

“Los datos son el eje de todo y supondrán un desafío para nuestras instituciones e incluso para nuestro

REDUCCIONES DE JORNADA Y ADMINISTRACIÓN LOCAL

Carolina Gala Durán

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universitat Autònoma de Barcelona

Seminari d'Actualització de funció pública local. Federació de Municipis de Catalunya.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA REDUCCIÓN DE LA JORNADA DE TRABAJO POR CUIDADO DE HIJOS/AS O MENORES O PERSONAS CON DISCAPACIDAD DEL PERSONAL LABORAL. 3. LA REDUCCIÓN DE LA JORNADA DE TRABAJO POR CUIDADO DE FAMILIARES DEL PERSONAL LABORAL. 4. LA REDUCCIÓN DE LA JORNADA POR CUIDADO DE HIJOS/AS O FAMILIARES DEL PERSONAL FUNCIONARIO. 4.1. El alcance del artículo 48 h del TREBEP. 4.2. La normativa catalana: La Llei 8/2006. 4.3. El impacto de la STSJ Catalunya CA de 13 de septiembre de 2017. 5. ASPECTOS COMUNES: LA PROTECCIÓN EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL. 6. LA REDUCCIÓN O PERMISO POR LACTANCIA DEL PERSONAL LABORAL. 7. LA REDUCCIÓN DE LA JORNADA O PERMISO POR LACTANCIA DEL PERSONAL FUNCIONARIO. 7.1. La regulación del artículo 48 f) del TREBEP. 8. LA REDUCCIÓN DE LA JORNADA PARA EL CUIDADO DE UN HIJO/A ENFERMO DE CÁNCER U OTRA ENFERMEDAD GRAVE DEL PERSONAL LABORAL. 9. LA REDUCCIÓN DE LA JORNADA POR CUIDADO DE MENORES ENFERMOS DE CÁNCER U OTRA ENFERMEDAD GRAVE DEL PERSONAL FUNCIONARIO.

1. INTRODUCCIÓN

El objetivo de esta ponencia es analizar los principales tipos de reducciones de la jornada de trabajo aplicables actualmente en el marco de la Administración Local, tanto desde la perspectiva legal como jurisprudencial. Esos tipos son:

a) La reducción de la jornada de trabajo por cuidado de hijos/as o menores y personas con discapacidad.

b) La reducción de la jornada de trabajo por cuidado de otros familiares.

c) La reducción de la jornada o permiso por lactancia.

Y, d) la reducción de la jornada de trabajo por cuidado de hijos/as enfermos de cáncer u otra enfermedad grave.

2. LA REDUCCIÓN DE LA JORNADA DE TRABAJO POR CUIDADO DE HIJOS/AS O MENORES O PERSONAS CON DISCAPACIDAD DEL PERSONAL LABORAL

En primer lugar, en cuanto a la legislación aplicable en este tipo de reducción de la jornada, cabe mencionar el artículo 37.6 párrafos 1º y 2º y 7 del Estatuto de los Trabajadores¹. Al personal laboral, tal y como ha señalado el Tribunal Supremo, no le resulta aplicable lo dispuesto en el TREBEP. Y también cabe mencionar la negociación colectiva, que tiene un amplio margen de actuación en el caso del personal laboral.

En segundo lugar, cabe señalar que nos encontramos, tal y como han recordado los tribunales, ante un verdadero derecho, cuyo objetivo no es sólo facilitar la conciliación de la vida laboral y familiar sino también garantizar el cuidado adecuado del sujeto causante de tal medida, ya se trate de un hijo/a, de un menor o de una persona con discapacidad. Tal y como se manifiesta en la STS de 11 de diciembre de 2001: *“... los supuestos de jornada reducida por guarda legal, que tienden a proteger no solo el derecho de los trabajadores a conciliar su vida laboral y familiar para mejor cumplir con los deberes inherentes a la patria potestad que enumera el art. 154.1 del Código Civil, sino también el propio interés del menor a recibir la mejor atención posible...”*.

Se trata, además, de un derecho individual, de todos los empleados, hombres o mujeres, y al mismo pueden acceder tanto los empleados temporales como indefinidos, a tiempo completo o a tiempo parcial.

Asimismo, y como consecuencia de todo lo anterior, este derecho no puede negarse y tiene que reconocerse sin dilaciones. Según los tribunales, nos encontramos ante un derecho innegable, inaplazable e inmodificable por decisión del empleador. El único límite, previsto en el propio ET, es que si dos o más empleados de la misma Administración Local generan este derecho por el mismo sujeto causante (por ejemplo, un hijo/a), puede limitarse su ejercicio simultáneo cuando así lo exijan las necesidades del servicio (decisión que debe estar suficientemente motivada teniendo en cuenta las circunstancias presentes en cada supuesto). En todo caso, será posible el disfrute sucesivo.

En tercer lugar, en relación con el contenido de esta medida de conciliación de la vida laboral y familiar, cabe destacar que ésta se concreta en una reducción de la jornada “diaria” de trabajo de entre, al menos, un octavo y un máximo de la mitad, con la consiguiente -y proporcional- reducción de las remuneraciones. Medida que podrá aplicarse cuando, por razones

¹ Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET).

de guarda legal, el empleado tiene a su cuidado directo a un menor de 12 años o a una persona con discapacidad física, psíquica o sensorial, siempre que no desempeñe una actividad retribuida. En este ámbito cabe realizar varias consideraciones:

1ª) Debe cumplirse el requisito de la guarda legal (por ejercer la patria potestad o la tutela del menor, incluyendo los supuestos de guarda con fines de adopción y el acogimiento), regulado conforme al derecho civil.

