

PERMISOS Y SUSPENSIONES POR MOTIVOS DE CONCILIACIÓN Y CORRESPONSABILIDAD EN EL EMPLEO PÚBLICO Y PRIVADO

María José Romero Rodenas

*Decana y Catedrática de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Facultad de Relaciones Laborales y RRHH UCLM.*

Luis Collado García

Profesor Honorífico Facultad de Relaciones Laborales y RRHH UCLM.

Este libro ha sido posible gracias a la convocatoria de ayudas a la Investigación 2020 del Instituto de la Mujer de Castilla-La Mancha.

Primera edición: noviembre 2020

© María José Romero Rodenas y Luis Collado García

© Para esta edición: Editorial Bomarzo S.L.
c/ Dionisio Guardiola 1, 4º
02002 Albacete (España)
editorialbomarzo@editorialbomarzo.es
www.editorialbomarzo.es

Quedan rigurosamente prohibidas, sin la autorización escrita del titular del "Copyright", bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático, y la distribución de ejemplares de ella mediante alquiler.

Impreso en España.

ISBN: 978-84-18330-29-2

D.L.: AB 552-2020

Maquetación: Juan Gómez Rubio.

Diseño de portada: Javier Hidalgo Romero.

Imprime: Publicep

ÍNDICE

CAPÍTULO 1. REGLAS COMUNES APLICABLES A LOS PERMISOS RETRIBUIDOS	9
TEST DE AUTOEVALUACIÓN.....	27
CAPÍTULO 2. PERMISOS RETRIBUIDOS DEL PERSONAL LABORAL, VINCULADOS A LA CONCILIACIÓN Y CORRESPONSABILIDAD	33
I. Permiso por matrimonio	33
II. Permisos por infortunio de familiares próximos.....	40
III. Realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto	48
IV. Permiso para la realización de actividades previas a la adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento	57
V. Permiso por cuidado del lactante	61
VI. Permiso por nacimiento prematuro de hijo o hija o que por cualquier causa deban permanecer hospitalizados a continuación del parto	75
VII. Permisos a consecuencia de desplazamientos temporales de las personas trabajadoras por periodo inferior a un año.....	81
VIII. Otros permisos derivados de la negociación colectiva, planes de igualdad o acuerdos de empresa colectivos o individuales	85
TEST DE AUTOEVALUACIÓN.....	90
CAPÍTULO 3. SUSPENSIONES DEL CONTRATO DE TRABAJO DEL PERSONAL LABORAL VINCULADAS A LA CONCILIACIÓN Y CORRESPONSABILIDAD.....	97
I. Previsiones comunes a las distintas modalidades de suspensión del contrato por motivos de conciliación y corresponsabilidad	97
II. Aspectos laborales de la suspensión del contrato de trabajo de la madre biológica por nacimiento de hijas o hijos (antes suspensión por maternidad).....	100
III. Aspectos laborales de la suspensión del contrato de trabajo del progenitor distinto de la madre biológica por nacimiento de hija o hijo (antes paternidad).....	111
IV. Aspectos laborales derivados de la suspensión del contrato por adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento	117
V. Suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo	126
VI. Suspensión del contrato por riesgo durante la lactancia natural	139

TEST DE AUTOEVALUACIÓN.....	150
CAPÍTULO 4. MEDIDAS DE CONCILIACIÓN Y CORRESPONSABILIDAD DEL PERSONAL FUNCIONARIO	157
I. Aspectos generales del régimen jurídico de los permisos por motivos de conciliación y corresponsabilidad contenidos en el EBEP	157
II. Permisos Genéricos regulados en el artículo 48 EBEP que tienen relación con la conciliación y la corresponsabilidad	162
A. Permiso por fallecimiento, accidente o enfermedad grave de un familiar dentro del primer o segundo grado de consanguinidad o afinidad.....	162
B. Permiso por el tiempo indispensable para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto por las funcionarias embarazadas y, en los casos de adopción o acogimiento, o guarda con fines de adopción, para la asistencia a las preceptivas sesiones de información y preparación y para la realización de los preceptivos informes de idoneidad	169
C. Permiso por lactancia de un hijo menor de doce meses.....	169
D. Permiso por nacimiento de hijas o hijos prematuros o que por cualquier otra causa deban permanecer en situación de hospitalización	176
E. Reducción de jornada por cuidado directo de algún menor de 12 años, de persona mayor que requiera especial dedicación o de persona discapacitada que no realice actividad retribuida y también para atender a un familiar que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo y no desempeñe actividad retribuida	179
F. Reducción de jornada para atender el cuidado de un familiar de primer grado, por razones de enfermedad muy grave y por el plazo máximo de un mes	184
G. Permiso por el tiempo indispensable para el cumplimiento de deberes relacionados con la conciliación de la vida personal, familiar y laboral.....	188
H. Permiso por asuntos particulares	191
I. Permiso por matrimonio	195
III. PERMISOS ESPECÍFICOS POR MOTIVOS DE CONCILIACIÓN DE LA VIDA PERSONAL, FAMILIAR Y LABORAL DEL ARTÍCULO 49 EBEP	197
A. Permiso por nacimiento de hijo o hija para la madre biológica.....	198
B. Permiso por adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento temporal o permanente.....	206
C. Permiso del progenitor diferente de la madre biológica por nacimiento, guarda con fines de adopción, acogimiento o adopción de un hijo o hija	208

D. Permiso por cuidado de hijo/a menor de 18 años afectado por cáncer u otra enfermedad grave [artículo 49.e) EBEP]	211
IV. Otros permisos/licencias del personal al servicio de las Administraciones públicas relacionados con la conciliación/corresponsabilidad	219
A. Permiso retribuido para las funcionarias en estado de gestación	219
B. Permisos/licencias derivados de la situación de riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural	220
TEST DE AUTOEVALUACIÓN.....	223
SOLUCIÓN A LOS TEST	231

Capítulo 1

REGLAS COMUNES APLICABLES A LOS PERMISOS RETRIBUIDOS

1. ¿Dónde se contiene, con carácter general, la regulación de los permisos retribuidos para el personal laboral y funcionario?

- Artículos 37.3 y 4, 40.6 y Disposición adicional 22ª ET.
- Artículos 7, 48, 49 y 51 EBEP.

2. ¿Qué normativa es de aplicación cuando se trate de personal laboral en el empleo público?

Con relación a los permisos de nacimiento, adopción, del progenitor diferente a la madre biológica y lactancia, será de aplicación lo dispuesto en el EBEP conforme a lo establecido en la Disposición adicional 22ª ET, en relación con el artículo 7, párrafo segundo, del EBEP.

Artículo 7, párrafo segundo EBEP

“... en materia de permisos de nacimiento, adopción, el progenitor diferente de la madre biológica y lactancia, el personal laboral al servicio de las Administraciones públicas se regirá por lo previsto en el presente Estatuto, no siendo de aplicación a este personal, por tanto, las previsiones del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores sobre las suspensiones de los contratos de trabajo que, en su caso, corresponderían por los mismos supuestos de hecho”.

3. ¿Y qué sucede con el resto de permisos no citados por dichas Disposiciones legales?

El artículo 51 EBEP dispone que en materia de permisos del personal laboral “se estará a lo establecido en este capítulo y en la legislación laboral correspondiente”, sin establecer ninguna preferencia aplicativa entre los dos tipos de normas reguladoras.

4. ¿Significa lo anterior que al personal laboral en el empleo público le es de aplicación, en materia de permisos, tanto el ET como el EBEP?

Dependerá del tipo de permiso de que se trate ya que en aquellos a los que se ha hecho referencia anteriormente (artículo 7 EBEP y Disposición adicional 22ª ET) es de aplicación exclusiva el EBEP, pero con relación al resto será de aplicación la normativa que en conjunto resulte más favorable.

Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 2019, rec. 238/2017.

Al personal laboral de las Administraciones públicas le es de aplicación “los dos textos normativos del rango legal (ET y EBEP), siendo, obviamente, inócua, la duplicidad de regulación cuando las condiciones sean estrictamente coincidentes en ambos textos legales, más debiendo primar en otro caso la que resulte más favorable por mor, precisamente, del mandato del citado artículo 51 EBEP”.

5. ¿Se podrían escoger los aspectos más favorables de cada normativa en relación a un mismo permiso?

La doble regulación lo que comporta es un sistema complementario, lo cual supone que en esta materia de permisos se han de garantizar los mínimos impuestos por ambas legislaciones “sin que ello implique la acumulación de permisos fijados para el mismo supuesto, de suerte que de lo que se trata es de alcanzar el resultado mínimo de la legislación integrada por el EBEP y por las normas laborales, pero no de sumar una y otra cuando incidan sobre un mismo derecho” (SSTS 13 de febrero de 2019, rec. 240/2017 y 29 de junio de 2010, rec. 111/2009).

6. ¿Tendría derecho el personal laboral de la Administración a los permisos retribuidos por asuntos propios regulados en el EBEP?

En aquellos casos en los que no exista convenio colectivo aplicable entendemos que el personal laboral tendrá derecho a los permisos por asuntos propios regulados en el artículo 48.1.k) EBEP, sin embargo cuando exista convenio colectivo que regule el régimen de permisos del personal laboral de la Administración, el convenio será de aplicación preferente, ya que el artículo 48.1.k) EBEP no es norma de derecho necesario indisponible para los negociadores del convenio (SSTS 19 de abril de 2011, rec. 2007/2010; 8 de febrero de 2011, rec. 2179/2010 y 1 de febrero de 2011, rec. 2552/2010, entre otras).

Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 2010, rec. 4318/2009.

El permiso por asuntos particulares que regula el artículo 48.1.k) EBEP no es precepto de derecho necesario. Las normas jurídicas relativas a los denominados “días de libre disposición” contenidas en el EBEP no resultan aplicables con preferencia a las establecidas en el convenio.

7. ¿Puede intervenir la negociación colectiva en la regulación de los permisos retribuidos establecidos legalmente?

Puede hacerlo, bien sea desarrollando y ampliando los permisos legalmente establecidos, o bien creando otros nuevos con regulación específica en el convenio colectivo.

8. ¿Goza de libertad absoluta el convenio colectivo, de sector o de empresa, para regular dichos permisos?

Si se trata de permisos regulados en el artículo 37.3 EBEP se viene entendiendo que tal normativa es de derecho necesario y por tanto el convenio podría mejorar, pero en ningún caso disminuir, los permisos contenidos en dicha norma (STS 25 de enero de 2011, rec. 2016/2009).

Ejemplo práctico

Si en un convenio colectivo se establece que el permiso por fallecimiento de un familiar de segundo grado de afinidad es de un día, tal Disposición del convenio sería ilegal por vulnerar el artículo 37.3.b) ET (STS 25 de enero de 2011, rec. 216/2009).

9. ¿En qué consisten los permisos retribuidos?

Son breves ausencias o interrupciones retribuidas de la actividad laboral, establecidas legal o convencionalmente, cuyo disfrute computa a todos los efectos como tiempo de trabajo efectivo.

10. ¿Se podría decir que los permisos retribuidos son en realidad tiempos de descanso?

No exactamente, ya que no tienen como finalidad el que las personas trabajadoras se repongan física y psicológicamente del trabajo efec-

tuado, si no que persiguen facilitar la realización de ciertas actividades necesarias que coinciden en el tiempo con la jornada de trabajo. Por otra parte y a diferencia de los descansos (vacaciones, festivos, descanso semanal, etc.) no tienen carácter periódico.

11. ¿Pueden diferirse los permisos a un momento posterior al del hecho causante que da lugar a su disfrute?

En principio no, ya que los mismos han de tomarse a continuación del hecho, suceso o acontecimiento que da lugar a su nacimiento, sin que por tanto quepa separar temporalmente el hecho causante y el ejercicio del derecho (STSJ Madrid de 10 de junio de 2019, rec. 140/2019). No obstante en algún caso los tribunales han admitido el disfrute en fecha distinta de la inmediatamente posterior (STSJ Madrid, cont.-admtvo., de 7 de junio de 2019, rec. 760/2017).

12. ¿Podría el convenio colectivo flexibilizar el disfrute, anticipando o difiriendo el comienzo del permiso?

Sí podría hacerlo y así por ejemplo en el permiso por infortunio familiar (enfermedad u hospitalización de un pariente próximo, accidente, etc.) cuando sean varias las personas con derecho a permiso retribuido por un mismo causante, resulta razonable establecer un escalonamiento de su ejercicio para los familiares con derecho al mismo.

Ejemplo práctico

En caso de ingreso hospitalario por enfermedad grave de una persona de avanzada edad, se generaría el derecho al permiso retribuido en favor de todos sus familiares hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, resultando absurdo que todos ellos se vieran forzados a utilizar el permiso en los días inmediatamente siguientes al ingreso, siendo más favorable que en estos casos el permiso pudiera diferirse en el tiempo, en tanto se mantuvieran las circunstancias que dan lugar al mismo.

13. ¿Puede iniciarse el disfrute del permiso en un día no laborable?

Se trata de una cuestión polémica sujeta a variadas interpretaciones ante la ausencia de regulación legal, si bien las SSTS de 17 de marzo de

2020, rec. 193/2018 y 13 de febrero de 2018, rec. 266/2016, analizando el contenido de distintos convenios colectivos estatales ha señalado que la fecha de comienzo debe coincidir con un día laborable, cuando el hecho causante se produce en festivo.

14. Cuando el convenio colectivo amplíe y mejore el régimen de permisos establecido en el ET ¿sería válida la cláusula del convenio en la que se mantiene que el cómputo se inicia el día del hecho causante, aunque sea no laboral?

En estos casos de mejora de la duración mínima de los permisos establecida en el ET, se ha admitido la validez de la cláusula que mantiene el inicio del cómputo por días naturales (STSJ Cantabria de 1 de febrero de 2019, rec. 867/2018).

15. Iniciado el permiso en día laborable ¿el cómputo de su duración ha de efectuarse por días naturales o laborables?

La sentencia del TS antes citada de 13 de febrero de 2018 no resuelve la cuestión, aunque parece insinuar que en el cómputo se deben tener en cuenta días laborables y no laborables, criterio que no se comparte ya que los permisos se reconocen para su disfrute en días laborables, pues en días festivos no son necesarios los permisos ya que no se trabaja.

16. ¿Existe algún supuesto legal en el que el cómputo de días de permiso se lleve a cabo por días naturales?

El artículo 37.3.a) ET dispone que cuando se trate de permiso por matrimonio su duración tendrá en cuenta los días naturales. Sin embargo, tratándose de personal funcionario el artículo 48.l) EBEP y con relación a este mismo permiso, no se matiza que los días sean naturales, por lo que en algún caso se ha mantenido el carácter laborable para el personal del sector público, como parece inferirse de la STSJ Castilla-La Mancha, contencioso, de 15 de enero de 2018, rec. 175/2016 (en contra de este criterio y manteniendo el carácter de días naturales STSJ Canarias/Tenerife, contencioso, de 30 de abril de 2008, rec. 293/2006 y Juzgado de lo Social 1 de Logroño sentencia 281/2018, de 14 de noviembre, rec. 3/2018). En igual sentido la resolución de la Secretaría de Estado de

14 de diciembre de 1992, que aprueba el procedimiento de gestión de recursos humanos, establece que el cómputo se llevará a cabo por días naturales.

17. ¿Podría pactarse en la negociación colectiva el momento inicial y el cómputo de disfrute de los permisos?

No existe impedimento alguno para ello, siempre con el límite de respetar los mínimos legalmente establecidos de manera que el convenio colectivo puede contener una regulación más favorable y desarrollar el inicio y la duración de tales permisos.

18. ¿Qué ocurre si el hecho causante del permiso coincide con un momento en el que la persona trabajadora no viene obligada a prestar servicios, como sucede en vacaciones, situaciones de IT u otras de naturaleza análoga?

En estos casos el permiso quedaría absorbido por estas situaciones, aunque también aquí el convenio, el plan de igualdad, en su caso, o el acuerdo individual, podrían establecer el disfrute en fecha posterior. Sobre esta cuestión la Audiencia Nacional mediante Auto 57/2018, de 3 de septiembre, planteó una cuestión prejudicial ante el TJUE a fin de precisar si el artículo 7 de la Directiva 2003/88/CE debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que permite simultanear las vacaciones anuales con el disfrute de permisos retribuidos para atender finalidades distintas del descanso, el ocio o el esparcimiento; habiéndose resuelto dicha cuestión mediante STJUE de 4 de junio de 2020, asunto C-588/2018, en el sentido de que las previsiones de la Directiva 2003/88/CE no resultan de aplicación a una normativa nacional que absorbe los permisos retribuidos por el periodo vacacional.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de junio de 2020, asunto C-588/2018

“Los artículos 5 y 7 de la Directiva 2003/88/CE ... relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, deben interpretarse en el sentido de que no se aplican a una normativa nacional que no permite a los trabajadores reclamar el disfrute de los permisos retribuidos que contempla

esta normativa en días en los que estos trabajadores deben trabajar cuando las necesidades y obligaciones para las que están previstos estos permisos retribuidos se produzcan durante los periodos de descanso semanal o de vacaciones anuales retribuidas contemplados en estos artículos.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 23 de noviembre de 2015, rec. 3684/2015.

El convenio colectivo puede establecer la inmunidad del permiso a los periodos de descanso, incluyendo vacaciones, de forma que producido el hecho causante que da lugar al permiso se interrumpe el periodo vacacional para a continuación disfrutar estas en su integridad.

19. ¿Afectaría en alguna forma a los permisos el hecho de que la persona trabajadora tuviera concertado su contrato de trabajo a tiempo parcial?

Entendemos que no puede establecerse diferencia alguna por tal circunstancia y así lo han venido reconociendo nuestros tribunales. A título de ejemplo la STSJ del País Vasco, cont.-admtvo., de 12 de junio de 2018, apelación 234/2018, mantiene dicho criterio en relación con la acumulación de horas por permiso de lactancia. No obstante lo anterior y tratándose de permisos por asuntos propios establecidos en convenio colectivo, el TS ha mantenido, como veremos, que su duración ha de ser proporcional a la jornada de trabajo (STS 1 de diciembre de 2015, rec. 27/2015).

20. ¿Cómo deben retribuirse los permisos?

La retribución será igual a la que hubiera correspondido en caso de haber realizado trabajo efectivo, por lo que se tendrá derecho al conjunto de las retribuciones básicas y complementarias (SSTSJ Navarra de 29 de junio de 2006, rec. 198/2006 y 30 de septiembre de 2004, rec. 246/2004 o Cataluña de 16 de octubre de 2003, rec. 4232/2003).

21. ¿Podría excluirse algún concepto de su retribución?

Sería admisible la exclusión de complementos que compensen una actividad fuera de lo normal, como es el caso de las horas extraordinarias, y también los complementos extrasalariales vinculados a

la asistencia al trabajo tales como los pluses de locomoción, los de transporte, las dietas, etc. En algunos casos se ha excluido de la retribución conceptos tales como la toma y deje del servicio, nocturnidad, turnicidad, toxicidad, entre otros, al no hacerse referencia expresa al convenio a su inclusión en la retribución de los permisos (STSJ Madrid de 12 de diciembre de 2019, rec. 610/2019).

Ejemplo práctico

Si los trabajadores y trabajadoras de la empresa perciben un plus por desplazamiento para compensar los gastos de asistencia al centro de trabajo, dicho complemento no salarial podría excluirse en el abono de los permisos no retribuidos.

22. Tratándose de complementos salariales vinculados a la efectiva prestación de servicios tales como nocturnidad, penosidad, trabajo en festivos, etc. ¿procedería su abono durante los permisos retribuidos?

El criterio mayoritario, a salvo de previsión en convenio o acuerdo, es que no procedería su abono (SSTS 18 de marzo de 2009, rec. 98/2007 y 9 de marzo de 2007, rec. 1968/2005). No obstante la SAN de 24 de mayo de 2019, proc. 88/2019, admite la inclusión de los pluses de idiomas y nocturnidad en la retribución de los permisos, y en la STSJ de La Rioja de 12 de septiembre de 2019, rec. 141/2019, se incluye en la retribución el plus de penosidad.

23. ¿Procedería el abono en estos casos de los complementos de productividad basados en la calidad y cantidad de trabajo?

Aun cuando no existe un criterio unánime entendemos que procedería su abono, ya que lo contrario implicaría penalizar a las personas trabajadoras por la solicitud de dichos permisos. En este sentido la STS de 9 de diciembre de 2009, rec. 8/2008, dispone que en la retribución han de ser incluidos los conceptos salariales variables y también los vinculados a objetivos.

24. ¿Podría el convenio colectivo reducir la retribución de los permisos por debajo de la retribución ordinaria habitualmente percibida?

Dado que el artículo 37 ET no establece la forma de retribución de los permisos, existen pronunciamientos judiciales que han dado validez a las disposiciones de los convenios colectivos que establecen una retribución más baja de la normal o media habitualmente percibida.

Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 2012, rec. 80/2011.

La retribución de los permisos con el salario base y la antigüedad conforme a lo establecido en el convenio colectivo de industrias cárnicas, respeta los mínimos necesarios establecidos en el convenio 132 de la OIT y, en consecuencia, es ajustada a derecho la retribución de los permisos en tales términos.

25. ¿Goza de libertad absoluta el convenio colectivo para limitar los conceptos salariales que retribuyen los permisos?

En ningún caso se podría incurrir en discriminación pues como señala la STS, Sala General, de 3 de diciembre de 2019, rec. 141/2018, los conceptos computables se determinan por negociación colectiva, salvo que se aprecie discriminación, en cuyo caso serían nulas las previsiones del convenio en aplicación de lo establecido en el artículo 17.1 ET, por lo que cuando se trate de ausencias del puesto de trabajo por situaciones que tienen mayor impacto en el colectivo de mujeres, la exclusión del sistema de retribución variable es discriminatoria (ver también sobre el tema SSTS de 10 de enero de 2017, rec. 283/2015 y 27 de mayo de 2015, rec. 103/2014).

26. En el caso de existir una retribución variable por objetivos ¿cómo afectaría el disfrute de los permisos al cumplimiento de dichos objetivos?

En este caso los permisos no pueden ser computados como ausencias al trabajo, por lo que su tratamiento ha de ser el propio del trabajo efectivo (SSTS 16 de julio de 2019, rec. 69/2016 y 10 de enero de 2017, rec. 283/2015).

27. El tiempo de duración de los permisos ¿tendría la consideración de tiempo de trabajo efectivo?

Sí tendría dicha consideración tanto a efectos retributivos como de Seguridad Social, máxime cuando tales permisos tengan relación con

el ejercicio de derechos fundamentales o con la conciliación de la vida personal, laboral y familiar (STS 18 de mayo de 2016, rec. 140/2015).

RECUERDA

Si en un convenio colectivo existe un complemento retributivo para el caso de que el nivel de absentismo en la empresa no supere determinado porcentaje, no sería ajustado a derecho computar como absentismo las ausencias al trabajo por hacer uso de cualquiera de los permisos retribuidos que regula el ordenamiento jurídico.

28. ¿Qué requisitos son exigibles para hacer uso de los permisos retribuidos?

A salvo de lo que pueda establecer la negociación colectiva, el ET impone la obligatoriedad del preaviso y la justificación de la causa.

29. El hecho de que exista la obligación de preavisar ¿implica que su disfrute está condicionado a la autorización por parte de la empresa?

No, ya que el hecho de ponerlo previamente en su conocimiento no supone condicionar el permiso a la autorización empresarial.

30. Una vez que se ha puesto en conocimiento de la empresa que se va a iniciar el disfrute de un permiso ¿es necesario esperar la contestación antes de hacer uso del permiso?

No es necesario, ya que los permisos no se someten a autorización previa por parte de la empresa (STSJ Canarias/Tenerife de 13 de diciembre de 2004, rec. 844/2004).

RECUERDA

Si una persona trabajadora pone en conocimiento de la empresa que en un día determinado iniciará el permiso por matrimonio, no es necesario que la empresa autorice el permiso en cuestión, al no estar sometido a previa autorización.

31. ¿Qué ocurre si se disfruta un permiso sin preavisarlo previamente?

Por razones de urgencia podría no preavisarse un permiso (hospitalización urgente de un familiar, accidente, fallecimiento, etc.), pero habría de ponerse en conocimiento de la empresa tan pronto como fuera posible, pues de lo contrario podría sancionarse la conducta de la persona trabajadora, existiendo pronunciamientos judiciales, en nuestra opinión excesivamente rigurosos, en los que, ante la inexistencia de comunicación, se ha declarado la procedencia del despido por faltas injustificadas de asistencia al trabajo (STS) Asturias de 16 de octubre de 2009, rec. 2235/2009).

32. ¿Podría denegar la empresa un permiso preavisado en legal forma?

Podría denegarlo solo en el caso de que entendiera que no concurren los requisitos exigibles para ello, como sucedería en el caso de solicitarlo, por ejemplo, por enfermedad grave de un familiar que no está comprendido en los grados de consanguinidad o afinidad legal o convencionalmente establecidos.

33. Ante la negativa de la empresa al disfrute de un permiso ¿estaría legitimada la persona trabajadora para ausentarse del puesto de trabajo?

Si no existe duda alguna sobre el ejercicio del derecho, consideramos que la conducta de la persona trabajadora no puede ser objeto de sanción alguna. Ahora bien, si se tiene una discrepancia jurídica entre las partes sobre la procedencia del derecho, parece aconsejable denunciar la situación ante la Inspección de Trabajo o formular reclamación judicial.

34. ¿En algún caso podría estar condicionado el permiso a autorización previa por parte de la empresa?

Si se trata de un permiso cuyo origen se encuentra en un convenio colectivo y dicho convenio lo condiciona a autorización previa empresarial, habría de respetarse la previsión contenida en el convenio.

Ejemplo práctico

Si el convenio establece un permiso retribuido para atender asuntos propios de los trabajadores/as, y condiciona la fecha de disfrute al acuerdo previo entre las partes o a la autorización de la empresa, en tal caso el disfrute habrá de respetar las disposiciones del convenio que regulan el permiso en cuestión.

35. Cuando la negativa empresarial fuera injustificada y así se acreditara por una resolución judicial ¿cabría la posibilidad de reclamar daños y perjuicios?

Entendemos que sí, en todos los casos, y máxime si se aprecia judicialmente que la decisión empresarial ha vulnerado algún derecho fundamental de las personas trabajadoras.

36. ¿Cuál sería el procedimiento judicial a seguir en estos casos?

Si se trata del ejercicio de un permiso relacionado con la conciliación o corresponsabilidad debe seguirse el procedimiento del artículo 139 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (Disposición adicional 19ª ET), sin perjuicio de que en ese procedimiento pudiera también invocarse la vulneración de derechos fundamentales (artículo 184 Ley Reguladora de la Jurisdicción Social).

Artículo 183.1 Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

“Cuando la sentencia declare la existencia de vulneración, el juez deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que, en su caso, le corresponda a la parte demandante por haber sufrido discriminación u otra lesión de sus derechos fundamentales y libertades públicas, en función tanto del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental, como de los daños y perjuicios adicionales derivados”.

37. ¿Qué plazo ha de tenerse en cuenta para preavisar la utilización de un permiso?

No existe un plazo legalmente establecido y aun cuando cabe su regulación por convenio, el criterio a seguir es el de que el preaviso estará en función de cual sea la causa que motiva el permiso, debiendo en todo caso actuarse siguiendo las reglas de la buena fe.

