

10 Estudis de Relacions Laborals

Carolina Gala Durán

La reducció
de la jornada i
l'excedència per
tenir cura dels fills
o els familiars a les
administracions
públiques

10 Estudis de Relacions Laborals

Carolina Gala Durán

La reducció
de la jornada i
l'excedència per
tenir cura dels fills
o els familiars a les
administracions
públiques

Diputació de Barcelona
Març 2016
Disseny gràfic: Jordi Palli
Composició: Addenda
Producció: Gabinet de Premsa i Comunicació de la Diputació de Barcelona
Impressió: AGPOGRAF
Dipòsit legal: B 6810-2016

Índex

Abreviatures	9
Plantejament general: la dimensió constitucional de la conciliació de la vida laboral i familiar	13
Part I	
La reducció de la jornada per tenir cura dels fills o els familiars	17
1. Introducció	19
2. El permís i la reducció de la jornada per tenir cura dels fills prematurs o hospitalitzats després del part	21
2.1. Introducció.....	21
2.2. El cas del personal laboral.....	21
2.3. El règim aplicable al personal funcionari.....	25
3. El permís o la reducció de la jornada vinculada al permís d'al·letament	29
3.1. Introducció.....	29
3.2. La regulació del personal laboral.....	29
3.2.1. L'abast de la regulació legal.....	29
3.2.2. El paper de la negociació col·lectiva.....	37
3.3. La regulació del personal funcionari.....	38
3.3.1. El marc legal.....	38
3.3.2. El contingut de la negociació col·lectiva.....	44
3.4. La interpretació judicial: la polèmica entorn de la normativa aplicable al personal laboral i la possible millora a càrrec de la negociació col·lectiva funcional.....	46
4. La reducció de la jornada per tenir cura dels fills o els familiars	51
4.1. Introducció.....	51

4.2. La reducció de la jornada per tenir cura dels fills o els familiars en el cas del personal laboral	51
4.2.1. Règim jurídic aplicable	51
4.2.2. Possibles beneficiaris de la mesura	55
4.2.3. Abast de la reducció de la jornada	57
4.2.4. La concreció horària de la reducció de la jornada.....	59
4.2.5. Compatibilitats i incompatibilitats.....	61
4.2.6. La protecció en matèria d'acomiadament	62
4.2.7. Perspectiva pràctica: la plasmació d'aquesta mesura de conciliació en els convenis col·lectius del personal laboral	67
4.3. La reducció de la jornada per tenir cura dels fills o els familiars del personal funcionari	68
4.3.1. La regulació que preveu el TREBEP.....	68
a) Aspectes generals	68
b) Beneficiaris.....	68
c) Abast de la mesura	71
d) La concreció horària del gaudi d'aquest dret	72
e) El cas particular dels familiars de primer grau	73
4.3.2. L'abast de la normativa autonòmica	75
4.3.3. Perspectiva pràctica: el paper d'aquesta mesura de conciliació en la negociació col·lectiva del personal funcionari	79
4.4. Un nou element comú als dos tipus de personal: l'impacte de la reducció de la jornada en l'àmbit de la Seguretat Social	80
5. La reducció de la jornada per tenir cura dels fills o els menors malalts de càncer o altres malalties greus.....	85
5.1. Introducció.....	85
5.2. L'abast de la mesura en el cas del personal laboral	86
5.3. La regulació del personal funcionari	96
Part II	
L'excedència per tenir cura dels fills o els familiars	99
1. Introducció	101
2. L'excedència per tenir cura dels fills o els familiars del personal laboral.....	103
2.1. Perspectiva legal.....	103
2.2. El paper de la negociació col·lectiva	116

3. L'excedència voluntària per tenir cura dels fills o els familiars del personal funcionari	119
3.1. La regulació del TREBEP	119
3.2. La normativa autonòmica	123
3.3. El paper de la negociació col·lectiva.....	127
4. El tractament de l'excedència per tenir cura dels fills o els familiars en el marc de la Seguretat Social	129
Reflexions finals	133
Bibliografia d'interès	137
Jurisprudència i doctrina judicial	139
L'autora	145

Abreviatures

AF	Acord de condicions de treball del personal funcionari
AS	Aranzadi Social
BOE	Butlletí Oficial de l'Estat
BOIB	Butlletí Oficial de les Illes Balears
BOP	Butlletí Oficial de la Província
BORMU	Butlletí Oficial de la Regió de Múrcia
CA	Contenciosa administrativa
CE	Constitució Espanyola
CC	Conveni col·lectiu
DA	Disposició addicional
DT	Disposició transitòria
DOE	Diari Oficial d'Extremadura
DOGC	Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya
EBEP	Llei 7/2007, de 12 d'abril, de l'estatut bàsic de l'empleat públic (derogada)
ET	Reial decret legislatiu 1/1995, de 24 de març, pel qual s'aprova el text refós de la Llei de l'estatut dels treballadors (derogat)
INSS	Institut Nacional de la Seguretat Social
Jur	Repertori de jurisprudència
LBRL	Llei 7/1985, de 2 d'abril, reguladora de les bases del règim local
LCC	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
LFPC	Llei 4/1993, de 10 de març, que regula la funció pública de l'Administració de la Diputació Regional de Cantàbria
LFPCAN	Llei 2/1987, de 30 de març, de la funció pública canària

LFPCCL	Llei 7/2005, de 24 de març, de la funció pública de Castella i Lleó
LFPCV	Llei 10/2010, de 9 de juliol, d'ordenació i gestió de la funció pública valenciana
LFPE	Llei 13/2015, de 8 d'abril, de la funció pública d'Extremadura
LFPG	Decret legislatiu 1/2008, de 13 de març, que aprova el text refós de la Llei de la funció pública de Galícia
LFPIB	Llei 3/2007, de 27 de març, Llei de funció pública de la comunitat autònoma de les Illes Balears
LFPLR	Llei 3/1990, de 29 de juny, sobre normes reguladores de la funció pública de l'Administració pública de la comunitat autònoma de la Rioja
LFPM	Llei 1/1986, de 10 d'abril, sobre regulació de la funció pública de la comunitat de Madrid
LFPMU	Decret legislatiu 1/2001, de 26 de gener, pel qual s'aprova el text refós de la Llei de la funció pública de la regió de Múrcia
LFPPV	Llei 6/1989, de 6 de juliol, sobre normes reguladores de la funció pública del País Basc
LIMHG	Llei 7/2004, de 16 de juliol, per a la igualtat de les dones i els homes a Galícia
LMRFP	Llei 30/1984, de 2 d'agost, de mesures per a la reforma de la funció pública
LOIEMH	Llei orgànica 3/2007, de 22 de març, d'igualtat efectiva de les dones i els homes
LRJS	Llei 36/2011, de 10 d'octubre, reguladora de la jurisdicció social
RD	Reial decret
RDL	Reial decret llei
RDPEMP	Reial decret 295/2009, de 6 de març, pel qual es regulen les prestacions econòmiques del sistema de la Seguretat Social per maternitat, paternitat, risc durant l'embaràs i risc durant l'al·letament natural
RGCL	Reial decret 2064/1995, de 22 de desembre, pel qual s'aprova el Reglament general sobre cotització i liquidació d'altres drets de la Seguretat Social

RJ	Repertori de jurisprudència
RJCA	Repertori de jurisprudència contenciosa administrativa
S	Social
SAN	Sentència de l'Audiència Nacional
ST	Sentència
STC	Sentència del Tribunal Constitucional
STJUE	Sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea
STS	Sentència/sentències del Tribunal Suprem
STSJ	Sentència/sentències del Tribunal Superior de Justícia
TGSS	Tresoreria General de la Seguretat Social
TREBEP	Reial decret legislatiu 5/2015, de 30 d'octubre, pel qual s'aprova el text refós de la Llei de l'estatut bàsic de l'empleat públic
TRET	Reial decret legislatiu 2/2015, de 23 d'octubre, pel qual s'aprova el text refós de la Llei de l'estatut dels treballadors
TRLGSS	Reial decret legislatiu 8/2015, de 30 d'octubre, pel qual s'aprova el text refós de la Llei general de la Seguretat Social
TSJ	Tribunal Superior de Justícia

Plantejament general: la dimensió constitucional de la conciliació de la vida laboral i familiar

Tal com és sabut, actualment les mesures de conciliació de la vida laboral i familiar en el sector públic són força nombroses i protectores, particularment les vinculades a tenir cura dels fills o menors o altres familiars.

Així, en relació amb tenir cura dels fills o menors cal esmentar mesures aplicables tant durant l'embaràs o el procés d'adopció o guarda amb finalitats d'adopció o acolliment d'un menor (el permís per risc durant l'embaràs, o el permís per acudir a exàmens prenatals i tècniques de preparació per al part, o per assistir a les preceptives sessions d'informació i preparació i per a l'elaboració dels informes previs a la declaració d'idoneïtat)¹ com un cop nascut o adoptat un fill o acollit un menor (permisos per maternitat i paternitat, per naixement o adopció de fills, per risc durant l'al·letament natural, el permís i la reducció de jornada per tenir cura dels fills prematurs o hospitalitzats després del part, el permís per al·letament, la reducció de la jornada per tenir cura dels fills...).² A les quals cal afegir unes altres mesures destinades concretament a facilitar tenir cura d'altres familiars (el cònjuge i els ascendents o descendents i altres familiars per consanguinitat o afinitat fins al segon grau inclusivament) o persones amb discapacitat, en les quals se situen la reducció de la jornada laboral i l'excedència per tenir cura de familiars.³

D'altra banda, es tracta de figures –particularment algunes d'elles– que utilitzen amb gran freqüència tant el personal laboral com el personal funcionari de les administracions públiques i, en concret, de les entitats locals; a més a més, les seves beneficiàries són molt majoritàriament les treballadores i les funcionàries, malgrat els esforços legals –l'últim exemple és la mateixa LOIEMH– per fomentar la coresponsabilitat dels homes i les dones en les tasques de cura, tant si es tracta de menors com de persones dependents en general. La conciliació, doncs, a la pràctica,

1. Articles 37.3.f TRET i 48.e TREBEP.

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

3. Articles 37.6 paràgraf 2n i 46.3 TRET, i 48.h, 48.i i 89.4 paràgraf 2n TREBEP.

continua sent avui dia, segons el meu entendre de manera discutible, una «qüestió clarament femenina».

A tot això cal afegir que, a més a més d'haver-hi força mesures de conciliació de la vida laboral i familiar, en els darrers anys en el sector públic s'ha produït una evolució molt interessant, caracteritzada per tres elements:

1) Les normes han creat noves figures per facilitar aquesta conciliació (la reducció de la jornada per tenir cura dels fills o els menors malalts de càncer o altres malalties greus es va incorporar l'any 2011) o han ampliat la protecció atorgada per algunes mesures (per exemple, cal citar l'ampliació als dotze anys de l'edat de referència per a la reducció de la jornada per tenir cura dels fills per al cas del personal laboral). No obstant això, la reforma normativa també ha tingut en algun supòsit caires restrictius (per exemple, quan la reducció de la jornada per tenir cura dels fills o els familiars es va limitar a la «jornada diària» concreta de l'empleat i no a pas a la seva jornada laboral entesa en un sentit ampli).

2) En el sector públic fins i tot s'ha incrementat la dispersió normativa entorn de les mesures de conciliació, arran de concórrer diverses normes (TRET, TREBEP, LMRFP, LBRL, normativa autonòmica...) i plantejar-se algunes reclamacions judicials per part del personal laboral que pretenien l'aplicació conjunta del derogat EBEP i de la normativa laboral. Unes reclamacions que, tot i ser resoltes per norma general amb encert pels tribunals, han acabat creant certa confusió pel que fa al règim jurídic aplicable en el cas del personal laboral. I s'hi afegeix el fet que, malgrat la posició en contra dels tribunals de la jurisdicció contenciosa administrativa, la negociació col·lectiva funcional ha continuat millorant el contingut de les mesures de conciliació previstes legalment.

3) Finalment, cal destacar de manera especial el fet que les mesures de conciliació de la vida laboral i familiar ja no només constitueixen una qüestió d'ordre legal sinó també d'ordre constitucional, atès que en els darreres anys els tribunals han desenvolupat una jurisprudència i doctrina judicial⁴ clarament protectores de la conciliació, a la qual fins i tot el Tribunal Constitucional reconeix un clar i fort ancoratge en el mateix text constitucional. Així, en la STC 3/2007, de 15 de gener, s'assenyala que les mesures de conciliació formen part del mandat constitucional que recull l'article 39 CE, que estableix la protecció a la família i a la infància; i, així mateix, es manifesta que la limitació o denegació del dret a gaudir d'una mesura de conciliació pot incidir en la vulneració del dret a la no-discriminació per raó de sexe de les treballadores –discriminació indirecta, atès que són notòriament les dones treballadores el col·lectiu que exerceix en més mesura aquest dret– per la qual cosa també entra en joc l'exercici d'un dret fonamental, el que recull l'article 14 CE, en el seu vessant de no-discriminació.

4. Entre d'altres, STC 3/2007, 15 de gener; STS (S) 21 de març de 2011 i STSJ País Basc (CA) 22 de març de 2012 i Madrid (CA) 28 de març de 2011.

I també és molt important assenyalar que, des de la perspectiva de la gestió dels recursos humans, aquesta dimensió o ancoratge constitucional implica que els drets motivats en la necessitat de conciliar la vida laboral i familiar han d'interpretar-se sempre de la manera més favorable per al seu exercici, segons revelen les paraules concretes de la STC 26/2011, de 14 de març:

[...] com ja hem assenyalat, la dimensió constitucional de les mesures normatives tendents a facilitar la conciliació de la vida familiar i laboral de les persones treballadores, tant des de la perspectiva del dret a la no-discriminació per raó de les circumstàncies personals (art. 14 CE), com des de la perspectiva del mandat de protecció a la família i a la infància (art. 39 CE), ha de prevaler i servir d'orientació per solucionar qualsevol dubte interpretatiu que pugui suscitar-se davant l'aplicació d'una disposició que afecta la conciliació professional i familiar a un supòsit concret [...].

Partint d'això, l'objectiu essencial d'aquest treball és analitzar algunes de les mesures de conciliació de la vida laboral i familiar a les quals pot accedir tant el personal laboral com el personal funcionari i, en concret, les que impliquen, com a mesura única o alternativa a un permís, una reducció de la jornada laboral o l'excedència de la prestació de serveis corresponent. Una anàlisi que es duu a terme tenint com a punt especial de referència l'Administració local i que aborda tant la normativa aplicable com la posició que han adoptat els tribunals (és rellevant destacar que hi ha força jurisprudència en relació amb aquests temes, tant de la jurisdicció social com de la jurisdicció contenciosa administrativa). I, per acabar, i amb l'objectiu de veure com s'aplica el marc legal a la pràctica de la gestió dels recursos humans, s'examina la manera com la negociació col·lectiva del personal laboral i del personal funcionari de les entitats locals recull i regula les mesures de conciliació objecte d'estudi.⁵

5. A aquest efecte s'ha analitzat el contingut de deu convenis col·lectius i deu acords de condicions de treball del personal funcionari d'ajuntaments de diversos punts de l'Estat i de dimensió diversa (vid. llista de convenis/acords analitzats, al final d'aquest treball).

Part I
La reducció de la
jornada per tenir
cura dels fills
o els familiars

1. Introducció

En aquests moments, hi ha força mesures a disposició tant del personal laboral com del personal funcionari que, amb l'objectiu de facilitar la conciliació de la vida laboral i familiar, comporten una reducció de la jornada laboral. No obstant això, a partir d'aquest punt en comú, sorgeix la diversitat, atès que, com ja veurem, els supòsits de fet són diferents –tot i que, lògicament, vinculats amb la cura dels fills, les persones amb discapacitat o els familiars–, la reducció de la jornada sorgeix com l'única mesura possible o ben combinada amb un permís retribuït, i també són diferents l'abast, la durada o les conseqüències per al sol·licitant de la mesura. Així mateix, mentre que algunes mesures de reducció de la jornada tenen una llarga tradició en el nostre ordenament jurídic (és el cas de la vinculada amb l'al·letament) d'altres són força recents (com, per exemple, la relacionada amb tenir cura dels fills malalts de càncer o d'altres malalties greus).

I juntament amb tot això, cal recordar que mentre que al personal laboral de qualsevol de les administracions públiques se'ls aplica, pel que fa a tots els tipus de reducció de la jornada, el TRET i el conveni col·lectiu corresponent (sense perjudici d'alguna reclamació judicial en la qual, com ja hem anticipat abans, es va sol·licitar també l'aplicació del derogat EBEP), en el supòsit del personal funcionari la normativa és més complexa i diversa: el TREBEP com a norma marc però no bàsica, la LMRFP per al cas del personal de l'Administració General de l'Estat, la normativa autonòmica (recollida, en aquesta matèria, tant en les normes de funció pública com en algunes lleis d'igualtat autonòmiques) i l'article 92 LBRL per al personal funcionari de l'Administració local, segons el qual el personal esmentat es regeix, en allò que no disposa la LBRL, pel TREBEP, per la restant legislació de l'Estat en matèria de funció pública, així com per la legislació de les comunitats autònomes, en els termes de l'article 149.1.18 CE (aplicació directa de l'actual TREBEP que ja derivava del tenor literal del mateix inici de l'art. 48 EBEP, després de la reforma incor-

porada pel RDL 20/2012).⁶ I finalment, també cal tenir en compte el que preveu la negociació col·lectiva funcionarial.

En conclusió, en aquest marc se situen les mesures de reducció de la jornada laboral següents: *a*) la reducció de la jornada per tenir cura dels fills prematurs o hospitalitzats després del part; *b*) la reducció de la jornada vinculada amb el permís d'al·letament; *c*) la reducció de la jornada per tenir cura dels fills o els familiars; i *d*) la reducció de la jornada per tenir cura dels fills o els menors malalts de càncer o altres malalties greus. Dedicuem les pàgines següents a l'anàlisi de cada una d'aquestes mesures.

6. Que va incorporar la referència que «els funcionaris públics tenen els permisos següents».

2. El permís i la reducció de la jornada per tenir cura dels fills prematurs o hospitalitzats després del part

2.1. Introducció

Utilitzant un criteri temporal, la primera reducció de la jornada que pot sol·licitar un empleat d'una Administració pública és la que té com a supòsit de fet el naixement d'un fill prematur o que, per qualsevol causa, ha de quedar-se hospitalitzat després del part i que està regulada per al personal laboral en l'article 37.5 TRET i per als funcionaris públics en l'article 48.g TREBEP, l'article 30.1.f bis LMRFP i la normativa autonòmica corresponent.

Així doncs, no es tracta d'una mesura d'abast general sinó que és de caràcter voluntari i, a més a més, es vincula al naixement d'un fill o fills prematurs o que han de quedar-se hospitalitzats després del part. Cal tenir present que aquesta mesura només és aplicable en el cas de naixement, de manera que en queda exclosa l'adopció i la guarda amb finalitats d'adopció o acolliment de menors. I cal afegir-hi que la finalitat no és tant la d'assistir el menor sinó poder acompanyar-lo durant el procés d'hospitalització.

2.2. El cas del personal laboral

Davant la situació descrita, l'article 37.5 esmentat preveu que la mare o el pare del menor té dret a dues possibles mesures: *a)* a absentar-se de la feina durant una hora, retribuïda a càrrec de l'Administració; i *b)* a reduir la seva jornada laboral fins a un màxim de dues hores, amb la disminució proporcional de la remuneració. Unes mesures que són compatibles entre elles i respecte de les quals cal fer algunes consideracions:

a) L'hospitalització del fill ha de produir-se després del part (pel fet de tractar-se d'un fill prematur o per qualsevol altra causa), tot i que també s'admeten els casos en què el fill es porta a la llar familiar i amb posterioritat s'ingressa en un centre sanitari, sempre que aquest fet es produeixi dins d'un termini d'un mes comptat des del naixement.

b) No s'ha previst legalment una durada màxima d'aquestes mesures, de la qual cosa es deriva que poden durar –com a màxim– fins al moment en què es produïx l'alta hospitalària del fill.

c) De manera discutible, atès que no es fomenta la coresponsabilitat dels dos progenitors envers tenir cura dels seus fills, el TRET fixa que només un dels pares pot beneficiar-se de la reducció de la jornada i/o del permís retribuït, la qual cosa implica que durant les sis setmanes de descans obligatori de la mare del permís de maternitat (que regula l'art. 48.4 TRET), l'altre progenitor pot gaudir d'aquest permís o de la reducció de la jornada, i a partir d'aquest moment –si la mare opta per suspendre el permís de maternitat i tornar a la feina d'acord amb el que preveu l'article 48.4.4 TRET–, només un dels progenitors pot accedir a aquestes mesures, si els dos treballen.

En canvi, si la mare no opta per aquesta suspensió o bé resulta aplicable el que estableix l'article 48.4.5 TRET –ampliació del permís de maternitat a tretze setmanes addicionals com a màxim per als supòsits de part prematur amb falta de pes i els altres en què el nounat requereix, per alguna condició clínica, hospitalització després del part per un període superior a set dies–, només pot acollir-se a aquestes mesures l'altre progenitor. Cal tenir present que a aquest permís addicional de tretze setmanes només hi pot accedir un dels progenitors, llevat que l'exerceixin de manera successiva i la durada total no superi la màxima prevista legalment.

En qualsevol cas, el TRET no estableix cap tipus de preferència pel que fa a qui pot gaudir-lo, per la qual cosa el beneficiari es designa per acord entre els mateixos progenitors. Òbviament, pot ser beneficiari d'aquestes mesures tant el personal laboral temporal com indefinit, a temps complet o a temps parcial.

En conclusió, si només treballa un dels progenitors, aquest pot recórrer al permís o a la reducció de la jornada d'acord amb el concret règim jurídic aplicable, tant si es tracta de personal laboral com de funcionari públic.

d) Correspon al mateix treballador fixar la concreció horària i la determinació del període de gaudi del permís o de la reducció de la jornada (art. 37.7 TRET), dins de la seva jornada laboral ordinària, que ha de comunicar-ho prèviament a l'Administració i presentar, si escau, la documentació justificativa necessària. Així mateix, el treballador, tret de força major, ha de comunicar amb quinze dies d'antelació la data d'incorporació a la seva jornada laboral ordinària. Aquesta darrera qüestió també pot regular-se via conveni col·lectiu i fixar-se un termini diferent.

e) El recurs al permís retribuït no té cap conseqüència desfavorable, ni retributiva ni a l'efecte de Seguretat Social, atès que l'Administració continua cotitzant per tota la jornada laboral.

En canvi, si s'opta per la reducció de la jornada, sí que poden produir-se efectes negatius, encara que siguin mínims per l'escassa extensió de la reducció de la jornada –com ja hem vist, dues hores com a màxim– i la seva durada temporal –cal pensar que, en principi, no gaire llarga. Els efectes negatius es concreten en

el fet que aquesta reducció de la jornada no és remunerada i, com a conseqüència, la cotització a la Seguretat Social que fa l'Administració també es redueix proporcionalment, la qual cosa podria afectar, si escau, el càlcul de les bases reguladores de pensions com la d'incapacitat permanent derivada d'una malaltia comuna o la de jubilació i les prestacions per mort i supervivència vinculades a contingències comunes. No obstant això, aquest efecte negatiu no es produeix si, malgrat la reducció de la remuneració, es continua cotitzant per la base màxima corresponent.

I aquí també cal tenir present que hi ha una regulació específica entorn d'aquesta qüestió per al cas concret de la prestació d'atur, que recull l'article 270.6 TRLGSS. En efecte, en aquest precepte s'estableix que per al càlcul de la base reguladora de la prestació esmentada les bases de cotització es computen incrementades fins al 100 per 100 de la quantia que correspondria si s'hagués mantingut, sense reducció, la feina a temps complet o parcial. D'altra banda, si la situació legal d'atur es produeix mentre el treballador gaudeix d'aquesta reducció de la jornada, les quanties màxima i mínima es determinen tenint en compte l'indicador públic de rendes d'efectes múltiples en funció de les hores treballades abans de la reducció de la jornada.

f) Si hi ha cap discrepància entre l'Administració i el treballador pel que fa a la concreció horària i/o la determinació del període de gaudi d'aquestes mesures, el treballador, després d'interposar la reclamació administrativa prèvia, ha de demanar-la davant la jurisdicció social per la via de l'article 139 LRJS, que es caracteritza pels elements següents:

1) El treballador disposa d'un termini de vint dies, des del moment que l'Administració li comunica la seva negativa o disconformitat amb la proposta feta, per presentar la demanda davant el Jutjat Social.

2) En la demanda pot acumular-se l'acció de danys i perjudicis causats al treballador, exclusivament pels derivats de la negativa del dret o de la demora en l'efectivitat de la mesura, dels quals l'Administració pot eximir-se si dóna compliment, com a mínim provisional, a la mesura proposada pel treballador.

3) El treballador i l'Administració han de portar les seves respectives propostes i alternatives de concreció als actes de conciliació prèvia al judici i al mateix acte del judici, que poden acompanyar, si escau, de l'informe dels òrgans paritaris o de seguiment del pla d'igualtat (la comissió d'igualtat) perquè s'estimin en la sentència.

4) Es tracta d'un procediment judicial urgent i se li dóna una tramitació preferent. Com a conseqüència, l'acte de la vista s'ha d'assenyalar dins dels cinc dies següents al de l'admissió de la demanda. La sentència es dicta en el termini de tres dies i no s'hi pot interposar cap recurs, llevat que s'hagi acumulat la pretensió de rescabament de perjudicis que per la seva quantia pugui donar lloc a un recurs de suplicació, cas en què el pronunciament sobre el permís o la reducció de la jornada és executiu des que es dicta la sentència. Així mateix, els tribunals han matisat que si no s'hi interposa cap recurs, cal interpretar-ho en el benentès que

queda exclosa en tot cas la possibilitat de recórrer pel que fa al fons de l'assump-te, però no així quan s'invoquen excepcions processals (Interlocutòria TSJ Galícia [S] 5 de juliol de 2011).

5) Cal tenir present que aquesta modalitat processal laboral especial s'aplica únicament en relació amb les discrepàncies vinculades amb la «concreció horària» i la «determinació dels períodes de gaudi» del permís o la reducció de la jornada, la qual cosa implica que qualsevol altra reclamació ha de tramitar-se necessàriament per la via del procés laboral ordinari, que sí que admet el recurs de suplicació (STSJ Castella i Lleó/Burgos [S] 30 de maig de 2012 i Catalunya [S] 7 de febrer de 2008).

g) Finalment, atès que ens troben davant una mesura de conciliació de la vida laboral i familiar, hi ha una protecció especial en cas d'acomiadament. En aquest àmbit cal fer dues consideracions:

— La indemnització corresponent per acomiadament s'ha de calcular tenint en compte la remuneració corresponent a la jornada laboral completa, sempre que no hagi transcorregut el termini màxim que s'estableix legalment per a la reducció (DA 19a TRET).

— I, d'acord amb el que preveuen els articles 53.4.b i 55.5.b TRET, l'acomia-dament (per causes objectives o disciplinàries) d'un treballador que ha sol·licitat o està gaudint del permís o la reducció de la jornada per tenir cura de fills prematurs o hospitalitzats després del part és nul. A més a més, es tracta d'una nul·litat au-tomàtica, la qual cosa implica que no cal que el treballador aporti indicis de l'exis-tència d'un mòbil discriminatori en l'actuació de l'Administració corresponent, i, per tant, és aquesta la que ha de demostrar que la seva decisió es fonamenta en una causa aliena a qualsevol mòbil discriminatori o contrari a la conciliació de la vida laboral i familiar.

Per tant, en aquest cas l'acomiadament només pot declarar-se judicialment com a procedent –l'Administració justifica suficientment la seva decisió extintiva– o nul, de manera que, en aquest últim cas, ha de pronunciar-se la readmissió obligatòria del treballador i el pagament de les remuneracions corresponents, així com l'alta en el règim general de la Seguretat Social.

Per acabar, des de la perspectiva pràctica, cal preguntar-se com s'està traslla-dant aquesta mesura de conciliació de la vida laboral i familiar al marc concret de la negociació col·lectiva del personal laboral de les entitats locals en l'àmbit estatal. En aquest punt cal assenyalar que:

a) Alguns convenis col·lectius amplien la durada del permís a dues o tres hores d'absència retribuïdes, si bé és cert que no fan referència a la reducció de la jornada (CC1, CC5).

b) Algun conveni, per bé que estén la durada del permís retribuït a dues hores, en limita la durada a sis mesos (com ja hem vist, el TRET no estableix cap límit personal) i no inclou la fórmula de la reducció de la jornada (CC2).

c) Alguns convenis col·lectius amplien la durada del permís a dues hores diàries remunerades i preveuen una reducció de la jornada de també dues hores diàries, amb la disminució proporcional de la retribució. Amb això es recull el que preveu actualment l'article 48.g TREBEP (CC3, CC6, CC7, CC8, CC9, CC10).

d) En conclusió, algun conveni col·lectiu no fa referència a aquesta mesura de conciliació de la vida laboral i familiar (CC4).

2.3. El règim aplicable al personal funcionari

En primer lloc, cal destacar que en el TREBEP es recullen dues mesures vinculades amb el naixement de fills prematurs o que, per qualsevol causa, han de quedar-se hospitalitzats després del part, molt semblants a les que ja s'han vist per al personal laboral. Així, d'una banda l'article 49.a paràgraf 5è preveu una ampliació del permís de maternitat i, de l'altra, l'article 48.g estableix el dret a un permís retribuït o a una reducció de la jornada laboral ordinària. Les dues mesures són aplicables directament, d'acord amb el que preveu l'article 92 LBRL, al personal funcionari de les administracions locals.

En relació amb la primera mesura, l'article 49.a paràgraf 5è esmentat assenyalava que, en els casos de part prematur i en els que, per qualsevol altra causa, el nounat ha de quedar-se hospitalitzat després del part, el permís de maternitat s'amplia a tants dies com el nadó està hospitalitzat, amb un màxim de tretze setmanes addicionals. Cal afegir-hi també que, pel que fa al personal funcionari, s'aplica la possibilitat de suspendre la prestació de maternitat un cop transcorregudes les sis setmanes de descans obligatori posterior al part, i passar a percebre-la quan es produeix l'alta hospitalària del fill. Això implica que la mare funcionària, sense perjudici de gaudir obligatòriament de les sis setmanes posteriors al part, pot optar per suspendre el gaudi de la resta del permís de maternitat –un màxim, per tant, de deu setmanes si no ha gaudit de part del permís esmentat abans del part (o més si es tracta d'un part múltiple)– fins al moment que es produeix l'alta hospitalària del seu fill, i es pot reincorporar a la feina durant aquest període, sense perjudici de poder agafar el permís retribuït o la reducció de la jornada que recull l'article 48.g TREBEP esmentat. En cas de defunció de la mare, l'altre progenitor pot adoptar la mateixa solució durant el mateix període de temps.

Per la seva banda, l'article 48.g TREBEP esmentat estableix, en termes semblants als que ja s'han vist per al supòsit del personal laboral, que la funcionària o el funcionari tenen dret a absentar-se de la feina durant un màxim de dues hores diàries i percebre les retribucions íntegres. Així mateix, tenen dret a reduir la jornada laboral fins a un màxim de dues hores, amb la disminució proporcional de les seves remuneracions. En aquest àmbit cal fer algunes reflexions:

a) El règim jurídic aplicable al personal funcionari és més favorable que el que fa referència al personal laboral, atès que en el cas del TREBEP s'estableix que la absència retribuïda pot arribar, com a màxim, a dues hores diàries, mentre que el TRET només en recull una.

b) Ens trobem davant d'un veritable dret, que l'Administració ha de concedir necessàriament quan es produeix el fet causant. Com en el supòsit del personal laboral, la finalitat de la mesura és acompanyar el fill durant el seu procés d'hospitalització.

c) Poden sol·licitar el permís i/o la reducció de la jornada tant la mare com el pare funcionaris, però només un dels dos, encara que és possible el gaudi successiu (en el cas del personal funcionari tampoc no s'incentiva la coresponsabilitat envers tenir cura dels fills). Així mateix, el TREBEP no estableix cap tipus de preferència, per la qual cosa són els mateixos progenitors els qui determinen qui n'és el beneficiari. Òbviament, aquest beneficiari ha de tenir la pàtria potestat del menor.

d) Només s'apliquen aquestes mesures en cas de part, i, per tant, no s'apliquen en cas d'adopció o de guarda amb finalitats d'adopció o acolliment de menors. I com en el supòsit del personal laboral, és possible recorre-hi no només quan el fill es queda hospitalitzat després del part sinó també quan l'hospitalització (sigui quina en sigui la causa, inclosa la realització de proves preoperatòries, diagnòstiques...) es produeix dins del termini d'un mes, comptat des de la data del naixement. No obstant això, no s'hi inclouen els supòsits en què el fill rep l'assistència mèdica a la llar familiar o quan és traslladat a l'hospital per rebre atenció mèdica però no s'hi queda ingressat.

e) Si es tracta d'un part múltiple i dos o més fills requereixen hospitalització, només es reconeix un permís i/o una reducció de la jornada laboral, que no s'incrementa de manera proporcional, com és el cas en d'altres mesures de conciliació.

f) L'absència de la feina és retribuïda, en canvi la reducció de la jornada suposa una reducció proporcional de la retribució.

g) Com en el cas del TRET, el TREBEP tampoc no fixa una durada màxima, per la qual cosa es pot recórrer a aquestes mesures (que són compatibles entre elles i d'eventual gaudi successiu) fins al moment que es produeix l'alta hospitalària del fill (dies, mesos...).

h) Correspon al mateix funcionari establir la concreció horària i la determinació del període de gaudi del permís retribuït o de la reducció de la jornada, dins de la seva jornada laboral ordinària, que ha de comunicar-ho prèviament i presentar, si escau, la documentació justificativa necessària.

Si l'Administració està disconforme amb la tria del funcionari –la qual cosa ha de justificar de manera motivada i suficient, tenint en compte la situació en concret d'aquest funcionari i no en general–, aquest, després d'interposar la reclamació

administrativa prèvia, ha de demandar-la judicialment presentant la demanda corresponent davant la jurisdicció contenciosa administrativa.

i) A l'igual del marc del personal laboral, si el funcionari opta per la reducció de la jornada, aquesta decisió pot tenir efectes negatius, atès que es redueix temporalment també la cotització de la Seguretat Social (llevat que es continuï aplicant la base màxima de cotització). Aquests efectes negatius, tot i que mínims, podrien afectar, com ja hem assenyalat, les futures prestacions d'incapacitat permanent, jubilació i mort i supervivència.

En segon lloc, en el cas del personal de l'Administració General de l'Estat, l'article 30.1.f bis LMRFP recull, gairebé literalment, el que preveu l'article 48.g TREBEP, i afegeix que es determina reglamentàriament la disminució de la jornada laboral i la reducció proporcional de les retribucions.

Pel que fa al personal funcionari de les comunitats autònomes, cal destacar que la normativa autonòmica es caracteritza en aquest tema per una certa diversitat i un nivell de protecció diferent; així:

1) En algun cas, es preveu que el funcionari té dret a absentar-se de la feina durant una hora. I, així mateix, té dret a reduir la seva jornada laboral fins a un màxim de dues hores, amb la disminució proporcional de les seves retribucions (art. 61.c LFPCL). Amb això s'estableix un règim jurídic menys protector que el que preveu l'article 48.g TREBEP, que contrasta clarament amb la referència inicial de l'article 48 TREBEP al fet que els «funcionaris tenen els permisos següents».

2) En d'altres casos, en canvi, es recull la mateixa protecció prevista en el marc del TREBEP, que cita expressament que el dret d'absentar-se de la feina i la reducció de la jornada són mesures compatibles (art. 52.2.f i 53.1.g LEPE).

3) D'altra banda, a les Illes Balears fins i tot es reconeix als funcionaris el dret a una reducció màxima de la meitat de la jornada laboral quan es produeix el naixement de fills prematurs o que han de quedar-se hospitalitzats després del part (art. 119 LFPIB).

4) Algunes normes autonòmiques sobre funció pública ni tan sols fan referència a aquesta mesura de conciliació: és el cas de la LFPC, la LFPM, la LFPPV, la LFPCV i la LFPMU.

5) Algunes lleis autonòmiques simplement recullen una referència genèrica a concedir els permisos, les llicències i les reduccions de jornada laboral en els termes que marca l'ordenament jurídic general i bàsic aplicable als funcionaris públics (art. 50.3 i 50.4 LFPLR).

6) En algun supòsit, la norma autonòmica només fa referència al dret d'absentar-se de la feina, però no a la reducció de la jornada (art. 76.1.f LFPG).

7) En conclusió, en el cas de Catalunya es reconeix el dret a un permís retribuït equivalent al temps d'hospitalització del menor fins a un màxim de dotze setmanes. I aquest permís s'inicia a partir de la finalització del permís de maternitat o de la setena setmana posterior al part, l'adopció o l'acolliment (art. 15 LCC).

Per acabar, pel que fa al contingut de la negociació col·lectiva funcional desenvolupada en les entitats locals en relació amb aquesta mesura de conciliació, cal destacar el següent:

a) En alguns casos, s'amplia la durada del permís a un màxim de tres hores diàries d'absència retribuïdes, tot i que no es fa referència a la reducció de la jornada (AF1).

b) Algun acord de funcionaris es limita a reproduir literalment el que recull actualment l'article 48.g TREBEP (AF3, AF5, AF6, AF8).

c) En algun acord es preveu el dret a una absència retribuïda diària del lloc de treball de tres hores, amb la percepció de les remuneracions íntegres. No obstant això, la reducció de la jornada prevista per a aquest cas es limita a una hora diària, la qual cosa contradiu l'article 48.g TREBEP (AF7).

d) Algun acord es limita a remetre's, amb caràcter genèric, al que preveu la normativa estatal (AF9).

e) Algun acord de funcionaris amplia la durada de l'absència retribuïda fins a un màxim de tres hores, però manté la reducció de la jornada en un màxim de dues hores, amb la disminució proporcional de les remuneracions (AF10).

f) Finalment, cal assenyalar que hi ha casos en què ni tan sols se cita aquesta mesura de conciliació laboral i familiar (AF2, AF4).

3. El permís o la reducció de la jornada vinculada al permís d'al·letament

3.1. Introducció

Amb una aplicació més generalitzada que la reducció de la jornada per tenir cura dels fills prematurs o hospitalitzats després del part, aquesta segona via de reducció de la jornada laboral –tant del personal laboral com dels funcionaris públics– es vincula a l'al·letament i té una llarga tradició en el nostre ordenament jurídic. Cal afegir-hi que, en aquest cas, la reducció de la jornada es recull, a diferència del supòsit anterior, com una mesura alternativa (no compatible) a la figura del permís.

Es tracta d'una mesura de conciliació de la vida laboral i familiar que recull per al personal laboral l'article 37.4 TRET i per al personal funcionari l'article 48.f TREBEP, la LMRFP i la normativa autonòmica corresponent.

Tal com han assenyalat els tribunals, el seu objectiu no és tant el de facilitar l'al·letament o l'alimentació del menor sinó la cura, l'atenció i l'assistència del fill o menor per part dels seus progenitors, adoptants o acollidors durant els primers mesos de vida. En la mateixa línia, segons la STJUE 30 de setembre de 2010, l'objectiu d'aquesta mesura és reconèixer als dos progenitors un temps per tenir cura del fill o menor, sense pretendre assegurar la protecció de la condició biològica de la mare després de l'embaràs o la protecció de les relacions particulars entre la mare i el seu fill.