2ª) La edad máxima son los 12 años (edad que se ha ido incrementando en los últimos años).

3ª) Se exige el cumplimiento del requisito de “cuidado directo”, que debe interpretarse de una forma amplia, esto es, como la asunción personal de la vigilancia del menor, pero sin que este control reclame necesariamente la convivencia o el cuidado físico del mismo o excluya la ayuda de terceras personas o instituciones.

4ª) En el caso de las personas con discapacidad, no se exige un grado concreto (por tanto, a partir del 33 por 100, debidamente acreditado por el órgano competente). Y se requiere contar con la guarda legal de esa persona, lo que limita enormemente el posible recurso a esta medida. Asimismo, la persona con discapacidad no puede desempeñar una actividad retribuida, ya sea por cuenta ajena o por cuenta propia, lo que no impide la percepción de rentas o de prestaciones de la Seguridad Social.

5ª) Esta medida implica siempre una reducción de la jornada “diaria” de trabajo: como mínimo una octava parte y como máximo la mitad (si no hay reducción, entonces nos encontramos en el campo de la medida de conciliación prevista en el artículo 34.8 del ET). Y esa reducción supone siempre una reducción proporcional de la remuneración que se viene percibiendo.

6ª) Respecto a cómo se concreta la reducción horaria, es decir, su “concreción horaria”, ésta corresponde al propio empleado y tiene plena libertad, ya que es él quien conoce realmente su situación familiar y sus necesidades. Y no tiene que especificar los motivos de su elección (STSJ de Madrid de 25 de febrero de 2011).

Cabe tener presente que la entidad local puede negarse a la concreción propuesta por el empleado por necesidades del servicio, si bien tal negativa debe motivarse suficientemente, teniendo en cuenta las concretas circunstancias presentes, no de forma genérica. Ante tal

negativa, la alternativa del empleado es demandar ante la jurisdicción social por la vía de lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

7ª) En caso de no reconocimiento injustificado de esta medida de conciliación, los tribunales prevén el abono de una indemnización por los daños y perjuicios causados al empleado, siempre que se aleguen los elementos objetivos que la sustentan.

8ª) Cabe destacar también que el convenio colectivo del personal laboral puede mejorar los derechos reconocidos legalmente y, entre ellos, éste, pero no restringirlos o limitarlos (STSJ de Cantabria de 26 de mayo de 2011). Así, en la STS de 21 de marzo de 2011 se señala: “... las anteriores consideraciones no suponen que se prive a la negociación colectiva de la posibilidad de establecer la forma de efectuar la concreción horaria de la reducción de jornada, pero ha de tenerse presente que dicha concreción ha de realizarse ponderando los intereses en juego, no limitando de forma genérica el derecho del trabajador a la determinación de la citada concreción pues ha de tenerse en cuenta que estamos ante el ejercicio de un derecho individual y toda limitación del mismo ha de obedecer a razones suficientemente justificadas...”.

9ª) La solicitud o disfrute de esta medida de conciliación no puede comportar consecuencias desfavorables desde la perspectiva profesional (cambio de funciones, afectación a la promoción profesional, cambio de centro...). De existir, los complementos salariales se reducen de forma proporcional.

10ª) Es el propio empleado el que decide cuánto tiempo va a disfrutar de este derecho (días, meses, años) y ese disfrute puede ser fraccionado. En el caso de los hijos/as o menores se puede disfrutar hasta los 12 años de edad del menor, y en el caso de la persona con discapacidad no hay límite temporal expreso.

11ª) Cabe tener presente también que un nuevo sujeto causante (un nuevo hijo/a, por ejemplo) ponen fin al derecho anterior, y surge un nuevo derecho, con todas las consecuencias.

12ª) El empleado debe avisar con quince días de antelación la fecha en que se reincorporará a su jornada ordinaria de trabajo.

Y, 13ª) finalmente, cabe tener en cuenta que esta medida de conciliación cuenta con una protección reforzada en el caso de despido (artículos 53.4.b) y 55.5.b) del ET), que implica que será nulo el despido del empleado que haya solicitado o esté disfrutando de la reducción de la jornada, con la consiguiente readmisión obligatoria y pago de salarios, más el alta en la Seguridad Social. Y también es posible la reclamación de una indemnización por daños y perjuicios. Se trata,

además, de una nulidad automática, por lo que no es necesario aportar indicios cuando se trata de una empleada (por la conexión con el artículo 14 de la Constitución). En todo caso, el despido puede ser declarado procedente si se prueba una causa distinta, no vinculada con el derecho a solicitar o disfrutar de este tipo de reducción de la jornada de trabajo.

Por último, también se ha considerado un despido nulo la extinción de un contrato de obra o servicio justo después de la solicitud de una reducción de la jornada, al no aportar la Administración Pública ninguna prueba que justificase que efectivamente había finalizado ese contrato (STSJ de Galicia de 20 de enero de 2011).

3. LA REDUCCIÓN DE LA JORNADA DE TRABAJO POR CUIDADO DE FAMILIARES DEL PERSONAL LABORAL

Esta reducción de la jornada de trabajo puede solicitarse en el caso de cuidado directo de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no puede valerse por sí mismo y no desarrolla una actividad retribuida.