38. ¿Podría establecerse un preaviso general para todos los permisos retribuidos?

No parecería razonable, ya que existen permisos cuyo hecho causante se presenta de forma súbita e imprevisible (enfermedad, accidente, fallecimiento, etc.), mientras que en otros casos la persona trabajadora puede conocer los hechos que dan lugar al mismo con una antelación considerable (matrimonio, traslado de domicilio, etc.).

39. ¿Pueden existir supuestos que estén exentos del preaviso?

Como se ha puesto de manifiesto anteriormente, estarían exentos los permisos que obedezcan a infortunios familiares, al tratarse de hechos totalmente ajenos a la voluntad de las personas trabajadoras, sin perjuicio de acreditar posteriormente la concurrencia de la causa justificativa.

Ejemplo práctico

En el caso de accidente grave de un familiar, el disfrute del permiso quedaría exento de preaviso, sin perjuicio de la obligación de notificar la ausencia tan pronto como ello fuera posible, justificando posteriormente la causa de incomparecencia al trabajo.

40. ¿Se exige alguna formalidad para preavisar el disfrute de un permiso retribuido?

No, ya que basta con poner en conocimiento de la empresa los hechos que dan lugar al mismo, si bien sería recomendable que la notificación se realice por escrito, acusando recibo de la misma.

41. ¿Ha de justificar la persona trabajadora la concurrencia de la causa que justifica el permiso?

Sí, ha de hacerlo en todo caso ya que se trata de una exigencia legal establecida en el artículo 37.3 ET.

42. ¿Qué ocurre si no se justifica la causa del permiso, tras haber disfrutado del mismo?

En tal caso las ausencias al trabajo constituirían un incumplimiento contractual que podría ser objeto de sanción (STS 13 de marzo de 2007, rec. 39/2006 o STSJ Madrid de 18 de enero de 2016, rec. 731/2015).

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 10 de junio de 2019, rec. 140/2019.

La ausencia laboral que se trata de justificar en concepto de permiso retribuido no se puede apreciar en este caso, pues, según el art. 28.c) del citado convenio, se concede de *“en caso de accidente, enfermedad grave u hospitalización, o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario”*. Es decir, se prevé para un momento puntual de particular relevancia sanitaria. Ninguna de estas situaciones puede equipararse a una lumbociatalgia presentada meses antes del permiso ... sin acreditarse agravación relevante y menos impedimento para ir a trabajar.

43. ¿Podría invocarse por la persona beneficiaria del permiso que la justificación del mismo vulnera su derecho a la intimidad?

Cuando la justificación requerida sea razonable e idónea al fin pretendido (libro de familia, certificado de defunción, justificante de ingreso hospitalario, etc.) ha de considerarse que tal exigencia no vulnera el derecho fundamental a la intimidad garantizado por el artículo 18.1 CE.

44. ¿Qué permisos recoge el ET relacionados directa o indirectamente con la conciliación y corresponsabilidad?

- Matrimonio (artículo 37.3.a).
- Por infortunios familiares (artículo 37.3.b).
- Por traslado del domicilio familiar (artículo 37.3.c).
- Para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto (artículo 37.3.f).
- Asistencia a sesiones preparatorias de la declaración de idoneidad en supuestos de adopción o acogimiento (artículo 37.3.f).
- Cuidado del lactante (artículo 37.4).

- Nacimiento prematuro de hijo/a o que, por cualquier causa deban permanecer hospitalizados a continuación del parto (artículo 37.5).
- Desplazamiento temporal de las personas trabajadoras por tiempo inferior a un año (artículo 40.6).

45. ¿Se mantiene en la actualidad el permiso por nacimiento de hijo/a?

Tras la entrada en vigor del RDL 6/2019 ha desaparecido la referencia a este permiso que se contenía en el artículo 37.3.b) ET, por lo que en la actualidad carece de cobertura legal (STSJ País Vasco de 16 de julio de 2019, procedimiento 16/2019), salvo que el convenio colectivo posibilite su disfrute tras la suspensión del contrato por nacimiento (maternidad y paternidad).

46. ¿Significa lo anterior que han quedado derogadas las cláusulas de los convenios colectivos que regulaban este permiso por nacimiento de hijo/a?

No necesariamente. Si el convenio se limita a reproducir el texto del ET en su versión anterior o a establecer que se disfrutará a continuación del parto, deberá entenderse que el permiso ha quedado derogado, ya que el disfrute de la suspensión de los contratos por nacimiento y cuidado del menor (antes maternidad y paternidad) a continuación del parto, impiden la posibilidad de su disfrute. Por el contrario, si el convenio admite la posibilidad de diferir el disfrute a la fecha de finalización de las citadas suspensiones, o cuando se están disfrutando a tiempo parcial, en tal caso se podrá seguir manteniendo su vigencia, siendo este el criterio mantenido por la SSAN de 5 de marzo y 21 de febrero de 2020, procs. 278 y 275/2019.

Sentencia de la Audiencia Nacional de 21 de febrero de 2020, proc. 275/2019.

La supresión del permiso retribuido por nacimiento de hijo llevada a cabo por el artículo 2 del RDL 6/2019 no implica la derogación de los permisos y licencias previstos en los convenios colectivos que mejorasen el desaparecido permiso retribuido por nacimiento, máxime cuando en este caso la existencia de la mejora no se vincula directamente por las partes negociadoras

a la previa existencia de un derecho similar reconocido en el marco legal general que se mejora; siendo compatible este permiso previsto en el convenio colectivo con la supresión del contrato de trabajo por cuidado de menor.

47. Los permisos por asuntos propios ¿deben tener el mismo tratamiento que los permisos retribuidos del artículo 37.3 ET?

Dado que estos permisos carecen de regulación legal al ser fruto de la negociación colectiva en el ámbito laboral, habrá que atender a los convenios colectivos que crean los mismos para conocer su verdadero alcance, ya que en algunos casos puede tratarse de permisos o licencias no retribuidas, mientras que en otros se configuran como permisos retribuidos, con una naturaleza jurídica similar a la de los regulados en el ET.

48. Los permisos por asuntos propios ¿computan como jornada efectiva de trabajo a efectos de determinar el cumplimiento de la jornada ordinaria mensual o anual?

El TS ha establecido como doctrina general que los permisos por asuntos propios no son tiempo de trabajo efectivo, admitiendo la validez de la práctica empresarial de exigir su recuperación (SSTS 26 de septiembre de 2011, rec. 744/2011; 20 de septiembre de 2011, rec. 175/2010 y 14 de marzo de 2011, rec. 125/2010). No obstante, habrá de atenderse en todo caso a lo establecido en el convenio colectivo que los regule, ya que de la normativa convencional puede inferirse su no recuperación (STS 16 de octubre de 2012, rec. 269/2011; SAN 22 de marzo de 2018, proc. 93/2018 y STSJ Madrid de 29 de junio de 2018, rec. 113/2018).

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 26 de noviembre de 2014, rec. 992/2014.

“debe concluirse que los días de licencia para asuntos propios regulados en el convenio de aplicación durante cuyo disfrute no se realiza prestación laboral alguna, no pueden considerarse tiempo de trabajo efectivo, al no existir previsión al respecto ni en el propio convenio ni en acuerdo individual o colectivo, ni por ello puede descontarse de la jornada anual de 1.800 días fijada en el convenio colectivo, debiendo estimarse el recurso formulado y revocarse la sentencia de instancia”.

49. Las licencias o permisos por asuntos propios ¿tienen la misma duración para los trabajadores con contrato a tiempo parcial?

Cuando el convenio colectivo no establece ninguna previsión al respecto, nuestros tribunales han venido entendiendo que los trabajadores a tiempo parcial disfrutarán estas licencias o permisos por asuntos propios en proporción a su jornada de trabajo (STS 1 de diciembre de 2015, rec. 27/2015 y STSJ Madrid de 27 de junio de 2016, rec. 198/2016) a diferencia de lo que sucede con los permisos regulados en el ET.

50. Cuando no pueda disfrutarse en el año natural el permiso por asuntos propios, ¿podría diferirse su disfrute al año siguiente?

Si no está previsto en convenio colectivo se viene entendiendo que no es posible dicho disfrute durante el año natural siguiente.

Sentencia del Tribunal Superior de Asturias de 11 de diciembre de 2018, rec. 2383/2018.

La trabajadora no tiene derecho a disfrutar, fuera del periodo convencionalmente establecido para ello, los permisos por asuntos propios que no haya podido disfrutar por encontrarse en situación de incapacidad temporal.

51. Tratándose de personal funcionario ¿los permisos regulados en el EBEP son los mismos que los contenidos en el ET para el personal laboral?

No, ya que el EBEP regula en su artículo 48.a), b) y c) determinados permisos que en el ET aparecen como suspensiones de contrato (parto; adopción, guarda o acogimiento y paternidad); reconociendo también un permiso a las funcionarias víctimas de violencia de género (artículo 48.d), que en el ET se configura como reducción de jornada (artículo 37.8 ET). Asimismo el EBEP otorga carácter de permiso retribuido al reconocido para cuidado de menor afectado por cáncer u otra enfermedad grave, mientras que el ET para tales supuestos solo admite la reducción de jornada. Por otra parte, los permisos por asuntos propios que carecen de regulación en el ET, cuando se trata de personal funcionario se configuran como permisos

sos retribuidos por asuntos particulares, refiriéndose a los mismos el artículo 48.k) EBEP.

52. La prolongación de un permiso más allá del plazo legal o convencional establecido ¿cómo se calificaría?

Serían faltas injustificadas de asistencia al trabajo que en función de su duración pueden incluso justificar un despido procedente (SSTSJ Comunidad Valenciana de 10 de marzo de 2005, rec. 3634/2004; Cataluña de 29 de septiembre de 2003, rec. 2781/2003 o Castilla-La Mancha de 24 de abril de 2002, rec. 418/2002).

53. Los trabajadores y trabajadoras de una ETT, puestos a disposición de otra empresa, ¿pueden disfrutar de los permisos establecidos en el plan de igualdad de la empresa usuaria?

Dado que ha de existir una equiparación total entre las personas trabajadoras directamente contratadas por la empresa usuaria y las cedidas por la ETT, estas últimas tendrán derecho a los permisos recogidos en el plan de igualdad de la usuaria (STS 13 de noviembre de 2019, rec. 75/2018).

TEST DE AUTOEVALUACIÓN

1. Al personal laboral al servicio de la Administración pública ¿qué normativa se le aplica en materia de permiso por nacimiento de hijos/as?

- a) El Estatuto de los Trabajadores.
- b) El Estatuto Básico del Empleado Público.
- c) Ha de estarse a lo establecido en el convenio.

2. ¿Qué carácter se atribuye a las normas del ET que regulan el régimen de permisos del personal laboral?

- a) Son normas de derecho dispositivo por lo que el convenio colectivo puede elevar o reducir los permisos del ET.
- b) Son normas de derecho necesario absoluto por lo que el convenio no puede regular esta materia.
- c) Se trata de normas de derecho necesario relativo, pudiendo el convenio mejorar, pero no empeorar, sus condiciones.

3. ¿Jurídicamente se puede establecer una equivalencia entre los permisos retribuidos y otros descansos como las vacaciones?

- a) Sí, ya que en ambos casos no existe obligación de trabajar.
- b) Tanto los permisos como las vacaciones son periodos de descanso para las personas trabajadoras.
- c) Tienen distinta naturaleza jurídica ya que la finalidad de los permisos no es facilitar el descanso, si no posibilitar la realización de ciertas actividades.

4. ¿Tienen carácter retribuido todos los permisos por razones personales y familiares?

- a) Sí, con independencia de que tengan origen legal o convencional.
- b) Tienen carácter retribuido los permisos legales, mientras que los de origen convencional habrá de atenderse a su regulación en el convenio.
- c) El convenio puede excluir la retribución de los permisos, aunque tengan origen legal.

5. ¿Se podría iniciar el permiso por matrimonio en fecha anterior o posterior a su celebración?

- a) No, en ningún caso.
- b) Sería necesario que existiera acuerdo con la empresa o que lo posibilitara el convenio.
- c) La fecha de inicio es decisión exclusiva de la persona trabajadora que lo solicita.

6. Si una trabajadora contrae matrimonio estando de baja por IT ¿tendría derecho al permiso una vez fuera dada de alta?

- a) Sí tendría derecho.
- b) No tendría derecho en ningún caso.
- c) Tendría derecho si así lo establece el convenio colectivo aplicable.

7. ¿Se tendría derecho al plus de transporte durante el disfrute de un permiso que exonera de asistencia al trabajo?

- a) No tendría derecho.
- b) Tendría derecho al promedio de todos los ingresos incluidos los extrasalariales.
- c) El disfrute del permiso no puede suponer la pérdida de cualquier derecho.

8. ¿Podrían computarse los periodos como faltas de asistencia que permitieran la extinción del contrato por causas objetivas del artículo 52 ET?

- a) Se computan todas las ausencias aunque estén justificadas.
- b) Los permisos quedan excluidos del cómputo.
- c) Dependerá de lo que establezca el convenio colectivo.

9. ¿Los permisos retribuidos se computan como días efectivos de trabajo?

- a) Se computan como tiempo de trabajo efectivo tanto si tienen origen legal o convencional.
- b) Nunca se computan como tiempo efectivo de trabajo.
- c) Si el permiso tiene origen convencional habrá de estarse a lo que establezca el convenio colectivo.

10. El personal del servicio doméstico ¿tiene derecho a los permisos retribuidos regulados en el ET?

- a) No, ya que se trata de una relación laboral especial.
- b) Sí, tienen derecho a los permisos del ET.
- c) No, ya que no existe convenio colectivo de aplicación que regule tales permisos.

11. ¿Podría iniciarse un permiso sin notificación previa a la empresa?

- a) No, en ningún caso.
- b) No es obligatoria la notificación previa.
- c) Solo en casos excepcionales, cuando no haya sido posible la notificación previa.

12. ¿Ha de justificarse con carácter previo a su disfrute la concurrencia de la causa que posibilita el permiso?

- a) Puede justificarse antes o después de su disfrute.
- b) Siempre debe justificarse antes.
- c) No es necesaria la justificación, bastando con la comunicación a la empresa.

13. Si concurre la causa que justifica el permiso, pero no se utiliza con la finalidad legalmente prevista ¿podría ser objeto de sanción la persona que haga uso del permiso en esas condiciones?

- a) No, ya que concurre la causa que da lugar al permiso.
- b) No, ya que su no utilización adecuada es ajena a la relación laboral.
- c) La persona trabajadora que actúa en esa forma podría ser sancionada.

14. ¿Podría la negociación colectiva establecer diferencias retributivas en el abono de los permisos en función del carácter fijo o temporal del contrato?

- a) Sí podría hacerlo.
- b) Podría hacerlo si se justifica adecuadamente la diferencia de trato.
- c) Se trataría de una práctica discriminatoria y por tanto nula de pleno derecho.

15. Los permisos retribuidos de origen legal ¿pueden tener la condición de recuperables?

- a) No, en ningún caso.
- b) Sí podrían ser objeto de recuperación si así lo dispone el convenio colectivo aplicable.
- c) Siempre tienen carácter de recuperables.

16. Si finaliza el contrato de trabajo cuando se está disfrutando de un permiso retribuido ¿se tendría derecho al abono de la parte del permiso pendiente de disfrutar?

- a) Sí, al igual que sucede con las vacaciones no disfrutadas.
- b) No procedería el abono en ningún caso, al haberse extinguido la relación laboral.
- c) Ninguna solución es correcta.

17. ¿Podría la empresa denegar un permiso basándose en razones organizativa o productivas?

- a) Si así lo hiciera, su decisión sería ilegal.
- b) Podría denegar el permiso por razones de urgencia.
- c) Podría la empresa aplazar a otras fechas el disfrute del permiso, cuando concurren circunstancias excepcionales.

18. ¿Podría un trabajador reclamar daños y perjuicios por la denegación injustificada de un permiso?

- a) No podría reclamar tales daños y perjuicios, dada la escasa duración de los permisos.
- b) Solo podría hacerlo si se faculta el convenio colectivo para ello.
- c) Podría reclamar tales daños y perjuicios en cualquier caso.

19. ¿Qué ocurre si se disfruta del permiso y no se justifica posteriormente la causa?

- a) Se disminuiría el periodo de vacaciones.
- b) Se producirían faltas de asistencia al trabajo injustificadas.
- c) No tendría ninguna consecuencia si el trabajador ha actuado de buena fe.

20. Los días de asuntos propios establecidos en convenio colectivo ¿tienen el carácter de recuperables?

- a) Habrá de estarse a lo dispuesto en el convenio colectivo que los regula.
- b) Nunca pueden tener carácter recuperable.
- c) Siempre son días recuperables.

Capítulo 2

PERMISOS RETRIBUIDOS DEL PERSONAL LABORAL, VINCULADOS A LA CONCILIACIÓN Y CORRESPONSABILIDAD

I. PERMISO POR MATRIMONIO

54. ¿Qué normativa regula el permiso por matrimonio del personal laboral?

Con independencia de las mejoras que puedan establecerse en convenio, acuerdo colectivo, plan de igualdad o acuerdo individual entre las partes, la normativa general viene constituida por el artículo 37.3.a) ET.

55. ¿Qué duración tiene el citado permiso?

El ET dispone que su duración es la de 15 días naturales, sin perjuicio de las mejoras que en su caso procedan.

56. ¿Se tiene derecho al permiso con independencia del tipo de matrimonio de que se trate?

La ausencia retribuida se genera por el hecho del matrimonio, con independencia de que su forma sea civil o religiosa, y al margen de que se celebre entre personas del mismo o diferente sexo.

57. ¿Tendrían derecho al permiso las parejas de hecho, coincidiendo con la inscripción como tales parejas en un registro público?

Con carácter general nuestros tribunales vienen denegando el permiso a las parejas de hecho, sobre la base de entender que la regulación de este permiso hace referencia exclusivamente al matrimonio en cualquiera de sus formas, sin que la situación de las parejas de hecho resulte equiparable, si no existe regulación convencional que equipare ambas situaciones (STS de 22 de octubre de 2019, rec. 78/2018 y SSTSJ País Vasco de 10 de enero de 2017, rec. 2372/2016 y 14 de noviembre de 2000, rec. 1499/2000 o Castilla y León/Burgos de 19 de octubre de 2006, rec. 927/2006). Sobre la diferencia de trato de las parejas de

hecho en relación con el matrimonio véase auto del TC de 12 de febrero de 2019, rec. amparo 5383/2018.

Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 2019, rec. 78/2018.

No cabe extender el permiso por matrimonio regulado en el convenio colectivo a las trabajadoras y los trabajadores que constituyan parejas de hecho o a los nuevos modelos de convivencia familiar continuada y de género distinto al de las uniones matrimoniales, ya que no aparece recogido en el convenio, sin que se vulnere el artículo 14 CE.

58. ¿Podría resultar discriminatorio el diferente trato otorgado a las parejas de hecho en relación a las uniones matrimoniales?

El Tribunal Constitucional ha declarado en reiteradas ocasiones que la diferencia de trato legislativo entre las personas unidas en matrimonio y quienes conviven maritalmente de hecho, sin que nada les impida contraer matrimonio, es compatible con el principio de igualdad (SSTC 140/2005, de 6 de junio y 66/1994, de 6 de febrero) y ello porque se trata de realidades no equivalentes (STC 184/1990, de 15 de noviembre).

Auto del Tribunal Constitucional 8/2019, de 12 de febrero.

El matrimonio y las parejas de hecho tienen distinta situación y protección constitucional, no siendo equiparables ni desde el punto de vista constitucional ni legal.

59. ¿Podría equiparar el convenio colectivo la inscripción de las parejas de hecho a la celebración de matrimonio, reconociéndoles el derecho al permiso retribuido?

El convenio colectivo puede dar el mismo tratamiento a las uniones de hecho que a las de derecho (matrimonio) y cuando esto suceda ambas modalidades de unión podrán acceder al permiso retribuido (SSTSJ Castilla y León/Valladolid de 30 de noviembre de 2011, rec. 1472/2011; Asturias de 14 de enero de 2011, rec. 2858/2010 y Andalucía/Sevilla de 2 de marzo de 2010, rec. 324/2008 y 26 de mayo de 2009, rec. 841/2008).

RECUERDA

El convenio colectivo podrá equiparar a las parejas de derecho y de hecho, pero en este último caso podrá imponer requisitos adicionales tales como acreditar que se trate de parejas estables inscritas con una determinada antelación en un registro público o prueba similar.

60. Tratándose de personal laboral al servicio de una Administración pública ¿podría la normativa autonómica equiparar las parejas de hecho estables al matrimonio, a efectos de este permiso?

Sí podría hacerlo, de forma que cuando reconozca este derecho al personal funcionario y el convenio colectivo aplicable no recoja previsión alguna al respecto, podría acudir a la citada normativa autonómica para reconocer el permiso al personal laboral al servicio de la Administración (STSJ Navarra de 30 de enero de 2004, rec. 400/2003).

En la normativa autonómica el permiso por matrimonio para las uniones de hecho se reconoce expresamente en Galicia, Cataluña o Asturias.

61. En el caso de que se disfrute el permiso correspondiente por haber constituido una pareja de hecho y posteriormente se contraiga matrimonio con la misma persona ¿se tendría derecho a un nuevo permiso retribuido?

En estos casos los tribunales han entendido que no procedería el reconocimiento de un nuevo derecho, salvo previsión en convenio colectivo que no parece muy viable (SSTSJ Cataluña de 7 de mayo de 2018, rec. 1390/2018; Castilla y León/Valladolid de 11 de junio de 2015, rec. 262/2015).

62. Producida la inscripción como pareja de hecho, no estando prevista convencionalmente la equiparación con el matrimonio, ¿qué tratamiento tendría el disfrute unilateral del permiso por parte de las personas trabajadoras?

Serían faltas injustificadas de asistencia al trabajo, que incluso podrían dar lugar a un despido disciplinario procedente (STSJ Castilla y León/Burgos de 19 de octubre de 2006, rec. 927/2006).

RECUERDA

Cuando el convenio colectivo no establece previsión alguna al respecto, la empresa podría denegar el permiso por matrimonio a cualquiera de los integrantes de un pareja de hecho que pretendiera hacer uso de dicho permiso. Si pese a la negativa se disfrutara del permiso, podría considerarse que la inasistencia al trabajo es constitutiva de faltas injustificadas, pudiendo incluso ser sancionadas con despido.

63. Si una persona trabajadora contrae más de un matrimonio ¿tendría derecho al permiso por cada uno de los matrimonios celebrados?

Sin ninguna duda, ya que si la finalidad del permiso guarda relación con la celebración del matrimonio, no parece que haya de existir impedimento legal para reconocer el derecho al permiso en cada uno de los matrimonios.

64. ¿Ha de existir inmediatez entre la celebración del matrimonio o la inscripción como pareja de hecho y el disfrute del permiso?

El criterio mayoritario es que ha de existir tal inmediatez, si bien el TS, interpretando un convenio colectivo, ha entendido que no se rompe la inmediatez por el hecho de iniciar el cómputo en el primer día laborable siguiente a aquel en el que se celebra el matrimonio, por lo que cuando tiene lugar durante los días libres de trabajo, el periodo no se inicia hasta el primer día laborable siguiente (STS 12 de mayo de 2009, rec. 4/2008), salvo que el convenio expresamente establezca el cómputo desde el día de la celebración y con independencia de que dicho día sea laboral o festivo (STS 5 de abril de 2018, rec. 266/2016).

Ejemplo práctico

Si el convenio colectivo mejora la previsión del ET y reconoce 18 días naturales por razón de matrimonio, sería válida la cláusula convencional que estableciera que el cómputo se inicia el día de formalización del matrimonio, con independencia de que se trate de un día no laboral.

65. ¿Podría mantenerse la posibilidad de iniciar el disfrute del permiso en un momento distinto a aquel en que se celebra el matrimonio, cuando tal posibilidad no está prevista en convenio?

Algún pronunciamiento judicial ha mantenido que no debe existir inconveniente para ello, admitiendo tal posibilidad (STSJ Cataluña de 19 de septiembre de 2016, rec. 3306/2016), aunque no es este el criterio mayoritario.

66. ¿Cómo se computa el plazo de 15 días legalmente establecido?

Si el día en que se celebra el matrimonio es laborable, ese día ya forma parte del permiso, pero si no fuera así el cómputo comienza el primer día siguiente a tal fecha (STSJ Andalucía/Sevilla 1539/2019, de 11 de junio).

Sentencia de la Audiencia Nacional de 20 de junio de 2018, proc. 94/2018.

Si el día en que se produce el hecho que justifica el permiso no es laborable es claro que no se inicia el permiso por matrimonio hasta el primer día laborable que le siga. En igual sentido SAN 13 de junio de 2018, proc. 91/2018.

67. ¿Podría iniciarse el permiso días antes de celebrarse el matrimonio, por decisión unilateral de la persona trabajadora?

En este caso la empresa no vendrá obligada a anticipar la fecha de disfrute, sin perjuicio de que tal posibilidad pueda establecerse en convenio o acuerdo. Si la empresa negara el anticipo, el trabajador no estaría facultado unilateralmente para iniciar el permiso con anterioridad.

68. ¿Se puede acumular el permiso por matrimonio al descanso por vacaciones?

Solo si existe acuerdo entre las partes o convenio que lo regule, de manera que cuando esto no sea así y se contraiga matrimonio en periodo vacacional, ambos permisos se solaparían, sin acumularse uno u otro.

69. ¿En qué forma habría de actuarse para que en la práctica pudiera producirse la acumulación del permiso por matrimonio y las vacaciones?

Si no está previsto en convenio colectivo y no existe acuerdo con la empresa habría que anticipar la fecha de matrimonio para que su finalización coincidiera con el inicio de las vacaciones, o fijar la celebración del matrimonio para el último día de vacaciones, iniciando entonces el permiso correspondiente.

Ejemplo práctico

Si en una empresa se ha cerrado el calendario de vacaciones para el mes de agosto y una trabajadora decide contraer matrimonio el día 5 de dicho mes, las vacaciones absorberían el permiso por matrimonio, salvo que el convenio colectivo permita su acumulación. Por el contrario si el matrimonio tiene lugar el último día de vacaciones, nada impediría el disfrute consecutivo del permiso.

70. Cuando la celebración del matrimonio coincide con el periodo vacacional y no existe acuerdo de acumulación ¿se podría unir unilateralmente ambos permisos?

No, ya que si así se hiciera la empresa podría entender que a partir de la conclusión del periodo de vacaciones la inasistencia al trabajo estaría injustificada (STSJ Cataluña de 19 de septiembre de 2016, rec. 3308/2016).

71. Cuando la persona trabajadora contraiga matrimonio teniendo en ese momento suspendido el contrato de trabajo (incapacidad temporal, maternidad, paternidad, etc.) ¿cabría la posibilidad de disfrutar el permiso cuando finalizara la suspensión del contrato?

Si se mantiene la inmediatez entre el disfrute del permiso y el hecho causante que lo motiva, no existiría tal posibilidad, salvo previsión convencional o acuerdo libremente pactado (STSJ Baleares de 27 de junio de 2019, rec. 147/2019). No obstante algún pronunciamiento judicial ha admitido la posibilidad de disfrutar el permiso al concluir el

de maternidad y durante el cual se contrajo matrimonio (STSJ Andalucía/Sevilla de 22 de febrero de 2008, rec. 4402/2006).