3.2. La regulació del personal laboral

3.2.1. L'abast de la regulació legal

En aquest cas, l'article 37.4 TRET esmentat estableix que en els supòsits de naixement d'un fill, adopció, guarda amb finalitats d'adopció o acolliment, d'acord amb l'article 45.1.d TRET (de conformitat amb el Codi Civil o les lleis civils de les comunitats autònomes que el regulen, sempre que la seva durada no sigui infe-

rior a un any), per a l'alletament del menor fins que compleixi nou mesos, el treballador té dret a una hora d'absència de la feina, que pot dividir en dues fraccions. La durada d'aquest permís retribuït a càrrec de l'Administració s'incrementa proporcionalment en els casos de part, adopció, guarda amb finalitats d'adopció o acolliment múltiples.

No obstant això, el beneficiari d'aquesta mesura, per voluntat pròpia, pot substituir-la per una reducció de la jornada laboral de mitja hora amb la mateixa finalitat o acumular-la en jornades completes en els termes que preveu la negociació col·lectiva o l'acord al qual arribi amb el seu ocupador respectant, si escau, el que estableix la negociació esmentada.

En relació amb aquesta mesura de conciliació cal assenyalar el següent:

a) Tal com han assenyalat els tribunals, no es tracta d'un permís més dels que preveu l'article 37 TRET, ja que ha d'interpretar-se en vista de la Llei 39/1999, de 5 de novembre, per promoure la conciliació de la vida laboral i la familiar de les persones treballadores, que avança en el camí de la igualtat d'oportunitats entre dones i homes, i permet que els dos puguin acollir-se a aquest benefici, la qual cosa redunda, en definitiva, en pro de la protecció de l'interès dels menors (STS [S] 9 de desembre de 2009).

Per tant, és un dret individual dels treballadors, homes o dones, però només el pot exercir un dels progenitors en cas que tots dos treballin (STSJ Andalusia/Màlaga [S] 3 d'octubre de 2013). No obstant això, sí que poden gaudir-lo de manera successiva, sense superar, lògicament, la durada màxima prevista legalment. Encara que aquesta visió no facilita la coresponsabilitat dels dos progenitors envers tenir cura del menor, sí que es fonamenta en la idea del legislador que amb la presència d'un dels dos ja s'entén acomplerta la finalitat de tenir cura del menor.

En aquest àmbit cal recordar que la STJUE 30 de setembre de 2010 va declarar que la redacció de l'article 37.4 ET (actualment derogat), que reconeixia aquesta mesura com un dret no directe sinó «derivat» per als pares, contravenia el dret comunitari, atès que era contrària al principi d'igualtat de tracte entre els homes i les dones pel que fa a l'accés a la feina (art. 3.1, 2.3 i 2.4 i art. 5 de la Directiva 76/207/CEE del Consell, de 9 de febrer de 1976). Com a conseqüència, tal com recull l'article 37.4 TRET vigent, el permís i la reducció de la jornada per alletament són un dret tant de les mares com dels pares, en igualtat de condicions, sempre que es tracti de treballadors per compte d'altri (personal laboral o funcionari) o per compte propi. En paraules de la sentència esmentada, la Directiva 76/207/CEE s'oposa...

[...] a una mesura nacional com la discutida en el litigi principal, que preveu que les dones, mares d'un nen i que tenen la condició de treballadores per compte d'altri, poden gaudir d'un permís, segons diverses modalitats, durant els nou primers mesos següents al naixement d'aquest fill, mentre que els homes, pares d'un nen i que tenen la condició de treballadors per

compte d'altri, només poden gaudir del permís esmentat quan la mare d'aquest nen també té la condició de treballadora per compte d'altri [...].

I en la mateixa línia, en la STSJ Castella i Lleó/Burgos (S) 12 de juliol de 2012 es manifesta que:

[...] de la mateixa dicció del precepte resulta que s'atorga indistintament el permís al pare i a la mare, i correspon als progenitors l'opció que el gaudeixi l'un o l'altre, i no exclusivament a la dona com pretén erròniament la recurrent confonent la regulació del permís d'alletament amb la que estableix l'art. 48.4 de l'Estatut dels treballadors pel que fa al descans de maternitat, per al qual sí que concedeix la Llei una preferència a la mare, que li reconeix el dret com a propi amb la possibilitat de cedir al pare, només una part del descans [...].

I la STSJ Madrid (S) 10 d'octubre de 2008 hi afegeix que:

[...] hem de partir del fet que la titularitat del dret correspon als dos progenitors, la Llei exclusivament exigeix que els dos siguin treballadors, i és evident que aquesta qualitat la té el qui treballa per compte d'altri però també el qui ho fa per compte propi [...]. Així doncs, la interpretació de l'article 37.4 de l'Estatut dels treballadors s'ha de fer, a més de literal, en vista de tota la normativa exposada, en el sentit d'afavorir la coresponsabilitat familiar i evitar la discriminació, tractant de la mateixa manera les situacions en què els dos progenitors treballen, independentment de si un d'ells és autònom o del sexe [...]

Cal tenir present que, agafant això com a punt de partida, a la pràctica poden donar-se diverses situacions; així:

— Si un dels progenitors és treballador autònom, l'altre, tant si és personal laboral com funcionari, té dret a accedir a aquesta mesura, en forma de permís o de reducció de la jornada (els tribunals han defensat expressament aquesta solució en el cas en què la mare és treballadora per compte propi i qui sol·licita la mesura d'alletament és el pare; així, entre d'altres, STSJ Galícia [S] 12 de novembre de 2011, Madrid [S] 10 d'octubre de 2008 i Castella i Lleó/Burgos [S] 17 de juny de 2009).

— Si els dos progenitors són funcionaris públics i/o personal laboral, només un dels dos –el pare o la mare indistintament, sense preferències– pot accedir al permís o a la reducció de la jornada per alletament. El beneficiari es decideix per acord entre els dos progenitors, sempre que tingui la pàtria potestat o la tutela del menor.

— I si un progenitor és funcionari públic o personal laboral i l'altre treballa per compte d'altri en el sector privat, només un dels dos –indistintament i tal com assenyalàvem abans– pot sol·licitar aquestes mesures. Com abans, el beneficiari es decideix per acord, i tant en aquest supòsit com en l'anterior, l'Administració pot requerir la justificació que un dels dos progenitors ha renunciat a aquest dret en el seu lloc de treball.

b) Tanmateix, juntament amb això, cal tenir present que els tribunals han matissat que si bé els dos progenitors tenen dret indistintament al gaudi d'aquestes mesures de conciliació, sempre que treballin per compte propi o per compte d'altri, aquest dret no es manté si un d'ells no està en actiu quan se sol·liciten, atès que l'article 37.4 TRET estableix com a pressupòsit ineludible i necessari per ser concedides que els dos progenitors treballin. Aquesta posició judicial implica que, per exemple, no es reconegui el permís d'alletament al pare quan la mare, encara que sigui treballadora per compte d'altri, es trobi en una situació d'excedència per tenir cura dels fills. Així, en la STSJ Castella i Lleó/Burgos (S) 4 de desembre de 2008 s'afirma que:

[...] és pressupòsit ineludible i necessari per concedir el permís d'alletament sol·licitat, que els dos progenitors treballin, la qual cosa no es dona en aquest cas, des del terme de les vacances de la mare, atès que, posteriorment, ha sol·licitat excedència per tenir cura de la seva filla, raó per la qual té el contracte de treball en suspens, d'acord amb l'art. 45.1.d ET [...].

(En el mateix sentit, STSJ Castella i Lleó/Burgos [S] 12 de juliol de 2012 i 4 de desembre de 2008.)

c) Els tribunals admeten la possibilitat de millora del règim legal mitjançant el conveni col·lectiu del personal laboral.

d) Aquestes mesures abasten tant els fills naturals com els adoptats i menors acollits, amb el límit de l'edat de nou mesos en tots els casos. En els casos de part, adopció, i guarda amb finalitats d'adopció o acolliment múltiples, la durada s'amplia proporcionalment al nombre de fills o menors.

No hi ha cap dubte que la limitació temporal als nou mesos d'edat del menor és molt restrictiva i hauria d'ampliar-se, com a mínim, fins als dotze mesos d'edat, tal com ja passa en el marc de la normativa funcional.

e) Com la resta de les mesures analitzades en aquest treball, aquesta s'aplica tant al personal laboral indefinit com al temporal i també als treballadors a temps parcial, sense que, en aquest últim cas, la mesura es vegi reduïda, així com tampoc quan es tracta d'un treballador que té reconeguda una reducció de la jornada per tenir cura dels fills o els familiars d'acord amb el que preveu l'article 37.6 paràgraf 1r TRET. Així, encara que, per exemple, el beneficiari tingui una jornada equivalent al 40 per 100 de l'habitual en aquest servei, la durada del permís (una hora) i de la reducció de jornada (mitja hora) són les mateixes que la d'un treballador a temps complet. Els tribunals fonamenten aquesta solució en el fet que si no fos així, no es compliria la finalitat que persegueix aquesta mesura de conciliació, que, com hem vist abans, se centra en la cura i l'assistència del menor (STSJ Canàries [S] 20 de febrer de 2006).

f) La concreció horària i la determinació del període de gaudi (que, a decisió del beneficiari, pot ser fins als nou mesos d'edat del menor o bé d'una durada in-

ferior) tant del permís com de la reducció de la jornada corresponen al treballador, dins de la seva jornada laboral ordinària, després de comunicar-ho prèviament a l'Administració. Així mateix, ha de comunicar amb quinze dies d'antelació la data de reincorporació a la seva jornada laboral ordinària, si bé per conveni col·lectiu pot fixar-se un termini diferent.

Si hi ha cap discrepància pel que fa a aquestes qüestions, el treballador ha de demandar l'Administració davant la jurisdicció social per la via de l'article 139 LRJS, que ja s'ha vist.⁷

g) El beneficiari d'aquesta mesura de conciliació pot optar per acumular-la en jornades completes en els termes que preveu el conveni col·lectiu corresponent o l'acord al qual arriba amb l'Administració, respectant, si escau, el que s'hi estableix. I, com a conseqüència, si no hi ha una previsió convencional o un acord no hi ha acumulació.

Amb aquesta possible acumulació s'amplien les possibilitats de gaudi d'aquesta mesura, sense desconèixer-ne la finalitat. Cal destacar que els termes concrets d'aquest gaudi acumulat –amb l'únic límit que ha de ser per jornades completes– es deixa exclusivament a mans del conveni col·lectiu o de l'acord corresponent (STS [S] 11 de novembre de 2009); en definitiva, pot fixar-se el que s'estimi oportú (per exemple, no tractar d'una manera especial els supòsits de part múltiple, STSJ Andalusia/Sevilla [S] 19 de maig de 2011).

En tot cas, cal tenir present que l'acumulació d'hores no gaudides es refereix a l'hora d'absència de la feina i no a la mitja hora de reducció de la jornada que recull l'article 37.4 TRET. En aquest sentit es manifesta la STSJ Castella i Lleó/Burgos (S) 30 de maig de 2012, en la qual s'afirma que:

[...] quan el treballador o la treballadora opta per aquesta segona forma alternativa d'exercir el dret, l'acumulació per jornades completes ha de referir-se a cada hora diària d'absència a la feina a la qual, amb caràcter general, es té dret. Aquesta és la conclusió a la qual s'arriba aplicant les regles d'interpretació –gramatical, lògica i sistemàtica– que contenen els articles 1281 i següents del Codi Civil, i no hi ha cap base per fer una interpretació reduccionista, com la que pretén l'empresa recurrent, de limitar la possibilitat d'acumular en jornades completes només la primera de les formes d'exercici alternatiu del dret, la reducció de jornada en mitja hora, atès que allà o no distingeix la llei, tampoc no li és lícit distingir a l'intendent [...].

(En el mateix sentit, STSJ Catalunya, [S] 23 d'octubre de 2009.)

Finalment, cal tenir en compte que el no-reconeixement de l'acumulació esmentada serveix de base perquè el treballador reclami una indemnització per danys i perjudicis a l'Administració (STSJ Galícia [S] 22 de setembre de 2010), atès que

7. Vid. *supra* apartat 2.2.

s'ha provocat d'una manera directa un menyscabament en la seva vida personal i familiar (indemnització dirigida a compensar la pèrdua del dret així com els danys morals corresponents i que exigeix una mínima concreció de les bases i els elements clau que la sustenten).

h) El permís o la reducció de la jornada per alletament són incompatibles amb el gaudi del permís de maternitat a temps parcial. En canvi, són plenament compatibles amb la reducció de la jornada per tenir cura dels fills que regula l'article 37.6 paràgraf 1r TRET (analitzada en un apartat posterior),⁸ atès que, com han assenyalat els tribunals, es tracta de figures amb una natura, causa i finalitat diferents, amb subjectes i intensitat diferents, i amb una diversa durada i repercussió en les remuneracions del treballador. Cal afegir-hi que el TRET tampoc no en fixa la incompatibilitat, i mentre el permís o la reducció per alletament és una figura tradicional en el nostre ordenament jurídic, el dret a la reducció de la jornada per tenir cura dels fills és un dret que neix més recentment per poder compatibilitzar la vida familiar i la laboral.

En aquesta línia, la STSJ Comunitat Valenciana (S) 25 d'abril de 2002 manifesta que:

[...] el permís d'alletament té una natura diferent de la reducció de jornada per tenir cura d'un menor de sis anys i, així, mentre el primer es tracta d'un permís remunerat, el segon és un dret a la reducció de jornada amb la disminució proporcional de la retribució laboral, i també és diferent la seva finalitat, atès que el permís d'alletament es dirigeix a compatibilitzar l'exercici de l'activitat professional sense cap minva per al treballador amb l'atenció de les necessitats apremiants que durant els primers mesos de vida exigeix l'ésser humà, mentre que la reducció de la jornada suposa optar per tenir cura del menor en detriment de l'exercici i la retribució professional, i no hi ha cap precepte legal del qual pugui a més a més despendre's la incompatibilitat que propugna l'Administració autonòmica [...].

I dins de la mateixa lògica cal citar la STSJ Catalunya (S) de març de 2003, en la qual s'afirma:

[...] no té ni la mateixa configuració, ni la mateixa causa, ni poden exercir-lo els mateixos subjectes, ni les mateixes repercussions per a l'empresa, que el dret de reducció de jornada per alletament [...] és clar que tant els subjectes actius (pares enfront de qui tingui la guarda legal), com els causants del dret (exclusivament els fills menors de nou mesos enfront d'una multitud de persones), la durada en el temps (màxim de nou mesos enfront de fins i tot molts anys), la intensitat (una hora d'absència a la feina substituïble per una reducció de mitja hora en la jornada enfront de fins i tot la meitat de tota la jornada laboral), la repercussió salarial

8. Vid. *infra* apartat 4.

(pagat per l'empresa enfront d'una reducció proporcional del salari) la raó de ser (atendre l'al·letament d'un menor de nou mesos enfront de poder compatibilitzar la vida familiar i laboral) són diferents, i es preveu fins i tot el contracte d'interinitat a temps parcial [...] per a la substitució dels treballadors amb jornada reduïda per guarda legal, atès que la reducció de la jornada per al·letament a càrrec de l'empresa es tracta d'un dret tradicional en el nostre ordenament jurídic laboral, diferent del dret a la reducció de jornada per les causes previstes en la llei que és un dret que va néixer fa uns vint anys per comptabilitzar la vida familiar i laboral de les persones treballadores [...].

i) Com en la resta de les mesures de conciliació analitzades en aquest treball, la sol·licitud o el gaudi del permís o la reducció de la jornada per al·letament no poden suposar cap perjudici per al treballador, ni en matèria retributiva, ni en promoció o carrera professional, ni en relació amb qualsevol altra condició de treball. En aquest sentit, la STS (S) 9 de desembre de 2009 assenyala, en matèria retributiva, que:

[...] cal entendre que qualsevol interpretació de l'absència de regulació concreta de la retribució del permís d'al·letament, tant en l'Estatut com en el Conveni, que impliqui pèrdua econòmica per al treballador, és contrària a l'esperit de la llei. Per això, el gaudi d'aquest dret no pot implicar mai una pèrdua econòmica [...].

j) L'Administració pot requerir al treballador que justifiqui que l'altre progenitor no utilitza aquesta mesura de conciliació de la vida laboral i familiar. El que seria discriminatori és sol·licitar aquesta prova quan qui demana la mesura és un treballador i no fer-ho quan és una treballadora (STSJ Andalusia/Màlaga [S] 3 d'octubre de 2013).

k) Per últim, cal destacar que, en la mateixa línia ja vista per al cas de la reducció de la jornada per tenir cura de fills prematurs o hospitalitzats després del part, i segons el que preveuen els articles 53.4.b i 55.5.b TRET, l'acomiadament –per causes objectives o disciplinàries– d'un treballador que ha sol·licitat o està gaudint del permís o la reducció de la jornada per al·letament es qualifica com a nul, amb les conseqüències corresponents, llevat que l'Administració en provi suficientment la causa justificativa. Una causa de nul·litat que, tal com han destacat els tribunals, té un caràcter objectiu i, com a conseqüència, actua d'una manera automàtica sense necessitat que el treballador aportï indicis d'un comportament discriminatori per part de l'ocupador. En aquest sentit, la STSJ Illes Canàries (S) 23 d'octubre de 2013 recorda que:

[...] després de la reforma de l'art. 55.5 ET operada primer per la Llei 39/99 i posteriorment per la LO 3/07, el legislador va atorgar una protecció reforçada a determinades situacions relacionades amb la maternitat especialment exposades i vulnerables a situacions empresarials discriminatòries per raó de sexe, i va introduir en el nostre ordenament jurídic una sèrie de supòsits en els quals es configura una causa objectiva de la nul·litat de l'acomiadament diferent de la

nul·litat per causa de discriminació prevista en el paràgraf primer i que actua sempre que l'acomiadament es produeixi quan la treballadora es trobi en alguna de les situacions que els diversos apartats del precepte enumeren i la mesura extintiva no sigui procedent, i això, al marge que hi hagi o no indicis de tractament discriminatori o, fins i tot, que concorri o no un mòbil de discriminació [...].

En definitiva, d'acord amb la sentència esmentada, la qualificació com a nul·la de l'acomiadament d'un treballador que ha sol·licitat o està gaudint del permís o la reducció per alletament...

[...] té base en la concurrència de les causes objectives de nul·litat que preveuen els apartats b i c del precepte legal esmentat (art. 55.5), que llevat dels casos en què l'acomiadament hagi de declarar-se procedent, operen de manera automàtica per ministeri de la llei, atès que en el moment d'acomiadar la treballadora estava gaudint del permís d'alletament ex art. 37.4 ET i el període transcorregut des del naixement del seu fill fins que la van fer cessar no havia superat els 9 mesos [...].

(*Vid.* també STSJ Illes Canàries [S] 15 d'octubre de 2009 i Madrid [S] 30 d'abril de 2009.)

En la mateixa línia, la STSJ Andalusia/Granada (S) 31 de maig de 2012 declara que:

[...] el simple fet d'acomiadar una dona treballadora que està embarassada o en situació anàloga, com és el permís de maternitat amb alletament, porta directament i sense cap pal·liatiu a la declaració de nul·litat de l'acomiadament, i això es funda en els articles 2 i 10 de la Directiva del CEE núm. 22 de 1985 que ho recollia, així com la Llei 39/99 de 5 de novembre de conciliació de la vida familiar i laboral, la Llei 3/07 de 22 de març d'igualtat efectiva d'homes i dones; article 55.5 de l'ET i 37.4 del mateix cos legal [...].

(Per al cas d'un acomiadament per causes objectives, *vid.* també la STSJ Cantàbria [S] 21 de juliol de 2014.)

Es produeix el mateix efecte quan es tracta d'una treballadora fixa discontinua que no és convocada al començament de la campanya corresponent; així la STSJ Galícia (S) 4 de maig de 2009 assenyala:

[...] manifesta el TC (sentència 17/2007, de 12 de febrer, etc.) que els tractes desfavorables a la feina, basats en l'embaràs o motivats per baixes laborals causades per l'embaràs, com que afecten exclusivament la dona, constitueixen una discriminació directa per raó de sexe, proscriu per l'article 14 CE, i pel que fa a la codemandada esmentada, no es va provar [...] que la seva actuació tingués origen en causes reals absolutament estranyes a la pretesa vulneració, així com que tenien l'entitat suficient per justificar la decisió adoptada [...].

I passa el mateix quan s'extingeix un contracte per obra o servei determinat just quan la treballadora està gaudint del permís d'al·letament (STSJ Andalusia/Granada [S] 31 de maig de 2012).

No obstant això, tal com hem afirmat abans, l'acomiadament és procedent si l'ocupador prova la causa que el motiva (per exemple, una causa organitzativa, STSJ Comunitat Valenciana [S] 25 d'abril de 2013).

3.2.2. El paper de la negociació col·lectiva

Pel que fa al contingut dels convenis col·lectius del personal laboral de les entitats locals en relació amb el permís o la reducció de la jornada per al·letament, cal assenyalar el següent:

1) Algun conveni col·lectiu millora i amplia el que preveu el TRET: així, s'amplia la reducció de la jornada a una hora i mitja, que pot aplicar-se d'una manera fraccionada, tot i que, alhora, s'exclou la possible acumulació del període d'al·letament amb el permís de maternitat (CC1).

2) Algun conveni, que millora també el que fixa el TRET, estén el permís d'al·letament fins als dotze mesos d'edat del fill, i també preveu la possible acumulació d'aquest permís, en un període únic, al permís de maternitat.

I també es preveu la possible substitució del permís per una reducció de la jornada d'una hora, amb la mateixa finalitat (una nova millora en relació amb el que preveu el TRET). No obstant això, a diferència del que estableix el TRET, aquesta facultat de substitució s'atribueix expressament a la dona, i, així mateix, es fixa que el permís d'al·letament pot fer-se extensiu al pare, després que aquest ho sol·liciti (CC2).

3) Seguint la mateixa lògica anterior de millora, algun conveni col·lectiu reproduïx directament el règim més favorable previst en la normativa funcionarial (CC3, CC6, CC8). No obstant això, en algun supòsit, tot i que reproduïx aquesta normativa, es preveu que no només la treballadora sinó qualsevol dels progenitors pot sol·licitar la substitució del temps d'al·letament per un permís retribuït que acumuli en jornades completes el temps corresponent (CC7).

4) Algun conveni amplia la durada del permís o la reducció de la jornada per al·letament fins als dotze mesos d'edat del menor, i també recull la seva possible substitució per un permís addicional de quatre setmanes (CC5).

5) En algun conveni col·lectiu es reproduïx el que preveu actualment el TREBEP però amb dos matisos: *a)* no només la treballadora pot decidir la substitució del permís diari per l'acumulació en jornades completes, sinó que pot decidir-ho indistintament el treballador o la treballadora beneficiaris de la mesura; i *b)* la durada d'aquest dret es redueix proporcionalment a la jornada treballada, la qual cosa contradiu, com hem vist, el que assenyalen els nostres tribunals, atès que

aquesta durada es manté fins i tot quan es tracta de treballadors a temps parcial o amb una jornada de treball reduïda (CC9).

6) En algun conveni es mescla la lògica del TRET i la del TREBEP, atès que es reconeix aquesta mesura per a l'alletament d'un fill menor de dotze mesos però amb una hora d'absència de la feina que pot dividir-se en dues fraccions. Així mateix, es té dret a substituir aquest permís per una reducció de la jornada normal de mitja hora al començament i al final de la jornada, o d'una hora al començament o al final de la jornada, amb la mateixa finalitat. I, en fi, s'afirma que la funcionària (quan és una treballadora) pot sol·licitar la substitució del temps d'alletament per un permís retribuït que acumuli en jornades completes el temps corresponent (CC10).

7) Finalment, cal destacar que algun conveni col·lectiu ni tan sols fa referència a aquesta important mesura de conciliació de la vida laboral i familiar (CC4).

3.3. La regulació del personal funcionari

3.3.1. El marc legal

En primer lloc i des de la perspectiva estatal, l'article 48.f TREBEP estableix que el funcionari, per alletament d'un fill menor de dotze mesos, té dret a una hora d'absència de la feina que pot dividir en dues fraccions. Aquest dret pot substituir-se per una reducció de la jornada normal de mitja hora al començament i al final de la jornada, o d'una hora al començament o al final de la jornada, amb la mateixa finalitat. Aquest dret el poden exercir indistintament o un progenitor o l'altre, en cas que tots dos treballin. Així mateix, aquest dret s'incrementa proporcionalment en els casos de part múltiple. I igualment, la funcionària pot sol·licitar la substitució del temps d'alletament per un permís retribuït que acumuli en jornades completes el temps corresponent.

Cal tenir present que, com en el cas de la mesura de conciliació anterior, l'article 48.f esmentat és aplicable al personal funcionari de les entitats locals, com a conseqüència del que disposa l'article 92 LBRL.

En relació amb aquesta regulació legal, semblant a la que ja s'ha vist per al cas del personal laboral, cal fer algunes consideracions.

a) Novament, la durada prevista, en aquest cas de la reducció de la jornada, és superior a la que recull el TRET, atès que es reconeix una hora, tant si es gaudeix de manera fraccionada com completa. En canvi, en el cas del personal laboral, com hem vist, la durada de la reducció de la jornada només és de mitja hora. I, juntament amb això, en el cas del personal laboral aquesta mesura arriba fins als nou mesos d'edat del menor, mentre que el TREBEP es preveu fins als dotze mesos d'edat del menor. En tot cas, això no pot fer que s'ignori l'escassetat temporal

d'aquesta mesura i la impossibilitat per aquesta raó de complir, en la immensa majoria dels supòsits, amb la finalitat perseguida.

I, en fi, també hi ha una tercera diferència entre les dues normatives, que es concreta en la possible acumulació d'aquesta mesura en jornades completes, atès que en el cas del personal funcionari aquesta acumulació surt al TREBEP com un dret, mentre que en el marc del personal laboral depèn del que preveu el conveni col·lectiu corresponent o de l'acord al qual s'arribi amb l'Administració. I, com hem assenyalat pàgines enrere, si no hi ha ni conveni ni acord, aquesta acumulació no és possible. Aquesta diferència entre els dos col·lectius ha donat lloc a reclamacions judicials, un tema al qual tornarem més endavant.

b) Tal com hem manifestat quan hem tractat del personal laboral, aquesta mesura inclou tant els supòsits de naixement com l'adopció i la guarda amb finalitats d'adopció o acolliment de menors.

Així mateix, la seva finalitat no és tant l'alimentació del menor com la seva atenció i assistència durant els primers mesos de vida (STSJ Aragó [CA] 4 de desembre de 2012). En aquest sentit, la STSJ Castella i Lleó/Valladolid (CA) 13 de febrer de 2015 declara que «en l'actualitat el permís d'alletament està desvinculat del fet biològic de l'alletament natural i es considera com un temps d'atenció adequada del menor i una mesura conciliadora de la vida familiar i laboral».

c) Es tracta d'un dret individual del funcionari o funcionària i, per tant, es té dret a aquesta mesura de conciliació independentment de si s'ha gaudit o no dels permisos de maternitat o paternitat.

d) Com ja hem assenyalat, el permís o la reducció de la jornada arriba fins als dotze mesos d'edat del menor, una durada que s'incrementa proporcionalment en els supòsits de part, adopció o guarda amb finalitats d'adopció o acolliment múltiples. Es tracta d'una durada escassa des de la perspectiva del foment de la conciliació de la vida laboral i familiar, si bé supera, com hem dit abans, la prevista per al cas del personal laboral, que només arriba fins als nou mesos d'edat del menor.

Pel que fa a la necessitat d'ampliar la durada de la mesura en cas de part múltiple, la STJutjat CA de Madrid 10 de novembre de 2011 manifesta que:

[...] és evident que l'atenció que aquests han de dedicar al lactant perquè creixi correctament s'incrementa en el cas dels parts múltiples, si no exponencialment com a mínim proporcionalment per raó de cada un dels nens. Un motiu pel qual el mateix legislador ha reconegut aquest criteri d'increment proporcional dels permisos i drets laborals dels pares en aquests supòsits excepcionals, no només en l'EBEP, sinó també en altres normes [...].

e) Sorprenentment, l'article 48.f TREBEP continua tractant aquesta mesura parcialment en clau femenina, atès que, tal com hem vist anteriorment, es refereix expressament a la «funcionària» quan tracta de la substitució del temps d'alleta-

ment per un permís retribuït acumulat; aquesta feminització és totalment discutible perquè es tracta d'un dret individual dels dos progenitors, adoptants o acollidors, homes o dones.

No obstant això, en aquest punt cal destacar que alguns tribunals entenen, d'una manera discutible, que efectivament aquesta possibilitat d'acumulació només és aplicable a les funcionàries (STSJ Múrcia [CA] 27 de gener de 2010; en contra STSJ Madrid [CA] 7 de febrer de 2012 i 5 d'abril de 2011); una solució que, al nostre entendre, és discriminatòria, atès que contravé la lògica de coresponsabilitat envers l'alletament.

En tot cas, aquesta acumulació s'incrementa proporcionalment en funció del nombre de fills nascuts (ST Jutjat CA Madrid 10 de novembre de 2012).

f) Actualment, com en el cas del personal laboral, si els dos progenitors, adoptants o acollidors treballen –tant si és per compte propi com per compte d'altri–, són titulars indistintament d'aquest dret, si bé només un d'ells pot accedir-hi; tot i que, no obstant això, és possible un gaudi successiu. En aquest sentit, la STSJ Múrcia (CA) 23 de gener de 2015 assenyala que no és possible parlar «[...] d'una cessió del dret de la mare al pare atès que com ja s'ha dit aquest dret és d'exercici indiferent, i d'alguna manera hi ha una cotitularitat [...]». Continua afirmant que:

[...] l'objecte que es persegueix amb aquest dret funcional no és cap altre que el que preveu la Llei orgànica 3/2007, és a dir, conciliar la vida familiar i la laboral via consecució de més coresponsabilitat entre homes i dones amb vista que tots dos assumeixin les obligacions familiars; perseguint un repartiment més equilibrat d'aquestes obligacions i dins d'aquestes les que són conseqüència del naixement i la cura d'un fill. Aquest objectiu implica tant un progenitor com l'altre [...] aquest permís s'ha desvinculat del fet biològic de l'alletament natural i es considera com un simple temps d'atenció a favor del fill i com una mesura conciliadora de la vida laboral i la familiar i que, per tant, la pot exercir tant un progenitor treballador com l'altre, tant si és per compte propi com per compte d'altri [...].

(També STSJ Castella-la Manxa [CA] 28 de juliol de 2014 i Madrid [CA] 5 d'abril de 2011.)

En fi, ens trobem davant d'un dret que no és exclusiu de la mare, de manera que aquesta és l'única titular i que, com a tal, pot cedir-lo, sinó que el dret correspon com a titulars indistints als dos progenitors (ST Jutjat Central CA núm. 11 Madrid 4 d'abril de 2013).

I tant si és el pare com la mare qui el gaudeix, ho ha de fer d'acord amb el seu règim jurídic propi (TRET, TREBEP, normativa autonòmica...) i en les condicions que s'hi preveuen (STSJ Aragó [CA] 4 de desembre de 2012 i Madrid [CA] 7 de febrer de 2012). I, juntament amb això, un cop un dels progenitors inicia el gaudi d'aquesta mesura, l'altre pot continuar-lo perfectament fins al termini màxim previst legalment (ST Jutjat Central CA núm. 11 Madrid 4 d'abril de 2013).

No obstant això, si la mare no treballa, ha mort o està en situació d'excedència, caldria pensar que, tal com hem vist quan hem tractat del personal laboral, el pare funcionari no podria accedir a aquesta mesura, atès que s'exigeix que els dos treballin, tant si és per compte d'altri com per compte propi. No obstant això, cal citar alguna sentència que, amb bon criteri, reconeix al pare funcionari el dret al permís d'alletament encara que la mare no treballi, com la STSJ Andalusia/Granada (CA) 17 de novembre de 2014 quan manifesta que:

[...] el dret al gaudi del permís d'alletament és un dret inherent a l'exercici d'una funció o feina i, concretament, és un dret que es reconeix a la persona que té l'estatut de funcionària en la Llei 7/2007, en el seu art. 48, que regula els permisos dels funcionaris públics, és a dir, les llicències per no assistir a la feina per exercir les seves funcions, per la necessitat d'assistir a altres llocs o atendre altres necessitats justificades, enteses com a tals, entre altres les de [...] alletament d'un fill menor de dotze mesos que poden gaudir indistintament la mare o el pare en cas que tots dos treballin. Per tant, la Llei no exigeix el requisit que per gaudir del permís l'altre progenitor ha de treballar, atès que el que diu la Llei és que si els dos treballen només el gaudeix un, que és molt diferent [...].

I també cal tenir en compte que, segons els tribunals, en cas de desacord entre els dos progenitors, té preferència la decisió de la mare sobre qui pot exercir aquest dret (STSJ Aragó [CA] 4 de desembre de 2012).

g) Tant el permís com la reducció de la jornada tenen caràcter retribuït a càrrec de l'Administració i, com a conseqüència, no poden implicar la pèrdua de remuneracions, atès que si no fos així es desincentivaria el recurs a aquesta fórmula de conciliació (entre d'altres, STSJ Madrid [S] 12 de desembre de 2004). Per tant, el cost l'assumeix l'Administració corresponent. Cal afegir-hi que, com que no implica un descompte en la remuneració, el gaudi d'aquesta mesura no té conseqüències negatives en el marc de la protecció en matèria de Seguretat Social. I, lògicament, tampoc no pot implicar, com en la resta de les mesures de conciliació analitzades en aquest treball, cap conseqüència desfavorable a l'afecte de la promoció, la carrera professional o les condicions de treball.

h) Aquesta mesura de conciliació s'aplica independentment de la durada de la jornada laboral diària; és a dir, quan el TREBEP es refereix a la jornada normal, cal entendre que és la mateixa jornada que fa el funcionari, raó per la qual no es pot reduir la durada del permís o la reducció de la jornada quan es tracta d'un funcionari amb una jornada reduïda per tenir cura dels fills o els familiars. La raó d'això rau en el fet que si no fos així no es compliria amb la finalitat de conciliació que persegueix aquesta mesura.

i) La concreció horària i la determinació del període de gaudi (fins als dotze mesos d'edat del menor, o inferior) del permís o de la reducció de la jornada corresponen al funcionari, dins de la seva jornada laboral ordinària, que ha de

comunicar prèviament a l'Administració. Així mateix, el funcionari ha de comunicar amb quinze dies d'antelació la data d'incorporació a la seva jornada laboral ordinària.

j) Els tribunals han assenyalat que si bé l'article 48.f TREBEP pot ser objecte de concreció per l'Administració pública corresponent, aquesta s'ha de dur a terme per mitjà d'una norma general amb el rang pertinent, de manera que no n'hi ha prou amb unes instruccions internes que, a més a més, no han estat objecte de publicitat. Així, la STSJ de Madrid (CA) 5 d'abril de 2011 afirma que:

[...] ha de ser una normativa general del rang corresponent la que conté les regles sobre el moment idoni per sol·licitar el gaudi del dret i la que pot limitar-ne l'exercici, és a dir, una cosa és que l'Administració pugui establir criteris per organitzar la concessió de les llicències i els permisos, i una altra molt diferent que a l'empara d'aquesta potestat d'autoorganització es pretinguin incloure condicions que la Llei no preveu, sense donar-los la cobertura legal deguda. No estem dient que no es pot imposar la condició que s'ha exigít –l'art. 48.1 de la Llei 7/07 ho permetria–, el que no es pot és exigir el compliment d'una condició quan aquesta exigència no s'ha divulgat per mitjà de la publicitat de les instruccions [...].

k) A l'igual del cas del personal laboral, aquesta mesura és incompatible amb el gaudi del permís de maternitat a temps parcial. Per contra, com ja hem vist també, aquesta via és compatible amb la reducció de la jornada per tenir cura dels fills, atès que es tracta de figures amb una natura, causa i finalitat diferents, amb subjectes i intensitat diferents, i diversa durada i repercussió en les retribucions del funcionari. Així mateix, la normativa funcional tampoc no preveu aquesta incompatibilitat.

l) Amb la clara finalitat de flexibilitzar l'ús d'aquesta mesura per adaptar-lo a les necessitats presents en cada supòsit, l'article 48.f TREBEP estableix que és possible substituir-la per un permís retribuït que acumula en jornades completes el temps corresponent (es produiria així una compactació del temps d'al·letament). En aquest cas, a diferència del personal laboral, aquest dret de compactació s'aplica d'una manera immediata i directa, sense requerir que el reculli la negociació col·lectiva o arribar a un acord amb l'Administració. Amb això, òbviament, es facilita el recurs a aquesta compactació.

m) Finalment, en cas que l'Administració no reconegui aquest dret, el funcionari té dret a ser indemnitzat pels danys i perjudicis; i, generalment, aquesta indemnització s'identifica amb les remuneracions que el funcionari ha deixat de percebre (STSJ Múrcia [CA] 23 de gener de 2015 i ST Jutjat CA Madrid 10 de novembre de 2011).

En segon lloc, també en l'àmbit estatal i pel que fa al personal de l'Administració General de l'Estat, cal assenyalar que l'article 30.1.f LMRFP recull els mateixos termes que el TREBEP.

I per acabar, en relació amb el personal funcionari de les administracions autonòmiques, cal destacar que la normativa autonòmica inclou en aquest àmbit alguns matisos interessants:

1) Algunes normes autonòmiques recullen exclusivament el dret a una absència diària d'una hora sense fer cap referència a la reducció de la jornada ni, si escau, a la possible compactació del període d'al·letament (art. 59.1.d LFPC, 71.1 LFPM i 77.1 LFPMU).

2) En canvi, en d'altres normes s'assenyala, en la mateixa línia que la normativa estatal, que el permís d'al·letament ha de tenir una durada d'una hora diària d'absència del treball, que pot dividir-se en dues fraccions, i es preveu també que aquest dret pot substituir-se per una reducció de la jornada laboral normal de mitja hora al començament i al final de la jornada, o d'una hora al començament o al final de la jornada (art. 61.b LFPCL i 76.1.e LFPG).

3) En alguns casos s'estableix que en els supòsits de part, adopció o acolliment múltiples el permís s'incrementa en mitja hora per cada fill a partir del segon (art. 61.b LFPCL).

També en algun supòsit es preveu que, en els casos d'adopció o acolliment, aquest dret es computa durant el primer any des de la resolució judicial o administrativa d'adopció o acolliment (art. 76.1.e LFPG).

4) En algunes normes autonòmiques, la durada prevista del permís d'al·letament és inferior als dotze mesos, i se situa en els nou o deu mesos (art. 77.1 LFPMU i 72.1 LFPPV).

5) Alguna norma autonòmica es refereix expressament al cas de les parelles homosexuals, per a les quals reconeix els mateixos drets que a les parelles heterosexuales (art. 45.ter.2 LIMHG).

6) En algun supòsit es recull el que preveu el TREBEP amb l'única novetat d'establir expressament que, tal com han reconegut els tribunals, aquesta mesura és compatible amb la reducció de la jornada per tenir cura dels fills (art. 53.1.f LFPE).

7) Alguna norma autonòmica es limita a recollir una referència genèrica que els funcionaris han de tenir dret als permisos i les reduccions de jornada que preveu l'ordenament jurídic general i bàsic (art. 50.4 LFPLR), o s'estableix que s'ha de tenir dret al permís d'al·letament en els termes i les condicions que s'estableixen reglamentàriament (art. 69.1.c LFPCV).

8) Amb un caràcter més innovador, en el cas de Galícia s'estableix que el permís d'al·letament pot ser transformat en un crèdit d'hores que es pot utilitzar lliurement durant el primer any de vida del fill o durant el primer any comptat des de la resolució judicial o administrativa de l'adopció o l'acolliment, i que aquest crèdit es pot gaudir de manera separada o acumulada en qualsevol moment dins d'aquest any. S'hi afegeix que si el pare i la mare o, si escau, els pares o les mares, són personal de l'Administració pública gallega, l'acumulació es fa per a cada sol·licitant segons el seu permís corresponent (art. 45 ter ILMHG).