Se trata de un tipo de reducción de la jornada mucho menos frecuente que el vinculado con el cuidado de hijos/as o menores, y que se caracteriza por los siguientes elementos:

a) Solo alcanza a los familiares hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, así como al cónyuge. También se incluyen los supuestos de adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento.

En cambio, no se incluye la pareja de hecho ni sus familiares, salvo que así se establezca en el convenio colectivo o por otra vía.

b) No se exige la guarda legal del sujeto causante de la medida, pero sí un “cuidado directo” (concepto que cabe interpretar en los mismos términos vistos anteriormente en relación con el cuidado de hijos/as).

c) Respecto a la exigencia de que el familiar “no pueda valerse por sí mismo”, ésta se probará mediante informes médicos o declaraciones de incapacidad o dependencia, entre otros.

d) Esta reducción de la jornada no tiene límite temporal, dependerá de la decisión del empleado siempre que se mantengan los requisitos exigidos legalmente.

e) El empleado debe avisar con quince días de antelación la fecha en que se reincorporará a su jornada ordinaria de trabajo.

Y, f) los parámetros para la reducción de la jornada son los mismos que en el supuesto de la reducción de la jornada por cuidado de hijos/as, así como la forma de llevar a cabo la correspondiente concreción horaria.

Lógicamente, recurrir a esta medida no puede suponer un perjuicio en el desarrollo profesional o las condiciones laborales del empleado. Y también se aplica la protección reforzada en materia de despido.

4. LA REDUCCIÓN DE LA JORNADA POR CUIDADO DE HIJOS/AS O FAMILIARES DEL PERSONAL FUNCIONARIO

En primer lugar, en cuanto a la legislación aplicable al personal funcionario cabe tener presente varias normas: el artículo 48 h) del TREBEP, el artículo 92 de la Ley de Bases del Régimen Local, el 142 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, y el artículo 26.a) en relación con el artículo 24 de la Llei 8/2006, de 5 de juliol, de mesures de conciliació de la vida personal, familiar i laboral del personal al servei de les administracions públiques de Catalunya. Cabe señalar que, como veremos más adelante, la “interacción” entre ellas se ha visto alterada tras la modificación del citado artículo 48.h) por parte del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad.

4.1. El alcance del artículo 48 h) del TREBEP

Tras la reforma del Real Decreto-ley 20/2012, en este artículo se establece que, por razones de guarda legal, cuando el funcionario tiene el cuidado directo de algún menor de 12 años, de una persona mayor que requiere especial dedicación o de una persona con discapacidad que no desempeña una actividad retribuida, tiene derecho a la reducción de su jornada de trabajo, con la disminución de sus retribuciones. También para el cuidado directo de un familiar, hasta el 2º grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no puede valerse por sí mismo y no desempeña una actividad retribuida. Partiendo de ello, cabe señalar que:

1) Se trata de un derecho individual, de hombres y mujeres (STSJ CA del País Vasco de 22 de marzo de 2012), con el que se persigue promocionar la corresponsabilidad frente al cuidado de los hijos o familiares y evitar que dicho cuidado se identifique exclusivamente con las mujeres.

2) Se trata de un derecho que debe ser reconocido sin dilaciones ni cambios arbitrarios.

3) Se protege el derecho del funcionario y del familiar; así, en la STSJ de Madrid CA de 7 de mayo de 2010 se establece que: *"... los supuestos de jornada reducida por guarda legal tienden a proteger no solo el derecho de los trabajadores a conciliar su vida laboral y familiar para mejor cumplimiento con los deberes inherentes a la patria potestad que enumera el art. 154.1 del Código Civil, sino también el propio interés del menor a recibir la mejor atención posible..."*.

4) En el supuesto de los menores de 12 años, pueden ser hijos/as propios o adoptados o menores sujetos a guarda con fines de adopción y acogimiento. En todo caso se exige la guarda legal.

En caso de parto múltiple, solo uno de los beneficiarios de la medida puede solicitar la reducción de la jornada, aunque cabe el disfrute sucesivo (STSJ de Catalunya CA de 2 de julio de 2013).

El menor debe estar al cuidado directo del funcionario solicitante (lo que no implica necesariamente la convivencia o el cuidado físico del menor o excluya la ayuda de terceras personas o instituciones).

Y, en fin, en caso de divorcio o separación, no tiene derecho a esta medida quien está privado de la custodia.

5) En el caso de las personas mayores que requieren una especial dedicación, cabe señalar que no es necesaria la convivencia, aunque la persona mayor sí debe encontrarse bajo el cuidado directo del funcionario.

Y también cabe tener presente que la persona mayor objeto de cuidado puede percibir una pensión y que el hecho de que requiera una "especial dedicación", vendrá determinado por los correspondientes informes médicos o de servicios sociales.

6) En el supuesto de las personas con discapacidad se requiere guarda legal y, además, cuidado directo por parte del funcionario. Asimismo, dicha persona no puede desarrollar una actividad retribuida, ya sea por cuenta ajena o por cuenta propia, pero sí puede percibir prestaciones de la Seguridad Social.

7) En el caso de los familiares no se exige guarda legal y se incluye el cónyuge, pero no la pareja de hecho. Como en el caso del personal laboral, se requiere que dicho familiar no pueda valerse por sí mismo y que no desempeñe una actividad retribuida (esa falta de autonomía se demostrará mediante informes médicos, de los servicios sociales...). También como en el supuesto del personal laboral, cabe criticar la limitación de la medida exclusivamente a los familiares hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad.

