



FEDERACIÓ DE MUNICIPIS
DE CATALUNYA

2013
Barcelona



Seminari d'actualització de Funció Pública Local



Reconeixement-NoComercial-SenseObraDerivada 2.5 Espanya

Sou lliure de:



copiar, distribuir i comunicar públicament l'obra

Amb les condicions següents:



Reconeixement. Heu de reconèixer els crèdits de l'obra de la manera especificada per l'autor o el llicenciador (però no d'una manera que suggereixi que us donen suport o rebeu suport per l'ús que feu de l'obra).



No comercial. No podeu utilitzar aquesta obra per a finalitats comercials.



Sense obres derivades. No podeu alterar, transformar o generar una obra derivada d'aquesta obra.

- Quan reutilitzeu o distribuïu l'obra, heu de deixar ben clar els termes de la llicència de l'obra
- Alguna d'aquestes condicions pot no aplicar-se si obteniu el permís del titular dels drets d'autor.
- No hi ha res en aquesta llicència que menyscabi o restringeixi els drets morals de l'autor.

Els drets derivats d'usos legítims o altres limitacions reconegudes per llei no queden afectats per l'anterior



FEDERACIÓ DE MUNICIPIS
DE CATALUNYA



Edita

Federació de Municipis de Catalunya
Via Laietana 33, 6è 1a. 08003 Barcelona
Tel. 93 310 44 04

Disseny i maquetació
www.lacuinagràfica.com

Sumari

1^a sessió

21/02/13

Anàlisi de dos aspectes nous en matèria d'ocupació pública: Els efectes de la pèrdua de vigència d'un conveni col·lectiu del sector públic com a conseqüència de la darrera reforma laboral i el nou règim de permisos i llicències dels empleats públics locals després de la modificació de l'EBEP

2^a sessió

26/04/13

L'ús de la contractació administrativa com a fuga del règim funcional i laboral, i el nou règim de jubilació a partir de l'RDL 5/2013, de 15 de març, de mesures per afavorir la continuïtat de la vida laboral dels treballadors de més edat

3^a sessió

04/07/13

Incidència de la normativa i jurisprudència comunitària i de la protecció de dades en les relacions laborals de les administracions públiques

Ponéncias

1^a sessió 21/02/13

Anàlisi de dos aspectes nous en matèria d'ocupació pública: Els efectes de la pèrdua de vigència d'un conveni col·lectiu del sector públic com a conseqüència de la darrera reforma laboral i el nou règim de permisos i llicències dels empleats públics locals després de la modificació de l'EBEP

El nou règim de permisos i llicències dels empleats públics a conseqüència de la modificació de l'article 48 de l'EBEP i la seva aplicació a Catalunya

Susana Rodríguez Escanciano, catedràtica de Dret del Treball i de la Seguretat Social de la Universitat de Lleó.

Els darrers mesos hi ha hagut una allau de reformes legislatives que intenten configurar un canvi significatiu en el model d'ocupació pública vigent fins ara, si bé la seva aplicació no està exempta de debat.

En aquesta sessió es tractaran dos aspectes clarament diferenciats d'aquestes darreres reformes i que tenen una elevada incidència en la gestió diària dels nostres recursos humans.

En primer lloc, s'hi analitzaran els efectes que té la nova regulació de l'article 86 de l'Estatut dels treballadors en l'àmbit dels convenis col·lectius de les administracions locals, ja que la nova regulació d'aquest precepte obre un ventall molt ampli de possibilitats i incerteses, un cop finalitzada la vigència del conveni, ja sigui pel transcurs del temps pactat i de les seves possibles pròrrogues o per denúncia d'una de les dues parts. Identificar clarament quins són els efectes d'aquesta pèrdua de vigència en les condicions de treball del personal laboral que es trobava inclòs en l'àmbit d'aplicació d'aquest conveni i quines són les noves condicions de treball que regiran a l'administració local afectada durant el procés de negociació, i un cop esgotat el termini màxim d'un any que estableix el legislador per arribar a un acord, és un element destacat en l'àmbit de la relació laboral que s'esdevé a l'Administració.

Tot seguit, es treballarà sobre les interpretacions que cal donar a cadascun dels diferents permisos i llicències establerts a la legislació bàsica sobre ocupació pública –articles 48, 49 i 50 de l'EBEP-, i als problemes que plantegen, d'acord amb la jurisprudència existent. També es treballarà sobre la interpretació de com gaudir d'aquests permisos, i els seus límits, com a conseqüència de la darrera reforma legislativa i a la llum de la normativa existent a Catalunya en matèria de conciliació, la qual no sempre coincideix amb la legislació bàsica estatal.

Clarificar ambdues qüestions, els requisits que comporten en cada cas i quin hauria de ser el procés que conduiria a la seva aplicació efectiva en l'àmbit actual de relacions laborals seran els objectius d'aquesta sessió.

M. Carme Noguera

Directora del seminari i cap de Recursos Humans
de l'Ajuntament de Manlleu

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

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

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 ampara¹.

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

¹ 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^a 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 Públicas². 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 Pública³.

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

² 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.

³ 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 Municipal⁴. 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 aislada⁵.

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 judicial⁶.

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:

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

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

⁶ 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 judicial⁷, 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.⁸, 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

⁷ 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.

⁸ 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 judicial⁹, que viene añadiendo, además, cómo corresponde la ampliación cuando se trate de localidades distintas aun sea dentro del mismo área metropolitana¹⁰. 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 tiempo¹¹, 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

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

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

¹¹ 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»¹².

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 escala¹³.

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

¹² 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.

¹³ 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]¹⁴. 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]¹⁵.

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 correspondiente¹⁶, 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 justificados¹⁷.

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

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

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

¹⁷ 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 incompatibilidad¹⁸.

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 Administración¹⁹.

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 adicionales²⁰:

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

¹⁸ C/303/07, de 18 de junio de 2007.

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

²⁰ 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 correspondiente²¹.

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 legales²². 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, entendiéndose 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

²¹ 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.

²² 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 Ley²³.

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 completos²⁴.

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 mismas²⁵. 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 funcionario²⁶. 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»²⁷.

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 administrativa²⁸. En todo caso, este derecho está supeditado a que queden cubiertas las necesidades del servicio²⁹.

²³ 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.

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

²⁵ STSJ-CONT Cataluña 2 abril 2002 (JUR 2002, 230924).

²⁶ 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).

²⁷ STS-CONT 28 junio 1996 (RJ 1996, 5451).

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

²⁹ 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 permitan³⁰. 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 descanso³¹.

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»³². 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-

³⁰ 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.

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

³² 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»³³) 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»³⁴). 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»³⁵.

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»³⁶, 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»³⁷ y «en el acompañamiento de la embarazada a sus reconocimientos médicos»³⁸. Ello contribuiría, sin duda, como otros tantos derechos, a una

³³ 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.

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

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

³⁶ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *La protección por maternidad*, cit., pág. 303.

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

³⁸ 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 misma³⁹. La Ley Catalana de Conciliación de la Vida Laboral y Familiar precisa que el fraccionamiento ha de concretarse en dos períodos de treinta minutos.

³⁹ 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)⁴⁰ 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 analizado⁴¹, 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 infantes⁴², máxime cuando la Ley 3/2012, de reforma del mercado de trabajo, introduce esta ampliación para los supuestos de adopción o

⁴⁰ 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).

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

⁴² 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 ajena⁴³. 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 hospital⁴⁴. 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 ellos⁴⁵.

⁴³ 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.

⁴⁴ 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.

⁴⁵ 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)⁴⁶, 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 física⁴⁷.

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

⁴⁶ 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.

⁴⁷ 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*»⁴⁸.

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 familia⁴⁹.

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»⁵⁰. 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 indispensable⁵¹.

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

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

⁵⁰ 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.

⁵¹ 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 reducción⁵².

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

⁵² 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 Personal⁵³, 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 servicio⁵⁴, y siempre y cuando «no exista perjuicio laboral para su unidad»⁵⁵. 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 menores⁵⁶, pudiendo, por ejemplo, solicitar el paso de un turno rotatorio a otro fijo e invariable⁵⁷ o la acumulación en jornadas completas para disponer de cuatro días adicionales al mes de inasistencia al trabajo⁵⁸.

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 Generalitat⁵⁹, 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

⁵³ Dictámenes 12 de julio de 1991 y 26 de marzo de 1992.

⁵⁴ 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).

⁵⁵ Boletín de Consultas en materia de recursos humanos (6/5/2005). www.map.es.

⁵⁶ 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).

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

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

⁵⁹ 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»⁶⁰. 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 ciudadanos⁶¹. En tal circunstancia no encajan, tal y como se han encargado de aclarar los Tribunales, la ostentación del cargo de presidente⁶² o secretario⁶³ de un colegio profesional o de miembro directivo de una federación deportiva⁶⁴, la prestación de servicios en una agrupación de protección civil⁶⁵, el hecho de acompañar a un familiar a un centro médico⁶⁶, la asistencia a una asamblea en una entidad privada⁶⁷, la visita a un familiar hospitalizado⁶⁸, la concurrencia al funeral de un familiar de tercer grado de consanguinidad o superior⁶⁹, el desplazamiento a un país extranjero por el tiempo que dure el proceso administrativo o judicial de adopción de un menor⁷⁰ o la gestión de las fiestas patronales por un Concejal del Ayuntamiento⁷¹.

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 estudios⁷².

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

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

⁶¹ STSJ-CONT Extremadura 29 septiembre 1999 (RJCA 1999, 3511).

⁶² 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).

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

⁶⁴ Dictamen de la Comisión Superior de Personal de 19 de junio de 1994.

⁶⁵ Dictamen de la Comisión Superior de Personal de 23 de septiembre de 1993.

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

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

⁶⁸ STSJ-CONT Cataluña 5 diciembre 2000 (JUR 2001, 110722).

⁶⁹ Dictamen de la Comisión Superior de Personal de 20 de mayo de 1993.

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

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

⁷² 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»⁷³.

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 Administración⁷⁴. 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 trabajo⁷⁵, 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

⁷³ 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).

⁷⁴ 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.

⁷⁵ STSJ-CONT Extremadura 15 abril 2008 (RJCA 2008,307).

las vacaciones⁷⁶. 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 Administración⁷⁷, no siendo posible quedar reducidos por encontrarse el funcionario de baja por enfermedad o por el hecho de haber disfrutado otro tipo de licencias⁷⁸. 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 judicial⁷⁹.

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

⁷⁶ Dictamen de la Comisión Superior de personal de 16 de septiembre de 1991.

⁷⁷ 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).

⁷⁸ STSJ-CONT, Madrid 29 junio 2002.

⁷⁹ 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 comprendidos⁸⁰.

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 ambas⁸¹.

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 profesional⁸². 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

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

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

⁸² 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)⁸³.

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 especiales⁸⁴.

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 temporal⁸⁵, maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y la lactancia, permisos y licencias, pero no el período de excedencia para el cuidado de familiares⁸⁶), en tanto que prestaciones de trabajo de inferior duración tan sólo generarán vacaciones proporcionales

⁸³ 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.

⁸⁴ 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.

⁸⁵ 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).

⁸⁶ 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 ésta⁸⁷. La denegación del disfrute de las vacaciones en las fechas solicitadas deberá ser motivada⁸⁸.

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 salarial⁸⁹. 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 término⁹⁰.

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 originado⁹¹.

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

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

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

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

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

⁹¹ 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 3/2012⁹². 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 originado⁹³. 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 Comunitario⁹⁴.

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

⁹² 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.

⁹³ 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.

⁹⁴ 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)⁹⁵. 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.

⁹⁵ 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)⁹⁶:

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

⁹⁶ 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)⁹⁷.

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...)⁹⁸.

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

⁹⁷ 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.

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

como «riesgo durante la lactancia»⁹⁹, 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 marzo¹⁰⁰.

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).

⁹⁹ 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.

¹⁰⁰ 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»¹⁰¹.

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 maternidad¹⁰².

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

¹⁰¹ 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.

¹⁰² 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 completado¹⁰³.

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 permiso¹⁰⁴.

¹⁰³ 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.

¹⁰⁴ 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 naturaleza¹⁰⁵.

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 distinto¹⁰⁶.

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*

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

¹⁰⁶ 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 óptima¹⁰⁷.

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 sucesivamente¹⁰⁸.

¹⁰⁷ 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.

¹⁰⁸ 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 afectivas¹⁰⁹.

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,

¹⁰⁹ 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 concesión¹¹⁰, 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 legal¹¹¹, 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 madre¹¹². 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,

¹¹⁰ STSJ-CONT Aragón 25 octubre 2002 (JUR 2003, 133012).

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

¹¹² 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 IPREM¹¹³. 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 devengo¹¹⁴.

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,

¹¹³ 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.

¹¹⁴ 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 año¹¹⁵. 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 biológicas¹¹⁶.

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 propios¹¹⁷. 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

¹¹⁵ 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.

¹¹⁶ 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.

¹¹⁷ 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 prejuzgue 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 circunstancia¹¹⁸.

¹¹⁸ 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)¹¹⁹. 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]¹²⁰.

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

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

¹²⁰ 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 civil¹²¹.

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.

¹²¹ 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 devengo¹²². 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 permiso¹²³. 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 ausencia¹²⁴.

¹²² 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.

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

¹²⁴ 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»¹²⁵.

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

¹²⁵ 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.

¹²⁵ 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 salud¹²⁶.

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 trabajo¹²⁷.

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

¹²⁶ 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.

¹²⁷ 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 adaptación¹²⁸.

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 vigente¹²⁹.

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 denunciada¹³⁰.

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 social¹³¹. 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 permanente¹³². 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

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

¹²⁹ 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.

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

¹³¹ 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.

¹³² 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 menor¹³³.

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).

¹³³ 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”¹³⁴. 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 EBEP¹³⁵.

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 laboral¹³⁶. 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 respectivas¹³⁷. 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 funcionarios¹³⁸.

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

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

¹³⁵ 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.

¹³⁶ 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.

¹³⁷ 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).

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

incluya a dicho personal”¹³⁹. 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 EBEP¹⁴⁰, 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 género¹⁴¹. 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 establecidas¹⁴² 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.

¹³⁹ C517/07, de 7 de noviembre de 2007.

¹⁴⁰ 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.

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

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

2a

sessió

26/04/13

L'ús de la contractació administrativa com a fugida del règim funcionarial i laboral, i el nou règim de jubilació a partir de l'RDL 5/2013, de 15 de març, de mesures per afavorir la continuïtat de la vida laboral dels treballadors de més edat

Els efectes dels contractes administratius de serveis que oculten relacions laborals o tenen per objecte funcions reservades al personal funcionari

Miguel Ángel Recuerda, professor titular de Dret Administratiu de la Universitat de Granada.

Anàlisi del nou règim de jubilació anticipada i parcial, i la compatibilitat entre treball i pensió arran de la reforma introduïda pel Reial decret llei 5/2013, de 15 de març

Rafael Laraña, subdirector de Jubilació de l'INSS de Barcelona

El Consell de la UE va formular, el 10 de juliol de 2012, unes recomanacions en l'àmbit de la sostenibilitat del sistema de pensions i l'impuls a l'envelliment actiu, que s'han recollit a través de la promulgació de l'RDL 5/2013, de 15 de març. Aquesta norma regula la compatibilitat entre la percepció d'una pensió de jubilació i el treball, a fi d'afavorir l'allargament de la vida activa i reforçar la sostenibilitat del sistema de Seguretat Social; introdueix, doncs, canvis importants i significatius en la jubilació anticipada, la jubilació parcial i la determinació de l'import màxim de la pensió de jubilació respecte de la regulació introduïda per la Llei 27/2011, d'1 d'agost. Aquesta llei havia de desplegar els seus efectes primer el passat dia 1 de gener de 2013 i després a partir del dia 1 d'abril de 2013, d'acord amb la previsió efectuada per la disposició addicional primera de l'RDL 29/2012, de 28 de desembre. Aquest escenari, en canvi, s'ha vist significativament alterat per l'RDL 5/2013, de 15 de març. En aquesta sessió, se'n farà una anàlisi detinguda i se n'estudiarà la seva eficàcia pràctica. Paral·lelament, també s'abordarà en aquesta sessió un aspecte controvertit i complex, com és l'anàlisi dels efectes dels contractes administratius de serveis (amb procediment obert, negociat o mitjançant contractació menor) que oculten relacions laborals o amb funcions reservades a personal funcionari. Aquest tema, tradicionalment, no ha estat ben resolt per la normativa en matèria de contractació administrativa. Ha generat un volum important de pronunciaments judicials per definir les notes de la laboralitat i els efectes de la seva declaració en l'àmbit de l'ocupació pública. Pot adquirir en els propers temps una importància més gran. La continuïtat de la prohibició, amb caràcter general, durant el 2013, de contractar personal temporal i nomenar funcionaris interins efectuada per l'article 23.2 de la Llei 17/2012, de 27 de desembre, de pressupostos generals de l'Estat per al 2013, podria arribar a conduir a una fugida a la normativa sobre contractació administrativa i cap a un mal ús o abús de la figura del contracte de serveis, el qual podria arribar a plantejar-se com una sortida a les necessitats de prestació de nous o diferents serveis amb vocació temporal –ja sigui per la naturalesa del servei o per la font del finançament– en l'àmbit de les administracions locals.

M. Carme Noguer

Directora del seminari i cap de Recursos Humans
de l'Ajuntament de Manlleu



Los contratos administrativos que encubren relaciones laborales o tienen por objeto funciones reservadas al personal funcionario

Prof. Dr. Miguel Ángel Recuerda Girela
Professor de Dret Administratiu
Universitat de Granada

Índice de la presentación

- I. Introducción
- II. La contratación administrativa en fraude del Derecho laboral
- III. La contratación administrativa para funciones reservadas al personal funcionario
- IV. Supuestos en que relaciones de ajeneidad y dependencia son expresamente calificadas como contratación administrativa por ley
- V. Conclusiones

I. Introducción

- Contratos administrativos de servicios con personas físicas:
 - Irregularidades:
 - Encubran relaciones laborales
 - Objeto reservado a funcionarios
 - Consecuencias:
 - Lesión de los derechos de los trabajadores
 - Vulneración de pps igualdad, mérito y capacidad
 - Infracción de la reserva de funciones

- La doctrina y la jurisprudencia han tratado de delimitar los contratos administrativos de los contratos laborales:
 - Evitar la elusión del Derecho laboral:
 - Duración y extinción de los contratos, retribuciones mínima, cotización RGSS, etc.
 - Respeto a los pps de igualdad, mérito y capacidad:
 - Principios de rigen en el acceso al empleo público laboral, interino o funcionarial
 - Preservar tareas reservadas a los funciones
 - Prohibición de contratar funciones que impliquen el ejercicio de autoridad (arts. 275.1 y 301 TRLCSP y 9.2 EBEP).

- La LFCE (1964) introdujo en su art. 6 la contratación administrativa de personal para dos supuestos:
 - Realización de trabajos específicos, concretos y extraordinarios o de urgencia
 - Colaboración temporal en dependencias administrativas
- Se generó una situación compleja:
 - Bolsa de personal en este régimen
 - Ley 22/77 prohibía interinidades
 - El Estado no transfería todos sus efectivos
 - Las CCAA carecían de cuerpos funcionariales propios y plazas
 - La contratación laboral exigía cumplimiento requisitos
 - La duración del contrato administrativo limitada a 1 año

- La situación dio lugar a la creación del contrato administrativo transitorio:
 - Destinado a extinguirse cuando se establecieran sistemas de acceso carrera funcional
 - Decreto 166/1981 (Catalunya) si las plazas eran ocupados por otras personas, nombramiento de interino o contrato administrativo transitorio
- Necesidad de:
 - Restringir los excesos de contratación administrativa
 - Tramitación de procesos de consolidación
 - Crítica de Joan Prats: contratación a dedo ... consolida

- STC 5/1982 recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 4/81 (Catalunya) sobre medidas urgentes en materia de función pública:
 - No es inconstitucional
 - Carácter excepcional de la contratación administrativa (art. 6 LFCE). No pueden utilizarse como cauce ordinario de provisión
- Los procesos de consolidación del empleo temporal no han resuelto la situación:
 - Las AAPP han seguido contratando en este régimen
 - Numerosos pleitos de reconocimiento de la laboralidad del contrato administrativo

II. La contratación administrativa en fraude del Derecho laboral

- 1. Criterios de delimitación contrato administrativo y laboral
 - A. Los contratos de colaboración temporal
 - B. Los contratos para trabajos específicos y concretos no habituales
 - C. Los contratos de consultoría y asistencia y los contratos de servicios
 - D. Criterios de delimitación entre el contrato administrativo y laboral
- 2. Irregularidades derivadas de la contratación administrativa en fraude del Derecho laboral
- 3. Consecuencias jurídicas de la contratación administrativa en fraude del Derecho laboral

- 1. Criterios de delimitación contrato administrativo y laboral:
 - Art. 1.3.a) ET excluye de su ámbito de aplicación:
 - Relaciones funcionariales
 - Personal al servicio de AAPP o entes públicos cuando ley determine regula por normas administrativas o estatutarias
 - Parece inicialmente que decide la AP
 - Art. 8.1 ET presunción de laboralidad:
 - Dependencia
 - Ajeneidad
 - STS de 18 febrero 1999: flagrante infracción del cauce legal previsto
 - La polémica ha surgido con varios tipos de contratos administrativos que se han sucedido en el tiempo

- A. Contratos de colaboración temporal:
 - El art. 6 LFCE introdujo la contratación administrativa de personal para dos supuestos:
 - Trabajos específicos, concretos y ext. o de urgencia
 - Colaboración temporal en dependencias administrativas
 - RD 1742/66 fijo duración máxima en 1 año
 - Decreto 3046/77 lo admitió en entes locales
 - Jurisprudencia social:
 - La elección entre contratos era organizativa.
 - La presunción de laboralidad (art. 8.1 ET) cedía cuando el contrato indicaba que era administrativo
 - Si se extendía más de un año no perdía el carácter administrativo, ni se consideraba labora
 - Jurisprudencia social
 - Abuso por la AP
 - DT 4^a L30/84 y DT8^a L7/1985 prohíben su celebración
 - Procesos consolidación poco respetuosos pps.