En el mateix sentit, l'article 76.1.e LFPG s'assenyala que el temps d'al·letament es pot substituir per un permís retribuït que acumuli en jornades completes el temps corresponent, o bé per un crèdit d'hores, que pot aprofitar-se, en els dos casos, en qualsevol moment després del gaudi del permís de maternitat. La quantitat d'hores incloses en el crèdit és el resultat de comptabilitzar el total d'hores a les quals es tindria dret si es disposés del permís d'al·letament en la seva modalitat d'una hora d'absència de la feina.

9) De manera discutible, algunes normes autonòmiques feminitzen clarament aquest tipus de permís quan es refereixen directament a les funcionàries i a les mares (art. 61.b LFPCCL), mentre que d'altres utilitzen termes totalment neutres (art. 14 LCC).

10) En algun cas es recorda expressament que el dret al permís d'al·letament el pot exercir indistintament el pare o la mare, sempre que els dos treballin (art. 61 LFPCCL).

11) Alguna norma simplement reitera el que preveu el TREBEP (art. 49.1 LFPCAN). I fins i tot hi ha normes autonòmiques sobre funció pública que, sorprenentment, no fan referència a aquesta mesura; aquest és el cas de la LFPIB.

12) En alguna norma autonòmica fins i tot es preveu que la mateixa Administració està obligada a facilitar als funcionaris o funcionàries –tant en el cas d'al·letament natural com artificial– un lloc adequat –sales d'al·letament– on puguin al·letar el seu fill amb tranquil·litat (art. 42 *quater* LIMHG).

13) Per acabar, en el cas de Catalunya, l'article 14 LCC estableix que el permís d'al·letament és d'una hora diària d'absència del lloc de treball, que pot dividir-se en dues fraccions de trenta minuts. No obstant això, no es fa referència a la possibilitat de reduir la jornada laboral, tal com preveu l'article 48.f TREBEP. Així mateix, en els supòsits de part adopció o acolliment múltiples el permís és de dues hores diàries, que poden dividir-se en dues fraccions d'una hora.

El període del permís d'al·letament s'inicia un cop finalitzat el permís de maternitat i té una durada màxima de vint setmanes.

I, en fi, a petició del funcionari o funcionària, les hores del permís poden compactar-se en jornades laborals completes, consecutives o repartides per setmanes, sense alterar el moment inicial del període de permís i tenint en compte les necessitats del servei.

3.3.2. El contingut de la negociació col·lectiva

En el marc de la negociació col·lectiva, cal destacar que els acords de condicions de treball del personal funcionari de les entitats locals en l'àmbit estatal solen recollir referències a aquesta mesura de conciliació, encara que amb termes diversos. Així, és possible assenyalar que:

a) Alguns acords milloren el que preveu la normativa, ampliant la reducció de la jornada a una hora i mitja, que pot gaudir-se de manera fraccionada (AF1).

b) Algun acord impedeix la compactació del permís d'alletament i el permís de maternitat; una prohibició que no té cap fonament legal i contravé directament el que disposa el TREBEP (AF1).

c) Algun acord limita la durada del permís d'alletament als nou mesos d'edat del menor, la qual cosa torna a contravenir el que estableix l'article 48.f TREBEP (AF1).

d) En algun cas només es recull el permís retribuït d'una hora diària, sense fer referència expressa a la reducció de la jornada laboral que, com hem vist, també preveu el TREBEP. També s'assenyala, d'una manera discutible des del punt de vista de foment de la coresponsabilitat envers tenir cura dels fills, que, en cas d'alletament artificial, el permís o la reducció de la jornada pot fer-se extensiu al pare, després que aquest ho sol·liciti, i «sempre que no en pugui fer ús la mare» (AF2).

e) Algun acord de funcionaris reproduïx literalment el que preveu actualment el TREBEP, i hi afegeix, amb una finalitat aclaridora, que, en cas que els dos cònjuges treballin, només un dels dos pot fer ús d'aquest dret, i que l'altre cònjuge ha de justificar, mitjançant un certificat de l'empresa, que no gaudeix del permís o la reducció de la jornada per alletament (AF3).

f) En algun cas es recull una millora interessant, que consisteix a ampliar la durada del permís o de la reducció de la jornada per alletament fins que el menor compleix setze mesos d'edat (AF5).

g) Algun acord ni tan sols fa referència a aquesta mesura de conciliació (AF4).

h) Algun acord de funcionaris, amb un caràcter innovador, preveu que durant els dotze mesos següents a la finalització de la baixa per maternitat, es té dret a una bossa d'hores que per al personal funcionari de jornada ordinària de 37 hores i mitja setmanals ascendeix a un total de 244 hores, i per al personal funcionari amb 40 hores setmanals a un total de 228 hores, o per al temps proporcional als serveis efectivament prestats, des de la finalització de la baixa maternal fins que el menor compleix els setze mesos d'edat. Aquesta bossa d'hores pot gaudir-se i distribuir-se de la manera que més convingui a la mare/pare i als interessos organitzatius, i té com a data límit per gaudir-se els setze mesos des que va néixer el fill (o es va produir l'adopció). També es permet la substitució d'aquesta bossa d'hores per un permís retribuït que acumula en jornades completes el temps corresponent. Aquests drets s'incrementen proporcionalment en el casos de part o adopció múltiples (AF6).

i) Algun acord de funcionaris reconeix el dret a una hora diària d'absència de la feina que pot dividir-se en dues fraccions de trenta minuts; aquest permís s'inicia un cop finalitzat el permís per maternitat i fins que el fill compleix els dotze mesos d'edat. En els casos de part, adopció o acolliment múltiples es té dret a dues hores diàries, que poden dividir-se en dues fraccions d'una hora. Així mateix, s'es-

tableix que el personal amb jornada completa pot acumular tot el període de la reducció en dues fraccions setmanals, cada una d'elles de dues hores i mitja que, en els casos d'horari comú, poden aplicar-se a les dues tardes reglamentàries de prestació de serveis. I, en fi, a petició del treballador, les hores del permís d'al·letament poden compactar-se per ser gaudides en jornades laborals senceres, consecutives o repartides per setmanes, sense alterar el moment inicial del permís i tenint en compte les necessitats del servei (AF7).

j) Algun acord es limita a reproduir el que preveu actualment l'article 48.f TREBEP (AF8).

k) Algun acord recull el que preveu actualment el TREBEP, però, no obstant això, assenyalava que aquest permís s'inicia un cop finalitzat el permís per maternitat i té una durada màxima de vint setmanes. També s'estableix que, a petició del funcionari, les hores del permís d'al·letament poden compactar-se per gaudir-les en jornades laborals completes, consecutives o repartides per setmanes, sense alterar el moment inicial del període de permís i tenint en compte les necessitats del servei, amb l'autorització del coordinador de l'àrea corresponent. En els supòsits de part, adopció o acolliment múltiples l'hora d'absència s'incrementa proporcionalment al nombre de fills i el temps acumulat es pot dividir en fraccions d'una hora (AF10).

l) Per acabar, cal assenyalar que algun acord de funcionaris simplement es remet al que estableix la normativa estatal (AF9).

3.4. La interpretació judicial: la polèmica entorn de la normativa aplicable al personal laboral i la possible millora a càrrec de la negociació col·lectiva funcional

Per acabar, des de la perspectiva judicial cal destacar que en els darrers anys s'han debatut dues qüestions especialment rellevants.

En primer lloc, tal com passa en altres matèries que recullen els articles 48 i 49 TREBEP, s'ha debatut judicialment si l'article 48.f EBEP (actualment l'art. 48.f TREBEP) també és directament aplicable al personal laboral de les administracions públiques, amb l'objectiu que es reconegui a aquest personal la possibilitat d'accedir a l'acumulació del permís d'al·letament de manera automàtica, encara que no ho prevegi el conveni col·lectiu corresponent ni hi hagi un acord amb l'Administració corresponent.

En sentit afirmatiu es manifesta la STSJ Comunitat Valenciana (S) 21 de maig de 2009, en la qual es va concloure que l'article 48.f EBEP servia també de referència per al personal laboral, juntament amb el mateix article 37.4 ET (actual art. 37.4 TRET), fonamentant-se essencialment en el que disposa la Resolució de 21 de juny de 2007 de la Secretaria General per a l'Administració Pública per la qual

es publica la Instrucció de 5 de juny de 2007, per a l'aplicació de l'EBEP en l'àmbit de l'Administració General de l'Estat i els seus organismes públics. Així, es manifesta que:

[...] si bé el paràgraf segon de l'article 37.4 de l'ET diu: «La dona, per la seva voluntat, pot substituir aquest dret per una reducció de la seva jornada en mitja hora amb la mateixa finalitat o acumular-lo en jornades completes en els termes que preveu la negociació col·lectiva o l'acord al qual arribi amb l'empresari respectant, si escau, el que s'hi estableix», això no obsta l'aplicació de l'article 48.f esmentat, atès que els dos preceptes preveuen el dret a la substitució del temps d'al·letament per un permís que acumuli el temps en jornades completes, i com s'ha dit, la Instrucció de 5 de juny de 2007 estableix que és aplicable al personal laboral la substitució del temps d'al·letament per un permís retribuït que acumuli en jornades completes el temps corresponent [...].

Com a conseqüència d'això, el Tribunal Superior de Justícia de la Comunitat Valenciana va declarar que, efectivament, el personal laboral tenia dret a substituir el temps d'al·letament per un permís retribuït que acumulés en jornades completes el temps corresponent encara que aquesta possibilitat no estigués prevista en el conveni col·lectiu ni hi hagués un acord exprés.

Al nostre entendre, aquesta posició, tot i que és molt favorable per al personal laboral de les administracions públiques, és discutible per tres motius: 1) perquè es basa exclusivament en el que s'ha assenyalat –d'una manera molt genèrica, d'altra banda– en una simple instrucció, que no té, com ja se sap, el caràcter de font del dret (ni en el marc administratiu ni en el laboral); 2) tal com va concloure el Tribunal Suprem en el marc del permís de paternitat,⁹ al personal laboral només li és d'aplicació la normativa laboral, sense que, a més a més, pugui aspirar a sumar dues mesures –la funcionarial i la laboral– dirigides a cobrir la mateixa necessitat o situació de fet (com passaria, precisament, si en el cas que ens ocupa (o altres) sumem el que preveu el TREBEP i el TRET); i 3) tal com han assenyalat els tribunals, no es pot procedir a, quan es tracta del personal laboral, l'«espigolament» normatiu, amb la consegüent aplicació del més favorable de la normativa laboral i del TREBEP, sinó que cal aplicar, de manera completa, el que fixa la normativa laboral (TRET i conveni col·lectiu).¹⁰ Una qüestió ben diferent és que, via conveni col·lectiu, es pacti l'aplicació directa del TREBEP –en el que sigui més favorable, com és el cas que ens ocupa– al personal laboral d'una Administració determinada. Aquesta via de millora sí que seria possible, atès que es fonamenta en la mateixa negociació col·lectiva que reconeix l'article 37.1 CE.

9. STS (S) 19 de maig de 2009. També, entre d'altres, STSJ Illes Canàries (S) 26 de juny de 2013 i 21 de març de 2012.

10. Entre d'altres, STSJ Madrid (S) 14 d'octubre de 2011 i Aragó (S) 18 de maig de 2011. Sobre la prohibició d'aquest espigolament normatiu, *vid. infra* apartat 4.2.1.

I en segon lloc i amb un efecte extensible a les altres mesures de conciliació analitzades en aquest treball, s'ha discutit judicialment si la negociació col·lectiva funcional que es desenvolupa en el marc d'una Administració local pot millorar el que es preveu legalment en matèria de permisos, i, concretament, pel que fa als permisos de naixement, adopció de fills o acolliment de menors i d'al·letament.

En relació amb aquesta qüestió, els tribunals admeten una reformulació dels permisos citats, però no una millora per part de l'Acord sobre condicions de treball del personal funcionari d'un Ajuntament. En el cas plantejat en la STSJ Comunitat Valenciana (CA) 28 de gener de 2009, en l'Acord es va ampliar la durada del permís per naixement i es va reordenar el permís d'al·letament, que es va concentrar en un període de quatre setmanes per gaudir després del permís per maternitat. El Tribunal Superior de Justícia considera que la primera decisió és il·legal i la segona admissible, sobre la base dels arguments següents:

Aquests preceptes [...] vulneren l'art. 142 del Reial decret llei 781/86 que disposa: «Els funcionaris de les Corporacions Locals tenen dret als permisos, llicències i vacances retribuïdes que preveu la legislació sobre funció pública de la Comunitat Autònoma respectiva i, supletòriament, l'aplicable als funcionaris de l'Administració de l'Estat», així com l'art. 9.1.2 del Decret 34/99 del Consell, que preveu un permís per naixement, adopció o acolliment de 3 o 5 dies hàbils segons els casos, sense preveure tampoc l'ampliació del permís de part, o la substitució del d'al·letament; l'Ajuntament opera com si es tractés de personal laboral i li aplica les previsions del Pla Concilia d'aplicació exclusiva als funcionaris de l'Administració General de l'Estat. La Corporació addueix el caràcter millorable del règim de permisos, sense vulnerar cap precepte bàsic. És cert que l'art. 30 LMRFP no és de caràcter bàsic [...] però això no permet a la Corporació Local la millora de les seves determinacions per la via de la negociació amb els representants del seu personal; precisament la doctrina jurisprudencial de la inexistència d'una «plataforma de mínims» va sorgir amb motiu de la millora del règim de permisos i llicències, per la qual cosa ha d'anular-se l'increment fins a 10 dies que conté l'art. 11.6 del Conveni amb relació al permís per naixement, adopció de fills o acolliment familiar de nens, i sotmetre's al règim general de permisos i llicències que preveu la legislació estatal autonòmica. Una qüestió ben diferent és la que es refereix a la possibilitat d'ampliació a 4 setmanes del permís per part [...] que no és pròpiament una millora del permís, sinó una substitució del permís d'al·letament [...] per quatre setmanes addicionals del permís de paternitat; aquesta previsió no contradiu el règim legal que regula aquest permís, atès que el mateix art. 30 LMRFP, en el seu núm. 1.f permet a la funcionària substituir el permís d'al·letament per un altre «permís retribuït que acumuli en jornades completes el temps corresponent», i les 4 setmanes que s'estableixen en el precepte esmentat no excedeixen el temps corresponent a aquest permís d'al·letament [...].

D'acord amb aquesta doctrina judicial, la negociació col·lectiva funcional de les administracions locals no pot millorar les mesures de conciliació de la vida laboral i familiar previstes legalment, però sí que pot reformular-les i reordenar-les. En canvi, com ja és conegut, aquesta millora sí que resulta admissible per als tribunals en el marc del personal laboral.

4. La reducció de la jornada per tenir cura dels fills o els familiars

4.1. Introducció

Probablement, aquesta és una de les mesures de conciliació de la vida laboral i familiar més utilitzades a la pràctica, tant en el cas del personal laboral com en el del personal funcionari. A diferència de les mesures anteriors, en aquest supòsit només es preveu la modalitat de la reducció de la jornada, i el seu àmbit d'aplicació abraça no només tenir cura dels fills o menors, sinó també d'altres familiars i persones amb discapacitat.

Així mateix, com també passava en les mesures ja examinades, el règim jurídic, com veurem, és més favorable per al personal funcionari. En el cas del personal laboral, la regulació es troba en l'article 37.6 paràgrafs 1r i 2n i 37.7 TRET, i per al personal funcionari cal recórrer, segons el cas, al que disposen els articles 48.h TREBEP, 30.1.g i 30.1.g bis LMRFP i la normativa autonòmica.

4.2. La reducció de la jornada per tenir cura dels fills o els familiars en el cas del personal laboral

4.2.1. Règim jurídic aplicable

Tal com han assenyalat els tribunals, ens trobem davant d'un veritable dret que pot exercir el personal laboral d'acord amb el que estableix l'article 37.6 paràgrafs 1r i 2n i 37.7 TRET –reformat en diverses ocasions els darrers anys, en sentit restrictiu–, i l'objectiu del qual no només és facilitar la conciliació de la vida laboral i familiar, sinó també garantir l'atenció adequada del subjecte causant d'aquesta mesura, tant si és un fill o un altre familiar com una persona amb discapacitat. En paraules de la STS (S) 11 de desembre de 2011:

[...] els supòsits de jornada reduïda per guarda legal, que tendeixen a protegir no només el dret dels treballadors a conciliar la seva vida laboral i familiar per complir millor amb els deures inherents a la pàtria potestat que enumera l'art. 154.1 del Codi Civil, sinó també el mateix interès del menor a rebre la millor atenció possible [...].

Segons el que estableix l'esmentat article 37.6 paràgrafs 1r i 2n, el personal laboral té dret a una reducció de la seva jornada laboral diària d'entre, com a mínim una vuitena part i com a màxim la meitat, amb la consegüent reducció de les seves remuneracions, quan, per raons de guarda legal, té a càrrec directe un menor de dotze anys o una persona amb discapacitat física, psíquica o sensorial, sempre que no exerceixi una activitat retribuïda. També es pot accedir a aquesta mesura per tenir a càrrec directe un familiar, fins al segon grau de consanguinitat o afinitat, que per raons d'edat, accident o malaltia no pot valer-se per si mateix i no exerceix una activitat retribuïda.

Cal tenir present que, com hem dit abans, es tracta d'un veritable dret, i, a més a més, individual, de tots els treballadors, homes o dones, i té com a finalitat facilitar la conciliació de la feina amb les responsabilitats familiars i d'atenció. Poden accedir a aquest dret tant els treballadors temporals com els indefinits, tant si són a temps complet com a temps parcial.

Com que es tracta d'un dret, l'Administració no pot negar-lo o desconèixer-lo, i, per tant, ha de ser reconegut sense dilacions. Ens trobem, segons els tribunals, davant d'un dret innegable, inajornable i immodificable per decisió de l'ocupador. Des d'aquesta perspectiva, l'únic límit que preveu el TRET és que si dos o més treballadors de la mateixa Administració generen aquest dret pel mateix subjecte causant (un fill, per exemple), el seu exercici simultani pot limitar-se quan ho exigeixen les necessitats del servei. Aquesta negativa al gaudi simultani ha d'estar suficientment motivada i s'entén justificada quan –especialment en les entitats locals petites– l'exercici simultani d'aquest dret implica dificultats importants per al funcionament correcte dels serveis públics.

En aquest àmbit, cal destacar que el TRET no estableix un criteri de preferència a l'hora de determinar quin sol·licitant pot exercir el dret, per això, en els supòsits de separació o divorci, s'entén que només pot exercir aquest dret qui té la custòdia del menor, mentre que en la resta de supòsits es té en compte qui ha presentat abans la sol·licitud, i, en cas de simultaneïtat, cal recórrer a l'acord entre les parts. I, si no hi ha acord, ho decideix la mateixa Administració, sobre la base de criteris objectius.

I això també implica que: *a)* si no és possible, en els termes anteriors, gaudir simultàniament d'aquesta mesura, en tot cas els diferents sol·licitants poden fer-ne l'exercici successiu dins del termini màxim previst legalment; *b)* si no es veu afectat el funcionament del servei, més d'un treballador de la mateixa Administració pot gaudir simultàniament d'aquesta reducció de la jornada pel que fa al mateix

subjecte causant (el mateix fill, per exemple); c) si es tracta de dos subjectes causants diferents (per exemple, la filla dels dos i la mare d'un dels sol·licitants), la limitació legal no pot aplicar-se i, com a conseqüència, els dos treballadors tenen dret a exercir simultàniament la reducció de la jornada; i d) en fi, si treballen els dos sol·licitants d'aquesta mesura de conciliació en empreses o administracions diferents (per exemple, un és funcionari o personal laboral i l'altre treballador d'una empresa privada), els dos poden recorre-hi pel mateix subjecte causant.

En el marc del règim jurídic aplicable cal fer dues últimes consideracions:

1) Com en altres temes –per exemple, el permís per assumptes propis, el permís per paternitat, els supòsits d'adopció internacional o el permís d'al·letament, tal com hem vist en pàgines anteriors–, s'ha debatut judicialment quin paper té en aquest àmbit el TREBEP i, concretament, el seu article 48.h, és a dir, ¿al personal laboral d'una Administració, se li aplica també el TREBEP en el que li resulta més favorable? Aquesta qüestió s'ha plantejat als tribunals atès que fins i tot la reforma de l'article 37.5 paràgraf 1r ET pel RDL 16/2013,¹¹ en el cas dels menors, l'EBEP preveia com a edat màxima de gaudi de la reducció de la jornada els dotze anys, mentre que l'ET es limitava als vuit anys, la qual cosa va portar al personal laboral a reclamar l'aplicació del derogat EBEP com a norma més favorable en aquesta qüestió.

Tot i que en aquests moments el tema ja està resolt, ja que s'ha equiparat l'edat de referència als dotze anys, al nostre entendre, és plenament aplicable la doctrina judicial elaborada entorn dels permisos per assumptes propis o per adopció internacional, que es decanta clarament per aplicar la normativa laboral (el TRET més el conveni col·lectiu corresponent) però amb matisos, sobre la base dels arguments següents:¹²

a) Els articles 47 a 50 TREBEP es dirigeixen essencialment als funcionaris públics, i tenen en compte la seva exposició de motius i els mateixos termes que empren els preceptes esmentats.

b) Només l'article 51 TREBEP es refereix al personal laboral, quan disposa que «per al règim de jornada laboral, permisos i vacances del personal laboral cal atènyer-se al que estableix aquest Capítol i la legislació laboral corresponent», però sense establir cap jerarquització entre els dos tipus de normes reguladores del tema, per la qual cosa cal atènyer-se a la regla general *ex* article 7 TREBEP, segons la qual el personal laboral es regeix, a més a més de per la legislació laboral i per les altres normes convencionalment aplicables, pels preceptes del TREBEP que ho disposen així.

11. De 20 de desembre, de mesures per afavorir la contractació estable i millorar l'ocupabilitat dels treballadors (BOE de 21 de desembre de 2013). Com a exemple es pot citar la STSJ Madrid (S) 11 de novembre de 2013.

12. Entre d'altres, STSJ Madrid (S) 14 d'octubre de 2011 i Aragó (S) 18 de maig de 2011, que encara que fan referència al text de l'EBEP, se suposa que és traslladable al vigent TREBEP. Pel que fa al permís per assumptes particulars, *vid.*, entre d'altres, STS (S) 9 de desembre de 2010 i 17 de gener de 2011.

c) De l'article 51 TREBEP no es deriva que s'hagi d'aplicar en tot cas i amb preferència absoluta el TREBEP sobre la legislació laboral en matèria de permisos.

d) En el cas dels conflictes originats per la superposició entre els preceptes de dues o més normes, tant estatals com pactades, que han de respectar en tot cas els mínims de dret necessari, han de resoldre's mitjançant l'aplicació del que és més favorable per al treballador apreciat en el seu conjunt, i en còmput anual, respecte als conceptes quantificables, com precisa l'article 3.3 TRET, la qual cosa impedeix l'ús de la tècnica de l'«espigueig» que consisteix a trencar la indivisibilitat interna del precepte (lleí o conveni), de manera que se n'anul·la l'equilibri intern, i s'escull d'una font de drets o d'una altra els preceptes aïllats que poden millorar els de l'altra font i els preceptes d'aquesta que milloren l'altra.

e) L'article 48.h no és una norma de dret necessari absolut, però té un caràcter complementari de les previsions que recullen el TRET i el conveni col·lectiu, sempre que la normativa laboral sigui més beneficiosa en termes globals.

f) Com que no es tracta d'una norma de dret necessari absolut, com a conseqüència, no és indisponible per als negociadors d'un conveni col·lectiu posterior a l'entrada en vigor de l'EBEP, o ha d'afegir-se o superposar-se a les condicions generals d'un conveni que ja estigui vigent, atès que aquesta conclusió no es pot extreure des de l'aplicació de les normes generals del sistema de fonts del dret laboral (art. 3 TRET) en relació amb els articles 37.1 CE i 82 i s. TRET.

g) L'article 7 TREBEP es remet per regular les relacions del personal laboral a la legislació laboral i les altres normes aplicables convencionalment. És cert que després s'afegeix que també són aplicables els preceptes del TREBEP que ho disposin així. El que passa és que aquesta tècnica legislativa de remissió constant dificulta la interpretació que cal fer, però en tot cas no es pot perdre de vista la força obligacional dels convenis col·lectius ni la natura de dret disponible de l'article 48 TREBEP.

h) En fi, l'articulació de la normativa laboral, d'una banda (el TRET i el conveni col·lectiu), i del TREBEP, de l'altra, no ha de donar lloc a duplicitats. Un empleat públic no pot gaudir, en primer lloc, de la mesura que preveu el TRET i, a continuació, de la que recull el TREBEP, perquè aleshores duplicaria la protecció sobre la base d'un sol fet.

D'això es deriva la prevalença de la normativa laboral (TRET i conveni col·lectiu) en la regulació d'aquesta mesura de conciliació de la vida laboral i familiar (i en la resta de les mesures de conciliació analitzades en aquest treball), sempre que es respectin els mínims que preveu el TREBEP. No obstant això, els tribunals afegeixen que, sense que sigui aplicable l'«espigueig normatiu», sí que s'ha d'aplicar –d'una manera conjunta i global– la normativa més favorable per al treballador, de la qual cosa es pot deduir que si el TREBEP és globalment més beneficiós que el TRET i el conveni col·lectiu aplicable, preval el primer. De fet, en la STSJ Madrid

(S) 11 de novembre de 2013, es va declarar precisament la preferència de l'article 48.h EBEP pel fet de ser més favorable per al treballador, com a resultat de l'aplicació de l'article 3.3 ET i de la mateixa dimensió constitucional de la regulació legal; i en relació amb aquesta última qüestió es va assenyalar que:

[...] no es pot desconèixer la vinculació o ancoratge constitucional que la doctrina del Tribunal Constitucional posa en relleu en aquesta matèria de conciliació de la vida familiar i laboral, i que exigeix tenir present la dimensió constitucional de la regulació legal, de manera que es ponderen totes les circumstàncies concurrents per tal de no frustrar l'efectivitat dels drets fonamentals a la no-discriminació per raó de sexe o per raó de circumstàncies familiars (article 14 de la Constitució) i a la protecció de la família (art. 39 del mateix text), d'acord amb les sentències del TC 3/2007, 24/2011 i 26/2011. Per això cal afegir als raonaments anteriors que l'aplicació del límit d'edat de l'EBEP per a la reducció de la jornada als empleats laborals de l'Administració és més adequada a aquests objectius constitucionals [...].

I, en fi, també cal tenir present que el TREBEP és aplicable directament al personal laboral –en els aspectes més favorables–, quan es pacta expressament així en el conveni col·lectiu corresponent.

2) Per acabar, d'acord amb l'article 37.7 TRET, els convenis col·lectius poden establir criteris per a la concreció horària de la reducció de la jornada, pel que fa als drets de conciliació de la vida personal, familiar i laboral del treballador i les necessitats productives i organitzatives de les empreses i administracions. No obstant això, cal tenir present que en aquesta determinació el conveni no pot imposar regles o criteris més restrictius que els que es preveuen legalment, tal com afirma la STS (S) 21 de març de 2011, en la qual s'assenyala:

[...] les consideracions anteriors no impliquen que es privi a la negociació col·lectiva de la possibilitat d'establir la manera d'efectuar la concreció horària de la reducció de jornada, però cal tenir present que aquesta concreció s'ha de fer ponderant els interessos en joc, no limitant de manera genèrica el dret del treballador a determinar la concreció esmentada atès que s'ha de tenir en compte que estem davant l'exercici d'un dret individual i tota limitació d'aquest ha d'oobeir a raons suficientment justificades [...].

4.2.2. Possibles beneficiaris de la mesura

Pel que fa als beneficiaris, tal com ja hem afirmat, aquesta mesura té com a finalitat no només facilitar la conciliació de la vida laboral i familiar sinó també garantir l'atenció adequada del subjecte causant d'aquesta mesura, per la qual cosa el seu beneficiari no és només el treballador sinó també el subjecte causant esmentat. En tot cas, cal complir els requisits següents:

a) Si el subjecte causant és un fill o un menor de dotze anys s'exigeix el requisit de la guarda legal (per exercir la pàtria potestat o la tutela del menor, inclosos els supòsits de guarda amb finalitats d'adopció i l'acolliment) regulat d'acord amb la legislació civil, i també que estigui a càrrec directe del treballador sol·licitant. Per tant, si no es té reconeguda la guarda legal no es pot accedir a aquesta mesura de conciliació i, en cas de divorci o separació, com hem assenyalat anteriorment, no pot accedir a aquesta mesura el progenitor privat de la custòdia del menor. Així mateix, aquesta mesura abasta tant els fills propis o adoptats com els menors que estan en les situacions de guarda amb finalitats d'adopció i acolliment (de conformitat amb el Codi Civil o les lleis civils de les comunitats autònomes que el regulin, sempre que la seva durada no sigui inferior a un any, per aplicació analògica del que preveuen els art. 45.1.d i 48.4 TRET).

Juntament amb l'edat màxima i la guarda legal, cal complir un altre requisit: el fill o menor ha d'estar, com hem vist, a «càrrec directe» del treballador sol·licitant. Cal tenir present que aquesta exigència ha d'interpretar-se d'una manera àmplia i flexible, és a dir, com l'assumpció personal de la vigilància del menor, però sense que aquest control reclami necessàriament la convivència o l'atenció física d'aquest o exclogui l'ajuda de terceres persones o institucions; tot i que, òbviament, el temps concedit no pot dedicar-se al lleure o a la formació.

b) En el supòsit de les persones amb discapacitat física, psíquica o sensorial, no s'exigeix un grau concret de discapacitat, per la qual cosa cal entendre que seria aplicable el grau admès generalment del 33 per 100 com a mínim, acreditat degudament per l'òrgan competent. Així mateix, es requereix que la persona discapacitada, familiar o no del treballador sol·licitant, estigui al seu càrrec directe (aquests termes interpretats en el mateix sentit que en l'apartat a i sota la seva guarda legal). Aquest últim requisit és especialment restrictiu (i discutible), atès que no és fàcil complir-lo.

I, en fi, el TRET també exigeix que la persona discapacitada no exerceixi una activitat retribuïda, tant si és per compte d'altri com per compte propi; la qual cosa no impedeix percebre rendes o prestacions de la Seguretat Social. Aquest requisit també és discutible en la mesura en què el fet de fer una activitat lucrativa no significa que aquesta persona pugui valer-se per si mateixa.

c) Com hem vist, també es pot recórrer a aquesta mesura de conciliació per tenir cura directa d'un familiar fins al segon grau de consanguinitat o afinitat, que per raons d'edat, accident o malaltia no pot valer-se per si mateix i no exerceix una activitat retribuïda. En aquest marc poden fer-se diverses consideracions:

— Tot i que pot ser restrictiu, aquesta mesura només abasta els familiars fins al segon grau de consanguinitat o afinitat del treballador sol·licitant. S'hi inclouen els supòsits d'adopció, guarda amb finalitats d'adopció i acolliment, així com el cas del cònjuge, encara que no s'hi faci referència expressa i no sigui familiar en els termes previstos legalment.

— No s'hi inclou la parella de fet ni els seus familiars, llevat que es prevegi així en el conveni col·lectiu corresponent o ho reconegui de fet la mateixa Administració ocupadora.

— S'hi inclou el supòsit dels menors de dotze anys que no compleixen els requisits per causar dret a la reducció de la jornada per tenir cura dels fills, quan es tracta, per exemple, d'un germà o d'un nét del treballador sol·licitant.

— A diferència dels altres supòsits, no s'exigeix l'exercici de la guarda legal, però sí tenir una persona a càrrec directe, en els termes que ja s'han vist.

— S'exigeix que el familiar no pugui valer-se per si mateix per raons d'edat, accident o malaltia i que no exerceixi una activitat retribuïda en els termes que ja s'han assenyalat per al supòsit de les persones amb discapacitat. Per tant, pot tractar-se tant del cas d'un fill més gran de dotze anys no discapacitat (sempre que no pugui valer-se per si mateix, supòsit que a la pràctica és poc freqüent) com del cas d'altres familiars –fins als segon grau de consanguinitat o afinitat– que per la seva edat (persones grans, supòsit més comú) o que pel fet d'haver patit un accident o una malaltia requereixen ser cuidats o atesos.

El requisit que no «pugui valer-se per si mateix» ha de determinar-se acudint a informes mèdics o declaracions d'incapacitat o dependència, entre altres possibles elements de prova. En el TRET falta una referència explícita als supòsits de discapacitat, encara que aquests també causen dret a aquesta mesura de conciliació.

I, en fi, cal tenir present que el fet de «no valer-se per si mateix» no implica tenir reconegut necessàriament un dels graus d'incapacitat permanent regulats en el TRLGSS, sinó que implica una falta d'autonomia per fer individualment i d'una manera autònoma les tasques o les gestions pròpies de la vida personal o social.

4.2.3. Abast de la reducció de la jornada

Pel que fa a l'abast concret d'aquesta mesura de conciliació, que és precisament un dels elements més discutits judicialment, cal fer diverses reflexions en funció de la perspectiva que prevegem:

1) Des d'una perspectiva temporal, aquesta via de conciliació de la vida laboral i familiar implica sempre una reducció de la jornada laboral, dins d'uns paràmetres determinats: com a mínim una vuitena part i com a màxim la meitat, i, per tant, no poden aplicar-se altres paràmetres diferents (ni inferiors ni superiors).

Per tant, si el que el treballador pretén és, per aconseguir conciliar la seva vida laboral i familiar, reordenar la seva jornada laboral però sense reduir-la, aquesta mesura no és aplicable sinó, si escau, la que preveu l'article 34.8 TRET, segons el qual el treballador té dret a adaptar la durada i distribució de la jornada laboral per fer efectiu el seu dret a la conciliació de la vida personal, laboral i familiar en els

termes que s'estableixen en la negociació col·lectiva o en l'acord al qual arribi amb l'ocupador, respectant, si escau, el que s'hi preveu. Així mateix, en aquest supòsit, com que no es redueix la jornada laboral, tampoc no hi ha reducció salarial. Cal tenir present que aquesta mesura de reordenació de la jornada laboral només és aplicable quan efectivament està prevista en el conveni col·lectiu corresponent o s'arriba a un acord amb l'ocupador (STS [S] 13 i 18 de juny de 2008).

2) La reducció de la jornada que estem examinant no només s'aplica dins dels paràmetres esmentats abans, sinó també prenent com a referència la jornada laboral diària del treballador, després de la reforma incorporada en el seu moment en l'article 37.5 paràgraf 1r ET per la Llei 3/2012, de 6 de juliol, de mesures urgents per a la reforma del mercat laboral.

Per tant, el treballador ha de decidir quin percentatge de reducció s'aplica a la seva jornada laboral, però ha d'aplicar-se sempre sobre la seva jornada laboral diària, la qual cosa impedeix, per exemple, que de treballar de dilluns a dissabte es pugui concentrar la reducció el dissabte i passar a treballar només de dilluns a divendres per ocupar-se d'un fill o un altre familiar els dissabtes, una opció que abans de la reforma incorporada per la Llei 3/2012 els tribunals havien arribat a admetre.

3) En principi, segons l'article 37.7 TRET, la concreció horària de la reducció de la jornada correspon al mateix treballador, si bé aquesta qüestió, com que ha suscitat un debat judicial important, és objecte d'una anàlisi específica en l'apartat següent d'aquest treball. En tot cas, s'entén per concreció horària la determinació del moment específic de la jornada en què el treballador gaudeix d'aquesta mesura de conciliació.

4) Aquesta mesura de reducció de la jornada implica, tal com estableix el mateix article 37.6 paràgraf 1r TRET, una reducció proporcional de la retribució. No obstant això, cal tenir present que els tribunals consideren vàlid que, via conveni col·lectiu, es prevegi el pagament d'una remuneració superior a la derivada de l'aplicació automàtica de la reducció de la jornada (STSJ Andalusia/Màlaga [S] 15 de gener de 2015, que admet el pagament del 80 per 100 de la remuneració quan s'havia reduït la jornada laboral un terç).

D'altra banda, la sol·licitud o el gaudi d'aquesta mesura no pot comportar conseqüències desfavorables des de la perspectiva professional com, per exemple, un canvi de funcions o de nivell professional, l'afectació de la corresponent promoció o carrera professional o un canvi de centre de treball, atès que això, tal com han assenyalat els tribunals, vulneraria no només el que preveu l'article 39 CE sinó també, si escau, l'article 14 CE.

Això implica que, per exemple, en cas de cobrar un complement per antiguitat, aquest no es deixa de percebre, però tampoc no es cobra complet, sinó d'una manera proporcional a la reducció de la jornada laboral. Així ho manifesta, entre d'altres, la STS (S) 25 de maig de 2004:

[...] fins i tot en el supòsit hipotètic que el conveni col·lectiu no hagués dit res sobre el particular caldria arribar a la mateixa conclusió en aplicació de l'article 37.5 ET, un precepte que s'encarrega de precisar que l'exercici del dret legal a reducció de jornada per tenir cura de nens petits, minusvàlids o familiars dependents implica «disminució proporcional del salari», independentment de la natura jurídica de la reducció de jornada esmentada [...].

Finalment, cal tenir present que, com veurem en un apartat posterior,¹³ acudir a aquesta mesura de conciliació no només implica una reducció proporcional de la remuneració, sinó que, en certs casos, també pot tenir efectes negatius en les futures prestacions de la Seguretat Social (per exemple, en les pensions per incapacitat permanent o jubilació), d'acord amb el que preveu l'article 237 TRLGSS.

5) Cal tenir molt present que és el treballador el qui decideix, dins dels límits màxims previstos legalment, quant temps gaudirà d'aquest dret i, a més a més, pot gaudir d'aquesta mesura d'una manera fraccionada, és a dir, és possible exercir-lo diverses vegades (amb una durada de dies, mesos, anys) respecte al mateix subjecte causant, sempre dins del límit màxim que estableix el TRET. Així mateix, un nou subjecte causant (el naixement d'un nou fill, per exemple) pot posar fi al dret anterior, i sorgeix un altre dret de zero.

Pel que fa als límits temporals màxims, aquests depenen de cada supòsit; així: *a)* en el cas dels fills o menors de dotze anys, la durada màxima d'aquesta mesura és fins que arriben a aquesta edat; *b)* en el cas de la persona discapacitada, el TRET no estableix una durada màxima, per la qual cosa cal interpretar que la mesura pot prolongar-se mentre la persona requereix atencions, tant si són mesos com anys; i *c)* passa el mateix en relació amb els familiars fins al segon grau per consanguinitat o afinitat.

6) Per acabar, des de la perspectiva formal, cal recordar que el treballador ha de comunicar amb quinze dies d'antelació a l'Administració la data de reincorporació a la seva jornada laboral ordinària.

4.2.4. La concreció horària de la reducció de la jornada

L'element clau d'aquesta mesura de conciliació, i que ha donat lloc a una important litigiositat, és la seva concreció horària, és a dir, en quina franja horària s'aplica la reducció de la jornada corresponent, que, com hem vist, pot arribar fins a la meitat de la seva durada.

En aquest punt, tal com recorden els tribunals, l'article 37.7 TRET no fixa uns criteris precisos, atès que es limita a assenyalar que:

¹³. *Vid. infra* apartat 4.4.

[...] la concreció horària i la determinació del període de gaudi [...] corresponen al treballador, dins de la seva jornada ordinària. No obstant això, els convenis col·lectius poden establir criteris per a la concreció horària de la reducció de jornada [...] pel que fa als drets de conciliació de la vida personal, familiar i laboral del treballador i les necessitats productives i organitzatives de les empreses.