72. ¿Con qué plazo procede preavisar el permiso por matrimonio?

No está previsto legalmente, pero a diferencia de otras ausencias más breves en este caso se conoce con notoria antelación la fecha del hecho causante, por lo que el preaviso deberá cursarse con un tiempo suficiente y prudencial.

Ejemplo práctico

Se entendería como contrario a la reglas de la buena fe el hecho de que la persona trabajadora preavisara el permiso por matrimonio con una antelación de 24 horas, ya que resulta evidente que conocería su celebración con notoria antelación.

73. Si se preavisa el matrimonio y posteriormente presenta justificante de haber constituido una pareja de hecho ¿qué consecuencias jurídicas podrían derivarse de ello?

En tal caso y siempre que no exista convenio colectivo o acuerdo que equipare la celebración del matrimonio a la inscripción como pareja de hecho, el permiso disfrutado podría ser constitutivo de faltas injustificadas de asistencias al trabajo.

74. Si la persona trabajadora decide unilateralmente unas fechas de disfrute del permiso que no coinciden con la celebración del matrimonio ¿qué efectos podrían derivarse de tal actuación?

En este caso podría tratarse de faltas injustificadas de asistencias al trabajo que, en algún caso, han dado lugar a un despido procedente (STSJ Cataluña de 19 de septiembre de 2016, rec. 3308/2016).

75. ¿Cómo se calificaría el despido de una persona trabajadora que se produce a raíz de la solicitud del permiso por matrimonio?

Se calificaría como nulo y así lo ha entendido algún pronunciamiento judicial en el que se enjuicia el despido tras la denuncia de la inspec-

ción de trabajo por el hecho de no reconocer el derecho al permiso, si bien en este caso la nulidad se fundamenta en la garantía de indemnidad, es decir, en el derecho a no ser sancionado por haber denunciado los hechos a la inspección de trabajo (STSJ Madrid de 26 de septiembre de 2014, rec. 474/2014).

II. PERMISOS POR INFORTUNIO DE FAMILIARES PRÓXIMOS

76. ¿Qué normativa regula los permisos por infortunio de familiares próximos?

Sin perjuicio de lo que pueda establecerse en la negociación colectiva, acuerdos de empresa, planes de igualdad, contratos de trabajo u otros instrumentos convencionales, la regulación básica se contiene en el artículo 37.3.b) ET.

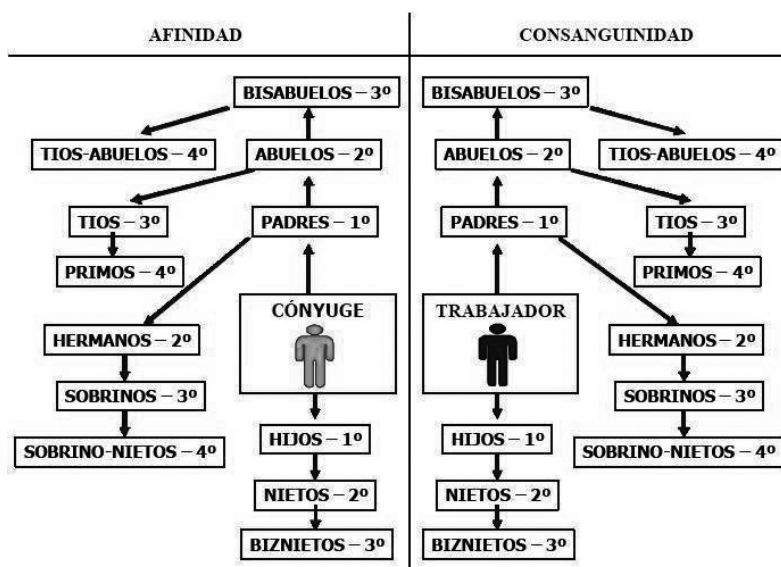
77. ¿Cuáles son las situaciones que dan lugar a estas modalidades de permisos?

- Fallecimiento.
- Accidente o enfermedad graves.
- Hospitalización.
- Intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario.

78. ¿En qué tipo de parientes ha de concurrir cualquiera de las causas anteriores para dar lugar al nacimiento de un permiso retribuido de esta naturaleza?

Ha de tratarse de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad.

CÓMPUTO DE LOS GRADOS DE PARENTESCO



79. ¿Cuál es el significado y la finalidad de los permisos por infortunio familiar?

Hacer compatibles las obligaciones derivadas del trabajo con los deberes sociales y familiares de asistencia y compañía que surgen de las situaciones previstas en el artículo 37.3.b) ET, evitando que el cumplimiento de las obligaciones laborales impida atender los deberes familiares (SAN de 2 de febrero de 2015, proc. 200/2015).

80. La regulación de los permisos contenida en el artículo 37.3.b) ET ¿es norma mínima de derecho necesario?

Sí tiene dicha condición, por lo que el convenio colectivo ha de respetar su alcance, pudiendo mejorar los derechos que reconoce, pero no restringirlos (SSTS 12 de julio de 2018, rec. 182/2017; 25 de enero de 2011, rec. 216/2009 y STSJ Navarra de 25 de marzo de 2019, rec. 216/2019).

Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de abril de 2009, rec. 44/2007. “El artículo 37.3.b) del ET es una norma de derecho necesario cuyo contenido debe respetar el convenio que puede, consiguientemente, mejorar los derechos reconocidos por ella, pero no restringirlos o limitarlos”.

81. ¿Qué ocurre si el convenio colectivo reduce alguno de los permisos a que hace referencia el artículo 37.3.b) ET?

Sería nula la cláusula del convenio colectivo y tendría prevalencia lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores sobre el convenio (STSJ Asturias de 5 de junio de 2009, rec. 868/2009).

82. En caso de fallecimiento de un familiar que diera lugar al permiso retribuido ¿de qué fecha ha de partirse para el cómputo de los días de permiso?

A falta de acuerdo o desarrollo convencional la fecha será la de defunción y no la del sepelio.

83. ¿Existe un concepto jurídico de enfermedad grave que genere el derecho al permiso retribuido?

No existe tal concepto, por lo que en cada caso deberán valorarse las condiciones objetivas y subjetivas que concurran, y especialmente la edad, estado físico, riesgo para la vida de la persona enferma, etc.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 24 de junio de 2004, rec. 2853/2004.

Con relación al concepto de enfermedad grave “no existe razón alguna que avale el que la enfermedad se circunscriba unilateralmente por la empresa a aquellos padecimientos que exijan hospitalización, supuesto que ya aparece contemplado de forma expresa e independiente, o intervención quirúrgica, pues la realidad social demuestra que muchas enfermedades, objetivamente graves, no requieren ... el ingreso hospitalario, ni tampoco la práctica de una intervención quirúrgica”.

84. ¿Puede servir de criterio interpretativo sobre el concepto de enfermedad grave el que se contiene en el Real Decreto 1148/2011, de 29 de julio, por el que se regula la prestación económica para cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave?

Entendemos que no, ya que se trata de una norma que regula una prestación económica de Seguridad Social de notoria cuantía y alcance temporal, a diferencia de lo que sucede con un permiso que es de

corta duración y se presenta de forma ocasional (STSJ País Vasco de 21 de marzo de 2017, rec. 563/2017).

85. ¿A quién corresponde decidir cuando estamos en presencia de un accidente o enfermedad grave?

A los facultativos que tengan a su cargo el seguimiento médico de la persona cuya enfermedad o accidente da lugar al permiso, pudiendo acreditarse tal extremo mediante cualquier documento justificativo (STS 28 de febrero de 2017, rec. 157/2017).

86. ¿Se podría hacer uso del permiso por enfermedad grave varios meses después de que esta haya aparecido?

Entendemos que sí, dejando claro que no se pueden solicitar varios permisos por la misma enfermedad de un mismo causante. No obstante, existe algún pronunciamiento judicial que niega tal posibilidad, declarando que su utilización es constitutiva de faltas injustificadas de asistencia al trabajo, pudiendo dar lugar a la declaración de procedencia del despido (STSJ Madrid de 10 de junio de 2019, rec. 140/2019).

87. En los supuestos de hospitalización es exigible que concurra la gravedad para que nazca el derecho al permiso retribuido?

No, basta con el hecho de que se produzca tal hospitalización, careciendo de relevancia el hecho de la gravedad (SSTS 5 de marzo de 2012, rec. 57/2011 y 21 de septiembre de 2010, rec. 84/2009 o STSJ Galicia de 21 de diciembre de 2010, rec. 4670/2010).

88. En la hospitalización por parto ¿se tendría derecho al permiso?

Sí se tiene derecho, como han venido reconociendo nuestros tribunales en reiteradas ocasiones (STS 23 de abril de 2009, rec. 44/2007).

Sentencia de la Audiencia Nacional de 26 de marzo de 2010, proc. 39/2010.

“a) Que no se puede diferenciar la hospitalización por enfermedad de la hospitalización por parto. Aunque es cierto que el parto no merece el calificativo de enfermedad, no lo es menos que, a efectos hospitalarios, el ingreso de

la parturienta es como el de cualquier enfermo patológico y tiene por fin la prestación a la misma y al hijo que va a nacer de los servicios hospitalarios precisos en esa situación de riesgo para su vida.

b) Que basta con la hospitalización para que se genere el derecho a la licencia cuestionada, sin que sea precisa enfermedad más o menos grave de la mujer parturienta.

c) No puede estimarse que el legislador limite los permisos con ocasión del parto a los que disfruta el padre que tiene un hijo, pues el legislador sabe que el padre puede faltar o estar ausente y que esa falta no libera a la mujer que da a luz de necesitar la ayuda que le pueda proporcionar un familiar próximo”.

89. Si se producen varios ingresos hospitalarios del mismo pariente y por la misma enfermedad ¿procedería el reconocimiento de nuevos permisos ante los sucesivos ingresos?

En estos casos los tribunales son contrarios a reconocer más de un permiso (STSJ Madrid de 30 de noviembre de 2016, rec. 554/2016).

90. ¿Se extingue el permiso con el alta hospitalaria cuando no se ha agotado la duración del mismo?

No se extingue, salvo que el alta hospitalaria concorra con alta médica por curación (SSTS 13 de junio de 2018, rec. 128/2017; 29 de marzo de 2017, rec. 61/2016 y 5 de marzo de 2012, 57/2011).

Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 2018, rec. 128/2017.

La experiencia demuestra que usualmente el alta hospitalaria no va acompañada del alta médica ni siquiera en los supuestos de cirugía menor, si no que casi siempre es dada con la recomendación facultativa de que la atención sanitaria recibida vaya seguida de un periodo de reposo, que si es domiciliario de por sí constituye causa independiente del permiso retribuido, presumiéndose la persistencia de los requisitos del permiso si el alta hospitalaria no va acompañada de la correspondiente alta médica.

91. ¿Sería admisible hacer uso del permiso mientras dure el proceso de hospitalización y no únicamente en el momento de producirse el ingreso hospitalario?

Parece razonable admitir tal posibilidad como excepción al principio de inmediación de los permisos, ya que el disfrute no cumpliría su finalidad si se exigiera la utilización simultánea por varios parientes de un mismo causante (SSTSJ Castilla y León/Burgos de 29 de mayo de 2008, rec. 200/2008 y 14 de junio de 2007, rec. 329/2007; Andalucía/Sevilla de 27 de mayo de 2003, rec. 4316/2003 o Aragón de 21 de noviembre de 2002, rec. 1142/2002).

92. ¿Es asimilable al concepto de ingreso hospitalario el ingreso en una unidad de cirugía ambulatoria o la intervención en quirófano sin ingreso hospitalario?

Esta situación tendría la consideración propia de hospitalización (STSJ Castilla-La Mancha de 1 de marzo de 2011, rec. 1/2011) y en cualquier caso tendría cabida como intervención quirúrgica sin hospitalización a que se refiere el propio artículo 37.3.b) ET (STS 12 de julio de 2018, rec. 182/2017).

93. ¿Procedería el permiso por hospitalización si el ingreso en el centro no conlleva pernoctación?

La SAN de 23 de julio de 2018, proc. 150/2018, ha entendido que la hospitalización implica internamiento y dicho internamiento precisa de pernoctación, por lo que si no concurre tal circunstancia no procede el reconocimiento del permiso por hospitalización, sin perjuicio de que pueda corresponder por enfermedad grave o por ser exigible el reposo domiciliario.

94. ¿Procede el permiso en supuestos de intervención quirúrgica ambulatoria, sin hospitalización, seguida de reposo domiciliario?

Esta situación está expresamente prevista en el artículo 37.3.b) ET y en consecuencia procede el disfrute del permiso en estos casos (STS 12 de julio de 2018, rec. 182/2017).

95. ¿Se tendría derecho al permiso cuando tras la intervención quirúrgica se prescribe al familiar reposo domiciliario, aunque no concurre el requisito de gravedad?

La Audiencia Nacional en sentencia de 12 de mayo de 2007, proc. 114/2017, ha reconocido el derecho al permiso en un supuesto de esta naturaleza.

Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2018, rec. 182/2017.

El “reposo domiciliario” está relacionado directamente con la intervención quirúrgica sufrida por el familiar y su finalidad no está referida únicamente a eximir de trabajo al paciente, sino también a la necesidad de que repose en casa, lo cual deduce la referida sentencia incluso del Diccionario de la RAE, que comporta descansar, interrumpir la actividad para recuperarse, lo que se predica lógicamente del trabajo y también de las actividades que se realicen en el domicilio o fuera de él, como limpiar, hacer la compra, cocinar, así como cualquiera otra que pudiera ser incompatible con la recuperación. Consiguientemente, el presupuesto, para que el reposo domiciliario sea efectivo, es que el paciente cuente con la atención de terceros, en este caso del trabajador, siendo esa la razón de ser del permiso retribuido.

96. ¿Cómo se acredita que el familiar precisa de reposo domiciliario?

Con el informe médico del facultativo que le asista.

97. ¿Qué ocurre cuando a un familiar se le prescribe reposo domiciliario absoluto en su domicilio, pero tal situación no viene precedida de una intervención quirúrgica, como sucede por ejemplo en un caso de embarazo de riesgo?

Esta situación no está prevista legalmente, por lo que en principio no podría exigirse el permiso retribuido, salvo previsión convencional o acuerdo entre las partes.

98. ¿Cuál es la duración del permiso por infortunio familiar?

El mínimo legalmente establecido es el de dos días, ampliable a cuatro cuando la persona trabajadora necesite hacer un desplazamiento por tal motivo, sin perjuicio de la posible mejora por convenio, acuerdo, pacto, etc.

99. ¿Cualquier desplazamiento genera el derecho a la ampliación a cuatro días del permiso retribuido por infortunio familiar?

Algún pronunciamiento judicial ha aplicado literalmente el contenido del artículo 37.3 ET, reconociendo el derecho al permiso de cuatro días con independencia del tipo de desplazamiento (STSJ Aragón de 22 de diciembre de 1997, rec. 931/1997), manteniendo que el incremento del permiso no está condicionado por la distancia ni por las dificultades de transporte. No obstante, no es este el criterio prevalente.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 23 de mayo de 2005, rec. 2227/2005.

“Equiparar la necesidad de desplazamiento al mero dato de tener que efectuar un traslado a otro término municipal distinto de aquél en donde reside el trabajador no es lo que dice el precepto paccionado en discusión, ni con ello tampoco se logra una solución proporcional que conduzca a hacer realidad la finalidad de la norma que regula las licencias por motivos familiares, de lo que se sigue el rechazo de este único motivo y, con él, del recurso en su integridad, debiendo afrontar cada parte las costas causadas a su instancia al tratarse de proceso de conflicto colectivo y no apreciarse, además, temeridad en ninguna de ellas”.

100. ¿Podría el convenio colectivo imponer un recorrido mínimo para reconocer el derecho al incremento del permiso por desplazamiento?

Sí podría hacerlo y así viene ocurriendo en algunos casos. A título de ejemplo la STSJ de Castilla y León/Valladolid de 13 de abril de 2015, rec. 396/2015, rechaza la impugnación de oficio de un convenio colectivo y mantiene la validez de la cláusula que exige para la ampliación del permiso que el desplazamiento sea a distancia superior a 200 kilómetros del domicilio habitual.

101. En definitiva ¿cuál ha de ser el criterio a seguir para la ampliación del permiso, cuando no exista previsión alguna en el convenio colectivo aplicable?

Tras la STS de 4 de junio de 2012, rec. 201/2011, que clarifica la cuestión suscitada, se han de tener en cuenta las circunstancias que influyen en el desplazamiento, tales como distancia, tiempo invertido, medios de transporte, condiciones de las comunicaciones, etc.

Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de junio de 2012, rec. 201/2011.

A la hora de fijar la duración de la licencia, el legislador la establece con carácter general en dos días y la amplía a cuatro días en los casos en que el trabajador, para atender esos problemas privados, necesite realizar un desplazamiento. La cuestión es si cualquier desplazamiento, cualquier viaje a otra plaza da derecho a la ampliación de la licencia retribuida, con independencia de cuales sean las circunstancias del trayecto. Si tenemos en cuenta la finalidad de la licencia, atender situaciones familiares, la duración de la misma debe depender de las circunstancias de todo tipo del desplazamiento: distancia entre poblaciones, medios de transporte, facilidad para el viaje, duración del mismo, etc., pues no es lo mismo disfrutar en la localidad de residencia de una buena red de carreteras, de un buen transporte público con variados horarios y medios (metro, tren, avión, autobús), que vivir en un lugar con malas comunicaciones. Por ello, entendemos que cualquier viaje a otra localidad no genera el derecho a una licencia de cuatro días, sino que para la concesión de esta habrá de tenerse en cuenta la distancia entre los municipios, los medios de transporte existentes entre ellos, el tiempo que se tarda de un lugar a otro y otras circunstancias que permiten discriminar positivamente a quien tiene que realizar una travesía más larga y complicada.

III. REALIZACIÓN DE EXÁMENES PRENATALES Y TÉCNICAS DE PREPARACIÓN AL PARTO

102. ¿Dónde se contiene la regulación legal del permiso?

Este permiso se introduce en nuestro ordenamiento jurídico por el artículo 26.5 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales. A su vez la citada Ley, que supone la transposición al ordenamiento interno de la Directiva 92/1985/CE, de 19 de octubre, relativa a las trabajadoras embarazadas, añade la letra f) al artículo 37.3 ET, reconociendo el permiso en cuestión en su inciso inicial. Por otra parte y en cuanto al personal funcionario se refiere la regulación se contiene en el artículo 48.e) EBEP.

103. ¿Cuáles son las situaciones que contempla, en principio, el artículo 37.3.f) ET?

El inciso inicial de dicho artículo contempla dos situaciones diferenciadas con fines distintos:

- La realización de exámenes prenatales.
- La realización de técnicas de preparación al parto.

104. ¿Qué han de entenderse por exámenes prenatales?

Son todos aquellos reconocimientos sanitarios que se prescriban con el fin de comprobar el estado de salud de la trabajadora o del feto.

105. ¿En qué consisten las técnicas de preparación al parto?

Son técnicas tendentes a facilitar el adecuado desarrollo del alumbramiento.

106. ¿Vendría obligada la empresa a facilitar los medios de transporte para acudir a los exámenes prenatales o a la realización de las técnicas de preparación al parto?

No correspondería a la empresa tal obligación, salvo que el convenio expresamente así lo estableciera (STSJ La Rioja de 18 de enero de 2005, rec. 5/2005).

107. Si la trabajadora sufre un accidente de circulación cuando se dirige a un examen prenatal desde el centro de trabajo y durante su jornada laboral, ¿cómo se calificaría dicho accidente?

Tendría la consideración de accidente no laboral ya que se viene entendiendo que en estos casos estamos en presencia de una actividad privada (SSTS 15 de abril de 2013, rec. 847/2012 y 29 de marzo de 2007, rec. 210/2006).

Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2009, rec. 3816/2008.

A juicio del TS, tanto en el caso de que quien acudía a realizar una gestión de tipo tributario, como el de quien acudía a una consulta médica, son situaciones de carácter privado sin relación alguna con el trabajo, sin que por tanto proceda en tales casos la calificación del accidente como laboral *in itinere*.

108. ¿Podría quedar incluido en el citado apartado las consultas médicas para supuestos de fecundación in vitro?

Sin perjuicio de que la realización de estas técnicas de fecundación vengan contempladas en algunos convenios colectivos como una situación que permite la obtención de permisos retribuidos, es lo cierto que el encaje en el artículo 37.3.f) ET resulta altamente problemático, de manera que cuando no exista previsión convencional entendemos que procederá buscar otras alternativas distintas de esta modalidad de permiso.

109. ¿Significa lo anterior que la trabajadora no tendría derecho a permisos retribuidos para acudir a las consultas médicas exigidas por esta modalidad de fecundación?

En realidad la fecundación in vitro es resultado de un proceso de infertilidad y esta situación ha sido reconocida como enfermedad por la Organización Mundial de la Salud. Por ello, si el convenio colectivo regulara los permisos retribuidos por enfermedad, cabría en estos casos y por esta vía el reconocimiento del derecho a los permisos retribuidos.

110. ¿Es necesario que los exámenes prenatales o las técnicas de preparación al parto se realicen en la sanidad pública?

Dado que la norma no establece ninguna especificación al respecto, habrá de entenderse que podrán realizarse en centros asistenciales públicos o privados, correspondiendo la elección a la trabajadora embarazada.

Ejemplo práctico

Una trabajadora embarazada decide que los reconocimientos médicos derivados de su situación de embarazo se lleven a cabo en una clínica privada en la que los horarios son coincidentes con el de trabajo. En este caso entendemos que tiene derecho a los permisos, aunque la sanidad pública practique tales reconocimientos en horarios ajenos a la jornada laboral.

111. ¿Sería válida la cláusula de un convenio colectivo que supedite el ejercicio del derecho a que la asistencia se produzca en centros sanitarios públicos?

Creemos que no sería válida dicha cláusula, al suponer una restricción de la libertad de elección de la trabajadora, carente de justificación.

112. ¿Quién tiene la titularidad del derecho a los permisos por estos motivos?

El artículo 26.5 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales dispone que el derecho a la ausencia del trabajo lo tienen “las trabajadoras embarazadas”, con lo que parece indicar que se trata de un derecho cuyo disfrute corresponde en exclusiva a las mujeres, y así lo ha entendido la Dirección General de Trabajo en respuesta a una consulta formulada sobre el particular, de 11 de noviembre de 2009. Asimismo el TSJ de Andalucía/Sevilla en sentencia de 23 de abril de 2007, rec. 599/2006, mantiene idéntico criterio con relación a las técnicas de preparación al parto, pronunciándose en igual sentido la STSJ de Madrid de 17 de enero de 2005, rec. 6305/2004.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 17 de enero de 2005, rec. 6305/2004.

“La realización de técnicas de preparación al parto implica una actividad reservada a la mujer, puesto que solo ella puede culminar mediante el alumbramiento el periodo de gestación y, desde esta perspectiva, la obtención de un permiso vinculado al parto ha de considerarse una medida específica de protección de la mujer por su condición de tal”.

113. ¿Podría defenderse que también este permiso debe extenderse al trabajador, aunque no esté previsto en convenio colectivo?

La extensión del permiso a los hombres respecto de las técnicas de preparación al parto podría sustentarse sobre la base de que el artículo 37.3 habla genéricamente de “el trabajador”, por lo que tratándose de participación en cursos de preparación al parto, creemos defendible el disfrute del permiso por ambos progenitores. Es más, alguna doctrina científica ha afirmado la posibilidad de extender al hombre el permiso para exámenes prenatales, reconvirtiendo este en un permiso para acompañamiento de la embarazada a sus reconocimientos médicos, contribuyendo a una mayor conciencia social sobre la responsabilidad compartida de ambos progenitores en la maternidad/

paternidad. Pese a lo expuesto y aun compartiendo la conveniencia de la extensión al hombre de estos permisos, tendría difícil encaje el reconocimiento al varón habida cuenta de lo que expresamente indica el artículo 26.5 LPRL.

114. En cualquier caso si se entendiera que el hombre carece del derecho al permiso para asistir a la impartición y seguimiento de técnicas de preparación al parto ¿podría invocarse la existencia de una práctica discriminatoria?

De conformidad con reiterada doctrina constitucional no parece que pueda estimarse dicha práctica como discriminatoria.

Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de octubre de 2018, rec. 4344/2017.

“La maternidad, el embarazo y el parto son realidades biológicas diferenciadas de obligatoria protección, derivadas del artículo 39.2 CE, relativo a la protección integral de las madres. Por tanto, las ventajas que se determinen para la mujer no pueden considerarse discriminatorias para el hombre”.

115. ¿Qué requisitos han de concurrir para que proceda el ejercicio del derecho al permiso?

Se exigirá, de una parte, el embarazo de la mujer y de otra que los exámenes prenatales y las técnicas de preparación al parto deban tener lugar dentro de la jornada de trabajo.

116. ¿Cuál es la duración de este permiso?

A diferencia del resto de los permisos en materia de conciliación y corresponsabilidad, en este caso el ET no establece una duración concreta, limitándose la norma a señalar que su duración será por el tiempo indispensable.

117. ¿Se deberá computar como tiempo indispensable el derivado de los desplazamientos al centro asistencial y, en su caso, las esperas en dicho centro?

Deberá tenerse en cuenta la totalidad del tiempo invertido, incluidos los desplazamientos y esperas. Únicamente podrían excluirse a efectos

retributivos aquellos periodos de ausencia al trabajo que obedezcan a decisiones unilaterales de la propia trabajadora.

Ejemplo práctico

Si una trabajadora embarazada comunica a la empresa que en el siguiente día se incorporará tardíamente al trabajo por tener programado un examen prenatal, el retraso en la incorporación no podrá tener efectos retributivos negativos, salvo que se acredite que dicha trabajadora ha destinado una parte del permiso a la realización de otras actividades ajenas al mismo.

118. ¿Podría el convenio colectivo limitar el número de permisos por estas causas o establecer su utilización a partir de un determinado mes de embarazo?

Entendemos que no, ya que la norma legal no condiciona la utilización a la concurrencia de este tipo de requisitos.

119. ¿Cuáles son las formas en las que puede disfrutarse del permiso?

La trabajadora podrá hacer uso del permiso tanto inmediatamente antes del inicio de la jornada, incorporándose después, como después de iniciar aquella.

120. ¿Cómo deben retribuirse las ausencias al trabajo para la realización de exámenes prenatales?

El artículo 9 de la Directiva 92/1985/CEE, de 19 de octubre, dispone que el permiso para realización de exámenes prenatales deberá ser reconocido sin pérdida de remuneración, y dado que la normativa nacional que regula el permiso supone la transposición al ordenamiento interno de dicha Directiva, ninguna duda habrá de existir acerca del percibo de la retribución íntegra durante las ausencias al trabajo por dicha causa.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León/Valladolid de 2 de noviembre de 2004, rec. 1976/2004.

“Frente a la tajante regulación contenida en el artículo 37.3.f) del ET ... la empresa procede a efectuar descuentos en la retribución de la trabajadora

... justificando su decisión en la regulación contenida en el ... convenio colectivo de empresa ... (lo que) carece por completo de fundamento ya que (el convenio) lo que regula son las licencias por otras consultas médicas ... lo que en absoluto resulta aplicable a las consultas prenatales dadas las especiales características de las mismas. Por todo ello se ha producido la vulneración del derecho a la igualdad, existiendo discriminación por razón de sexo, habiendo tenido la conducta empresarial una consecuencia directa e inmediata en las condiciones de trabajo de la actora que ha visto disminuidas sus retribuciones”.