No se requiere la convivencia con el familiar o que éste se halle a cargo exclusivo del funcionario.

8) A diferencia del ET, el TREBEP no fija unos límites concretos de reducción de la jornada de trabajo, ni mínimos ni máximos. A nuestro entender, esta delimitación puede llevarla a cabo la legislación autonómica.

En cuanto al límite temporal de la medida, solo está previsto para el caso de los hijos o menores y se sitúa en los 12 años.

En todo caso, resultan nulas las limitaciones a la reducción de la jornada de trabajo incorporadas por la negociación colectiva funcionarial (STSJ de Islas Canarias CA de 12 de mayo de 2014).

9) Este derecho puede ejercerse varias veces respecto del mismo sujeto causante.

10) En cuanto a la concreción horaria de la reducción de la jornada, la decisión corresponde exclusivamente al funcionario, ya que es el único que conoce cuál es la opción más favorable para la conciliación de su vida laboral y familiar.

La Administración puede denegar la petición formulada por el funcionario, pero de forma motivada y vinculada dicha motivación con el concreto supuesto de hecho. Al ser un derecho individual del funcionario, debe ser la Administración la que justifique su decisión denegatoria, atendidas las circunstancias tanto del funcionario como del servicio (STSJ del País Vasco CA de 22 de marzo de 2012). En caso de denegación de la reducción de la jornada, el funcionario puede recurrir a la jurisdicción contencioso-administrativa. Y de tratarse de una negativa injustificada podrá reclamar una indemnización por daños y perjuicios.

11) El funcionario debe avisar con quince días de antelación la fecha de reincorporación a su jornada ordinaria de trabajo.

Y, 12) por último, cabe tener presente el artículo 48 i) del TREBEP, según el cual cuando sea preciso atender el cuidado de un familiar de primer grado, se tiene derecho a solicitar una reducción hasta el 50 por 100 de su jornada de trabajo, con carácter retribuido, por razones de enfermedad muy grave y por el plazo máximo de un mes. Si hubiera más de un titular de este derecho por el mismo hecho causante, el tiempo de disfrute de esta reducción se puede prorratear entre los distintos titulares, respetando, en todo caso, el plazo máximo de un mes.

4.2. La normativa catalana: La Llei 8/2006

Tal y como es conocido, el artículo 26.a) de la Llei 8/2006 establece que las personas a las que se aplica dicha ley (entre ellos, los funcionarios de las entidades locales catalanas) pueden disfrutar de una reducción de un tercio o de la mitad de la jornada de trabajo, con la percepción del 80 por 100 o del 60 por 100 de la retribución, respectivamente, en los siguientes supuestos:

a) Para cuidar de un hijo o hija menor de 6 años, siempre que se tenga su guarda legal.

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) Por tener a cargo un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, con una incapacidad o disminución reconocida igual o superior al 65 por 100 o con un grado de dependencia que le impide ser autónomo, o que requiere especial dedicación o atención.

Y, d) las mujeres víctimas de violencia de género, para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral.

Y, junto a ello, en el artículo 24 de la misma Llei 8/2006 se señala 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 las retribuciones. Solamente si las necesidades del servicio lo permiten, la reducción puede ser de otra fracción de jornada, que debe ser en cualquier caso entre la octava parte y la mitad de la jornada.

De lo señalado en tales preceptos se derivan las siguientes consideraciones:

1) Esta medida es incompatible con la autorización de compatibilidad.

2) La reducción de la jornada no puede reconocerse a dos personas por el mismo sujeto causante, salvo que se ejerza la reducción de forma alternativa y sin superar el límite máximo de duración.

3) En los supuestos previstos en el artículo 26 no existe una equivalencia proporcional entre la reducción de la jornada y la reducción de la remuneración (y de las cotizaciones); recogiéndose un régimen más favorable que el establecido en el artículo 48 h) del TREBEP. Cuando sea necesario acudir a la medida prevista en el artículo 24 (hijo/a o menor a partir de los 6 años de edad y hasta los 12 años) sí se establece una proporcionalidad entre la reducción de la jornada de trabajo y la reducción de la remuneración.

4) Esta reducción puede solicitarse una o más veces, y hacerlo dos personas respecto del mismo sujeto causante, de forma sucesiva.

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

6) En el supuesto de personas con discapacidad, se exige también la guarda legal, lo que limita mucho el posible disfrute de esta medida. No se exige convivencia, ni que la persona discapacitada se encuentre a cargo exclusivo del solicitante. Y no se prevé límite temporal para esta reducción.

7) En el caso de los familiares, cabe destacar el carácter ambiguo y genérico de los requisitos exigidos (un grado de dependencia que le impida ser autónomo, o requiera una dedicación o atención especial). A estos efectos, resulta muy discutible el elevado grado de incapacidad del familiar exigido -65 por 100-, así como que la medida solo alcance a los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad. Se incluye el cónyuge y la pareja de hecho y no se requiere la convivencia con el familiar ni que éste esté a cargo exclusivo del funcionario.

Y, 8) la propia Llei 8/2006 incentiva que este modelo de medida de conciliación se traslade al personal laboral de las Administraciones Públicas catalanas, al establecer su disposición adicional 1ª que las medidas establecidas son aplicables al personal laboral de acuerdo con lo que establecen los correspondientes convenios colectivos, para los cuales la mencionada ley deviene principio orientador.