Aquí cal fer algunes reflexions:

a) El TRET deixa la decisió en principi a les mans del treballador, i aquesta s'ha d'aplicar dins de la jornada ordinària diària de treball, d'acord amb el que assenyalava el mateix article 37.6 paràgraf 1r TRET. Com ja hem assenyalat, aquest últim implica una primera limitació a la tria atès que la reducció no s'aplica agafant com a referent la jornada total setmanal del treballador, sinó que cada una de les jornades laborals diàries han de ser objecte de la reducció corresponent, la qual cosa implica, per exemple, descartar, com hem dit abans, que un treballador amb una jornada de dilluns a dissabte centri la reducció al dissabte, encara que això li faciliti la conciliació de la vida laboral i familiar. Després de la reforma incorporada en l'article 37.5 paràgraf 1r ET per la Llei 3/2012, aquest treballador ha de continuar treballant de dilluns a dissabte i cada dia té dret a la reducció corresponent de la seva jornada. Òbviament, aquesta reforma afavoreix la gestió dels recursos humans per part de les empreses i les administracions públiques, però limita les possibilitats de conciliació de la vida laboral i familiar dels treballadors i, com a conseqüència, pot ser discutible.

b) Els tribunals –tant la jurisdicció social com la contenciosa administrativa– parteixen de la idea que, com que la decisió correspon al treballador, aquest té plena llibertat per concretar la franja horària en la qual vol aplicar la reducció de la jornada (a primera hora, a última hora...), atès que és ell el que coneix realment quina és la seva situació laboral i quina opció horària li és més favorable per facilitar la conciliació entre les seves responsabilitats laborals i familiars. Cal afegir-hi que els tribunals no exigeixen que el treballador hagi d'especificar els motius concrets pels quals aquesta franja horària li és més adequada, ni al seu ocupador ni posteriorment en via judicial (STS [S] 20 de juliol de 2000 i STSJ Madrid [S] 25 de febrer de 2011).

Per tant, el treballador fixa el seu horari exceptuant supòsits excepcionals en què pugui apreciar-se abús de dret, inexistència de bona fe o manifest vulnerat per a l'ocupador (STSJ Madrid [S] 25 de febrer de 2011 i Catalunya [S] 26 d'octubre de 2000).

c) També constitueix un criteri judicial el fet que si bé el treballador té plena llibertat de concreció, això no implica que l'ocupador no pugui negar-se a acceptar la seva proposta, en el cas de les administracions públiques, pel motiu de les necessitats del servei, si bé cal tenir present que els tribunals estableixen que no n'hi ha prou amb una negativa en termes genèrics («per necessitats del servei»)

sinó que cal motivar d'una manera suficient i adequada per què, en aquest cas en concret i no en general, no pot acceptar-se la decisió del treballador.

Per tant, no és suficient al·legar simplement necessitats productives o necessitats del servei, sinó que, a més a més, l'empresa o Administració ha de poder provar-les (ST Jutjat S Madrid 19 de setembre de 2012).

Com en altres supòsits, en el cas de la negativa de l'Administració, el treballador ha de demandar-la via article 139 LRJS, sense que pugui imposar la reducció de la jornada de manera unilateral (STSJ Astúries [S] 29 de gener de 2010).

d) En cas de no-reconeixement injustificat de l'horari decidit pel treballador, els tribunals preveuen l'abonament d'una indemnització pels danys i perjudicis causats, sempre que s'al·leguin els elements objectius que els sostenen, encara que sigui mínimament (ST Jutjat S Madrid 19 de setembre de 2012).

e) Finalment, cal destacar que si bé, segons el que preveu l'article 37.7 TRET, els convenis col·lectius poden intervenir en la concreció del gaudi d'aquesta mesura de conciliació, els tribunals han declarat que l'article 37.7 és una norma de dret necessari i de dimensió constitucional el contingut de la qual ha de respectar el conveni col·lectiu, que pot, per consegüent, millorar els drets reconeguts legalment, però no restringir-los o limitar-los. Per tant, qualsevol límit o restricció és nul (STSJ Cantàbria [S] 26 de maig de 2011).

4.2.5. Compatibilitats i incompatibilitats

En aquest marc, l'interrogant principal que cal plantejar-se és si és possible que, al marge de les conseqüències que puguin derivar-se de la normativa sobre incompatibilitats en el sector públic, un treballador que està gaudint d'una reducció de la jornada per tenir cura dels fills o els familiars pugui exercir una altra activitat laboral o professional, o, per contra, s'ha d'entendre que ha de dedicar exclusivament aquest temps a les labors d'atenció.

En aquesta qüestió cal assenyalar que, a l'igual que passa en l'àmbit de l'excedència pels mateixos motius i com veurem en un apartat posterior,¹⁴ els tribunals estan adoptant una postura més oberta que la defensada tradicionalment, i admeten la possibilitat que, si la nova activitat laboral o professional és més flexible en les seves condicions de treball (més llibertat d'horari, ús de les noves tecnologies, proximitat al domicili, millors connexions en el transport...), aquesta es consideri com a compatible amb el gaudi d'aquesta mesura de conciliació i, per consegüent, no pugui sancionar-se el treballador.

14. *Vid. infra* part II apartat 2.

4.2.6. La protecció en matèria d'acomiadament

A l'igual de les altres mesures de conciliació ja analitzades, el TRET preveu una protecció especial per a les persones –homes o dones– que recorren a la reducció de la jornada per tenir cura dels fills, les persones amb discapacitat o els familiars.

En primer lloc, aquesta protecció es concreta, d'acord amb la DA 19a TRET, en el fet que el càlcul de la indemnització per acomiadament d'un treballador amb jornada reduïda ha de dur-se a terme tenint en compte la remuneració corresponent a la jornada laboral completa, sempre que no hagi transcorregut el termini màxim legalment establert per a aquesta reducció. Una altra solució perjudicaria precisament les persones que recorren a les mesures de conciliació (STS [S] 11 de desembre de 2011).

No obstant això, a l'hora de calcular els salaris de tramitació en el cas de l'acomiadament nul, la remuneració que s'ha de tenir en compte és la que s'ha percebut veritablement durant la situació de reducció de la jornada i no la que es cobrava quan es prestaven els serveis a jornada completa. Aquesta solució la recull la STSJ Madrid (S) 6 de juny de 2011, en la qual es manifesta:

[...] l'actora ha de ser rescabada mitjançant la compensació econòmica equivalent a l'import del salari que percebria en cas que no l'haguessin acomiadada (i no pas al que se li abonava abans de maig de 2010 en què va iniciar la reducció horària esmentada); un rescabament amb el qual s'aconsegueix eludir el perjudici causat per la inactivitat laboral produïda per causa només imputable a l'empresari [...].

En segon lloc, cal tenir en compte la protecció especial que, també compartida amb les altres mesures de conciliació examinades, el TRET atorga a la persona que sol·licita o gaudeix d'aquesta reducció de la jornada en matèria d'acomiadament, tant si es tracta d'un acomiadament per causes objectives de l'article 52 com d'un acomiadament disciplinari via article 54 TRET. En efecte, tal com estableixen els articles 53.4.b i 55.5.b TRET, és nul l'acomiadament d'un treballador o treballadora que ha sol·licitat o està gaudint de la reducció de la jornada que ens ocupa, amb la consegüent readmissió immediata del treballador i el pagament dels salaris de tramitació corresponents¹⁵ (art. 113 LRJS), així com l'alta a la Seguretat Social. En el mateix sentit es manifesten els articles 108.2.b i 122.2.d LRJS. En relació amb aquesta qüestió cal fer dues indicacions:

1) Aquesta protecció no blinda totalment el treballador, atès que se'l pot acomiadar sempre que hi hagi una causa justificada, tant si és objectiva (art. 52), o disciplinària per un incompliment greu (art. 54). Per tant, l'acomiadament, que ha

15. Cal citar, entre d'altres, la STSJ Madrid (S) 6 de juny de 2011.

d'impugnar-se davant la jurisdicció social dins d'un termini de vint dies, només pot qualificar-se de procedent –si l'Administració prova la causa al·legada com a justificació– o nul –si no se'n prova la causa–; i es descarta, per tant, la qualificació d'improcedència. La nul·litat determina, com hem vist abans, la readmissió obligatòria a l'Administració i el pagament dels salaris de tramitació corresponents, així com l'alta corresponent al règim de la Seguretat Social. El treballador també pot percebre una indemnització per danys i perjudicis, sempre que fonamenti els motius que la justifiquen.

Seguint la lògica anterior, s'ha declarat com a acomiadament nul la negativa a la reincorporació d'una treballadora després d'una excedència per tenir cura dels fills que sol·licita una reducció de la jornada per tenir cura d'un fill discapacitat (STSJ Andalusia/Granada [S] 25 de juliol de 2012).

2) Cal demanar-se si és necessari que, perquè s'inverteixi la càrrega de la prova i hagi de ser l'ocupador el qui acrediti que la seva decisió es fonamenta en causes objectives i raonables, el treballador aportí algun indici que la decisió extintiva està relacionada amb la reducció de la jornada i vulnera algun dret fonamental o que es tracta, per contra, com en els altres supòsits ja vistos, d'una nul·litat automàtica que no requereix els indicis esmentats, de manera que n'hi ha prou que el treballador al·legui que ha sol·licitat o està gaudint de la reducció esmentada.

Pel que fa a aquesta qüestió cal citar la STS (S) 25 de gener de 2013 en la qual s'opta per la nul·litat automàtica i objectiva, com a conseqüència de l'aplicació directa de la doctrina constitucional elaborada entorn de l'acomiadament durant una situació d'embaràs (especialment cal citar la STC 92/2008, 21 de juliol). A aquest efecte, cal recordar que la doctrina esmentada es fonamenta en els elements següents:

a) La regulació legal de la nul·litat de l'acomiadament de les treballadores embarassades constitueix una institució directament vinculada amb el dret a la no-discriminació per raó de sexe (art. 14 CE), per més que puguin estar igualment vinculats altres drets i béns protegits constitucionalment (el dret a la seguretat i la salut protegit via art. 40.2 CE), o l'assegurament de la protecció de la família i dels fills (art. 39 CE).

b) Per ponderar les exigències que l'article 14 CE desplega amb vista a fer efectiva la igualtat de les dones en el mercat laboral, és necessari atendre la peculiar incidència que sobre la seva situació laboral tenen la maternitat i l'al·letament, fins al punt que –de fet– el risc de pèrdua de la feina com a conseqüència de la maternitat constitueix el problema més important –juntament amb la desigualtat retributiva– amb el qual s'enfronta l'efectivitat del principi de no-discriminació per raó de sexe en l'àmbit de les relacions laborals.

c) La protecció de la dona embarassada que instaura la Llei 39/1999 es duu a terme sense establir cap requisit sobre la necessitat de comunicar l'embaràs a

l'ocupador o que aquest hagi de tenir coneixement de la gestació per qualsevol altra via: és més, l'àmbit temporal de la garantia, referida a la «data d'inici de l'embaràs», exclou per força aquests requisits, atès que en aquesta data –a la qual es retrotreu la protecció– ni tan sols la mateixa treballadora podia saber si estava embarassada.

d) La finalitat de la norma és proporcionar a la treballadora embarassada una tutela més enèrgica que la ordinària davant la discriminació, i la dispensa de la càrrega d'acreditar algun indici sobre la conculcació del dret fonamental i l'eximeix de provar que l'ocupador tenia coneixement de l'embaràs; una qüestió que pertany a l'esfera més íntima de la persona i que la treballadora pot voler mantenir –legítimament– preservada del coneixement d'altres; a part que amb això també es corregeix la dificultat probatòria d'acreditar la circumstància esmentada (coneixement empresarial), que fins i tot es presenta atemptatòria contra la dignitat de la dona.

e) Tot això porta a entendre que la normativa configura una nul·litat objectiva, diferent de la nul·litat per causa de discriminació i que actua en tota situació d'embaràs, al marge que hi hagi o no indicis de tractament discriminatori o, fins i tot, que concorri o no un mòbil de discriminació.

La mateixa posició defensa la STS (S) 16 d'octubre de 2012, en la qual s'afirma que:

[...] la Sala ha d'aplicar la mateixa doctrina que va fixar el Tribunal Constitucional en la seva Sentència 92/2008, 21 de juliol, sobre el caràcter automàtic de la declaració de nul·litat en el supòsit que l'acomiadament –no justificat– de la treballadora gestant [...] i els resumits arguments del quals són extrapolables –*mutatis mutandis*– al cas d'interlocutòries: a) La regulació legal de la nul·litat de l'acomiadament de les treballadores embarassades (llegiu-hi guarda legal de menor) constitueix una institució directament vinculada amb el dret a la no-discriminació per raó de sexe (art. 15 CE) [...] b) Per ponderar les exigències que l'art. 14 CE desplega amb vista a fer efectiva la igualtat de les dones en el mercat laboral és necessari atendre la peculiar incidència que sobre la seva situació laboral tenen la maternitat i l'alletament (afegir-hi atenció de fills menors), fins al punt que –de fet– el risc de pèrdua de la feina com a conseqüència de la maternitat constitueix el problema més important –juntament amb la desigualtat retributiva– amb el qual s'enfronta l'efectivitat del principi de no-discriminació per raó de sexe en l'àmbit de les relacions laborals [...] d) La finalitat de la norma és proporcionar a la treballadora embarassada (guarda legal, en el cas tractat ara) una tutela més enèrgica que la ordinària davant la discriminació, dispensant-la de la càrrega d'acreditar algun indici sobre la conculcació del dret fonamental [...].

I, en fi, en la mateixa línia se situa la STS (S) 20 de gener de 2015, en la qual es manifesta que:

[...] una treballadora que es troba en alguna de les circumstàncies previstes en l'art. 55.5.b de l'ET, que són objecte d'especial protecció per moltes raons (entre elles, la conciliació de la vida laboral i familiar) pot veure extingit el seu contracte laboral per causa justa degudament acreditada i comunicada: per exemple, per finalització del contracte temporal, o per haver comès una infracció greu i culpable, la qual cosa dóna lloc a un acomiadament procedent. Però si aquesta causa no existeix o no s'acredita –que, jurídicament, és el mateix– l'acomiadament no pot ser declarat, òbviament, procedent; però tampoc pot ser declarat improcedent sinó que, necessàriament, ha de ser declarat nul [...].

Com hem vist, encara que no ens trobem davant d'una situació d'embaràs, sinó davant d'una reducció de la jornada per tenir cura dels fills, és molt important destacar que, sense cap més argumentació, el Tribunal Suprem considera traslladable la doctrina constitucional esmentada, amb la qual cosa s'atorga una protecció especial als beneficiaris d'aquesta mesura. Però cal tenir present un matís important: la solució és diferent, com a conseqüència dels arguments que s'han vist abans i la connexió directa amb la discriminació per raó de sexe, segons qui sol·liciti el gaudi d'aquesta mesura i sigui acomiadat (via art. 52 –per causes objectives– o 54 TRET –per raons disciplinàries–), en funció de si es tracta d'un home o d'una dona.

En efecte, si es tracta d'una treballadora, per reclamar la nul·litat de l'acomiadament esmentat i invertir la càrrega de la prova, només ha d'al·legar que es dóna aquesta situació, sense necessitat d'aportar cap tipus d'indici d'una presumpta actuació discriminatòria per part de l'Administració. Amb això se li facilita enormement la prova corresponent i se la protegeix. En canvi, si es tracta d'un treballador, si es donen els arguments exposats abans, cedeix la connexió directa amb la discriminació per raó de sexe de l'article 14 CE (atès que recórrer a aquest tipus de mesures no afecta en principi la situació laboral dels homes ni és un risc per a la seva feina) i, per consegüent, perquè pugui invertir-se la càrrega de la prova, ha d'aportar indicis suficients que la decisió extintiva adoptada respon a un mòbil discriminatori. I, en tots dos supòsits, tal com hem assenyalat, la jurisdicció social només pot qualificar l'acomiadament esmentat com a nul o procedent.

En tercer lloc, en el marc de l'acomiadament també cal plantejar-se què pot passar si, en l'àmbit d'un acomiadament col·lectiu –ara també aplicable al personal laboral de les administracions públiques–, s'opta per acomiadar treballadors que es troben en la situació de reducció de la jornada. En aquest punt, la STSJ Catalunya (S) 17 de juny de 2014 assenyalava que no n'hi ha prou amb al·legar que la causa per la qual l'ocupador va escollir la treballadora és trobar-se en una situació de reducció de la jornada, sinó que, a més a més, s'han d'aportar indicis que veritablement la decisió extintiva s'ha fonamentat en aquesta causa, atès que només en aquest cas es produiria la inversió de la càrrega de la prova i és l'ocupa-

dor qui ha d'acreditar l'existència d'una justificació objectiva i raonable que fonamenta la seva decisió.

En quart lloc, cal tenir present que els tribunals també han qualificat com un acomiadament nul l'extinció d'un contracte d'obra o servei determinat just després de la sol·licitud d'una reducció de la jornada per tenir cura dels fills, si l'Administració no aporta cap prova que justifiqui que efectivament aquest contracte s'havia acabat. Així, en la STSJ Galícia (S) 20 de gener de 2011 es manifesta que:

[...] atès el fet rellevant que implica l'enllaç cronològic que es detalla en la redacció fàctica de la resolució impugnada, entre la reducció de la jornada i el cessament immediat de l'actora que posa fi a la seva relació laboral, amb l'absència de prova en els termes exposats, quan per altra banda, i a més a més de conformitat amb el que disposa l'art. 55.5 ET: «És també nul l'acomiadament de la treballadora que ha sol·licitat un dels permisos als quals es refereixen els apartats 4, 4 bis i 5 de l'art. 37, o n'està gaudint, o ha sol·licitat o està gaudint de l'excedència que preveu l'apartat 3 de l'art. 46, si no es demostra la procedència de l'acomiadament com ja s'ha fet al·lusió amb base a motius aliens a l'embaràs o amb l'exercici del dret a permisos i excedència assenyalats» [...].

(Aquest també és el cas plantejat en la STS [S] 25 de gener de 2013, esmentada abans.)¹⁶

I dins de la mateixa lògica anterior, també s'ha qualificat com un acomiadament nul el fet de no permetre a una treballadora reincorporar-se al seu lloc de treball després del descans per maternitat en les condicions horàries sol·licitades per a la reducció de la jornada per tenir cura d'un fill (STSJ Catalunya [S] 29 de març de 2004).

Finalment, cal plantejar-se què pot passar si el treballador actua de mala fe o amaga dades a l'Administració en el moment de sol·licitar la reducció de la jornada. Pel que fa a això cal citar la STSJ Illes Canàries (S) 31 de gener de 2012, que va declarar procedent l'acomiadament disciplinari d'una treballadora que va sol·licitar una reducció de la jornada al·legant la guarda legal d'un menor de dotze anys per poder dedicar-se a una altra activitat laboral, sense haver sol·licitat, òbviament, la concessió de la comptabilitat corresponent. Es considera aquesta conducta com una transgressió de la bona fe contractual, atès que, o bé havia de renunciar a la segona feina (per poder dur a terme la conciliació de la vida laboral o familiar), o bé havia de comunicar a l'Ajuntament la seva situació real de pluriocupació i incompatibilitat. Aquesta conducta constitueix un frau o deslleialtat greu, amb un ús indecorós dels beneficis de la conciliació, amb engany a l'ocupador.

16. També, STS 16 d'octubre de 2012.

4.2.7. Perspectiva pràctica: la plasmació d'aquesta mesura de conciliació en els convenis col·lectius del personal laboral

Per últim, en el marc de la negociació col·lectiva desenvolupada entorn d'aquesta mesura de conciliació de la vida laboral i familiar a les entitats locals en l'àmbit estatal, cal destacar el següent:

a) Algun conveni col·lectiu, abans de la modificació incorporada en el TRET, ja establia per al cas dels fills que la reducció de la jornada laboral podia durar fins al moment en què aquests compleixen els dotze anys d'edat; i també reconeixia que la franja horària per gaudir d'aquesta mesura l'ha de decidir el mateix treballador. I, en fi, també es reconeix el dret a una reducció de la jornada de fins al 50 per 100, amb la percepció exclusiva de les retribucions bàsiques, per tenir cura d'un familiar de primer grau, per raó d'una malaltia molt greu, durant el termini màxim d'un mes (CC2).

b) Algun conveni reproduïx directament el que preveu la normativa funcional, si bé limita l'abast de la reducció de la jornada a un terç, la meitat o 1 hora de la jornada laboral, amb la disminució de les retribucions corresponents (una limitació horària que no concorda ni amb el que preveu el TRET ni amb el que preveu la normativa funcional i que, com a conseqüència, no és admissible) (CC3).

c) D'altra banda, cal destacar que algun conveni col·lectiu limita el marge de reducció de la jornada laboral a un mínim d'un terç i un màxim de la meitat de la seva durada, que contravé –pel que fa al mínim– el que fixa el TRET, que, com hem vist, situa aquest mínim actualment en una vuitena part de la jornada laboral (CC4). Lògicament, preval en aquest cas el que manifesta l'article 37.6 paràgraf 1r TRET.

d) Amb una perspectiva protectora, algun conveni col·lectiu estén la reducció de la jornada per tenir cura dels fills, en casos determinats, fins als setze anys d'edat, si bé, pel que fa a la resta dels familiars s'oblida el factor de l'edat com a element que pot afectar que puguin valer-se per si mateixos. I també s'incorpora el supòsit de la reducció de la jornada per tenir cura d'un familiar de primer grau recollit actualment en l'article 48.i TREBEP (CC5).

e) Alguns convenis es limiten a reproduir el que preveu actualment l'article 48.h i 48.i TREBEP (CC6, CC7, CC8, CC10).

f) En fi, en algun conveni col·lectiu es reproduïx directament el que estableix l'article 48.h TREBEP, si bé la reducció de la jornada ha de situar-se necessàriament entre un mínim de la vuitena part i un màxim de la meitat, amb la qual cosa es recull també parcialment el que fixa el TRET. I també s'hi incorpora la reducció de la jornada que estableix actualment l'article 48.i TREBEP (CC9).

4.3. La reducció de la jornada per tenir cura dels fills o els familiars del personal funcionari

4.3.1. La regulació que preveu el TREBEP

a) Aspectes generals

Aquesta mesura de conciliació de la vida laboral i familiar la recull l'article 48.h TREBEP, en el qual s'estableix que per raons de guarda legal, quan el personal funcionari té a càrrec directe algun menor de dotze anys, una persona gran que requereix dedicació especial o una persona amb discapacitat que no exerceix una activitat retribuïda, té dret a la reducció de la seva jornada laboral, amb la disminució de les seves retribucions. Té el mateix dret el personal funcionari que necessita fer-se càrrec directe d'un familiar, fins al segon grau de consanguinitat o afinitat, que per raons d'edat, accident o malaltia no pot valer-se per si mateix i que no exerceix una activitat retribuïda.

I com a mesura addicional, en la lletra *i* de l'article 48 esmentat es preveu que quan és necessari tenir cura d'un familiar de primer grau, el personal funcionari té dret a sol·licitar una reducció de fins al 50 per 100 de la seva jornada laboral, amb caràcter retribuït, per raons de malaltia molt greu i durant el termini màxim d'un mes. Si hi ha més d'un titular d'aquest dret pel mateix fet causant, el temps de gaudi d'aquesta reducció es pot prorratejar entre els diversos titulars, respectant, en tot cas, el termini màxim d'un mes.

Les dues mesures són aplicables, segons el que preveu l'article 92 LBRL, als funcionaris públics de les administracions locals. I en els mateixos termes que el TREBEP es manifesten els articles 30.1.g i 30.1.g bis LMRFP per al cas del personal funcionari de l'Administració General de l'Estat. No obstant això, novament, la normativa autonòmica presenta, com veurem més endavant, continguts força diversos.

En definitiva, si bé els termes legals són semblants als que ja s'han vist per al supòsit del personal laboral, també recullen diferències, algunes d'elles importants.

b) Beneficiaris

En relació amb els beneficiaris cal destacar, en primer lloc, que, com en el cas del personal laboral, estem davant d'un dret individual de tots els funcionaris, homes i dones (STSJ País Basc [CA] 22 de març de 2012), amb el qual es persegueix promocionar la coresponsabilitat envers tenir cura dels fills o els familiars, i evitar que aquesta atenció s'identifiqui exclusivament amb les dones.

D'altra banda, segons els tribunals, es tracta d'un dret atribuït als familiars objecte d'atenció i al mateix sol·licitant, que l'Administració no pot negar o desco-

nèixer i que s'ha de reconèixer sense dilacions ni canvis arbitraris. En paraules de la STSJ Madrid (CA) 7 de maig de 2010:

[...] els supòsits de la jornada reduïda per guarda legal tendeixen a protegir no només el dret dels treballadors a conciliar la seva vida laboral i familiar per complir millor amb els deures inherents a la pàtria potestat que enumera l'article 154.1 del Codi Civil, sinó també el mateix interès del menor a rebre la millor atenció possible [...].

En segon lloc, l'article 48.h TREBEP exigeix, quan es tracta dels menors de dotze anys, que aquests estiguin sota la guarda legal de la persona sol·licitant de la reducció de la jornada (atès que aquesta persona exerceix la pàtria potestat o la tutela del menor, inclosos els supòsits de la guarda amb finalitats d'adopció i l'acolliment). I juntament amb això, cal assenyalar que:

a) S'hi inclouen tant els fills propis o adoptats com els menors subjectes a guarda amb finalitats d'adopció i a l'acolliment, amb el límit exclusiu dels dotze anys d'edat. En cas de part múltiple, segons els tribunals, només un dels progenitors pot sol·licitar la reducció de la jornada, si bé, lògicament, sí que pot fer-se un gaudi successiu (STSJ Catalunya [CA] 2 de juliol de 2013).

b) Es requereix que el menor es estigui a càrrec directe del funcionari sol·licitant. Tal com hem vist quan hem tractat del personal laboral, aquest «càrrec directe» ha d'interpretar-se d'una manera àmplia i flexible, és a dir, com l'assumpció personal de la vigilància del menor, però sense que aquest control reclami necessàriament la convivència o l'atenció física o exclouï l'ajuda de terceres persones o d'institucions.

c) En el cas de divorci o separació, el progenitor privat de la custòdia no pot accedir a aquesta mesura.

En tercer lloc, també són subjectes causants d'aquesta mesura de conciliació de la vida laboral i familiar les persones grans que requereixen una dedicació especial; un supòsit que planteja diversos interrogants:

1) Què cal interpretar com a *persona gran?*, i què implica una «dedicació especial» per part del funcionari? A aquest efecte cal tenir molt present el que assenyalen els informes mèdics o dels serveis socials corresponents.

2) L'exercici d'aquesta mesura requereix que la persona sol·licitant tingui la guarda legal de la persona gran; una exigència que limita clarament l'accés a aquesta mesura.

3) No és necessària la convivència amb el funcionari, encara que la persona gran sí que ha d'estar al seu càrrec directe –termes interpretats en el sentit ampli ja vist.

4) Òbviament, no impedeix l'accés a aquesta mesura el fet que la persona gran percebi una pensió del sistema de Seguretat Social (una situació que, d'altra banda, resulta molt freqüent).

D'altra banda, també poden causar dret a aquesta mesura de conciliació les persones amb discapacitat –per motius físics, psíquics o sensorials–, sense que s'hagi establert legalment un determinat grau de discapacitat (encara que l'exigència d'una dedicació especial fa preveure que és elevat). Cal afegir-hi que:

a) La persona sol·licitant ha de tenir la guarda legal de la persona amb discapacitat, la qual cosa redueix, com en el cas anterior, les possibilitats d'accedir a aquesta mesura.

b) Com en la resta de supòsits, es requereix que la persona amb discapacitat estigui a càrrec directe del funcionari.

c) La persona amb discapacitat no pot exercir una activitat retribuïda, tant si és per compte d'altri com per compte propi. Tal com hem vist en l'àmbit del personal laboral, l'exigència d'aquest requisit no impedeix percebre rendes o prestacions de la Seguretat Social.

Per acabar, també poden ser subjectes causants d'aquesta mesura de conciliació els familiars fins al segon grau de consanguinitat o afinitat, inclosos els adoptius. En aquest punt cal introduir alguns matisos:

1) Encara que no se citi expressament, s'hi inclou el cònjuge. En el cas de les parelles de fet i els seus familiars cal ajustar-se al que preveu la negociació col·lectiva o al que és d'aplicació a la pràctica (no obstant això, alguna norma autonòmica les inclou expressament).

2) És important destacar que, a diferència dels supòsits anteriors, en aquest cas no s'exigeix tenir la guarda legal, la qual cosa facilita el recurs a aquesta mesura. De fet, no s'entén, si pretenem fomentar realment la conciliació de la vida laboral i familiar, l'exigència de la guarda legal en els altres supòsits, llevat que es tracti de menors.

3) S'exigeix que el familiar, per raons d'edat, accident o malaltia, no pugui valer-se per si mateix i que no exerceixi una activitat retribuïda, tant si és per compte propi com per compte d'altri. S'està pensant tant en el cas dels fills menors d'edat més grans de dotze anys no discapacitats (sempre que no puguin valer-se per si mateixos) com en el de les persones grans que no requereixen una dedicació especial o altres familiars –fins al segon grau– que, per edat o per un accident o malaltia, requereixen atencions.

4) El requisit de no poder valer-se per si mateix ha de fixar-se tenint en compte els informes mèdics, declaracions d'incapacitat o dependència, informes dels serveis socials, etc. En tot cas, aquest requisit no implica tenir reconegut un dels graus d'incapacitat permanent que preveu el TRLGSS, sinó que suposa una falta d'autonomia per fer les tasques o les activitats pròpies de la vida personal o social. En fi, per permetre l'accés a aquesta mesura de conciliació no es determina un grau concret de discapacitat física, psíquica o sensorial ni tampoc no es reclama que els organismes oficials corresponents l'hagin constatada.

5) Per acabar, cal tenir en compte que en el TREBEP falta una referència expressa als casos de discapacitat dels familiars, encara que aquests també causen dret a aquesta mesura. També s'hi inclou el supòsit dels menors de dotze anys que no compleixen els requisits per causar dret a la reducció de la jornada per tenir cura dels fills, quan es tracta, per exemple, d'un germà o un nét del funcionari sol·licitant.

c) Abast de la mesura

En relació amb l'abast d'aquesta mesura de conciliació cal fer quatre consideracions:

1) En principi, el gaudi d'aquest dret és incompatible amb l'exercici de qualsevol altra activitat econòmica, remunerada o no, durant l'horari objecte de la reducció. No obstant això, tal com hem assenyalat quan hem tractat del personal laboral, els tribunals flexibilitzen aquesta incompatibilitat quan la nova feina, per les seves característiques, és més flexible i adaptable a la tasca de tenir cura d'algú.

2) El TREBEP no fixa —a diferència del que preveu l'article 37.6 paràgraf 1r TRET per al personal laboral— uns límits concrets de reducció de la jornada (una vuitena part, la meitat...). Lògicament, la reducció de la remuneració (retribucions bàsiques, complementàries i triennis) és proporcional a la reducció corresponent de la jornada. I, com veurem en un apartat posterior,¹⁷ aquesta reducció de la jornada implica també una reducció de la cotització a la Seguretat Social a partir d'un moment determinat.

3) Aquest dret pot exercir-se, dins dels límits temporals previstos legalment, diverses vegades respecte del mateix subjecte causant (així, es pot fer un gaudi fraccionat d'aquesta mesura).

En relació amb la durada d'aquest dret cal distingir diversos supòsits: a) en el cas del menor de dotze anys, la durada màxima és fins que el menor compleix aquesta edat, tant si es gaudeix d'aquest dret una sola vegada com diverses; b) en el cas de la persona gran, el TREBEP no preveu una durada màxima, per la qual cosa es pot entendre que la mesura pot prolongar-se mentre requereix atenció, tant si són mesos com anys; i c) en fi, passa el mateix en el supòsit de les persones amb discapacitat i dels familiars fins al segon grau de consanguinitat o afinitat.

4) Per acabar, cal tenir present que, segons els tribunals, són nul·les les limitacions a la reducció de la jornada que regula l'article 48.h TREBEP incorporades per la negociació col·lectiva funcional. En aquest sentit, en la STSJ Illes Canàries (CA) 12 de maig de 2014 s'assenyala:

17. Vid. *infra* apartat 4.4.

[...] les regles referents a la reducció de jornada per tenir cura dels fills menors de dotze anys, persones malaltes, incapacitades, no s'ajusten al que disposa l'article 48.h) de l'Estatut, quan estableix limitacions no previstes en aquest precepte, ni l'apartat i) respecte de les persones malaltes, atès que no recull la limitació del grau de parentiu i el límit temporal de la reducció de jornada [...].

Cal destacar també que aquesta sentència declara nul·la, en la mateixa línia restrictiva que ja hem apuntat pàgines enrere, l'ampliació de la durada del permís de maternitat i del permís per adopció o acolliment via negociació col·lectiva funcional, així com la creació de nous permisos per motius familiars.

d) La concreció horària del gaudi d'aquest dret

A l'igual del supòsit del personal laboral i amb elements comuns, el tema que ha suscitat més debat judicial, especialment en determinats col·lectius de funcionaris (policia, Guàrdia Civil...), és la manera de concretar l'horari de gaudi de la reducció de la jornada per tenir cura dels fills o els familiars. En relació amb aquesta qüestió, s'apliquen els mateixos criteris ja assenyalats en el marc del personal laboral, és a dir:

a) La decisió tant sobre la concreció horària de la reducció de la jornada (franja horària d'aplicació) com sobre el període de gaudi correspon exclusivament al funcionari, atès que aquest és l'únic que coneix quina és l'opció més favorable per a la conciliació de la seva vida laboral i familiar (STSJ Madrid [CA] 7 de maig de 2010).

b) No pot exigir-se al funcionari que expliqui quins són els motius que fonamenten la seva decisió.

c) L'Administració pot negar-se al que sol·licita el funcionari, per necessitats del servei, si bé la negativa ha d'estar suficientment motivada (no pot ser genèrica) i estar fonamentada, a més a més, en la situació concreta que afecta el funcionari sol·licitant. Com que és un dret individual del funcionari, ha de ser l'Administració la que justifiqui la seva decisió denegatòria, ateses les circumstàncies concretes tant del funcionari com del servei (STSJ País Basc [CA] 22 de març de 2012).

En fi, tal com assenyala la STSJ Madrid (CA) 7 de maig de 2010:

[...] és la mateixa funcionària sol·licitant, l'única afectada pel problema familiar que es pretén resoldre, a qui li competeix decidir, atès que és l'única capacitada a aquest efecte, quin és el període més idoni que necessita, en funció de les seves necessitats concretes, per poder compaginar adequadament les seves necessitats familiars, per complir així adequadament les obligacions de l'exercici de la pàtria potestat, que enumera l'article 154.1 del Codi Civil, i pot cedir aquesta decisió o quedar restringit o limitat el dret en els termes sol·licitats pel titu-

lar d'aquest, únicament en supòsits molt especials quan interessos superiors, el funcionament d'un servei públic en el cas concret, es vegin clarament vulnerats per aquesta elecció. Com a conseqüència, no n'hi ha prou amb argumentacions merament teòriques, ni solucions estereotipades o abstractes, ni, en fi, argumentacions basades en supòsits hipotètics, per denegar la lliure elecció efectuada per la funcionària ja que, en principi, és lògic suposar que aquesta elecció és l'únic mitjà adequat que ha trobat la sol·licitant per conciliar la seva vida laboral i familiar [...].

En la mateixa línia, la STSJ Madrid (CA) 28 de març de 2011 manifesta que:

[...] la interpretació que s'acomoda millor al mandat constitucional és la d'entendre que s'atorga al funcionari la capacitat d'elecció, ja no només de l'aspecte relatiu a l'exercici mateix del dret a la reducció de jornada i a la seva extensió, sinó també a la determinació del moment concret en què aquesta va ser exercida en funció de la seva conveniència personal, tenint la negativa caràcter excepcional i restrictiu, la qual cosa exigeix que la resposta de l'Administració expliciti els motius concrets de desestimar aquesta sol·licitud que, d'altra banda, només pot basar-se en l'existència de raons objectives d'organització del treball de certa intensitat que ho impedeixen [...].

(També STSJ Madrid [CA] 7 de desembre de 2008 i Castella-la Manxa [CA] 31 de juliol de 2011.)

d) En cas de negativa de l'Administració, el funcionari ha de demandar-la davant la jurisdicció contenciosa administrativa, després d'interposar la prèvia reclamació administrativa.

e) La negativa injustificada de l'accés a aquesta mesura per part de l'Administració pot donar lloc a una indemnització per danys i perjudicis. I també assenyalen els tribunals que quan és factible l'execució material d'aquest dret –pel temps transcorregut– és possible compensar el funcionari amb un temps de descans equivalent a les hores deixades de gaudir en companyia dels seus fills (ST Jutjat CA núm. 5 Bilbao 22 de febrer de 2012).

f) Finalment, cal tenir present que el funcionari ha de comunicar amb quinze dies d'antelació la data de reincorporació a la seva jornada laboral ordinària.

e) El cas particular dels familiars de primer grau

Com hem vist abans, l'article 48.i TREBEP preveu que quan cal ocupar-se d'un familiar de primer grau, el personal funcionari té dret a sol·licitar una reducció de fins al 50 per 100 de la seva jornada, amb caràcter retribuït, per raons de malaltia molt greu i durant el termini màxim d'un mes. Si hi ha més d'un titular d'aquest dret pel mateix fet causant, el temps de gaudi d'aquesta reducció es pot prorratejar entre els diversos titulars, respectant, en tot cas, el termini màxim d'un mes.

En relació amb aquesta mesura addicional de reducció de la jornada, que no preveu el TRET, cal assenyalar que:

1) Inclou tant els familiars per consanguinitat com per afinitat de primer grau. És discutible la limitació exclusivament als familiars de primer grau –atès que implica un àmbit subjectiu molt restringit–, i, encara que no se cita expressament, cal entendre inclòs el cònjuge (no la parella de fet ni els seus familiars).

En tot cas, no s'exigeix que el sol·licitant exerceixi la guarda legal respecte del familiar, sinó només que hagi d'ocupar-se'n.

2) Es tracta d'una mesura plenament compatible amb la reducció de la jornada que preveu l'article 48.h TREBEP. D'aquesta manera, i en funció de les circumstàncies, un funcionari pot sol·licitar aquesta mesura i, posteriorment, recórrer a la que preveu el precepte esmentat.

No obstant això, cal destacar que el TREBEP preveu que el funcionari pot sol·licitar aquesta mesura, per la qual cosa és possible que l'Administració corresponent la denegui, sempre d'una manera motivada.

3) S'exigeix que calgui «tenir cura d'un familiar»; una necessitat que pot justificar-se per diversos mitjans com, per exemple, la presentació d'informes mèdics o d'altre tipus. Cal interpretar novament el terme *cura* en un sentit ampli, sense que es requereixi, òbviament, la certificació de cap grau de discapacitat o de dependència.

4) No es requereix la convivència amb el familiar o que aquest estigui a càrrec exclusiu del funcionari sol·licitant, atès que el TREBEP no recull aquests requisits.

5) Com a causa justificativa només se cita la malaltia molt greu, per la qual cosa se n'exclouen altres de possibles, com un accident, o en certs supòsits, les situacions de dependència derivades de la mateixa vellesa de la persona que necessita les atencions. Lògicament, la gravetat de la malaltia i la necessitat de les atencions venen determinades per l'informe mèdic corresponent.

6) A diferència de l'article 48.h, en aquest cas sí que s'estableix com a mínim un límit màxim per a la reducció –el 50 per 100 de la jornada laboral. El paràmetre de referència és la jornada diària que exerceix el funcionari sol·licitant.

7) Cal destacar que aquesta mesura té molt limitat el seu abast temporal, que és d'un mes; una durada que, a més a més, es preveu com a màxima. D'això es dedueix que legalment es preveu aquesta mesura com d'urgència, però que, tret d'alguns casos, no és suficient perquè el funcionari pugui afrontar la seva situació familiar. D'aquí el joc combinat amb la reducció de la jornada de l'article 48.h, tal com hem manifestat anteriorment.

