Ley 20/2012 cambia sustancialmente el sistema de fuentes aplicable al personal laboral en relación con el art. 48 EBEP, pues, con anterioridad, el convenio colectivo tenía preferencia en cuanto a las mejoras establecidas<sup>142</sup> y ahora no cabe posibilidad de mejora convencional, quedando en suspenso los convenios colectivos que establecieran previsiones *in bonus*. El art. 48 EBEP ha perdido el carácter supletorio, que permitía que operara sólo en defecto de normas legales o convencionales aplicables. Otra cosa es la permisividad con la que se pueda actuar en la práctica.

<sup>139</sup> C517/07, de 7 de noviembre de 2007.

<sup>140</sup> CABEZA PEREIRO, J. y FERNÁNDEZ DOCAMPO, B.: “Derecho a la jornada de trabajo. Permisos y vacaciones”, en AA.VV (MONEREO PÉREZ, J.L.; MOLINA NAVARRETE, C.; OLARTE ENCABO, S. y RIVAS VALLEJO, P., Dirs.): *El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario sistemático de la Ley 7/2007, de 12 de abril*, Granada (Comares), 2008, pág. 493.

<sup>141</sup> Dictamen de la Dirección General de Función Pública c/07.

<sup>142</sup> SSTSJ-SOC Madrid 8 octubre 2010 (AS 2010/2662), Canarias/Las Palmas 28 julio 2011 (AS 2012/9),