4.3. El impacto de la STSJ Catalunya CA de 13 de septiembre de 2017

En esta sentencia se plantea la siguiente duda: ¿tras la modificación del artículo 48 por el Real Decreto-ley 20/2012 es posible seguir abonando el 80 por 100 de la remuneración a una funcionaria de un Ayuntamiento que reduce su jornada de trabajo en un tercio para el cuidado de su hijo, conforme a lo previsto en el artículo 26.a) de la Llei 8/2006?

La funcionaria alega que el artículo 26.a) de la Llei 8/2006 está en vigor y resulta compatible con el artículo 48 h) del TREBEP que únicamente establece el concepto y la finalidad por la que pueden ser concedidos los permisos sin añadir mayor previsión o límite.

En cambio, el Ayuntamiento considera que el término “*que corresponda*” del artículo 48 h) es sinónimo de “*proporcional*” y, por tanto, una reducción de la jornada de trabajo del 66 por 100 implica una remuneración del 66 por 100.

El Tribunal Superior de Justicia de Catalunya considera que debe inaplicarse el artículo 26.a) de la Llei 8/2006, criterio que compartimos, por las razones siguientes:

1ª) Con anterioridad al Real Decreto-ley 20/2012, el artículo 48 h) del EBEP remitía los supuestos de concesión de permisos a los funcionarios públicos y sus requisitos, efectos y duración a la legislación autonómica y en defecto de ésta establecía las correspondientes reglas.

2ª) El artículo 48 tiene carácter de norma básica y ya no se remite, como en su redacción anterior, a su carácter de aplicación supletoria en defecto de legislación autonómica.

3ª) La finalidad expresada en la exposición de motivos del Real Decreto-ley 20/2012 es el ahorro de costes de personal y el incremento de productividad de los empleados públicos, a través de la aplicación del conjunto de medidas que contempla, siendo una de ellas la regulación de los permisos.

4ª) A la vista de lo anterior, el artículo 26.a) al prever unos porcentajes de reducción y una disminución de retribuciones que no se corresponde en cuanto a la proporcionalidad con el tiempo trabajado, no resulta compatible con el artículo 48 h) del TREBEP, precepto que al ser básico desplaza en cuanto a su aplicación al artículo 26.a).

5ª) El artículo 48 h) hace únicamente referencia al derecho al permiso de reducción de la jornada, sin establecer ningún porcentaje de reducción de ésta y por ello tampoco prevé ningún porcentaje concreto de disminución de las retribuciones, y se remite en este caso a la disminución que “corresponda”.

Ese término hace referencia a la exigencia de proporción entre el trabajo que se presta y la retribución que se percibe y tiene además en cuenta la necesaria reciprocidad, máxime si se tiene en cuenta el contexto en que se regula, es decir, en la situación económica del momento en que se aprobó el Real Decreto-ley 20/2012.

6ª) Hay que entender que el artículo 26.a) fija unos determinados porcentajes retributivos que no guardan, en cuanto al tiempo trabajado una estricta proporcionalidad, que no resulta compatible en su aplicación con el artículo 48 h), que tiene la condición de norma básica y por ello es el precepto que resulta aplicable.

7ª) Otra cosa es que la norma básica estatal, respetando su contenido, pueda ser desarrollada por una norma autonómica, pero que no puede tener idéntico contenido, por incompatible, con el que contempla el artículo 26.a).

Y, 8ª) hay que insistir en que la ley básica estatal ha desplazado en su aplicación, por incompatible con sus prescripciones la ley autonómica anterior.

Lógicamente, la misma solución resulta aplicable al resto de supuestos -distinto del cuidado de un hijo/a- recogidos en el artículo 26 de la Llei 8/2006.

Cabe preguntarse qué impacto puede tener la doctrina de esta sentencia en el personal laboral: a nuestro entender, por convenio colectivo dicho personal puede prever una mejora de lo previsto legalmente y, en consecuencia, establecer una mejora retributiva en el caso de recurrir a una reducción de la jornada, pero lo que no bastaría sería una remisión genérica a lo establecido en la Llei 8/2006 o a lo previsto en el artículo 26.a), por cuanto, como hemos visto,

dicho artículo 26.a) ha sido desplazado por el artículo 48 h) del TREBEP. Habrá que tener en cuenta, pues, los concretos términos empleados en el convenio colectivo y, en su caso, modificarlo.

En cambio, tal y como ha señalado la jurisdicción contencioso-administrativa, la negociación colectiva funcionarial no puede mejorar en materia de permisos lo previsto en la norma legal, por lo que no cabe incorporar por dicha vía la correspondiente mejora retributiva.

5. ASPECTOS COMUNES: LA PROTECCIÓN EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL

Desde la perspectiva de Seguridad Social cabe tener en cuenta lo previsto en el artículo 237 de la Ley General de la Seguridad Social, tanto para el personal laboral como para el personal funcionario, según el cual:

a) En el caso de la reducción de la jornada por cuidado de hijos/as o menores, ya se trate de personal laboral o personal funcionario, los dos primeros años se consideran cotizados al 100 por 100 a los efectos de las prestaciones por maternidad, paternidad, incapacidad permanente, jubilación y muerte y supervivencia. A partir de ahí se computa la cotización real, lo que puede tener efectos negativos en el marco de las pensiones por incapacidad permanente o jubilación (no hay discriminación indirecta por razón de sexo, ATC de 27 de marzo de 2007).