- B. Contratos para trabajos específicos y concretos no habituales:
 - Ocuparon el hueco de los anteriores
 - Art. 6 LFCE. DA4ª L30/84 remitía su regulación a LCE
 - RD 1465/85: duración máxima de 1 años salvo complementarios de obras o servicios.
 - Art. 194.4 L13/95:
 - Contrato administrativo
 - No tiene objeto “consultoría y asistencia” ni “servicios”
 - No pueda ser atendido por la labor ordinaria orgs. adms.
 - Colaboración temporal en dependencias administrativas
 - RD 1742/66 fijo duración máxima en 1 año
 - Decreto 3046/77 lo admitió en entes locales
 - La L53/99 lo eliminó (conflictividad y no delimitación)
 - Jurisprudencia: STS 18/2/99 Presunción de laboralidad (servicios genéricos, dependencias).

- C. Los contratos de consultoría y asistencia y los de servicios:
 - Aplicación de los criterios jurisprudenciales anteriores
 - Ámbito tan amplio que se superponen a tareas laborales
 - Carácter técnico, económico, industrial..
 - Complementario para el funcionamiento
 - Mantenimiento, conservación, limpieza...
 - La L53/99 y RD 2/2000: definición semejante
 - L30/2007:
 - Suprimió el contrato de consultoría y asistencia
 - Contrato servicios pueden coincidir en objeto con un contrato laboral (art. 10 TRLCSP)

- D. Criterios de delimitación entre contrato administrativo y laboral:
 - Los contratos son lo que son con independencia de su denominación
 - CA: tienen por objeto un resultado, sobre actividades extraordinarias y no habituales de la Admón., y no puede ser difuso.
 - No parece posible distinguir según esos criterios
 - Dependencia y ajeneidad (art. 1 ET)
 - Criterios que evidencian dependencia y ajeneidad:
 - LIRPF (local, empleados), clientes, medios, instrucciones, horario, local, vacaciones, etc.
 - Que tenga o no organización propia y que no estén en el círculo de organización
 - La Admón. no es libre para elegir (otra cosa es que opte por contratar a un trabajador o a una empresa o profesional independiente)

- 2. Irregularidades derivadas de la contratación administrativa en fraude del Derecho laboral:
 - La problemática de los CA que encubren CL tiene dos aspectos:
 - Sustracción al trabajador de los derechos laborales y de SS
 - ✓ Estabilidad laboral, suspensión, modificación y extinción del contrato, retribuciones, vacaciones, jornada, RGSS.
 - Fraude al derecho de acceso a los empleos públicos pps. igualdad, mérito y capacidad (art. 23.3 y 14 CE).
 - ✓ No se sigue el proced. selectivo previsto tanto para fijo como temporal.
 - ✓ TRLCSP permite c. menores (18.000 euros) sin publicidad ni concurrencia, y negociados (hasta 100.000) sin publicidad (menores de 60.000) con tres ofertas

- 3. Consecuencias jurídicas de la contratación administrativa en fraude de Derecho laboral:
 - A. La figura del trabajador indefinido no fijo: origen jurisprudencial y reconocimiento legal
 - B. Aplicabilidad de la figura del trabajador indefinido no fijo a los contratos administrativos que encubren relaciones laborales
 - C. Posible inaplicabilidad de la figura del trabajador indefinido no fijo por ser nula la relación laboral

- A. La figura del trabajador indefinido no fijo: origen jurisprudencial y reconocimiento legal
 - La celebración de CA que encubren CL es un fraude a la normativa laboral, y a la de selección de empleados públicos.
 - Art. 301.4 TRLCSP a la extinción del contrato de servicios no puede producirse la consolidación.
 - Dicho art. no regula el fraude.
 - Reconocimiento de CL por los tribunales:
 - No se ha tramitado procedimiento selectivo
 - Se han podido vulnerar los límites de la contratación laboral temporal: normas del ET sobre C indefinido
 - Choque entre normas administrativas (pps. Igualdad, mérito y capacidad) y normas laborales.

Preceptos tuitivos del ET:

- Art. 15.3 presunción de indefinido por fraude de ley
“se presumirán por tiempo indefinido los contratos temporales celebrados en fraude de ley”.
Elusión de una norma (indefinido) mediante la aplicación de otra (temporal) con fin distinto del previsto en el OJ

- Art. 15.1.a) contratos de obra o servicio que devienen indefinidos por superar límite temporal
“no podrán tener una duración superior a tres años ampliable hasta doce meses más por convenio colectivo de ámbito sectorial estatal o, en su defecto, por convenio colectivo sectorial de ámbito inferior. Transcurridos estos plazos, los trabajadores adquirirán la condición de trabajadores fijos de la empresa”.
Supuesto de aplicación automática del carácter indefinido. No precisa existencia de fraude de ley

Preceptos tuitivos del ET:

➤ Art. 15.5 límites al encadenamiento de contratos:

“los trabajadores que en un periodo de treinta meses hubieran estado contratados durante un plazo superior a veinticuatro meses, con o sin solución de continuidad, para el mismo o diferente puesto de trabajo con la misma empresa o grupo de empresas, mediante dos o más contratos temporales, con las mismas o diferentes modalidades contractuales de duración determinada, adquirirán la condición de trabajadores fijos”.

Aplicación automática. No precisa de apreciación de fraude de ley

Preceptos tuitivos del ET:

➤ Art. 15.2 alta en Seguridad Social:

“adquirirán la condición de trabajadores fijos, cualquiera que haya sido la modalidad de su contratación, los que no hubieran sido dados de alta en la Seguridad Social, una vez transcurrido un plazo igual al que legalmente hubiera podido fijar para el periodo de prueba, salvo que de la propia naturaleza de las actividades o de los servicios contratados se deduzca claramente la duración temporal de los mismo”.

Presunción iuris tantum. Admite prueba del carácter temporal

Preceptos tuitivos del ET:

➤ Art. 49.1. c) exceso del plazo:

“los contratos de duración determinada que tengan establecido plazo máximo de duración, incluidos los contratos en prácticas para la formación, concertados por una duración inferior a la máxima legalmente establecida, se entenderán prorrogados automáticamente hasta dicho plazo cuando no medie denuncia o prórroga expresa y el trabajador continúe prestando servicios. Expirada dicha duración máxima o realizada la obra o servicio objeto del contrato, si no hubiera denuncia y se continuara en la prestación laboral, el contrato se considerará prorrogado tácitamente por tiempo indefinido, salvo prueba en contrario que acredite la naturaleza temporal”.

Presunción iuris tantum. Admite prueba del carácter temporal

Si corresponde aplicar dichos preceptos del ET:

- La relación laboral es considerada fija
- Choque con la normativa sobre acceso al empleo público
 - ✓ Pps. igualdad, mérito y capacidad
 - ✓ No se ha superado un proceso selectivo para adquirir la condición de fijo

- La tensión entre la normativa laboral y administrativa no fue resuelta inicialmente por el legislador
- La jurisprudencia creó la figura del *“trabajador indefinido no fijo”*.
- La L43/2006 introdujo la DA15^a del ET para aclarar la aplicación de la regla de encadenamiento de contratos a las AAPP, art. 15.1.a) ET
- Art. 11 EBEP establece que el empleado laboral podrá ser *“fijo, por tiempo indefinido o temporal”*.

- Trabajador indefinido no fijo
 - Se reconoce la existencia de un contrato laboral indefinido
 - El trabajador no consolida la condición de fijo de plantilla
 - La AP tiene obligación de tramitar proced selectivo
 - Se extinguirá el vinculo del trabajador indefinido no fijo

- Problemas del trabajador indefinido no fijo
 - Aparente contradicción:
 - STS 7 octubre 1996: no afecta a la calificación de la modalidad del contrato, sino a la calificación de la posición subjetiva del trabajador respecto a la AP
 - STS 21 enero 1998: “indefinitud” significa que el vínculo no está sometido a término. La fijeza no puede aceptarse porque se vulnerarían las normas de selección
 - La doctrina lo ha considerado como contrato indefinido con particularidades o contrato de interinidad por vacante.

- Más problemas del trabajador indefinido no fijo
 - Modo en el que se extinguía la relación laboral:
 - Por la cobertura reglamentaria del puesto: no tenía consideración de despido y no generaba indemnización
 - Despido por causas objetivas: arts. 51 y 51 ET e indemnización
 - Por expiración del plazo convenido (por analogía con los contratos temporales): art. 49.1.c) ET, sin indemnización
 - El último criterio fue seguido por la STS de 27 de mayo de 2002 (condición resolutoria válidamente incluida en el contrato).

- Más problemas del trabajador indefinido no fijo
 - La nueva redacción de la DA15^a ET tras la L35/2010, le legislador ha introducido una nueva causa de extinción de la relación laboral, sin indemnización
 - Esta conclusión ha sido criticada
 - La AP no es sancionada por la infracción de la normativa sobre contratación temporal
 - El trabajador queda desprotegido
 - Duda de respeto a la Directiva 1999/70/CE (obligación del Estado de medidas contra el encadenamiento de contratos y desincentivadoras).
 - La figura del trabajador indefinido no fijo presenta lagunas respecto a los pps. de igualdad, mérito y capacidad

- B. Aplicabilidad de la figura del trabajador indefinido no fijo a los contratos administrativos que encubren relaciones laborales
 - Esta doctrina se ha construido en la contratación laboral fraudulenta pero conviene analizar si es aplicable en los CA que encubren relaciones laborales
 - Si se declara judicialmente que un CA encubre una relación laboral
 - Y concurre alguno de los supuestos del ET para la fijeza
 - Se aplica la doctrina del trabajador indefinido no fijo
 - SSTS de 20 y 21 enero 1998, 30 marzo 1999, 13 de julio 1998

- B. Aplicabilidad de la figura del trabajador indefinido no fijo a los contratos administrativos que encubren relaciones laborales
 - Debe distinguirse si lo que subyace es
 - Una relación laboral verdaderamente temporal
 - Contrato de obra o servicio: extinción por vencimiento del plazo. No se convierte en temporal por falta de forma escrita.
 - O si además, se ha abusado de la temporalidad: encadenamiento de contratos. Fijeza (art. 8.1 ET).

- C. Posible inaplicabilidad de la figura del trabajador indefinido no fijo por ser nula la relación laboral encubierta
 - La jurisprudencia reconoce la figura del trabajador indefinido no fijo cuando el CA encubre un CL
 - Cuestionamiento:
 - ¿Tiene algún efecto que la relación inicial con el trabajador se haya configurado sin proceso selectivo?
 - Infracción de los pps. de igualdad, mérito y capacidad por consolidación de empleos irregularmente generados
 - No es lo mismo encadenar contratos laborales temporales en virtud de sucesivos nombramientos
 - Que encadenar contratos temporales sin proced
 - O contratos menores o negociados sin publicidad

➤ Cuestionamiento:

- Que no se aplique la figura del trabajador indefinido no fijo a quien en origen no superó un proced selectivo
- Si no hubo proced respetuoso con los pps. de igualdad, mérito y capacidad estaríamos ante contratos laborales temporales nulos
- Hay sentencias que declaran la nulidad de la relación laboral encubierta por no haberse tramitado procedimiento.
- Planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad sobre los arts. 8.1, 15.2, 15.3 y 43.4 ET por entender que su aplicación al empleo público infringe los arts. 14, 23.2 y 103 CE (en estos casos la relación inicial era administrativa o mercantil)
- El juzgado entendía que no procedía convalidar lo que era nulo y lo que genera desigualdad

➤ Cuestionamiento:

- AATC 122/2009, 124/2009 y 135/2009
 - Inadmitió la cuestión de inconstitucionalidad por infundada
 - Admitió que la doctrina del TS sobre el indefinido no fijo y su aplicación en el empleo público respeta los pps. de igualdad, mérito y capacidad
 - Lo cierto es que esos principios no se respetan en origen
 - El TC entiende que se logra el principal objetivo, que es que el trabajador afectado no se consolide como fijo
 - Esto se consigue porque el organismo contratante está obligado a cubrir la plaza conforme a un proced

- Cuestionamiento:
 - Sobre la plaza del indefinido no fijo
 - Se podría amortizar
 - Puede que no se convoque la plaza
 - Concurso beneficie al de la plaza
 - Motivos de crítica:
 - No parece que pueda convalidarse una actuación originariamente viciada
 - No cabría aplicar esta figura:
 - Si el contrato inicial no se celebró mediante el correspondiente procedimiento
 - Si la relación originaria estaba cubierta por contrato administrativo o mercantil

- El TS continúa aplicando la figura del trabajador indefinido no fijo:
 - STS de 21 de julio de 2011
 - Lo esencial es la dependencia y la ajenidad

III. La contratación administrativa para funciones reservadas al personal funcionario

- 1. Irregularidades derivadas de la contratación administrativa para funciones reservadas al personal funcionario
- 2. Consecuencias jurídicas de la contratación administrativa para funciones reservadas al personal funcionario

- 1. Irregularidades derivadas de la contratación administrativa para funciones reservadas al personal funcionario
 - CA para realizar funciones reservadas a funcionarios: infracción a esa reserva (art. 23.2 CE)
 - Además, límite del CA: ejercicio de autoridad (art. 275.1 y 301.1 TRLCSP y 9.2 EBEP)
 - Art. 9.2 EBEP *“en todo caso, el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas corresponden exclusivamente a los funcionarios públicos, en los términos que en la Ley de desarrollo de cada Administración Pública se establezca”*

- Art. 9.2 EBEP “*participación directa o indirecta*”. Concepto muy amplio. Potestades de expropiación, inspección, sanción, subvenciones, etc.
- Núcleo esencial e indeclinable de la actividad administrativa (actos administrativos, inspección, sanción, exacción de tributos, órdenes de policía)
- Hay verdaderas funciones públicas aparejadas a la potestad de dictar un acto
- La doctrina establece una escala de intensidad para delimitar las funciones de laborales y funcionarios
 - Justicia, orden público, gestión tributaria, subvenciones, tramitación de procedimientos
 - Servicios sociales, prestacionales, actividad económica

- 2. Consecuencias jurídicas de la contratación administrativa para funciones reservadas al personal funcionario
 - CA que encubre relación laboral: declaración de laboralidad
 - No puede tener por objeto funciones reservadas
 - Nulidad de la contratación de personal laboral para funciones reservadas en la RPT
 - Mientras se tramitan los procesos de selección:
 - Contratos laborales de interinidad
 - Nombramiento de funcionario interino (pero hay que superar procedts que no ha superado el contratado irregularmente)
 - Reconocimiento de interinidad hasta que la plaza sea proveida por el proced.

IV. Supuestos en los que relaciones de ajeneidad y dependencia son expresamente declaradas como contratación administrativa por ley

- La jur admite que la presunción de laboralidad (art. 8.1 ET) entra en juego CA encubre relación laboral
- Hay normas que establece que una determinada relación es administrativa (cuando sería laboral si no fuera por esa norma)
- STS de 13 julio 2010: contratación de profesores especialistas (LO 1/1990)
- Es una excepción a la regla general
- Resulta más complicado aceptar excepciones por leyes autonómicas:
 - Si pueden celebrarse contratos administrativos en los casos en que el servicio se presta en condiciones de dependencia y ajenidad es una cuestión de DL que afecta a la competencia exclusiva del Estado (art. 149.1.7^a)

▪ Conclusiones:

- Criterios de distinción entre CA y CL (contenido real, dependencia y ajeneidad)
- CA encubre CL infracciones del ordenamiento:
 - El trabajador queda despojado de sus derechos laborales
 - Fraude al derecho de acceso a cargos y funciones públicas conforme a los pps. de igualdad, mérito y capacidad
 - Si además se asumen tareas reservadas...
- No hay una norma que regule con claridad los efectos de este fraude
- Jur: declaración de laboralidad, y figura del trabajador indefinido no fijo
- Se discute la aplicación de esta figura cuando la relación inicial está viciada
- Si además recae sobre funciones reservadas se complica

Muchas gracias



Seminari
d'actualització de Funció Pública Local



La pensión de jubilación a partir del de enero de 2013

Rafael Laraña

Subdirector de jubilación

Dirección Provincial de Barcelona

Instituto Nacional de Seguridad Social

JUBILACIÓN ORDINARIA

1. EDAD DE JUBILACIÓN

Artículo 161.1,a) LGSS:

- **65 años** si se acreditan **38 años y 6 meses** de cotización.
- **67 años** en el resto de los casos.

Disposición transitoria 20ª LGSS: establece un periodo transitorio: entre 2013 y 2027.

- **Edad:** se incrementará un mes por año desde 2013 hasta 2018 y 2 meses por año desde 2019 hasta 2027.
- **Periodo de cotización:** se incrementará 3 meses por año entre 2013 y 2027.

Disposición transitoria 3ª LGSS: la Ley 27/2011 modifica su redacción y establece que las personas con condición de mutualista podrán jubilarse a partir de los 60 años con un reducción de la cuantía de su pensión del 8% por cada año o fracción de año que les falte por cumplir los **65 años de edad**.

La redacción anterior señalaba que la reducción se realizaría por cada año o fracción que faltara por cumplir la edad señalada en el artículo 161.1, a).

En consecuencia, a partir del 1/1/2013, las personas que se jubilan anticipadamente por tener la condición de mutualista tendrán una reducción de su pensión por cada año o fracción de año que les falte por cumplir los 65 años de edad.

Edad de jubilación. Periodo transitorio de aplicación (DTª 20ª LGSS)

AÑO	COTIZACIÓN	EDAD LEGAL
2013	= >35 años y 3 m.	65 años
	< 35 años y 3 m.	65 años y 1 m.
2014	= >35 años y 6 m.	65 años
	< 35 años y 6 m.	65 años y 2 m.
2015	= >35 años y 9 m.	65 años
	<35 años y 9 m.	65 años y 3 m.
2016	= >36 años	65 años
	=<36 años	65 años y 4 m.
2017	= >36 años y 3 m.	65 años
	<36 años y 3 m.	65 años y 5 m.
2018	= >36 años y 6 m.	65 años
	<36 años y 6 m.	65 años y 6 m.
2019	= >36 años y 9 m.	65 años
	<36 años y 9 m.	65 años y 8 m.

AÑO	COTIZACIÓN	EDAD LEGAL
2020	= >37 años	65 años
	< 37 años	65 años y 10 m.
2021	= >37 años y 3 m.	65 años
	< 37 años y 3 m.	66 años
2022	= >37 años y 6 m.	65 años
	<37 años y 6 m.	66 años y 2 m.
2023	= >37 años y 9 m.	65 años
	= <37 años y 9 m.	66 años y 4 m.
2024	= >38 años	65 años
	<38 años	66 años y 6 m.
2025	= >38 años y 3 m.	65 años
	<38 años y 3 m.	66 años y 8 m.
2026	= >38 años y 6 m.	65 años
	<38 años y 6 m.	66 años y 10 m.

Cómputo de periodos para determinar la edad de jubilación

(Artículo 1 del Real decreto 1716/2012)

Edad de acceso

Los meses se cuentan de fecha a fecha, a partir del día de cumplimiento de la edad. Si en el mes de vencimiento no existe día equivalente, se entenderá que se cumple la edad el último día del mes.

1. Persona nacida el 16/7/1948: cumple 65 años y 1 mes el 16/8/2013.
2. Persona nacida el 31/3/1948: cumple 65 años y 1 mes el 30/4/2013.

Periodos cotizados

-**Años**: tienen el valor de 365 días.
-**Meses**: tienen el valor de 30,41666 días.
Siempre se tendrán en cuenta años y meses completos.

Ejemplo: 11.650 días.
Años: $11.650/365 = 31$ años.
Meses: $11.650 - 11 \times 365 = 335/30,41666 = 11$.
11.650 días equivalen a **31 años y 11 meses**.

Para determinar la edad legal de jubilación se tendrán en cuenta: los días de cotización efectiva, los días asimilados por excedencia por cuidado de menor, los días asimilados por cuidado de hijos o menores acogidos y los días asimilados por parto.

2. BASE REGULADORA

Artículo 162 LGSS:

- **Periodo de cálculo:** pasa de 15 a 25 años.
- **DTª 5ª:** se establece un periodo transitorio entre 2013 y 2022 (aumenta 12 meses por cada año de aplicación).

Año	Fórmula	Año	Fórmula
2013	192/224	2018	252/294
2014	204/238	2019	264/308
2015	216/252	2020	276/322
2016	228/266	2021	288/336
2017	240/280	2022	300/350

EXCEPCIONES: BASE REGULADORA POR REGLA ESPECIAL

- Desde 1/1/2013 hasta 31/12/2016: 240/280.
- Desde 1/1/2017 hasta 31/12/2021: 300/350.

- Excepciones:**a) Trabajadores por cuenta ajena:**

- Que hayan cesado por una de las causas del art. 208.1.1 LGSS.
- Que, a partir de los 55 años y, al menos durante 24 meses, experimenten una reducción en las bbcc respecto de la que tenían antes del cese.

Art. 2 del RD 1716/2012:

- Este cese se refiere a la relación laboral más extensa de su carrera de cotización extinguida a partir de los 50 años.
- Las 24 bases de cotización inferiores no han de ser necesariamente consecutivas y deben estar comprendidas entre el cumplimiento de los 55 años (o el cese si es posterior) y el mes previo al mes anterior al del hecho causante.

b) Trabajadores autónomos:

- Que hayan cesado en la actividad a partir de los 55 años.
- Que haya transcurrido un año desde la extinción de la prestación por cese de actividad.

Art. 2 del RD 1716/2012: el cese debe referirse a la última actividad realizada antes del HC.

En estos casos, el periodo de cálculo de la BR será:

- Desde 1/1/2013 hasta 31/12/2016: 240/280.
- Desde 1/1/2017 hasta 31/12/2021: 300/350.