121. ¿Procederá aplicar el mismo criterio cuando las ausencias se originen por el tiempo preciso para la realización de técnicas de preparación al parto?

Esta situación no está contemplada expresamente en la Directiva 92/1985/CEE, citada, no obstante lo cual entendemos que al tener la misma motivación no ha de existir razón alguna para otorgarle un tratamiento diferente, y así lo ha entendido el TSJ de Madrid en sentencia de 17 de enero de 2005, rec. 6305/2004, al reconocer el derecho a la retribución íntegra, también en estos casos.

122. Las ausencias al trabajo por los motivos expresados ¿tienen la consideración de tiempo de trabajo efectivo?

El disfrute de estos permisos no solo da lugar a la retribución íntegra si no que, además, se considera tiempo de trabajo efectivo, de forma que no computan como ausencias al trabajo.

123. ¿Qué requisitos formales resultan exigibles para la utilización de este permiso?

Al igual que el resto de los permisos regulados en el artículo 37.3 ET, la utilización se supedita al preaviso y justificación posterior.

RECUERDA

Mientras la obligación de previo aviso al empresario es de fácil cumplimiento en la técnicas de preparación al parto, debido a su carácter programado, las necesidades médicas ligadas a la gestación son me-

nos previsible, de forma que si concurre una situación de urgencia cabe la posibilidad de hacer uso de este permiso sin que exista previa comunicación a la empresa, aunque en tal caso la trabajadora no queda exonerada de comunicar dicha circunstancia tan pronto como le sea posible.

124. ¿Podría la empresa denegar el permiso invocando razones organizativas o de producción?

El permiso no está condicionado a autorización de la empresa, por lo que una vez preavisado se puede hacer uso del mismo sin necesidad de que la empresa reconozca el derecho.

125. ¿Se podría negar la utilización del permiso alegando que existen otros centros asistenciales cuyos horarios de atención no coinciden con la jornada de trabajo?

Creemos que no, ya que supondría coartar el derecho de opción de la trabajadora por el centro que considere de interés. Más discutible sería la posibilidad de oponerse al disfrute del permiso cuando en el propio centro elegido pudiera llevarse a cabo la atención en horario no coincidente con el trabajo.

126. ¿Cómo se lleva a cabo la justificación del permiso?

La empresa podrá exigir una certificación de la persona o del centro que realice el examen prenatal o la técnica de preparación al parto.

127. ¿Tienen derecho a este permiso las empleadas de hogar?

El artículo 9.6 del Real Decreto de 14 de noviembre de 2011, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar dispone que “el trabajador tendrá derecho al disfrute de las fiestas y permisos previstos en el artículo 37 del Estatuto de los Trabajadores”, por lo que ninguna duda cabe de su reconocimiento a este personal. De no existir esta remisión expresa al ET, existirían dificultades legales para el reconocimiento de estos permisos a dicho personal ya que el artículo 3.4 LPRL excluye la relación laboral especial del servicio del hogar familiar del ámbito material de aplicación de dicha Ley.

128. ¿Cómo se calificaría el despido de una trabajadora por el hecho de venir disfrutando permisos para realización de exámenes prenatales y de técnicas de preparación al parto?

El despido, salvo declaración de procedencia, sería calificado como nulo al amparo de lo establecido en los artículos 53.4.b) y 55.5.b) ET, procediendo la readmisión con abono de los salarios de tramitación.

129. ¿Cómo se calificaría el despido disciplinario, sin causa real, de una trabajadora sometida a un tratamiento de fecundación in vitro?

En estos casos se viene entendiendo que el despido sin causa es constitutivo de un despido nulo, con independencia de que la empresa conociera o no tal circunstancia (SSTSJ Cataluña de 5 de abril de 2019, rec. 30/2019 y 19 de noviembre de 2015, rec. 4499/2015, o Madrid de 17 de julio de 2015, rec. 183/2015).

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 febrero 2008, Caso Sabine Mayr C-506/06.

“La Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (Décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE), y, en particular, la prohibición de despido de las trabajadoras embarazadas establecida en el artículo 10, punto 1, de esta Directiva deben interpretarse en el sentido de que no se aplican a una trabajadora sometida a una fecundación in vitro cuando, en el momento en que se le notifica el despido, ya ha tenido lugar la fecundación de los óvulos de esta trabajadora con los espermatozoides de su pareja, de modo que existen óvulos fecundados in vitro, pero éstos no han sido aún transferidos al útero de la mujer.

130. Tratándose de una extinción de contrato por causas objetivas referida a una trabajadora sometida a un proceso de fecundación in vitro, ¿cómo se calificaría la extinción teniendo en cuenta que la empresa ha reconocido su improcedencia?

Debería calificarse como despido nulo, con obligación de readmisión y abono de salarios de tramitación.

Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 2017, rec. 3466/2015.

Despido de trabajadora sometida a tratamiento de fecundación in vitro. Óvulos ya fecundados pero pendientes de implantación en el útero de la mujer prevista para los días siguientes. Se alega de contraste Sentencia del TJUE de 26 de febrero de 2008 (Rec. C-506/06, asunto Sabine Mayr). Indicios de vulneración del derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo. El reconocimiento de la improcedencia por parte de la empresa impide la constatación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de la medida extintiva adoptada por la empresa y de su proporcionalidad. Nulidad del despido.

IV. PERMISO PARA LA REALIZACIÓN DE ACTIVIDADES PREVIAS A LA ADOPCIÓN, GUARDA CON FINES DE ADOPCIÓN Y ACOGIMIENTO

131. Marco normativo

- La Disposición final tercera de la Ley 26/2015, de 28 de julio, sobre modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, modifica el apartado f) del artículo 37.3 ET, introduciendo una protección equivalente a la de la maternidad biológica, para los casos de adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento, que igualmente recoge el artículo 48.e) EBEP, en los mismos términos.
- Artículos 175 a 180 del Código Civil reguladores de la adopción y artículo 172 a 174 de dicho código con relación a la guarda y acogimiento de menores.

132. ¿Qué cobertura otorga el ET a las personas trabajadoras en estos casos?

Reconoce el derecho a disfrutar de los permisos pertinentes para asistir a las preceptivas sesiones de información y preparación y para la realización de los informes psicológicos y sociales previos a la declaración de idoneidad exigida en estos casos.

133. ¿Qué finalidad persigue la Ley 26/2015 al reconocer el derecho a estos permisos?

Equiparar a las familias adoptantes, guardadoras o acogedoras con las familias biológicas.

Exposición de motivos de la Ley 26/2015, de 28 de julio.

Las familias adoptantes, guardadoras con fines de adopción y acogedoras, en algunas comunidades autónomas, deben acudir obligatoriamente a unas sesiones informativas y a una preparación, y en el caso de la adopción deben obtener preceptivamente un certificado de idoneidad tras un estudio psico-social que en ocasiones supone más de cinco entrevistas. Estas exigencias legales podrían considerarse propiamente una preparación para la adopción y deberían, por tanto, contemplarse normativamente como permisos retribuidos, ya que son obligatorias para todas las familias adoptantes, a diferencia de la preparación al parto, que no lo es. Además, en estos casos, ambos progenitores deben acudir a la preparación y a las entrevistas, en contraste con los exámenes prenatales y las técnicas de preparación al parto, a los que solo es estrictamente necesario que acuda la madre. Por todo ello, esta modificación equipara a las familias adoptantes o acogedoras a las biológicas.

134. ¿En qué consiste la adopción?

Es el acto jurídico por el que se concede la patria potestad sobre un menor, creando vínculos jurídicos de parentesco análogos a la filiación. Se trata de un instrumento de integración familiar mediante la ruptura del vínculo jurídico que el adoptado mantenía con su familia y la declaración de una nueva relación de filiación con las personas adoptantes.

Artículo 176.1 y 2 Código Civil

1. La adopción se constituirá por resolución judicial, que tendrá en cuenta siempre el interés del adoptando y la idoneidad del adoptante o adoptantes para el ejercicio de la patria potestad.
2. Para iniciar el expediente de adopción será necesaria la propuesta previa de la Entidad Pública a favor del adoptante o adoptantes que dicha Entidad Pública haya declarado idóneos para el ejercicio de la patria potestad. La declaración de idoneidad deberá ser previa a la propuesta.

135. ¿Qué es la guarda con fines de adopción?

Se trata de una figura regulada en el artículo 176.bis del Código Civil, que permite que con anterioridad a que la Entidad Pública competente formule una propuesta al juez para la constitución de la adopción, pueda iniciarse la convivencia provisional entre un menor y las personas consideradas idóneas para la adopción, hasta tanto se dicte la oportuna resolución judicial de adopción, evitando de esta forma que durante ese tiempo el menor tenga que permanecer en un centro de protección.

Artículo 176 bis.1 Código Civil

1. La Entidad Pública podrá delegar la guarda de un menor declarado en situación de desamparo en las personas que, reuniendo los requisitos de capacidad para adoptar previstos en el artículo 175 y habiendo prestado su consentimiento, hayan sido preparadas, declaradas idóneas y asignadas para su adopción. A tal efecto, la Entidad Pública, con anterioridad a la presentación de la propuesta de adopción, delegará la guarda con fines de adopción hasta que se dicte la resolución judicial de adopción, mediante resolución administrativa debidamente motivada, previa audiencia de los afectados y del menor si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuere mayor de doce años, que se notificará a los progenitores o tutores no privados de la patria potestad o tutela.

Los guardadores con fines de adopción tendrán los mismos derechos y obligaciones que los acogedores familiares.

136. ¿A qué hacemos referencia cuando nos referimos a la figura del acogimiento?

Se trata de una institución que tiene como fin la protección necesaria para la guarda de menores en situación de desamparo o por solicitud de padres o tutores en circunstancias graves. El acogimiento produce la plena participación del menor en la vida de la familia e impone a quien la recibe las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral, coincidiendo estas obligaciones con el contenido personal de la patria potestad (artículo 154 del Código Civil). No hay, como en la adopción, integración de derecho en la familia que lo acoge, ni ruptura con la familia de origen.

Artículo 173.1 Código Civil

1. El acogimiento familiar podrá tener lugar en la propia familia extensa del menor o en familia ajena, pudiendo en este último caso ser especializado.

137. ¿Qué diferencia existe entre este permiso del artículo 37.3.f) ET y la suspensión del contrato por adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento a que se refiere el artículo 45.1.d) ET?

El permiso retribuido del artículo 37.3.f) ET es anterior a la adopción, guarda o acogimiento y se otorga para llevar a cabo los trámites exigidos con carácter previo al reconocimiento de cualquiera de estas situaciones; mientras que la suspensión del contrato de trabajo del artículo 45.1.d) y 48.5 ET se producen a partir de su reconocimiento.

138. En esta clase de permiso ¿quiénes son los titulares del derecho?

Se trata de un derecho genérico de todas las personas trabajadoras, hombres y mujeres, sin que quepa hacer diferencias al respecto, contrariamente a lo que sucede con los permisos para exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto que, salvo mejora por convenio, se viene entendiendo que la titularidad corresponde a la mujer embarazada.

139. Cuando fueran dos las personas trabajadoras que lleven a cabo uno de estos procesos ¿podrían generar ambos el derecho a los permisos, incluso cuando trabajaran en la misma empresa?

Sí, siempre que las actuaciones a realizar coincidan con la jornada de trabajo, máxime teniendo en cuenta que algunos de los trámites previos han de ser realizados conjuntamente por las personas adoptantes, guardadoras o acogedoras.

140. En materia de duración, retribución, disfrute, etc. de estos permisos ¿qué régimen jurídico resulta de aplicación?

Salvo en lo concerniente a sus fines y titularidad, resulta aplicable el régimen expuesto en el apartado anterior para los permisos por exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto, como se infiere del hecho de que su regulación se lleve a cabo conjuntamente en el citado artículo 37.3.f) ET.

V. PERMISO POR CUIDADO DEL LACTANTE

141. ¿Qué normativa regula el permiso por cuidado del lactante?

- Artículo 37.4 ET, en la redacción dada por RDL 6/2019, de 1 de marzo, y Disposición adicional 22ª ET.
- Artículo 7.1 y 48.f) EBEP, de 30 de octubre de 2015.
- Convenios 3, 103 y 138 OIT, sobre protección de la maternidad.
- RD 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural.
- Artículos 183 a 185 TRLGSS sobre prestación económica por ejercicio corresponsable del cuidado del lactante.

142. ¿Cuál es el bien jurídico protegido por este permiso?

Con anterioridad al RDL 6/2019 se protegía, básicamente, la lactancia del menor. Con la entrada en vigor de la norma citada a lo que se atiende es al cuidado del menor hasta el cumplimiento de una edad determinada (artículo 37.4 ET), aunque el EBEP aun sigue haciendo referencia a la “lactancia de un hijo menor”.

143. ¿Qué circunstancias dan lugar al reconocimiento del permiso para cuidado del lactante?

El nacimiento o la adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento conforme a lo establecido en el Código Civil o en la normativa autonómica que regule estas situaciones (artículo 37.4 ET).

144. ¿A quién se atribuye la titularidad del permiso?

Aunque tradicionalmente se ha venido atribuyendo este derecho a la madre trabajadora, en la actualidad se reconoce a “las personas trabajadoras”, con independencia de su sexo.

145. ¿Cuál es la duración del permiso?

Con carácter general finaliza cuando el menor cumpla nueve meses, si bien puede ampliarse hasta doce meses en aquellos casos en que ambos progenitores, adoptantes, guardadores o acogedores ejerzan el derecho con la misma duración y régimen, situación que es conocida como “ejercicio corresponsable del cuidado del lactante”.

RECUERDA

La duración del permiso puede ser ampliada por cualquier instrumento convencional de carácter colectivo o por acuerdo de las partes, sin que tal ampliación pueda afectar a las prestaciones de Seguridad Social.

146. ¿Este permiso para el cuidado del lactante tiene igual duración para los funcionarios públicos?

No, ya que en tal caso el artículo 48.f) EBEP lo amplía con carácter general hasta los doce meses de edad del menor.

147. ¿Qué normativa se aplica al personal laboral al servicio de las Administraciones públicas en relación con este permiso?

Conforme a lo establecido en el artículo 7.1 EBEP y Disposición adicional 22ª ET, en esta materia resulta de aplicación el EBEP aun cuando no se trate de personal funcionario.

Ejemplo práctico

Una persona trabajadora que presta servicios en un Ayuntamiento, con relación laboral, tendrá derecho al permiso por cuidado de lactante con una duración de doce meses y carecerá del derecho a la prestación de Seguridad Social para cuidado de lactante en aplicación de lo dispuesto en el artículo 48.f) EBEP y 184.3 TRLGSS.

148. ¿Para tener derecho al permiso ha de acreditarse que el menor recibe lactancia natural o artificial?

En la actualidad no, ya que el permiso se reconoce para el cuidado del lactante y no para atender a su lactancia (STS), cont.-admtvo., Murcia

de 23 de enero de 2015, rec. 273/2013), tratándose por tanto de un permiso desvinculado de la lactancia natural.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/Granada, cont.-admtvo., de 9 de noviembre de 2015, apelación 108/2012.

“... este permiso se ha desvinculado del hecho biológico de la lactancia natural y se considera como un mero tiempo de cuidado a favor del hijo y como una medida conciliadora de la vida familiar y laboral y, que por lo tanto, lo puede ejercer uno y otro progenitor trabajador, ya fuera por cuenta propia, ya por cuenta ajena, y con independencia del permiso por maternidad”.

149. ¿Tienen derecho ambos progenitores a disfrutar del permiso de forma conjunta?

Con anterioridad al RDL 6/2019 solo podía hacer uso del permiso uno de los progenitores, pero en la actualidad se reconoce como un derecho individual de ambos por lo que no existe impedimento legal alguno para su disfrute conjunto.

150. ¿Es necesario que ambos progenitores trabajen para que pueda reconocerse el derecho al permiso?

Actualmente no, de manera que la persona trabajadora tendrá derecho al permiso con independencia de que el otro progenitor, adoptante, guardador o acogedor, no trabaje, o bien carezca del derecho al permiso en función de la actividad que realice, debiendo señalarse que ya con anterioridad a la entrada en vigor del RDL 6/2019, algunos tribunales reconocieron este derecho en aplicación de la doctrina establecida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (SSTSJ Cataluña de 9 de marzo de 2018, rec. 7001/2017; Madrid de 5 de octubre de 2015, rec. 425/2015 y Andalucía/Granada de 7 de noviembre de 2014, rec. 1449/2011).

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de septiembre de 2010, asunto C-104/2009.

El artículo 2, apartados 1, 3 y 4, y el artículo 5 de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso

al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una medida nacional como la controvertida en el litigio principal, que prevé que las mujeres, madres de un niño y que tengan la condición de trabajadoras por cuenta ajena, pueden disfrutar de un permiso, según varias modalidades, durante los nueve primeros meses siguientes al nacimiento de ese hijo, en tanto que los hombres, padres de un niño y que tengan la condición de trabajadores por cuenta ajena, sólo pueden disfrutar del citado permiso cuando la madre de ese niño también tiene la condición de trabajadora por cuenta ajena.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16 de junio de 2015, asunto C-222/2014.

“Las disposiciones de la Directiva 96/34/CE del Consejo, de 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental ..., así como las de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional en virtud de la cual se priva a un funcionario del derecho a un permiso parental si su esposa no ejerce una actividad laboral o profesional, salvo que, debido a dolencia o enfermedad grave, se la considere incapacitada para hacer frente a las necesidades de cuidado del hijo”.

151. ¿En qué consiste el permiso para cuidado del lactante?

La persona trabajadora puede optar por una de las siguientes posibilidades de disfrute:

- Ausentarse del trabajo durante una hora, que puede dividirse en dos fracciones, o
- Reducir la jornada en media hora diaria.

152. ¿Qué diferencia existe entre la ausencia de una hora y la reducción de jornada de media hora?

La reducción de jornada supone que quien ejercita el derecho se incorpora más tarde al trabajo o lo abandona antes de que finalice la jornada; mientras que en las ausencias se produce la interrupción de

la jornada de trabajo ya iniciada y se vuelve al trabajo al concluir dicha ausencia.

153. ¿Puede acumularse el permiso para cuidado del lactante en jornadas completas?

Sí, siempre que lo autorice el convenio colectivo aplicable o el plan de igualdad, o así se acuerde individualmente entre la empresa y la persona trabajadora.

154. Cuando se produzca la acumulación en jornadas completas ¿qué se acumula, la hora de ausencia o la media hora de reducción de jornada?

Ha sido un asunto muy polémico que ha recibido distintas soluciones por los Tribunales. Finalmente la cuestión ha sido zanjada por la STS de 19 de abril de 2018, rec. 1286/2016, en el sentido de que la acumulación ha de venir referida a la hora de ausencia y no a la media hora de reducción, siempre que el convenio colectivo que lo regule no disponga nada al respecto.

Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de abril de 2018, rec. 1286/2016.

“el legislador ha señalado que la negociación colectiva puede permitir acumular en jornadas completas el derecho. Dado que ese derecho consiste en ausentarse del centro de trabajo, este permiso es el que se acumula y, por tanto, lo es sobre la hora de ausencia. La norma estatutaria acude a la expresión “acumularlo”, en clara referencia al derecho y no dice “acumularla” en referencia a la reducción de jornada. Por tanto, lo que se traslada a la negociación colectiva es la acumulación de las horas de ausencia, salvo que esa previsión legal se supere por otra más beneficiosa para el trabajador o la trabajadora o que en acuerdo bilateral entre empresa y trabajador se mejore la norma legal o convencional”.

155. ¿Qué ocurre si en un convenio colectivo o en un acuerdo de empresa o pacto individual se establece la acumulación en jornadas completas, partiendo de la media hora de reducción de jornada y no de la hora de ausencia?

En nuestra opinión el acuerdo sería nulo y cabría la posibilidad de su impugnación directa por los sujetos colectivos (por ejemplo el sindicato) o de su impugnación indirecta contra los actos de aplicación por parte de las personas afectadas.

RECUERDA

Si un convenio colectivo establece la acumulación en jornada completa partiendo de la media hora de reducción de jornada, las personas trabajadoras incluidas en el ámbito del convenio podrían demandar judicialmente, a título individual, solicitando la no aplicación del convenio en ese extremo y su sustitución de la hora de ausencia, situación esta que es conocida como impugnación indirecta del convenio.

156. Si no está acordada la acumulación en un instrumento colectivo de eficacia vinculante ¿puede imponer la empresa o exigir el trabajador, unilateralmente, la acumulación?

No podría exigirse de forma unilateral y así lo han reconocido expresamente nuestros tribunales, siendo ejemplo de ello la STSJ Galicia de 23 de enero de 2018, rec. 4399/2017.

157. La negativa injustificada por parte de la empresa a la acumulación del permiso en jornadas completas cuando está prevista en convenio colectivo ¿podría dar lugar a una indemnización de daños y perjuicios?

Sí, como lo ha entendido, a título de ejemplo, la STSJ de Galicia de 22 de septiembre de 2010, rec. 494/2007.

158. Tratándose de personal funcionario ¿es necesario que exista algún acuerdo colectivo previo para que pueda llevarse a cabo la acumulación del permiso en jornadas completas?

Creemos que no, ya que para los funcionarios este derecho a la acumulación en jornadas completas viene reconocido expresamente por el EBEP, aunque la redacción del artículo 48.f) no es concluyente, ya que se limita a señalar que “se podrá solicitar” la acumulación, lo que

podiera interpretarse en el sentido de que la Administración no viene obligada a reconocer necesariamente el derecho, invocando razones organizativas o de funcionamiento del servicio, lo que en algún caso ha sido rechazado en vía judicial (STSJ Madrid, contencioso, de 9 de febrero de 2018, rec. 590/2017).

159. ¿Queda afectada la duración de la ausencia o la reducción de jornada por el hecho de que la persona trabajadora tenga un contrato de trabajo a tiempo parcial?

No, la duración de la ausencia o la reducción de la jornada es la misma para las personas trabajadoras con jornada a tiempo completo o parcial (SSTSJ País Vasco, contencioso, de 12 de junio de 2018, rec. 234/2018 y Castilla y León/Burgos de 30 de mayo de 2012, rec. 287/2012).

Ejemplo práctico

Si una trabajadora tiene un contrato de trabajo a tiempo parcial, de media jornada, tal circunstancia no tendrá ninguna incidencia en el tiempo de ausencia o en la reducción de jornada, manteniendo el derecho al permiso en los mismos términos que quien tiene contrato a jornada completa.

160. ¿El disfrute del permiso por cuidado del lactante tiene carácter obligatorio al igual que sucede con otros permisos vinculados al nacimiento de hijas e hijos?

Se trata del ejercicio de un derecho de carácter voluntario, por lo que se puede renunciar a su solicitud o se puede dar por extinguido antes de que venza el plazo legalmente establecido. También podría ocurrir que lo solicite uno solo de los progenitores, adoptantes, acogedores o guardadores, renunciando el otro.

161. ¿La ausencia al trabajo o la reducción de jornada puede verse afectada en cuanto a su duración en los casos de nacimiento, adopción, guarda o acogimiento múltiple?

Sí, ya que tanto el artículo 37.4 ET como el artículo 48 EBEP disponen que la duración del permiso se incrementará proporcionalmente en estos casos, por lo que cada uno de los sujetos causantes del derecho

genera el disfrute a una hora de ausencia o a media hora de reducción de jornada.

Ejemplo práctico

En el supuesto de nacer dos hijos/as de un mismo parto, cada uno de los progenitores mantendría el derecho a duplicar los tiempos de ausencia o de reducción de jornada, teniendo en todo caso carácter voluntario el incremento de la duración del permiso.

162. Una persona trabajadora que tiene dos contratos a tiempo parcial en empresas diferentes ¿podría utilizar el permiso en ambas entidades?

Se trata de una situación no prevista legalmente, si bien, en nuestra opinión, debería optar por hacer uso del permiso en una de las empresas ya que no sería operativo dividir el permiso entre ambas, dada su corta duración.

163. ¿A partir de qué momento puede disfrutarse el permiso?

A partir de que finalice el permiso por nacimiento y cuidado de menor (maternidad o paternidad) ya que si el contrato se encuentra suspendido por alguno de estos permisos resulta evidente la imposibilidad de solicitar un permiso que ineludiblemente exige estar prestando servicios.

Cuestión distinta es la referida a que el permiso haya de disfrutarse inmediatamente después de que finalice el permiso por nacimiento y cuidado del menor y sin solución de continuidad, habiéndose reconocido la posibilidad de hacer uso del mismo tardíamente y mientras el menor no haya cumplido los doce meses (STS) Andalucía/Sevilla, contencioso, de 8 de abril de 2016, rec. 32/2015).

164. Si el permiso por nacimiento y cuidado de menor (maternidad o paternidad) se disfruta a tiempo parcial ¿se podría tener derecho al permiso por cuidado del lactante, en base a que existe prestación de servicios a tiempo parcial?

No, ya que la incompatibilidad entre ambos permisos está expresamente establecida por la Disposición adicional primera, apartado siete, del RD 295/2009, de 6 de marzo, siendo también incompatible con la reducción de jornada por guarda legal o cuidado de familiares. No obstante la compatibilidad podría establecerse por vía de convenio, acuerdo colectivo, plan de igualdad o pacto individual entre las partes.

Disposición adicional primera.7 Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo.

El permiso de maternidad y el de paternidad a tiempo parcial serán incompatibles con el disfrute simultáneo por los mismos trabajadores de los derechos previstos en los apartados 4 y 4.bis del artículo 37 ET y de la reducción de jornada por guarda legal prevista en el apartado 5 del mismo artículo. Será asimismo incompatible con el ejercicio del derecho a la excedencia por cuidado de familiares regulado en el artículo 46.3 ET.

165. Dado que en la actualidad el permiso por nacimiento tiene una duración inferior para el padre que para la madre ¿podría comenzarse el disfrute por el padre antes de que finalizara el permiso de maternidad?

Hasta tanto no concluya el periodo transitorio para la equiparación de los permisos por nacimiento de la madre biológica y del otro progenitor, el permiso para cuidado del lactante que corresponda al padre podrá iniciarse antes que concluya el permiso para cuidado del menor al que tenga derecho la madre biológica.

Sentencia de la Audiencia Nacional de 19 de julio de 2018, procedimiento 144/2018.

Procede “descartar que los padres no puedan disfrutar acumuladamente el permiso de lactancia, si las madres están disfrutando la suspensión de sus contratos por maternidad. Es así, aunque el permiso de lactancia, no sea compatible con la suspensión del contrato por maternidad o paternidad, por cuanto dicha incompatibilidad afecta únicamente al ejercicio simultáneo de ambos derechos por el mismo progenitor, pero no afecta en absoluto, cuando uno de ellos tiene suspendido su contrato por el ejercicio del derecho de maternidad y/o paternidad y el otro reclama el disfrute del permiso de lactancia”.

166. ¿Es necesario preavisar a la empresa la fecha de inicio del permiso o, en su caso, la reducción de jornada?