Y, b) si se trata de una reducción de la jornada por cuidado de personas por discapacidad o familiares (personal laboral o personal funcionario): se considera cotizado al 100 por 100 sob el primer año.

A los efectos de reducir el eventual efecto desfavorable desde la perspectiva de las prestaciones, es posible recurrir a la figura del convenio especial.

6. LA REDUCCIÓN O PERMISO POR LACTANCIA DEL PERSONAL LABORAL

Otra medida de conciliación frecuentemente utilizada en el sector público es el permiso o la reducción de la jornada por lactancia, cuyo objetivo no es tanto facilitar la lactancia o la alimentación del menor sino el cuidado, la atención y la asistencia del hijo o menor por parte de sus progenitores, adoptantes o acogedores durante los primeros meses de vida. Tal y como declaró la STJUE de 30 de septiembre de 2010: el objetivo es reconocer a ambos progenitores un tiempo para el cuidado del hijo o menor, sin pretender asegurar la protección de la condición biológica de la madre después del embarazo o la protección.

La regulación de esta medida de conciliación se encuentra en el artículo 37.4 del ET, según el cual, en los supuestos de nacimiento de hijo, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, para la lactancia de un menor hasta que éste cumpla nueve meses, el empleado tiene derecho a una hora de ausencia del trabajo, que puede dividirse en dos fracciones. La duración se incrementa proporcionalmente en los casos de parto, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento múltiples.

Y se puede sustituir el permiso retribuido por una reducción de la jornada de trabajo en media hora con la misma finalidad o acumularla en jornadas completas en los términos previstos en la negociación colectiva o en el acuerdo al que se llegue con el empleador respetando, en su caso, lo establecido en dicha negociación.

Es un derecho individual de los empleados, hombres o mujeres, pero solo puede ser ejercido por uno de ellos en caso de que ambos trabajen (ya sea por cuenta ajena o por cuenta propia). Y cabe un disfrute sucesivo, sin superar la duración máxima prevista por el ET. Asimismo, este derecho puede ser mejorado a través de convenio colectivo.

Se aplica tanto a hijos naturales como a los adoptados o menores acogidos, con el límite de los nueve meses de edad del menor.

Cabe tener presente también que a este derecho puede recurrir tanto el personal temporal como indefinido, y también el personal a tiempo parcial, sin que se vea reducida la duración de la medida. Y tampoco se puede reducir la medida en los supuestos de reducción de la jornada por cuidado de hijos/as o familiares, ya que se protege la finalidad que es el cuidado y asistencia del menor (STSJ de Canarias de 20 de febrero de 2006).

Por otra parte, cabe destacar que la concreción horaria y la determinación del período de disfrute corresponde al empleado, dentro de su jornada ordinaria de trabajo, previa comunicación

a la Administración. En caso de discrepancia debe acudir al procedimiento establecido en el artículo 139 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social. Y se debe avisar con quince días de antelación la fecha de reincorporación a la jornada ordinaria de trabajo, si bien por convenio colectivo puede fijarse un plazo diferente.

Tal y como reconoce el propio artículo 37.4 del ET, se puede optar por acumular el período de lactancia en jornadas completas en los términos previstos en el convenio colectivo o en el acuerdo con el empleador. En todo caso, los términos concretos del disfrute acumulado –con el único límite de que debe ser por jornadas completas y de tratarse de una hora diaria-, se deja exclusivamente en manos del convenio colectivo o del correspondiente acuerdo (STS de 11 de noviembre de 2009): así, por ejemplo, resulta admisible no tratar de una forma especial los supuestos de parto múltiple (STSJ de Andalucía de 19 de mayo de 2011). En caso de no reconocerse la acumulación, de estar prevista, podrá solicitarse una indemnización por daños y perjuicios (STSJ de Galicia de 22 de septiembre de 2010).

Este permiso o reducción de la jornada por lactancia es incompatible con el disfrute del permiso de maternidad a tiempo parcial, y compatible con la reducción de la jornada por cuidado de hijos/as, ya que se trata de figuras con naturaleza, causa y finalidad diferentes, con sujetos e intensidad distintos, y con una diversa duración y repercusión en las remuneraciones del empleado.

Por otra parte, la solicitud o disfrute de esta medida de conciliación no puede suponer ningún perjuicio para el empleado, ni en materia retributiva, ni en la promoción o carrera profesional, ni en relación con cualquier otra condición de trabajo (STS de 9 de diciembre de 2009).

Finalmente, cabe destacar que si se despide a un empleado que ha solicitado o está disfrutando del permiso o reducción de la jornada por lactancia, dicho despido es nulo, con las consecuencias correspondientes, salvo que la Administración pruebe suficientemente la causa justificativa. Se trata, además, de una nulidad que actúa de forma automática y con carácter objetivo (STSJ de Canarias de 23 de octubre 2013).

7. LA REDUCCIÓN DE LA JORNADA O PERMISO POR LACTANCIA DEL PERSONAL FUNCIONARIO

7.1. La regulación del artículo 48 f) del TREBEP

En este ámbito el artículo 48 f) del TREBEP señala que el funcionario por lactancia de un hijo menor de 12 meses tiene derecho a una hora de ausencia del trabajo que puede dividirse en dos fracciones. Este derecho puede sustituirse por una reducción de la jornada normal en media hora al inicio y al final de la jornada, o en una hora al inicio o al final de la jornada, con la misma finalidad. Este derecho puede ser ejercido indistintamente por uno u otro de los progenitores, en el caso de que ambos trabajen, y se incrementa proporcionalmente en los casos de parto múltiple.