- **Cobertura de lagunas:** se establecen las siguientes reglas:
 - **Primera:** las primeras 48 lagunas se cubrirán con la base mínima de entre las existentes en cada momento.
 - **Segunda:** el resto de las lagunas de cotización se cubrirán con el 50% de la base mínima vigente en cada momento.

Legislación aplicable para el cálculo de la base reguladora para hechos causantes entre 1/1/2013 y 16/3/2013 (RDL 29/2012, de 28 de diciembre):

Modalidad	Base reguladora
Jubilación ordinaria (no DF12ª)	Ley 27/2011: - 192/224 - Si hay cobertura de lagunas: 48 al 100% BM y resto al 50% BM.
Jubilación ordinaria (DF12ª)	Ley anterior: -180/210 - Todas las lagunas 100%.
Jubilación anticipada sin condición de mutualista.	
Jubilación especial 64 años.	
Jubilación parcial.	
Jubilación anticipada con condición de mutualista (DF12ª)	Ley 27/2011: - 192/224 - Si hay cobertura de lagunas: 48 al 100% BM y resto al 50% BM.
Jubilación anticipada con condición de mutualista (no DF12ª)	

Legislación aplicable para el cálculo de la base reguladora para hechos causantes a partir de 17/3/2013 (RDL 5/2013, de 15 de marzo):

Modalidad	Base reguladora
<p>NO es de aplicación la DF12^a Jubilación ordinaria Jubilación anticipada con CM Jubilación anticipada sin CM Jubilación parcial</p>	<ul style="list-style-type: none"> - 192/224 - Si hay cobertura de lagunas: 48 al 100% BM y resto al 50% BM.
<p>Es de aplicación de DF 12^a Jubilación ordinaria Jubilación anticipada con CM Jubilación anticipada sin CM Jubilación parcial Jubilación especial 64 años</p>	<p>Ley anterior:</p> <ul style="list-style-type: none"> -180/210 - Todas las lagunas 100%.

3. PORCENTAJE

Artículo 163.1 LGSS:

- El porcentaje se establece en el 50% a los 15 años y aumenta por meses de cotización hasta llegar al 100% a los 37 años.
- **DTª 21ª**: se establecen 4 periodos transitorios hasta 2027.

Año	Escala + 15 años
2013-2019	-+0,21 del 1 al 163 - +0,19 el resto.
2020-2022	-+0,21 del 1 al 106 - +0,19 el resto.
2023-2026	-+0,21 del 1 al 49 -+0,19 el resto.
2027	-+0,19 del 1 al 248 - +0,18 el resto.

Cálculo de los periodos

5.475 días: son los primeros 15 años (50%).
Resto: el número de días cotizados se calcula en meses (periodo cotizado – 5.475/30,41666). No se aplica ningún redondeo.

Jubilación demorada

Se modifica el porcentaje adicional por retrasar la edad de jubilación:

- Hasta 25 años de cotización: 2%.
- Entre 25 y 37 años: 2,75%
- A partir de 37 años: 4%.

ESCALA DE PORCENTAJE POR COTIZACIÓN AÑO 2013-2019

AÑOS COTIZADOS	MESES COTIZADOS											
	0	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11
15	50,00	50,21	50,42	50,63	50,84	51,05	51,26	51,47	51,68	51,89	52,10	52,31
16	52,52	52,73	52,94	53,15	53,36	53,57	53,78	53,99	54,20	54,41	54,62	54,83
17	55,04	55,25	55,46	55,67	55,88	56,09	56,30	56,51	56,72	56,93	57,14	57,35
18	57,56	57,77	57,98	58,19	58,40	58,61	58,82	59,03	59,24	59,45	59,66	59,87
19	60,08	60,29	60,50	60,71	60,92	61,13	61,34	61,55	61,76	61,97	62,18	62,39
20	62,60	62,81	63,02	63,23	63,44	63,65	63,86	64,07	64,28	64,49	64,70	64,91
21	65,12	65,33	65,54	65,75	65,96	66,17	66,38	66,59	66,80	67,01	67,22	67,43
22	67,64	67,85	68,06	68,27	68,48	68,69	68,90	69,11	69,32	69,53	69,74	69,95
23	70,16	70,37	70,58	70,79	71,00	71,21	71,42	71,63	71,84	72,05	72,26	72,47
24	72,68	72,89	73,10	73,31	73,52	73,73	73,94	74,15	74,36	74,57	74,78	74,99
25	75,20	75,41	75,62	75,83	76,04	76,25	76,46	76,67	76,88	77,09	77,30	77,51
26	77,72	77,93	78,14	78,35	78,56	78,77	78,98	79,19	79,40	79,61	79,82	80,03
27	80,24	80,45	80,66	80,87	81,08	81,29	81,50	81,71	81,92	82,13	82,34	82,55
28	82,76	82,97	83,18	83,39	83,60	83,81	84,02	84,23	84,42	84,61	84,80	84,99
29	85,18	85,37	85,56	85,75	85,94	86,13	86,32	86,51	86,70	86,89	87,08	87,27
30	87,46	87,65	87,84	88,03	88,22	88,41	88,60	88,79	88,98	89,17	89,36	89,55
31	89,74	89,93	90,12	90,31	90,50	90,69	90,88	91,07	91,26	91,45	91,64	91,83
32	92,02	92,21	92,40	92,59	92,78	92,97	93,16	93,35	93,54	93,73	93,92	94,11
33	94,30	94,49	94,68	94,87	95,06	95,25	95,44	95,63	95,82	96,01	96,20	96,39
34	96,58	96,77	96,96	97,15	97,34	97,53	97,72	97,91	98,10	98,29	98,48	98,67
35	98,86	99,05	99,24	99,43	99,62	99,81	100,00					

ESCALA DE PORCENTAJE POR COTIZACIÓN AÑO 2023-2026

AÑOS COTIZADOS	Meses Cotizados											
	0	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11
15	50,00	50,21	50,42	50,63	50,84	51,05	51,26	51,47	51,68	51,89	52,10	52,31
16	52,52	52,73	52,94	53,15	53,36	53,57	53,78	53,99	54,20	54,41	54,62	54,83
17	55,04	55,25	55,46	55,67	55,88	56,09	56,30	56,51	56,72	56,93	57,14	57,35
18	57,56	57,77	57,98	58,19	58,40	58,61	58,82	59,03	59,24	59,45	59,66	59,87
19	60,08	60,29	60,48	60,67	60,86	61,05	61,24	61,43	61,62	61,81	62,00	62,19
20	62,38	62,57	62,76	62,95	63,14	63,33	63,52	63,71	63,90	64,09	64,28	64,47
21	64,66	64,85	65,04	65,23	65,42	65,61	65,80	65,99	66,18	66,37	66,56	66,75
22	66,94	67,13	67,32	67,51	67,70	67,89	68,08	68,27	68,46	68,65	68,84	69,03
23	69,22	69,41	69,60	69,79	69,98	70,17	70,36	70,55	70,74	70,93	71,12	71,31
24	71,50	71,69	71,88	72,07	72,26	72,45	72,64	72,83	73,02	73,21	73,40	73,59
25	73,78	73,97	74,16	74,35	74,54	74,73	74,92	75,11	75,30	75,49	75,68	75,87
26	76,06	76,25	76,44	76,63	76,82	77,01	77,20	77,39	77,58	77,77	77,96	78,15
27	78,34	78,53	78,72	78,91	79,10	79,29	79,48	79,67	79,86	80,05	80,24	80,43
28	80,62	80,81	81,00	81,19	81,38	81,57	81,76	81,95	82,14	82,33	82,52	82,71
29	82,90	83,09	83,28	83,47	83,66	83,85	84,04	84,23	84,42	84,61	84,80	84,99
30	85,18	85,37	85,56	85,75	85,94	86,13	86,32	86,51	86,70	86,89	87,08	87,27
31	87,46	87,65	87,84	88,03	88,22	88,41	88,60	88,79	88,98	89,17	89,36	89,55
32	89,74	89,93	90,12	90,31	90,50	90,69	90,88	91,07	91,26	91,45	91,64	91,83
33	92,02	92,21	92,40	92,59	92,78	92,97	93,16	93,35	93,54	93,73	93,92	94,11
34	94,30	94,49	94,68	94,87	95,06	95,25	95,44	95,63	95,82	96,01	96,20	96,39
35	96,58	96,77	96,96	97,15	97,34	97,53	97,72	97,91	98,10	98,29	98,48	98,67
36	98,86	99,05	99,24	99,43	99,62	99,81	100,00					

Legislación aplicable para el cálculo del porcentaje para hechos causantes entre 1/1/2013 y 16/3/2013 (RDL 29/2012, de 28 de diciembre):

Modalidad	Porcentaje
Jubilación ordinaria (no DF12^a)	Ley 27/2011: <ul style="list-style-type: none"> - 100% a los 35 años y 6 meses - A partir de 5.475 días se calcula el porcentaje por meses y se desprecia la fracción.
Jubilación ordinaria (DF12^a)	Ley anterior: <ul style="list-style-type: none"> -100% a los 35 años. - Se calcula por años y se redondea la fracción a año completo.
Jubilación anticipada sin condición de mutualista.	
Jubilación especial 64 años.	
Jubilación parcial.	
Jubilación anticipada con condición de mutualista (DF12^a)	
Jubilación anticipada con condición de mutualista (no DF12^a)	Ley 27/2011: <ul style="list-style-type: none"> - 100% a los 35 años y 6 meses - A partir de 5.475 días se calcula el porcentaje por meses y se desprecia la fracción.

Legislación aplicable para el cálculo del porcentaje para hechos causantes a partir de 17/3/2013 (RDL 5/2013, de 15 de marzo):

Modalidad	Porcentaje
<p>NO es de aplicación la DF12^a Jubilación ordinaria Jubilación anticipada con CM Jubilación anticipada sin CM Jubilación parcial</p>	<ul style="list-style-type: none"> - 100% a los 35 años y 6 meses - A partir de 5.475 días se calcula el porcentaje por meses y se desprecia la fracción.
<p>Es de aplicación de DF 12^a Jubilación ordinaria Jubilación anticipada con CM Jubilación anticipada sin CM Jubilación parcial Jubilación especial 64 años</p>	<ul style="list-style-type: none"> -100% a los 35 años. - Se calcula por años y se redondea la fracción a año completo.

4. PERIODOS ASIMILADOS A COTIZADOS

Disposición adicional 60ª LGSS: sin perjuicio de lo que dispone la DA 44ª

- **A todos los efectos, salvo para cubrir el periodo mínimo de cotización:** se tendrá como cotizado el periodo de interrupción de cotización derivado de la extinción de la relación laboral o de la finalización del cobro de PD producidas entre:
 - Los 9 meses anteriores al nacimiento o los 3 meses anteriores a la adopción.
 - La finalización del 6º año posterior a dicha situación.

La **duración** del periodo asimilado a cotizado será de 112 días por hijo, adoptado o acogido, que se incrementarán, a partir de 2013 y hasta 2018, hasta alcanzar los 270 en 2019.

- **A los exclusivos efectos de determinar la edad de jubilación** y a partir de la entrada en vigor de esta Ley, se tendrán en cuenta como cotizados 270 días por hijo o menor en los términos anteriormente establecidos.
- **Límite:** la aplicación de los beneficios establecidos en esta disposición no podrá dar lugar a un periodo superior a 5 años por beneficiario. Este límite se aplicará también cuando estos beneficios concurren con los que establece el artículo 180 LGSS.

Artículo 180 LGSS: los 3 años del periodo de excedencia por cuidado de hijo o menor acogido tendrán la consideración de periodo de cotización efectiva a efectos de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad.

EFFECTOS	Días parto (DA 44ª) Mujeres	Interrupción (DA 60ª) Hombres o mujeres		Excedencia por cuidado de hijo o menor (Art. 180.1 LGSS) Hombres o mujeres
	Todos	Todos, salvo carencia	Edad	Todos
2013	112	112	158	Periodo de excedencia
2014	112	138	132	Periodo de excedencia
2015	112	164	106	Periodo de excedencia
2016	112	191	79	Periodo de excedencia
2017	112	217	53	Periodo de excedencia
2018	112	243	27	Periodo de excedencia
2019	112	270		Periodo de excedencia

Reglas específicas:

(Artículo 6 RD 1716/2012)

- a) El periodo computable no puede ser superior a la interrupción efectiva de cotización.
- b) Los periodos computables por el cuidado de hijos previstos en la DA 60ª no pueden superar 5 años.
- c) En caso de parto, adopción o acogimiento múltiple se reconocerá el periodo asimilado de forma independiente por cada hijo o menor acogido.
- d) Cada hijo o menor acogido dará lugar al cómputo de un nuevo periodo.

Beneficiarios:

(Artículo 7 RD 1716/2012)

- a) Cualquiera de los progenitores, adoptantes o acogedores.
- b) Si los requisitos concurren en ambos, se reconocerá el periodo a uno de ellos por común acuerdo. Si no existe acuerdo, se reconocerán a la madre.
- c) Si al beneficiario no se le asignan todos los días, porque la interrupción es inferior al periodo asimilado, los días no aplicados no se pueden asignar al otro posible beneficiario.

Compatibilidad:

(Artículo 8 RD 1716/2012)

- a) Con los días por parto previstos en la DA 44ª LGSS.
- b) Con los periodos de excedencia por cuidado de menor previstos en el artículo 180.1 LGSS. En este caso, la suma de ambos no podrá superar 5 años a efectos de determinar la cuantía de la pensión o la edad legal de jubilación.

6. ENTRADA EN VIGOR (hechos causantes entre 1/1/2013 y 16/3/2013)

Disposición final 12ª.2 Ley 27/2011: se seguirá aplicando la regulación anterior a la entrada en vigor de esta ley en materia de jubilación (modalidades, requisitos, reglas de determinación de la cuantía) a:

- a) Personas cuya relación laboral se haya extinguido antes de la publicación de esta ley.

- b) Personas con relación laboral suspendida o extinguida como consecuencia de las decisiones adoptadas antes del 2/8/2011 en:
 - ERE's.
 - Convenios colectivos de cualquier ámbito.
 - Acuerdos colectivos de empresa.
 - Decisiones judiciales en procedimientos concursales.

En los supuestos contemplados en esta letra, la aplicación de la legislación anterior **se mantiene con independencia de que la extinción de la relación laboral se produzca con anterioridad o posterioridad a 1/1/2013.**

- c) Quienes hayan accedido a la pensión de jubilación parcial antes del 2/8/2011 así como las personas incorporadas antes de esta fecha a planes de jubilación parcial recogidos en convenios colectivos de cualquier ámbito o acuerdos colectivos de empresas, **con independencia de que el acceso a la jubilación parcial se haya producido antes o después de 1/1/2013.**

ENTRADA EN VIGOR (hechos causantes desde 17/3/2013)

El RDL 5/2013 modifica el número 2 de la Disposición Final 12ª de la Ley 27/2011: se seguirá aplicando la regulación de la pensión de jubilación, en sus diferentes modalidades, requisitos de acceso, condiciones y reglas de determinación de prestaciones vigentes antes de la entrada en vigor de esta Ley a las pensiones de jubilación que se causen **antes de 1/1/2019** en los siguientes supuestos:

- a) Personas cuya relación laboral se haya extinguido **antes de 1/4/2013**, siempre que con posterioridad a esta fecha no vuelvan a quedar incluidas en alguno de los regímenes del sistema de la Seguridad Social.
- b) Personas con relación laboral suspendida o extinguida como consecuencia de decisiones adoptadas en expedientes de regulación de empleo o por medio de convenios colectivos de cualquier ámbito, acuerdos colectivos de empresa o decisiones adoptadas en procedimientos concursales, aprobados, suscritos o declarados **antes de 1/4/2013**.
- c) Quienes hayan accedido a la pensión de jubilación parcial con anterioridad a **1/4/2013**, así como las personas incorporadas antes de dicha fecha a planes de jubilación parcial recogidos en convenios colectivos de cualquier ámbito o acuerdos colectivos de empresa, con independencia de que el acceso a la jubilación parcial se haya producido con anterioridad o posterioridad a 1/4/2013.

En los supuestos **b)** y **c)** será condición indispensable que los **acuerdos colectivos de empresa** se encuentren debidamente registrados en el INSS o el ISM en el plazo que reglamentariamente se determine.

El plazo para la presentación de documentación se amplía hasta **15/4/2013**. En caso de planes de jubilación parcial, se deberá presentar un **certificación de la empresa acreditativa de la identidad de los trabajadores incorporados antes de 1/4/2013**.

Entrada en vigor

(Artículo 4 del Real decreto 1716/2012, modificado por el RDL 5/2013)

A efectos de aplicar lo previsto en el apartado 2, b) de la DF 12ª se establece un procedimiento para la presentación de ERE's, convenios colectivos, acuerdos colectivos y resoluciones judiciales en procedimientos concursales en los que se contemple la extinción o suspensión de la relación laboral:

- **Plazo:** hasta el 15/4/2013.
- **Quién puede presentar la documentación:** los afectados, sus representantes unitarios o sindicales o las empresas.
- **Qué se debe presentar:**
 - ERE, acuerdo colectivo, convenio colectivo o decisión judicial.
 - En caso de convenio o acuerdo colectivo: números de cuenta de cotización a los que afectan y, si en el convenio o acuerdo no consta, ámbito territorial y temporal.
- **Dónde se debe presentar:** en las DDPP del INSS. En caso de que existan centros de trabajo en diferentes provincias, la documentación deberá presentarse en la DP que corresponda al domicilio de la sede principal de la empresa.

A efectos de aplicar lo previsto en el apartado 2, c) de la DF 12ª se establece el mismo procedimiento para la presentación los planes de jubilación parcial previstos en convenios o pactos colectivos. En este caso también es necesario presentar certificación empresarial que identifique a los trabajadores incorporados al plan antes de 1/4/2013.

En el plazo de un mes desde que acabe el plazo de comunicación, las DDPP remitirán un listado a la DG, que dictará una resolución.

Si la aplicación de la DF 12ª se basa en un **acuerdo colectivo** será indispensable que se haya presentado en el plazo señalado. En el resto de los casos puede demostrarse la existencia de ERE, convenio colectivo o decisión judicial en un momento posterior.

1. MODALIDADES

Artículo 161 bis, 2: se crean 2 modalidades de jubilación anticipada:

a) Jubilación anticipada por causa no imputable al trabajador. Requisitos:

- 61 años reales.
- Demanda de empleo durante los 6 meses anteriores a la solicitud.
- Periodo mínimo de 33 años de cotización (SMO, PSS).
- Cese en el trabajo como consecuencia de una situación de crisis o cierre de empresa que impida objetivamente la continuidad de la relación laboral:
 - Despido colectivo por causas económicas (art. 51 ET).
 - Despido objetivo por causas económicas (art. 52 ET).
 - Extinción del contrato por resolución judicial en un procedimiento concursal.
 - Muerte, incapacidad o insolvencia del empresario o extinción de la personalidad jurídica del consociante.
 - Fuerza mayor.
 - Extinción del contrato de la mujer trabajadora por violencia de género.

b) Jubilación por voluntad del interesado:

- 60 años reales.
- Periodo mínimo de 33 años de cotización (SMO, PSS).
- El importe de la pensión resultante debe ser igual o superior a la mínima que le correspondería por su situación familiar a los 65 años de edad.

Disposición adicional octava LGSS: lo dispuesto en la letra B) del artículo 161 bis, 2 será de aplicación a todos los regímenes.

**HECHOS CAUSANTES ENTRE 1/1/2013 Y 16/3/2013:
entrada en vigor suspendida (DA 1ª del RDL
29/2012, de 28 de diciembre).**

REDUCCIÓN DE LA PENSIÓN: en ambos casos es la misma.

- Personas con 38 años y 6 meses cotizados: 1,625% por cada trimestre o fracción que falte hasta la edad de jubilación exigible en cada momento.

- Personas con menos de 38 años y 6 meses cotizados: 1,875% por cada trimestre o fracción que falte hasta la edad de jubilación exigible en cada momento.

En ambos casos, a efectos de determinar la edad legal de jubilación, se tendrá como cotizado el tiempo (años completos) que le reste al trabajador por cumplir la edad legal de jubilación.

**HECHOS CAUSANTES ENTRE 1/1/2013 Y 16/3/2013:
entrada en vigor suspendida (DA 1ª del RDL
29/2012, de 28 de diciembre).**

2. CUANTÍA MÁXIMA DE LA JUBILACIÓN ANTICIPADA CON CRE

Artículo 163.3 LGSS: en caso de jubilación anticipada con coeficiente reductor, la cuantía máxima de la pensión resultante no podrá ser superior al resultado de restar la límite máximo un 1,25% por cada trimestre o fracción de trimestre de anticipación de la edad de jubilación.

HECHOS CAUSANTES ENTRE 1/1/2013 Y 16/3/2013:
entrada en vigor suspendida (DA 1ª del RDL
29/2012, de 28 de diciembre).

Hechos causantes a partir de 17/3/2013

1. “POR CAUSA NO IMPUTABLE A LA LIBRE VOLUNTAD DEL INTERESADO” (Art. 161 bis, 2 A)

- Edad inferior en 4 años, como máximo, a la que establecen el art. 161.1, a) y la DTª 20ª.
- Demanda de empleo durante los 6 meses anteriores a la solicitud.
- Periodo mínimo de 33 años de cotización (SMO, PSS).
- Cese en el trabajo como consecuencia de:
 - Despido colectivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. (art. 51 ET).
 - Despido objetivo por causas económicas técnicas, organizativas o de producción. (art. 52, c) ET).
 - Extinción del contrato por resolución judicial en un procedimiento concursal.
 - Muerte, jubilación o incapacidad del empresario o extinción de la personalidad jurídica del contratante.
 - Fuerza mayor.
 - Extinción del contrato de la mujer trabajadora por violencia de género.

En los casos de despido colectivo y despido objetivo es necesario acreditar que se ha percibido la indemnización o haber interpuesto una demanda reclamándola o impugnando el despido.