De conformidad con lo establecido en el artículo 37.7 ET se exige preavisar con una antelación mínima de 15 días, o con la que se determine en el convenio colectivo aplicable.

167. ¿A quién corresponde la concreción horaria sobre el disfrute del permiso o la reducción de jornada por cuidado del lactante?

Corresponde a la persona trabajadora dentro de su jornada ordinaria de trabajo, de forma que lo que no se podría hacer, por ejemplo, es modificar el turno de trabajo habitualmente asignado.

Ejemplo práctico

Si una persona trabajadora presta servicios como personal administrativo y todo el resto de personal de su sección trabaja en turno de mañanas, la concreción horaria ha de efectuarse dentro de su turno de trabajo, sin que quepa el cambio de turno en base al ejercicio de este derecho.

168. Cuando dos personas trabajadoras en la misma empresa ejerzan este derecho por un hijo común ¿podrá la empresa condicionar o impedir total o parcialmente su ejercicio?

La empresa solo podrá limitar el ejercicio simultáneo por ambos progenitores y cuando existan razones justificativas de funcionamiento, que deberá comunicar por escrito, pero en ningún caso podrá impedir o limitar el ejercicio de este derecho más allá del disfrute simultáneo por parte de ambos.

169. En caso de discrepancia entre las partes respecto de la concreción horaria del permiso ¿cuál es el procedimiento a seguir?

Ha de acudir a la jurisdicción social siguiendo el procedimiento preferente y sumario a que se refiere el artículo 139 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, al que se remite la Disposición adicional decimoctava del ET.

170. ¿Existe algún plazo para plantear la demanda ante la jurisdicción social?

El plazo es el de 20 días hábiles a partir del momento en el que la empresa comunique la disconformidad con la propuesta efectuada por la persona trabajadora.

171. Si la sentencia judicial apreciara que la actuación de la empresa produce la vulneración de un derecho fundamental ¿procedería alguna indemnización resarcitoria?

En todos los casos en los que se produce vulneración de un derecho fundamental procede indemnización por los daños morales o materiales ocasionados, conforme a lo establecido en los artículos 182 y 183 LRJS.

172. Supuestos de indemnización por vulneración de derechos fundamentales vinculados al disfrute del permiso por cuidado del lactante (antes lactancia).

- STSJ Galicia de 23 de enero de 2018, rec. 4399/2017. Derecho a la indemnización por obligar al disfrute acumulado del permiso de lactancia.
- STSJ Cataluña de 10 de noviembre de 2015, rec. 3547/2015. Despido nulo e indemnización de 6.000 euros.
- STSJ Galicia de 29 de septiembre de 2015, rec. 2350/2015. Extinción por causas objetivas declarada nula e indemnización de 6.000 euros.
- STSJ Andalucía/Málaga de 30 de enero de 2014, rec. 1647/2013. Discriminación por exigir a los trabajadores varones, en relación con el permiso de lactancia, justificación de que su cónyuge trabaja, y no hacerlo así con las trabajadoras de la empresa. Indemnización 1.734,18 euros.
- STSJ Andalucía/Granada de 23 de octubre de 2013, rec. 1578/2013. Nulidad de la extinción producida tras solicitud de reducción de jornada por lactancia. Indemnización 6.251 euros.

- STJ Galicia de 22 de septiembre de 2010, rec. 494/2007. Denegación injustificada del permiso al padre. Indemnización por daños morales de 600 euros.

173. ¿Qué criterios pueden utilizarse para la valoración de los daños morales en estos casos?

Puede acudir al importe de las sanciones establecidas para estas conductas en la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social.

174. Las ausencias al trabajo o las reducciones de jornada por disfrute de este permiso ¿se computan y retribuyen como tiempo de trabajo efectivo?

Se considera que son jornada ordinaria de trabajo y en su retribución se deben incluir todos los conceptos salariales, incluidos los variables y los vinculados a objetivos (SSTS, cont.-admtvo., de 5 de octubre de 2017, rec. 130/2017, sobre inclusión de la retribución variable por cumplimiento de objetivos y, social, de 9 de diciembre de 2009, rec. 8/2008).

Ejemplo práctico

Si en una empresa se abona un incentivo en función de la unidades producidas, las personas trabajadoras no podrán experimentar reducción del incentivo por el hecho de utilizar en cualquiera de sus formas el permiso para el cuidado del lactante, de manera que deberán percibir el promedio de lo satisfecho por dicho incentivo en los meses precedentes.

175. Cuando se acumula el permiso en jornadas completas ¿procedería el abono de complementos extrasalariales tales como el plus de transporte?

Si se trata de complementos extrasalariales vinculados a gastos realizados por la persona trabajadora, derivados de su asistencia al trabajo (pluses de transporte, locomoción, kilometraje, dietas, etc.) no procedería su abono (STSJ Galicia de 21 de abril de 2016, rec. 3184/2015). En los demás casos (ayuda de estudios, adquisición de libros para hijos en edad escolar, etc.), entendemos que se mantendría el derecho al abono.

176. Cuando se pretenda que el permiso para cuidado del lactante se extienda hasta los doce meses ¿la empresa viene obligada a reconocerlo?

Solo cuando ambos progenitores, adoptantes, guardadores o acogedores ejerzan el derecho con la misma duración y régimen, de forma que si el derecho lo pretende ejercitar uno solo de ellos, la empresa no viene obligada a su reconocimiento, salvo mejora por convenio o acuerdo.

177. ¿Procedería igual respuesta a la pregunta anterior si se tratara de personal funcionario o de personal laboral al servicio de una Administración pública?

No, ya que en tal caso el artículo 48.f) EBEP extiende el permiso a la reducción de jornada de forma incondicionada hasta los doce meses.

178. Durante el periodo de nueve a doce meses ¿el ejercicio del derecho tiene igual contenido?

No exactamente, ya que la empresa puede reducir proporcionalmente el salario a partir de los nueve meses, salvo mejora por convenio o acuerdo, o que se trate de un funcionario o de personal laboral al servicio de una Administración, en cuyo caso el EBEP no establece reducción salarial alguna para dicho periodo.

Ejemplo práctico

Si una trabajadora que presta servicios como personal laboral de una Diputación Provincial solicita el permiso para cuidado del lactante, la duración de dicho permiso será de 12 meses y no experimentará descuento alguno en su retribución.

179. En el caso de que proceda el reconocimiento del derecho hasta que el menor cumpla doce meses ¿se tendría derecho a alguna prestación que compensara la pérdida de retribución?

Podría percibirse la prestación de Seguridad Social por corresponsabilidad en el cuidado del lactante siempre que la situación que da dere-

cho al permiso o a la reducción de jornada se haya producido a partir del 8 de marzo de 2019, conteniéndose la regulación de esta prestación en los artículos 183 a 185 TRLGSS.

180. Tratándose de personal funcionario ¿se tendría también derecho a la prestación por corresponsabilidad en el cuidado del lactante?

No, ya que el personal funcionario no experimenta ninguna pérdida retributiva al tener derecho al permiso retribuido hasta los doce meses, estando excluido dicho personal de la prestación en cuestión por el artículo 184.3 TRLGSS.

Artículo 184.3 TRLGSS

Las previsiones contenidas en este capítulo no serán aplicables a los funcionarios públicos, que se regirán por lo establecido en el artículo 48.f) del Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, y en la normativa que lo desarrolle.

181. ¿Podrían alterarse por convenio colectivo, plan de igualdad o acuerdo colectivo o individual las condiciones establecidas en la normativa vigente sobre permiso para el cuidado del lactante?

Podría ser objeto de mejora o desarrollo, pero en ningún caso se podrían empeorar las condiciones legalmente establecidas, ya que su regulación se contiene en normas de derecho necesario que no pueden modificarse en perjuicio de las personas trabajadoras.

Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2005, rec. 83/2004.

“El artículo 37 ET es un precepto de derecho necesario relativo, que puede ser mejorado por norma convencional, tal como de forma constante sostiene un sólido criterio jurisprudencial. En este sentido, el permiso de lactancia regulado en el repetido precepto estatutario, es susceptible de admitir la mejora en el convenio y esto es lo que han hecho las partes firmantes del convenio colectivo impugnado, en el uso y ejercicio legítimo de su autonomía colectiva, al permitir que el titular del derecho pueda voluntariamente optar por la acumulación de los permisos si, como consecuencia de sus necesidades, dicha acumulación garantiza mejor la protección y atención del recién nacido, que es precisamente la finalidad que persigue el artículo 37 ET”.

182. ¿Cómo se calificaría el despido injustificado de un persona trabajadora, producido durante el disfrute del derecho al permiso por cuidado del lactante?

Se calificaría como despido nulo en aplicación de lo dispuesto en el artículo 55.5.c) ET, al haberse producido el despido dentro del año siguiente a haberse reintegrado al trabajo tras finalizar los periodos de suspensión del contrato por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento.

183. En caso de despido colectivo u objetivo procedente de una persona trabajadora que tenga reducida la jornada y la retribución por cuidado del lactante ¿cuál sería el salario a tener en cuenta para el cálculo de la indemnización correspondiente?

Sería el salario a jornada completa de conformidad con lo establecido en la Disposición adicional decimonovena del ET.

Disposición adicional 19ª ET.

En los supuestos de reducción de jornada contemplados en el artículo 37.4 en su párrafo final, así como en sus apartados 5, 6 y 8, el salario a tener en cuenta a efectos del cálculo de las indemnizaciones previstas en esta ley será el que hubiera correspondido a la persona trabajadora sin considerar la reducción de jornada efectuada, siempre y cuando no hubiera transcurrido el plazo máximo legalmente establecido para dicha reducción.

VI. PERMISO POR NACIMIENTO PREMATURO DE HIJO O HIJA O QUE POR CUALQUIER CAUSA DEBAN PERMANECER HOSPITALIZADOS A CONTINUACIÓN DEL PARTO

184. Marco normativo

La normativa reguladora viene constituida por el artículo 37.5 ET conforme a la redacción dada por la Disposición adicional octava de la Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad.

185. ¿Cuáles son los presupuestos de hecho que dan lugar al disfrute de este permiso?

- Nacimiento prematuro de hijo o hija.
- Hospitalización del menor a continuación del parto.

RECUERDA

El permiso podrá reconocerse:

- Cuando el parto se haya producido en un centro sanitario.
 - Cuando haya acaecido en el propio domicilio o en otro lugar, si seguidamente se produce la hospitalización.
 - Cuando a causa de la salud de la madre, esta y el recién nacido se mantengan hospitalizados.
 - Cuando la hospitalización se pueda deber al tratamiento de una enfermedad del recién nacido, o a otra causa relacionada con su salud o con la de la madre.
-

186. ¿Resulta requisito imprescindible que el nacimiento se haya producido en un centro hospitalario?

No, ya que lo determinante es el internamiento sanitario tras el nacimiento, aunque este se haya producido fuera del centro sanitario.

Ejemplo práctico

Cuando la madre hubiera optado porque el parto tenga lugar en su domicilio, en caso de surgir alguna complicación que obligue a la hospitalización, procedería el reconocimiento del derecho al permiso, aun cuando la norma, al utilizar la expresión de “permanecer hospitalizados” pudiera dar a entender que el nacimiento se ha de producir en el centro hospitalario.

187. ¿A quién corresponde la titularidad del permiso?

El ET hace referencia a las personas trabajadoras, por lo que tanto el padre como la madre tendrán derecho al disfrute del permiso.

188. ¿Podría utilizar este permiso el padre, si la madre no trabaja?

El reconocimiento del derecho se produce en favor de la persona trabajadora con independencia de que el otro progenitor esté o no trabajando.

189. ¿En qué momento se puede iniciar la suspensión del contrato en los casos de hospitalización del menor?

Con carácter general tanto la madre como el padre inician la suspensión del contrato a continuación del parto, por lo que si el contrato está suspendido es evidente que no puede disfrutarse el permiso en cuestión. No obstante lo anterior en los casos de hospitalización del menor a continuación del parto el periodo podrá computarse, respecto al progenitor distinto de la madre biológica, a partir de la fecha del alta hospitalaria.

Ejemplo práctico

Si la hospitalización del menor se produce tres meses después del parto los progenitores no podrán hacer uso de este permiso ya que la norma impone que tal hospitalización tenga lugar a continuación del parto, y ello sin perjuicio de que puedan hacer uso del permiso por infortunio familiar regulado en el artículo 37.3.b) ET.

190. ¿Podría ser concurrente este permiso con el de cuidado del lactante?

Entendemos que no ha de existir ningún inconveniente para ello ya que ambos permisos obedecen a una motivación distinta.

191. ¿Cuál es el contenido de este permiso retribuido?

Salvo mejora por convenio colectivo, la regulación legal posibilita ausentarse del trabajo durante una hora diaria mientras persista la hospitalización.

192. ¿Afectaría a la duración del permiso el hecho de que la persona trabajadora esté vinculada a la empresa con un contrato a tiempo parcial?

La norma no hace distinción alguna en la duración del permiso o en la reducción de jornada en atención a la duración de la jornada de trabajo, por lo que no cabe reducir proporcionalmente el permiso o la reducción de jornada aunque la persona beneficiaria preste servicios a tiempo parcial.

193. ¿Se incrementaría el permiso en los supuestos de parto múltiple?

La anterior regulación de este permiso se contenía en el artículo 37.4 bis ET y hacía referencia a los casos de “nacimientos de hijos prematuros” (en plural), lo que sugería que la duración del permiso era independiente del número de hijos. Sin embargo la actual redacción del 37.5 ET hace referencia al nacimiento del “hijo o hija” (en singular), lo que podría justificar que en caso de parto múltiple se viera aumentado en razón del número de nacimientos.

194. ¿Resultaría alterada la hora de entrada o salida del trabajo como consecuencia del disfrute del permiso?

En principio la ausencia implica que la persona trabajadora está prestando servicios cuando ejerce su derecho al permiso, pero nada impide y de hecho parece lo más recomendable, que la utilización de la hora de ausencia se materialice retrasando la hora de entrada o anticipando la de salida.

RECUERDA

Las formas de utilización del permiso podrían ser las siguientes: retrasar la hora de entrada al trabajo, ausentarse una hora tras haber iniciado la jornada o anticipar su finalización. Asimismo y aun cuando la norma no lo prevé, cabría la posibilidad de fraccionar la ausencia posibilitando, por ejemplo, retrasar la hora de ingreso y la de salida en media hora.

195. ¿Podría limitarse por convenio colectivo la duración máxima en el tiempo de dicho permiso?

No, ya que este ha de durar tanto como se prolongue el internamiento hospitalario del menor, sin que tampoco quepa reducir la hora diaria de ausencia por el hecho de tratarse de un ingreso prolongado.

196. En el caso de que el internamiento del menor se produzca varios días después del nacimiento, sin que este haya tenido carácter prematuro ¿cabría hacer uso del permiso?

Aunque la redacción del artículo 37.5 ET parece hacer referencia a la permanencia en el centro hospitalario a continuación del parto, una interpretación finalista de la norma permite entender que el permiso también podrá utilizarse cuando después del alta hospitalaria inicial y a consecuencia de complicaciones posteriores o inmediatas sea necesario proceder al ingreso hospitalario del menor.

197. ¿Tiene alguna incidencia en la utilización del permiso el estado civil de los padres?

El estado civil y el hecho de estar o no casados, o el tipo de matrimonio, son cuestiones ajenas al reconocimiento del derecho al permiso, ya que lo determinante es el nacimiento biológico y la concurrencia de alguna de las causas a que hace referencia el citado artículo 37.5 ET.

Ejemplo práctico

Para el caso de que el hijo/a prematuro haya sido reconocido por el otro progenitor, que a su vez tiene otro vínculo matrimonial diferente, también procedería el derecho al permiso, ya que el hecho causante es el nacimiento y no el vínculo matrimonial.

198. ¿Podría ampliarse el beneficio a los supuestos de adopción, guarda o acogimiento de un menor que desde su nacimiento hubiera de permanecer hospitalizado?

Se trata de una situación no prevista legalmente entendiéndose que, con independencia de la mejora que pudiera establecerse en convenio colectivo, podría sostenerse la aplicación analógica a tales supuestos.

199. Dado que el artículo 37.5 ET también regula la posibilidad, junto al permiso, de reducir la jornada hasta un máximo de dos horas, con disminución proporcional del salario ¿resultarían acumulables el derecho al permiso y la reducción de jornada?

Sí, ya que se trata de dos derechos distintos que pueden complementarse, de manera que ningún impedimento habría en hacer uso de la hora de ausencia y reducir, además, la jornada de trabajo hasta un máximo de dos horas.

200. La hora de ausencia al trabajo ¿tiene carácter retribuido?

Aun cuando el artículo 37.5 ET nada dice al respecto, el criterio es unánime en el sentido de mantener su carácter retribuido, ya que si no se quisiera que fuera así, se habría indicado expresamente, como sucede con la reducción de jornada a la que se hace referencia en el mismo artículo y apartado.

201. ¿Qué conceptos integrarían la retribución de la hora de ausencia?

La hora en cuestión se retribuiría como de trabajo efectivo y por tanto no procedería descuento alguno de cualquier naturaleza.

Ejemplo práctico

Cuando exista una retribución por objetivos y estos disminuyan a consecuencia de las horas de ausencia en el trabajo, dicha disminución no deberá traducirse en una disminución salarial por tal motivo.

202. ¿A quién corresponde fijar el momento concreto de disfrute del permiso dentro de la jornada de trabajo?

Tal facultad es propia de las personas trabajadoras que hagan uso de esta modalidad de permiso retribuido.

203. En caso de discrepancia con la empresa ¿cómo se resolverían los problemas que pudieran suscitarse?

Procedería seguirse el procedimiento judicial del artículo 139 LRJS, al que expresamente se remite el ET, en esta materia.

204. ¿Cómo se calificaría el despido sin causa de una persona trabajadora que se halla haciendo uso de este permiso retribuido?

Sería constitutivo de un despido nulo en aplicación de lo establecido en los artículos 53.4.b) y 55.5.b) ET.

VII. PERMISOS A CONSECUENCIA DE DESPLAZAMIENTOS TEMPORALES DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS POR PERIODO INFERIOR A UN AÑO

205. Marco normativo

Artículo 40.6 ET, conforme al cual "... en el caso de desplazamientos de duración superior a tres meses ... el trabajador tendrá derecho a un permiso de cuatro días laborables en su domicilio de origen por cada tres meses de desplazamiento, sin computar como tales los de viaje, cuyos gastos correrán a cargo del empresario".

206. ¿En qué supuestos de movilidad geográfica procede el reconocimiento de este permiso?

Solo en los casos de desplazamientos temporales por tiempo inferior a un año, los cuales no implican cambio definitivo de residencia de las personas trabajadoras desplazadas, a diferencia de lo que ocurre con los traslados que sí suponen tal cambio definitivo.

Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 2000, rec. 2794/1999.

El desplazamiento temporal se produce cuando el cambio de sede geográfica laboral se efectúa con la idea de que el operario vuelva al cabo de algún tiempo a su antiguo centro, sin que se produzca un cambio de la residencia habitual del mismo.

207. ¿Qué objetivo persigue este permiso?

Que la persona trabajadora desplazada mantenga un contacto permanente con la unidad familiar a la que pertenece, tratándose por tanto de una medida que guarda relación con la conciliación de la vida familiar.

Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1994, rec. 811/1993.

El permiso "responde a la necesidad de evitar o reducir en lo posible el grave quebranto que para la convivencia familiar y para el ámbito afectivo de la persona suponen los desplazamientos de larga duración".

208. Si la persona trabajadora es objeto de un traslado definitivo a otra localidad, pero mantiene su residencia familiar en la localidad de origen, ¿tendría derecho a la utilización de este permiso?

No, ya que en este caso el traslado tiene carácter definitivo y para tales supuestos no está previsto el derecho al permiso retribuido, que solo opera en los desplazamientos temporales.

209. ¿Procedería el permiso de cuatro días cuando el desplazamiento no comporte cambio temporal de residencia?

Salvo que otra cosa disponga el convenio colectivo aplicable, se considera que si la persona trabajadora no ha efectuado un cambio temporal de residencia carece del derecho al permiso.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 22 de abril de abril de 2009, rec. 1157/2008.

“si el desplazamiento del trabajador no lleva aparejado el cambio de residencia ni tampoco se ha pactado expresamente entre las partes, no procede la compensación consistente en días de descanso complementarios”.

210. ¿A cuántos días de permiso tiene derecho la persona trabajadora desplazada?

A cuatro días laborables, sin computar como tales los días de viaje, salvo mejora por convenio o acuerdo entre las partes.

211. ¿Cómo se computan los días efectivos de permiso que reconoce el artículo 40.6 ET?

Como días efectivos de trabajo, por lo que no computan domingos, festivos o sábados si en tales días no existe obligación de trabajar, de forma que la persona desplazada mantiene el derecho a permanecer en su domicilio el total íntegro de los cuatro días laborables, ya que no se computan los tiempos invertidos en los desplazamientos.

212. Si el desplazamiento tiene una duración inferior a tres meses ¿se tendría derecho a la parte proporcional del permiso?

No, salvo previsión en convenio colectivo o acuerdo entre las partes, ya que el desplazamiento de duración inferior a tres meses no genera derecho a permiso alguno.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 11 de octubre de 2004, rec. 992/2004.

“La solución más equitativa al problema debatido parece que debía pasar por establecer una proporcionalidad entre la duración del desplazamiento y la del descanso adicional que lo compensa; pero esa solución no puede venir dada por una interpretación forzada, que el contexto literal del precepto no permite. Tampoco es el criterio seguido por el legislador en esta misma materia: en efecto, el art. 40.4, párrafo 2º del Estatuto de los Trabajadores, solo concede un permiso de cuatro días laborables por cada tres meses de desplazamiento, sin que los de duración inferior generen derecho a permiso alguno”.

213. ¿Se perdería el derecho al permiso de cuatro días por el hecho de que la persona desplazada hubiera regresado en determinadas ocasiones a su domicilio, haciéndolo en días no laborables?

No se pierde tal derecho ya que esos desplazamientos voluntarios del trabajador y a su cargo, en modo alguno afectan al permiso legalmente reconocido (STSJ País Vasco de 18 de enero de 2000, rec. 2131/1999).

214. ¿Procedería igual solución si la persona trabajadora desplazada regresa los fines de semana a su domicilio, abonando la empresa los gastos de viaje?

Para un supuesto de esta naturaleza el TSJ de Andalucía/Sevilla en sentencia de 9 de mayo de 2000, rec. 2735/1999, ha entendido que en tales casos no procede el reconocimiento del permiso de cuatro días.

215. ¿Sería válido un acuerdo sobre compensación en metálico de los días de permiso a los que se tiene derecho?

El acuerdo sería nulo, ya que es un derecho de disfrute “in natura”, sin contenido económico (STS 28 de mayo de 1994, rec. 811/1993).

216. ¿Podría acumularse el permiso al periodo de vacaciones?

No existe impedimento alguno para ello, siempre que no se solape el permiso en cuestión con el periodo vacacional.

217. Durante los cuatro días de permiso la persona trabajadora ¿percibirá la misma cantidad que cuando estaba desplazada?

Tendrá derecho a la retribución íntegra, salvo las dietas por desplazamiento que lógicamente no se devengarían. No obstante, si la persona desplazada mantiene la obligación de abono de los gastos de alojamiento (por ejemplo alquiler de una vivienda), en tal caso procedería mantener el abono de dichos gastos.

218. ¿Quién viene obligado al abono de los gastos de viaje que se originan a consecuencia del disfrute de este permiso?

Tales gastos son a cargo de la empresa como expresamente establece el artículo 40.6 ET, siendo nulo el pacto por el cual los gastos hayan de ser satisfechos por la persona desplazada.

219. ¿Podrían disfrutarse los cuatro días laborables de permiso en otra localidad distinta de aquella que constituye el domicilio de origen?

Pese a que el Estatuto de los Trabajadores expresamente reconoce este permiso para permanecer “en su domicilio de origen”, no debe existir impedimento alguno para que dicho permiso se disfrute en otra localidad.

220. ¿A quién corresponde decidir la fecha de disfrute del permiso en cuestión?

La propuesta deberá ser formulada por la persona trabajadora desplazada, cuando hayan transcurrido tres meses desde el inicio del desplazamiento, o igual periodo cuando se trate de desplazamientos de más larga duración. En caso de discrepancia con la empresa corresponderá decidir al Juzgado de lo Social.

221. ¿Deberá preavisar la persona trabajadora desplazada la fecha de inicio del permiso?

Al igual que en el resto de permisos, será exigible la existencia de pre-aviso.

VIII. OTROS PERMISOS DERIVADOS DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA, PLANES DE IGUALDAD O ACUERDOS DE EMPRESA COLECTIVOS O INDIVIDUALES

222. ¿Cuáles son las manifestaciones más habituales de mejora de los permisos relacionados con la conciliación y la corresponsabilidad?

Dado que la regulación legal de estos permisos se contiene en normas de derecho necesario relativo, que pueden ser objeto de mejora, las manifestaciones más frecuentes se producen:

- Incrementando los días de los permisos retribuidos reconocidos por el artículo 37.3 ET.
- Creando nuevos permisos retribuidos.
- Estableciendo permisos o licencias no retribuidas.
- Extendiendo el derecho a los permisos a personas trabajadoras no incluidas en el ámbito de aplicación del artículo 37.3 ET (parejas de hecho, otros familiares, etc.).

223. ¿En qué casos concretos se vienen incrementando, por cualquiera de las vías señaladas, los permisos reconocidos en el ET?

Aun cuando los instrumentos de negociación colectiva posibilitan el incremento y la mejora de los permisos legalmente reconocidos, los supuestos más frecuentes hacen referencia a los siguientes aspectos:

- Aumentando el número de días de permiso.
- Estableciendo el cómputo de los días reconocidos como laborales o hábiles.
- Posibilitando el disfrute de los permisos en fechas no necesariamente coincidentes con el hecho causante que da lugar a los mismos.
- Clarificando conceptos tales como accidente o enfermedad grave, intervención quirúrgica sin hospitalización, reposo domiciliario, etc.

- Definiendo en que casos se entiende que existe desplazamiento, a efectos de aumentar el número de días de permiso.
- Ampliando los supuestos de relación de consanguinidad o afinidad que dan lugar al permiso.
- Definiendo los conceptos que integran la retribución.
- Estableciendo la duración de los permisos como tiempo de trabajo efectivo a todos los efectos.
- Posibilitando la compatibilidad de la suspensión de contratos por IT, cuidado de menores, etc., con el disfrute de permisos coincidentes en dichas fechas.

224. ¿Qué otros permisos por motivos de conciliación pueden ser objeto de negociación en cualquier instrumento colectivo o acuerdo individual?

Los únicos límites para el establecimiento de nuevos permisos retribuidos son los que derivan del respeto al principio de igualdad y a la no discriminación. Los supuestos más frecuentes de permisos de creación negociada son los siguientes:

- Reconocimiento del derecho a un permiso por matrimonio de familiares, y particularmente de hijos e hijas o hermanos/as.
- Asistencia a consultas médicas por parte de los trabajadores y trabajadoras, siendo frecuente en estos casos el establecimiento de un número de horas al año.
- Acompañamiento a consultas médicas de hijos e hijas menores de edad, cónyuge, pareja de hecho, ascendientes, etc.
- Acompañamiento al cónyuge o pareja de hecho para la asistencia a exámenes prenatales y para la realización de técnicas de preparación al parto.
- Reconocimiento del derecho a un permiso para someterse a técnicas de fecundación in vitro.