Asimismo, se establece que la funcionaria puede solicitar la sustitución del tiempo de lactancia por un permiso retribuido que acumule en jornadas completas el tiempo correspondiente.

En este ámbito cabe señalar que:

a) La reducción es superior a la prevista para el personal laboral -1 hora- y alcanza hasta los 12 meses (no hasta los 9 meses).

b) Incluye los supuestos de nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento de menores, y la finalidad de la medida no es tanto la alimentación del menor como su atención y asistencia durante los primeros meses de vida (STSJ de Aragón CA de 4 de diciembre de 2012).

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

d) La duración se incrementa en los casos de parto, adopción o acogimiento múltiples, y también en el supuesto de acumulación.

e) En el caso de que ambos progenitores trabajen, solo uno de ellos puede disfrutar de esta medida, aunque cabe el disfrute sucesivo dentro del plazo máximo.

Cabe destacar que, según los tribunales, en caso de desacuerdo entre ambos progenitores, tiene preferencia la decisión de la madre sobre quién puede ejercitar este derecho (STSJ de Aragón CA de 4 de diciembre de 2012).

f) Esta medida tiene carácter retribuido y no tiene consecuencias negativas a efectos de la Seguridad Social, ni en ningún otro concepto.

g) La concreción horaria y la determinación del período de disfrute corresponden al funcionario, dentro de su jornada de trabajo ordinaria, previa comunicación a la Administración. Debe preavisarse con quince días la fecha de reincorporación a la jornada de trabajo ordinaria.

h) Es incompatible esta medida con la prestación por maternidad a tiempo parcial, y compatible con la reducción de la jornada por cuidado de hijo.

E, i) en caso de no reconocimiento de esta medida por parte de la Administración, el funcionario puede tener derecho a una indemnización por daños y perjuicios.

7.2. El contenido de la Llei 8/2006

Cabe recordar que en la Llei 8/2006 se señala que:

1) El permiso es de una hora diaria de ausencia del puesto de trabajo, que puede dividirse en dos fracciones de 30 minutos. No se hace referencia a la posibilidad de reducir la jornada de trabajo.

2) En los supuestos de parto, adopción o acogimiento múltiples el permiso es de dos horas diarias, que pueden dividirse en dos fracciones de una hora.

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

Y, 4) a petición del beneficiario, las horas del permiso pueden compactarse en jornadas completas de trabajo, consecutivas o repartidas por semanas, sin alterar el momento de inicio del período de permiso y teniendo en cuenta las necesidades del servicio.

En este punto, cabe tener muy presente que la STSJ de Catalunya CA de 13 de septiembre de 2017 considera, como hemos visto, que el artículo 48 del TREBEP es norma básica, por lo que también se ve afectada la regulación contenida en relación con el permiso de lactancia en la Llei 8/2006.

8. LA REDUCCIÓN DE LA JORNADA PARA EL CUIDADO DE UN HIJO/A ENFERMO DE CÁNCER U OTRA ENFERMEDAD GRAVE DEL PERSONAL LABORAL

La finalidad de esta medida es el cuidado, a cargo de sus progenitores, adoptantes, guardadores o acogedores, de un hijo o menor enfermo de cáncer u otra enfermedad grave (la lista de enfermedades graves -que no admite ampliación- se encuentra regulada en el Real Decreto 1148/2011, no aplicable directamente al personal funcionario, pero sí puede servir como referente).

Esta medida consiste en una reducción de la jornada de trabajo de, al menos, la mitad de la jornada con la reducción proporcional de la remuneración (pérdida de ingresos que, en su caso, puede ser cubierta por una prestación a cargo del sistema de Seguridad Social (regulada en el artículo 190 y ss. de la Ley General de la Seguridad Social).

En palabras del artículo 37.6 párrafo 3º del ET, el progenitor, adoptante, guardador con fines de adopción o acogedor permanente tiene derecho a una reducción de la jornada de trabajo, con la disminución proporcional del salario de al menos la mitad de la jornada, para el cuidado, durante la hospitalización y tratamiento continuado, del menor a su cargo afectado por un cáncer o por cualquier otra enfermedad grave, que implique un ingreso hospitalario de larga duración y requiera la necesidad de su cuidado directo, continuo y permanente, acreditado por el informe del servicio público de salud y, como máximo, hasta que el menor cumpla los 18 años. Por convenio colectivo pueden establecerse las condiciones de la acumulación en jornadas completas.

Según los tribunales, la reducción de la jornada puede alcanzar hasta el 99 por 100 de la jornada con un mínimo del 50 por 100 (STSJ de Canarias de 5 de noviembre de 2013), y alcanzar, como máximo, hasta que el menor cumpla los 18 años.

Es posible que ambos progenitores, si trabajan, puedan acceder simultáneamente a esta medida de conciliación, pero solo uno de ellos podrá mantener sus ingresos mediante el acceso, en su caso, a la prestación de la Seguridad Social.

En relación con esta medida de conciliación cabe tener en cuenta las siguientes consideraciones:

1ª) Se trata de un derecho y, por tanto, la Administración está obligada a reconocerlo de forma inmediata.