Edad de jubilación anticipada involuntaria. Periodo transitorio de aplicación (DTª 20ª LGSS)

AÑO	COTIZACIÓN	EDAD LEGAL
2013	= >35 años y 3 m.	61 años
	< 35 años y 3 m.	61 años y 1 m.
2014	= >35 años y 6 m.	61 años
	< 35 años y 6 m.	61 años y 2 m.
2015	= >35 años y 9 m.	61 años
	<35 años y 9 m.	61 años y 3 m.
2016	= >36 años	61 años
	= >36 años	61 años y 4 m.
2017	= >36 años y 3 m.	61 años
	<36 años y 3 m.	61 años y 5 m.
2018	= >36 años y 6 m.	61 años
	<36 años y 6 m.	61 años y 6 m.
2019	= >36 años y 9 m.	61 años
	<36 años y 9 m.	61 años y 8 m.
2020	= >37 años	61 años
	< 37 años	61 años y 10 m.

AÑO	COTIZACIÓN	EDAD LEGAL
2021	= >37 años y 3 m.	61 años
	< 37 años y 3 m.	62 años
2022	= >37 años y 6 m.	61 años
	< 37 años y 6 m.	62 años y 2 m.
2023	= >37 años y 9 m.	61 años
	<37 años y 9 m.	62 años y 4 m.
2024	= >38 años	61 años
	< 38 años	62 años y 6 m.
2025	= >38 años y 3 m.	61 años
	<38 años y 3 m.	62 años y 8 m.
2026	= >38 años y 6 m.	61 años
	<38 años y 6 m.	62 años y 10 m.
2027	= >38 años y 6 m.	61 años
	<38 años y 6 m.	63 años

Hechos causantes a partir de 17/3/2013

2. “POR VOLUNTAD DEL INTERESADO” (Art. 161 bis, 2 B)

- Edad inferior en 2 años, como máximo, a la que establecen el art. 161.1, a) y la DTª 20ª.
- Periodo mínimo de 35 años de cotización (SMO, PSS).
- El importe a percibir ha de resultar superior a la pensión mínima que correspondería percibir por la situación familiar con 65 años.

Disposición adicional octava LGSS: lo dispuesto en la letra B) del artículo 161 bis, 2 (jubilación anticipada voluntaria) será de aplicación a todos los regímenes.

Edad de jubilación anticipada voluntaria. Periodo transitorio de aplicación (DTª 20ª LGSS)

AÑO	COTIZACIÓN	EDAD LEGAL
2013	= >35 años y 3 m.	63 años
	< 35 años y 3 m.	63 años y 1 m.
2014	= >35 años y 6 m.	63 años
	< 35 años y 6 m.	63 años y 2 m.
2015	= >35 años y 9 m.	63 años
	<35 años y 9 m.	63 años y 3 m.
2016	= >36 años	63 años
	= >36 años	63 años y 4 m.
2017	= >36 años y 3 m.	63 años
	<36 años y 3 m.	63 años y 5 m.
2018	= >36 años y 6 m.	63 años
	<36 años y 6 m.	63 años y 6 m.
2019	= >36 años y 9 m.	63 años
	<36 años y 9 m.	63 años y 8 m.
2020	= >37 años	63 años
	< 37 años	63 años y 10 m.

AÑO	COTIZACIÓN	EDAD LEGAL
2021	= >37 años y 3 m.	63 años
	< 37 años y 3 m.	64 años
2022	= >37 años y 6 m.	63 años
	< 37 años y 6 m.	64 años y 2 m.
2023	= >37 años y 9 m.	63 años
	<37 años y 9 m.	64 años y 4 m.
2024	= >38 años	63 años
	< 38 años	64 años y 6 m.
2025	= >38 años y 3 m.	63 años
	<38 años y 3 m.	64 años y 8 m.
2026	= >38 años y 6 m.	63 años
	<38 años y 6 m.	64 años y 10 m.
2027	= >38 años y 6 m.	63 años
	<38 años y 6 m.	65 años

REDUCCIÓN DE LA CUANTÍA DE LA PENSIÓN

La pensión se reduce por cada trimestre o fracción de trimestre que falte por cumplir la edad legal de jubilación aplicable en cada caso. Hay que tener en cuenta las siguientes reglas:

- El cómputo de los trimestres se realizará de fecha a fecha, contados hacia atrás desde la fecha en que se cumpliría la edad legal de jubilación.
- **A** los efectos de determinar la edad legal de jubilación se considerará cotizado el periodo desde la fecha del hecho causante hasta el cumplimiento de la edad que corresponda. Cuando en la fecha del vencimiento no hubiera día equivalente al inicial del cómputo, se considerará que el cumplimiento de la edad tiene lugar el último día del mes.

Cotización	Modalidad	Reducción
< 38 años y 6 m.	Voluntaria	2% (8% anual)
	Involuntaria	1,875% (7,5% anual)
38 a. y 6 m. < 41 a. y 6m.	Voluntaria	1,875% (7,5% anual)
	Involuntaria	1,750% (7% anual)
41 a. y 6 m. < 44 a. y 6m.	Voluntaria	1,750% (7% anual)
	Involuntaria	1,625% (6,5% anual)
=> 44 años y 6 m.	Voluntaria	1,625% (6,5% anual)
	Involuntaria	1,500% (6% anual)

TOPE MÁXIMO: en estos casos, el importe de la pensión no podrá superar la cuantía de la pensión máxima reducida en un 0,50% por cada trimestre o fracción de trimestre de anticipación.

1. EDAD EN LA QUE NO ES NECESARIO EL CONTRATO DE RELEVO

Artículo 166.1 LGSS: se establece que no será necesario el contrato de relevo cuando se tenga la edad establecida en el artículo 161.1, a). (65años a 67años)

DTª 22ª LGSS: la edad que establece el artículo 161.1 se aplicará paulatinamente, como dispone la DT 20ª.

Artículo 12.6 y 12.7 ET: se adecúa el ET a lo que establece la LGSS en materia de jubilación parcial.

2. REQUISITOS

Artículo 166.2 LGSS:

-Letra e) se exige que hay una correspondencia mínima entre las bases de cotización del jubilado y el relevista de un 5% del promedio de las bases de cotización de los 6 últimos meses del período de base retribuida.

- Letra f) El contrato de relevo deberá tener una duración igual al tiempo que le falte al jubilado para cumplir la edad establecida en el artículo 161.1, a).

- Letra g) La empresa y el trabajador cotizarán por la base que hubiera correspondido al jubilado parcial de seguir éste trabajando a jornada completa

DTª 22ª LGSS: la cotización se aplicará de forma gradual: 30% en 2013, incrementado un 5% por cada año de aplicación hasta llegar al 100%. En ningún caso este porcentaje podrá ser inferior al de la jornada efectivamente realizada.

**HECHOS CAUSANTES ENTRE 1/1/2013 Y 16/3/2013:
entrada en vigor suspendida (DA 1ª del RDL
29/2012, de 28 de diciembre).**

REQUISITOS (Hechos causantes a partir de 17/3/2013)

1. **Personas que no han cumplido la edad establecida en el artículo 161.1.a) o en la DTª 20ª**
 - a) **Edad:** con condición de mutualista: 60 años. Sin condición de mutualista: edad que se determina en el cuadro siguiente.
 - b) **Antigüedad en la empresa:** 6 años inmediatamente anteriores a la fecha de la jubilación parcial.
 - c) **Reducción de jornada:** debe producirse una reducción de su jornada como mínimo del 25% y como **máximo del 50%**. En caso de que se contrate a un relevista a jornada completa y por tiempo indefinido, la reducción máxima puede llegar al **75%**.
 - d) **Periodo mínimo de cotización: 33 años.** Para alcanzarlo se puede tener en cuenta el SMO o la PSS, con el máximo de un año. En caso de discapacidad igual o superior al 33% este periodo mínimo será de **25 años**.
 - e) **Bases de cotización:** debe haber una correspondencia mínima del 65% en las bases de cotización de los 6 últimos meses del periodo de la base reguladora.
 - f) **Duración del contrato de relevo:** debe extenderse, como mínimo, hasta que el jubilado parcial cumpla la edad establecida en el artículo 161.1.a) y en la DTª 20ª. Si la duración es indefinida, porque se ha reducido la jornada más del 50%, será necesario que se mantenga, como mínimo, hasta los dos años posteriores a la fecha en que se cumpla la mencionada edad de jubilación. En caso de incumplimiento, la empresa será responsable del reintegro de la pensión.
 - g) **Cotización:** la empresa y el trabajador cotizarán por la base que hubiese correspondido si se hubiera mantenido el trabajo a jornada completa.

Normas transitorias sobre cotización: se inicia con un mínimo del 50% y se incrementa un 5% por cada año a partir de 2014:

2014	55%	2019	80%
2015	60%	2020	85%
2016	65%	2021	90%
2017	70%	2022	95%
2018	75%	2023	100%

2. Personas que han cumplido la edad establecida en el artículo 161.1.a) o en la DTª 20ª

- Deben reunir los requisitos para causar la pensión de jubilación.
- Debe producirse una reducción de su jornada como mínimo del 25% y como **máximo del 50%**.
- No es obligatoria la celebración simultánea de un contrato de relevo.

Importante: la corrección de errores publicada el 4/4/2013 modifica la tabla que publicó el Real Decreto-Ley 5/2013 y suprime las referencias a los 61 años.

Año	Cotización	Edad
2013	=+ 33 a < 33 a. y 3 m	61 y 2 m
	=+ 33 a. y 3 m	61 y 1 m
2014	=+ 33 a < 33 a. y 6 m	61 y 4 m
	=+ 33 a. y 6 m	61 y 2m
2015	=+ 33 a < 33 a. y 9 m	61 y 6 m
	=+ 33 a. y 9 m	61 y 3m
2016	=+ 33 a < 34 a.	61 y 8 m
	=+ 34 a.	61 y 4 m
2017	=+ 33 a < 34 a. y 3 m.	61 y 10 m
	=+ 34 a y 3 m	61 y 5m

Año	Cotización	Edad
2018	=+ 33 a < 34 a. y 6 m	62
	=+ 34 a. y 6 m	61 y 6 m
2019	=+ 33 a < 34 a. y 9 m	62 y 4 m
	=+ 34 a. y 9 m	61 y 8m
2020	=+ 33 a < 35 a.	62 y 8 m
	=+ 35 a.	61 y 10m
2021	=+ 33 a < 35 a. y 3 m	63
	=+ 35 a. y 3 m	62
2022	=+ 33 a < 35 a. y 6 m.	63 Y 4 m
	=+ 35 a. y 6 m	62 y 2m

Año	Cotización	Edad
2023	+ 33 a < 35 a. y 9 m	63 y 8 m
	+ 35 a. y 9 m	62 y 4 m
2024	+ 33 a < 36 a.	64
	+ 36 a.	62 y 6m
2025	+ 33 a < 36 a. y 3 m	64 y 4 m
	+ 36 a. y 3 m	62 y 8m
2026	+ 33 a < 36 a. y 3m	64 y 8 m
	=+ 36 a. y 3 m	62 y 10 m
2027	+ 33 a < 36 a. y 6 m.	65
	=+ 36 a. y 6 m	63

Disposición derogatoria única Ley 27/2011: con efectos desde 1/1/2013 queda derogada la **jubilación especial a los 64 años**, sin perjuicio de lo dispuesto en la “DF 12”.

Por esta razón, a partir de 1/1/2013 podrán reconocerse jubilaciones especiales a los 64 años a las personas que tengan prevista ,en convenio o pacto colectivo anterior a 1/4/2013, la extinción de su contrato de trabajo al cumplir los 64 años para acceder a esta modalidad.

También se les podrá reconocer a las personas a las que, de acuerdo con la letra c) de la DF 12ª, se les aplique la legislación anterior:

- Personas con jubilación parcial reconocida antes de 1/4/2013.
- Personas incorporadas a planes de jubilación parcial antes de 1/4/2013.

Artículo 165 de la LGSS: la pensión de jubilación es incompatible con el trabajo en los términos que legal y reglamentariamente se determinen.

Incompatibilidad con el trabajo que genera alta y cotización

Suspensión durante el ejercicio de la actividad incompatible. Rehabilitación cuando cesa la incompatibilidad con posibilidad de recalcular el porcentaje. En el RETA también se puede recalcular la base reguladora.

Jubilación flexible

Compatibilidad con reducción de la cuantía: una vez causada la pensión de jubilación se puede compatibilizar con un contrato a tiempo parcial. La cuantía de la pensión se reduce en proporción a la jornada realizada. Tras el trabajo se puede recalcular el porcentaje y la base reguladora.

Trabajo por cuenta propia con rendimientos inferiores al SMI

Plena compatibilidad desde 2/8/2011.

Trabajo por cuenta propia en colegios profesionales, sin alta en ningún régimen

Plena compatibilidad

COMPATIBILIDAD CON EL TRABAJO

Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 165, la pensión de jubilación será compatible con la realización de cualquier trabajo por cuenta ajena o propia en los siguientes términos:

- a) El acceso a la pensión debe haberse producido una vez cumplida la edad establecida en el artículo 161.1.a) y en la DTª 20ª, sin que a estos efectos puedan tenerse en cuenta las bonificaciones o anticipaciones de la edad de jubilación.
- b) El porcentaje aplicable a la base reguladora de la pensión causada debe ser el 100%.
- c) El trabajo compatible podrá realizarse a tiempo completo o parcial.

Cuantía de la pensión:

- **50%** del importe de la pensión.
- Si se está cobrando la pensión máxima, será el 50% de la pensión máxima.
- Una vez reducida la pensión, no se aplicarán los complementos hasta el mínimo.

Cotización: durante la realización del trabajo compatible con la pensión en estos términos, los empresarios y los trabajadores cotizarán por:

- IT y contingencias profesionales
 - Cotización especial de solidaridad: 8%, no computable para las prestaciones.
- Cuando se trate de un trabajador por cuenta ajena la cotización será un 6% a cargo del empresario y un 2% a cargo del trabajador.

Mantenimiento del empleo:

- Las empresas no deben haber realizado despidos improcedentes en los 6 meses anteriores al inicio de la compatibilidad.
- Durante la vigencia de la compatibilidad, la empresa deberá mantener el nivel de empleo existente antes de su inicio.

3^a

sessió

04/07/13

Incidència de la normativa i jurisprudència comunitària i de la protecció de dades en les relacions laborals de les administracions públiques

La protecció de dades en les relacions laborals

Santiago Farré, cap de l'Assessoria Jurídica de l'Autoritat Catalana de Protecció de Dades.

Empleats públics i jurisprudència europea

David Ordóñez Solís, magistrat de contencions administratiu i membre de la Xarxa d'Experts en el Dret de la Unió Europea del Consell General del Poder Judicial.

La integració europea ha tingut efectes en la configuració de l'ocupació pública a Espanya, tant pel que fa a la lliure circulació de treballadors com en la necessitat d'interpretar les normes harmonitzadores europees de protecció social. El Tribunal de Justícia de la Unió Europea, a conseqüència de reenviaments prejudicials espanyols, ha aplicat les directives d'harmonització de les legislacions socials en àmbits com la durada del temps de treball, el treball temporal i el reconeixement de l'antiguitat dels funcionaris interins o el gaudi del dret a les vacances retribuïdes i la seva casuística en processos d'incapacitat temporal. Aquest enfocament ha contribuït a homogeneïtzar l'estatut de l'empleat públic de tot tipus (funcionari, estatutari o laboral) i pot ser útil per aplicar un règim més modern i racional d'ocupació pública en un sistema descentralitzat com l'espanyol.

Així doncs, en la primera part de la sessió s'analitzarà la relació entre ocupació pública, dret intern i jurisprudència europea, i s'hi tractaran amb detall les principals figures de les directives i de la recent jurisprudència comunitària, amb rellevància sobre les relacions laborals i sobre el model de l'empleat públic –tant funcionari com laboral- a Espanya.

A continuació, es tractarà un àmbit de gran transcendència en la gestió ordinària de recursos humans a les nostres administracions: l'examen dels aspectes de la protecció de dades –tant des de la perspectiva de la normativa vigent com dels informes i recomanacions emesos sobre l'Agència espanyola i l'Autoritat Catalana de Protecció de Dades-, que són fonamentals tant des del punt de vista de l'aplicació i el compliment normatiu en l'àmbit de les relacions laborals com des de la perspectiva de l'aplicació diària, per tal d'incorporar la protecció de dades en la cultura organitzativa i en el disseny, organització i funcionament de les nostres entitats locals.

Concretament, l'objectiu d'aquesta segona part de la sessió és abordar, entre d'altres qüestions, l'àmbit d'aplicació de la Llei orgànica de protecció de dades i la seva normativa de desenvolupament respecte de la gestió de RH que duu a terme l'Ajuntament (i també respecte del personal d'empreses públiques que són gestionades per la pròpia entitat matriu); les diferents modalitat de tractament de dades personals en procediments de selecció de personal, en la contractació de personal i durant el desenvolupament de la relació laboral o administrativa; en la gestió de plans de pensions i assegurances de vida; en la prevenció de riscos laborals i l'accés a la informació per part de delegats de prevenció i comitè de seguretat i salut; en l'ús de controls empresarials basats en les

TIC (monitorització navegació per Internet, correu electrònic, etc.) i en les relacions amb els representants sindicals i els límits del dret d'accés a la informació.

M. Carme Noguer

Directora del seminari i cap de Recursos Humans
de l'Ajuntament de Manlleu



Seminari
d'actualització de Funció Pública Local



Incidència de la protecció de dades en les relacions laborals de les administracions públiques

Santiago Farré Tous
Cap de l'Assessoria Jurídica
Autoritat Catalana de Protecció de Dades



Autoritat Catalana de Protecció de Dades

Incidència de la protecció de dades en les relacions laborals de les administracions públiques

Santiago Farré Tous
Cap de l'Assessoria Jurídica

- **Àmbit d'aplicació de la LOPD i aspectes generals**
- **Selecció de personal**
- **Prevenició de riscos laborals i accés a la informació per part de delegats de prevenició i comitè de seguretat i salut**
- **Controls empresarials:**
 - Control horari
 - Monitorització de navegació per internet i correu electrònic
 - Videovigilància
- **Relacions sindicals i límits a l'accés a la informació**
- **Plans de pensions i assegurances de vida**

- **Reconeixement legal :**
 - Art. 18.4 CE
 - Art. 31 EAC
 - Conveni 108/81
 - Directiva 95/46/CEE
 - LOPD (L.O. 15/99)
 - RLOPD (R.D. 1720/07)
 - LAPDCAT (Llei 32/2010)
 - Estatut APDCAT (D. 48/03)
- **Reconeixement jurisprudencial (STC 292/00)**
- **Nou Reglament UE (?): remissió a llei estatal**

- Caràcter instrumental
- Dret a la protecció de dades / D. Intimitat (STC 292/00)
- Conceptes bàsics:
 - Fitxer
 - Automatitzat (5.1.k)
 - No automatitzat (5.1.n RLOPD) **STS 19-9-08**
 - Tractament (5.1.t RLOPD)
 - Dada de caràcter personal (5.1.g RLOPD)

- **Dada de caràcter personal (5.1.f) RLOPD):**

“**Qualsevol informació** numèrica, alfabètica, gràfica, fotogràfica, acústica o de qualsevol altre tipus que concerneix persones físiques identificades o identificables”

(Dictamen 4/2007 WP29)

- **Persona identificable (5.1.o) RLOPD):**

“Qualsevol persona la identitat de la qual es pugui determinar, **directament o indirectament**, mitjançant qualsevol informació referida a la seva identitat física, fisiològica, psíquica, econòmica, cultural o social. Una persona física no es considera identificable si la dita identificació requereix terminis o activitats **desproporcionats.**”

- **Art. 2.2 exclou l'aplicabilitat del RLOPD :**

Fitxers de persones jurídiques que es limitin a incorporar dades de persones físiques que hi prestin serveis, consistents **únicament** en el nom i cognoms, funcions o llocs exercits, així com adreça postal o electrònica, telèfon i fax professionals.