- Permisos para tramitación de procedimientos de adopción y acogimiento.
- Regulación de un número de días al año por asuntos propios, al objeto de contribuir a conciliar la vida personal con el trabajo.

225. ¿Qué tipo de permisos no retribuidos pueden ser objeto de negociación colectiva?

Los permisos no retribuidos o licencias sin sueldo pueden ser de muy variada naturaleza, aunque mayoritariamente suelen estar vinculados a la ampliación de los permisos reconocidos por el ET, a las licencias o permisos por asuntos propios y a la asistencia o acompañamiento a consultas médicas. Entre tales permisos no retribuidos son frecuentes los siguientes:

- Permiso no retribuido por fallecimiento del cónyuge, de la pareja de hecho, de hijos o hijas, o de otros familiares.
- Permiso a las mujeres embarazadas con anterioridad a la suspensión del contrato por maternidad.
- Permisos posteriores a la finalización de la suspensión del contrato por nacimiento y cuidado de hijas e hijos.
- Permiso especial por enfermedad tras el parto.
- Permiso no retribuido por desplazamiento a consecuencia de adopción internacional.
- Permiso por desplazamiento derivado de la maternidad subrogada.
- Permiso por accidente o enfermedad grave de parientes, cónyuge o pareja de hecho, ampliando los permisos retribuidos.
- Asistencia a celebraciones relevantes en el ámbito familiar.
- Permiso por asistencia de corta duración de familiares de edad avanzada.
- Atención a familiares discapacitados.

- Acompañamiento a consultas médicas o tratamientos de larga duración de ascendientes o descendientes.
- Concesión de excedencia especial para atención de familiares o parejas de hecho.

226. Los permisos no retribuidos ¿afectarán a la duración del periodo vacacional?

Dependerá de lo que establezca el acuerdo o pacto que regule el permiso en cuestión y aunque la doctrina judicial ha mantenido que si no existe previsión al respecto tales permisos o licencias no retribuidas aminoran el periodo vacacional (SSTSJ Aragón de 11 de mayo de 2005, rec. 185/2005 y Comunidad Valenciana de 9 de abril de 2002, rec. 602/2000), recientemente la Audiencia Nacional ha reconocido que cuando el convenio no contiene previsión al respecto, los trabajadores y trabajadoras afectados mantienen su derecho al disfrute íntegro del periodo vacacional.

Sentencia de la Audiencia Nacional de 28 de enero de 2019, procedimiento 332/2018.

Los trabajadores de la empresa tienen derecho al disfrute íntegro de las vacaciones que hayan devengado, sin sufrir merma o menoscabo del periodo vacacional que les corresponda, por el hecho de haber disfrutado de cualquiera de las licencias sin sueldo previstas en la norma convencional de aplicación, debiendo reponer a los trabajadores afectados en el disfrute de los días de vacaciones que se les hayan reducido o descontado en el año en curso o, con carácter subsidiario, se les abonen las cantidades económicas correspondientes a los días de reducción de sus vacaciones anuales.

227. Durante el disfrute de los permisos no retribuidos ¿se mantiene el alta en Seguridad Social?

Dependerá de lo que se establezca en la negociación colectiva o en el acuerdo que regule el permiso en cuestión, ya que en unos casos se establece la baja en Seguridad Social durante el tiempo que dure el permiso, mientras que en otros se mantiene el alta con obligación de cotizar por bases mínimas.

228. ¿Qué derechos vienen reconociéndose en la negociación colectiva o en los planes de igualdad respecto de las parejas de hecho, en relación con los permisos por motivos de conciliación o corresponsabilidad?

Con carácter general los permisos vienen haciendo referencia a:

- Extensión a las parejas de hecho de todos los permisos reconocidos a los cónyuges.
- Cobertura del seguro médico para las parejas de hecho.

TEST DE AUTOEVALUACIÓN

1. ¿Tienen derecho al permiso de matrimonio las parejas de hecho al inscribirse como tales parejas en un registro público?

- a) En ausencia de regulación convencional no tienen derecho a este permiso.
- b) Tienen derecho al igual que las parejas que formalizan su matrimonio.
- c) No tienen derecho en ningún caso.

2. Si se contrae matrimonio estando en IT ¿se tendría derecho a disfrutar el permiso al producirse el alta?

- a) Sí se tendría derecho.
- b) Se tendría derecho solo cuando así esté previsto en convenio.
- c) Nunca se tendría derecho al permiso en fecha posterior.

3. ¿Podría anticiparse en unos días el permiso por matrimonio antes de su celebración?

- a) Podría anticiparse si se contrae matrimonio en otra localidad.
- b) Podría anticiparse si así viene previsto en convenio o mediante acuerdo entre las partes.
- c) No es posible en ningún caso iniciar el permiso antes de celebrarse el matrimonio.

4. ¿Podría solicitarse un permiso por enfermedad grave de un sobrino?

- a) Sí, se tendría derecho al permiso.
- b) Sí, cuando se ha producido un ingreso hospitalario.
- c) No se tiene derecho, salvo mejora por convenio.

5. A efectos del disfrute del permiso ¿quién define la gravedad de la enfermedad?

- a) Los servicios sanitarios que atiendan al enfermo.
- b) Ha de ser apreciada por la empresa.
- c) Siempre es grave, si se trata de una persona de edad avanzada.

6. En un permiso por hospitalización ¿se extingue el permiso con el alta hospitalaria?

- a) Sí, se extingue automáticamente.
- b) Se extingue si el alta hospitalaria va acompañada de alta médica.
- c) Ninguna respuesta es correcta.

7. ¿Se tiene derecho al permiso cuando al familiar se le ha prescrito reposo domiciliario?

- a) Solo cuando el reposo derive de accidente o enfermedad grave.
- b) Se tendría derecho aunque el reposo no venga precedido de enfermedad.
- c) En ningún caso el reposo domiciliario posibilitaría el permiso.

8. ¿Es válida la cláusula de un convenio que reconoce el aumento de días de permiso cuando el familiar tenga su residencia a más de 100 km del lugar de trabajo del solicitante?

- a) No, ya que el ET se limita a exigir que exista un desplazamiento a otra localidad.
- b) El convenio carece de competencia para imponer ese requisito no previsto en el ET.
- c) Se viene atendiendo la validez de cláusulas de esta naturaleza.

9. ¿Podría un trabajador solicitar permiso para acompañar a su mujer a la realización de exámenes prenatales?

- a) En ningún caso, ya que solo las mujeres son titulares de este derecho.
- b) Sí, siempre se tendrá derecho al permiso.
- c) Se tendría derecho solo en el supuesto de que lo regulara el convenio colectivo aplicable.

10. Si la trabajadora sufre un accidente cuando acude a una consulta médica desde el trabajo ¿cómo se calificaría?

- a) Como accidente no laboral.
- b) Como accidente de trabajo ordinario.
- c) Como accidente in itinere.

11. ¿Se tendría derecho al permiso cuando los exámenes prenatales se lleven a cabo en centros sanitarios privados?

- a) Solo se tendría derecho si se trata de centros asistenciales públicos.
- b) Es indiferente que se trate de centros públicos o privados.
- c) En ese caso solo habría derecho al permiso si así se reconoce en el convenio colectivo.

12. ¿Puede experimentarse alguna pérdida retributiva por la utilización de estos permisos?

- a) Podría descontar la parte proporcional de las retribuciones vinculadas a la permanencia en el puesto de trabajo.
- b) El convenio podría establecer el descuento de las horas utilizadas en dichos exámenes.
- c) No procedería descuento alguno en ningún caso.

13. ¿Quién puede hacer uso del permiso para la realización de actividades previas a la adopción?

- a) Las mismas personas trabajadoras que pueden disfrutar de los permisos prenatales.
- b) Es un derecho genérico de todas las personas trabajadoras, hombres y mujeres.
- c) Solo se reconoce el derecho a una de la personas adoptantes.

14. ¿Cuál es la duración del permiso para actividades previas a la adopción?

- a) La que se establezca en el convenio colectivo.
- b) La que acuerden las partes.
- c) El tiempo indispensable y necesario para realizar tales actividades.

15. ¿Se podría solicitar este permiso para la realización de trámites posteriores a la adopción, guarda o acogimiento?

- a) No, ya que el permiso se reconoce para la realización de trámites previos.
- b) Sí, siempre que los trámites estén relacionado con la adopción, la guarda o el acogimiento.
- c) Ninguna repuesta es correcta.

16. ¿Cuál es la finalidad del permiso para cuidado del lactante?

- a) La lactancia del menor.
- b) El cuidado del menor.
- c) La protección de la madre lactante.

17. ¿Quién es la persona titular del permiso para cuidado del lactante?

- a) La madre.
- b) Las personas trabajadoras con independencia de su sexo.
- c) Quien se acuerde por las partes.

18. ¿Para tener derecho al permiso se ha de acreditar la realidad de la lactancia?

- a) Sí, es necesario.
- b) Solo es necesario si lo impone el convenio colectivo.
- c) No es necesario.

19. Salvo mejora por convenio colectivo ¿cuál es la duración de la ausencia al trabajo derivada del disfrute de este permiso?

- a) Una hora diaria.
- b) Dos horas diarias.
- c) Media hora diaria.

20. ¿Se puede disfrutar el periodo de ausencia para la reducción de jornada?

- a) No es posible.
- b) Solo cuando existe acuerdo entre las partes.
- c) No existe impedimento legal para ello.

21. Cuando se tiene un contrato a media jornada ¿se reduce proporcionalmente el permiso para cuidado del lactante?

- a) Sí, se reduce proporcionalmente.
- b) La duración de la jornada no afecta al disfrute del permiso.
- c) Si solo se trabaja media jornada afecta al disfrute del permiso.

22. ¿Cuál es la duración máxima que puede tener el permiso para cuidado del lactante?

- a) Hasta que el menor cumpla 6 meses.
- b) Hasta que el menor cumpla 9 meses.
- c) Hasta que el menor cumpla 12 meses.

23. ¿Qué periodo cubre la prestación de Seguridad Social para cuidado del lactante?

- a) Durante toda la duración del permiso.
- b) Hasta que el menor cumpla nueve meses.
- c) El periodo comprendido entre lo 9 y los 12 meses de edad del menor.

24. ¿A quién corresponde concretar el horario de trabajo durante el permiso?

- a) A la persona trabajadora dentro de su jornada ordinaria de trabajo.
- b) A la empresa.
- c) Es necesario el acuerdo entre las partes.

25. ¿Cómo se calificaría el despido sin causa de una persona trabajadora que tiene una reducción de jornada por cuidado de lactante?

- a) Podría ser procedente, improcedente o nulo.
- b) Solo puede calificarse como improcedente.
- c) Sería nulo en todos los casos.

26. Para tener derecho al permiso de hospitalización tras el parto,

- a) Es necesario que el nacimiento se haya producido en un centro hospitalario.
- b) Es indiferente el lugar en que haya tenido lugar el parto.
- c) Dependerá de lo que establezca el convenio colectivo.

27. ¿En qué momento puede la madre biológica hacer uso de este permiso?

- a) Cuando lo desee, mientras el hijo/a esté hospitalizado.
- b) Inmediatamente después del parto.
- c) Una vez que hayan transcurrido las seis semanas de descanso obligatorio tras el parto.

28. Salvo mejora por convenio ¿cuál es la duración del permiso conforme a lo establecido en el ET?

- a) Una hora diaria mientras persista la hospitalización.
- b) Dos horas diarias.
- c) No existe límite temporal diario.

29. En caso de traslado del centro de trabajo a otra localidad ¿procedería el disfrute de algún permiso mientras dure el traslado?

- a) Sí, corresponden cuatro días de permiso cada tres meses de traslado.
- b) El traslado supone un cambio definitivo de residencia, que no da derecho a permiso alguno.
- c) Ninguna solución es correcta.

30. ¿Cuál es la duración del permiso por desplazamiento superior a tres meses?

- a) Cuatro días naturales, cada tres meses.
- b) Cuatro días laborables cada tres meses.
- c) Cuatro días laborables, sin computar los día de viaje, cada tres meses.

Capítulo 3

SUSPENSIONES DEL CONTRATO DE TRABAJO DEL PERSONAL LABORAL VINCULADAS A LA CONCILIACIÓN Y CORRESPONSABILIDAD

I. PREVISIONES COMUNES A LAS DISTINTAS MODALIDADES DE SUSPENSIÓN DEL CONTRATO POR MOTIVOS DE CONCILIACIÓN Y CORRESPONSABILIDAD

229. ¿Cuáles son los supuestos de suspensión del contrato de trabajo por motivos de conciliación que contempla nuestro ordenamiento jurídico?

Los artículos 45.d) y e) y el artículo 48 ET regulan los siguientes supuestos de suspensión del contrato, relacionados con la conciliación y corresponsabilidad de la vida familiar, laboral y personal:

- Suspensión del contrato por la madre biológica a consecuencia del nacimiento de hijas e hijos.
- Suspensión del contrato del progenitor distinto de la madre biológica y por iguales circunstancias.
- Suspensión derivada de la adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento.
- Suspensión por riesgo durante el embarazo.
- Suspensión por riesgo durante la lactancia natural.

230. ¿Qué efectos produce en el contrato de trabajo la suspensión por motivos de conciliación y corresponsabilidad?

- Exoneración de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo (artículo 45.2 ET).
- Mantenimiento de la obligación de cotizar con cargo a la empresa, sin perjuicio de las bonificaciones que procedan (artículo 144.4 TRLGSS).

- Reserva del puesto de trabajo una vez finalizada la causa de suspensión (artículo 48.1 ET).
- Cómputo del periodo de suspensión a efectos de antigüedad.
- Derecho a participar en los cursos de formación convocados por la empresa.
- Interrupción del periodo de prueba siempre que se produzca acuerdo entre la partes (artículo 14.3 ET).
- Obtener los beneficios de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a la que hubieran podido tener derecho durante la suspensión del contrato (artículo 48.9 ET).

RECUERDA

El hecho de que no exista obligación de trabajar durante la suspensión del contrato no supone que desaparezcan todas las obligaciones derivadas del mismo, y así por ejemplo una persona trabajadora podrá ser despedida durante la suspensión en supuestos tales como la realización de actividades de competencia desleal durante la suspensión, insultos al empresario, etc.

231. ¿Pueden las personas trabajadoras ejercitar acciones derivadas de su relación laboral, mientras el contrato de trabajo se encuentra suspendido?

No existe impedimento alguno, pudiendo incluso ejercitar la acción de resolución del contrato por incumplimiento de las obligaciones que a la empresa competen.

232. ¿Cómo se calificaría el despido de las personas trabajadoras que tuvieran suspendido su contrato de trabajo por causa de nacimiento, adopción, guarda o acogimiento, riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural?

Se calificaría como despido nulo al amparo de lo establecido en los artículos 53.4.a) y 55.5.a) y c) ET, salvo que procediera su calificación como despido procedente.

233. ¿Se tiene derecho a las mejoras de las condiciones de trabajo producidas durante la suspensión del contrato de trabajo por cualquiera de las causas que venimos analizando?

Conforme a lo establecido en el artículo 48.9 ET, en la redacción dada por el artículo 2.12 del RDL 6/2019, de 1 de marzo, las personas trabajadoras se beneficiarán de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a las que hubieran podido tener derecho durante la suspensión del contrato, en los supuestos referidos en los apartados 4 a 8 de dicho artículo.

Ejemplo práctico

Si durante la suspensión del contrato se publica un nuevo convenio colectivo que tiene efectos retroactivos a un periodo anterior a la suspensión y que establece mejoras salariales, se tendrá derecho al abono de los salarios correspondientes al periodo anterior a la suspensión, a su cotización, y a la mejora de la prestación de Seguridad Social.

234. Cuando la suspensión del contrato coincide con el periodo de vacaciones fijado en convenio o acuerdo colectivo ¿se tendría derecho al disfrute de vacaciones en otro momento distinto?

Conforme a lo establecido en el artículo 38.3 ET, en el caso de que el periodo vacacional pactado coincida con cualquiera de los supuestos de suspensión del contrato regulados en el artículo 48 ET, se tendrá derecho a disfrutar el periodo de vacaciones en fecha distinta, al finalizar el periodo de suspensión, aunque haya finalizado el año natural a que correspondan.

Ejemplo práctico

Si estando disfrutando del permiso de vacaciones una trabajadora pasa a la situación de suspensión del contrato por nacimiento de una hija, a partir de ese momento se suspende el periodo de vacaciones y comienza a percibir la prestación de Seguridad Social. Cuando concluya el periodo de descanso por nacimiento podrá disfrutar el resto de vacaciones aunque haya finalizado el año natural al que correspondan tales vacaciones.

235. Dado que durante la suspensión del contrato no se percibe salario por parte de la empresa ¿a qué prestaciones sustitutivas de dicho salario se tendría derecho?

El Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social establece para estos casos las siguientes prestaciones:

- Prestación por nacimiento y cuidado de menor (artículos 177 a 180 TRLGSS).
- Subsidio por nacimiento (artículos 181 y 182 TRLGSS).
- Prestación por riesgo durante el embarazo (artículos 186 y 187 TRLGSS).
- Prestación por riesgo durante la lactancia natural (artículos 188 y 189 TRLGSS).

II. ASPECTOS LABORALES DE LA SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO DE LA MADRE BIOLÓGICA POR NACIMIENTO DE HIJAS O HIJOS (ANTES SUSPENSIÓN POR MATERNIDAD)

236. Normativa reguladora

- Artículo 45.1.d) y 45.4 ET, en la redacción dada por el RDL 6/2019, de 1 de marzo.
- Disposición transitoria decimotercera ET.
- RD 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas de Seguridad Social de maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural.

237. ¿Es de aplicación la normativa del ET al personal laboral de la Administración pública, incluida la Administración local?

No, ya que el RDL 6/2019 ha añadido un segundo párrafo al artículo 7 del EBEP en el que se establece que "... en materia de permisos de nacimiento, adopción, del progenitor diferente de la madre biológica y lactancia, el personal laboral al servicio de las Administraciones públicas se regirá por lo previsto en el presente Estatuto, no siendo de

aplicación a este personal, por tanto, las previsiones del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores sobre las suspensiones de los contratos de trabajo que, en su caso, corresponderían por los mismos supuestos de hecho”.

Asimismo la Disposición adicional vigésimo segunda del ET se pronuncia en los mismos términos excluyendo la aplicación de dicho Estatuto al personal laboral de las Administraciones públicas respecto de los permisos de nacimiento, adopción, del progenitor diferente de la madre biológica y lactancia.

238. ¿Significa lo anterior que al personal laboral al servicio de las Administraciones públicas no le es de aplicación el ET en materia de permisos vinculados a la conciliación y a la corresponsabilidad?

No exactamente, ya que a dicho personal le es de aplicación el EBEP respecto de los permisos citados de nacimiento, adopción, del progenitor diferente de la madre biológica y el permiso de lactancia [artículos 48.f) y 49.a), b) y c) EBEP], produciéndose en estos casos una total equiparación entre personal laboral y funcionario al servicio de cualquier Administración. Sin embargo, con relación al resto de medidas de conciliación o corresponsabilidad, será de aplicación a dicho personal laboral las disposiciones contenidas en el ET.

RECUERDA

Tratándose de personal laboral de un Ayuntamiento les será de aplicación el EBEP en las situaciones a que hace referencia el artículo 7.2 de dicha norma, mientras que en el resto de permisos vinculados a la conciliación/corresponsabilidad será aplicable el ET, sin perjuicio de que ambas disposiciones legales puedan ser objeto de mejora por legislación autonómica o por acuerdos colectivos.

239. ¿A partir de qué momento son de aplicación las novedades introducidas en esta materia por el RDL 6/2019?

Son de aplicación a los supuestos de hecho que se produzcan a partir de la entrada en vigor de dicha norma, conforme a lo establecido en la

Disposición final segunda de la misma, lo que tuvo lugar el 8 de marzo de 2019.

240. ¿Es aplicable la suspensión del contrato de trabajo en los casos de maternidad subrogada?

Aunque esta situación no está reconocida en nuestro ordenamiento jurídico, el TS ha venido reconociendo pacíficamente la prestación por maternidad y paternidad en los supuestos de gestación por sustitución, por lo que también procederá en estos casos la suspensión del contrato y el abono de la prestación, siempre que conste acreditada la inscripción registrada de la persona recién nacida en el consulado del país de origen (SSTS 22 de marzo de 2018, rec. 2770/2016; 30 de noviembre de 2017, rec. 4105/2016 o 22 de noviembre de 2017, rec. 1504/2016)

Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 2018, rec. 2059/2016.

Se incluyen dentro de las situaciones protegidas la maternidad mediante contrato de maternidad por subrogación, que aunque se encuentre prohibida por nuestro ordenamiento jurídico, no puede perjudicar la situación del menor.

241. ¿Se podría reconocer el derecho a la suspensión del contrato y a la prestación por maternidad a un varón?

Podría efectuarse tal reconocimiento a un trabajador casado con otro varón que ha sido padre mediante técnicas de reproducción asistida, figurando ambos como progenitores en la inscripción de los menores en el registro consular del país en el que se ha producido y en el libro de familia español, pudiéndose reconocer también la suspensión y la prestación al otro progenitor distinto de la madre biológica (STS 30 de noviembre de 2016, rec. 3219/2015).

242. A efectos de suspensión del contrato ¿qué comprende el concepto de nacimiento de hijo o hija?

Comprende tanto el parto como el cuidado del menor de doce meses.

243. ¿Cuál es la duración de la suspensión por nacimiento para la madre biológica?

Con carácter general la suspensión del contrato tiene una duración de dieciséis semanas (artículo 48.4 ET).

244. En el supuesto de discapacidad del hijo o hija en el nacimiento ¿cuál es la duración de la suspensión?

En estos casos tendrá una duración adicional de dos semanas, una para cada uno de los progenitores, sin que por tanto quepa la posibilidad de disfrute acumulado por parte de uno de ellos (artículo 48.6 ET).

RECUERDA

Solo se tiene la condición de discapacitado en aquellos casos en los que se acredite la disminución de la capacidad en un 33 por 100 y, además, así se certifique médicamente.

245. ¿Cómo se acredita el grado de discapacidad de una persona recién nacida?

Mediante informe del Servicio Público de Salud o informe médico de un hospital público o privado, si bien en este último caso deberá estar avalado por el Servicio Público de Salud (artículo 8.7 RD 295/2009).

246. ¿Procede igual ampliación en los casos de parto múltiple?

Sí, ya que en tales supuestos procederá la ampliación de dos semanas, una para cada uno de los progenitores, por cada hijo o hija distinta del primero.

247. En el caso de familias monoparentales con hijo/a afecto de discapacidad ¿el progenitor único tendría derecho a las dos semanas adicionales?

Aun cuando el ET no regula expresamente tal situación, entendemos que tendría derecho a las dos semanas, atendiendo a un interpretación finalista del ET. Sin embargo, el INSS, en el criterio de gestión

13/2019, de 11 de junio, mantiene que en tales supuestos solo procede el reconocimiento de una sola semana.

Criterio de gestión del INSS 13/2019, de 11 de junio, apartado 11.

“Dada la claridad de la norma y la finalidad de reconocer derechos individuales de los progenitores, adoptantes o guardadores con fines de adopción o acogimiento, el hecho de que la anterior redacción del precepto reconociese una duración adicional de dos semanas distribuida a opción de los interesados, no conlleva que con la nueva regulación quepa la posibilidad de incrementar en dos semanas en caso de familias monoparentales”.

248. ¿Existe algún otro supuesto de ampliación de la suspensión del contrato de trabajo por nacimiento para la madre biológica?

Cuando el hijo o hija tenga que permanecer hospitalizado, el periodo de descanso se puede ampliar hasta un máximo de trece semanas, aunque la norma solo admite la ampliación para los supuestos de parto prematuro, o cuando el hijo o hija necesiten permanecer hospitalizados más de siete días tras el nacimiento (artículo 48.4 párrafo cuarto ET).

Ejemplo práctico

Cuando una persona recién nacida tenga que permanecer hospitalizada, tras el parto, durante cinco días, tal permanencia hospitalaria no da derecho a la ampliación del descanso de la madre biológica, por ser inferior a siete días. Por el contrario, si la hospitalización se ha prolongado durante tres semanas, en tal caso procedería ampliar la suspensión del contrato de la madre por igual periodo de tiempo.

249. ¿Se tendría derecho a la ampliación cuando el parto no se lleva a cabo en un centro sanitario y posteriormente se produce la hospitalización?

Entendemos que sí, ya que lo contrario supondría coartar el derecho de la madre a que el parto se produzca en dependencias no sanitarias, como podría ser el domicilio familiar.

250. En caso de fallecimiento del hijo o hija ¿tendría derecho la madre biológica a las 16 semanas de suspensión del contrato?

En los supuestos de gestación superior a 180 días sí se tendría derecho, ya que en estos casos el periodo de suspensión no se verá afectado por tal circunstancia, salvo que se solicite la reincorporación al puesto de trabajo una vez hayan finalizado las seis semanas de descanso obligatorio (artículo 48.4 párrafo quinto ET, en relación con el artículo 8.4 RD 295/2009).

251. ¿Cuándo se inicia el periodo de descanso para la madre biológica?

Con carácter general se inicia a partir del momento del parto.

252. ¿Puede la madre biológica anticipar la suspensión del contrato a una fecha anterior a la previsible del parto?

Sí, puede anticipar el permiso hasta cuatro semanas anteriores a la fecha prevista para el nacimiento (artículo 48.4 párrafo sexto ET).

253. Cuando se anticipe el descanso pero no se quiera hacerlo por el tiempo máximo de cuatro semanas ¿el periodo de anticipación debe ser semanal o puede solicitarse por días?

Conforme al criterio de gestión del INSS 13/2019, de 11 de junio, dicho anticipo debe solicitarse por periodos semanales y no por días naturales.

Criterio de Gestión del INSS 13/2019, apartado 6.

En el supuesto de que la madre biológica inicie el descanso anticipado de la prestación por nacimiento y cuidado de menor antes de la fecha prevista de parto, pero no desee solicitarlo por el tiempo máximo de las cuatro semanas que establece el párrafo sexto del artículo 48.4 del ET, el periodo de anticipación debe solicitarse por periodos semanales.

254. ¿Existe algún periodo de suspensión obligatoria del contrato de trabajo tras el parto?

El contrato se suspende obligatoriamente para la madre biológica durante las seis semanas ininterrumpidas inmediatamente posteriores al parto (artículo 48.4 párrafo primero ET).

RECUERDA

Las seis semanas de suspensión del contrato posteriores al parto siempre tienen carácter obligatorio para la madre biológica, incluso cuando ella o la persona recién nacida hayan de permanecer hospitalizadas tras el parto.

255. ¿Cómo han de disfrutarse por la madre biológica las seis semanas posteriores al parto?

De forma inmediata y a jornada completa, para asegurar la protección de su salud.

256. ¿Podría demorarse el inicio de la suspensión del contrato a instancia de la madre biológica?