2ª) Se aplica a los hijos naturales o adoptivos y a los menores sujetos a una guarda con fines de adopción o a un acogimiento permanente (también las figuras extranjeras equivalentes). Discutible que solo afecte a hijos/as y no a otros familiares, cuando las condiciones son más favorables que en la reducción de la jornada por cuidado de familiares.

3ª) Se aplica al personal temporal, indefinido y a tiempo parcial.

4ª) El menor debe estar a cargo, pero no se exige que se encuentre a su cuidado exclusivo.

5ª) Aunque siempre se requiere la existencia previa, en algún momento, de un ingreso hospitalario, esta medida también se aplica en el caso del cuidado domiciliario del menor, que requiera una atención especial.

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

6ª) La prueba de la situación se concreta en la existencia de informe o informes elaborados por el facultativo del sistema público de salud (no un médico privado), informes que deben realizarse cada dos meses, a los efectos de mantener la continuidad de la medida.

7ª) Para acudir a esta medida es necesario probar -mediante el correspondiente informe necesario- que el menor requiere un cuidado permanente, interpretado por los tribunales, de forma restrictiva, como una “atención específica, concreta y particular vinculada con la enfermedad”. Enfermedad que debe ser una de las previstas en el anexo del Real Decreto 1148/2011; lista que, según los tribunales, tiene carácter de cerrada.

8ª) En el caso del personal laboral siempre que se den los requisitos es posible acceder a esta medida, pero se requiere que ambos progenitores trabajen para que uno de ellos pueda acceder a la prestación de la Seguridad Social.

9ª) La concreción horaria y el período de disfrute los determina el beneficiario dentro de su jornada ordinaria de trabajo. En caso de discrepancias habrá que acudir a lo establecido en el artículo 139 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

10ª) En cuanto a la prestación de la Seguridad Social cabe destacar que:

- Se deben cumplir los requisitos previstos para la prestación por maternidad.

- En caso de separación judicial, nulidad o divorcio, solo puede reconocerse la prestación a uno de ellos, determinado de común acuerdo, o en su defecto, tendrá derecho aquél que tenga la custodia del menor o, si es compartida, quien antes la solicite. También en el caso de parejas de hecho.

- En casos de separación cuando uno solo tiene la custodia del menor, si el otro pierde su empleo y deja de estar en alta en la Seguridad Social, el primero pierde su derecho a la prestación (STSJ de Canarias de 5 de noviembre de 2013).

- Por acuerdo puede alternarse el cobro entre los dos posibles beneficiarios, por períodos no inferiores a un mes.

- Se cobra el 100 por 100 de la base reguladora de la prestación por incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales en proporción a la reducción de la jornada.

- Solo hay derecho a una prestación, aunque haya más de un menor enfermo.

- Se reconoce por un plazo inicial de un mes, prorrogable por períodos de 2 meses cuando subsista la necesidad (con el correspondiente informe médico).

- Y finalmente, la gestión de la prestación corresponde a la Mutua Colaboradora con la Seguridad Social o al INSS, en función de dónde tenga la organización cubierta esta prestación.

11ª) El empleado debe avisar a la Administración con una antelación de quince días, o la que se fije en el convenio colectivo, la fecha en que iniciará y finalizará esta reducción de la jornada.

12ª) La Administración puede limitar el ejercicio simultáneo por dos beneficiarios por razones fundadas –y suficientemente justificadas- en el correcto funcionamiento de los servicios públicos.

13ª) Se mantiene la obligación de cotizar por la jornada trabajada por el empleado.

Y, 14ª) a efectos de la Seguridad Social, cabe tener presente que, conforme al artículo 237.3 párrafo 2º de la Ley General de la Seguridad Social, esas cotizaciones computan al 100 por 100 a los efectos de las prestaciones por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural e incapacidad temporal.

9. LA REDUCCIÓN DE LA JORNADA POR CUIDADO DE MENORES ENFERMOS DE CÁNCER U OTRA ENFERMEDAD GRAVE DEL PERSONAL FUNCIONARIO

Finalmente, cabe destacar que el artículo 49.e) del TREBEP reconoce el derecho, siempre que ambos progenitores, adoptantes, guardadores con fines de adopción o acogedores permanentes trabajen, a una reducción de la jornada de, al menos, la mitad, percibiendo las retribuciones íntegras con cargo a los presupuestos del órgano o entidad donde vengán prestando sus servicios, para el cuidado, durante la hospitalización y tratamiento continuado, del hijo menor de edad afectado por un cáncer o por cualquier otra enfermedad grave que

implique un ingreso hospitalario de larga duración y requiera la necesidad de su cuidado directo, continuo y permanente acreditado por el informe del servicio de salud y, como máximo, hasta que el menor cumpla los 18 años.

Para acceder a esta medida se exige que ambos progenitores trabajadores y no se aplica la prestación de Seguridad Social antes vistas, sino que el funcionario cobrará la remuneración total (cabe tener presente si ambos progenitores son personal laboral y/o personal funcionario) ambos tendrán derecho a esta reducción de la jornada pero solo uno de ellos mantendrá la totalidad de sus ingresos (a cargo de la Seguridad Social si es personal laboral o a cargo de la Administración si es funcionario).

Y cabe señalar que puede limitarse, de forma motivada, el ejercicio simultáneo de esta medida por dos personas en una misma Administración Local.