- **Art. 2.3 exclou de la normativa de protecció de dades:**

Dades relatives a empresaris individuals, quan hi facin referència en la seva qualitat de **comerciants, industrials o naviliers**

- **Art 2.4: persones mortes**

- **Un o varis ?**
- **Qui l'aprova?**
- **Nivell de mesures de seguretat:**
 - En principi nivell mitjà (perfils, sancions disciplinàries)
 - Nivell alt si: dades salut, afiliació sindical o altres sensibles.Excepcions:
 - Dades especialment protegides, amb única finalitat de transferir diners a entitats de què siguin membres (81.5.a)
 - Tractament (**no automatitzat o automatitzat**), de forma incidental o accessòria dades sensibles (81.5 b)
 - Tractament dades salut, referit exclusivament a grau discapacitat, declaració discapacitat o invalidesa, per compliment deures públics (81.6)

- **Supòsits art. 6.2 LOPD:**
 - **Recollida per funcions pròpies de les AAPP.**
 - Dades referides a parts d'un ctte o prectte en una relació negocial, **laboral** o administrativa i siguin necessàries pel seu manteniment o compliment
 - Protecció interès vital
 - Dades recollides de font accessible al públic (3.j LOPD i 7 RLOPD)
- **Validesa del consentiment ? Nou reglament UE**

- **Deure informació:**
 - Models d'instàncies: Apartats a), d) i e) art. 5.1 LOPD
 - Currículums presentats a iniciativa pròpia (temps conservació)
- **Recollida d'informació d'internet**

Internet no és font accessible al públic (SAN 08.02.06 i altres)
- **Recollida dades sensibles**
 - Torns restringits persones amb discapacitat
 - Adaptació proves a discapacitats
 - Entrevistes i proves psicotècniques
- **Comunicació a tercers (SAN 4-3-2013)**
- **Publicació resultats procés: Previsió a convocatòria:**
 - Lloc on es publica 59.6.b) LRJPAC
 - Altre contingut:
 - Persones afectades: totes / només les que superin procés
 - Informació publicada
 - Limitació en el temps
 - Mesures limitació acció cercadors

- **Deure informació en altres recollides de dades posteriors:**
 - Compliment horari
 - Difusió informació personal a intranet/intranet
 - Permisos, vacances, etc.
 - Formació
- **Publicació informació:**
 - Organigrama
 - RLT
 - Hores extraordinàries

- **Tractament de dades:**

- **Vigilància de la salut**

- Necessitat consentiment llevat reconeixements imprescindibles per:
 - Avaluar efectes de les condicions de treball sobre la salut dels treballadors
 - Verificar si l'estat de salut del treballador pot constituir un perill per:
 - a. Ell mateix
 - b. Els demás treballadors
 - c. Altres persones relacionades amb l'empresa
 - Quan ho estableixi una disposició legal per a protecció de riscos específics i activitats d'especial perillositat

- **Altres activitats prevenció riscos: es poden tractar dades personals (sense consent.)**

- **Fitxers de prevenció**

- **Empresa :**

- Fitxer prevenció riscos (possibilitat contracte ET)

- **Entitats prevenció:**

- Actuació com ET
- Actuació com RT

- **A empresari (art. 22.4.3):**
 - Conclusions que es derivin dels reconeixements (APTE / NO APTE)
 - Necessitat d'introduir o millorar mesures de protecció i prevenció
- **Notificació a l'autoritat laboral (23.3 LPRL)**
- **A autoritats sanitàries vigilància salut treb. (22.4.2 i 23.4)**
- **A delegats de prevenció:** danys produïts en la salut dels treballadors (36.2.c). Deure de sigil.
- **A Comité seguretat i salut:** danys en salut o integritat física, per valorar causes i proposar mesures (39.2.c)
- **No a altres empreses:** SAN 24-5-07 i STS 20-10-09

- **Facultat de control de l'empresari:** habilitació per al tractament de determinades dades (6.2 LOPD)
- **Control horari:**
 - Admissibilitat
 - Permet obtenció de perfils
- **Ús de dades biomètriques:**
 - Admissibilitat per control horari AAPP: STS 02-07-07 i ATC 26-02-07
 - Mesures seguretat addicionals

- **STS 26-9-07** (social)(i altres com p. ex. STS 8-3-2011):
 - Dificultat de desllindar vida privada / vida laboral
 - Acceptació social de “cert ús privat” dels mitjans laborals
 - Possibilitat de control empresarial si:
 - Estableix regles d’ús
 - Informa els treballadors de regles d’ús i mitjans de control
 - Respecta la dignitat i la intimitat dels treballadors
- **ATS 29-3-11**: innecessarietat d’establir regles d’ús si el conveni ja exclou la utilització amb fins privats
- **STS 6-10-11**: és suficient informar sobre usos admesos; no caldria sobre els mitjans i supòsits de control si hi ha prohibició absoluta d’ús privat
- **STC 241/2012** (cas Trillian): no hi ha vulneració per haver-hi prohibició absoluta d’instal·lar certs programes

- **Possibilitat de control de l'empresari sotmesa a límits:**
 - STC 98/00 (Casino de la Toja)
 - STC 186/00 (caixes supermercat)
- **Test de proporcionalitat**
- **Supòsits que poden ser proporcionats:**
 - Vigilància i seguretat edificis
 - Seguretat industrial
- **Supòsits desproporcionats (Instrucció 1/2009 APDCAT i Recomanació OIT 7-10-96):**
 - Control rendiment treballadors
 - Espais de lleure, vestidors
 - Gravació dels treballadors amb finalitat control seguretat edifici (STC/29/2013)
 - Captació via pública
- **Principi de finalitat: STC 29/2013**
- **Deure d'informació**

- **Forma part de l'exercici de les funcions sindicals**
- **Possibilitat de plantejar conflicte col·lectiu per manca d'informació (65.5 ET i 153.3 LJS)**

Informació necessària per exercici funcions (CNS 39/2011 i 44/2012):

- **Informació personal:**
 - Còpia bàsica contracte treball
 - Informació derivada RLT
 - Nivells
 - Retribucions
 - Règims dedicació
- **Informació agregada o anonimitzada:**
 - Hores extraordinàries
 - Formació i ajuts econòmics
 - TC1

Altres comunicacions previstes a les lleis

- **Utilització de l'adreça de correu electrònic per part dels representants sindicals:**
 - STC 281/95 (Cas BBVA)
 - Aplicabilitat a l'adreça electrònica laboral
 - Mitjans alternatius
 - Dret d'oposició

- **Difusió d'informació pels representants sindicals (41.1.b) EBEP):**
 - Ponderació amb dret a protecció de dades:
 - Relevància pública
 - Interès de la notícia
 - Possibles perjudicis per a persones afectades
 - Casos desproporcionats:
 - SAN 13-6-07: difusió per e-mail de sentència relativa a un treballador
 - SAN 21-5-09: publicació dades d'un denunciant a una web
 - SAN 14-5-09: remissió per e-mail del cens electoral

- **Legitimació: consentiment informat**
- **Tipus de tractament**
 - Identificació de les persones treballadores i comunicació de dades de contacte dels treballadors
 - Recollida de totes les dades necessàries per al contracte (formularis emplenats i signats per part del treballadors)
 - Recollida de dades de terceres persones (beneficiaris)



Autoritat Catalana de Protecció de Dades

Moltes gràcies

Santiago Farré Tous

Assessoria Jurídica

INCIDÈNCIA DE LA NORMATIVA I JURISPRUDÈNCIA COMUNITÀRIA I DE LA PROTECCIÓ DE DADES EN LES RELACIONS LABORALS DE LES ADMINISTRACIONS PÚBLIQUES

David Ordóñez Solís

Magistrado de lo contencioso-administrativo
Doctor en Derecho
Miembro de la Red de Expertos
en Derecho de la Unión Europea
del Consejo General del Poder Judicial

1. INTRODUCCIÓN	2
2. LOS EMPLEADOS PÚBLICOS, LAS LIBERTADES ECONÓMICAS FUNDAMENTALES Y LA ARMONIZACIÓN DE LAS LEGISLACIONES SOCIALES EN LA UNIÓN EUROPEA	2
a) La libre circulación de personas y trabajadores y los derechos de los empleados públicos en el mercado único europeo	3
1. La nacionalidad de los empleados públicos solo puede exigirse en determinados supuestos restrictivamente fijados.....	3
2. La libre prestación de servicios y el reconocimiento de diplomas obtenidos en la Unión europea para acceder al empleo público.....	4
3. El reconocimiento y la adquisición de experiencias profesionales en la Unión Europea (sentencia <i>Schöning-Kougebetopoulou</i>).....	5
b) La armonización de las legislaciones nacionales y los derechos de los empleados públicos	6
1. La Directiva contra la discriminación y el empleo público: los límites de edad (sentencia <i>Wolf</i>)	6
2. La Directiva sobre ordenación del tiempo de trabajo: el derecho a las vacaciones (sentencia <i>Domínguez</i>) y la indemnidad e indemnización por exceso en la jornada máxima (sentencias <i>Fuß</i>).....	8
3. La Directiva sobre trabajo temporal: empleados públicos fijos y temporales (sentencias <i>Adeneler, Huet y Valenza</i>).....	10
4. La Directiva sobre igualdad de sexos, el despido de empleadas públicas y el permiso parental (sentencia <i>Riežniece</i>).....	12
3. LA JURISPRUDENCIA EUROPEA SOBRE EL ESTATUTO DE LOS EMPLEADOS DE LAS ADMINISTRACIONES ESPAÑOLAS.....	13
a) La aplicación del Derecho de la Unión Europea a los empleados públicos (efecto directo, primacía y derecho de indemnización).....	13
b) El estatuto del empleado público y los casos ‘españoles’ del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.....	14
1. La distinción entre funcionarios y laborales no es contraria al Derecho de la Unión Europea.....	14
2. El acceso y la promoción en el empleo público en España están protegidos por las libertades económicas fundamentales.....	15
3. La jornada y las vacaciones de los empleados públicos deben interpretarse de conformidad con el Derecho de la Unión.....	16
4. La equiparación de los derechos de los empleados públicos de carrera y temporales (trienios y sexenios)	17
5. La garantía en caso de traspaso de empresas se aplica en ocasiones a los empleados públicos	21
4. CONCLUSIÓN.....	21
RELACIÓN DE SENTENCIAS ‘ESPAÑOLAS’ DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA SOBRE EMPLEADOS PÚBLICOS	22

1. INTRODUCCIÓN

Un camello es un caballo después de haber pasado por un comité... de Bruselas. Esta celebrada forma de ver la integración europea podría aplicarse al modo sustancial en que ha resultado afectado el estatuto de los empleados públicos por el Derecho de la Unión Europea a pesar de que inicialmente el artículo 48.4 del Tratado CEE (el vigente artículo 45.4 TFUE) decía con claridad: «Las disposiciones del presente artículo [que consagra la libre circulación de los trabajadores en el mercado común] no serán aplicables a los empleos en la administración pública».

El punto de partida es la distinción entre los empleados públicos nacionales y los empleados de la Unión Europea. Sin perjuicio de una intensa y no siempre transparente relación de los funcionarios nacionales con los eurofuncionarios, estos han disfrutado de un estatuto autónomo más cercano al estatuto de las tradicionales organizaciones internacionales que a los estatutos de los empleados nacionales. En realidad, tienen un régimen especial sometido en exclusiva al Derecho de la Unión y que es objeto de control jurisdiccional por el Tribunal de la Función Pública, integrado en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Del mismo modo que ocurre en otros ámbitos del Derecho europeo, como el régimen de contratación pública, parece coherente sostener que los eurofuncionarios deberían beneficiarse y quedar sometidos al mismo régimen de las libertades económicas fundamentales y de la armonización de las legislaciones sociales.

El desarrollo del mercado común en los años 70 y 80, la amplia armonización de las legislaciones sociales en los años 90 y la adopción de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión en 2000 han permitido que el Tribunal de Justicia elabore una jurisprudencia protectora de los derechos a favor de los empleados públicos lo que, de algún modo y de manera imprevisible, permite una cierta convergencia de los estatutos nacionales de los empleados públicos. Al mismo tiempo se aprecia, como ocurre también en los distintos Derechos nacionales, una innegable convergencia del estatuto de los empleados públicos y de los trabajadores en general, independientemente de su configuración específica incluso dentro de cada uno de los Estados miembros.

En España el vigente Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado en 2007, mantiene ciertas diferencias entre los distintos tipos de empleados al servicio de las administraciones, sean funcionarios, estatutarios o laborales. En cambio y paradójicamente, la jurisprudencia europea, especialmente la provocada por las cuestiones prejudiciales planteadas por los jueces españoles al Tribunal de Justicia, está suponiendo importantes cambios que contribuyen a consolidar un régimen común y convergente en cuestiones relativas al acceso al empleo, la promoción profesional, la jornada, las vacaciones, etc., que, por lo general, es consecuencia, de la extensión de las garantías de los trabajadores a los empleados públicos sea cual sea la naturaleza de su relación de servicio con las Administraciones públicas.

En una primera parte intento explicar cuáles son los ámbitos legislativos europeos que más han afectado al empleo público haciendo referencia a algunos supuestos jurisprudenciales especialmente significativos. De esta manera pretendo exponer el alcance del acervo europeo derivado de la realización del mercado europeo y de las armonizaciones sociales en el régimen de los empleados públicos y su evolución más inmediata. En una segunda parte analizo de modo más específico la jurisprudencia europea tal como se ha aplicado judicialmente en relación con los empleados públicos españoles. Con este examen casuístico y singularizado podrán verse los matices que supone la aplicación del Derecho de la Unión Europea a los empleados públicos en España.

2. LOS EMPLEADOS PÚBLICOS, LAS LIBERTADES ECONÓMICAS FUNDAMENTALES Y LA ARMONIZACIÓN DE LAS LEGISLACIONES SOCIALES EN LA UNIÓN EUROPEA

Los dos ámbitos más relevantes del ordenamiento de la Unión Europea para el régimen de los empleados públicos están vinculados a la libre circulación en el mercado único y a la armonización de las legislaciones sociales.

En primer lugar, los empleados públicos se benefician de las libertades económicas fundamentales que les permiten moverse por el mercado único europeo sin traba alguna. Cada vez hay más ciudadanos que nacen en un país, estudian en otro y terminan como empleados de una administración o un organismo público en el ámbito de la educación o de la sanidad de cualquier otro país de la Unión o de regreso a su propio país de origen. Pues bien, de la jurisprudencia europea se deduce que tales circunstancias de movilidad en el mercado común no pueden tener efectos disuasorios. Esto significa que el acceso al empleo, el reconocimiento de diplomas o las experiencias profesionales de los empleados públicos no pueden limitarse por razón de la nacionalidad o por haberse desplazado o provenir tal empleado público de otro Estado miembro.

En segundo lugar, la Unión Europea ha adoptado numerosas directivas de armonización de las legislaciones que afectan a los trabajadores pero que por lo general también se aplican a los empleados públicos. Tal es el caso notorio, por citar las más relevantes en esta materia, de la Directiva 2000/78/CE relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, la Directiva 2003/88/CE, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo o, en fin, la Directiva 1999/70/CE relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada.

a) La libre circulación de personas y trabajadores y los derechos de los empleados públicos en el mercado único europeo

Las libertades económicas fundamentales que hacen posible el mercado único europeo han terminado afectando inevitablemente a los empleados públicos en la medida en que también estos empleados se mueven dentro del mercado único europeo cuando intentan trabajar en otros Estados miembros, o cuando obtienen títulos y diplomas, o como consecuencia de haber trabajado para otras administraciones nacionales y pretenden el reconocimiento de la antigüedad en la actual administración y organismo público.

1. La nacionalidad de los empleados públicos solo puede exigirse en determinados supuestos restrictivamente fijados

La discriminación por razón de la nacionalidad es muy sospechosa de vulnerar el Derecho de la Unión. Y esta regla se aplica también para el caso de los empleados públicos y para la excepción del vigente artículo 45.4 TFUE conforme al cual: «Las disposiciones del presente artículo no serán aplicables a los empleos en la administración pública».

El Tribunal de Justicia ha establecido su propio concepto de trabajador y de empleo en la administración pública hasta el punto de que: «en caso de que la cláusula de excepción que figura en el artículo 45 TFUE, apartado 4, no contenga ninguna distinción en relación con los empleos en la Administración Pública, carece de interés determinar si un trabajador presta sus servicios como obrero, empleado o funcionario, así como si su relación laboral está regulada por el Derecho público o privado. Tales calificaciones jurídicas, en efecto, varían según las legislaciones nacionales y, por consiguiente, no pueden aportar un criterio de interpretación adecuado a las exigencias del Derecho de la Unión».

Precisamente, el Tribunal de Justicia lo ha recordado respecto de una profesión muy particular pero típicamente funcional en el continente europeo, la de notario. Pues bien, el acceso a la profesión de notario está abierto a los ciudadanos de la Unión tal como lo ha constatado el Tribunal de Justicia en siete sentencias de 24 de mayo de 2011 en las que declara el incumplimiento de Bélgica, Francia, Luxemburgo, Portugal, Austria, Alemania y Grecia.

En estas sentencias el Tribunal de Justicia considera que al imponer un requisito de nacionalidad para acceder a la profesión de notario estos Estados miembros habían vulnerado el Derecho de la Unión. El Tribunal de Justicia analiza el alcance del concepto de ejercicio del poder público y si las actividades encomendadas a los notarios en los distintos ordenamientos nacionales encajan en ese concepto.

Por ejemplo y respecto del Derecho belga el Tribunal de Justicia considera que las siguientes funciones notariales no están relacionadas con el ejercicio del poder público: autenticación de documentos, ejecución de embargos de bienes inmuebles, ventas de inmuebles, formación del inventario de sucesiones, colocación y levantamiento de precintos, división judicial de bienes, formalización en documento notarial, bajo pena de nulidad, de determinados negocios jurídicos como las donaciones inter vivos, los testamentos, las capitulaciones matrimoniales y los contratos que rigen la situación de las parejas de hecho, o la constitución de sociedades y fundaciones, ni la recaudación de determinados impuestos (apartado 123).

Ahora bien y con anterioridad el Tribunal de Justicia había tenido ocasión de configurar el concepto de funcionario que estaba al margen de las libertades económicas fundamentales. Así, en la sentencia relativa al acceso a puestos de funcionario o empleado en las empresas públicas de distribución de agua, gas y electricidad en Bélgica el Tribunal de Justicia precisó: «un Estado miembro no puede exigir, con carácter general, un requisito de nacionalidad para la totalidad de los puestos de trabajo en los sectores de que se trata sin sobrepasar los límites de la excepción prevista en el apartado 4 del artículo 48 del Tratado».

Y seguidamente subrayó: «para aplicar plenamente los principios de libre circulación de trabajadores y de igualdad de trato en el acceso al empleo, el Reino de Bélgica estaba obligado a abrir a los nacionales de otros Estados miembros los sectores de que se trata, limitando la aplicación del requisito de nacionalidad exclusivamente al acceso a empleos que implican realmente una participación directa o indirecta en el ejercicio del poder público y en las funciones que tienen por objeto la salvaguardia de los intereses generales del Estado o de otras entidades públicas» (apartado 20).

Y prácticamente en los mismos términos la sentencia de 2 de julio de 1996 el Tribunal de Justicia declaró el incumplimiento por parte de Luxemburgo de la libre circulación de trabajadores aplicada a los empleos en los sectores públicos de investigación, enseñanza, salud, transportes terrestres y correos y telecomunicaciones, y en los servicios de distribución de agua, gas y electricidad. En este caso el Tribunal de Justicia recordó otros casos similares a los que no les era aplicable la excepción de la libre circulación: los profesores en período de prácticas, los lectores de lenguas extranjeras ni los profesores de enseñanza secundaria (apartado 33).

2.La libre prestación de servicios y el reconocimiento de diplomas obtenidos en la Unión europea para acceder al empleo público

Superado el obstáculo de la nacionalidad, la siguiente barrera para acceder al empleo público en los distintos Estados miembros es la de presentar los títulos y diplomas exigidos. Solo como recordatorio de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia me refiero a tres sentencias significativas.

En la sentencia Rubino el Tribunal de Justicia responde una cuestión prejudicial del Tribunal administrativo regional del Lazio. En este caso un profesor italiano de Oceanografía había obtenido su habilitación en la Facultad de Ciencias Geofísicas de la Universidad de Hamburgo pero al intentarlo en la universidad de Venecia, el Ministerio italiano se lo denegó aduciendo que en Italia la profesión de docente universitario no constituye una profesión regulada, al referirse a personal contratado mediante un procedimiento de selección en el que es posible participar sin necesidad de poseer un determinado título de estudios. Aun cuando efectivamente el Tribunal de Justicia consideró que tal profesión no debe ser considerada una profesión regulada, en el sentido de la Directiva 2005/36, las libertades económicas fundamentales, es decir, «los artículos 39 CE y 43 CE exigen que las cualificaciones obtenidas en otros Estados miembros sean reconocidas en su justo valor y debidamente tenidas en cuenta en el marco de un procedimiento de este tipo» (apartado 36).

En la sentencia Beuttenmüller una maestra austriaca pretendía ejercer la docencia en las escuelas públicas del Land de Baden-Württemberg pero las autoridades alemanas rechazaron la equiparación de su título al título alemán y no le reconocieron una determinada categoría profesional. Sin embargo, el Tribunal de Justicia reconoció, en aplicación de las Directivas relativas a un sistema general de reconocimiento de los títulos de enseñanza superior y de

formaciones profesionales, que la capacitación para la profesión docente obtenida en Austria sobre la base de una formación de dos años es equiparable a un título si las autoridades alemanas certifican que el diploma obtenido tras una formación se considera equivalente al diploma concedido en Alemania y confiere, en Alemania, los mismos derechos por lo que respecta al acceso a la profesión docente o a su ejercicio (apartado 45). Esta previsión de la Directiva tiene efecto directo y puede ser invocada por los particulares frente a las autoridades nacionales.

En fin, en la sentencia Peñarroja Fa se planteaba el ejercicio de la libre prestación de servicios en cuanto se refiere a la posibilidad de que un traductor residente en Barcelona pudiese ser incluido en una lista de peritos judiciales ante tribunales de París. El Tribunal de Justicia considera que el artículo 56 TFUE se opone a que para figurar en la lista nacional de peritos judiciales en calidad de traductor sea preciso acreditar haber estado inscrito durante tres años consecutivos en una lista de peritos judiciales elaborada por un determinado tribunal, para lo cual se debe tener debidamente en cuenta la cualificación adquirida por dicha persona y reconocida en otro Estado miembros para determinar si dicha cualificación puede equivaler, y de ser así en qué medida, a las competencias que normalmente se espera encontrar en una persona que ha estado inscrita durante tres años consecutivos en una lista de peritos judiciales elaborada por un tribunal francés.

3. El reconocimiento y la adquisición de experiencias profesionales en la Unión Europea (sentencia Schöning-Kougebetopoulou)

Una vez traspasada la barrera del acceso al empleo público, se plantea la cuestión del reconocimiento de experiencias profesionales adquiridas en otros Estados miembros y que tienen efectos en la retribución de tales empleados.

En la sentencia Schöning-Kougebetopoulou se planteaba la clasificación profesional de una médica especialista, de nacionalidad griega y empleada por la ciudad de Hamburgo. En su sentencia, el Tribunal de Justicia hace derivar del principio fundamental de la libre circulación de los trabajadores la garantía de «la igualdad de trato de los trabajadores nacionales de los demás Estados miembros con respecto a cualquier cláusula de un Convenio Colectivo o individual o de otra reglamentación colectiva referente, en particular, a la retribución» (apartado 12).