Las seis semanas posteriores al parto tienen carácter obligatorio, si bien en aquellos casos en los que haya existido un parto prematuro o el recién nacido deba permanecer hospitalizado tras el parto, el periodo de descanso no obligatorio podrá computarse, a instancia de la madre biológica, a partir de la fecha del alta hospitalaria del hijo o hija, pero esta posibilidad no incluye las seis semanas posteriores al parto (artículo 48.4 párrafo tercero ET).

257. ¿En qué forma y durante qué periodo de tiempo puede disfrutarse el descanso no obligatorio por parte de la madre biológica?

Una vez transcurridas las seis semanas posteriores al parto, de descanso obligatorio, el resto del descanso podrá disfrutarse de forma acumulada o interrumpida, en periodos semanales, y ejercitarse tal derecho hasta que el hijo o la hija cumplan doce meses.

258. ¿Con qué antelación deberá comunicarse a la empresa el disfrute de cada periodo semanal o, en su caso, de la acumulación de dichos periodos?

Deberá notificarse con una antelación mínima de quince días.

259. ¿Es posible iniciar el descanso voluntario por semanas interrumpidas cuando la madre biológica se encuentra en situación asimilada a la de alta y por tanto sin prestación efectiva de servicios para una empresa?

Finalizado el periodo obligatorio, no existe impedimento legal para el disfrute del periodo de descanso por periodos semanales, cuando concorra una situación asimilada a la de alta.

Ejemplo práctico

Si una trabajadora da a luz cuando se encuentra percibiendo prestación contributiva por desempleo, suspenderá la prestación obligatoriamente durante las seis semanas, pudiendo retomar la prestación por desempleo a partir de la conclusión del periodo obligatorio, o bien continuar disfrutando del periodo voluntario, con la particularidad de que pueda interrumpir la prestación y retomarla posteriormente por periodos semanales completos, siempre antes de que el menor cumpla doce meses.

260. ¿En qué forma puede disfrutarse la suspensión del contrato del periodo de descanso no obligatorio, tanto en los supuestos de acumulación o cuando se opte por el disfrute en periodos interrumpidos?

El disfrute podrá efectuarse tanto a jornada completa como a tiempo parcial, previo acuerdo entre la empresa y la madre biológica.

261. ¿La suspensión del contrato a tiempo parcial por parte de la madre biológica requiere la aplicación de un porcentaje mínimo de parcialidad?

No, ya que ni la legislación precedente ni la actual exigen un porcentaje mínimo de parcialidad, lo que no ocurría con la suspensión por paternidad en la que se establecía un mínimo del 50 por 100 cuando se optaba por el disfrute a tiempo parcial, aunque también esta exigencia para el disfrute a tiempo parcial por el otro progenitor distinto de la madre biológica ha quedado derogada.

262. Al no existir acuerdo entre la empresa y la trabajadora para el disfrute de la suspensión a tiempo parcial ¿qué procedimiento habría de seguirse?

En tales casos habrá de acudir al procedimiento del artículo 139 LRJS, por lo que corresponderá al Juzgado de lo Social adoptar la solución que finalmente proceda.

263. En caso de fallecimiento de la madre ¿tendría derecho el otro progenitor a disfrutar de la totalidad de la dieciséis semanas de la suspensión del contrato previstas para la madre biológica?

Tendría ese derecho hasta tanto no se produzca la equiparación de los periodos de suspensión de ambos progenitores, lo que ocurrirá en enero de 2021, y ello de conformidad con lo dispuesto en la Disposición transitoria décimo tercera.2.a) ET.

Disposición transitoria decimotercera.2.a) ET.

“En tanto no se produzca la total equiparación en los periodos de suspensión de ambos progenitores, y en el periodo de aplicación paulatina, el nuevo sistema se aplicará con las siguientes particularidades:

a) En caso de fallecimiento de la madre biológica, con independencia de que ésta realizara o no algún trabajo, el otro progenitor tendrá derecho a la totalidad de 16 semanas de suspensión previstas para la madre biológica de conformidad con el artículo 48.4”.

264. Si la madre biológica no pudiera suspender su actividad profesional con derecho a prestaciones ¿podría el otro progenitor suspender su contrato de trabajo por la totalidad de dieciséis semanas?

Tendría derecho a ello hasta tanto se produzca la equiparación de los periodos de suspensión entre ambos progenitores conforme a la Disposición transitoria décimo tercera citada anteriormente.

265. ¿Puede la madre transferir al otro progenitor una parte de su derecho a la suspensión del contrato?

Con carácter general no puede hacerlo, si bien existe un periodo transitorio, hasta 2021, regulado en la Disposición transitoria 13º ET que

ha permitido transferir hasta cuatro semanas de su periodo de suspensión no obligatorio durante 2019 y hasta dos semanas en 2020.

RECUERDA

Si durante 2020 se produce el nacimiento, la madre tendrá derecho a sus 16 semanas de descanso y el otro progenitor no biológico a 12 semanas. Ahora bien, durante ese año la madre puede transferirle dos de sus 16 semanas, con lo cual el descanso de la madre quedará reducido a 14 semanas (16 menos dos que transfiere) y el otro progenitor tendrá otras 14 semanas (12 propias más dos que recibe).

266. Durante la suspensión del contrato por nacimiento de hijos/as ¿se mantiene la obligación de cotizar?

Mientras el contrato esté en vigor subsiste la obligación de cotizar por parte de la empresa, conforme a lo dispuesto en el artículo 144.4 TRLGSS, cesando dicha obligación si el contrato se extingue por cualquier causa.

Ejemplo práctico

Si una trabajadora con contrato temporal suspende su contrato con motivo del nacimiento de una hija, se mantendrá la obligación de cotizar con cargo a la empresa hasta la finalización del contrato temporal, momento en el cual cesa dicha obligación.

267. Cuando el contrato se extinga por cualquier causa (despido colectivo, despido objetivo, finalización de contrato, etc.) estando en ese momento suspendido por el nacimiento de un hijo ¿quién continúa cotizando a la Seguridad Social?

Nadie viene obligado a seguir cotizando, pero el periodo que reste de la prestación de maternidad será considerado como periodo de cotización efectiva a efectos de las correspondientes prestaciones de Seguridad Social.

Artículo 165.6 TRLGSS.

El período por maternidad o paternidad que subsista a la fecha de extinción del contrato de trabajo, o que se inicie durante la percepción de la prestación por desempleo, será considerado como período de cotización efectiva a efectos de las correspondientes prestaciones de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad, paternidad y cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave.

268. Durante la suspensión del contrato por causa de la maternidad ¿puede sufrir la trabajadora algún perjuicio en su relación laboral?

De conformidad con lo establecido en el artículo 8 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, constituye discriminación directa por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad.

Sentencia del Tribunal Constitucional 2/2017, de 16 de enero.

La protección de la condición biológica y de la salud de la mujer trabajadora ha de ser compatible con la conservación de sus derechos profesionales, de suerte que la minusvaloración o el perjuicio causado por el embarazo o la sucesiva maternidad constituyen un supuesto de discriminación directa por razón de sexo.

Sentencia del Tribunal Constitucional 162/2016, de 3 de octubre.

Otorga el amparo constitucional en un supuesto de denegación a una magistrada del reconocimiento de los derechos económicos y profesionales que le correspondían hasta que no tomase posesión del nuevo destino al que había concursado por hallarse en situación de baja, disfrutando de licencia por maternidad. Ver igualmente sobre el tema SSTC 108/2019, de 30 de septiembre y 66/2014, de 15 de mayo.

269. ¿Puede ser computado como ausencia el periodo de suspensión del contrato por nacimiento de hijo o hija, a efectos del abono de una retribución variable?

En estos casos se entiende que dicha práctica empresarial constituye una discriminación por razón de sexo, por lo que resulta obligado computar esos periodos como días productivos a efecto del abono de

incentivos o de retribuciones variables (SSTS 16 de julio de 2019, rec. 69/2018; 10 de enero de 2017, rec. 283/2015, y 27 de mayo de 2015, rec. 103/2014; o Audiencia Nacional de 11 de febrero de 2020, proc. 64/2019).

III. ASPECTOS LABORALES DE LA SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO DEL PROGENITOR DISTINTO DE LA MADRE BIOLÓGICA POR NACIMIENTO DE HIJA O HIJO (ANTES PATERNIDAD)

270. Marco normativo:

- Artículo 45.1.d) y 48.4 ET en la redacción dada por RDL 6/2019.
- Disposición transitoria 13ª ET que regula el régimen transitorio de los descansos hasta enero de 2021.
- Artículo 7 párrafo segundo EBEP, respecto de la aplicación de esta norma al personal laboral de las Administraciones públicas, en relación con la Disposición adicional 22ª ET.
- Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas de Seguridad Social en materia de maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural.

271. ¿Puede suspender el contrato quien es padre biológico mediante contrato de gestación por sustitución?

Tanto el convenio europeo de derechos humanos como las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 27 de enero de 2015 y 26 de junio de 2014 amparan esta situación, de aquí que el TS venga reconociendo el derecho a prestación, y por tanto la suspensión del contrato, cuando los hijos e hijas así nacidos han sido inscritos en el registro consular correspondiente (SSTS 22 de marzo de 2018, rec. 2770/2016; 30 de noviembre de 2017, rec. 4105/2015 o 29 de noviembre de 2017, rec. 1430/2016, entre otras muchas), reconociéndose también el derecho al trabajador casado con otro varón (STS 30 de noviembre de 2016, rec. 3219/2015).

Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 2016, rec. 3818/2015.

Aunque el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social y el Real Decreto 295/2009, no contemplan esta situación, no impiden su interpretación en el sentido más favorable a los objetivos constitucionales de protección del menor, con independencia de su filiación y para facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral.

272. ¿Cuál es la duración de la suspensión del contrato por nacimiento para el otro progenitor distinto a la madre biológica?

La duración es de 16 semanas, si bien dicho periodo es a partir de enero de 2021, existiendo un régimen transitorio conforme al cual, tras la entrada en vigor del RDL 6/2019, el periodo de suspensión fue de ocho semanas, pasando a doce a partir del 1 de enero de 2020 (Disposición transitoria 13ª ET).

RECUERDA

A partir del 8 de marzo de 2019 y durante ese año natural completo, el descanso por nacimiento y cuidado del menor del progenitor distinto a la madre biológica ha sido de 8 semanas; en el año 2020 dicho descanso se incrementó a 12 semanas y a partir del 1 de enero de 2021 pasa a ser de 16 semanas, produciéndose la total equiparación con el descanso de la madre biológica.

273. Durante el periodo transitorio antes citado ¿puede cederle la madre biológica parte de su derecho a la suspensión del contrato al otro progenitor?

A partir de la entrada en vigor del RDL 6/2019 puede cederle cuatro semanas, y con efectos de 1 de enero de 2020 la cesión podrá alcanzar un máximo de dos semanas. A partir del 1 de enero de 2021, en cuyo momento se equipara la duración de la suspensión de los permisos para la madre biológica y para el otro progenitor, ya no es posible efectuar cesión alguna, al tratarse de un derecho individual de la persona trabajadora, sin posibilidad de transferir su ejercicio al otro progenitor.

RECUERDA

Durante 2019 ambos progenitores tenían derecho a suspender su contrato durante 12 semanas cada uno. La madre porque podía rebajar en cuatro las semanas a las que tendría derecho, para cederlas al otro progenitor, que pasaría a suspender también el contrato por doce semanas (ocho propias y cuatro cedidas). En 2020 como la cesión de la madre biológica quedó reducida a dos semanas, ambos progenitores pudieron alcanzar las 14 semanas de suspensión del contrato. A partir de 2021, ambos progenitores disfrutarán de 16 semanas.

274. En caso de fallecimiento de hijo o hija ¿tendría derecho a suspender su contrato el otro progenitor?

Hasta la entrada en vigor del RDL 6/2019 no era posible tal reconocimiento (artículo 26.7 RD 295/2009, de 6 de marzo), sin embargo la actual redacción del artículo 48.4 ET, al regular un único permiso por nacimiento y cuidado de menor no establece diferencia alguna, por lo que debe prevalecer el ET sobre la norma reglamentaria, reconociendo por tanto igual derecho a la madre biológica y al otro progenitor.

Artículo 48.4 párrafo quinto ET.

“En el supuesto de fallecimiento del hijo o hija, el periodo de suspensión no se verá reducido, salvo que, una vez finalizadas las seis semanas de descanso obligatorio, se solicite la reincorporación al puesto de trabajo”.

275. ¿Qué periodo de disfrute correspondería al otro progenitor en caso de fallecimiento de la madre biológica?

El artículo 48.4 ET no recoge el derecho al uso de la parte que reste del periodo de suspensión en caso de fallecimiento de la madre, pero la Disposición 13ª, en su apartado 2.a), dispone que en caso de fallecimiento de la madre el otro progenitor tendrá derecho a la totalidad de las dieciséis semanas de suspensión previstas para la madre biológica, por lo que tal derecho podrá disfrutarse hasta que se equiparen los periodos de suspensión de ambos progenitores, es decir hasta enero de 2021. En los mismos términos artículo 3.2 RD 295/2009.

Ejemplo práctico

En 2020 y con motivo del nacimiento de un hijo, se produce el fallecimiento de la madre durante el parto. En este caso el padre no suspendería su contrato durante las doce semanas que a él le corresponden en ese año, si no que incrementaría su descanso hasta un total de 16 semanas. Si esta situación se produce en 2021, fecha de equiparación de los descansos por nacimiento, el progenitor distinto de la madre biológica tendría derecho a las 16 semanas de suspensión que a él le corresponden.

276. En el supuesto anterior de fallecimiento de la madre biológica ¿se descontarían de las 16 semanas que corresponden al otro progenitor, el periodo que ya hubiera disfrutado la madre?

No, el otro progenitor tiene derecho al disfrute íntegro, sin descuento alguno (artículo 3.2 RD 295/2009).

277. ¿Se aplicará la regla anterior cuando la madre biológica no realizara ningún trabajo, o bien, realizándolo, no tuviera derecho a suspensión del contrato por razón de su actividad profesional?

Sería igualmente de aplicación lo dispuesto en la Disposición transitoria 13ª ET, en los términos expuestos anteriormente.

Ejemplo práctico

Si la madre no trabaja por cuenta propia o ajena y, en consecuencia, carece del derecho a prestaciones por nacimiento de hijo, en tal caso el otro progenitor podría suspender el contrato y tener derecho a prestaciones de la Seguridad Social por un periodo de 16 semanas, aunque esta situación se produzca en el periodo transitorio de 2019 y 2020.

278. ¿Tiene derecho el otro progenitor a la ampliación de la suspensión del contrato en los casos de nacimiento prematuro u hospitalización del recién nacido?

Tendría el mismo derecho que la madre biológica y hasta un máximo de trece semanas, siempre que la hospitalización sea superior a siete días, y ello a partir de la entrada en vigor del RDL 6/2019, ya que con

anterioridad solo podía hacer uso de este derecho uno de los progenitores.

279. En el supuesto de discapacidad del hijo ¿tiene derecho el otro progenitor a ampliar la suspensión de su contrato de trabajo?

Tiene derecho a una semana más, conforme a lo establecido en el artículo 48.6 ET, que si bien hace referencia a una ampliación de dos semanas, matiza que corresponde una para cada uno de los progenitores.

RECUERDA

Para que proceda el incremento de una semanas más para cada uno de los progenitores, es necesario que el hijo o hija tenga un discapacidad superior al 33 por 100 y que se encuentre debidamente acreditada.

280. ¿Cuál sería la duración de la suspensión del contrato de trabajo en caso de parto múltiple?

Sería de aplicación lo dispuesto en el citado artículo 48.6 ET y por tanto tendría derecho a una semana más por hijo o hija distinto del primero.

281. ¿Es transferible el disfrute de la suspensión del contrato del otro progenitor a la madre biológica?

No es posible dicha transferencia, ya que la norma pretende fomentar la corresponsabilidad del cuidado del menor, por lo que de admitirse el carácter transferible perdería su finalidad. En definitiva y como establece el artículo 48.4 párrafo séptimo ET, se trata de un derecho individual de la persona trabajadora, sin que pueda transferirse su ejercicio al otro progenitor.

282. ¿Es de disfrute obligatorio la suspensión del contrato de trabajo del otro progenitor distinto de la madre biológica?

Parece que con la redacción actual del artículo 48.4 ET las seis semanas posteriores al nacimiento son de disfrute obligatorio. No obstante

ello no es un tema pacífico ya que doctrinalmente se ha sostenido que el artículo 48.4 se refiere a la forma de ejercitar el derecho y no al hecho de su obligatoriedad, sin que hasta el momento exista doctrina judicial sobre el tema.

283. ¿Cuándo comienza la suspensión del contrato de trabajo del otro progenitor distinto a la madre biológica?

A partir del momento del parto, de forma que durante las seis primeras semanas tras el nacimiento coinciden dos permisos y dos beneficiarios distintos, como medida de fomento de la corresponsabilidad.

284. ¿Existe algún supuesto en el que el inicio de la suspensión podría demorarse tras el parto?

Cuando el hijo deba permanecer hospitalizado el periodo de suspensión podría comenzar a computarse a partir del alta hospitalaria (artículo 48.4, párrafo tercero ET), excluyéndose de dicho cómputo las seis semanas posteriores al parto, de suspensión obligatoria del contrato de la madre biológica.

285. ¿En qué términos se llevaría a cabo el disfrute de la suspensión de contrato tras el descanso obligatorio?

En la forma y condiciones analizadas para el supuesto de suspensión del contrato por parte de la madre biológica, es decir, de forma acumulada o interrumpida y de manera completa o a tiempo parcial.

286. En concreto, tratándose de una suspensión del periodo voluntario a tiempo parcial, ¿se mantiene la exigencia de que la parcialidad alcance como mínimo al 50 por 100 de la jornada, como establece el RD 295/2009?

La actual redacción del artículo 48.4 ET no establece límite alguno, por lo que habrá de entenderse derogada la previsión reglamentaria.

287. ¿Qué ocurre si la suspensión del contrato del otro progenitor se solicita tardíamente tras el parto?

Podría entenderse, con las naturales reservas, que el retraso en la solicitud originaría la pérdida de los días de suspensión correspondientes a la demora producida.

288. ¿Qué efectos produce la reincorporación voluntaria y anticipada al trabajo antes de que finalice el periodo de suspensión del contrato?

Se produciría la extinción de la suspensión que estuviera pendiente de disfrute.

289. ¿Tendría derecho a la suspensión del contrato quien es padre biológico mediante contrato de gestación por sustitución?

El TS, en jurisprudencia reiterada, ha reconocido el derecho a la suspensión del contrato y a la prestación de Seguridad Social en estos casos, siempre que se haya producido la inscripción de los hijos o hijas en el registro consular correspondiente (SSTS 14 de diciembre de 2017, rec. 2066/2016; 25 de octubre de 2016, rec. 3818/2015 o 16 de noviembre de 2016, rec. 3146/2014, entre otras).

290. ¿Computa como tiempo de trabajo efectivo la suspensión de contrato por nacimiento y cuidado del menor, a efectos del devengo de complementos personales?

El TS viene considerando discriminatorias las prácticas empresariales que no computan dicho periodo como horas de trabajo efectivas (SSTS 16 de julio de 2019, rec. 69/2018 y 10 de enero de 2017, rec. 383/2015; o Audiencia Nacional de 11 de febrero de 2020, proc. 264/2019).

IV. ASPECTOS LABORALES DERIVADOS DE LA SUSPENSIÓN DEL CONTRATO POR ADOPCIÓN, GUARDA CON FINES DE ADOPCIÓN O ACOGIMIENTO

291. Marco normativo

- Artículos 48.5 y 45.1.d) ET.
- Disposición transitoria 13ª ET.

292. ¿Qué supuestos dan lugar a esta modalidad de suspensión del contrato de trabajo?

La adopción, la guarda con fines de adopción y el acogimiento, en los términos definidos en el Código Civil y a los que se ha hecho referencia anteriormente (capítulo 2, apartado IV), o en las leyes civiles de las Comunidades Autónomas que los regulen.

293. ¿Existe algún otro supuesto que pueda dar lugar a la suspensión del contrato en aplicación del artículo 48.5 ET?

Es equiparable al acogimiento familiar de la institución islámica de la “Kafala” constituida ante autoridad extranjera (SSTSJ Cataluña de 26 de junio de 2019, rec. 1960/2019 y 3 de octubre de 2017, rec. 3666/2017).

294. ¿En qué consiste la institución de la Kafala?

Mediante la Kafala una persona, por lo general un varón denominado “kafil”, se hace cargo de un menor al que garantiza su mantenimiento y educación. Se trata de una institución familiar de derecho islámico y de origen religioso que no genera vínculos de filiación como la adopción (sobre dicha institución ver Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 13 de marzo de 2015 y Criterio de Gestión del INSS 77/2003).

295. ¿A partir de que momento se ha equiparado la suspensión de contrato por nacimiento entre ambos progenitores?

Desde el 1 de enero de 2021 cada progenitor disfrutará de igual periodo de suspensión del contrato de trabajo, incluyendo seis semanas de permiso obligatorio para cada uno de ellos [Disposición transitoria 13ª.1 f) ET].

296. ¿A quién se atribuye la titularidad del derecho al descanso por adopción, guarda o acogimiento?

A cada uno de los progenitores, siendo un derecho de titularidad individual, sin que pueda transferirse su disfrute.

297. ¿Y qué ocurre en lo que a duración se refiere, si la adopción, la guarda o el acogimiento se produce en 2020?

Se aplican las reglas anteriores, con la única diferencia de que el periodo de suspensión tras las seis semanas obligatorias es de 16 semanas, en conjunto [Disposición transitoria 13ª.1.e) ET].

RECUERDA

En 2020 siguen siendo obligatorias las seis semanas siguientes a la resolución judicial o administrativa por la que se constituya la adopción, la guarda o el acogimiento, pero el periodo voluntario de suspensión del que se dispone es el de 16 semanas entre ambos, sin que en la distribución pueda suspenderse el contrato individualmente por periodo superior a 10 semanas.

298. Durante el periodo transitorio de 2019-2020, ¿cuál ha sido la duración máxima de la suspensión del contrato a la que individualmente podría tenerse derecho?

En esos dos años uno de los beneficiarios podría alcanzar las 16 semanas (seis obligatorias y diez voluntarias), y de ser así la otra persona trabajadora alcanzaría ocho semanas en 2019 (seis obligatorias y dos voluntarias) y doce semanas en 2020 (seis obligatorias y seis voluntarias).

299. A partir del 1 de enero de 2021 y para el futuro ¿cuál es la duración de la suspensión?

La suspensión tendrá una duración de 16 semanas para cada adoptante, guardador o acogedor, de las cuales las seis primeras deberán disfrutarse de forma obligatoria inmediatamente después de la resolución judicial o administrativa por la que se constituye cualquiera de estas situaciones (artículo 48.5 ET).

300. ¿En qué casos podría ampliarse la suspensión del contrato más allá de las 16 semanas?

El ET contempla dos supuestos de ampliación, al igual que sucede con el parto:

- Cuando concurra la situación de incapacidad del menor objeto de adopción, guarda o acogimiento.
- En los casos en que cualquiera de estas situaciones tenga carácter múltiple.

En estos casos la suspensión se amplía en dos semanas más, una para cada uno de los progenitores, si bien en los casos múltiples la ampliación es por cada hijo o hija a partir del segundo (artículo 48.6 ET).

Ejemplo práctico

Si se produce la adopción simultánea de dos menores, cada una de las personas adoptantes tendrá derecho a la suspensión del contrato durante 17 semanas (16 por la adopción de carácter general y una semana más por la múltiple).

301. ¿Qué ocurre con las dos semanas de ampliación adicional de la suspensión en los casos de familias monoparentales?

En estos casos la duración del único contrato suspendido incorporará la duración adicional de las dos semanas.

Criterio de Gestión del INSS 16/2019, de 31 de julio.

“Cuando solo existe un progenitor ... la situación protegida da lugar a la suspensión de un único contrato de trabajo (y) esta suspensión ... ha de tener la duración inicial de dos semanas ...

Esta interpretación ... encuentra su justificación en la necesidad de mantener el periodo adicional de dos semanas a favor del único progenitor existente, dada la falta de otro progenitor –sea o no trabajador– que pueda dispensar dichos cuidados; pudiéndose colegir que no ha sido el propósito del legislador privar en estos supuestos, a los hijos/as o menores de una semana de cuidados a la que hubieran tenido derecho de existir dos progenitores”.

302. ¿Qué ocurre cuando existiendo dos adoptantes, la situación protegida da lugar a la suspensión de un solo contrato de trabajo, por el hecho de que el otro carezca del derecho a la suspensión?

En estos casos no se trataría de una familia monoparental ya que existen dos adoptantes, por lo que el criterio del INSS es el de incrementar la suspensión en una sola semana.

Ejemplo práctico

Si un progenitor adoptante es trabajador por cuenta ajena y el otro no trabaja, solo se suspende un contrato y en tal caso como hay dos progenitores al que trabaja solo se le adiciona una semana más de suspensión.

303. ¿Cómo repercute la duración de la suspensión del contrato en el caso de fallecimiento del adoptado?

En tal supuesto no se verá reducida la duración de la prestación económica, salvo que los adoptantes o acogedores soliciten reincorporarse a su puesto de trabajo. En este caso, si el periodo de descanso estaba distribuido entre ambos adoptantes o acogedores, la parte no consumida por uno de ellos no se acumulará al periodo disfrutado por el otro (artículo 8.4 párrafo tercero RD 295/2009).

304. En los casos a que nos venimos refiriendo ¿tiene carácter obligatorio la suspensión del contrato de trabajo?

Solo tienen carácter obligatorio la suspensión del contrato durante las seis semanas siguientes a la resolución judicial o administrativa por la que se constituye la adopción, la guarda o el acogimiento, y ello tanto en el periodo transitorio de 2019-2020, como a partir de esta última fecha.

305. ¿Qué finalidad persigue el descanso obligatorio de las seis semanas?

Facilitar la inserción del menor en su nuevo entorno familiar.

306. ¿Cuándo y en qué forma debe disfrutarse el descanso obligatorio?

Debe disfrutarse a jornada completa y de forma ininterrumpida a continuación de la resolución judicial o administrativa a que venimos haciendo referencia.

307. Tratándose de la suspensión del contrato durante el periodo no obligatorio ¿en qué momento debe disfrutarse el descanso?

Dentro de los 12 meses siguientes a la resolución judicial o administrativa por la que se constituya la adopción, la guarda o el acogimiento.

308. ¿Cómo puede llevarse a cabo el disfrute del descanso durante el periodo voluntario?

En el periodo transitorio de 2019-2020 la suspensión del contrato ha de efectuarse de forma ininterrumpida, dentro del periodo de doce meses citado.

A partir de 2021 el descanso se disfrutará de forma acumulada o interrumpida, dentro de igual periodo de 12 meses; si bien cuando se opte por la interrupción los periodos de suspensión han de producirse por semanas completas y no por días.

RECUERDA

Si se produce una adopción en 2020 el periodo voluntario de suspensión del contrato, en la forma acordada por los progenitores, ha de llevarse a cabo dentro de los 12 meses siguientes a la resolución judicial por la que se constituya la adopción, pero no podrá fraccionarlo en periodos semanales, sino que su disfrute será, cuando lo decida, de forma ininterrumpida.