8) Durant el gaudi d'aquesta mesura, el funcionari continua percebent la remuneració corresponent, sense cap minva, i, com a conseqüència, continua cotitzant a la Seguretat Social pel total. Per tant, recórrer a aquesta mesura no suposa al funcionari cap perjudici des de la perspectiva de la Seguretat Social, a

diferència del que pot passar si accedeix a la reducció de la jornada que preveu l'article 48.h TREBEP, tal com veurem en un apartat posterior.¹⁸

9) Finalment, cal destacar que es recull un possible gaudi simultani de la mesura per dos beneficiaris, encara que es manté la mateixa durada màxima d'un mes. Aquesta solució és molt restrictiva.

4.3.2. L'abast de la normativa autonòmica

En relació amb la normativa aplicable en l'àmbit autonòmic, cal destacar que en aquest àmbit hi ha novetats importants, que normalment impliquen una millora respecte del que preveu l'article 48.h TREBEP. No obstant això, en alguns casos, com passa en la normativa del País Basc, Múrcia, Madrid o de Castella i Lleó, la regulació autonòmica és més desfavorable.

En aquest marc cal fer les consideracions següents:

1) En la normativa de la funció pública de Castella i Lleó s'estableix que el funcionari que, per raó de guarda legal, té al seu càrrec directe algun menor de vuit anys, una persona gran que requereix una dedicació especial o una persona amb un grau de discapacitat psíquica, física o sensorial igual o superior al 33 per 100, que no exerceix una activitat retribuïda, té dret a una reducció de la jornada, que pot triar, d'un mínim de la desena part i un màxim de la meitat de la seva durada, amb la reducció proporcional de les seves retribucions. Així mateix, es preveu que la concessió d'aquesta reducció de la jornada és incompatible amb l'exercici de qualsevol altra activitat, tant si és remunerada com si no, durant l'horari objecte de la reducció.

Cal afegir-hi un supòsit específic: també pot sol·licitar-se una reducció de la jornada, en els mateixos termes anteriors, en els casos degudament justificats basats en la incapacitat psíquica o física del cònjuge, pare o mare, o ascendents afins en primer grau, que conviuen amb el funcionari.

En relació amb aquesta normativa autonòmica cal fer quatre reflexions: *a)* a diferència del TREBEP i d'altres normes autonòmiques, es concreta el grau de discapacitat que pot donar dret a sol·licitar aquesta mesura de conciliació –un 33 per 100 com a mínim–; *b)* es flexibilitza d'una manera important el marge de reducció de la jornada, atès que pot oscil·lar entre un mínim de la desena part de la jornada i un màxim de la meitat; *c)* a diferència del TREBEP i d'altres normes autonòmiques, es fa referència expressa al cònjuge; i *d)* en la mateixa línia anterior, es fa, molt encertadament, una referència especial a les situacions de dependència en què poden trobar-se el cònjuge i els ascendents de primer grau del funcionari que hi conviuen.

18. *Vid. infra* apartat 4.4.

2) En termes semblants als anteriors, tot i que amb un caràcter més restrictiu, es manifesten, en els casos de Madrid, Múrcia i el País Basc, els articles 71.2 i 71.3 LFPM, 77.2 LFPMU i 72.2 i 72.3 LFPPV, que fixen que es té dret a una reducció de la jornada d'entre un terç i la meitat amb la reducció proporcional de les retribucions quan es tingui a càrrec directe un menor de sis anys o una persona discapacitada física o psíquica que no exerceix una activitat retribuïda. Així mateix, en els casos degudament justificats, basats en la incapacitat física del cònjuge, pare o mare, que conviu amb el funcionari, aquest també pot sol·licitar la reducció de la jornada en el mateixos termes anteriors.

No obstant això, és discutible l'exclusió de les persones grans i de les persones amb discapacitat sensorial, així com la limitació, en els casos del cònjuge i dels ascendents de primer grau, als supòsits d'incapacitat física.

3) A Galícia, l'article 76.1.g LFPG reconeix que els qui, per raons de guarda legal, tenen a càrrec directe algun menor de dotze anys, una persona gran que necessita dedicació especial o una persona amb discapacitat que no exerceix una activitat retribuïda, té dret a una disminució d'un terç o la meitat de la seva jornada laboral, amb la reducció proporcional de les retribucions. Així, es concreten els paràmetres d'aplicació de la reducció de la jornada.

I s'hi afegeix que té el mateix dret el qui necessita ocupar-se de l'atenció directa d'un familiar fins al segon grau de consanguinitat o afinitat que, per raons d'edat, accident o malaltia, no es pot valer per si mateix i que no exerceix una activitat retribuïda.

No obstant això, des d'una perspectiva molt diferent i clarament innovadora, l'article 38 LIMHG preveu que, en les proves de promoció interna que comprenen la valoració dels mèrits, s'estableix una puntuació específica –que es gradua en funció del temps utilitzat–, per als funcionaris gallegos que hagin accedit a una reducció de la jornada per tenir cura dels familiars en els darrers cinc anys.

Així mateix, l'article 45 LIMHG estableix que tenen preferència a l'hora de participar en els recursos formatius organitzats per l'Administració gallega els funcionaris que estan utilitzant o hagin recorregut els darrers últims anys a una reducció de la jornada per tenir cura dels familiars.

En fi, també cal destacar que la normativa gallega és de les poques que recullen la reducció de la jornada per tenir cura d'un familiar de primer grau, de fins al 50 per 100 de la jornada, en els casos de malaltia molt greu i durant el termini màxim d'un mes, prorrogable en circumstàncies excepcionals i atenent l'extrema gravetat de la malaltia que pateix, fins a un període màxim de dos mesos. Si hi ha més d'una persona titular d'aquest dret pel mateix fet causant, el temps de gaudi d'aquesta reducció es pot prorratejar entre elles, respectant, en tot cas, el termini màxim d'un mes o, si escau, el de dos mesos (art. 76.1.I LFPG).

4) A la Rioja, la normativa preveu simplement que als funcionaris públics se'ls han de reconèixer les reduccions de la jornada en les condicions i amb els efec-

tes que marca la legislació bàsica del règim jurídic dels funcionaris (art. 50.4 LFPR).

5) En el marc de les Illes Balears (art. 119 LFPIB), els funcionaris tenen dret a una reducció màxima de la meitat de la seva jornada –no s’hi recull un mínim– per atendre els casos de guarda legal de menors de dotze anys i de familiars amb discapacitat o de persones dependents. Així mateix, es preveu que la jornada reduïda es computa com a jornada completa a l’efecte del reconeixement de l’antiguitat i de les cotitzacions en el règim de protecció social, en els mateixos supòsits en què pugui gaudir-se de l’excedència amb dret a la reserva del lloc de treball. Es deixa al desenvolupament reglamentari la concreció d’aquests supòsits.

6) A Cantàbria, la norma autonòmica es manifesta en els mateixos termes que preveu l’EBEP (art. 59.3 LFPC).

7) En el cas de Canàries, la normativa concreta l’abast de la reducció de la jornada que pot sol·licitar-se, i el situa entre un mínim de cinc hores setmanals i un màxim de trenta hores setmanals, amb la disminució proporcional de les retribucions (art. 49.2 LFPCAN).

8) A Extremadura, la normativa vigent recull el que preveu el TREBEP, però amb dos matisos importants: d’una banda, inclou expressament com a subjectes causants de la reducció tant el cònjuge com la parella de fet, i, de l’altra, en el cas de la reducció de la jornada per tenir cura directa d’un familiar de primer grau, a més a més del que s’ha dit, no preveu un límit temporal concret, a diferència del TREBEP, que sí que disposa, com ja hem vist, una durada temporal màxima d’un mes (art. 52.2.b a 52.2.d LFPE).

9) Finalment, a Catalunya, els articles 24 i 26 LCC, amb un contingut força extens, recullen dos tipus de reducció de la jornada: *a)* per tenir cura d’un fill menor de dotze anys; i *b)* per tenir cura de familiars. Amb caràcter comú a totes dues se’n preveu la incompatibilitat amb l’autorització de compatibilitat i el fet que no es poden concedir a dues persones pel mateix fet causant, llevat que aquestes l’exerceixin de manera alternativa i sense superar el límit màxim de durada.

En primer lloc, pel que fa a la reducció de la jornada per tenir cura dels fills menors de dotze anys, aquesta pot ser d’un terç o de la meitat de la jornada, amb la reducció proporcional de les retribucions. Només si les necessitats del servei ho permeten, aquesta reducció pot ser d’una altra fracció de la jornada, que en qualsevol cas ha de ser d’entre la vuitena part i la meitat de la jornada.

En segon lloc, i amb una coincidència parcial amb el que ja hem assenyalat, s’estableix que el funcionaris catalans poden accedir a una reducció d’un terç o de la meitat de la jornada laboral, amb la percepció del 80 per 100 o del 60 per 100 de la retribució, en tres supòsits: *a)* per tenir cura d’un menor de sis anys, sempre que en tingui la guarda legal; *b)* per ocupar-se d’una persona amb discapacitat psíquica, física o sensorial que no exerceix cap activitat retribuïda, sempre que en tingui la guarda legal; i *c)* per tenir a càrrec un familiar, fins al segon grau

de consanguinitat o afinitat, amb una incapacitat o disminució reconeguda igual o superior al 65 per 100 o amb un grau de dependència que li impedeix ser autònom, o que requereix atenció o dedicació especial. En aquest àmbit cal assenyalar que:

— La reducció de la jornada està fixada d'una manera força estricta: o es tracta d'un terç o de la meitat de la jornada, i en casos justificats entre una vuitena part i la meitat. No obstant això, la remuneració percebuda per un funcionari és superior a la que correspondria tenint en compte el temps de reducció de la jornada (un 60 per 100 o un 80 per 100), la qual cosa constitueix un element molt favorable (també des de la perspectiva de la cotització a la Seguretat Social corresponent).

— En tots els supòsits, pot sol·licitar-se la reducció una o diverses vegades i fer-ho dues persones respecte del mateix subjecte causant d'una manera alternativa. L'únic límit el determina la durada màxima prevista en cada un dels casos.

— Si es tracta dels fills, s'hi inclouen tots els supòsits de filiació, amb el límit de tenir-ne la guarda legal; i no es pot exigir que la seva atenció estigui a càrrec exclusiu del funcionari sol·licitant. Tampoc no es requereix que l'altra progenitor treballi.

— Si es tracta de persones amb discapacitat no s'exigeix un vincle familiar, però sí la guarda legal. Així mateix, no es preveu que aquesta discapacitat estigui determinada legalment (tot i que se'n pot exigir la justificació mèdica corresponent), però sí que no exerceixi una activitat retribuïda. No es pot considerar com a tal, òbviament, la percepció d'una prestació de la Seguretat Social. Tampoc no s'exigeix la convivència, ni que la persona discapacitada estigui a càrrec exclusiu del funcionari sol·licitant. També és important destacar que no es preveu un límit temporal per a aquesta reducció de la jornada i, per tant, pot mantenir-se mentre la persona amb discapacitat requereix atencions.

— En el supòsit dels familiars cal destacar, particularment, el caràcter ambigu i genèric dels requisits exigits, que pot donar lloc a problemes d'aplicació. En efecte, s'estableix que pot accedir-se a la reducció de la jornada –sense límit temporal, com en el cas de les persones amb discapacitat– quan el familiar té «un grau de dependència que li impedeix ser autònom», o quan «requereix una dedicació o atenció especial». Com s'han d'interpretar aquests termes? Cal tenir molt present el contingut dels informes mèdics o dels serveis socials corresponents.

També és molt discutible l'elevat grau d'incapacitat que s'exigeix –igual o superior al 65 per 100– reconegut legalment. Com en altres àmbits (en són exemples tant el TRET com el TREBEP i altres normes autonòmiques), es protegeix més el cas dels nens que el de la resta dels familiars dependents o amb incapacitat.

— I, per acabar, també és criticable la limitació subjectiva als parents fins al segon grau de consanguinitat o afinitat. No obstant això, cal tenir present atesa

l'equiparació que fa la LCC, dins d'aquests parents s'hi inclou també els corresponents a les parelles de fet. I també cal assenyalar que, en el cas dels familiars, no es requereix tenir la guarda legal ni que el familiar convisqui o estigui a càrrec exclusiu del funcionari.

Per acabar, en relació amb la normativa autonòmica catalana, destaca la voluntat expressa de traslladar-ne els continguts, en aquesta matèria i en la resta de les mesures de conciliació examinades en aquest llibre, al personal laboral de l'Administració autonòmica i de les entitats locals catalanes, per mitjà de la seva inclusió en els convenis col·lectius corresponents, respecte dels que la mateixa LCC actua com un principi orientador (DA 1a LCC). Aquesta indicació s'ha seguit en l'àmbit autonòmic i en força convenis col·lectius del personal laboral de les entitats locals catalanes.

4.3.3. Perspectiva pràctica: el paper d'aquesta mesura de conciliació en la negociació col·lectiva del personal funcionari

Pel que fa al paper que s'atribueix a aquesta mesura de conciliació de la vida laboral i familiar en la negociació col·lectiva del personal funcionari de les entitats locals en l'àmbit estatal, cal destacar el següent:

1) Hi ha acords de condicions de treball que ni tan sols fan referència a aquesta forma de reducció de la jornada, malgrat que a la pràctica és molt freqüent (AF2).

2) Algun acord de funcionaris reproduïx literalment el que estableix actualment l'article 48.h i 48.i TREBP (AF3, AF5).

3) Algun acord recull essencialment el que actualment fixa per al personal laboral l'article 37.6 paràgraf 1r TRET i preveu com a paràmetres per a la reducció de la jornada un mínim d'un terç i el màxim de la meitat de la seva durada (AF4).

4) Amb un caràcter protector, algun acord estén aquesta reducció de la jornada en el cas de tenir cura dels fills fins que aquests compleixen els setze anys d'edat; i fixa, d'altra banda, que la reducció no pot sol·licitar-se per períodes inferiors a quinze dies naturals consecutius. També es recull la reducció de la jornada per tenir cura dels familiars de primer grau que preveu actualment l'article 48.i TREBP (AF6).

5) En algun acord de funcionaris s'inclou un règim no només més complet, sinó també més favorable que el que preveu el TREBP, així: a) es reconeix el dret a una reducció de la jornada de com a màxim un terç amb la percepció del 100 per 100 de les retribucions per tenir cura d'un fill, sempre que l'altre progenitor treballi i amb una durada màxima d'un any a partir de la finalització del permís de maternitat o de la setzena setmana posterior al part, l'adopció o l'acolliment. Aquest percentatge de reducció no és ampliable en cap cas i la persona beneficiària pot

optar, sempre que sigui possible per les necessitats del servei, per compactar les hores que corresponen de reducció de la jornada en hores consecutives senceres. I *b*) es reconeix el dret a una reducció de la jornada d'un terç o de la meitat amb dret al 80 per 100 o al 60 per 100 de les retribucions per: tenir cura d'un fill menor de dotze anys, una persona amb discapacitat que no té cap activitat retribuïda sempre que se'n tingui la guarda legal o per tenir a càrrec un familiar, fins al segon grau de consanguinitat o afinitat, amb una incapacitat o disminució reconeguda igual o superior al 65 per 100 o amb un grau de dependència que li impedeix ser autònom o que requereix una atenció o dedicació especial (AF7). Aquesta regulació convencional recull parcialment i millora la normativa autonòmica corresponent (LCC). No obstant això, en el que no preveu la normativa contravé la jurisprudència de la jurisdicció contenciosa administrativa que, com hem assenyalat, es manifesta contrària a la possibilitat que la negociació col·lectiva funcional millori els permisos previstos legalment.

6) En algun acord de funcionaris s'incorpora el que preveu l'article 48.h i 48.i TREBEP i, a més a més, s'hi afegeix el que fixa amb un caràcter més favorable la normativa autonòmica corresponent (LCC), que incorpora nous supòsits específics en els quals amb una reducció de la jornada laboral del 50 per 100 i d'un terç es percep, respectivament, el 60 per 100 i el 80 per 100 de la remuneració corresponent (AF8).

7) Algun acord es limita a remetre's, en termes genèrics, al que assenjala la normativa estatal (AF9).

8) Per acabar, cal indicar que algun acord, d'una banda, recull el que preveu en aquests moments l'article 48.i TREBEP i, de l'altra, reconeix el dret a la reducció de la jornada laboral d'un terç o de la meitat percebent el 80 per 100 i el 60 per 100 de la retribució, en els casos que es té cura d'un fill menor de sis anys, d'una persona amb discapacitat i per tenir a càrrec un familiar, fins al segon grau de consanguinitat o afinitat, amb una incapacitat o disminució reconeguda igual o superior al 65 per 100 o amb un grau de dependència que li impedeix ser autònom, o que requereix una dedicació o atenció especial. Així mateix, es preveu el gaudi compactat del primer any de la reducció de la jornada. I, en fi, també es reconeix el dret a una reducció de la jornada per tenir cura dels menors de dotze anys, persones grans que requereixen una dedicació especial o d'una persona amb discapacitat que no exerceix una activitat retribuïda (AF10).

4.4. Un nou element comú als dos tipus de personal: l'impacte de la reducció de la jornada en l'àmbit de la Seguretat Social

Cal tenir present que malgrat trobar-nos davant d'una mesura de conciliació de la vida laboral i familiar i, com a conseqüència, no haurien de derivar-se efectes ne-

gatius en el cas de recorre-hi (la qual cosa és força freqüent a la pràctica), aquests existeixen i es donen precisament en el marc de la Seguretat Social, i afecten tant el personal laboral com els funcionaris públics inclosos en el règim general de la Seguretat Social.

En aquest marc cal tenir present el que disposa l'article 237.3 TRLGSS i la DA 8a RDPEMP, que diferencien entre la reducció de la jornada per tenir cura dels fills i la reducció de la jornada per tenir cura dels familiars.

En primer lloc, si un treballador recorre a una reducció de la jornada per tenir cura dels fills, les cotitzacions fetes durant els dos primers anys es computen incrementades fins al 100 per 100 de la quantia que correspondria si es mantingués sense reducció de la jornada laboral, a l'efecte de les prestacions per jubilació, incapacitat permanent, mort i supervivència, maternitat i paternitat. Aquí cal fer algunes consideracions:

1) Aquest benefici només afecta determinades prestacions de la Seguretat Social, tot i que certament són les més importants (particularment els casos de les pensions de jubilació i incapacitat permanent, que tenen un caràcter vitalici).

S'hi inclouen, lògicament, els casos en què la prestació deriva d'un accident laboral o una malaltia professional; així, segons la STSJ País Basc (S) 6 de juliol de 2010:

[...] la finalitat de la norma és evitar al treballador en jornada reduïda per tenir cura del menor els perjudicis que aquesta circumstància li causa en aquestes prestacions concretes per la quantia menor que resulta de la seva cotització menor, derivada del salari menor que cobra, i concorre en aquesta mateixa raó de ser en els casos en què la base reguladora de la prestació es fixa en funció directa del salari, sense necessitat d'acudir a la via indirecta de la base de cotització [...].

2) Aquest benefici s'aplica respecte de cada una de les reduccions de la jornada per tenir cura dels fills que pot sol·licitar el treballador al llarg de la seva vida laboral.

3) Si el treballador gaudeix de la reducció de la jornada més enllà dels dos anys, a partir d'aquest moment no es computen les bases de cotització al 100 per 100 sinó pel seu valor real (per tant, en funció del percentatge de reducció de la jornada) i, com a conseqüència, es veu reduït l'import de la base reguladora de la prestació corresponent. Això implica, per exemple, que si el treballador es troba en reducció de la jornada durant un període de quatre anys i sol·licita posteriorment una pensió per incapacitat permanent derivada d'una malaltia comuna, la base reguladora d'aquesta pensió es veu afectada atès que els dos darrers anys de reducció de la jornada es computen tenint en compte les bases de cotització reals (que, com hem vist, poden arribar a ser del 50 per 100 de les habituals).

Els tribunals han descartat que aquest efecte desfavorable (el debat judicial va sorgir precisament entorn del càlcul d'una pensió d'incapacitat permanent) suposa una discriminació indirecta per raó de sexe. En paraules de la Interlocutòria del Tribunal Constitucional 27 de març de 2007:

[...] que l'actual regulació no prevegi una norma específica que permeti considerar com a cotitzats a jornada completa, a l'efecte del càlcul de les bases reguladores de les prestacions de la Seguretat Social, els períodes treballats (i cotitzats) a jornada reduïda [...] no determina la inconstitucionalitat per omissió [...] i és al legislador a qui, pel que fa les circumstàncies econòmiques i socials que són imperatives per a la viabilitat i l'eficàcia del sistema de la Seguretat Social, correspon decidir (dins del respecte a la garantia institucional consagrada per l'article CE), sobre el grau de protecció que han de merèixer les diferents necessitats socials [...].

4) Finalment, cal tenir present que aquest efecte desfavorable pot compensar-se mitjançant la formalització d'un conveni especial amb la TGSS, si bé pel seu cost econòmic i els requisits exigits a la pràctica es pot gairebé descartar aquesta via.

El mateix panorama anterior s'aplica al personal funcionari inclòs en el règim general de la Seguretat Social d'acord amb el que estableix la DA 8a RDPEMP, si bé alguna normativa autonòmica recull mesures dirigides a limitar les conseqüències negatives que s'han indicat abans. Així, en el cas de Catalunya, es preveu, com hem vist abans, que si el funcionari redueix la seva jornada a la meitat continua percebent el 60 per 100 de les seves retribucions (i cotitzant per aquest 60 per 100), i si la redueix un terç, percep el 80 per 100 de les retribucions i cotitza per aquesta quantia.

I en segon lloc, si el treballador acudeix a una reducció de la jornada per tenir cura dels familiars, l'article 237.3 TRLGSS preveu que només el primer any es computen les bases de cotització incrementades al 100 per 100. Com a conseqüència, l'efecte indicat abans es produeix també a partir d'aquest moment. En aquest punt, sorprèn també el tracte diferent que s'atorga en funció de si es tracta d'una reducció de la jornada per tenir cura dels fills o dels familiars (dos anys enfront d'un any de compensació), màximament quan ens trobem en un país envellit en el qual cada vegada és més habitual haver d'ocupar-se de persones grans que de fills o menors.

Al nostre entendre, hauria d'atorgar-se el mateix tracte a les dues situacions i, si realment volem fomentar la conciliació de la vida laboral i familiar, caldria ampliar el temps que es considera com a cotitzat al 100 per 100 més enllà de l'any i dels dos anys actuals (no es pot oblidar la importància que té la conciliació per a la societat actual així com el fet que, en la gran majoria dels casos, són les dones les que recorren a aquesta mesura). Al nostre entendre, com a mínim, cal que es considerin cotitzats al 100 per 100 quatre o cinc anys de la reducció de la

jornada, tant si és per tenir cura dels fills com dels familiars (no podem ignorar que una mesura semblant es preveu, des de fa anys, en el marc de la jubilació parcial i no ha suscitat problemes).

En fi, el que preveu l'article 237.3 TRLGSS també és aplicable als funcionaris públics com a conseqüència del que estableix la DA 8a RDPEMP, si bé alguna normativa autonòmica, com és el cas, novament, de la catalana, recull un règim més favorable quan fixa, com hem vist abans en relació amb la reducció de la jornada per tenir cura dels fills, una remuneració i cotització del 60 per 100 quan se sol·licita una reducció del 50 per 100 de la jornada i del 80 per 100 quan es tracta d'una reducció de la jornada d'un terç.

D'altra banda, entorn d'aquest tema també cal tenir present la DT 2a RDPEMP, segons la qual els beneficis que preveuen els esmentats articles 237.3 i DA 8a només s'apliquen a les reduccions de la jornada que s'estan gaudint en el moment de l'entrada en vigor de la LOIEMH (24 de març de 20017) i a les posteriors a la seva entrada en vigor. Per tant, les anteriors no gaudeixen d'aquest benefici i, com a conseqüència, es computen pel valor real de la base de cotització reduïda, amb el consegüent perjudici per al beneficiari.

Per acabar, i com una situació particular referida al personal laboral, cal destacar que l'article 270.6 TRLGSS estableix que, en els casos de reducció de la jornada per tenir cura dels fills o els familiars, per al càlcul de la base reguladora de la prestació per atur, les bases de cotització es computen incrementades fins al 100 per 100 de la quantia que correspondria si es mantingués, sense reducció, la feina a temps complet o parcial. Així mateix, si la situació legal d'atur es produeix quan el treballador està en situació de reducció de la jornada, les quanties màxima i mínima es determinen tenint en compte l'indicador públic de rendes d'efectes múltiples en funció de les hores treballades abans de la reducció de la jornada. Amb això es garanteix que la reducció de la jornada no perjudica el càlcul de la base reguladora ni l'import de la prestació per atur corresponent.

5. La reducció de la jornada per tenir cura dels fills o els menors malalts de càncer o altres malalties greus

5.1. Introducció

Com a conseqüència d'una clara pressió social i per cobrir una necessitat evident, l'any 2011 es va instaurar aquesta última mesura de reducció de la jornada laboral per conciliar la vida laboral i familiar, aplicable, com la resta, tant al personal laboral com als funcionaris públics de les administracions públiques, incloses les entitats locals.

Una mesura que, d'altra banda, no pretén cobrir en general les necessitats de conciliació entre la feina i l'atenció d'un menor de divuit anys, sinó una realitat molt més concreta i molt difícil: l'atenció, a càrrec dels seus progenitors, adoptants, guardadors amb finalitats d'adopció o acollidors permanents, que requereix un fill o un menor malalt de càncer o una altra malaltia greu. Una situació que, com veurem, dóna dret a sol·licitar una reducció de la jornada de, com a mínim, la meitat de la jornada laboral i que, a diferència de la majoria de les reduccions de la jornada analitzades en aquest estudi, no sempre implica una reducció dels ingressos ja que, en determinats casos, o bé segueixen percebent les retribucions íntegres (en el cas dels funcionaris) o es rep una prestació a càrrec del sistema de Seguretat Social (el personal laboral).

I també caracteritza particularment aquesta mesura el fet que els dos progenitors, adoptants, guardadors amb finalitats d'adopció o acollidors permanents poden, com a regla general, accedir-hi d'una manera simultània, si bé, com veurem, només un d'ells pot continuar cobrant els seus ingressos anteriors.

La regulació aplicable es troba, per al cas del personal laboral, en l'article 37.6 paràgraf 3r i 37.7 TRET i, per al personal funcionari, en l'article 49.e TREBEP. La prestació de la Seguretat Social es recull en els articles 190 a 192 TRLGSS i el desenvolupament reglamentari, en el RD 1148/2011, de 29 de juliol, per a l'aplicació i el desenvolupament, en el sistema de la Seguretat Social, de la prestació econòmica per tenir cura dels menors afectats per càncer o una altra malaltia greu (aquestes dues últimes normes només referides al personal laboral). Així mateix,

cal recordar que aquesta mesura es va incorporar en el nostre ordenament jurídic per la Llei 39/2010, de 22 de desembre, de Pressupostos Generals de l'Estat per a l'any 2011, amb efecte del dia 1 de gener de 2011 i una vigència indefinida.

5.2. L'abast de la mesura en el cas del personal laboral

L'article 37.6 paràgraf 3r TRET esmentat preveu que el progenitor, adoptant, guardador amb finalitats d'adopció o acollidor permanent té dret a una reducció de la jornada laboral, amb la disminució proporcional del salari de, com a mínim, la meitat de la seva durada, per tenir cura, durant l'hospitalització i el tractament continuat, del menor a càrrec seu afectat per un càncer (tumors malignes, melanomes i carcinomes), o per qualsevol altra malaltia greu, que implica un ingrés hospitalari de llarga durada i que requereix la necessitat de la seva atenció directa, continuada i permanent, acreditada per l'informe del Servei Públic de Salut o òrgan administratiu sanitari de la comunitat autònoma corresponent i, com a màxim, fins que el menor compleix els divuit anys.

Així mateix, per conveni col·lectiu es poden establir les condicions i supòsits en els quals aquesta reducció es pot acumular en jornades completes.

En relació amb aquesta mesura cal assenyalar el següent:

a) Com en la resta de les mesures de conciliació examinades, es tracta d'un veritable dret, individual, d'homes i dones. Com a conseqüència, l'Administració està obligada a reconèixer aquest dret de manera immediata. Com s'assenyala en la STSJ Madrid (S) 9 de maig de 2014:

[...] la raó de ser d'aquesta prestació econòmica no és cap altra que la de facilitar la conciliació de la vida familiar i laboral i, en bona mesura, fer realitat així el mandat que conté l'article 39.2 de la nostra Carta Magna sobre la protecció integral dels fills, en aquest cas els menors de divuit anys afectats per càncer o una altra malaltia greu, que, ben mirat, són els veritables causants del subsidi litigiós, per molt que els beneficiaris d'aquest siguin els progenitors, adoptants o acollidors de caràcter preadoptiu o permanent, i també de la família [...]

b) Els beneficiaris en aquest cas són tant els pares com els adoptants, guardadors amb finalitats d'adopció o acollidors permanents; i s'aplica, per tant, als fills naturals o adoptius i als menors subjectes a una guarda amb finalitats d'adopció o a un acolliment permanent. S'equiparen les institucions jurídiques declarades per resolucions judicials o administratives estrangeres, la finalitat i efecte jurídic de les quals es preveuen per a l'adopció i l'acolliment familiar permanent, sigui quina en sigui la denominació. I també s'hi inclouen els casos de constitució de tutela sobre un menor per designació de persona física, quan el tutor és un familiar que, d'acord amb la legislació civil, no pot adoptar el menor.

Els beneficiaris d'aquesta mesura són els treballadors contractats tant indefinits com temporals, així com els treballadors a temps parcial.

c) El subjecte causant de la mesura és el fill o menor, sempre que siguin menors de divuit anys. En relació amb aquesta qüestió cal fer dos apunts: 1) la desprotecció en què queda el subjecte esmentat si arriba als divuit anys d'edat i continua malalt, atès que aquesta mesura no es pot continuar aplicant; i 2) en correlació amb el que s'ha dit, resulta discutible que no pugui acudir-se a aquesta via per tenir cura del cònjuge o els parents pròxims per consanguinitat o afinitat també malalts de càncer o una altra malaltia greu. Al nostre entendre, aquesta mesura s'hauria d'haver previst amb un abast subjectiu més ampli. És cert que, com hem vist, si la malaltia greu determina que el cònjuge o els parents esmentats o el fill o menor de divuit anys no poden valer-se per si mateixos, el treballador (o el funcionari, atès que la situació de fons és la mateixa) pot accedir a la reducció de la jornada per tenir cura dels familiars, ja analitzada, però les condicions són força més desfavorables.

d) El fill o menor ha d'estar a càrrec del treballador, encara que no s'exigeix que estigui exclusivament a càrrec seu. Òbviament, sí que ha de tenir la pàtria potestat o la tutela del menor.

e) El fill o menor ha d'estar afectat per un càncer (tumors malignes, melanomes i carcinomes) o per qualsevol altra malaltia greu de les recollides en l'annex del RD 1148/2011, que, a més a més, implica un ingrés hospitalari de llarga durada i que requereix la necessitat de l'atenció directa, contínua i permanent per part del treballador. En aquest sentit, la STSJ Madrid (S) 14 de maig de 2015 afirma que es requereix:

[...] una patologia molt qualificada per part del menor, i per això mateix tant l'art. 37.5 ET com el 137 quater LGSS parlen de malalties particularment greus («afectats per càncer (tumors malignes, melanomes i carcinomes» o per qualsevol altra malaltia greu); 2) que aquesta patologia requereixi tractament mèdic concret («que impliqui un ingrés hospitalari de llarga durada o requereixi la necessitat de la seva atenció directa, continuada i permanent») [...].

D'altra banda, per provar aquesta necessitat d'atenció s'exigeix tenir un informe del Servei Públic de Salut o òrgan administratiu sanitari de la comunitat autònoma corresponent (on es constati expressament que el menor té càncer o una altra malaltia greu, així com la necessitat d'atenció directa, continuada i permanent del menor durant el temps d'hospitalització i tractament continuat de la malaltia). En relació amb aquest requisit, la STSJ Madrid (S) 14 de maig de 2015 esmenta matisa que, si bé...

[...] el propòsit que es persegueix amb el seu establiment és un control per part de la sanitat pública, la qual cosa no implica la vinculació total amb les conclusions que s'hi puguin

plasmar, atès que una cosa és que en un expedient administratiu hi hagi de constar, amb caràcter preceptiu, un informe tècnic i una altra de molt diferent que aquest informe sigui vinculant per a l'òrgan decisor, atès que només ho ha de ser quan s'estableixi expressament així (art. 83 L 30/92), i, en tot cas, tant si és com si no és vinculant per a l'Administració que demana aquest informe, no ofereix dubte que no pot vincular els òrgans judicials, atès que el criteri d'aquests es determina en funció de la prova que marquin les disposicions processals aplicables al cas, la qual cosa pot predicar-se igualment amb qualsevol prestació de la Seguretat Social [...].

Com a conseqüència del que s'ha dit, si l'atenció i el diagnòstic del càncer l'han dut a terme els serveis mèdics privats, se'n requereix a més a més l'acreditació per la sanitat pública (pel metge del centre responsable de l'atenció del menor).

Quan hi hagi una recaiguda en la malaltia no és necessari que es produeixi un nou ingrés hospitalari, si bé es requereix una nova declaració mèdica en la qual es determini la necessitat de continuar el tractament mèdic així com l'atenció directa, continuada i permanent del menor.

Així mateix, cal subratllar que cal un ingrés hospitalari, encara que la mesura es mantingui també durant els períodes d'atenció domiciliària (STSJ Castella i Lleó/ Valladolid [S] 29 de maig de 2014). A aquest efecte, en la STSJ Castella i Lleó/Burgos (S) 20 de març de 2014 s'afirma que:

[...] s'equipara a aquesta situació d'hospitalització, la continuació del tractament o l'atenció del menor al domicili després del diagnòstic i l'hospitalització per la malaltia greu. És a dir que en aquest segon supòsit no cal l'hospitalització, però sí que la malaltia greu ja diagnosticada després d'un període d'hospitalització requereixi una atenció directa, continuada i permanent equiparable a la que es necessitaria en cas d'estar hospitalitzat [...].

f) No pot oblidar-se que la finalitat d'aquesta mesura és facilitar que el fill o menor tingui l'atenció i la companyia dels seus progenitors, adoptants, guardadors amb finalitats d'adopció o acollidors permanents. No obstant això, els tribunals han interpretat d'una manera estricta el requisit de la «necessitat d'una atenció directa, continuada i permanent» quan, per exemple, la STSJ Madrid (S) 14 de maig de 2015 assenyalava que:

[...] no cal dir que hi ha dins dels paràmetres de qualsevol paternitat responsable, una atenció directa, continuada i permanent per part dels titulars de la pàtria potestat, però no es tracta d'aquest tipus d'assistència per la norma, sinó d'una altra d'atenció més específica, concreta i particular, referida a riscos i contingències en les quals hi ha una atenció al menor necessària, immediata i personal, lligada o vinculada de manera inexcusable al seu patiment, i que implica no tant una assistència benefactora, com una altra d'inexcusable, pròpia de l'experiència de les relacions humanes i filials. D'això es desprèn que els termes utilitzats per la norma, sobretot la

paraula «directa», siguin clau per a la resolució del plet, i en aquest sentit s'exigeix una necessitat d'atenció especialment vinculada no als interessos ordinaris, sinó als que regularitzen el mateix tractament i la mateixa assistència de la malaltia, i és en aquest extrem on observem que encara que la menor afectada en aquest procés sempre requerirà l'atenció que se li presta, no obstant això manté una esfera de desconexió amb la seva mare, demandant en el procés, que implica aquesta possibilitat d'atenció indirecta, feta al marge de l'àmbit domèstic, i que ens condueix a desestimar la pretensió, no sense apreciar que la demandant ha reduït la seva jornada, i això implica aquesta atenció que ha anat fent, aquesta dedicació i aquesta supervisió que fa, intentant normalitzar la malaltia del menor [...].

g) D'altra banda, cal tenir molt present que, tal com hem assenyalat anteriorment, només es té dret a aquesta mesura quan la malaltia del menor la reculli l'annex de l'RD 1148/2011, que inclou una llista àmplia i diversa de malalties greus, classificades entorn de les àrees de: oncologia, hematologia, errors innats del metabolisme, al·lèrgia i immunologia, psiquiatria, neurologia, cardiologia, aparell respiratori, aparell digestiu, nefrologia, reumatologia, cirurgia, cures pal·liatives, neonatologia, malalties infeccioses i endocrinologia.

En aquest punt, també cal destacar que si bé els tribunals han ratificat que la diabetis infantil és una de les malalties recollides en l'annex esmentat abans, si no requereix una atenció directa i permanent interpretada en els termes restrictius assenyalats anteriorment, no és possible accedir a aquest tipus de reducció de la jornada. Així, per exemple, en la STSJ Madrid (S) 14 de maig de 2015 es manifesta que:

[...] l'únic moment que pot interferir la falta d'instrucció a la pràctica d'autoanàlisi és el del menjar, atès que la resta del temps (matí, tarda i nit) la nena és a casa fent vida normal, i d'això es desprèn que no pot entendre's que la situació que s'enjudicia aquí requereixi l'atenció directa, continuada i permanent exigida legalment, ni que el quadre concurrent pugui assimilar-se a la seva gravetat i necessitat d'atenció familiar al de l'hospitalització o tractament de malalties greus [...].

(També, entre d'altres, STSJ Castella i Lleó/Burgos [S] 20 de març de 2014.)

Lògicament, quedaria oberta la possibilitat de recórrer a la reducció de la jornada per tenir cura dels fills que regula l'article 37.6 paràgraf 1r TRET.

En fi, els tribunals també han considerat expressament com a malaltia greu a l'efecte d'aquesta reducció de la jornada els casos de paràlisi cerebral infantil (STSJ Castella i Lleó/Valladolid [S] 29 de maig de 2014).

h) El personal laboral pot acudir sempre a aquesta mesura, independentment que l'altre progenitor, adoptant, guardador amb finalitats d'adopció o acollidor permanent treballi o no. Però cal tenir present que només pot accedir a la prestació de la Seguretat Social en cas que els dos treballin (per compte d'altri o per comp-

te propi); si no és així, sí que pot reduir la jornada laboral però amb la reducció proporcional dels seus riscos, atès que aquesta no es veurà compensada per la prestació esmentada.

En canvi, com veurem en un apartat posterior, si es tracta d'un funcionari, no més pot acudir a aquesta mesura quan els dos progenitors, adoptants, guardadors amb finalitats d'adopció o acollidors permanents treballen (per compte d'altri o per compte propi). Aquesta diferència de tracte pot ser discutible, però deriva del que estableix d'una banda el TRET i de l'altra el TREBEP.

i) Com ja hem assenyalat, l'efecte directe d'aquesta mesura és una reducció de la jornada laboral ordinària a, com a mínim, la meitat, amb la disminució proporcional consegüent de les retribucions. Aquí cal assenyalat que:

— No és possible una reducció inferior a la meitat de la jornada, però sí superior, sense que pugui, lògicament, arribar al total de la jornada laboral.

Tal com assenyalat la STSJ Illes Canàries (S) 5 de novembre de 2013, la reducció ha de ser de, com a mínim, un 50 per 100 i com a màxim d'un 99,9 per 100 de la jornada.

— Com en altres casos de reducció de la jornada ja vistos, l'article 37.7 TRET estableix també per a aquest supòsit que la concreció horària i la determinació del període de gaudi corresponguin al treballador dins de la seva jornada laboral ordinària. No obstant això, si sorgeix alguna discrepància –l'Administració no està d'acord amb l'opció del treballador–, s'aplica el procediment judicial que recull l'article 139 LRJS, que ja hem examinat pàgines enrere.