Asimismo, el tribunal de Justicia deja claro que la excepción establecida el Tratado constitutivo (antiguo artículo 48.4 Tratado CE y vigente artículo 45.4 TFUE) se refiere únicamente al acceso de nacionales de otros Estados miembros a determinadas funciones en la Administración Pública pero «no a las actividades de médico especialista, que no implican participación alguna, directa o indirecta, en el ejercicio del poder público y en las funciones que tienen por objeto la salvaguardia de los intereses generales del Estado o de otras entidades públicas» (apartado 13).

En definitiva, el Tribunal de Justicia le explica al tribunal alemán que la libre circulación de trabajadores se opone a un convenio colectivo aplicable a la ciudad de Hamburgo que prevé para sus empleados un ascenso por antigüedad después de ocho años de actividad en un grado retributivo determinado y no tiene en cuenta los períodos de empleo, en un ámbito de actividad comparable, cubiertos anteriormente en la Administración Pública de otro Estado miembro (apartado 14).

La sentencia Köbler es una de las más conocidas de la jurisprudencia europea porque se refiere a la responsabilidad de los tribunales nacionales por la violación del Derecho europeo. Gerhard Köbler era catedrático de universidad en Innsbruck y solicitó el complemento especial por antigüedad de los profesores universitarios al amparo de una ley austriaca alegando que cumplía el requisito de antigüedad si se tenía en cuenta la duración de sus servicios en universidades alemanas. Sin embargo, los tribunales austriacos interpretaron su Derecho en términos contrarios a la jurisprudencia europea. Por eso, el Sr. Köbler reclamó la indemnización de los daños y perjuicios sufridos por sentencias judiciales que violaban el Derecho europeo. Sin embargo, después de reconocer el Tribunal de Justicia que los tribunales austriacos habían vulnerado el Derecho europeo consideró que tal violación no era manifiesta y no procedía la indemnización de los daños y perjuicios causados.

En la sentencia Kranemann se resuelve la cuestión de las dietas devengadas por un funcionario en prácticas del Land de Renania del Norte-Westfalia que realizaba su formación en Londres. Sin embargo y en aplicación de la legislación alemana se rechazó una solicitud de reembolso de los gastos ocasionados por el viaje de ida y vuelta de su domicilio en Aquisgrán hasta Londres dado que solo reconocía los gastos hasta la frontera alemana, precisamente situada en Aquisgrán.

El Tribunal de Justicia aplica el principio de libre circulación de trabajadores y considera que no se aplica la excepción del artículo 48.4 TCE «en la medida en que, como en el presente caso, el funcionario en prácticas efectúa una parte de su período de prácticas fuera del sector público, basta recordar que el concepto de ‘empleos en la administración pública’ no abarca los empleos al servicio de un particular o de una persona jurídica privada, cualesquiera que sean las funciones del empleado». Y tampoco considera que este caso «se encuentre fuera del ámbito de aplicación del Tratado por constituir una situación puramente interna de un Estado miembro» dado que «las disposiciones del Tratado relativas a la libre circulación de personas tienen por objeto facilitar a los nacionales comunitarios el ejercicio de cualquier tipo de actividad profesional en el territorio de la Comunidad y se oponen a las medidas nacionales que pudieran colocar a estos nacionales en una situación desfavorable en el supuesto de que desearan ejercer una actividad económica en el territorio de otro Estado miembro» (apartado 25).

En definitiva y a juicio del Tribunal de Justicia, «las disposiciones nacionales que impiden o disuaden a un trabajador nacional de un Estado miembro de abandonar su país de origen para ejercer su derecho a la libre circulación constituyen, por consiguiente, obstáculos a dicha libertad, aun cuando se apliquen con independencia de la nacionalidad de los trabajadores afectados» (apartado 25).

b) La armonización de las legislaciones nacionales y los derechos de los empleados públicos

Si bien la libre circulación de trabajadores no se aplica plenamente a todos los empleados públicos, por lo general las directivas de armonización de las legislaciones nacionales que protegen a los trabajadores no excluyen de su ámbito de aplicación a los empleados públicos. Esto determina que sea frecuente que los avances sociales de los trabajadores en virtud del Derecho social europeo se invoquen por todo tipo de empleados públicos y así se reconozcan sin mayores problemas por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

Eso es lo que ha ocurrido en la interpretación de la Directiva que lucha contra todo tipo de discriminación, la Directiva sobre ordenación del tiempo de trabajo, la Directiva sobre trabajo de duración determinada o, en fin, la Directiva sobre el permiso parental.

1. La Directiva contra la discriminación y el empleo público: los límites de edad (sentencia Wolf)

La Directiva 2000/78/CE relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación también se aplica a los empleados públicos. La protección alcanza a toda discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual; que, en términos aún más amplios ampara el artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión que proscribe la discriminación por razón de de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual, así como la basada en la nacionalidad.

Me voy a referir, solo y a título de ejemplo, a la discriminación en el acceso al empleo público basada en la edad. Como señala la sentencia Mangold: «corresponde a los jueces nacionales que conocen de un asunto en el que se discute sobre el principio de no discriminación por razón de la edad, garantizar, en el marco de su competencia, la protección jurídica que confiere el Derecho comunitario a los justiciables y la eficacia plena de éste, dejando sin aplicación cualesquiera disposiciones de la Ley nacional eventualmente contrarias».

En efecto, la edad se convierte en un importante factor de discriminación, tanto por arriba como por abajo. En cuanto a los límites de edad por abajo el Tribunal de Justicia examina en la sentencia Wolf si está justificado que la legislación alemana fije una edad máxima de 30 años para ser bombero; y en otra sentencia resuelve un recurso de incumplimiento presentado contra Hungría imponiendo los 62 años para la jubilación obligatoria de los jueces, fiscales y notarios.

En el asunto Wolf el Tribunal Administrativo de Fráncfort del Meno se planteaba si el límite de edad de 30 años para acceder al servicio técnico medio de bomberos era conforme con la Directiva 2000/78.

En su sentencia, el Tribunal de Justicia señala, en primer lugar, que esta Directiva 2000/78 se aplica «a todas las personas, por lo que respecta tanto al sector público como al privado, incluidos los organismos públicos, en relación con [...] las condiciones de acceso al empleo, a la actividad por cuenta propia y al ejercicio profesional, incluidos los criterios de selección y las condiciones de contratación y promoción, independientemente de la rama de actividad y en todos los niveles de la clasificación profesional» (apartado 34).

A la hora de analizar el caso concreto, el límite de edad de 30 años para el acceso al servicio técnico medio de bomberos, el Tribunal de Justicia comprueba que «para determinadas intervenciones, requiere una capacidad física excepcionalmente elevada que únicamente tienen los funcionarios más jóvenes y que deben cumplir durante un período de tiempo relativamente largo de su carrera.

A tal efecto comprueba si la diferencia de trato por razón de la edad contenida en la legislación alemana está justificada para lo que examina si la aptitud física es una característica vinculada a la edad y si constituye un requisito profesional esencial y determinante para la actividad profesional de que se trata o para su ejercicio, siempre y cuando el objetivo perseguido por dicha normativa sea legítimo y el referido requisito, proporcionado.

Finalmente, el Tribunal de Justicia observa que los bomberos participan en la extinción de incendios, el salvamento de personas, las tareas relacionadas con la protección del medio ambiente, el salvamento de animales y la protección frente a animales peligrosos, así como en tareas de apoyo como el mantenimiento y control de los equipos de protección y los vehículos de intervención, por lo que deben disponer de una capacidad física particularmente importante y esto puede considerarse una exigencia profesional esencial y determinante para el ejercicio de la profesión de bombero que justifique fijar una edad máxima.

Asimismo, el Tribunal de Justicia considera que muy pocos funcionarios de más de 45 años tienen la capacidad física suficiente para ejercer su actividad en el ámbito de la extinción de incendios por lo que la necesidad de disponer de plena capacidad física para ejercer la profesión de bombero guarda relación con la edad de los miembros de dicho servicio.

En fin, al analizar si es proporcionada la normativa alemana que fija en 30 años la edad máxima para la contratación de funcionarios que dispongan de una importante capacidad física que permita el ejercicio de la profesión de bombero, el Tribunal de Justicia concluye que tal límite es adecuado para lograr el objetivo consistente en garantizar el carácter operativo y el buen funcionamiento del servicio de bomberos profesionales y, por otra, no excede de lo necesario para alcanzar dicho objetivo.

Por otra parte, la discriminación por edad en relación con la jubilación es examinada por el Tribunal de Justicia en su sentencia Comisión / Hungría (C-286/12) donde declara que Hungría incumple la Directiva 2000/78 al imponer la jubilación obligatoria de jueces, fiscales y notarios a los 62 años.

Por una parte, el Tribunal de Justicia se refiere a la motivación de la legislación húngara y, aun cuando reconoce que la falta de indicación en la norma nacional del objetivo que pretende alcanzarse no supone excluir automáticamente la posibilidad de que esté justificada a la luz, estima que debe atenderse a «otros elementos propios del contexto general de la medida en cuestión permitan la identificación del objetivo que subyace a esta medida, a fin de posibilitar el

ejercicio del control jurisdiccional sobre la legitimidad, idoneidad y necesidad de los medios empleados para lograr dicho objetivo» (apartado 58).

Por otra parte, el Tribunal de Justicia admite como causas para justificar excepciones al principio de no discriminación por razón de la edad los objetivos de política social y, en particular, los vinculados a las políticas de empleo, del mercado de trabajo o de la formación profesional.

A tal efecto, el Tribunal europeo examina si las medidas son proporcionadas, es decir, si constituyen medios adecuados y necesarios para alcanzar los dos objetivos señalados por Hungría: la uniformización de los límites de la edad de cese obligatorio de la actividad en las profesiones de la función pública y el establecimiento de una estructura por edades más equilibrada que facilite el acceso de jóvenes juristas a las profesiones de juez, fiscal o notario.

Ahora bien, a juicio del Tribunal de Justicia establecer una jubilación obligatoria a los 62 años no está justificado dado que hasta ahora los afectados por la nueva legislación húngara podían permanecer en sus funciones hasta los 70 años, «lo que les hizo albergar la esperanza fundada de que permanecerían en sus funciones hasta esa edad» y la legislación húngara supuso «un descenso abrupto y considerable del límite de la edad de cese obligatorio de la actividad, sin prever medidas transitorias que protegieran la confianza legítima de las personas afectadas» (apartado 68). Además, esto supone que «las personas afectadas abandonan forzosa y definitivamente el mercado de trabajo sin haber tenido tiempo de tomar las medidas, en particular de naturaleza económica y financiera, que tal situación requiere, habida cuenta de que, por una parte, [...] su pensión de jubilación es al menos un 30 % inferior a su remuneración y, por otra parte, el cese de la actividad no tiene en cuenta los períodos de cotización, por lo que no está garantizado el derecho a una pensión completa» (apartado 70).

2. La Directiva sobre ordenación del tiempo de trabajo: el derecho a las vacaciones (sentencia Domínguez) y la indemnidad e indemnización por exceso en la jornada máxima (sentencias Fuß)

La Directiva relativa a la ordenación del tiempo de trabajo se ha aplicado en términos especialmente protectores respecto de determinados empleos públicos. Conviene referirse a dos aspectos esenciales como son el derecho a las vacaciones anuales y los límites máximos semanales de la jornada de trabajo.

El derecho a las vacaciones, aplicable también a los empleados públicos, está consagrado por la Directiva relativa a la ordenación del tiempo de trabajo y por el artículo 31.2 de la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión y han merecido una interpretación muy interesante del Tribunal de Justicia.

Así se proclama en la sentencia Schultz-Hoff y Stringer: «el derecho de todo trabajador a disfrutar de vacaciones anuales retribuidas debe considerarse un principio del Derecho social comunitario de especial importancia, respecto al cual no pueden establecerse excepciones y cuya aplicación por parte de las autoridades nacionales competentes únicamente puede efectuarse respetando los límites establecidos expresamente por la propia Directiva [...] relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo».

El caso que utilizaré para ilustrar su aplicación a los empleados públicos es la sentencia Domínguez que resuelve el caso de Maribel Domínguez, contratada por un organismo público francés dependiente de la prefectura de Centre, que sufrió un accidente in itinere y estuvo de baja laboral desde el 3 de noviembre de 2005 hasta el 7 de enero de 2007, por lo que reclamó las vacaciones que no pudo disfrutar durante ese periodo.

En primer lugar, el Tribunal de Justicia consideró que la regulación francesa que supeditaba el derecho a vacaciones anuales retribuidas a la existencia de un tiempo de trabajo efectivo mínimo de diez días o de un mes durante el período de devengo de tales vacaciones era contraria al Derecho de la Unión.

En segundo lugar, el Tribunal de Justicia se refiere al contenido mínimo del derecho a las vacaciones que establece del modo siguiente «no puede restringirse el derecho a vacaciones anuales retribuidas de al menos cuatro semanas que tiene todo trabajador, con independencia de que éste haya estado de baja médica durante dicho período de devengo ya sea a causa de un accidente en el lugar de trabajo o en cualquier otro lugar, ya a causa de una enfermedad de la naturaleza u origen que sea» (apartado 30). Sobre este particular, el Tribunal de Justicia reitera la conocida jurisprudencia sobre el efecto directo, la interpretación conforme y la responsabilidad por infracción de las directivas.

Por último, el Tribunal de Justicia admite que los Estados miembros establezcan que el derecho a vacaciones anuales retribuidas varíe en función del origen de la baja médica del trabajador, siempre que sea igual o superior al período mínimo de cuatro semanas.

En términos similares se plantea la interpretación de la Directiva 2003/88/CE en la sentencia Neidel relativa a los bomberos de la ciudad de Fráncfort. En primer lugar el Tribunal de Justicia considera que esta Directiva se aplica a los bomberos. Y, en segundo lugar, puntualiza: «el funcionario tiene derecho, en el momento de su jubilación, a una compensación económica por las vacaciones anuales retribuidas no disfrutadas por el hecho de no haber ejercido sus funciones a causa de una enfermedad» (apartado 32).

La Directiva sobre la ordenación del tiempo de trabajo establece un máximo de jornada cuyo incumplimiento está protegido por el Derecho de la Unión como revela el asunto Fuß. Se trata de un litigio entre un bombero y la ciudad alemana de Halle que discutían ante el Tribunal administrativo el alcance de la protección de esta Directiva. El empleado denunciaba que había sido trasladado forzosamente a otro servicio por haber reclamado la realización de una jornada de trabajo conforme con la Directiva y reclamaba la reparación del daño sufrido.

En la sentencia Fuß I el Tribunal de Justicia se autoplantea la cuestión de si la Directiva sobre ordenación del tiempo de trabajo permite que un empresario del sector público decida el traslado forzoso a otro servicio de un trabajador que presta sus servicios como bombero en un servicio de intervención por el hecho de que este haya solicitado el cumplimiento, dentro de este último servicio, de la duración media máxima de trabajo semanal prevista en dicha disposición, cuando dicho trabajador no sufra ningún perjuicio derivado de ese traslado.

En este caso, el Tribunal de Justicia recuerda que la duración máxima de trabajo semanal, incluyendo los servicios de guardia, no puede superar las 48 horas. Y esta previsión de la Directiva se aplica también a «las actividades desarrolladas por las fuerzas de intervención de un servicio público de bomberos –exceptuando el caso de que concurren circunstancias excepcionales de una gravedad y una magnitud tales que requieran que el objetivo de lograr el buen funcionamiento de los servicios indispensables para la protección de los intereses públicos prevalezca provisionalmente sobre el objetivo de garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores destinados a los equipos de intervención y socorro» (apartado 44 de la sentencia Fuß I).

Así pues, el mero hecho de sobrepasar este límite supone un perjuicio al empleado «en la medida en que priva al trabajador de este descanso, le causa, por sí mismo, un perjuicio por cuanto, de este modo, ve mermadas su seguridad y su salud» (apartado 54 de la sentencia Fuß I). Y este límite establecido en la Directiva goza, asimismo, de efecto directo.

En consecuencia, el traslado forzoso del empleado público supone un incumplimiento de la Directiva en su dimensión de ‘garantía de indemnidad’, por utilizar la terminología del Tribunal Constitucional español. A tal efecto, el Tribunal de Justicia argumenta:

el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, sancionado en el artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, la cual tiene, según el artículo 6 TUE, apartado 1, párrafo primero, «el mismo valor jurídico que los Tratados», quedaría privado en lo esencial de su eficacia si un empresario, como reacción a una reclamación o al hecho de emprender acciones judiciales por parte de un trabajador con el fin de que se cumplan las disposiciones de una Directiva dirigidas a proteger su seguridad y su salud, pudiera adoptar una medida como la

controvertida en el litigio principal. En efecto, el temor a una medida de represalia de estas características y contra la que no se pudiera ejercitar ninguna acción judicial podría disuadir a los trabajadores que se considerasen perjudicados por una medida adoptada por su empresario de hacer valer sus derechos por vía jurisdiccional y, por tanto, podría poner en peligro gravemente la consecución del objetivo perseguido por la Directiva (apartado 66).

Seguidamente y como consecuencia de las cuestiones prejudiciales remitidas por el mismo Tribunal administrativo de Halle en la sentencia Fuß II el Tribunal de Justicia analiza si es procedente una indemnización y llega a la conclusión de que, por haber realizado como bombero una jornada de trabajo semanal media que excedía las 48 horas podía invocar el Derecho de la Unión para exigir la responsabilidad de las autoridades alemanas con el fin de obtener la reparación del daño sufrido como consecuencia de la violación de la Directiva.

Los requisitos para obtener la indemnización son bien conocidos: «que la norma de Derecho de la Unión infringida tenga por objeto conferirles derechos, que la violación de esta norma esté suficientemente caracterizada y que exista una relación de causalidad directa entre tal violación y el perjuicio sufrido por los particulares» (apartado 47 de la sentencia Fuß II).

En primer lugar, el Tribunal de Justicia considera que se cumple el primer requisito dado que la obligación que impone la Directiva 2003/88 de un límite máximo del tiempo de trabajo semanal del que debe disfrutar todo trabajador «constituye una regla de Derecho social de la Unión que reviste especial importancia, cuyo alcance no puede quedar sujeto a condición o restricción alguna, y que confiere a los particulares derechos que pueden invocar directamente ante los órganos jurisdiccionales nacionales» (apartado 49).

En segundo lugar y a juicio del Tribunal de Justicia, en este caso la violación estaba suficientemente caracterizada al producirse un incumplimiento por la legislación alemana con un desconocimiento manifiesto de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (apartado 58).

Del mismo modo, la reparación a cargo de las autoridades de los Estados miembros de los daños que han causado a los particulares por violaciones del Derecho de la Unión debe ser adecuada al perjuicio sufrido. En consecuencia y a falta de otra regulación europea, la reparación puede consistir en la concesión de un tiempo de descanso adicional o en el reconocimiento de una indemnización económica.

3. La Directiva sobre trabajo temporal: empleados públicos fijos y temporales (sentencias Adeneler, Huet y Valenza)

En numerosas ocasiones el Tribunal de Justicia ha reconocido amplios efectos a la Directiva 1999/70/CE sobre el trabajo de duración determinada aplicable al régimen del empleo público.

En primer lugar, el Tribunal de Justicia considera que esta Directiva se aplica a todos los trabajadores, sin establecer diferencias en función del carácter público o privado del empleador para el que trabajan.

En la sentencia O'Brien, aun cuando se refiere a la Directiva 97/81/CE sobre el trabajo a tiempo parcial y su aplicación a los jueces, en este caso en lo que se refiere a su jubilación, resulta útil para la determinación mutatis mutandis del ámbito personal de aplicación de la Directiva sobre el trabajo de duración determinada. En el Reino Unido los jueces a tiempo parcial no tienen derecho a la jubilación y por eso el Tribunal Supremo británico le pregunta al Tribunal de Justicia si los jueces son trabajadores y si puede distinguirse entre jueces a tiempo completo y a tiempo parcial.

Sobre la primera cuestión, el Tribunal de Justicia aclara, por una parte, que «el hecho de que los jueces estén sometidos a modalidades de servicio y de que puedan ser considerados trabajadores [...] en modo alguno lesiona el principio de independencia del poder judicial ni la facultad de los Estados miembros de establecer un régimen jurídico específico que regule la magistratura (apartado 47).

Y seguidamente el Tribunal de Justicia establece una serie de pautas que permitirían determinar si este tipo de jueces son trabajadores a tiempo parcial a los efectos de aplicar la Directiva

(modalidades de nombramiento y de separación de los jueces, modo de organizar su trabajo, derecho a la indemnización por enfermedad, a las prestaciones por maternidad y por paternidad y a otras prestaciones similares). De modo que el Tribunal de Justicia considera que corresponde a cada Estado miembro determinar si los jueces están incluidos en el concepto de trabajador a tiempo parcial, «siempre que ello no lleve a excluir arbitrariamente a esta categoría de personas del beneficio de la protección brindada por la Directiva 97/81» (apartado 42).

Ya en lo que se refiere a la interpretación de la Directiva sobre el trabajo de duración determinada, el Tribunal de Justicia señala en la sentencia Adeneler referida al cese de empleados de la Agencia Helénica de la Leche que habían sido contratados como mediante contratos temporales sucesivos: «la Directiva 1999/70 y el Acuerdo marco se aplican igualmente a los contratos y relaciones laborales de duración determinada celebrados por los órganos de la Administración y demás entidades del sector público».

Al mismo tiempo el Tribunal de Justicia considera que: «la utilización de contratos de trabajo de duración determinada sin otra base que una norma legal o reglamentaria de carácter general, no relacionada con el contenido concreto de la actividad de que se trate, no permite extraer criterios objetivos y transparentes a fin de verificar si la renovación de tales contratos responde efectivamente a una necesidad auténtica, si permite alcanzar el objetivo perseguido y si resulta indispensable al efecto» (apartado 74). Por esto, el Tribunal de Justicia exige que «la normativa nacional justifique la utilización de este tipo particular de relaciones laborales por la existencia de factores concretos, derivados principalmente de la actividad de que se trate y de las condiciones en que ésta se desarrolla» (apartado 75).

En este caso el Tribunal de Justicia constató que la Directiva se oponía a la normativa griega que considera que únicamente deben calificarse de «sucesivos» los contratos o relaciones laborales de duración determinada que no estén separados entre sí por un intervalo superior a veinte días laborables (apartado 89).

La solución que da el Tribunal de Justicia es que el juez no debe aplicar una normativa como la griega que «impide aplicar una normativa nacional que, sólo en el sector público, prohíbe absolutamente transformar en contrato de trabajo por tiempo indefinido una sucesión de contratos de duración determinada que han tenido por objeto, de hecho, hacer frente a ‘necesidades permanentes y duraderas’ del empleador y deben considerarse abusivos» (apartado 105).

La sentencia Huet se dicta respecto de un litigio que enfrentaba a un profesor que había sido contratado en los últimos seis años como investigador mediante contratos sucesivos por una universidad bretona y que le propuso celebrar un contrato de trabajo por tiempo indefinido para desempeñar funciones distintas de las de investigador, y con una retribución inferior a la que percibía anteriormente en virtud de los contratos de duración determinada.

La cuestión debatida gira en torno a la cláusula 5 del Acuerdo marco que exige que las legislaciones nacionales prevengan la utilización abusiva de contratos temporales sucesivos mediante, al menos, una de estas medidas: razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos, la duración máxima total de los sucesivos contratos de duración determinada y el número de renovaciones.

En su respuesta al Tribunal administrativo de Rennes el Tribunal de Justicia recuerda: «no se puede considerar extraña al ámbito de aplicación del Acuerdo marco la transformación de un contrato de duración determinada en un contrato por tiempo indefinido» (apartado 37). Sin embargo, también precisa que «el Acuerdo marco no impone a los Estados miembros una obligación general de transformar en contratos por tiempo indefinido los contratos de trabajo de duración determinada» (apartado 38). Ahora bien, a juicio del Tribunal europeo, el Acuerdo marco impone un límite a la normativa nacional que prevé la transformación de los contratos temporales en indefinidos: «no está obligado a exigir, en el contrato de trabajo por tiempo indefinido, que se reproduzcan de modo idéntico las cláusulas principales que figuran en el contrato anterior. No obstante, para no lesionar los objetivos perseguidos por la Directiva 1999/70 ni su efecto útil, dicho Estado miembro deberá velar por que la transformación de los contratos de trabajo de duración

determinada en un contrato de trabajo por tiempo indefinido no vaya acompañada de modificaciones sustanciales de las cláusulas del contrato precedente en un sentido globalmente desfavorable para el interesado cuando los cometidos de éste y la naturaleza de sus funciones sigan siendo los mismos» (apartado 46).

En la sentencia Valenza el Tribunal de Justicia responde un reenvío prejudicial del Consejo de Estado italiano y considera que la Directiva se aplica a los trabajadores con un trabajo de duración determinada cuyo contrato o relación laboral estén definidos por la legislación, los convenios colectivos o las prácticas vigentes en cada Estado miembro. En este sentido el Tribunal de Justicia considera que, aun cuando las recurrentes hubiesen adquirido la condición de trabajadoras fijas, no debe excluirse la posibilidad de que puedan invocar en determinadas circunstancias el principio de no discriminación enunciado en la cláusula 4 del Acuerdo marco (apartado 34).

En este caso se trataba de trabajadoras temporales de la autoridad italiana de la competencia que al ser contratadas como indefinidas no se les tuvo en cuenta la antigüedad ni la experiencia profesional adquirida. Sobre este particular, el Tribunal de Justicia puntualizó: «Mientras que los períodos de servicios prestados como trabajadoras fijas se toman en consideración para determinar la antigüedad, y, por lo tanto, para fijar el importe de la retribución, no ocurre así con los prestados en calidad de trabajadoras con contrato de duración determinada, sin que, según ellas, se hayan examinado la naturaleza de las tareas efectuadas y las características inherentes a éstas».

En esta sentencia el Tribunal de Justicia señaló el carácter incondicional y suficientemente preciso de la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco lo que permite que los particulares puedan invocarla frente a las autoridades nacionales y ante el juez a partir de la fecha en que expiró el plazo máximo de transposición de la Directiva.

Por tanto, el Tribunal de Justicia concluye que existe contradicción entre la Directiva 1999/70 y la legislación italiana «que excluye por completo la toma en consideración de períodos de servicio prestados por un trabajador con contrato de trabajo de duración determinada en un organismo público para determinar la antigüedad de aquél con ocasión de su contratación por tiempo indefinido por este mismo organismo en calidad de funcionario de carrera en el marco de un procedimiento específico de estabilización de su relación de servicio, a menos que esta exclusión esté justificada por «razones objetivas», en el sentido de los apartados 1 y/o 4 de dicha cláusula. El mero hecho de que el trabajador con contrato de duración determinada haya cumplido dichos períodos de servicio sobre la base de un contrato o de una relación laboral de duración determinada no constituye tal razón objetiva».

4. La Directiva sobre igualdad de sexos, el despido de empleadas públicas y el permiso parental (sentencia Riežniece)

La aplicación de la igualdad entre trabajadores masculinos y femeninos consagrados en el Tratado constitutivo se ha extendido a través de las distintas directivas de armonización de las legislaciones nacionales que, sin ninguna duda, se aplican también en el ámbito del empleo público.

Por referirse a una de las últimas decisiones del Tribunal de Justicia, la sentencia Riežniece interpreta la Directiva 76/207/CEE relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo en relación con la Directiva 2010/18/UE por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental.

En este caso el Tribunal Supremo de Letonia le planteaba al Tribunal de Justicia si la amortización de un puesto de trabajo ocupado por una funcionaria que previamente había disfrutado de un permiso de maternidad constituía una discriminación indirecta. La funcionaria en cuestión había sido objeto de evaluación por un período que incluía el del permiso de maternidad y como consecuencia de dicha evaluación fue destinada a un puesto que finalmente fue amortizado.

A tal efecto, el Tribunal de Justicia puntualizó, en primer lugar y por lo que se refiere a la evaluación profesional, que existen límites que impone el Derecho de la Unión y que se concretan en estos términos: «para evitar toda discriminación y garantizar la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, el modo de evaluación de los trabajadores en el marco de la amortización de un puesto no puede colocar a los trabajadores que se hayan acogido a un permiso parental en una posición de desventaja con respecto a los trabajadores que no se hayan acogido a tal permiso» (apartado 41).

En segundo lugar, el Tribunal de Justicia reconoce una protección de la trabajadora que disfruta del permiso de maternidad en estos términos: «el empleador no puede vaciar de contenido el derecho que asiste a un trabajador que haya disfrutado de un permiso parental de ser trasladado a otro puesto de trabajo en las condiciones previstas por la cláusula 2, apartado 5, del Acuerdo marco sobre el permiso parental, proponiendo a dicho trabajador un puesto destinado a ser amortizado» (apartado 54).

3. LA JURISPRUDENCIA EUROPEA SOBRE EL ESTATUTO DE LOS EMPLEADOS DE LAS ADMINISTRACIONES ESPAÑOLAS

Es conveniente examinar la jurisprudencia europea referida precisamente a los empleados públicos españoles y sobre algunas cuestiones específicas del Derecho español. A tal efecto y después de recordar los principios generales de efecto directo, primacía y responsabilidad, examino distintos casos con el fin de determinar hasta qué grado ha quedado afectado el estatuto del empleado público en España como consecuencia de la aplicación del Derecho de la Unión Europea.

a) La aplicación del Derecho de la Unión Europea a los empleados públicos (efecto directo, primacía y derecho de indemnización)

Desde el punto de vista de los jueces españoles y, en consecuencia, de las Administraciones sometidas a su control, el efecto directo y la primacía del Derecho de la Unión se traducen, básicamente, en la potestad de anular los actos administrativos y de las normas reglamentarias que se revelen contrarias al Derecho europeo. Del mismo modo, en caso de que la contradicción se plantee entre en una norma con rango de ley y al no tener los jueces españoles la potestad de anularla, están obligados por el Derecho de la Unión a inaplicar la ley interna, estatal o autonómica, contraria al Derecho europeo.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo es sumamente respetuosa con la jurisprudencia europea como revelan, por ejemplo, las sentencias de 18 de mayo de 2011 o de 14 de julio de 2011 donde, después de invocar la jurisprudencia del Cerro Alonso y Gavieiro Gavieiro, llegan a esta conclusión: «Los argumentos precedentes conducen al reconocimiento de la eficacia directa de la Directiva 1999/70/CE y sin que ello justifique la completa equiparación entre el régimen aplicable a funcionarios interinos y a funcionarios de carrera, obliga al cumplimiento de la norma comunitaria, procediendo el abono retroactivo de los haberes devengados en función de los trienios reconocidos, y con el límite de prescripción previsto por el Ordenamiento Jurídico».

De hecho, las cuestiones de legalidad, por ejemplo frente a un Real Decreto, pueden plantearse en relación con la eventual contradicción con una norma del Derecho de la Unión. Así, por ejemplo, en la sentencia de 8 de noviembre del 2012 el Tribunal Supremo contesta positivamente, después de citar ampliamente la jurisprudencia europea (entre otras, la sentencia Gavieiro), una cuestión de ilegalidad planteada por la Audiencia Nacional centrada «en decidir si la exclusión del componente de la antigüedad prevista en [el Real Decreto 431/2004, de 12 de marzo, que regula las retribuciones correspondientes a magistrados suplentes y jueces sustitutos] resulta contraria a la Directiva 1999/70/CE».

Pero también en instancia y en apelación ante los tribunales españoles se aplica sin reticencia alguna la jurisprudencia europea sobre la primacía y el efecto directo. Así, por ejemplo, en materia del reconocimiento de sexenios del personal docente no universitario a los interinos, el Tribunal Superior de Justicia de Asturias advierte:

Que la discriminación viniese recogida en normas estatales o autonómicas de rango legal o incluso que fuese avalada por la interpretación del Tribunal Constitucional no impide la aplicación de la Directiva 1999/70/CE sobre el trabajo de duración determinada en los términos interpretados claramente por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en aplicación de los principios de efecto directo y primacía del Derecho de la Unión.

Por último y como cláusula de cierre existe una vía indemnizatoria frente a las Administraciones públicas por violación del Derecho de la Unión Europea. Los requisitos que deben concurrir son los fijados por el Tribunal de Justicia en la jurisprudencia *Brasserie du pêcheur* y *Factortame*: una norma jurídica que tenga por objeto conferir derechos a los particulares; una violación suficientemente caracterizada del Derecho de la Unión; y una relación de causalidad directa entre la infracción de la obligación del Estado y el daño.

En el ámbito del empleo público y a diferencia de otros ámbitos como el tributario en que se ha desarrollado más intensamente, no es tan frecuente esta jurisprudencia pero sí se pueden observar la disposición de los tribunales españoles a su examen. Sin embargo, la exigencia de la concurrencia de los tres presupuestos hace difícil que prospere una reclamación de este tipo. Así, se deduce por ejemplo de la jurisprudencia de la Audiencia Nacional en relación con la no trasposición de la Directiva sobre la ordenación del tiempo de trabajo en relación con la jornada de médicos y enfermeras de las instituciones penitenciarias.

b) El estatuto del empleado público y los casos ‘españoles’ del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia también incluye numerosas sentencias y autos que interpretan el Derecho de la Unión Europea en su aplicación en España. Sin pretender ser exhaustivo propongo abordar, a la luz de las sentencias del Tribunal de Justicia provocadas por los jueces españoles, principios esenciales como la distinción entre funcionarios y laborales, el acceso o la promoción en el empleo público, la jornada y las vacaciones, los trienios y sexenios de los empleados público temporales y, en fin, la garantía de los trabajadores en caso de traspaso de empresas cuando están implicadas administraciones o empresas públicas.

1. La distinción entre funcionarios y laborales no es contraria al Derecho de la Unión Europea

El Tribunal de Justicia aplica el Derecho de la Unión a los empleados públicos pero ha reconocido un ámbito de autonomía a los Estados miembros. Es este principio el que justifica que considere ajena al Derecho europeo la distinción entre funcionarios, estatutarios o laborales.

En su auto *Rivas Montes* (C-178/12) el Tribunal de Justicia inadmite una cuestión prejudicial del Juzgado de lo Social nº 1 de Córdoba que, en realidad, tenía por finalidad aplicar el mismo criterio para determinar la antigüedad de todos los empleados públicos, fuesen laborales o funcionarios.

A tal efecto el Juzgado cordobés pretendía saber si a la hora de determinar la antigüedad podía establecerse un régimen de cálculo distinto para el personal funcionario (en virtud del cual se computarían todos los períodos desempeñados en las distintas administraciones) y para el personal laboral (dado que solo se computarían todos los períodos si las interrupciones entre los contratos no afectaban a la unidad esencial del vínculo laboral) de las Administraciones españolas.

En este caso, a la Sra. Rivas, una auxiliar administrativo laboral del Instituto Municipal de Deportes de Córdoba, no se le computaron períodos de trabajo anteriores vinculados a este organismo público por haberse interrumpido su relación laboral más de 20 meses, lo que no le hubiese ocurrido de haber ostentado la condición de funcionaria.

Ahora bien, el Tribunal de Justicia considera que la cuestión planteada está fuera del ámbito de aplicación del principio de igualdad consagrado en el Derecho de la Unión porque la diferencia de trato no se basa en la duración determinada o indefinida de la relación de servicio, en cuyo caso

se aplicaría la Directiva 1999/70/CE sobre el trabajo de duración determinada, sino en su carácter funcional o laboral.

Esta última diferenciación, como señala el Tribunal de Justicia, no se basa en la duración determinada o indefinida de la relación de servicio, sino en la naturaleza jurídica de la relación que tales empleados mantienen con la Administración.

2. El acceso y la promoción en el empleo público en España están protegidos por las libertades económicas fundamentales

Prácticamente en los mismos términos en que lo reconoce ahora el Estatuto Básico del Empleado Público las libertades económicas europeas se aplican a todos los empleados públicos con escasas excepciones.

Así se regula en el artículo 57 del Estatuto Básico relativo al acceso al empleo público de nacionales de otros Estados, en particular, de los nacionales de los Estados miembros de la Unión, donde la clave radica en la distinción entre funcionario y laboral.

Por lo que se refiere a los funcionarios y, en los mismos términos que resultan de la jurisprudencia europea, las excepciones se aplican únicamente a «aquellos [funcionarios] que directa o indirectamente impliquen una participación en el ejercicio del poder público o en las funciones que tienen por objeto la salvaguardia de los intereses del Estado o de las Administraciones Públicas».

En cambio, en el supuesto de los laborales la regla de igualdad de acceso no tiene, en principio, excepciones para los ciudadanos de la Unión, sus descendientes y cónyuges respectivos.

Ahora bien y siendo bastante pacífica la cuestión, el acceso al empleo se puede ver afectado por otras libertades como el reconocimiento de títulos. Así se revela, por lo que se refiere al empleo público, en la sentencia Fernández de Bobadilla, en la que el Tribunal de Justicia responde al Juzgado de lo Social de Madrid respecto del reconocimiento de un título universitario obtenido en Inglaterra y aportado en un concurso-oposición al puesto de restauradora en el Museo de El Prado.

En este caso, el Tribunal de Justicia subraya que las autoridades nacionales competentes para homologar o convalidar los títulos extranjeros (el Ministerio de Educación) o, subsidiariamente, el propio organismo público (El Prado) «están obligados a examinar en qué medida los conocimientos y capacitación acreditados por el título obtenido por el interesado [en otro Estado miembro] equivalen a los exigidos por la normativa del Estado miembro de acogida. Cuando la equivalencia sea solamente parcial, corresponde a las autoridades nacionales competentes o, en su caso, al propio organismo público, apreciar si los conocimientos adquiridos por el interesado en el marco de un ciclo de estudios o de una experiencia práctica pueden servir para demostrar que se está en posesión de los conocimientos no acreditados por el título extranjero.

Pero también las libertades económicas fundamentales se aplican con más intensidad en la promoción de los funcionarios en la medida en que deben tenerse en cuenta cualificaciones profesionales obtenidas en la Unión Europea.

Sobre este particular, España fue 'condenada' por el Tribunal de Justicia en 2008 por «supeditar la admisión a las pruebas de promoción interna en la función pública de ingenieros en posesión de cualificaciones profesionales obtenidas en otro Estado miembro al reconocimiento académico de dichas cualificaciones».

En este recurso por incumplimiento la Comisión Europea explicaba que a uno de los denunciantes le fue denegado el acceso a una prueba de promoción interna del Ministerio de Medio Ambiente, por razón de que las personas en posesión de títulos académicos extranjeros debían obtener, previamente, su homologación conforme a la normativa española. Pues bien, el Tribunal de Justicia atiende la interpretación de la Comisión Europea y puntualiza: «el requisito de homologación no es compatible con el artículo 3 de la Directiva 89/48, al menos en la medida en que constituye un requisito previo para poder participar en pruebas de promoción interna, incluso

para los candidatos que únicamente invocan un título expedido en otro Estado miembro y reconocido en aplicación de la Directiva 89/48» (apartado 82).

3. La jornada y las vacaciones de los empleados públicos deben interpretarse de conformidad con el Derecho de la Unión

El Tribunal de Justicia ha interpretado la Directiva sobre ordenación del tiempo de trabajo respecto de litigios planteados ante tribunales españoles abordando, básicamente, dos cuestiones: la jornada laboral y las vacaciones de los empleados públicos.

Por lo que se refiere a la jornada de trabajo, en la sentencia Sindicato de Médicos de Asistencia Pública (SIMAP), el Tribunal de Justicia le proporciona a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Valencia una interpretación de las Directivas 89/391 y 93/104 relativas a la seguridad y la salud de los trabajadores y a la ordenación del tiempo de trabajo en relación con el personal sanitario.

En este caso el Tribunal de Justicia confirma, por una parte, que la Directiva 89/391 «se aplica a todos los sectores de actividades, públicas o privadas y, en particular, a las actividades industriales, agrícolas, comerciales, administrativas, de servicios, educativas, culturales y de ocio. No obstante, como resulta del apartado 2 de la misma disposición, la Directiva de base no será de aplicación cuando se opongan a ello de manera concluyente las particularidades inherentes a determinadas actividades específicas de la función pública, por ejemplo, en las fuerzas armadas o en la policía, o a determinadas actividades específicas en los servicios de protección civil» (apartado 32).

Por lo que respecta al personal sanitario, el Tribunal de Justicia considera que no tiene ninguna relevancia que los médicos de Equipos de Atención Primaria ejerzan sus actividades en un ámbito que los vincula al sector público y, por tanto, su actividad está sometida a las Directivas.

A continuación el Tribunal de Justicia determina qué se entiende por tiempo de trabajo, y en su caso horas extraordinarias, el correspondiente a la prestación efectiva de servicios de atención primaria, sea bajo el régimen de presencia física en los centros sanitarios (lo que incluye la totalidad) sea mediante el régimen denominado de 'localización' (solo referido al tiempo de prestación efectiva de servicios de atención primaria) (apartado 52). En fin, el Tribunal de Justicia considera que determinadas disposiciones de la Directiva, en la medida en que establecen normas mínimas de protección, gozan de efecto directo (apartado 70).

El criterio de esta sentencia SIMAP fue corroborado por el Tribunal de Justicia mediante el auto Confederación Intersindical Galega (CIG) / SERGAS, que contesta similares cuestiones prejudiciales planteadas por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia.

Aunque en este caso el personal afectado no era únicamente médico sino también de enfermería de los servicios de urgencias, el Tribunal de Justicia puntualizó: «ni el marco ni la naturaleza de las actividades correspondientes a los médicos y a los enfermeros de los equipos de atención primaria presentan diferencias pertinentes respecto al examen de las dos Directivas controvertidas» (apartado 27).

Asimismo, el Tribunal de Justicia declaró en una sentencia de 2006 (C-132/04) que España incumplía la Directiva 89/391 relativa a la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo, por lo que respecta a la exclusión de su aplicación a determinados empleados porque el criterio utilizado por la Directiva no está fundado en la pertenencia de los trabajadores a los distintos sectores de actividades considerados globalmente, como las fuerzas armadas, la policía y el servicio de protección civil, sino exclusivamente en la naturaleza específica de ciertos cometidos especiales desempeñados por los trabajadores dentro de dichos sectores, lo que justifica una excepción en razón de la absoluta necesidad de garantizar una protección eficaz de la colectividad.

En consecuencia, la exclusión de la aplicación de la Directiva 89/391 que hacía la Ley española de prevención de riesgos laborales de 1995 a las funciones públicas de policía, seguridad y

resguardo aduanero así como a los servicios operativos de protección civil y peritaje forense en los casos de grave riesgo, catástrofe y calamidad pública no constituía una transposición conforme con el Derecho europeo.

Del mismo modo, en 2010 también el Tribunal de Justicia ‘condenó’ a España por no haber cumplido las obligaciones derivadas de la Directiva sobre ordenación del tiempo de trabajo en relación con el personal no civil de las Administraciones españolas. En este caso de la sentencia del Tribunal de Justicia se deduce que la trasposición de la Directiva en España no se había aplicado, en particular, a los miembros de la Guardia Civil.

En cuanto se refiere al derecho a las vacaciones de los empleados públicos españoles, la respuesta no ha sido directa sino que debe deducirse de la sentencia Anged con la que el Tribunal de Justicia responde un reenvío prejudicial de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo sobre el alcance del derecho de los trabajadores a disfrutar de sus vacaciones anuales retribuidas aun cuando estas coincidan con períodos de baja por incapacidad laboral temporal.