— Via conveni col·lectiu poden establir-se criteris per a la concreció horària d'aquesta mesura pel que fa als drets de conciliació de la vida laboral i familiar del treballador i les necessitats productives i organitzatives de l'ocupador. Lògicament, aquests criteris no poden limitar, de cap manera, l'exercici d'aquest dret.

— No es preveu una durada concreta per a aquesta reducció de la jornada, amb l'únic límit del compliment de l'edat de divuit anys per part del fill o menor.

— Aquesta reducció de la jornada implica en principi, com qualsevol altra de les ja examinades, una reducció proporcional de la remuneració corresponent. Però en aquest cas, com ja hem vist abans, hi ha una regulació particular i més favorable per al treballador, ja que, en determinats casos, per al personal laboral, els articles 190 a 192 TRLGSS recullen una prestació de la Seguretat Social destinada precisament a compensar aquesta pèrdua de remuneració. Però, com ja hem assenyalat anteriorment, només s'accedeix a aquesta prestació quan els dos progenitors, adoptants, guardadors amb finalitats d'adopció o acollidors permanents treballen (els dos són personal laboral, o un personal laboral i l'altre funcionari, o un personal laboral i l'altre treballador per compte d'altri en el sector privat, o, en fi, un personal laboral i l'altre treballador autònom).

Aquesta prestació econòmica de la Seguretat Social es caracteritza pels elements següents:

1) La seva finalitat és compensar la pèrdua d'ingressos que pateix el beneficiari per haver de reduir la seva jornada laboral, amb la disminució consegüent del seu salari, per la necessitat d'haver de d'ocupar-se de manera directa, continuada i permanent dels fills o de menors a càrrec seu malalts de càncer o una altra malaltia greu, durant el temps de la seva hospitalització i tractament posterior (STSJ Illes Canàries [S] 5 de novembre de 2013).

2) El beneficiari ha de complir els requisits exigits per a la prestació de maternitat contributiva i, com a conseqüència, estar afiliat i d'alta a la Seguretat Social i complir, si escau, un determinat període de cotització;¹⁹ així: a) si té menys de vint-i-un anys d'edat la data del fet causant de la prestació no requereix cap període de cotització; b) si té complerts vint-i-un anys d'edat i és menor de vint-i-sis anys en aquesta data, el període mínim de cotització exigít és de noranta dies cotitzats dins dels set anys immediatament anteriors (no obstant això, aquest requisit es considera complert si, alternativament, el treballador acredita cent vuitanta dies cotitzats al llarg de la seva vida laboral), i c) si el treballador té complerts vint-i-sis anys d'edat la data del fet causant, el període mínim de cotització exigít és de cent vuitanta dies dins dels set anys immediatament anteriors (també es considera complert el requisit si, alternativament, el treballador acredita tres-cents seixanta dies cotitzats al llarg de la seva vida laboral).

Quan es tracti d'un treballador a temps parcial, el lapse de temps immediatament anterior a l'inici de la reducció de la jornada, en el qual ha d'estar comprès el període mínim de cotització exigít, s'incrementa en proporció inversa a l'existent entre la jornada efectuada pel treballador i la jornada habitual en l'activitat corresponent i exclusivament en relació amb els períodes en què, durant aquest lapse, s'hagués fet una jornada inferior a l'habitual.

Si no es compleix el requisit de cotització que s'ha vist abans es pot accedir a la reducció de la jornada, però no es rep la prestació a càrrec de la Seguretat Social.

3) Els treballadors a temps parcial també tenen dret a la prestació, exceptuant quan la durada efectiva de la jornada a temps parcial és igual o inferior al 25 per 100 d'una jornada laboral d'un treballador a temps complet comparable (considerant com a tal un treballador a temps complet comparable de la mateixa Administració i centre de treball que fa un treball idèntic o similar). No obstant això, si el treballador té dos o més contractes a temps parcial, se sumen les jornades efectives de treball a l'efecte de determinar-ne el límit esmentat.

4) En els casos de separació judicial, nul·litat o divorci, si els dos progenitors, adoptants, guardadors amb finalitats d'adopció o acollidors permanents tenen dret al subsidi, només pot ser reconeguda la prestació a favor d'un d'ells, determinat

19. *Vid.* article 178 TRLGSS.

de comú acord, o si no n'hi ha, hi té dret el que té la custòdia del menor o, si aquesta és compartida, qui ho sol·licita abans. La mateixa solució s'aplica als supòsits de ruptura d'una unitat familiar basada en una anàloga relació d'afectivitat a la conjugal (parelles de fet).

També en els casos de separació els tribunals han assenyalat que quan només un dels progenitors té la custòdia del menor, si l'altre perd la feina i deixa d'estar d'alta a la Seguretat Social, el primer perd el dret a accedir o a continuar rebent aquesta prestació (STSJ Illes Canàries [S] 5 de novembre de 2013).

5) Per a la percepció del subsidi, el percentatge de reducció de la jornada s'entén que fa referència a una jornada laboral d'un treballador a temps complet comparable de la mateixa entitat i centre de treball que fa un treball idèntic o similar, i es computa sense tenir en compte altres reduccions de la jornada de les quals, si escau, gaudeix el treballador per raó de la guarda legal de menors o d'atenció de familiars, o per qualsevol altra causa.

6) Per acord entre els dos progenitors, adoptants, guardadors amb finalitats d'adopció o acollidors permanents i l'ocupant o ocupants respectius, poden alternar-se entre ells el cobrament de la prestació per períodes no inferiors a un mes, cas en què el cobrament esmentat queda en suspens quan es reconeix un nou subsidi a l'altre progenitor, adoptant, guardador o acollidor.

7) La prestació consisteix en un subsidi, de quantitat meritada, igual al 100 per 100 de la base reguladora equivalent a l'establerta per a la prestació per incapacitat temporal, derivada de contingències professionals, i en proporció a la reducció que experimenta la jornada laboral. Com a conseqüència, si es percep aquesta prestació es mantindran els ingressos salarials anteriors, atès que precisament compensa l'efecte de la reducció de la jornada.

Si es tracta d'un treballador a temps parcial, la base reguladora diària de la prestació és el resultat de dividir la suma de les bases de cotització acreditades durant els tres mesos immediatament anteriors a la data d'inici de la reducció de la jornada, entre el nombre de dies naturals del període esmentat. A aquesta base reguladora se li aplica el percentatge de reducció de la jornada que correspon. Si l'antiguitat és menor, la base reguladora és el resultat de dividir la suma de les bases de cotització acreditades entre el nombre de dies naturals compresos en aquest període.

En fi, en el cas que l'accés a aquesta prestació es produeixi des d'una situació de reducció de la jornada per tenir cura dels fills o els familiars, el càlcul de la base reguladora es fa tenint en compte la jornada a temps complet (STSJ Madrid [S] 9 de maig de 2014).

8) Si els dos progenitors, adoptants, guardadors amb finalitats d'adopció o acollidors permanents compleixen amb els requisits esmentats, només un d'ells té dret a percebre la prestació, encara que l'altre pot sol·licitar igualment aquesta mesura amb la consegüent reducció proporcional de la seva remuneració. I això indepen-

dentment del nombre de menors que estiguin afectats per càncer o una altra malaltia greu i que requereixin l'atenció directa, continuada i permanent.

Així mateix, si combinem el que hem assenyalat en els articles 37.6 paràgraf 3r ET, 190 a 192 TRLGSS i 49.e TREBEP se'n deriven les situacions possibles següents:

— Si un dels progenitors, adoptants, guardadors amb finalitats d'adopció o acollidors permanents és personal laboral i l'altre no treballa, com ja hem assenyalat, el primer pot accedir a la reducció de la jornada amb una reducció proporcional de la remuneració, però no té dret a la prestació de la Seguretat Social, atès que, com afirma la STSJ Illes Canàries (S) 5 de novembre de 2013:

[...] el subsidi té per objecte facilitar tenir cura del fill malalt als progenitors que treballen, concedint-los una prestació per suplir la minva de salari consegüent a la reducció de la jornada que l'un o l'altre han de sol·licitar per poder prestar l'atenció esmentada al fill. Així, si un dels progenitors no treballa, pressuposa la norma reguladora d'aquesta prestació que aquest pot prestar al fill l'atenció que requereix la malaltia [...].

— Si un és funcionari públic i l'altre no treballa, el primer no pot accedir a aquesta mesura, atès que, segons el TREBEP, es requereix que els dos treballin (sembla pressuposar-se legalment que si un d'ells no treballa, es pot dedicar a temps complet a tenir cura del menor, la qual cosa resulta discutible des de la perspectiva del dret a la conciliació de la vida laboral i familiar dels funcionaris públics).

— Si els dos són personal laboral, els dos poden accedir a la reducció de la jornada, però només un té dret a la prestació de la Seguretat Social i, com a conseqüència, la unitat familiar veurà minvar els ingressos.

— Si els dos són funcionaris, els dos tenen dret a la reducció de la jornada però només un d'ells pot continuar percebut les seves retribucions íntegres a càrrec de l'Administració corresponent. Novament, es produeix un minvament dels ingressos familiars.

— Si un és personal laboral i l'altre funcionari, el dos tenen dret a la reducció de la jornada, però, o bé qui és personal laboral percep la prestació de la Seguretat Social, o bé qui és funcionari rep les seves retribucions íntegres. Per tant, es produeix també una reducció dels ingressos anteriors (cal pensar que s'optarà per la pèrdua econòmica menor en funció de les remuneracions que percebi cada progenitor, adoptant, guardador o acollidor).

— Si un és personal laboral i l'altre treballador autònom, els dos poden reduir la seva jornada laboral, però només un d'ells pot percebre la prestació de la Seguretat Social.

— Si un és funcionari i l'altre treballador autònom, els dos poden reduir la seva jornada, però, o bé qui és funcionari rep les seves retribucions íntegres, o

bé qui és treballador autònom cobra la prestació de la Seguretat Social. Tant en aquest supòsit com en l'anterior es redueixen també els ingressos de la unitat familiar.

En els últims cinc casos és possible canviar en qualsevol moment l'opció de qui redueix la jornada laboral mantenint els seus ingressos (directament o via prestació de la Seguretat Social). En el mateix cas anterior, però si es tracta d'un funcionari públic, aquest té dret a percebre les seves remuneracions íntegres.

9) El dret a la prestació neix a partir del mateix dia en què s'inicia la reducció de la jornada, sempre que la sol·licitud es formuli en el termini de tres mesos des de la data en què es va produir la reducció esmentada. Un cop transcorregut aquest termini, els efectes econòmics del subsidi tenen una retroactivitat màxima de tres mesos.

10) La prestació es reconeix durant un període inicial d'un mes, prorrogable per períodes de dos mesos quan subsisteix la necessitat de l'atenció directa, continuada i permanent del menor, que s'ha d'acreditar mitjançant la declaració del facultatiu del Servei Públic de Salut o òrgan administratiu sanitari de la comunitat autònoma, responsable de l'assistència mèdica del menor, i, com a màxim, fins que el menor compleix els divuit anys.

11) En els casos de pluriocupació, pot percebre's la prestació en cada un dels règims de la Seguretat Social en els quals es reuneixin els requisits exigits. En aquesta situació, si el treballador acredita les condicions per accedir a la prestació només en un dels règims, es reconeix un únic subsidi i computen exclusivament les cotitzacions satisfetes a aquest règim. Si en cap dels règims es reuneixen els requisits per accedir al dret, es totalitzen les cotitzacions efectuades en tots ells sempre que no se superposin i es reconeix el subsidi pel règim en el qual s'acrediten més dies de cotització.

En situacions de pluriocupació, el reconeixement de la prestació s'efectua en proporció al percentatge de reducció que experimenta el total de la jornada laboral de les diferents feines. En aquesta situació, a l'efecte de la base reguladora, es té en compte la base de cotització corresponent a cada un dels ocupants o activitats, i s'hi aplica el límit màxim previst a efectes de cotització.

12) Aquest subsidi econòmic se suspèn en dos supòsits: *a)* en el cas de la seva alternança en el cobrament entre els progenitors, adoptants, guardadors o acollidors; i *b)* en les situacions d'incapacitat temporal, descansos per maternitat i paternitat i en els supòsits de risc durant l'embaràs i risc durant l'al·letament natural i, en general, per qualsevol causa de suspensió de la relació laboral.

No obstant això, quan per motius de salut, la persona que es feia càrrec del menor no el pot atendre i es troba en situació d'incapacitat temporal o en el període de descans obligatori per maternitat per naixement d'un nou fill, es pot reconèixer un nou subsidi per tenir cura de menors a l'altre progenitor, adoptant, guardador o acollidor, sempre que compleixi els requisits que s'hi exigeixen.

13) La prestació de la Seguretat Social s'extingeix quan, després que s'emeti un informe del Servei Públic de Salut o òrgan administratiu sanitari de la comunitat autònoma corresponent, cessa la necessitat de l'atenció directa, continuada i permanent del fill o menor acollit per part del beneficiari, o quan el menor compleix els divuit anys. I també per: la incorporació plena del beneficiari a la feina; quan un dels progenitors, adoptants, guardadors amb finalitats d'adopció o acollidors permanents cessa en la seva activitat laboral; i per defunció del menor o del beneficiari de la prestació.

14) Finalment, cal destacar que la gestió i el pagament d'aquesta prestació correspon a la mútua col·laboradora amb la Seguretat Social o, si escau, a l'INSS, segons amb qui té concertada l'Administració la cobertura dels riscos professionals. El pagament de la prestació es fa per períodes mensuals vençuts. En el cas dels treballadors a temps parcial, la quantitat meritada es produeix per dies naturals, encara que el pagament es fa mensualment.

Per poder rebre la prestació, el treballador ha de sol·licitar-ho directament a la mútua o, si escau, a l'INSS, i aportar la documentació corresponent (documentació recollida en l'article 9.2 RD 1148/2011).

j) D'altra banda, el treballador, tret de força major, ha de comunicar a l'Administració amb una antelació de quinze dies, o amb la que es fixi en el conveni col·lectiu, la data de finalització d'aquesta reducció de la jornada.

k) Cal destacar que, malgrat el que hem assenyalat i la consideració d'aquesta mesura com un dret individual, l'Administració corresponent pot limitar-ne l'exercici simultani per dos beneficiaris per raons fundades –i suficientment justificades– en el correcte funcionament dels serveis públics.

l) Finalment, cal tenir present que, mentre està vigent aquesta reducció de la jornada, l'Administració té l'obligació de continuar cotitzant, però en relació amb les retribucions efectivament pagades (art. 65 i 66 RGCL). No obstant això, cal tenir en compte que, d'acord amb l'article 237.3 paràgraf 2n TRLGSS, aquestes cotitzacions es computen com a incrementades fins al 100 per 100 de la quantia que hauria correspost si s'hagués mantingut sense aquesta reducció la jornada laboral, a l'efecte de les prestacions per jubilació, incapacitat permanent, mort i supervivència, maternitat, paternitat, risc durant l'embaràs, risc durant l'al·letament natural i incapacitat temporal.

Per acabar, cal manifestar que és sorprenent l'escàs paper que s'atribueix a aquesta mesura de conciliació de la vida laboral i familiar en la negociació col·lectiva de les entitats locals en l'àmbit estatal, atès que:

a) La majoria dels convenis col·lectius examinats ni tan sols citen aquesta mesura (CC1, CC2, CC3, CC5, CC9, CC10).

b) Només alguns convenis curiosament es limiten a reproduir el que preveu actualment l'article 49.e TREBEP, i obliden el que recull l'article 37.6 paràgraf 3r TRET, tot i que els seus termes són semblants (CC4, CC6, CC7, CC8).

5.3. La regulació del personal funcionari

En la mateixa línia del que ja s'ha assenyalat per al personal laboral, l'article 49.e TREBEP preveu que el funcionari té dret, sempre que els dos progenitors, adoptants, guardadors amb finalitats d'adopció o acollidors permanents treballin, a una reducció de la jornada laboral de, com a mínim, la meitat de la seva durada, i percebin les retribucions íntegres amb càrrec als pressupostos de l'òrgan o entitat on hi presta els serveis, per tenir cura, durant l'hospitalització i el tractament continuat, del fill menor d'edat afectat per un càncer (tumors malignes melanomes o carcinomes) o per qualsevol altra malaltia greu que implica un ingrés hospitalari de llarga durada que requereix la necessitat de la seva atenció directa, continuada i permanent acreditada per l'informe del Servei Públic de Salut o òrgan administratiu sanitari de la comunitat autònoma o, si escau, de l'entitat sanitària concertada corresponent, i, com a màxim, fins que el menor compleix els divuit anys. Article 49.e que és aplicable al personal funcionari de les administracions locals, segons el que preveu l'article 92 LBRL.

Sense reiterar el que s'ha assenyalat per al personal laboral, que és traslladable gairebé totalment al personal funcionari, sí que cal assenyalar que:

a) Constitueix un dret, d'aplicació directa, de tots els funcionaris, inclosos els de l'Administració local. L'article 49.e TREBEP el qualifica tècnicament com un permís, tot i que a la pràctica constitueix una reducció de la jornada laboral.

b) Com ja hem assenyalat, a diferència del personal laboral, els funcionaris només poden accedir a aquesta mesura quan els dos progenitors, adoptants, guardadors amb finalitats d'adopció o acollidors permanents treballen per compte aliè (els dos funcionaris, l'un funcionari i l'altre personal laboral, o l'un funcionari i l'altre treballador per compte aliè del sector privat).

c) No s'aplica la prestació de la Seguretat Social (el mateix art. 191.3 TRLGSS exclou expressament els funcionaris públics, i en el mateix sentit es manifesta l'art. 1.2 RD 1148/2011). Si és el cas –tenint en compte les diverses alternatives possibles esmentades anteriorment–, el funcionari segueix percebent les seves retribucions íntegres mentre dura la reducció de la seva jornada per aquest motiu. Si no és el cas, té dret a reduir la jornada però amb la consegüent reducció de les retribucions.

No obstant això, cal tenir present que si ens trobem en el primer supòsit, l'Administració continua cotitzant per la totalitat de la remuneració, i la decisió del funcionari de recórrer a aquesta mesura no té cap possible conseqüència negativa a l'efecte de l'accés de futures prestacions de la Seguretat Social. I en el segon cas, l'Administració cotitza exclusivament per la remuneració reduïda pagada realment (art. 65 i 66 RGCL), però, tal com hem vist anteriorment en relació amb el personal laboral, l'article 237.3 paràgraf 2n TRLGSS (al qual cal afegir la DA 8a RDPEMP) considera aquest període com a cotitzat al 100 per 100 respecte a l'accés a determinades prestacions de la Seguretat Social.

d) La reducció de la jornada és com a mínim de la meitat, si bé cada Administració pot incrementar el marge de la reducció de la jornada, garantint, no obstant això, una presència mínima del funcionari al seu lloc de treball.

e) Igual que si es tracta del personal laboral, l'Administració pot limitar l'exercici simultani d'aquesta mesura per dos beneficiaris que hi presten serveis, per raons fundades en el correcte funcionament del servei.

f) Finalment, cal destacar que l'article 49.e TREBEP fa referència al fet que reglamentàriament s'estableixen les condicions i els supòsits en els quals aquesta reducció de la jornada es pot acumular en jornades completes. Mentre aquest desenvolupament reglamentari no es produeixi, aquesta acumulació no és possible.

Per acabar, en el cas dels funcionaris de les administracions autonòmiques, la normativa autonòmica corresponent assenyala el següent:

1) Algunes normes ni tan sols fan referència a aquesta figura; és el cas de la LFPC, la LFPG, la LFPIB, la LFPM i la LFPMU.

2) En altres casos, la norma opta directament per recollir el que disposa el TREBEP, i es remet al que s'hi preveu. En aquest sentit es manifesta l'article 52.1 LFPE.

3) En fi, en algun supòsit, la normativa inclou una referència genèrica a la qual els funcionaris tenen dret als permisos, les llicències i les reduccions de la jornada laboral establerts en l'ordenament jurídic general i bàsic (art. 50.3 i 50.4 LFPLR).

En tot cas, sorprèn l'escàs interès que mostra la normativa autonòmica en relació amb aquesta mesura de conciliació de la vida laboral i familiar.

I seguint la mateixa lògica anterior, la negociació col·lectiva funcional de les entitats locals tampoc no presta una atenció especial a aquesta mesura, atès que:

— La majoria dels acords de condicions de treball analitzats ni tan sols la citen (AF1, AF2, AF3, AF7, AF9, AF10).

— Algun acord de funcionaris recull aquesta mesura, però es limita a reproduir literalment el que estableix en aquests moments l'article 49.e TREBEP (AF4, AF5, AF8).

— I només un acord millora la regulació legal; així: a) incorpora el cas de les famílies monoparentals; i b) preveu que, quan l'hospitalització té lloc fora de la comunitat autònoma, es té el dret a una dispensa d'assistència a la feina durant un període màxim de dos mesos, i es perceben les retribucions íntegres amb càrrec a l'Ajuntament. En el supòsit que els dos progenitors prestin serveis per a l'Ajuntament només es genera un permís durant un període màxim de dos mesos, que els dos progenitors poden compartir, però no pot simultaniejar-se'n la utilització. I excepcionalment es pot autoritzar aquest permís quan l'altre progenitor no treballa, si tenen altres descendents menors encara no escolaritzats o fills amb discapacitat a càrrec seu que necessiten atenció continuada (AF6).

En definitiva, aquest interès escàs, present tant en la normativa autonòmica com en la negociació col·lectiva desenvolupada en el marc de les administracions locals, és preocupant, atès que denota una falta d'adaptació a les noves mesures de conciliació de la vida laboral i familiar.

Part II
L'excedència per
tenir cura dels fills
o els familiars

1. Introducció

Encara que es tracta d'una mesura que s'utilitza molt poc a la pràctica, en determinades situacions vinculades amb tenir cura dels fills o els familiars no és eficient o adequat el recurs a les vies que ja s'han analitzat i, com a conseqüència, la persona interessada –tant si és personal laboral com funcionari– ha d'optar per la figura de l'excedència, per la qual es desvincula temporalment de l'Administració pública corresponent i cessa en la seva prestació de serveis. I també hi ha la possibilitat que, encara que s'hagi recorregut inicialment a una reducció de la jornada laboral, posteriorment es passi a una situació d'excedència.

En aquest cas, com en els que ja hem vist, la normativa aplicable és diferent per al personal laboral i per al personal funcionari, si bé la filosofia de fons i gran part del contingut és el mateix. Novament, per al personal laboral regeix el TRET i per al personal funcionari, segons el cas, el TREBEP, la LMRFP o la normativa autonòmica corresponent. I, en fi, com en els altres supòsits, la normativa funcional és més favorable que l'aplicable al personal laboral.

2. L'excedència per tenir cura dels fills o els familiars del personal laboral

2.1. Perspectiva legal

El personal laboral de les administracions públiques té dret, segons el que estableix l'article 46.3 TRET, a sol·licitar un període d'excedència no superior a tres anys per tenir cura de cada fill (inclosos els supòsits d'adopció, guarda amb finalitats d'adopció o acolliment permanent), comptats des de la data del naixement o, si escau, des de la resolució judicial o administrativa per la qual es constitueix l'adopció o l'acolliment. No obstant això, cal tenir present que si s'opta per l'excedència en el moment de l'acolliment del menor, posteriorment aquesta no pot gaudir-se en el moment de formalitzar-se l'adopció.

Així mateix, també es té dret a un període d'excedència, de durada no superior a dos anys, llevat que s'estableixi una durada més llarga mitjançant conveni col·lectiu, amb l'objectiu de tenir cura d'un familiar, fins al segon grau de consanguinitat o afinitat, que per raons d'edat, accident, malaltia o discapacitat no pot valer-se per si mateix i no exerceix una activitat retribuïda.

En tots els supòsits, l'excedència implica el cessament temporal de la relació laboral (no la seva extinció), sense dret a cap tipus de remuneració per part de l'Administració, a diferència del que passa en altres països. I tampoc no es percep una prestació a càrrec del sistema de la Seguretat Social.

En relació amb la problemàtica pràctica que planteja aquesta mesura de conciliació de la vida laboral i familiar cal fer algunes consideracions:

1) Ens trobem, segons els tribunals, davant d'una excedència especial que té el seu marc legal propi, i constitueix un desenvolupament de l'article 39 CE. I la seva aplicació no pot ser considerada de cap manera pels convenis col·lectius (STSJ Illes Balears [S] 9 d'octubre de 2014).

Així mateix, la causa o justificació d'aquesta excedència és el desig del legislador de salvaguardar el dret a l'ocupació de les mares i els pares, la qual cosa possibilita la protecció de la conciliació de la vida professional i familiar així com del mateix fet de la maternitat, procurant que de l'exercici d'aquests drets, amb

les conseqüents prerrogatives que implica, no es pugui derivar el desconeixement del dret tant a la feina com a la permanència a la feina (STSJ Castella-la Manxa [S] 16 de desembre de 2013 i 25 de setembre de 2012).

En la mateixa línia, la STSJ Andalusia/Granada (S) 25 de juliol de 2012 assenyala que:

[...] el dret que recull l'art. 46.3 de l'ET és un dret que té com a finalitat [...] la de cooperar al compliment efectiu del deure dels pares de prestar assistència de tot ordre als fills, durant la seva minoria d'edat (art. 39.3 Constitució Espanyola), constitueix, en efecte, un dret atribuït pel legislador a treballadors i empleats públics amb vista a fer efectiu el mandat constitucional dirigit als poders públics de garantir l'institut de la família (article 39.1 Constitució Espanyola) [...].

Com en la resta de les figures analitzades en aquest treball, aquesta dimensió constitucional determina l'existència d'una protecció especial d'aquest dret.

2) En concordança amb el que s'ha dit, els tribunals consideren que es tracta d'una situació jurídicolaboral que pròpiament és diferent de l'excedència forçosa, però també de l'excedència voluntària i immotivada. I això és degut tant al fet de derivar d'una regulació que és particular (article 46.3 TRET) com al d'obeir a unes situacions que estan particularment protegides, com són tant la conciliació de la vida laboral i familiar (Llei 39/1999, 5 de novembre), la situació de maternitat i/o paternitat, com també, finalment, la mateixa família constituïda (article 39 CE).

A més a més, no s'ha d'oblidar que la seva regulació està entre les dues figures que són clàssiques de l'excedència (voluntària i forçosa): durant el primer any, es conserva el dret a l'antiguitat i a la reincorporació al mateix lloc de treball, com en la forçosa, a la qual s'assembla, i a partir d'aquí, també es computa a l'efecte de l'antiguitat la resta del temps d'excedència, si bé només se li reconeix el dret a ocupar una vacant similar, com en la voluntària, a la qual en part s'assembla en aquest segon tram, tot i que manté la característica pròpia de la forçosa del còmput de l'antiguitat si finalment es produeix la reincorporació (STSJ Castella i Lleó/Valladolid [S] 10 de novembre de 2010).

3) Com en el cas de la reducció de la jornada, es tracta d'un veritable dret l'objectiu del qual és tenir cura dels fills o els familiars, que són els beneficiaris directes de la mesura (STSJ Cantàbria [S] 12 de juliol de 2006).

A més a més, aquest dret també beneficia el personal laboral temporal, atesa la seva finalitat i el fet que el TRET no exigeix que es tracti de treballadors amb un contracte de temps indefinit (STC 240/1999 i STSJ Andalusia (S) 9 de maig de 2003 i Comunitat Valenciana (S) 14 de setembre de 2005). Tampoc no s'exigeix una antiguitat mínima a l'empresa o l'Administració pública (STSJ Illes Canàries [S] 29 de juny de 2011).

En fi, es tracta d'un dret individual dels treballadors que l'Administració està obligada a reconèixer si es compleixen els requisits constitutius del dret, sense que la falta de contestació a la sol·licitud es pugui considerar en sentit negatiu (STSJ Castella-La Manxa [S] 15 de febrer de 2011).

En aquest mateix sentit, la STSJ País Basc [S] 9 de desembre de 2014 recorda que el reconeixement de l'excedència no es configura com una cosa discrecional de l'ocupador (que pot reconèixer o no en funció de les seves pròpies necessitats), atès que només pot negar-lo si no es donen els requisits precisos per tal que el treballador se situï en excedència. I assenyala també que la raó de ser d'aquest tràmit és doble: a) el fet que la seva concessió dota el treballador de seguretat jurídica amb vista a justificar les seves absències a la feina; i b) permet a l'ocupador adoptar les mesures adequades per substituir-lo (tot i que el precepte legal no estableix cap termini d'antelació de la sol·licitud o per a la resposta de l'ocupador). No obstant això, si el treballador ha sol·licitat l'excedència, el seu exercici no està condicionat al reconeixement per part de l'ocupador, per la qual cosa les faltes d'assistència des del moment assenyalat per al seu exercici estan justificades. En fi, aquest tipus d'excedència, a diferència de l'excedència voluntària, no depèn de la concessió per part de l'ocupador, sinó que constitueix un dret individual dels treballadors, homes o dones (STSJ Catalunya [S] 22 de març de 2013).

Per tant, l'Administració està obligada a reconèixer l'excedència sense dilacions arbitràries, atès que el beneficiari últim de la mesura és el mateix fill o familiar i el còmput és fixat pel naixement, l'edat, l'accident o la malaltia i, per tant, el dret comença en aquest mateix moment o no permet retards contraris a la seva pròpia finalitat.

Així mateix, no pot denegar-se l'excedència al·legant que la sol·licitud o la documentació presentades són insuficients, quan d'aquestes es desprèn de manera clara l'existència d'una causa o quan es dedueix, encara que sigui d'una manera indiciària, el desemparament del familiar, sense perjudici que posteriorment se sol·liciti una prova més precisa.

En fi, es tracta d'un dret innegable i inajornable, per la qual cosa un cop rebuda la sol·licitud, l'Administració no pot impedir-ne ni limitar-ne l'exercici, i n'ha de fer la concessió, i en tot cas l'actuació de les dues parts s'ha de regir pel principi de la bona fe (STSJ Madrid [S] 5 d'octubre de 2005). Els tribunals reconeixen el dret a una indemnització per danys i perjudicis en el cas d'una denegació injustificada de l'excedència.

4) Com hem vist, es tracta d'un veritable dret, l'Administració no pot supeditar el reconeixement de l'excedència al compliment d'unes condicions determinades per part del treballador (STSJ Cantàbria [S] 12 de juliol de 2006).

No obstant això, els tribunals han avalat la decisió de l'ocupador de negar l'excedència per tenir cura d'un fill a una treballadora que es trobava, en el moment

de la sol·licitud, en la situació d'excedència voluntària (STSJ Castella-la Manxa [S] 16 de desembre de 2013).

5) Es tracta d'una mesura rígida que, tot i que es reconeix com un dret individual del pare i de la mare, prima que sigui un d'ells el qui el sol·liciti (molt majoritàriament la mare) i no els dos alhora, per la qual cosa no es fomenta la coresponsabilitat envers les responsabilitats familiars.

6) En el cas de la filiació biològica, el menor no pot ser més gran de tres anys. Per contra, en la filiació adoptiva, la guarda amb finalitats d'adopció i l'acolliment, la data de tres anys compta des de la resolució judicial o administrativa en què s'acorda la filiació esmentada, i el menor pot ser adoptat o acollit quan té més de tres anys, la qual cosa suposa que s'inclouen en aquest supòsit menors adoptats o acollits amb una edat superior a tres anys. Aquesta diferència entre l'excedència en cas de filiació adoptiva, guarda amb finalitat d'adopció o acolliment i l'excedència en cas de filiació biològica està justificada per la dificultat que implica l'adaptació dels fills adoptats o acollits a la seva nova família, sense que aquesta dificultat es limiti als menors que tenen menys de tres anys d'edat (STSJ Aragó [S] 14 d'octubre de 2009 i Astúries [S] 30 de desembre de 2014).

7) Sorpren la diferència de tracte entre el cas dels fills o menors en situació de guarda amb finalitats d'adopció o acollits i la resta dels familiars del treballador, atès que mentre que en el primer supòsit la durada màxima de l'excedència pot ser de tres anys, en el segon és de dos anys, llevat que s'estableixi una durada més llarga via conveni col·lectiu, la qual cosa a la pràctica és molt poc freqüent.

Al nostre entendre, tenint en compte que estem en un país clarament envellit i en el qual progressivament es van incrementant les persones en situació de dependència (per edat, discapacitat, malaltia...), hauria d'equiparar-se la durada dels dos tipus d'excedència.

8) Els tribunals no mantenen una posició única a l'hora de determinar si els fills més grans de tres anys poden causar dret a l'excedència per tenir cura dels familiars. Així, mentre en la STSJ Navarra (S) 23 de febrer de 2006 s'admet aquesta possibilitat quan es considera que els dos tipus d'excedència són totalment compatibles i, com a conseqüència, poden gaudir-se de manera successiva, la STSJ Aragó (S) 14 d'octubre de 2009 es manifesta en sentit contrari:

[...] si en el primer paràgraf de l'art. 46.3 ET s'ha establert un límit d'edat de tres anys per als fills biològics, justificat per les atencions especials que necessiten quan són tan petits, no és possible eludir aquest límit acudint a l'excedència del segon paràgraf d'aquest precepte quan es tracta d'un fill, com en aquest supòsit, de cinc anys d'edat, que no consta que està malalt, accidentat ni discapacitat, atès que, d'acord amb l'exposició de motius de la norma que la va introduir, aquesta excedència té per objecte «ocupar-se de persones grans i malaltes, en línia amb els canvis demogràfics i l'envelliment de la població» [...].

Per consegüent, segons aquesta última sentència, llevat que el nen estigui malalt, l'excedència per tenir-ne cura es regula en el paràgraf primer de l'article 46.3 TRET, i no en el segon.

9) En el marc de l'excedència per tenir cura dels familiars és necessari reiterar la crítica ja feta quan hem tractat de la reducció de la jornada pel mateix motiu: hauria d'ampliar-se'n l'àmbit subjectiu més enllà del segon grau de consanguinitat o afinitat i incloure-hi també els convivents no familiars, entre ells la parella de fet. S'hi inclouen els familiars per adopció i el cònjuge, però no la parella de fet i els seus familiars, llevat que es prevegi així en el conveni col·lectiu corresponent.

Pel que fa a interpretar els requisits que el familiar no pot valer-se per si mateix i no exerceixi una activitat retribuïda, ens remetem al que ja hem assenyalat quan hem tractat de la reducció de la jornada per tenir cura dels familiars.

10) Cada nou subjecte causant dóna dret a un nou període d'excedència, la qual cosa implica, alhora, posar fi al període anterior que, si escau, s'estigués gaudint. Els períodes d'excedència no poden acumular-se.

No obstant això, si s'està gaudint d'una excedència per tenir cura dels fills i es produeix el fet causant d'una excedència per tenir cura dels familiars, el beneficiari pot optar, ateses les diferents condicions aplicables, per continuar amb l'anterior o obrir un nou període d'excedència.

11) L'excedència té una durada màxima, però pot gaudir-se d'una manera fraccionada en un o més períodes (de dies, setmanes, mesos, anys), amb el límit màxim temporal previst legalment.

Això implica que un treballador, en el cas de tenir cura d'un nadó, amb el límit màxim dels tres anys d'edat, pot gaudir de diversos períodes d'excedència o d'un de sol. Per tant, si opta per un gaudi inicial d'un any de durada i es reincorpora posteriorment a l'Administració, té dret a sol·licitar posteriorment nous períodes d'excedència, amb el límit dels tres anys d'edat del menor. No obstant això, no és possible l'excedència parcial, és a dir, per dies a la setmana, al mes o mesos l'any, com en altres països.

Cal tenir en compte que, d'acord amb la interpretació judicial, el que preval és la flexibilitat en el gaudi de l'excedència, com a conseqüència de la finalitat que aquesta persegueix. Així, en la STSJ Catalunya (S) 22 de març de 2013, s'afirma que:

[...] la mateixa finalitat de la norma justifica aquesta flexibilitat en el règim jurídic aplicable a una excedència tan especial, i deixa a mans dels interessats la possibilitat d'acomodar-ne la durada fins al màxim legal en funció de les exigències o conveniència personal que el fet de tenir cura del menor de tres anys li imposa, a l'efecte que són els mateixos pares els qui decideixen el moment oportú per reincorporar-se a la feina valorant les circumstàncies que en cada moment considerin més beneficioses per a l'interès familiar. Per tant, el treballador gaudeix del dret a prolongar fins a tres anys la situació d'excedència, i també el de posar-hi fi durant aquest període en el moment que consideri més oportú [...].

Així mateix, segons la doctrina judicial, encara que el treballador manifestés inicialment la seva voluntat d'esgotar el temps màxim d'excedència, té dret a reincorporar-se en qualsevol moment anterior. Això és degut al fet que correspon exclusivament al treballador decidir el moment oportú per reincorporar-se a la feina valorant les circumstàncies que en cada moment consideri més beneficioses per a l'interès familiar (STSJ Catalunya) [S] 13 de juliol de 2004).

12) Segons els tribunals, el període d'excedència es pot millorar per la via convencional o individual, atès que el TRET, com hem vist, el configura com un dret individual (STSJ Cantàbria [S] 29 d'abril de 2008).

13) L'ocupador no pot variar el tipus d'excedència si considera que el treballador ha incorregut en algun tipus d'incompliment. Per tant, no pot variar la qualificació de l'excedència per tenir cura dels fills o els familiars per una excedència voluntària, si bé, si ho considera oportú pot adoptar un altre tipus de mesures (per exemple, disciplinàries) (STSJ Illes Canàries [S] 20 de setembre de 2012).

14) Com hem vist, l'excedència és un dret individual dels treballadors, homes o dones. Però tal com passa en el cas de la reducció de la jornada, si dos o més treballadors de la mateixa Administració generen el dret pel mateix subjecte causant, pot limitar-se'n l'exercici simultani per raons justificades de funcionament dels serveis (es requereix una resolució escrita i adequadament motivada, i no es considera suficient una resolució en termes genèrics). No obstant això, podria donar-se un exercici successiu.

No obstant això, cal tenir present que la situació esmentada és l'única excepció en la qual prevalen les necessitats del servei davant del dret del treballador a l'excedència, i aquesta prevalença només pot exercir-se d'un mode molt concret: impedit-ne l'exercici simultani (STSJ País Basc [S] 9 de desembre de 2014).

15) En relació amb les conseqüències que per al treballador té el gaudi d'una excedència per tenir cura dels fills o els familiars, cal assenyalar el següent:

a) El període d'excedència –sigui quina en sigui la durada i la causa– és computable a l'efecte de l'antiguitat, i el treballador té dret a l'assistència als cursos de formació professional, a la participació dels quals ha de ser convocat per l'Administració, especialment en ocasió de la seva reincorporació a la feina. Aquest últim element és particularment important, ja que, com que la durada de l'excedència pot ser de fins a tres anys, és possible que els coneixements professionals del treballador que recorre a aquesta mesura quedin desfasats i això pot repercutir en les seves expectatives professionals i de desenvolupament d'una carrera professional. Per tant, és important destacar que el mateix TRET obliga l'Administració a continuar formant els treballadors que recorren a aquesta mesura de conciliació de la vida laboral i familiar.

En aquest punt també cal tenir present que l'excedència –com a causa de suspensió del contracte laboral– no pot suposar cap efecte laboral desfavorable per al treballador, la qual cosa implica, segons els tribunals, que davant d'una re-

clamació d'aquest, l'ocupador ha de poder justificar les raons que van motivar una decisió determinada. I això és degut a la ja vista dimensió constitucional de les mesures de conciliació de la vida laboral i familiar, entre les quals es troba l'excedència; així, destaca la STSJ Illes Balears (S) 2 de juny de 2008) que:

[...] la dimensió constitucional [...] de totes les mesures que tendeixen a facilitar la compatibilitat de la vida laboral i familiar dels treballadors, tant des de la perspectiva del dret a la no-discriminació per raó de sexe (article 14 CE) de les dones treballadores com des de la del mandat de protecció a la família i a la infància (art. 39 CE), ha de prevaler i servir d'orientació per a la solució de qualsevol dubte interpretatiu. A això contribueix el mateix precepte legal [...] que possibilita una ponderació de les circumstàncies concurrents dirigida a fer compatibles els diferents interessos en joc [...].