A pesar de existir jurisprudencia europea anterior, el Tribunal Supremo quería saber cuál era el criterio para el caso de que la incapacidad laboral sobreviniese una vez iniciado el período de vacaciones anuales retribuidas. Lo más destacado de la sentencia es que el Tribunal de Justicia recuerda que «el derecho a vacaciones anuales retribuidas no sólo tiene una importancia especial por su condición de principio del Derecho social de la Unión, sino que también está expresamente reconocido en el artículo 31, apartado 2, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, a la que el artículo 6 TUE, apartado 1, reconoce el mismo valor jurídico que a los Tratados» (apartado 17).

En definitiva y a juicio del Tribunal de Justicia: «el trabajador tiene derecho a disfrutar de sus vacaciones anuales retribuidas coincidentes con un período de baja por enfermedad en un período posterior, con independencia del momento en que haya sobrevenido esa incapacidad laboral» (apartado 21).

Con esta sentencia el Tribunal de Justicia respondía también la cuestión prejudicial planteada a la vez que el Tribunal Supremo por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 1 de Oviedo.

La pregunta del juez ovetense se refería a las vacaciones de los funcionarios de la Administración de Justicia y, en particular, a la regulación del artículo 502.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. La regulación específica prevé que en caso de surgir una situación de incapacidad temporal durante unas vacaciones ya iniciadas solo podía entenderse interrumpido su disfrute si esa incapacidad había exigido ingreso hospitalario descartando el resto de supuestos de incapacidad temporal. A la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia puede considerarse que la referida previsión de la Ley Orgánica del Poder Judicial es inaplicable por ser contraria al Derecho de la Unión.

4. La equiparación de los derechos de los empleados públicos de carrera y temporales (trienios y sexenios)

La aplicación de la Directiva sobre protección de los trabajadores con contratos por tiempo indefinido ha sido muy relevante en el Derecho español y ha sido objeto de interpretaciones de gran interés para el régimen de los empleados públicos.

El Tribunal de Justicia se ha referido al reconocimiento de la antigüedad mientras se desempeñó el puesto con una relación de carácter temporal.

La primera sentencia es 2007 y se refiere al personal estatutario de los servicios de salud. El Tribunal de Justicia responde en su sentencia del Cerro Alonso un reenvío prejudicial del Juzgado de lo Social nº 1 de San Sebastián sobre la aplicación de la Directiva 1999/70 a una auxiliar administrativa que accede a su plaza fija y en ese momento pretende que se le reconozcan por el Servicio Vasco de Salud a efectos de trienios más de 12 años desempeñados como ‘personal estatutario temporal’.

En primer lugar, el Tribunal de Justicia subraya: «habida cuenta de la importancia de los principios de igualdad de trato y de no discriminación, que forman parte de los principios generales del Derecho comunitario, a las disposiciones previstas por la Directiva 1999/70 y el Acuerdo marco a efectos de garantizar que los trabajadores con un contrato de duración determinada disfruten de las mismas ventajas que los trabajadores por tiempo indefinido comparables, salvo que esté justificado un trato diferenciado por razones objetivas, debe reconocérseles un alcance general, dado que constituyen normas de Derecho social comunitario de especial importancia de las que debe disfrutar todo trabajador, al ser disposiciones protectoras mínimas» (apartado 27).

En segundo lugar y al analizar la trascendencia que pueda tener el hecho de que sea un empleo fijo o temporal y que esté vinculado a la Administración, el Tribunal de Justicia precisa: «La mera circunstancia de que un empleo sea calificado como ‘de plantilla’ con arreglo al Derecho nacional y presente alguno de los elementos que caracterizan a la función pública del Estado miembro de que se trate carece de relevancia a este respecto, so pena de desvirtuar gravemente la eficacia de la Directiva 1999/70 y del Acuerdo marco así como la aplicación uniforme de éstos en los Estados miembros, reservando a estos últimos la posibilidad de excluir a su arbitrio a determinadas categorías de personas del beneficio de la protección requerida por estos instrumentos comunitarios» (apartado 29).

En 2010 el Tribunal de Justicia se pronuncia sobre los empleados públicos docentes en la sentencia Gavieiro Gavieiro y el abono de trienios con efectos retroactivos mientras fueron funcionarios interinos. A las preguntas de dos Juzgados gallegos de lo Contencioso-administrativo el nº 3 de A Coruña y el nº 3 de Pontevedra, el Tribunal de Justicia responde confirmando y ampliando la interpretación de la Directiva 1999/70 sobre el trabajo de duración determinada.

En este caso se trataba de dos funcionarias de carrera de la Xunta de Galicia que reclamaban el abono de los trienios por antigüedad devengados con anterioridad al 13 de mayo de 2007, fecha de entrada en vigor del Estatuto Básico del Empleado Público, por haber trabajado como profesoras interinas.

El Tribunal de Justicia precisa, en primer lugar, que de la Directiva 1999/70 y del Acuerdo marco como de su sistema y finalidad se deduce, que se aplican a los contratos y relaciones laborales de duración determinada celebrados por los órganos de la Administración y demás entidades del sector público (apartado 38). Asimismo, reitera que es irrelevante la naturaleza de la relación, laboral o funcionaria, con la Administración a los efectos de aplicar eficaz y uniformemente (apartado 43). En suma, a los funcionarios interinos gallegos se les aplica la Directiva.

En segundo lugar, el Tribunal de Justicia considera que la naturaleza temporal de la relación de servicio de determinados empleados públicos no puede constituir, por sí misma, una razón objetiva, para justificar la diferencia de trato por lo que se refiere al pago de complementos salariales por antigüedad, es decir, a los trienios (apartado 46).

Por último, el Tribunal de Justicia reconoce el efecto directo de la Directiva y subraya: «la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco es incondicional y lo suficientemente precisa para poder ser invocada frente al Estado por los particulares ante un juez nacional, las demandantes en el litigio principal pueden alegar válidamente sus pretensiones de abono de los trienios a los que tienen derecho con carácter retroactivo, basándose directamente en las disposiciones de dicha cláusula. No parece, pues, necesario, a primera vista, un recurso de indemnización basado en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a la responsabilidad de los Estados miembros por violación del Derecho de la Unión» (apartado 87). Y de manera expresa, el Tribunal de Justicia reconoce que el efecto directo confiere al derecho al pago de trienios efecto retroactivo desde la fecha de expiración del plazo impartido a los Estados miembros para la transposición de esta Directiva al Derecho interno (apartado 99).

También el auto Montoya Medina aplica, a instancias de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en las sentencias del Cerro Alonso y Gavieiro a la discriminación entre personal laboral de las universidades públicas. En este

caso un profesor doctor contratado de la Universidad de Alicante reclamaba los trienios mientras había sido profesor ayudante doctor.

Sobre este particular, el Tribunal de Justicia recordó que no cabe discriminación entre los distintos tipos de trabajadores salvo que «la desigualdad de trato observada esté justificada por la existencia de elementos precisos y concretos, que caracterizan la condición de trabajo de que se trata, en el contexto específico en que se enmarca y con arreglo a criterios objetivos y transparentes, a fin de verificar si dicha desigualdad responde a una necesidad auténtica, si permite alcanzar el objetivo perseguido y si resulta indispensable al efecto» (apartado 41).

Por tanto y a juicio del Tribunal de Justicia, es contraria a la Directiva 1999/70/CE sobre el trabajo de duración determinada la normativa de la Generalitat valenciana que reconoce el derecho a percibir un complemento salarial por antigüedad únicamente a los profesores contratados doctores, excluyendo a los profesores ayudantes doctores, cuando, en relación con la percepción de dicho complemento, ambas categorías de trabajadores se hallan en situaciones comparables.

En 2011 y en relación con los funcionarios autonómicos, la sentencia Rosado Santana / Junta de Andalucía responde un reenvío prejudicial del Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 12 de Sevilla que le plantea cuestiones relativas al cómputo de la experiencia profesional adquirida como funcionario interino.

En este caso, un funcionario de carrera de la Administración andaluza pretendía que se le tuviesen en cuenta, a los efectos de promoción profesional, diez años de antigüedad adquiridos previamente como funcionario interino. De 1989 a 2005 había sido funcionario interino hasta que alcanzó la condición de funcionario de carrera pero al participar en un procedimiento de promoción interna la normativa andaluza excluía el cómputo de servicios previos reconocidos como funcionario interino o laboral. Aun cuando inicialmente se le admitió al procedimiento y promocionó de categoría, finalmente se anuló esta decisión por no haber acreditado 10 años como funcionario de carrera.

Pues bien y en este caso frente a las alegaciones de las Administraciones, incluida la Comisión Europea, el Tribunal de Justicia señala: «las normas nacionales relativas a los períodos de servicio que deben cumplirse para poder ser clasificado en una categoría retributiva superior o a fines del cálculo de los períodos de servicio requeridos para ser objeto de un informe de calificación cada año y, en consecuencia, poder beneficiarse de una promoción profesional como la controvertida en el litigio principal forman parte integrante de las condiciones de trabajo» (apartado 46).

Y a partir de ahí el Tribunal de Justicia, a la vista de la información proporcionada por el Juzgado sevillano de que el Tribunal Constitucional consideraba justificada la diferencia establecida entre funcionarios de carrera y funcionarios interinos, lanza esta advertencia:

En el supuesto de que un tribunal nacional, incluido un tribunal constitucional, excluyera la aplicación de la Directiva 1999/70 y del Acuerdo marco al personal de la función pública de un Estado o permitiera diferencias de trato entre los funcionarios interinos y los funcionarios de carrera a falta de razones objetivas, en el sentido de la cláusula 4, apartado 1, de dicho Acuerdo marco, procederá declarar que tal jurisprudencia va en contra de lo dispuesto en estas normas del Derecho de la Unión e incumple las obligaciones que incumben a las autoridades judiciales de los Estados miembros, en el marco de sus competencias, de garantizar la protección jurídica que de las disposiciones de dicho Derecho se desprende para los justiciables y de garantizar su pleno efecto (apartado 61).

Y concluye el Tribunal de Justicia interpretando que la Directiva 1999/70 y el Acuerdo marco se aplican a las relaciones de servicio de duración determinada y a los contratos celebrados por los órganos de la Administración y el resto de entidades del sector público lo que exige que se excluya toda diferencia de trato entre los funcionarios de carrera y los funcionarios interinos comparables basada en el mero hecho de que estos tienen una relación de servicio de duración determinada, a menos que razones objetivas justifiquen un trato diferente (apartado 62).

En fin, el Tribunal de Justicia profundiza en la posibilidad de que haya razones objetivas para establecer diferencias entre los distintos tipos de funcionarios; sin embargo, llega a la conclusión de que la cláusula 4 del Acuerdo marco se opone a que los períodos de servicio cumplidos por un funcionario interino de una Administración Pública no sean tenidos en cuenta para el acceso de este, que entre tanto ha tomado posesión como funcionario de carrera, siendo irrelevante que los períodos de servicio se hayan realizado como consecuencia de un contrato de duración determinada (apartado 84).

Precisamente en la sentencia Rosado Santana el Tribunal de Justicia examina y relativiza una jurisprudencia española muy asentada sobre la inimpugnabilidad de las convocatorias relativas a la selección y a la promoción de empleados públicos que sean firmes y consentidas por no haber sido impugnadas en plazo. A tal efecto, el Tribunal de Justicia argumenta: «el Derecho primario de la Unión, la Directiva 1999/70 y el Acuerdo marco deben interpretarse en el sentido de que no se oponen, en principio, a una norma nacional que prevé que el recurso interpuesto por un funcionario de carrera contra una resolución por la que se le excluye de un proceso selectivo y basado en que dicho proceso era contrario a la cláusula 4 de dicho Acuerdo marco debe interponerse en un plazo preclusivo de dos meses desde la fecha de la publicación de la convocatoria. Sin embargo, tal plazo no podía oponerse a un funcionario de carrera, candidato a dicho proceso selectivo, que fue admitido al mismo y cuyo nombre figuraba en el listado definitivo de aprobados de dicho proceso, si podía hacer imposible o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el Acuerdo marco. En tales circunstancias, el plazo de dos meses sólo podría empezar a correr desde la notificación de la resolución por la que se anulaba su admisión a dicho proceso y su nombramiento como funcionario de carrera del grupo superior» (apartado 100).

A la vista de la anterior jurisprudencia parecía más clara la cuestión de los sexenios del personal docente que se resuelve en 2012 por el Tribunal de Justicia en el auto Lorenzo Martínez / Junta de Castilla y León en contestación a un reenvío prejudicial planteado por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 4 de Valladolid sobre el derecho de los funcionarios interinos a la percepción de los denominados sexenios de formación de los profesores docentes no universitarios.

El juez castellano tenía dudas sobre la naturaleza de este complemento retributivo y preguntaba si está justificado que se reserve únicamente para los funcionarios docentes de carrera o si debe reconocerse este derecho también a la profesora interina reclamante.

El Tribunal de Justicia responde la cuestión prejudicial reiterando los mismos argumentos de las sentencias del Cerro Alonso, Gavieiro o Rosado Santana y el auto Montoya Medina. Por lo que, como ocurre con los trienios del personal funcionario y del personal estatutario, a los sexenios del personal docente también se les aplica la Directiva sobre el trabajo de duración determinada.

El Tribunal de Justicia observa que el ejercicio de las funciones docentes por parte de los profesores que tienen la condición de funcionarios de carrera y de los interinos no exige unas cualificaciones académicas o una experiencia distintas sino que por el contrario ejercen funciones similares y están sometidos a las mismas obligaciones, en particular en materia de formación permanente (apartado 45).

Por tanto, no es conforme con el Derecho de la Unión la regulación estatal y autonómica que en España reserva, sin ninguna justificación por razones objetivas, el derecho a percibir el complemento retributivo por formación permanente únicamente a los profesores funcionarios de carrera, excluyendo a los profesores funcionarios interinos, cuando, en relación con la percepción de dicho complemento, ambas categorías de trabajadores se hallan en situaciones comparables

Esta jurisprudencia ha tenido una aplicación judicial inmediata en materia de sexenios del personal docente. Por ejemplo, el Tribunal Superior de Justicia de Asturias en la sentencia de 2 de julio del 2012, después de invocar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, argumenta parafraseando la jurisprudencia europea: «no es conforme con el Derecho de la Unión la regulación estatal y autonómica que en España reserva, sin ninguna justificación por razones objetivas, el derecho a percibir el complemento retributivo por formación permanente únicamente

a los profesores funcionarios de carrera, excluyendo a los profesores funcionarios interinos, cuando, en relación con la percepción de dicho complemento, ambas categorías de trabajadores se hallan en situaciones comparables».

En el mismo sentido el Tribunal Supremo ha acogido esta jurisprudencia europea y considera que si es discriminatorio reservar los trienios a los funcionarios docentes de carrera «también habrá que considerar discriminatorio reservarles la percepción del componente por formación permanente del complemento específico porque en ambos casos es la distinta naturaleza, permanente o temporal de la relación de servicio, la que explica la exclusión de esas retribuciones para los interinos».

5. La garantía en caso de traspaso de empresas se aplica en ocasiones a los empleados públicos

La Directiva 2001/23/CE sobre el mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas puede aplicarse a las relaciones entre las administraciones y los organismos públicos.

Así resulta de la sentencia Scattolon donde el Tribunal de Justicia aplica esta Directiva en el traspaso de personal entre organismos públicos. No obstante, el Tribunal de Justicia señala que no constituyen una transmisión de empresa, en el sentido de dicha Directiva, la reorganización de estructuras de la administración pública o la cesión de competencias administrativas entre administraciones públicas, por sí solas y en cuanto tales (apartado 55).

Pero en este caso y a la vista del litigio concreto, el traspaso de Ivana Scattolon, bedel en la escuela pública de un municipio veneciano, al Ministerio de Educación en Italia, considera aplicable la Directiva y subraya que esta se opone a que los trabajadores transferidos sufran una pérdida salarial sustancial en relación con su situación inmediatamente anterior a la transmisión, debido a que su antigüedad adquirida al servicio del cedente, equivalente a la adquirida por trabajadores al servicio del cesionario, no se tenga en cuenta al determinar su condición salarial inicial al servicio de este último (apartado 83).

En el caso del empleo público en España es relevante la interpretación dada por el Tribunal de Justicia en la sentencia Clece. El Tribunal de Justicia respondió en 2011 el reenvío de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha en un litigio en la disputa entre la empresa Clece y el Ayuntamiento toledano de Cobisa.

Al término del contrato de servicios de limpieza en los colegios y dependencias municipales realizado por Clece, esta empresa pretendía que el Ayuntamiento se subrogase en la relación laboral con una de sus trabajadoras empresa que, en consecuencia, pretendía que pasase a ser empleada municipal.

Ahora bien y en este supuesto concreto el Tribunal de Justicia no aceptó esta interpretación. En efecto, el Tribunal europeo precisa que está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva una situación en la que una empresa, que se sirve de otra empresa para la limpieza de sus locales, decide resolver el contrato y ejecutar por sí misma esas tareas.

Para que la Directiva sea aplicable, la transmisión debe tener por objeto una entidad económica que mantenga su identidad tras el cambio de titular. Por eso y en el supuesto concreto la Directiva no se aplica a una situación en la que el Ayuntamiento, que había encargado la limpieza de sus dependencias a Clece, decidió poner resolver el contrato y realizar por sí mismo los trabajos de limpieza de dichas dependencias, contratando para ello nuevo personal (apartado 43).

4. CONCLUSIÓN

La legislación europea, tal como la interpreta el Tribunal de Justicia, ha tenido sobre la regulación española de los empleados públicos tres efectos que giran en torno a la libre circulación de los ciudadanos de la Unión, a la protección social de los trabajadores y a la aplicación de un Derecho

europeo que, como el español, se aplica a distintas administraciones y que por tanto está necesitado de colaboración y coordinación.

Por lo que se refiere a la libre circulación de los ciudadanos en la Unión Europea, la jurisprudencia ha terminado afectando no solo el acceso al empleo público, en el que el requisito de la nacionalidad resulta ahora excepcional, sino a todos los aspectos relacionados con la movilidad de estudiantes y profesionales en la Unión Europea. De modo que, superados los obstáculos de la nacionalidad, también deben considerarse eliminadas las barreras al reconocimiento de títulos y diplomas así como cualquier otra limitación que desincentive, también para el caso de los empleados públicos, la libre circulación en la Unión.

En cuanto a la protección social derivada de la armonización europea de las legislaciones europeas, la orientación de la jurisprudencia europea se dirige a aplicar a todos los empleados públicos las conquistas sociales en materia de igualdad, jornada, de vacaciones, de salud y seguridad e incluso de garantía en caso de traspaso de personal de las administraciones públicas. Esto supone, indudablemente, una convergencia de los distintos estatutos de los empleados públicos como, por lo demás y por razones bien distintas, revela la legislación española con la adopción del Estatuto Básico del Empleado Público.

Por último, la aplicación del Derecho europeo responde a un modelo descentralizado que exige una intervención legislativa, administrativa y judicial de los Estados miembros, que, por esa razón, requiere un régimen de coordinación, de colaboración y de confianza mutua en los desarrollos legislativos y en la aplicación por las distintas administraciones. Del mismo modo, el Estatuto Básico del Empleado Público en España debería desarrollarse en un contexto legislativo estatal y autonómico, y debería aplicarse en las distintas administraciones (estatal, autonómicas y locales) haciendo un esfuerzo de mayor coordinación, colaboración y confianza mutua en lo que se refiere a la aplicación del régimen de los empleados públicos.

RELACIÓN DE SENTENCIAS ‘ESPAÑOLAS’ DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA SOBRE EMPLEADOS PÚBLICOS

1. TJCE, sentencia de 8 de julio de 1999, Fernández de Bobadilla (C-234/97, Rec. p. I-4773).
2. TJCE, sentencia de 3 de octubre de 2000, Sindicato de Médicos de Asistencia Pública (SIMAP) / Consellería de Sanidad y Consumo de la Generalidad Valenciana (C-303/98, Rec. p. I-7963).
3. TJCE, auto de 3 de julio de 2001, Confederación Intersindical Galega (CIG) / SERGAS (C-241/99, Rec. p. I-5139).
4. TJCE, sentencia de 30 de septiembre de 2003, Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española (C-405/01, Rec. p. I-10391).
5. TJCE, sentencia de 12 de enero de 2006, Comisión / España (incumplimiento de la Directiva sobre seguridad laboral de empleados de la policía, seguridad y resguardo aduanero y servicios operativos de protección civil y peritaje forense) (C-132/04, Rec. p. I-3).
6. TJCE, sentencia de 23 de febrero de 2006, Comisión / España (incumplimiento por no reconocimiento económico de los servicios en la función pública de otro Estado miembro) (C-205/04, Rec. p. I-31).
7. TJCE, sentencia de 13 de septiembre de 2007, del Cerro Alonso (C-307/05, Rec. p. I-7109).
8. TJCE, sentencia de 23 de octubre de 2008, Comisión / España (reconocimiento del título de ingeniero obtenido en Italia) (C-286/06, Rec. p. I-8025).

9. TJUE, sentencia de 20 de mayo de 2010, Comisión / España (aplicación de la Directiva sobre ordenación del tiempo de trabajo a la Guardia Civil) (C-158/09, Rec. p. I-68).
10. TJUE, sentencia de 22 de diciembre de 2010, Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres / Xunta de Galicia (C-444/09 y C-456/09, Rec. p. I-14031).
11. TJUE, sentencia de 20 de enero de 2011, CLECE (C-463/09, Rec. p. I-95).
12. TJUE, auto, de 18 de marzo de 2011, Montoya Medina / Fondo de Garantía Salarial y Universidad de Alicante (C-273/10, Rec. p. I-32).
13. TJUE, sentencia de 8 de septiembre de 2011, Rosado Santana / Junta de Andalucía (C-177/10, Rec. p. I-7907).
14. TJUE, auto de 9 de febrero de 2012, María Jesús Lorenzo Martínez / Junta de Castilla y León (C-556/11, pendiente de publicación en la Recopilación).
15. TJUE, auto de 7 de marzo de 2013, Rivas Montes (inadmisibilidad y cuestión de cálculo antigüedad de funcionarios y laborales) (C-178/12, pendiente de publicación en la Recopilación).