En fi, en la mateixa línia anterior, cal assenyalar que el reingrés després d'una excedència per tenir cura dels fills no pot implicar la pèrdua d'un càrrec de confiança (STSJ Illes Balears [S] 2 de juny de 2008), ni tampoc no pot oferir-se el reingrés esmentat sota la fórmula d'un contracte temporal –quan es tenia un contracte indefinit–, o amb horaris incompatibles amb tenir cura del fill (STSJ Madrid [S] 11 de novembre de 2014).

b) El temps d'excedència es computa com a temps de serveis a l'efecte d'una indemnització eventual per acomiadament improcedent i dels premis per antiguitat, atès que si no fos així es desincentivaria el recurs a aquesta mesura de conciliació i s'oblidaria la mateixa finalitat de la norma. En aquest sentit, la STSJ Andalusia/Granada (S) 20 de juliol de 2011 assenyala que:

[...] la norma estableix un dret per al treballador excedent per tenir cura d'un fill que es reincorpora a la seva relació laboral i que consisteix en el fet que el temps que hi passa s'ha d'entendre que produeix efectes equivalents a la permanència real en l'empresa, amb projecció per tant en l'antiguitat, conseqüentment amb aquesta argumentació aquest benefici ha d'estendre's ara als efectes indemnitzatoris per acomiadament considerant, per tant, que el temps del treballador en excedència per tenir cura dels fills és «temps de serveis efectius» a aquestes finalitats atès que qualsevol diferència de tracte en matèria de còmput del temps entre aquests treballadors i els que continuen en actiu en la mateixa empresa constituïria indubtablement un element dissuasiu per a l'operari que pretengués acollir-se a aquesta situació d'excedència, en saber que durant aquest temps, deixaria de meritjar determinats drets [...].

(També STSJ Madrid [S] 28 d'abril de 2011 i Navarra [S] 16 de juny de 2011.)

En el mateix sentit, la STSJ Galícia (S) 3 de novembre de 2009 manifesta que:

[...] el temps que hi passa s'ha d'entendre que produeix efectes equivalents a la permanència real en l'empresa, amb projecció per tant en l'antiguitat, conseqüentment amb aquesta ar-

gumentació aquest benefici ha d'estendre's ara als efectes indemnitzatoris per acomiadament considerant, per tant, que el temps del treballador en excedència per tenir cura dels fills és «temps de serveis efectius» a aquestes finalitats atès que qualsevol diferència de tracte en matèria de còmput del temps entre aquests treballadors i els que continuen en actiu en la mateixa empresa constituiria indubtablement un element dissuasiu per a l'operari que pretengués acollir-se a aquesta situació d'excedència, en saber que durant aquest temps, deixaria de meritar determinats drets [...]

c) Com veurem en un apartat posterior,²⁰ el gaudi d'una excedència per tenir cura dels familiars pot tenir efectes negatius des de la perspectiva de la Seguretat Social, la qual cosa contradiu la voluntat de fomentar la conciliació de la vida laboral i familiar.

d) Com hem vist, durant el primer any d'excedència, el treballador té dret a la reserva del seu lloc de treball i durant els dos anys següents la reserva queda referida a un lloc de treball del mateix grup professional. En aquest últim supòsit, els tribunals assenyalen que l'únic límit és la pertinença del nou lloc de treball al mateix grup professional, i és possible, si escau, una modificació de la jornada laboral exercida abans del període d'excedència (STSJ Madrid [S] 19 d'octubre de 2004).

Com una situació particular, cal destacar que si el treballador forma part d'una família que té reconeguda oficialment la condició de família nombrosa, la reserva del seu lloc de treball s'estén fins a un màxim de quinze mesos quan es tracta d'una família nombrosa de categoria general i fins a un màxim de divuit mesos si és de categoria especial. Així mateix, per conveni col·lectiu pot estendre's la reserva del lloc de treball a tot el període de durada de l'excedència (STSJ Illes Canàries [S] 29 de juny de 2011).

El dret a la reserva del lloc de treball es manté durant el primer any d'excedència independentment del moment en què aquesta s'inicia, sense superar, lògicament, el període màxim previst legalment (STSJ Castella i Lleó/Valladolid [S] 10 de novembre de 2010).

e) En relació amb les condicions de reingrés, el Tribunal Suprem ha assenyalat que es diferencien nítidament dos casos, però partint d'una premissa comuna, la reserva, en els dos supòsits, del lloc de treball. Així, durant el primer any, el treballador té dret a la reserva del seu lloc de treball. Però si el període d'excedència es prolonga, la reserva queda referida, com hem assenyalat, a un lloc de treball del mateix grup professional. Però s'hi afegeix, en la STS (S) 23 de setembre de 2013, que:

— Encara que l'excedència per tenir cura del fill té una natura voluntària, el seu efecte jurídic és el propi de l'excedència forçosa.

20. Vid. *infra* apartat 4.

— No ens trobem davant d'un dret que es pot exercir en el moment en què el treballador excedent sol·licita la seva reincorporació a l'empresa o Administració, atès que aquesta té l'obligació de reservar-li –conservar-li– el seu lloc de treball durant el primer any o un lloc del mateix grup professional si l'excedència es prolonga al cap d'un any.

— La comunicació al treballador per part de l'ocupador que el reingrés no és possible perquè no hi ha una vacant del grup professional no constitueix un acomiadament, sinó una negativa a l'acció de dret al reingrés, amb la qual cosa s'entén que aquest no enuncia una possible extinció del contracte laboral sinó que al·lega una causa que justifica la negativa a la reincorporació. Per tant, no pot acudir-se, en aquest cas, al procediment de reclamació per acomiadament, sinó que s'ha de recórrer al procés ordinari.

— La reincorporació tardana del treballador excedent dóna lloc a una indemnització per danys i perjudicis, la quantia de la qual es xifra en principi en els salaris deixats de percebre a causa de l'incompliment (des de la data de finalització del període d'excedència) si bé el treballador pot acreditar uns danys i perjudicis superiors.

— En fi, l'execució de la sentència que declarés el dret a la immediata reincorporació del treballador gaudiria de la protecció que és pròpia de la tutela executiva (art. 241 LRJS) i que seria la corresponent als interessos constitucionals transgredits per la decisió de l'ocupador, de manera que s'aconseguiria així per aquesta via una protecció similar a l'establerta per als supòsits d'acomiadament nul, amb l'avantatge afegit que per a l'exercici de l'acció opera el termini de preinscripció d'un any (art. 59.1 TRET).

No obstant això, cal tenir en compte que, si l'ocupador es nega a la reincorporació –expressament o tàcitament (per exemple, donant de baixa el treballador a la Seguretat Social–, aquest ha d'interposar l'acció d'acomiadament (STSJ Castella-la Manxa [S] 2 d'octubre de 2014), i si l'acomiadament es declara nul, el treballador té dret a la reincorporació així com al pagament dels salaris des de la data en què hauria d'haver-se reincorporat i a la indemnització corresponent per danys i perjudicis (han de justificar-se els motius que la fonamenten). I, en tot cas, la càrrega de la prova de l'absència de vacant recau sobre l'ocupador, que disposa de més elements probatoris, encara que es tracti d'un fet negatiu (STSJ Andalusia/Granada [S] 25 de juliol de 2012).

f) Com hem assenyalat anteriorment, un cop transcorregut el primer any, els tribunals admeten que la reincorporació a un lloc e treball del mateix grup professional implica una alteració de les condicions de treball, fins i tot substancial, sense que per dur a terme aquesta modificació calgui recórrer al procediment de modificació substancial de les condicions de treball que recull l'article 41 TRET.

No obstant això, en cas que s'impugnin els termes de la reincorporació, l'ocupador ha de poder justificar els motius que el van portar a alterar les condicions

de treball d'una manera manifesta, atès que es tracta d'un dret –l'excedència– amb una dimensió constitucional. Com a conseqüència, atesa aquesta dimensió constitucional, l'ocupador està obligat, en la mesura de les seves possibilitats, a reposar el treballador sense alterar les seves condicions de treball o, si passa al·trament, ha de poder justificar d'una manera adequada la concurrència dels motius que l'han portat a modificar aquestes condicions, de manera que es posi de manifest que aquesta alteració no és contrària a l'exercici del dret a l'excedència en la seva dimensió constitucional i que no suposa entorpir il·lícitament l'exercici legítim del dret. Si no pot justificar-se, i l'afectada és una treballadora, els tribunals han qualificat la modificació de les condicions de treball (un canvi de la jornada laboral) com a nul·la, en considerar que s'ha incorregut en una discriminació per raó de sexe que prohibeix l'article 14 CE (STSJ la Rioja [S] 5 d'octubre de 2012).

Cal afegir-hi que, en el cas de la reincorporació durant el primer any d'excedència, només podria acceptar-se el canvi de lloc de treball davant d'una impossibilitat manifesta i acreditada, després d'una explicació detallada de la causa, i no n'hi hauria prou amb una referència genèrica a «qüestions organitzatives i de producció» (STSJ Astúries 19 d'octubre de 2012).

g) Els tribunals també han assenyalat que: 1) es presumeix que la reincorporació tardana del treballador excedent dóna lloc a una indemnització per danys i perjudicis; 2) la quantia de la indemnització es xifra en principi en els salaris deixats de percebre a causa de la conducta d'incompliment de l'ocupador des de la conciliació o reclamació administrativa prèvies a la reclamació judicial, o des d'aquesta última si per una raó o una altra s'ha interposat abans; 3) correspon al treballador l'acreditació dels danys i perjudicis superiors que considera que s'han produït; i 4) correspon a l'ocupador l'acreditació dels fets impeditius de les indemnitzacions reclamades (STSJ Madrid 11 de novembre de 2014).

h) Cal tenir present que, d'acord amb el que preveuen els articles 53.4 i 55.5.b TRET, és nul l'acomiadament d'un treballador que ha sol·licitat o està gaudint d'una excedència per tenir cura dels fills o els familiars, amb la consegüent readmissió a l'Administració i pagament de les remuneracions endeutades així com l'alta a la Seguretat Social, llevat que aquesta pugui demostrar una raó que justifiqui l'acomiadament esmentat (com a exemples, cal citar les STSJ Castella i Lleó/Valladolid [S] 17 d'octubre de 2012 i Comunitat Valenciana [S] 28 de maig de 2008). Com en la resta de casos examinats en aquest treball, aquesta nul·litat es produeix d'una manera automàtica, sense necessitat que el treballador porti cap indicatiu de discriminació.

En aquest sentit, en la STSJ Andalusia/Granada (S) 25 de juliol de 2012 es manifesta que:

[...] la dimensió constitucional d'aquest dret determina l'existència d'una protecció especial a l'exercici d'aquest que es tradueix en la nul·litat de l'acomiadament regulada en l'article 55.5.b

de l'ET dels treballadors que hagin sol·licitat o estiguin gaudint de l'excedència prevista en l'apartat 3 de l'article 46 en els termes i condicions reconeguts en aquesta Llei. Aquest precepte determina la declaració de nul·litat de tota decisió extintiva empresarial que tingui per objecte vulnerar o bé el dret a l'excedència per tenir cura d'un fill menor o el dret a la reserva del lloc de treball del treballador que gaudeix l'excedència [...].

I també es considera un acomiadament nul la no-readmissió d'una treballadora després d'una excedència per tenir cura d'un fill, per a la qual cosa s'al·lega que el contracte d'obra o servei determinat –la causa del qual no es justifica– ha finalitzat. Així, en la STSJ Galícia (S) 23 de novembre de 2011 s'assenyala que:

[...] concorre el denunciat i apreciat frau de llei en la contractació, en els termes que preveu l'article 6.4 del Codi Civil, amb la conseqüència establerta en l'article 15.3 de l'Estatut dels Treballadors que el contracte ha d'entendre's concertat per temps indefinit i, com a conseqüència, que la falta d'incorporació de la treballadora al seu lloc de treball, després de gaudir del període d'excedència per tenir cura d'un fill, el 7 de gener de 2001 per haver-l'hi denegat l'empresa el 7 de gener de 2001, després de la seva sol·licitud de reincorporació efectuada el 21 de desembre de 2010, al·legant fi de contracte, ha de ser conceptuada com un acomiadament, que ha de ser qualificat com a nul, d'acord amb el que disposa l'article 55.5.b) de l'Estatut de Treballadors [...].

i) Durant la situació d'excedència, el treballador té dret a continuar exercint les seves funcions com a representant del personal, atès que l'excedència només té efectes sobre les obligacions recíproques de treballar i retribuir la feina, sense que sigui un obstacle per a l'accés i la permanència del treballador en el lloc de treball a l'efecte de fer les activitats derivades de la seva representació (STSJ País Basc [S] 11 d'abril de 2006).

16) Encara que pugui sorprendre, els tribunals admeten que l'excedència per tenir cura dels fills o els familiars és compatible amb l'exercici d'una altra activitat laboral o professional, sempre que aquesta no sigui concurrent amb l'activitat laboral anterior i sigui compatible amb la vida familiar i la tasca d'atenció (més llibertat d'horaris, utilització de mitjans informàtics per exercir la feina, que el nou lloc de treball sigui més a prop del domicili, etc.) (STSJ Cantàbria [S] 12 de juliol de 2006). En aquest mateix sentit s'ha manifestat més recentment la STS (S) 10 de febrer de 2015: «[...] en la mesura que la nova feina resulta compatible amb tenir cura del menor, no s'han de lligar a l'aspiració legítima de la mare treballadora d'obtenir alguns ingressos –que ha deixat d'obtenir precisament per l'excedència per tenir cura dels fills– unes conseqüències tan negatives [...]», que així mateix considera que la feina exercida no té per què ser ocasional, de poca durada o a temps parcial amb una escassa durada horària, atès que l'únic criteri vàlid és el compatible amb l'atenció adequada del menor.

I, en fi, en la mateixa línia, la STSJ Castella i Lleó/Valladolid (S) 17 d'octubre de 2012 assenyalava que l'excedència per tenir cura dels fills...

[...] no imposa l'obligació de l'excedent d'abstenir-se de prestar serveis en la mateixa i en una altra activitat per a un altre ocupador, una obligació que només sorgiria d'acord amb el que s'ha convingut en matèria de pacte de plena dedicació [...] Pel que fa a la resta, ni la feina de mitja jornada és manifestament incompatible amb la finalitat de l'excedència esmentada, ni l'empresari té la potestat de decidir com i quan ha de tenir cura del seu fill la dona treballadora [...].

I, per la seva banda, la STSJ Castella-la Manxa (S) 15 de febrer de 2011 afirma que:

[...] la prohibició de treballar durant l'excedència per tenir cura dels fills significaria, d'una banda, privar al treballador d'obtenir ingressos per cobrir les necessitats del fill; de l'altra, s'estaria concedint preeminència només als treballadors amb més recursos econòmics que poden permetre's l'absència d'ingressos; i sobretot, que la decisió de com s'ha d'atendre el fill correspon únicament al pare o la mare, atès que altrament ensopegaríem, utilitzant les paraules de la sentència del Tribunal Superior de Justícia de Madrid esmentada abans, «amb una espècie de disciplina social en virtut de la qual es controla el comportament de la persona», especialment greu en casos similars a aquest, atès que afecten generalment el col·lectiu femení, amb la càrrega de discriminació que això comporta; sense que pugui oblidar-se el criteri del Tribunal Constitucional que es refereix al fet que l'objectiu primordial de les mesures que coadjuven a aconseguir una conciliació de la vida familiar i laboral és evitar la discriminació laboral –especialment de la dona– i assegurar una igualtat efectiva d'oportunitats (STC 3/07, de 15-1) [...].

(També STSJ Andalusia/Sevilla [S] 22 de febrer de 2012 i Madrid [S] 15 d'abril de 2009.)

No obstant això, cal tenir present que, encara que s'admeti la possibilitat d'exercir una activitat laboral o professional (feina autònoma) durant la vigència d'una excedència, aquesta possibilitat té límits i, com a conseqüència, es pot acomiadar el treballador quan la seva conducta és constitutiva d'una transgressió de la bona fe contractual (STSJ Illes Canàries [S] 29 de juny de 2011) referent a un treballador que passa a prestar els seus serveis a una altra empresa del mateix sector d'activitat sense comunicar-ho, treballa el mateix nombre d'hores i fins i tot es compromet a més disponibilitat horària i accepta un horari flexible en funció de les necessitats organitzatives de la nova empresa). I en la mateixa línia se situa la STSJ País Basc (S) 26 de febrer de 2008, sobre sol·licitud d'excedència per treballar en una empresa de la competència.

I, per acabar, per als tribunals, un període d'excedència és compatible amb fer un període de formació especialitzada amb un horari adaptat a la conciliació de

la vida familiar (STSJ Castella i Lleó/Valladolid [S] 19 d'abril de 2010). I juntament amb això, no pot negar-se la reincorporació a la feina pel fet que el treballador hagi exercit una activitat laboral que resultava més favorable des de la perspectiva de la conciliació de la vida laboral i familiar. Així, en la STSJ Madrid (S) 15 d'abril de 2009 s'assenyala:

[...] no trobem cap raó per denegar-li el dret a la reserva del lloc ni per afirmar que va incomplir cap deure impositat legalment, atès que va acceptar una feina que, objectivament, facilitava en certs aspectes la conciliació del seu desig legítim de treballar i atendre la seva família, sense ser exclosa del mercat laboral i de la possibilitat d'obtenir uns ingressos que, com hem dit, també contribueixen a l'atenció que es tracta de preservar [...].

17) Cal assenyalar que, tal com recorden els tribunals, el TRET no preveu per a aquest tipus d'excedència un termini de preavis per a la reincorporació del treballador, i encara menys, que l'incompliment del termini de preavis previst en el conveni col·lectiu impliqui la renúncia al lloc de treball per al qual la Llei fixa la reserva (STSJ Canàries [S] 28 de juny de 2002). En tot cas, la negativa de l'ocupador a una petició de reingrés extemporània no constitueix un acomiadament (STSJ Andalusia/Sevilla [S] 1 de juliol de 2009).

No obstant això, l'ocupador sí que ha de tenir coneixement de la situació concreta de què es tracta (raó de l'excedència, durada, etc.) per organitzar els seus recursos humans i/o productius, per la qual cosa és raonable que el treballador li comuniqui la seva voluntat d'estar en situació d'excedència (STSJ Castella-la Manxa [S] 15 de febrer de 2011).

Cal afegir-hi que els tribunals admeten el dret a la reincorporació anticipada al termini sol·licitat inicialment pel treballador, que es fonamenta en tres arguments: 1) es tracta d'un dret individual del qual pot desistir-se; 2) la mateixa llei reconeix el dret a fraccionar el període d'excedència; i 3) la finalitat de la norma (conciliar la vida personal i laboral dels treballadors) ha de dotar de flexibilitat i adaptabilitat en l'exercici del dret que serveixin al compliment d'aquesta finalitat. Per tant, atès que l'excedència és un dret del treballador, no hi ha cap dubte que aquest pot desistir del seu exercici i sol·licitar el reingrés en qualsevol moment anterior al venciment del termini pactat respectant els terminis de preavis (STSJ Catalunya [S] 22 de març de 2013).

18) El dret de reserva derivat de l'excedència per tenir cura dels fills es configura com un dret de més rellevància i intensitat que el que té l'excedent voluntari (STSJ la Rioja [S] 11 d'abril de 2012).

19) Per acabar, cal destacar que si sorgeixen discrepàncies entre el treballador i l'Administració pel que fa al gaudi de l'excedència, cal acudir a la jurisdicció social i presentar la demanda corresponent.

2.2. El paper de la negociació col·lectiva

En relació amb la forma com els convenis col·lectius de les entitats locals en l'àmbit estatal incorporen aquesta mesura de conciliació de la vida laboral i familiar, cal afirmar que:

1) Algun conveni col·lectiu recull en aquesta matèria el règim més favorable present en la normativa de funció pública, amb una remissió expressa al que preveu la LMRFP, la qual cosa implica: *a)* l'extensió de l'excedència per tenir cura dels familiars als tres anys de durada; i *b)* durant els dos primers anys es té dret a la reserva del lloc de treball i durant el tercer any la reserva queda referida a un lloc de treball de la mateixa localitat i del mateix nivell i retribució (CC2).

2) Algun conveni reproduïx el que estableix la normativa funcional i distingeix, a més a més, entre els treballadors fixos i el personal laboral interí; i per a aquest últim supòsit, assenyala que pot gaudir de l'excedència, si bé la reserva del lloc de treball es manté únicament mentre aquest lloc no es proveeixi de manera reglamentària (CC3).

3) Algun conveni es remet al que disposa l'article 46 TRET i, subsidiàriament, i en la mesura en què no és compatible, al que preveu l'article 89.4 TREBEP, si bé posteriorment reproduïx gairebé literalment el que preveu aquest últim precepte (CC5).

4) Algun conveni només es refereix al personal laboral fix –la qual cosa resulta discutible, atesa la doctrina judicial que hi ha al respecte– i assenyala que les excedències s'han de regular pel que disposa el TREBEP en el que sigui compatible amb el TRET (CC6).

5) Algun conveni col·lectiu enumera, entre els tipus d'excedència a què tenen dret els treballadors de l'Ajuntament, l'excedència per tenir cura dels familiars, però posteriorment no la regula (CC7).

6) De manera discutible, algun conveni col·lectiu limita l'accés a l'excedència per tenir cura dels familiars al personal fix de plantilla amb una antiguitat de, com a mínim, un any a l'Ajuntament; exigeix, a més a més, que hagi transcorregut un any des del final de l'excedència anterior (CC8). Aquesta regulació convencional vulnera el que preveu l'article 46.3 TRET.

7) En algun conveni s'estableix expressament per al cas de l'excedència per tenir cura dels fills que aquesta es pot gaudir en un període únic o d'una manera fraccionada, i en el supòsit de l'excedència per tenir cura dels familiars la seva durada es limita a un any (la qual cosa contravé la durada de dos anys que estableix el TRET). També es preveu expressament que l'excedència és incompatible amb exercir qualsevol activitat remunerada, exceptuant les autoritzades i regulades per la Llei d'Incompatibilitats (CC9).

8) Algun conveni col·lectiu es remet en matèria d'excedència al que disposa en general la normativa vigent i en especial la Llei 39/1999, de 5 de novem-

bre, de conciliació de la vida familiar i laboral, així com a l'Acord 21/2006, per a la Conciliació de la Vida Personal i Laboral en l'Administració (Pla Concilia) (CC10).

9) En fi, algun conveni col·lectiu ni tan sols fa referència a aquest tipus d'excedència, malgrat ser una figura molt coneguda (CC4).

3. L'excedència voluntària per tenir cura dels fills o els familiars del personal funcionari

3.1. La regulació del TREBEP

L'article 89.4 TREBEP (aplicable als funcionaris de les administracions locals) estableix que els funcionaris de carrera tenen dret a un període d'excedència de durada no superior a tres anys per tenir cura de cada fill, tant quan ho és per natura com per adopció, o de cada menor subjecte a guardar amb finalitats d'adopció o acolliment permanent, comptats des de la data de naixement o, si escau, de la resolució judicial administrativa.

Així mateix, els funcionaris també tenen dret a un període d'excedència de durada no superior a tres anys, per tenir cura d'un familiar a càrrec seu, fins al segon grau inclòs de consanguinitat o afinitat, que per raons d'edat, accident, malaltia o discapacitat no pot valer-se per si mateix i no exerceix una activitat retribuïda.

Cal afegir-hi que:

1) El període d'excedència és únic per a cada subjecte causant. Si un nou subjecte causant dóna origen a una nova excedència, el començament del període d'aquesta posa fi al que s'està gaudint.

2) Quan dos funcionari generen el dret a gaudir d'una excedència pel mateix subjecte causant, l'Administració pot limitar-ne l'exercici simultani per raons justificades relacionades amb el funcionament dels serveis. Aquesta decisió ha de constar per escrit i estar suficientment motivada (no resultaria admissible, com ja hem assenyalat, una resolució genèrica).

3) El funcionari en situació d'excedència pot participar en els cursos de formació que convoca l'Administració, amb la qual cosa es pretén, com en el cas del personal laboral, que el recurs a aquesta mesura de conciliació de la vida laboral i familiar no provoqui efectes negatius en l'exercici de la carrera professional corresponent (particularment quan es tracta d'una excedència de llarga durada). Per tant, l'Administració ha de convocar als cursos de formació els funcionaris que estan gaudint d'aquest tipus d'excedència.

4) El temps d'excedència computa a l'efecte de triennis, carrera i drets en el règim de la Seguretat Social que és d'aplicació. Així mateix, el lloc de treball que exerceix es reserva, com a mínim, durant dos anys. Un cop transcorregut aquest període, aquesta reserva ho és per a un lloc a la mateixa localitat i de la mateixa retribució. En aquest punt cal assenyalar, atès que l'article 89.4 TREBEP no ho distingeix, que aquesta reserva es refereix al lloc de treball que exerceix el funcionari, tant si és provisional com definitiu (STSJ Múrcia [CA] 9 de desembre de 2014).

En relació amb la regulació de l'excedència cal fer algunes anotacions:

a) Es tracta d'un veritable dret la finalitat del qual és tenir cura dels fills o els familiars, i aquests són els beneficiaris directes de la mesura de conciliació. En paraules de la STSJ Múrcia (CA) 9 de desembre de 2014: «[...] l'excedència per tenir cura d'un fill té per finalitat tenir cura del menor de conformitat amb la política de conciliació de la vida familiar i laboral de les persones treballadores i de protecció de la família que propugna l'art. 39.1 de la Constitució [...]».

L'Administració està obligada a concedir l'excedència sense dilacions arbitràries, ja que el beneficiari últim de la mesura és el mateix fill o familiar, i el còmput de l'excedència és determinat pel naixement, l'edat, l'accident o la malaltia, i, per tant, el dret comença en aquest mateix moment i no permet retards contraris a la seva pròpia finalitat. Així mateix, no pot denegar-se l'excedència al·legant que la sol·licitud o la documentació presentades són insuficients, quan d'aquestes es desprèn d'una manera clara l'existència d'una causa o quan es dedueix, encara que sigui d'una manera indiciària, el desvaliment del familiar, sense perjudici que amb posterioritat se sol·liciti una prova més precisa. En fi, es tracta d'un dret innegable i inajornable, per la qual cosa, un cop rebuda la sol·licitud, l'ocupador no pot impedir-ne ni limitar-ne l'exercici i l'ha de concedir, i en tot cas l'actuació de les dues parts s'ha de regir pel principi de la bona fe (STSJ Madrid [S] 5 d'octubre de 2005). Els tribunals han reconegut el dret a una indemnització per danys i perjudicis en el supòsit de denegació injustificada d'una excedència (STSJ Canàries [S] 30 de setembre de 2003).

b) La durada màxima de l'excedència és de tres anys, per la qual cosa és possible una durada menor, en funció del que sol·licita el funcionari d'acord amb les seves pròpies circumstàncies familiars. Tal com hem vist quan ens hem referit al personal laboral, al nostre entendre seria possible un gaudi fraccionat i successiu de l'excedència amb l'únic límit de no poder superar el període màxim de tres anys.

No obstant això, en el cas dels funcionaris públics, la jurisdicció contenciosa administrativa duu a terme una interpretació restrictiva dels termes de l'article 89.4 TREBEP, de manera que impedeix aquest gaudi fraccionat i admet un únic període de gaudi de l'excedència per cada subjecte causant. Aquesta posició la recull la STSJ Madrid (CA) 9 de juliol de 2010, en la qual s'afirma:

[...] en aquest cas la part apel·lada ja va sol·licitar el període d'excedència per tenir cura del seu fill, que es va concedir des del 13 de juny de 2005 fins al 12 de juny de 2008 [...] i es va reincorporar al servei actiu el 6 d'octubre de 2006, de la qual cosa es desprèn que ja ha gaudit del seu període d'excedència per tenir cura del fill, atès que aquest és un període únic, segons la tesi de l'Administració, i que, entenem que és la correcta, d'acord amb la normativa d'aplicació, tant el vigent article 89.4 de l'EBEP, com l'anterior article 29.4 de la Llei 34/84 [...] a partir de la qual, no és possible entendre que, l'esmentada regulació legal empara la possibilitat de temporalitzar la concessió d'excedència per tenir cura dels fills a gust del funcionari interessat atès que el període d'excedència, en efecte, és únic per cada subjecte causant [...] la qual cosa determina que una temporalització de diversos períodes d'excedència per la mateixa circumstància, com es pretén, sigui viable, atès que la norma que és aplicable no ho permet [...] independentment de si el funcionari afectat decideix, perquè ho necessita així, prolongar el període fins al límit permès, és a dir tres anys, o decideix posar fi al període, segons les seves circumstàncies i necessitats, abans que l'esmentat període finalitzi, com va passar en el cas analitzat [...].

(També STSJ Castella-la Manxa [CA] 1 d'abril de 2011 i Madrid [CA] 31 d'octubre de 2013 i 21 d'octubre de 2011.)

c) En concordança amb el que s'ha dit, segons els tribunals, encara que el funcionari manifesti inicialment la seva voluntat d'esgotar el temps màxim d'excedència, té dret a reincorporar-se en qualsevol moment anterior. Això és degut al fet que correspon al beneficiari decidir el moment oportú per reincorporar-se a la feina en raó de la valoració de les circumstàncies que en cada moment consideri més beneficioses per a l'interès familiar (STSJ Catalunya [S] 13 de juliol de 2004).

d) No és possible l'excedència parcial, és a dir, per dies a la setmana, al mes o mesos a l'any.

e) Pel que fa als beneficiaris, en el cas dels fills, si s'ha optat per l'excedència en el moment de l'acolliment, se n'exclou el gaudi quan es produeix l'adopció del mateix menor.

Pel que fa als familiars, s'inclou el cònjuge del funcionari sol·licitant, però no la parella de fet i els seus familiars. Així mateix, cal criticar la limitació del grau de parentiu únicament al segon grau de consanguinitat o afinitat.

Cal tenir present també que quan es tracta de familiars, aquests han d'estar a càrrec del funcionari sol·licitant, la qual cosa no exigeix, no obstant això, la convivència necessària amb el familiar ni que aquest es trobi a la seva atenció exclusiva.

En fi, els termes «no pot valer-se pe si mateix» i «no exerceix una activitat retribuïda» han d'interpretar-se de la mateixa manera que ja s'ha vist quan es tracta de la reducció de la jornada per tenir cura dels familiars.

f) Si dos funcionaris causen dret a gaudir d'aquesta excedència pel mateix subjecte causant, l'Administració pot limitar-ne l'exercici simultani per raons justificades relacionades amb el funcionament dels serveis; no obstant això, pot donar-se un gaudi successiu.

Òbviament, aquest límit no és aplicable quan es tracta de dos subjectes causants diferents (per exemple, un funcionari sol·licita l'excedència per poder tenir cura del seu pare, i la seva dona –també funcionària a la mateixa Administració– la demana per poder tenir cura del seu fill), encara que aquest és un supòsit molt poc freqüent atès que no es rep cap remuneració durant l'excedència.

g) El temps de l'excedència no computa com a temps de servei actiu, de manera que aquest efecte no està recollit en la normativa. En aquest sentit es manifesta la STSJ Andalusia/Granada (CA) 27 de desembre de 2011:

[...] els efectes de l'excedència de què es tracta es regulen exhaustivament i es limiten al reconeixement del temps transcorregut en aquesta situació a l'efecte de triennis, una consolidació de grau personal i drets passius, així com, durant el primer any d'excedència, a la reserva del lloc de treball que exercien. Pretendre com fa la recurrent el còmput d'aquest temps com de servei actiu implica una extensió dels efectes de l'excedència esmentada molt més enllà del que vol el precepte indicat i és a més a més contrari a la finalitat del text legal i en resulta a més a més una interpretació asistemàtica del precepte atès que implicaria l'assimilació dels supòsits d'excedència en què no hi ha una situació administrativa de servei actiu, amb els de llicències i serveis en què roman una situació de servei actiu i hi ha una interrupció en la prestació de serveis pel funcionari que les gaudeix. D'aquesta manera no és possible d'acord amb la legislació d'aplicació accedir a la pretensió de l'actora que implicaria reconèixer a la situació d'excedència uns efectes que no són els que atribueix el legislador a la situació administrativa esmentada [...].

Una solució que també s'aplica quan el que es pretén és que el temps d'excedència computi com a temps de prestació de serveis a l'efecte d'un establiment de barems per a la provisió de places. Així, en la STSJ Andalusia/Granada (CA) 28 de novembre de 2011 s'afirma;

[...] d'aquesta literalitat de la llei no pot concloure's res més que la recurrent pretén el reconeixement d'un dret no emparat per l'ordenament jurídic atès que la seva pretensió suposa que la Sala reconegui la ficció que el temps gaudit en situació d'excedència ha estat real i efectivament treballat a l'efecte de la consideració com a experiència professional en el procés selectiu, la qual cosa excedeix dels efectes legals associats a la situació d'excedència voluntària i suposaria l'assimilació dels efectes de la situació administrativa esmentada a la dels propis dels permisos i llicències, en els quals el període d'interrupció de la prestació del servei es considera com a temps de servei actiu a tots els efectes [...].

(També STSJ Andalusia/Granada [CA] 14 de novembre de 2012, referida a la inclusió del temps de l'excedència en els certificats d'experiència professional, i STSJ Andalusia/Màlaga [CA] 17 de novembre de 2011, respecte de la consideració d'aquest període com a experiència prèvia per a l'accés a la funció pública.)

Al nostre entendre, aquesta doctrina judicial, encara que certament fonamentada en una interpretació literal del que assenyala la normativa –tant el TREBEP com la normativa autonòmica–, és discutible des de la perspectiva de la discriminació indirecta per raó de sexe, atès que afecta molt majoritàriament les dones i implica un resultat desfavorable, a la qual cosa cal afegir que desincentiva el recurs a les mesures de conciliació (en contra de la lògica del mateix Tribunal Constitucional).

h) Cal tenir molt present que, segons la jurisdicció contenciosa administrativa, via negociació col·lectiva no pot estendre's el dret a la reserva del lloc de treball a tot el període de l'excedència, atès que això contradiu el règim legal vigent (STSJ Comunitat Valenciana [CA] 28 de gener de 2009).

i) Tal com hem assenyalat anteriorment, el funcionari que gaudeix d'aquesta excedència no rep remuneració ni tampoc una prestació a càrrec del sistema de Seguretat Social. Cal afegir-hi que, tal com veurem en l'apartat següent, el recurs a l'excedència per tenir cura dels familiars pot tenir efectes negatius a l'hora d'accedir a les prestacions futures a càrrec del sistema de Seguretat Social, particularment en el cas de les pensions per incapacitat permanent i jubilació.

Per acabar, en l'àmbit estatal cal recordar que els mateixos termes utilitzats en el TREBEP els recull, per al personal de l'Administració General de l'Estat, l'article 29.4 LMRFP.

3.2. La normativa autonòmica

Entrant ja en la normativa aplicable als funcionaris autonòmics, la normativa autonòmica, tot i que recull un model comú de fons, presenta alguns matisos interessants. En aquest àmbit cal destacar el següent:

1) En els casos de Castella i Lleó i Madrid, els articles 92 LFPCL i 59 bis LFPM preveuen el següent:

— Es té dret a un període d'excedència de durada no superior a tres anys per tenir cura de cada fill, tant quan ho és per natura com quan ho és per adopció o acolliment permanent o preadoptiu, comptats des de la data de naixement o, si escau, de la resolució judicial o administrativa.

— L'excedència té una durada no superior a un any quan es tracta de familiars de fins al segon grau inclòs de consanguinitat o afinitat que, per raons d'edat, accident o malaltia o discapacitat, no poden valer-se per si mateixos i no exerceixen una activitat retribuïda. És evident que la durada d'aquest tipus d'excedència és inferior a la que preveu el TREBEP.

— Es reconeix expressament que l'excedència constitueix un dret individual dels funcionaris. I en cas que dos funcionaris siguin titulars de dret a gaudir-la per

un mateix subjecte causant, l'Administració pot limitar-ne l'exercici simultani per raons justificades relacionades amb el funcionament dels serveis. Tal com hem afirmat anteriorment, aquest límit no és aplicable quan es tracta de dos subjectes causants diferents.

— El període de permanència en situació d'excedència computa a l'efecte de triennis, consolidació de grau personal i drets passius. Durant el primer any el funcionari té dret a la reserva del lloc de treball i un cop transcorregut aquest període, aquesta reserva afecta un lloc a la mateixa localitat i del mateix nivell de retribució.

— I, en fi, també s'estableix que el dret a la reserva del lloc de treball durant el primer any s'estén fins a un màxim de quinze mesos quan es tracta de membres d'unitats familiars que tenen reconeguda la condició de família nombrosa de categoria general, i fins a un màxim de divuit mesos si té la condició de família nombrosa de categoria especial.

2) A Múrcia, si bé l'excedència per tenir cura dels fills es regula de manera semblant al que s'assenyala per al cas de Castella i Lleó i Madrid, per a l'excedència per tenir cura dels familiars l'article 59.2 LFPMU es remet al que estableix la legislació bàsica de l'Estat.

3) En el cas de les Illes Balears, l'article 105 LFPIB reconeix l'excedència per tenir cura dels fills –per natura, adopció o acolliment (permanent o preadoptiu)– per un període no superior a tres anys, i l'excedència per tenir cura d'un familiar a càrrec directe –sense concretar el grau de parentiu– per un període no superior a un any. Així mateix, es reconeix expressament el dret a accedir a aquesta mesura de conciliació al personal funcionari interí, si bé la reserva del lloc de treball es manté únicament mentre el lloc no es proveeixi reglamentàriament. En tot cas, el període de permanència en aquesta situació dóna lloc a la reserva del lloc de treball i és computable a l'efecte de triennis i de consolidació del grau personal.

4) A Galícia, la regulació de l'excedència coincideix amb el que preveu el TREBEP i insisteix expressament en el fet que l'excedència constitueix un dret individual de tots els funcionaris (art. 57.4 LFPG).

D'altra banda, l'article 38 LIMHG, amb una perspectiva diferent de les anteriors, preveu que en les proves de promoció interna que comprenen la valoració de mèrits s'estableix una puntuació específica –que es gradua en funció del temps utilitzat– per als funcionaris que hagin accedit a una excedència per tenir cura dels familiars durant els últims cinc anys.

I amb el mateix objectiu incentivador, també s'estableix en la normativa gallega que tenen preferència a l'hora de participar en els cursos de formació organitzats per l'Administració els funcionaris o funcionàries que estan utilitzant o han acudit els últims dos anys a una excedència per tenir cura dels familiars (art. 45 LIMHG).

5) A Extremadura, també es recull el que estableix el TREBEP, però amb dos matisos interessants: d'una banda, el dret a la reserva del lloc de treball i al còmput a l'efecte de triennis i carrera professional abasta tota la durada de l'excedència i, com a conseqüència –a diferència del TREBEP–, fins als tres anys que, com a màxim, pot gaudir-se de l'excedència; i d'altra banda, es manifesta expressament que el personal funcionari interí pot gaudir d'aquesta excedència, si bé la reserva del lloc de treball es manté únicament mentre no concorren cap de les causes de cessació previstes legalment. Així mateix, tot el període d'excedència computa a l'efecte d'acreditar el període d'acompliment per accedir a altres llocs de treball (art. 141.5 LFPE).

6) A la Rioja també es recull essencialment el que estableix el TREBEP però amb algunes particularitats: *a)* no es fa referència a la discapacitat com a causa que permet accedir a l'excedència per tenir cura dels familiars; *b)* s'insisteix expressament en el fet que ens trobem davant d'un dret individual dels funcionaris; *c)* com en el cas d'Extremadura, la reserva del lloc de treball i altres beneficis abasta la totalitat del període d'excedència; i *d)* s'assenyala que, un cop transcorregut el temps o desapareguda la causa que va motivar la concessió d'excedència, s'ha de sol·licitar el reingrés al servei actiu o el pas a la situació d'excedència per interès particular, i que es declara en aquesta situació el funcionari si no sol·licita el reingrés (art. 45.4 LFPLR).

7) Per la seva banda, la normativa de la Comunitat Valenciana destaca per ampliar els subjectes causants de l'excedència per tenir cura dels familiars, atès que inclou expressament el cònjuge o parella de fet constituïda legalment i qual-sevol persona que, legalment, estigui sota la guàrdia o custòdia del funcionari. Així mateix, la reserva del lloc durant tres anys afecta els llocs de treball obtinguts amb destinació definitiva i als llocs de caràcter provisional (que es reserven durant els tres anys sempre que no sigui objecte de provisió amb destinació definitiva o, si escau, es reincorpori el seu titular). I, en fi, el personal funcionari interí pot gaudir d'aquesta excedència, si bé la reserva del lloc de treball es manté únicament mentre no hi concorri cap de les causes de cessament previstes legalment (art. 130 LFPCV).

8) A Catalunya es regula la figura de l'excedència per tenir cura dels fills o els familiars i es fa d'una manera força extensa, amb la incorporació prèvia d'una sèrie de regles comunes: *a)* si durant un període d'excedència un nou subjecte causant dóna dret a un altre període d'excedència, el començament d'aquest posa fi al primer; *b)* l'exercici simultani de l'excedència per dues persones en relació amb el mateix subjecte causant només es permet, amb autorització prèvia, si se sol·licita de manera expressa i no s'afecta el funcionament dels serveis; *c)* aquesta mesura és incompatible amb l'autorització de compatibilitat; i *d)* si un cop finalitzada l'excedència el funcionari no sol·licita el reingrés en el termini d'un mes, es declara d'ofici la situació com d'excedència voluntària per interès particular.

Cal afegir-hi que a l'excedència, amb les especialitats assenyalades en l'article 2.2 LCC respecte del personal eventual, s'hi pot accedir tant si el vincle funcional és definitiu com si és provisional (STC 240/1999). No obstant això, en els supòsits del personal interí i laboral temporal, la reserva del lloc de treball s'estén sense perjudici que durant l'excedència es pugui deixar sense efecte el nomenament d'interí o rescindir el contracte laboral si concorre una de les causes previstes legalment. En aquests casos, el personal afectat cessa en la seva relació de serveis i finalitza el període d'excedència del qual estigués gaudint. No obstant això, un cop aconseguida la condició de funcionari o de personal laboral fix, el temps d'excedència computa a l'efecte dels drets passius i triennis o antiguitat.

I juntament amb això cal assenyalar que:

— L'excedència per tenir cura d'un fill pot sol·licitar-se en qualsevol moment a partir del naixement, des de la resolució judicial de la constitució de l'adopció o des de la decisió administrativa o judicial d'acolliment, i la seva durada màxima és de tres anys, comptats des d'aquestes mateixes dates (per la qual cosa el menor acollit o adoptat pot ser més gran d'aquesta edat). Aquesta excedència pot sol·licitar-se una o diverses vegades durant períodes de temps fraccionats, amb l'únic límit de no poder sobrepassar aquest període de tres anys.

— El període d'excedència computa a l'efecte del reconeixement de triennis, de consolidació del grau personal i del sistema de previsió o drets passius. Així mateix, es té dret a la reserva del lloc de treball amb destinació definitiva. No obstant això, si s'ocupa un lloc de treball amb destinació provisional, es conserven els drets generals sobre aquest fins al cessament i fins al moment que es resolgui la convocatòria de provisió.

— Respecte de l'excedència per tenir cura dels familiars, aquesta només abasta els familiars de fins al segon grau de consanguinitat o afinitat (inclosos els corresponents a la parella de fet), i s'exigeix, així mateix, que no puguin valer-se per si mateixos i no puguin exercir cap activitat retribuïda. No es requereix, per contra, que el familiar estigui a càrrec del sol·licitant de l'excedència.

L'excedència pot ser atorgada per un període mínim de tres mesos i màxim de tres anys; el període concret es determina conforme a l'acreditació del grau de dependència del familiar i la seva durada estimada, i és possible un gaudi fraccionat.

— Finalment, cal afirmar que els efectes de l'excedència per tenir cura dels familiars són els mateixos que en l'excedència per tenir cura dels fills.

9) En el cas de Cantàbria, l'excedència per tenir cura dels fills no s'estén expressament al cas de l'acolliment de menors; es limita, a més a més, la reserva del lloc de treball només al primer any i el gaudi d'aquesta mesura a només un dels progenitors quan els dos treballen. Es recull, doncs, un règim més estricte que el que preveu el TREBEP. Així mateix, es remet la regulació de l'excedència per tenir cura dels familiars al que el Consell de Govern determina reglamentàriament (art. 35.2.B LFPC).

10) La normativa de Canàries es refereix exclusivament a l'excedència per tenir cura dels fills, i es limita, a més a més, al cas del naixement. I juntament amb això es preveu que quan el pare i la mare treballen, només un dels dos pot exercir aquest dret. Una regulació, aquesta darrera, que és discutible atès que, segons la normativa vigent, com ja hem dit, l'excedència és un dret de tots els treballadors i funcionaris, amb l'únic límit que quan els dos beneficiaris –respecte del mateix subjecte causant– presten serveis a la mateixa Administració, aquesta pot excloure'n l'exercici simultani per raons degudament justificades (art. 39.3 LFPCAN).

11) Finalment, la normativa de la funció pública basca es limita a recollir l'excedència per tenir cura dels fills i en restringeix novament el gaudi només a un dels progenitors. Així mateix, s'estén la reserva del lloc de treball als tres anys de durada màxima de l'excedència. I no s'hi inclou tampoc el cas de l'acolliment de menors (art. 62 LFPPV).

3.3. El paper de la negociació col·lectiva

Per acabar, en el marc de la negociació col·lectiva funcional desenvolupada en les entitats locals en l'àmbit estatal en relació amb aquesta mesura de conciliació, cal destacar el següent:

1) Hi ha acords que es limiten a remetre's al que s'ha assenyalat en la normativa legal o a reproduir-la, totalment o parcialment (AF2).

2) Bastants dels acords de funcionaris examinats no fan referència a aquest tipus d'excedència (AF3, AF4, AF5, AF7, AF8).

3) Algun acord de funcionaris millora el que preveu la normativa, ja que amplia la durada de l'excedència per tenir cura dels fills o els familiars a quatre anys i reserva durant tot aquest període el lloc de treball corresponent. També s'estableix que per al personal que no ostenta la condició de funcionari de carrera, la reserva queda condicionada al fet que la plaça o lloc que estigués exercint en el moment de passar a la situació d'excedència no hagin estat coberts per qualsevol dels procediments de selecció o provisió previstos en la legislació vigent o que continuï havent-hi el supòsit de fet que en va justificar el nomenament (AF6).

4) Algun acord es limita a remetre's, amb caràcter genèric, al que estableix la normativa estatal (AF9).

5) En fi, algun acord de funcionaris regula de manera àmplia aquest tipus d'excedència, establint, per exemple, que: *a*) és incompatible amb l'autorització de compatibilitat; *b*) es preveu que durant tot el període de l'excedència el funcionari té dret a la reserva del lloc de treball amb destinació definitiva. No obstant això, si el funcionari ocupa un lloc de treball amb destinació provisional, conserva els

drets generals sobre aquest fins al cessament o fins al moment en què es resol la convocatòria de provisió corresponent; i c) en el cas de l'excedència per tenir cura dels familiars, la seva durada es determina segons l'acreditació del grau de dependència i la seva durada estimada (AF10).

4. El tractament de l'excedència per tenir cura dels fills o els familiars en el marc de la Seguretat Social

La regulació d'aquesta matèria és parcialment comuna per al personal laboral i per al personal funcionari i es troba recollida en l'article 237.1, 237.2 i 237.4 TRLGSS i la DA 4a RDPEMP; es diferencia l'excedència per tenir cura dels fills i l'excedència per tenir cura dels familiars. També cal tenir en compte el que disposa l'RD 1335/2005, 11 de novembre, pel qual es regulen les prestacions familiars de la Seguretat Social.

Així, els tres anys que, com a màxim, pot gaudir-se el primer tipus d'excedència tenen la consideració de període de cotització efectiva a l'efecte de les prestacions per jubilació, incapacitat permanent, mort i supervivència, maternitat i paternitat. Això implica que el recurs a aquesta mesura de conciliació de la vida laboral i familiar no té conseqüències negatives, ni per al personal laboral ni per al personal funcionari, a l'hora d'accedir a la majoria de les prestacions del sistema de Seguretat Social i, especialment, en el cas de les pensions vitalícies.

Per contra, quan es tracta d'una excedència per tenir cura dels familiars, cal diferenciar entre el personal laboral i el personal funcionari:

1) En el cas del personal laboral es produeix el mateix efecte respecte de les mateixes prestacions esmentades abans, però només durant el primer any del període d'excedència. En aquest punt cal recordar que, com hem vist, la durada prevista legalment per a aquest tipus d'excedència és de dos anys ampliables via negociació col·lectiva, per la qual cosa si el treballador opta per aquesta mesura i supera el termini d'un any, a partir d'aquest moment aquesta decisió el pot perjudicar a l'hora d'accedir a les prestacions futures del sistema de Seguretat Social.

Així, per exemple, a l'hora de calcular la pensió de jubilació, el temps d'excedència que superi el primer any no computa com a període cotitzat ni a l'efecte del període mínim exigít per accedir a la pensió ni tampoc per al càlcul del percentatge aplicable a la base reguladora, i a l'efecte de la base reguladora aquest temps es cobreix amb la base mínima de cotització (o només amb el 50 per 100 d'aquesta base mínima en circumstàncies determinades).

D'altra banda i tal com ja hem assenyalat quan hem tractat de la reducció de la jornada, aquesta diferència de tracte entre tenir cura dels fills i tenir cura dels familiars és molt discutible. En fi, al nostre entendre, en el cas dels familiars també hauria de considerar-se com a cotitzat el total de l'excedència, si no es vol desincentivar aquesta mesura de conciliació i incórrer fins i tot en una possible discriminació indirecta per raó de sexe, atès que aquesta situació afecta molt majoritàriament les dones, ja que són elles les que normalment s'acullen a les mesures de conciliació de la vida laboral i familiar.

I si bé aquesta falta de cotització podria cobrir-se mitjançant la formalització d'un conveni especial amb la TGSS, es tracta d'una solució cara i probablement inassequible per al treballador. I això és degut al fet que, al marge del cost econòmic que implica per al treballador assumir la cotització corresponent, per poder accedir al conveni especial també s'exigeix que acrediti una cotització de 1.080 dies.

2) En canvi, si es tracta d'un funcionari li és aplicable la DA 4a paràgraf 2n RDPEMP, que qualifica com a període de cotització efectiva per a les prestacions de jubilació, incapacitat permanent, mort i supervivència, maternitat i paternitat els tres anys de durada de l'excedència per tenir cura dels familiars que preveu l'article 89.4 TREBEP.

Encara que l'esmentada DA 4a es refereix, amb caràcter genèric, a les persones incloses en l'àmbit d'aplicació del TREBEP, posteriorment en limita l'aplicació a l'excedència que preveu l'article 89.4 TREBEP que, al nostre entendre, només resulta aplicable als funcionaris públics (en aquest sentit es manifesta la STSJ Astúries [S] 30 de desembre de 2014).

D'altra banda, com a elements comuns als dos tipus d'excedència i tant per al personal laboral com per al personal funcionari, cal assenyalar que:

a) La base de cotització que cal tenir en compte a l'efecte del període considerat com a cotitzat es constitueix per la mitjana de les bases de cotització del beneficiari corresponent als sis mesos immediatament anteriors al començament del període d'excedència. Si el beneficiari no té acreditat el període de sis mesos de cotització esmentat, es computa la mitjana de les bases de cotització corresponents al període immediatament anterior al començament de l'excedència que s'acrediten.

b) Aquest benefici no abasta les prestacions per incapacitat temporal (personal laboral i funcionaris) i desocupació (personal laboral). Aquesta exclusió és discutible, atès que pot crear situacions de despreocupació.

c) El beneficiari de l'excedència es considera en situació assimilada a l'alta per poder accedir a les prestacions de jubilació, incapacitat permanent, mort i supervivència, maternitat i paternitat (STS [S] 10 de febrer de 2015 i STSJ Aragó [S] 10 d'octubre de 2012), en relació amb la prestació per maternitat). Així mateix, té dret a la prestació d'assistència sanitària durant la situació d'excedència.

Aquesta situació es manté encara que el treballador hagi prestat serveis, durant l'excedència, en una altra empresa, sempre que siguin compatibles amb la conciliació de la vida laboral i familiar (STSJ Aragó [S] 10 d'octubre de 2012).

Cal afegir-hi que també té la consideració de situació assimilada a l'alta a l'efecte de les prestacions de la Seguretat Social –llevat de les d'incapacitat temporal, maternitat i paternitat– el temps que el treballador roman en situació d'excedència per tenir cura dels fills o els familiars que excedeix del període considerat com a període de cotització efectiva en els esmentats articles 237 TRLGSS i DA 4t paràgraf 2n RDPEMP.

d) El període considerat com a període de cotització efectiva fa efecte tant per a la cobertura del període mínim de cotització com per determinar la base de la corresponent base reguladora i el percentatge aplicable, si escau, per calcular la quantia de la prestació.

e) L'article 4 de la Llei 4/1995, de 23 de març, de regulació del permís parental i per maternitat, estableix que a l'efecte del còmput del període de sis anys anteriors a la situació legal de desocupació, establert en els articles 266 i 269 TRLGSS, es pot retrotreure aquest període durant el temps equivalent al que el treballador hagués estat en la situació d'excedència per tenir cura dels fills. La doctrina judicial entén que aquest benefici afecta el total del període d'excedència, i no només el primer any (STSJ Madrid [S] 30 de juny de 2010).

f) Quan la situació d'excedència hagi estat precedida per una reducció de la jornada per tenir cura dels fills o els familiars, a l'efecte de la consideració com a cotitzats dels períodes d'excedència que corresponguin, les cotitzacions fetes durant la reducció de la jornada es computen incrementades fins al 100 per 100 de la quantia que hauria correspost si s'hagués mantingut aquesta reducció de la jornada laboral.

g) S'inicia el còmput d'un nou període de cotització efectiva per cada gaudi d'excedència a la qual puguin donar lloc els successius fills o menors o altres familiars.

h) L'Administració ha de comunicar a la TGSS, en el termini de quinze dies, a partir del moment que es produeix, el començament i la finalització del gaudi de l'excedència. La comunicació extemporània de l'ocupador a la TGSS de la situació d'excedència no pot tenir efectes negatius per al treballador (STSJ Comunitat Valenciana [S] 10 de març de 2009).

i) D'acord amb la DT 2a RDPEMP, alguns dels beneficis de cotització esmentats només són aplicables a les excedències que s'estan gaudint en el moment de l'entrada en vigor de la LOIEMH o que siguin posteriors. No obstant això, cal tenir present que els Tribunals han deixat sense validesa aquesta DT 2a, atès que restringeix i contraduï el que estableix la DT 7a LOIEMH (STSJ Andalusia/Sevilla [S] 25 de setembre de 2014).

j) Per acabar, segons el que preveu l'article 8.2 de l'RD 1716/2012, 28 de desembre, d'exercici de les disposicions establertes, en matèria de prestacions, per

la Llei 27/2011, d'1 d'agost, sobre actualització, adequació i modernització del sistema de Seguretat Social, els beneficis de cotització que recullen els articles 235 i 236 TRLGSS (vinculats al naixement dels fills) són compatibles i acumulables amb els períodes de cotització previstos per al cas de l'excedència per tenir cura dels fills (art. 237 TRLGSS), si bé no poden superar en conjunt els cinc anys per beneficiari quan concorren en la mateixa prestació a l'efecte de determinar-ne la quantia o, quan es tracta de la pensió de jubilació, l'edat d'accés.

En definitiva, com hem vist, si bé en aquests moments el recurs a una excedència per tenir cura dels fills no té efectes negatius a l'efecte de poder accedir a una prestació del sistema de Seguretat Social, sí que pot tenir-los el fet d'acudir a una excedència per tenir cura dels familiars; uns efectes negatius que són perjudicials (i molt discutibles) si es pretén fomentar realment la conciliació de la vida laboral i familiar.

Reflexions finals

Sense reiterar el que ja hem assenyalat en els apartats anteriors, sí que considerem convenient concloure aquest treball fent algunes reflexions finals:

1) En els darrers anys s'ha avançat d'una manera important en la implantació efectiva de les mesures de conciliació de la vida laboral i familiar, a la qual cosa ha contribuït el reconeixement de la seva dimensió constitucional per part del Tribunal Constitucional i la seva vinculació directa amb el que disposen els articles 14 i 39 CE.

La conciliació constitueix avui dia, sens dubte, un valor constitucional i d'una gran rellevància social, si bé persisteixen, especialment en el sector privat, conductes empresarials que la limiten o vulneren (per exemple, mitjançant el canvi de les condicions de treball o fins i tot l'acomiadament per haver sol·licitat o estar gaudint d'una mesura de conciliació). Així doncs, encara queda camí per recórrer per tal d'evitar aquest tipus de conductes.

2) També, com en el passat, la conciliació de la vida laboral i familiar en el marc de les administracions públiques és una «qüestió femenina», tant per motius de tria personal com per raons culturals i educatives. I això és així tot i que les últimes normes aprovades –especialment la LOIEMH i les lleis d'igualtat de les diferents comunitats autònomes– fomenten particularment la coresponsabilitat dels homes i les dones en les tasques d'atenció, no només dels fills sinó, cada vegada més, dels familiars en general (especialment, les persones grans). És necessari continuar avançant en l'assoliment d'aquesta coresponsabilitat.

3) En l'àmbit legal continua havent-hi una certa dispersió normativa en l'àmbit funcional (derivada, d'altra banda, del que estableix l'art. 149.1.18 CE) i respecte del personal laboral es manté una certa reticència a assumir que el seu marc regulador en aquesta matèria és el TRET i el conveni col·lectiu corresponent.

Cal afegir-hi tres elements: a) la claredat que aporta el fet que l'article 92 LBRL assenyalí que al personal funcionari de les administracions locals se'ls aplica directament el TREBEP, si bé això ja es deduïa del tenor literal del text inicial de l'ar-

ticle 48, després de la reforma incorporada per l'RDL 20/2012; b) la diversitat existent, com hem vist, en el marc de la normativa autonòmica, per la qual cosa no és el mateix viure en una comunitat autònoma o una altra a l'hora de poder conciliar la vida laboral i familiar; i c) el paper important que fa la negociació col·lectiva, tant laboral com funcional, i la reticència d'aquesta última a assumir que, segons la jurisdicció contenciosa administrativa, no és possible millorar els permisos previstos legalment. I, en fi, també cal tenir present que la normativa funcional continua sent més favorable que la normativa aplicable al personal laboral, la qual cosa ha portat els convenis col·lectius del personal laboral de les administracions locals a triar aquests continguts més beneficiosos.

4) Tal com s'ha constatat al llarg d'aquest treball, hi ha una intervenció important dels tribunals –tant de la jurisdicció social com de la jurisdicció contenciosa administrativa– en aquesta matèria, per la qual cosa la seva interpretació és clau a l'hora d'aplicar, a la pràctica, les diverses mesures de conciliació.

5) És necessària una millora del tractament de les mesures de reducció de la jornada per tenir cura dels fills o els familiars i de l'excedència per tenir cura dels familiars en l'àmbit de la Seguretat Social, atès que, com hem vist, la regulació actual pot tenir efectes desfavorables a l'hora de causar dret a una pensió d'incapacitat permanent o jubilació. Al nostre entendre, caldria ampliar el nombre d'anys que es consideren com a cotitzats al 100 per 100, per tal que recórrer a la conciliació no provoqui aquests possibles efectes negatius, que, d'altra banda, afecten molt majoritàriament les dones.

6) Les reformes legals en matèria de conciliació de la vida laboral i familiar s'han centrat, com hem vist, en l'establiment de mesures diverses que permeten conciliar la feina i les obligacions familiars, però també és important no perdre de vista una altra perspectiva: la necessitat que hi hagi serveis públics suficients destinats tant a l'atenció dels menors com a la de les persones en situació de dependència que complementin aquestes mesures. Al nostre entendre, és necessari que al personal laboral i als funcionaris de les administracions públiques se'ls ofereixi l'alternativa de recórrer als serveis públics corresponents, o bé combinar els dos. Les tasques d'atenció no poden dependre exclusivament de la capacitat de la unitat familiar corresponent.

7) Finalment, cal assenyalar que les mesures de conciliació continuen focalitzades principalment en un model de família determinat, el tradicional, mentre que aquest model ha anat canviant al nostre país en els darrers anys i, a més a més, d'una manera irreversible. És necessari atendre aquestes noves realitats familiars (parelles de fet, famílies monoparentals, unitats de convivència sense vincles familiars...).

I en la mateixa línia, tal com hem destacat en aquest treball, atès el clar procés d'envelliment de la població del nostre país, les mesures de conciliació de la vida laboral –tant des del punt de vista legal com convencional– no poden con-

tinuar centrades especialment en l'atenció dels fills, sinó que també han d'estar-ho en l'atenció de les persones grans i de les persones amb discapacitat, de manera que tractin tots els col·lectius de la mateixa manera, la qual cosa no passa en l'actualitat.

Bibliografía d'interès

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

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

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

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

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

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

JOVER RAMÍREZ, C. (2013). «La difícil supervivencia de la conciliación entre la vida laboral y familiar en tiempos de crisis y reforma». *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 4.

LÓPEZ GANDÍA, J. (2004). «Seguridad Social y conciliación de la vida familiar y laboral: reducción de jornada y excedencias». *Aranzadi Social*, núm. 15.

LÓPEZ GANDÍA, J. (2007). «La jornada reducida tras la Ley de Igualdad (aspectos laborales)». A: AA.VV. *Tiempo de trabajo*. Albacete: Ed. Bomarzo.

LÓPEZ TERRADA, E. (2003). *El concepto de familia en el Estatuto de los Trabajadores: Identificación de los sujetos protegidos*. València: Tirant lo Blanch.

MONTOYA MEDINA, D. (2011). «Dimensión constitucional de los derechos de conciliación de la vida laboral, personal y familiar (comentario a las SSTCO 24/2011 y 26/2011m de 14 de marzo)». *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 4.

- MORGADO PANADERO, P. (2008). «Responsabilidades privadas y reducciones de jornada laboral tras la LO 3/2007». *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 18.
- PAEDES RODRÍGUEZ, J. M. (2011). «Prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave». *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. (2013). «El nuevo régimen de permisos y licencias de los empleados públicos a consecuencia de la modificación del artículo 48 del Estatuto Básico del Empleado Público y su aplicación a Cataluña». Seminari d'Actualització de Funció Pública Local. Federació de Municipis de Catalunya.
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E. (2011). «La crianza de los hijos y la atención a los dependientes: su repercusión en las carreras de cotización tras la revisión del Pacto de Toledo». *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 8.
- SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. (2001). «Derechos laborales de los padres con neonatos Hospitalizados». *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 17.
- SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. (2012). «Conciliación de la vida familiar en la Reforma Laboral de 2012: lactància». *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1.
- SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. (2012). «Conciliación de la vida familiar en la Reforma Laboral de 2012 (II): reducción de jornada por guarda legal y vacaciones». *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4.
- VALLE MUÑOZ, F. A. (1999). *La protección laboral de la maternidad, paternidad y cuidado de familiares*. Madrid: Colex.
- VIQUEIRA PÉREZ, C. (2010). «Derechos de conciliación de la vida laboral, familiar y personal: deficiencias y problemas aplicativos». *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 10.

Jurisprudència i doctrina judicial

Tribunal de Justícia de la Unió Europea

STJUE 30 de setembre de 2010.

Tribunal Constitucional

STC 240/1999, 20 de desembre.

STC 3/2007, 15 de gener.

STC 92/2008, 21 de juliol.

STC 26/2011, 14 de març.

Tribunal Suprem

Sala Social

STS 20 de juliol de 2000 (RJ 7209).

STS 11 de desembre de 2001 (RJ 2025)

STS 25 de maig de 2004 (RJ 2005/2883).

STS 13 de juny de 2008 (RJ 4227).

STS 18 de juny de 2008 (RJ 4230).

STS 19 de maig de 2009 (RJ 4167).

STS 11 de novembre de 2009 (RJ 2010/247).

STS 9 de desembre de 2009 (RJ 2010/2).

STS 9 de desembre de 2010 (RJ 2011/287).

STS 17 de gener de 2011 (RJ 2091).

STS 21 de març de 2011 (RJ 3555).

STS 11 de desembre de 2011.

STS 16 d'octubre de 2012 (RJ 10318).

STS 25 de gener de 2013 (RJ 1959).

STS 23 de setembre de 2013 (RJ 7658).
STS 20 de gener de 2015 (RJ 222).
STS 10 de febrer de 2015 (RJ 673).

Tribunals Superiors de Justícia

Sala Social

Interlocutòria TSJ Galícia 5 de juliol de 2011 (Jur 324794).
STSJ Catalunya 26 d'octubre de 2000 (AS 4544).
STSJ Comunitat Valenciana 25 d'abril de 2002 (AS 1125).
STSJ Canàries 28 de juny de 2002 (Jur 2003/88759).
STSJ Catalunya 18 de març de 2003 (AS 1955).
STSJ Andalusia 9 de maig de 2003 (AS 2663).
STSJ Canàries 30 de setembre de 2003 (AS 2239).
STSJ Catalunya 29 de març de 2004 (AS 2267).
STSJ Catalunya 13 de juliol de 2004 (Jur 2004/218500).
STSJ Madrid 19 d'octubre de 2004 (AS 3391).
STSJ Madrid 12 de desembre de 2004 (Jur 2005/56281).
STSJ Comunitat Valenciana 14 de setembre de 2005 (Jur 2006/3718).
STSJ Madrid 5 d'octubre de 2005 (AS 2907).
STSJ Canàries 20 de febrer de 2006 (AS 1137).
STSJ Navarra 23 de febrer de 2006 (AS 988).
STSJ País Basc 11 d'abril de 2006 (AS 1880).
STSJ Cantàbria 12 de juliol de 2006 (AS 2434).
STSJ Catalunya 7 de febrer de 2008 (AS 966).
STSJ País Basc 26 de febrer de 2008 (AS 1119).
STSJ Cantàbria 29 d'abril de 2008 (Jur 287861).
STSJ Comunitat Valenciana 28 de maig de 2008 (Jur 274862).
STSJ Illes Balears 2 de juny de 2008 (AS 2009/1718).
STSJ Madrid 10 d'octubre de 2008 (AS 2009/763).
STSJ Castella i Lleó/Burgos 4 de desembre de 2008 (AS 2009/303).
STSJ Comunitat Valenciana 10 de març de 2009 (AS 1532).
STSJ Madrid 15 d'abril de 2009 (AS 1626).
STSJ Madrid 30 d'abril de 2009 (Jur 271360).
STSJ Galícia 4 de maig de 2009 (Jur 271273).
STSJ Comunitat Valenciana 21 de maig de 2009 (AS 2612).
STSJ Castella i Lleó/Burgos 17 de juny de 2009 (Jur 310264).
STSJ Andalusia/Sevilla 1 de juliol de 2009 (AS 1928).
STSJ Aragó 14 d'octubre de 2009 (AS 2010/959).
STSJ Illes Canàries 15 d'octubre de 2009 (Jur 51746).

STSJ Catalunya 23 d'octubre de 2009 (AS 2592).
STSJ Astúries 29 de gener de 2010 (AS 1081).
STSJ Castella i Lleó/Valladolid 19 d'abril de 2010 (Jur 182997).
STSJ Madrid 30 de juny de 2010 (Jur 2011/34972).
STSJ País Basc 6 de juliol de 2010 (AS 2506).
STSJ Galícia 22 de setembre de 2010 (AS 1933).
STSJ Castella i Lleó/Valladolid 10 de novembre de 2010 (AS 2011/127).
STSJ Galícia 20 de gener de 2011 (AS 1007).
STSJ Castella-la Manxa 15 de febrer de 2011 (AS 1034).
STSJ Madrid 25 de febrer de 2011 (Jur 157491).
STSJ Madrid 28 d'abril de 2011 (AS 1149).
STSJ Aragó 18 de maig de 2011 (AS 1160).
STSJ Andalusia/Sevilla 19 de maig de 2011 (Jur 268656).
STSJ Cantàbria 26 de maig de 2011 (AS 2012/2012).
STSJ Catalunya 1 de juny de 2011 (Jur 292322).
STSJ Madrid 6 de juny de 2011 (AS 1917).
STSJ Navarra 16 de juny de 2011 (Jur 2012/97619).
STSJ Illes Canàries 29 de juny de 2011 (Jur 378577).
STSJ Andalusia/Granada 20 de juliol de 2011 (AS 2470).
STSJ Madrid 14 d'octubre de 2011 (AS 2924).
STSJ Galícia 12 de novembre de 2011 (AS 73).
STSJ Galícia 23 de novembre de 2011 (AS 2601).
STSJ Illes Canàries 25 de novembre de 2011 (Jur 2012/79595).
STSJ Illes Canàries 31 de gener de 2012 (AS 2036).
STSJ Andalusia/Sevilla 22 de febrer de 2012 (AS 682).
STSJ Illes Canàries 21 de març de 2012 (AS 2862).
STSJ la Rioja 11 d'abril de 2012 (AS 2843).
STSJ de Castella i Lleó/Burgos 30 de maig de 2012 (AS 1760).
STSJ Andalusia/Granada 31 de maig de 2012 (AS 1864).
STSJ Castella i Lleó/Burgos 12 de juliol de 2012 (AS 1885).
STSJ Andalusia/Granada 25 de juliol de 2012 (AS 2013/338).
STSJ Illes Canàries 20 de setembre de 2012 (Jur 368180).
STSJ Castella-la Manxa 25 de setembre de 2012 (AS 1083).
STSJ la Rioja 5 d'octubre de 2012 (AS 2013/404).
STSJ Aragó 10 d'octubre de 2012 (Jur 2013/115912).
STSJ Castella i Lleó/Valladolid 17 d'octubre de 2012 (AS 2502).
STSJ Astúries 19 d'octubre de 2012 (AS 2013/441).
STSJ Catalunya 22 de març de 2013 (AS 1575).
STSJ Comunitat Valenciana 25 d'abril de 2013 (Jur 259586).
STSJ Illes Canàries 26 de juny de 2013 (AS 187).
STSJ Andalusia/Màlaga 3 d'octubre de 2013 (AS 2014/348).

STSJ Illes Canàries 23 d'octubre de 2013 (AS 2014/4).
STSJ Illes Canàries 5 de novembre de 2013 (Jur 117489).
STSJ Madrid 11 de novembre de 2013 (AS 2988).
STSJ Castella-la Manxa 16 de desembre de 2013 (AS 2014/10).
STSJ Castella i Lleó/Burgos 20 de març de 2014 (Jur 96019).
STSJ Madrid 9 de maig de 2014 (AS 1295).
STSJ Castella i Lleó/Valladolid 29 de maig de 2014 (Jur 185271).
STSJ Catalunya 17 de juny de 2014 (AS 2008).
STSJ Cantàbria 21 de juliol de 2014 (AS 2074).
STSJ Andalusia/Sevilla 25 de setembre de 2014 (Jur 287849).
STSJ Castella-la Manxa 2 d'octubre de 2014 (AS 2640).
STSJ Illes Balears 9 d'octubre de 2014 (AS 2015/32).
STSJ Madrid 11 de novembre de 2014 (AS 3289).
STSJ País Basc 9 de desembre de 2014 (AS 2015/114).
STSJ Astúries 30 de desembre de 2014 (AS 2015/265).
STSJ Andalusia/Màlaga 15 de gener de 2015 (AS 843).
STSJ Madrid 14 de maig de 2015 (Jur 150952).

Sala contenciosa administrativa

STSJ Castella-la Manxa 31 de juliol de 2001 (Jur 290277).
STSJ Madrid 7 de desembre de 2008 (Jur 91947).
STSJ Comunitat Valenciana 28 de gener de 2009 (RJCA 384).
STSJ Múrcia 27 de gener de 2010 (RJCA 380).
STSJ Madrid 7 de maig de 2010 (RJCA 722).
STSJ Madrid 9 de juliol de 2010 (Jur 2011/34042).
STSJ Madrid 28 de març de 2011 (Jur 188979).
STSJ Castella-la Manxa 1 d'abril de 2011 (Jur 187627).
STSJ Madrid 5 d'abril de 2011 (Jur 227536).
STSJ Madrid 21 d'octubre de 2011 (Jur 42932).
STSJ Andalusia/Màlaga 17 de novembre de 2011 (Jur 111915).
STSJ Andalusia/Granada 28 de novembre de 2011 (Jur 2012/42198).
STSJ Andalusia/Granada 27 de desembre de 2011 (Jur 2012/59264).
STSJ Madrid 7 de febrer de 2012 (Jur 201548).
STSJ País Basc 22 de març de 2012 (RJCA 213).
STSJ la Rioja 11 d'abril de 2012 (Jur 150915).
STSJ Andalusia/Granada 14 de novembre de 2012 (Jur 39219).
STSJ Aragó 4 de desembre de 2012 (RJCA 2013/137).
STSJ Catalunya 2 de juliol de 2013 (Jur 341587).
STSJ Madrid 31 d'octubre de 2013 (Jur 364680).
STSJ Illes Canàries 12 de maig de 2014 (Jur 198842).

STSJ Castella-la Manxa 28 de juliol de 2014 (Jur 222752).
STSJ Andalusia/Granada 17 de novembre de 2014 (Jur 2015/135766).
STSJ Múrcia 9 de desembre de 2014 (RJCA 2015/112).
STSJ Múrcia 23 de gener de 2015 (RJCA 238)
STSJ Castella i Lleó/Valladolid 13 de febrer de 2015 (RJCA 421).

Jutjats

Jurisdicció social

ST Jutjat S Madrid 19 de setembre de 2012 (AS 2013/126).

Jurisdicció contenciosa administrativa

ST Jutjat CA Madrid 10 de novembre de 2011 (Jur 2012/23294).
ST Jutjat CA núm. 5 Bilbao 22 de febrer de 2012 (Jur 2013/365622).
ST Jutjat CA Madrid 10 de novembre de 2012 (Jur 23294).
ST Jutjat Central CA núm. 11 Madrid 4 d'abril de 2013 (Jur 120887).

Convenis/acords analitzats

Acords de condicions de treball del personal funcionari

(AF1) Ajuntament de Molins de Rei (BOP Barcelona 13 de maig de 2011).
(AF2) Acord econòmic i social any 2008/2009 per als funcionaris de l'Excm. Ajuntament de La Carolina.
(AF3) Acord de Funcionaris de l'Ajuntament d'Águilas (BORMU 24 d'octubre de 2013).
(AF4) Acord de l'Ajuntament de Cieza (BORMU 12 d'abril de 2013).
(AF5) Acord regulador de les relacions entre la Corporació i el personal funcionari de l'Excm. Ajuntament de Granada (BOP Granada 7 de maig de 2013).
(AF6) Acord regulador de les condicions de treball del personal funcionari de l'Ajuntament de Gijón (BOP Astúries 10 de desembre de 2013).
(AF7) Acord regulador de les condicions de treball dels empleats públics de l'Ajuntament de Barcelona (DOGC 11 de novembre de 2011).
(AF8) Acord regulador de les condicions de treball dels funcionaris de l'Ajuntament de Cabrera de Mar (BOP Barcelona 7 d'abril de 2014).
(AF9) Pacte de funcionaris de l'Ajuntament d'Arévalo (BOP Àvila 11 de juny de 2007).
(AF10) Acord regulador de les condicions de treball de l'Ajuntament de Montmeló (BOP Barcelona 3 de juliol de 2013).

Convenis col·lectius

- (CC1) Ajuntament de Molins de Rei (BOP Barcelona 13 de maig de 2011).
- (CC2) Ajuntament de Santa Eugènia (BOIB 3 de setembre de 2009).
- (CC3) Ajuntament d'Eivissa (BOIB 27 de juny de 2009).
- (CC4) Ajuntament de Cieza (BORMU 24 d'octubre de 2013).
- (CC5) Ajuntament de Cartagena.
- (CC6) Ajuntament d'Almendralejo (DOE 2 d'octubre de 2013).
- (CC7) Ajuntament de Benahadux (BOP Almeria 26 de setembre de 2013).
- (CC8) Ajuntament de Villalpando (BOP Zamora 22 de juliol de 2015).
- (CC9) Ajuntament de Belmonte de Miranda (BOP Astúries 16 de juliol de 2015).
- (CC10) Ajuntament d'Orusco de Tajuña (BOCM 22 d'agost de 2015).

L'autora

Carolina Gala Durán és doctora en Dret i màster en Dret Comparat per la Universitat Autònoma de Barcelona (UAB). Actualment, és professora titular (acreditada a càtedra) de Dret del Treball i de la Seguretat Social en la Universitat Autònoma de Barcelona.

Ha publicat diverses monografies i nombrosos articles en revistes especialitzades en el camp del Dret del Treball i de la Seguretat Social. Les seves àrees d'especialització són la Seguretat Social, la igualtat d'oportunitats entre homes i dones, la conciliació de la vida laboral i familiar, les fórmules de descentralització productiva i els acomiadaments col·lectius.



consorci d'estudis,
mediació i conciliació
a l'administració local

cemical.diba.cat

El CEMICAL, constituït per la Diputació de Barcelona, la Federació de Municipis de Catalunya, l'Associació Catalana de Municipis i Comarques, la Federació de Serveis Públics de la UGT de Catalunya i la Federació de Serveis Públics de CCOO, té dos objectius: promoure el progrés entre els representants dels ens locals i el personal al seu servei, i afavorir la resolució dels conflictes laborals. Amb la col·lecció Estudis de Relacions Laborals, el consorci es proposa facilitar el diàleg social, mitjançant la reflexió i el debat, i abordar qüestions objecte de discussió a les meses de negociació.

Els darrers anys s'han fomentat de manera decidida les mesures de conciliació de la vida laboral i familiar dels empleats de les administracions públiques, tant des de la vessant legal com des de la negociació col·lectiva. Tot i que el fenomen ha estat general, el personal funcionari gaudeix encara d'un règim legal més favorable. Aquest llibre pretén analitzar les mesures de conciliació que consisteixen en una reducció de la jornada de treball o en una excedència per tenir cura dels fills o familiars. L'anàlisi es du a terme tant des de la perspectiva legal com jurisprudencial i convencional, centrant-se especialment en les entitats locals.

ISBN 978-84-9803-739-5



9 788498 037395

- 1** La funcionarització del personal laboral al servei de les corporacions locals catalanes: 101 preguntes, 101 respostes
- 2** L'assetjament psicològic: incidència en el sector públic
- 3** La carrera administrativa: noves perspectives
- 4** La conciliació de la vida laboral i familiar del personal al servei de les entitats locals catalanes
- 5** El personal directiu a l'Administració local
- 6** El personal laboral de les corporacions locals després de l'Estatut bàsic de l'empleat públic
- 7** Els òrgans de representació del personal funcionari: delegats i juntes de personal. Una visió crítica
- 8** L'acomiadament col·lectiu en les administracions i els ens públics. Marc general, causes i procediment
- 9** Aplicació del principi de no-discriminació al personal temporal al servei de l'Administració pública
- 10** La reducció de la jornada i l'excedència per tenir cura dels fills o els familiars a les administracions públiques