309. Cuando existan dos progenitores ¿la suspensión del contrato ha de producirse de forma simultánea?

Tratándose del periodo obligatorio sí, ya que la suspensión para ambos se inicia inmediatamente después de la resolución judicial o administrativa y a tiempo completo. Sin embargo, con relación del periodo voluntario cada progenitor podrá optar por un periodo distinto dentro de los 12 meses a que nos venimos refiriendo.

310. Cuando pueda optarse por el disfrute del periodo voluntario en forma interrumpida ¿podrá fraccionarse el periodo de las 10 semanas por días naturales?

No, ya que el artículo 48.5 ET expresamente dispone que las diez semanas restantes podrán disfrutarse por periodos semanales, de forma acumulada o interrumpida, lo cual excluye la posibilidad de fraccionar los periodos por días.

311. ¿Se podrá elegir entre el disfrute del descanso a jornada completa o a tiempo parcial?

Es posible que así sea incluso en el periodo transitorio [Disposición transitoria 13ª.2.d) ET], si bien para que pueda efectuarse a tiempo parcial es necesario que exista acuerdo entre la persona trabajadora y la empresa.

RECUERDA

Si una persona adoptante comunica a su empresa que ha decidido disfrutar del descanso por adopción a tiempo parcial, a partir de una fecha determinada, tal forma de disfrute solo podrá llevarse a cabo en el caso de aceptación por la empresa, ya que no cabe en estos casos la imposición unilateral por cualquiera de las partes.

312. Cuando se acuerde el disfrute del descanso a tiempo parcial ¿es necesario respetar un máximo o un mínimo de jornada de trabajo?

Al no existir previsión legal al respecto, debería estarse a lo acordado por las partes en el acuerdo alcanzado sobre disfrute del descanso a tiempo parcial.

313. ¿Puede anticiparse el periodo de descanso con anterioridad a producirse la adopción?

En los casos de adopción internacional y cuando sea necesario el desplazamiento previo al país de origen del adoptado, puede iniciarse la suspensión hasta cuatro semanas antes de producirse la adopción (artículo 48.5, párrafo tercero ET).

314. ¿Con qué plazo de tiempo ha de comunicarle a la empresa el inicio del descanso semanal o acumulado?

Deberá efectuarse dicha comunicación con una antelación mínima de quince días, salvo que otro plazo diferente se establezca en convenio colectivo.

315. ¿Podría la empresa rechazar el inicio del descanso por razones organizativas?

No, en ningún caso, ya que se trata de un derecho incondicionado de las personas trabajadoras que adopten, guarden o acojan.

316. ¿Podría establecerse algún límite en el caso de que los adoptantes, guardadores o acogedores trabajen en la misma empresa?

Podría limitar el disfrute simultáneo de las diez semanas voluntarias por razones fundadas y objetivas, debidamente motivadas por escrito.

Ejemplo práctico

Si dos adoptantes trabajan en la misma empresa y solicitan disfrutar las diez semanas voluntarias en las mismas fechas, la empresa podría oponerse razonadamente al disfrute durante los mismos días, pero en modo alguno podría privar del derecho al disfrute del descanso a cualquiera de ellos.

317. En caso de discrepancia entre las partes sobre la forma y condiciones de disfrute del descanso ¿cuál sería el procedimiento a seguir?

Entendemos que podría tramitarse por la modalidad procesal de tutela de los derechos de conciliación a que se refiere el artículo 139 LRJS.

318. ¿Qué ocurre cuando el periodo de vacaciones acordado en la empresa coincide en el tiempo con un periodo de suspensión del contrato por adopción, guarda o acogimiento?

Se tendrá derecho al disfrute de vacaciones al finalizar el periodo de suspensión del contrato, aunque haya terminado el año natural a que correspondan (artículo 38.3 ET).

Ejemplo práctico

Si una persona trabajadora lleva a cabo un proceso de adopción y la resolución judicial por la que se constituye la misma coincide con el calendario de vacaciones de su empresa, pasará a suspender su contrato, y por tanto el periodo vacacional y tendrá derecho a disfrutar las vacaciones que aun le resten cuando finalice la suspensión.

319. ¿Existiría el derecho a la suspensión del contrato si se produce la adopción de un hijo/a biológico del otro miembro de la pareja de hecho?

Esta situación ha sido contemplada y resuelta por STS de 15 de septiembre de 2010, rec. 2289/2009, en el sentido de reconocer el derecho a la prestación de Seguridad Social, y por tanto el derecho a la suspensión del contrato, en un supuesto de pareja de hecho del mismo sexo, manteniendo que no impide el reconocimiento el hecho de que existiera convivencia previa entre adoptante y adoptada y que la madre biológica hubiera disfrutado permiso de maternidad (en iguales términos SSTSJ Madrid de 22 de noviembre de 2018, rec. 135/2018; Cataluña de 6 de julio de 2018, rec. 2709/2018; País Vasco de 16 de julio de 2015, rec. 1025/2015 y Canarias/Las Palmas de 27 de abril de 2015, rec. 145/2015, referida esta última a la adopción de hijos biológicos del cónyuge del mismo sexo).

320. ¿Resultaría discriminatorio el no computar como horas trabajadas el periodo de suspensión de contrato por adopción, a efectos del abono de un complemento retributivo variable?

Se viene entendiendo que en tales supuestos dicha práctica empresarial resulta discriminatoria (SSTS 16 de julio de 2019, rec. 69/2018; 10 de enero de 2017, rec. 283/2015 y 27 de mayo de 2015, rec. 103/2014).

321. Durante la suspensión del contrato ¿qué ingresos perciben las personas beneficiarias?

Perciben del INSS, siempre que reúnan los requisitos legalmente exigibles, la prestación por nacimiento y cuidado de menor regulada en los artículos 177 y siguientes del TRLGSS.

322. ¿Viene la empresa obligada al abono de alguna cantidad durante el periodo de suspensión?

En principio no, salvo que así venga establecido en cualquier instrumento de negociación colectiva o en pacto o acuerdo individual.

V. SUSPENSIÓN DEL CONTRATO POR RIESGO DURANTE EL EMBARAZO

323. Marco normativo:

- Artículos 45.1.e) y 48.7 ET.
- Artículos 26 Ley de Prevención de Riesgos Laborales 31/95, de 8 de noviembre.
- Artículos 31 a 48 del RD 295/2009, de 8 de marzo, por el que se regulan las prestaciones de Seguridad Social por dichas contingencias.
- Directiva 1992/85/CEE, de 19 de octubre, sobre aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia.
- Artículos 186 y 187 Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

324. ¿Qué actuaciones se han de llevar a cabo con carácter previo a la suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo?

Cuando la evaluación de riesgos revele un riesgo para la seguridad y salud de la trabajadora o una posible repercusión sobre el embarazo, la empresa deberá proceder a la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo de la trabajadora afectada, entre cuyas medidas podrá incluirse la no realización de trabajo nocturno o de trabajo a turnos (artículo 26.1 LPRL).

Ejemplo práctico

Si una trabajadora embarazada realiza funciones de jardinería y dentro de su actividad ordinaria utiliza herbicidas o fungicidas que pueden ser perjudi-

ciales para su embarazo, la adaptación de sus condiciones de trabajo consistirá en destinarla a otro trabajo en el que no venga obligada a la utilización de esos productos.

325. ¿A quién corresponde determinar los puestos de trabajo que están exentos de riesgo para la trabajadora embarazada?

Le corresponde a la empresa, si bien deberá hacerlo previa consulta con los representantes de los trabajadores/as (art. 26.2 LPRL).

326. ¿La evaluación de riesgos resulta absolutamente imprescindible para poder reconocer la prestación de riesgo durante el embarazo?

Algún pronunciamiento judicial ha entendido que la existencia de evaluación de los posibles riesgos laborales es imprescindible para reconocer la prestación de riesgo durante el embarazo (STSJ Castilla-La Mancha de 16 de enero de 2020, rec. 1674/2018), si bien entendemos que dicho criterio resulta excesivamente riguroso, máxime teniendo en cuenta que la inexistencia de tal evaluación sería responsabilidad empresarial.

327. Si la situación de riesgo que pudiera influir en la salud de la trabajadora embarazada no está relacionada con las condiciones del trabajo ¿procedería el cambio de puesto o, en su caso, la suspensión del contrato?

No, ya que como se infiere en el artículo 31.2 del RD 295/2009, tal situación podría justificar, en su caso, el inicio de un proceso de incapacidad temporal (STSJ Castilla y León/Burgos de 18 de noviembre de 2015, rec. 709/2015).

Ejemplo práctico

Si una trabajadora tiene un embarazo de riesgo, siendo tal situación totalmente ajena a las condiciones de trabajo, lo que procederá es iniciar un proceso de IT y no la adaptación de sus condiciones de trabajo.

328. ¿Podría accederse a la suspensión del contrato de trabajo desde una situación de incapacidad temporal?

Se trata de una cuestión que ha recibido soluciones contradictorias en los tribunales y así en unos casos se ha entendido que si el contrato se encuentra suspendido por incapacidad temporal derivada de contingencia común, no es posible desde tal situación suspender el contrato (SSTSJ Andalucía/Granada de 7 de septiembre de 2017, rec. 284/2017; Cataluña de 10 de enero de 2013, rec. 6290/2019; Andalucía/Sevilla de 3 de diciembre de 2009, rec. 302/2009; o Extremadura de 27 de julio de 2010, rec. 260/2010, o Asturias de 22 de mayo de 2007, rec. 2563/2005), mientras que en otros casos se ha reconocido la prestación aún estando en situación de baja por incapacidad temporal (SSTSJ Cantabria de 18 de diciembre de 2014, rec. 781/2014 y Galicia de 29 de octubre de 2019, rec. 1831/2019; 29 de febrero de 2012, rec. 2420/2009, y 22 de febrero de 2013, rec. 4083/2010).

329. En definitiva, ¿cuáles son las actuaciones que con carácter previo han de llevarse a cabo en estos casos, antes de acudir a la suspensión del contrato de trabajo?

La empresa deberá llevar a cabo por orden de prioridad, las siguientes medidas:

- Adaptación de las condiciones o del puesto de trabajo, evitando la exposición al riesgo.
- Cambio de puesto de trabajo o función, compatible con su estado.
- Cambio de centro de trabajo, cuando dicha medida resulte factible.

330. Habiéndose producido la adaptación del trabajo o de la jornada ¿mantiene la trabajadora el derecho a percibir las retribuciones anteriores?

Aun cuando el tema ha sido controvertido, entendemos que se mantiene el derecho a las retribuciones anteriores, de modo que si se reciben complementos por nocturnidad, turnicidad, realización de guardias médicas, etc., procede mantener la retribución media percibida antes de la adaptación (STSJ Castilla-La Mancha de 7 de noviembre de 2012, rec. 918/2012).

Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de enero de 2017, rec. 1902/2015.

La disminución retributiva sufrida por una médica residente durante el periodo de adaptación del puesto de trabajo por embarazo, derivada de la no realización de guardias médicas supone una lesión del derecho a la igualdad y a la no discriminación por razón de sexo. En los mismos términos STSJ Galicia de 28 de diciembre de 2019, rec. 2985/2018.

331. ¿Sería aplicable igual criterio en el caso de haberse producido un cambio de puesto de trabajo?

Entendemos que procede mantener el mismo criterio (SSTSJ Galicia de 12 de junio de 2015, rec. 415/2014), si bien existen pronunciamientos judiciales en contra (STSJ Madrid de 13 de abril de 2016, rec. 740/2015).

332. ¿Cuándo procede en estos casos la suspensión del contrato?

Cuando no resulte posible la adaptación de las condiciones de trabajo o el cambio de puesto de trabajo.

Ejemplo práctico

Si una trabajadora embarazada presta servicios como dependiente, debiendo permanecer durante toda la jornada en situación de bipedestación y no existe ningún otro puesto en su centro de trabajo, procedería la suspensión y el reconocimiento a la prestación correspondiente, siempre que se acredite que permanecer de pie toda la jornada puede implicar un riesgo para la trabajadora o para el feto (STS 10 de diciembre de 2018, rec. 2654/2016).

333. Para suspender el contrato y que se reconozca el derecho a la prestación de Seguridad Social ¿hace falta acreditar antigüedad en la empresa o un determinado periodo de cotización?

Dado que la prestación de Seguridad Social tiene el tratamiento propio de las contingencias profesionales, no se precisa periodo alguno de cotización, y por lo tanto tampoco se exige antigüedad en la empresa para suspender el contrato.

334. ¿Qué requisitos son exigibles para que proceda la suspensión del contrato y, en su caso, para el reconocimiento de la prestación de Seguridad Social?

- Que las condiciones del puesto de trabajo puedan influir negativamente en la salud de la mujer embarazada o en el feto.
- Que no sea posible la adaptación o el cambio de puesto de trabajo.
- Que se certifique el riesgo por el facultativo del Servicio Público de Salud que asista a la trabajadora.
- Informe de la empresa que determine la categoría y la actividad laboral de la trabajadora y que el puesto de trabajo que desempeña no está exento de riesgos para las trabajadoras embarazadas.
- Certificación médica expedida por la Mutua.

335. ¿Cuál es la duración de la suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo?

La finalización de la suspensión se produce por cualquiera de las circunstancias siguientes:

- Inicio de la suspensión del contrato de la madre biológica por nacimiento.
- Reincorporación de la mujer trabajadora a su puesto de trabajo anterior o a otro compatible con su estado.
- Extinción del contrato de trabajo por cualquiera de las causas legalmente establecidas.
- Interrupción del embarazo.
- Fallecimiento de la trabajadora.

Ejemplo práctico

Cuando estuviera la trabajadora con el contrato suspendido por riesgo durante el embarazo y en esta situación extingue su contrato a consecuencia de

un despido colectivo, es evidente que con ello se pondrá fin a la suspensión, aunque en este caso se ha considerado que mantiene el derecho a seguir percibiendo la prestación de riesgo por embarazo (STS 10 de diciembre de 2014, rec. 3152/2013).

336. ¿Podría extinguirse el derecho a la prestación ya reconocida por apreciar fraude de ley en la actuación de la beneficiaria?

La prestación podría extinguirse en aplicación de lo establecido en el artículo 135 TRLGSS que remite en la materia a la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social, si bien correspondería al INSS o a la Mutua la acreditación del fraude, al no presumirse su existencia (SSTSJ Cantabria de 15 de mayo de 2017, rec. 172/2017 y Extremadura de 6 de abril de 2017, rec. 36/2017). Para un supuesto de extinción por fraude de ley véase STSJ Andalucía/Sevilla de 8 de marzo de 2017, rec. 986/2016.

337. Estando pluriempleada la trabajadora embarazada ¿se suspendería el contrato de trabajo en todos los empleos?

En estos casos solo procedería la suspensión del contrato de trabajo en aquella actividad que supusiera la existencia de un riesgo para la madre embarazada o para el feto y siempre que en dicha actividad no fuera posible la adaptación o el cambio de puesto de trabajo.

338. ¿Se mantiene la cotización a la Seguridad Social durante la suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo?

La empresa viene obligada a seguir cotizando en la Seguridad Social mientras el contrato de trabajo permanezca vigente (artículo 144.4 TRLGSS).

339. Durante el periodo de suspensión del contrato viene obligada la empresa al abono a la trabajadora de alguna retribución?

Salvo que el convenio colectivo o el plan de igualdad impongan alguna obligación retributiva a la empresa, esta no tendrá que satisfacer pago alguno, ya que la suspensión del contrato exonera de las obligaciones recíprocas del trabajador y retribuir el trabajo (artículo 45.2 ET).

Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2018, rec. 3892/2016.

La mejora de prestaciones por riesgo durante el embarazo, entre otras, pactada en el convenio, consistente en garantizar en esta situación la misma retribución percibida en el mes anterior a la suspensión del contrato, determina que en el cálculo de su importe no se excluya ningún tipo de complemento retributivo (en los mismos términos SSTS 6 de marzo de 2018, rec. 65/2017 o 22 de diciembre de 2017, rec. 6/2017 y STSJ Madrid de 10 de diciembre de 2018, rec. 683/2017).

340. ¿Qué derechos económicos tiene la trabajadora embarazada durante la suspensión del contrato?

Tiene derecho a una prestación económica que abona el INSS o la Mutua que cubra los riesgos profesionales en la empresa, cuya cuantía es equivalente al 100 por 100 de la base reguladora por contingencias profesionales (artículos 186 y 187 TRLGSS), sin perjuicio de las mejoras que pudieran establecerse por acuerdo o convenio colectivo.

Ejemplo práctico

Si la base reguladora de cotización por contingencias profesionales asciende, en el mes anterior a la suspensión del contrato a 1.500 euros mensuales, esa será la cantidad que corresponderá percibir en concepto de subsidio por riesgo durante el embarazo.

341. En el supuesto de incumplimiento por la empresa de sus obligaciones en materia de afiliación, alta o cotización a la Seguridad Social ¿quién asume la responsabilidad del pago de la prestación?

Existirá responsabilidad directa de la empresa sin perjuicio de la obligación de anticipo por la Mutua o el INSS, que podrán repercutir posteriormente sobre la empresa el pago de las cantidades satisfechas.

342. Si la empresa resultara insolvente ¿podría repercutir la mutua los importes satisfechos con cargo al INSS, al igual que sucede en los accidentes de trabajo?

No podría hacerlo ya que en estos casos no existe responsabilidad subsidiaria del INSS, como ha tenido ocasión de señalar el TS en sen-

tencias de 10 de diciembre de 2014, rec. 315/2003 o 19 de mayo de 2014, rec. 522/2013.

343. Cuando la suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo se produjera teniendo la trabajadora una jornada reducida por cuidado de menor, ¿le afectaría tal reducción al importe de la prestación?

Sí le afectaría, ya que la prestación se calcula en función de la base por contingencias profesionales del mes anterior a la suspensión y no está previsto en la normativa de Seguridad Social que la base de cotización se eleve al 100 por 100 en los supuestos de reducción de jornada, cuando se trate de esta prestación (STSJ Cataluña de 3 de junio de 2019, rec. 1180/2019).

344. ¿Cuándo se inicia el cobro del subsidio por riesgo durante el embarazo?

Desde la suspensión del contrato de trabajo y no desde la solicitud de la prestación (SSTSJ Castilla y León/Valladolid de 16 de marzo de 2020, rec. 2143/2019 y Castilla-La Mancha de 9 de abril de 2018, rec. 489/2017).

345. ¿A partir de qué momento nace el derecho a la prestación de riesgo durante el embarazo?

A partir de la suspensión del contrato de trabajo y no desde la solicitud de la prestación (SSTSJ Castilla-La Mancha de 9 de abril de 2018, rec. 489/2017 y Baleares de 22 de mayo de 2003, rec. 239/2003), sin que pueda admitirse que el hecho causante de la prestación se sitúe en el momento en que la empresa tiene conocimiento de la situación de embarazo (STSJ Madrid de 3 de octubre de 2014, rec. 282/2014).

346. ¿Cómo se calcula la base reguladora de la prestación por riesgo durante el embarazo en aquellos casos en los que con anterioridad a la suspensión del contrato la trabajadora venía percibiendo conceptos retributivos no periódicos?

Debe computarse el promedio de ingresos no periódicos de los 12 meses anteriores a la suspensión del contrato (SSTSJ Cataluña de 31

de enero de 2017, rec. 6639/2016 y Castilla y León/Valladolid de 5 de mayo de 2010, rec. 616/2010).

347. ¿Durante qué periodo se abona el referido subsidio?

Durante todo el periodo en que se mantenga la suspensión del contrato de trabajo si bien en algún supuesto de extinción del contrato, que naturalmente pone fin a la suspensión, se ha estimado que procede mantener su abono (STS 10 de diciembre de 2014, rec. 3152/2013).

348. El periodo de suspensión del contrato de trabajo ¿debe ser computado como trabajado a efectos del devengo de complementos retributivos vinculados a un determinado nivel de absentismo?

Los tribunales vienen considerando como discriminatoria la práctica empresarial consistente en no computar como tiempo de trabajo efectivo, a estos efectos, la suspensión del contrato por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, adopción, guarda o acogimiento (SSTS 16 de julio de 2019, rec. 69/2018 y 10 de enero de 2017, rec. 283/2015).

349. ¿Procede la extinción de un contrato temporal cuando en la fecha de vencimiento la trabajadora se halla con el contrato suspendido por riesgo durante el embarazo?

Si el contrato temporal es ajustado a derecho, no existe impedimento legal alguno para llevar a cabo su extinción cuando concurra causa para ello (STSJ Castilla-La Mancha de 11 de noviembre de 2010, rec. 1151/2010).

350. ¿Cómo procedería calificar el despido objetivo de una trabajadora con contrato suspendido por riesgo durante el embarazo, cuando no se acredite la concurrencia de la causa extintiva del artículo 52.c) ET?

El despido sería nulo al afectar a una trabajadora embarazada y en aplicación de lo dispuesto en el artículo 53.c) ET.

351. ¿Podría ser objeto de despido disciplinario una trabajadora con contrato suspendido por riesgo durante el embarazo?

Nada impide la existencia de un despido disciplinario, pero si no se acredita la causa del mismo habría de ser calificado como nulo de conformidad con lo establecido en el artículo 55.5 ET, sin que por tanto quepa en estos casos la declaración de improcedencia.

352. ¿A quién corresponde la gestión y pago de la prestación de riesgo durante el embarazo?

La gestión corresponde al INSS o a la Mutua colaboradora con la que la empresa tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales en el momento de la suspensión del contrato, con independencia de que durante dicha situación se produzca un cambio en la cobertura de tales riesgos. En cuanto al pago se efectuará por la entidad que corresponda, por mensualidades vencidas.

Ejemplo práctico

En aquellos casos en los que durante la situación de suspensión de contrato por riesgo durante el embarazo se produzca un cambio de la entidad que cubra la cobertura de riesgos profesionales, vendrá obligada al abono de la prestación la entidad que tuviera cubiertos dichos riesgos en la fecha del hecho causante de la prestación, que coincide con la suspensión del contrato.

353. ¿Qué descuento procede aplicar al pago del subsidio?

El importe del subsidio es equivalente al 100 por 100 de la base reguladora, y sobre la cantidad resultante procederá deducir la aportación de la trabajadora a la Seguridad Social, para su ingreso en la TGSS. También procederá deducir, en su caso, la retención por IRPF.

354. ¿Podría existir en estos casos responsabilidad empresarial que obligue a la empresa al abono del subsidio?

En los casos de falta de alta o de cotización prolongada a la Seguridad Social puede existir responsabilidad empresarial, sin perjuicio del anticipo de la prestación con cargo a la entidad que tenga cubiertos los riesgos profesionales, correspondiendo al INSS determinar qué entidad debe anticipar tales prestaciones.

355. ¿Cómo se inicia el procedimiento para el reconocimiento de la prestación por riesgo durante el embarazo?

Se inicia a instancia de la trabajadora mediante un informe que deberá solicitar al facultativo del Servicio Público de Salud, en el que se acredite la situación de embarazo y la fecha probable del parto. Con dicho informe, acompañado de un certificado de la empresa sobre la actividad desarrollada y las condiciones del puesto de trabajo, la trabajadora solicitará de la Entidad Gestora o colaboradora la emisión de una certificación médica sobre la existencia de riesgo durante el embarazo, y una vez certificado el riesgo, si no ha sido posible el cambio de puesto de trabajo, la empresa declarará a la trabajadora en situación de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo.

356. ¿Puede la Entidad Gestora o colaboradora denegar la expedición de la certificación médica sobre la existencia de riesgo?

Puede hacerlo si considera que no se produce la situación de riesgo durante el embarazo, en cuyo caso denegará la expedición de la certificación médica solicitada, comunicando a la trabajadora que no cabe iniciar el procedimiento dirigido a la obtención de la correspondiente prestación, pudiéndose impugnar tal decisión ante la jurisdicción social.

357. ¿Cómo se solicita la prestación de riesgo durante el embarazo?

Una vez que haya sido emitida la certificación sobre la existencia de riesgo, para el reconocimiento del subsidio la trabajadora deberá presentar solicitud ante el INSS o la Mutua, utilizando a tal fin los modelos normalizados y acompañando la documentación requerida.

358. ¿De qué plazo dispone la Entidad Gestora o colaboradora para notificar su resolución acerca de la procedencia de la prestación solicitada?

La resolución se notificará a la interesada en el plazo de 30 días, contados desde la recepción de la solicitud, y en caso de resultar denegatoria cabe la posibilidad de su impugnación ante el Juzgado de lo Social.

359. Supuestos en los que se ha admitido la suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo y el abono del subsidio correspondiente:

- STS 10 de diciembre de 2018, rec. 2654/2018. Reconocimiento a una dependienta, al considerarse situación objetiva de riesgo la bipedestación y deambulación prolongada.
- STSJ Galicia de 29 de octubre de 2019, rec. 1831/2019. Conductora perceptora que presenta como patología asociada al embarazo antecedentes de aborto, parto prematuro y trombofilia.
- STSJ Galicia de 22 de marzo de 2019, rec. 4479/2018. La no concesión de la prestación a una ATS/DUE, cuando otras compañeras en la misma situación se les había concedido, es constitutiva de una actuación discriminatoria. Derecho a una indemnización de 120.000 euros, de la que se declara responsable la Mutua.
- SSTSJ Madrid de 20 de octubre de 2017, rec. 693/2017 y Galicia de 12 de diciembre de 2012, rec. 873/2010. Ayudante de charcutería, al existir riesgo por manipulación de cargas, contacto con carne cruda, bipedestación prolongada y exposición a altos niveles de ruido.
- STSJ Extremadura de 6 de abril de 2017, rec. 36/2017. Trabajadora que realiza funciones de peonaje agrícola.
- STSJ Navarra de 22 de noviembre de 2016, rec. 452/2016. Técnica superior en higiene bucodental, prestando servicios en clínica dental.
- STSJ Cantabria de 18 de diciembre de 2014, rec. 761/2014. Fisioterapeuta del Servicio de Rehabilitación en Hospital Universitario.
- STSJ Canarias/Las Palmas de 31 de julio de 2013, rec. 1454/2011. Tripulante de cabina.
- SSTSJ Galicia de 22 de febrero de 2013, rec. 4083/2010 y Madrid de 16 de diciembre de 2011, rec. 4733/2011. Auxiliar de ayuda domiciliaria.
- STSJ Galicia de 6 de marzo de 2012, rec. 4515/2009. Existencia de riesgo al trabajar como monitora deportiva.

- STSJ Galicia de 29 de febrero de 2012, rec. 2420/2009. Dependienta de pescadería.
- STSJ Madrid de 24 de enero de 2012, rec. 4958/2011. Fisioterapeuta en centro de pilates.
- STSJ Extremadura de 7 de diciembre de 2012, rec. 484/2011. Médico especialista en medicina intensiva.

360. ¿En qué casos se ha denegado la suspensión del contrato y la prestación por riesgo durante el embarazo, por considerar que no existía riesgo para la salud de la embarazada o del feto?

- STSJ Castilla-La Mancha de 16 de enero de 2020, rec. 1674/2018. Trabajadora de un Plan de Empleo Municipal, con categoría de peón.
- STSJ Asturias de 20 de diciembre de 2019, rec. 1883/2019. Fisioterapeuta de empresa privada, al no evidenciarse de riesgos asociados a la situación de embarazo.
- SSTSJ País Vasco de 11 de julio de 2017, rec. 1452/2017 y 30 de septiembre de 2014, rec. 1681/2014. Conductora de autobús urbano.
- STSJ Andalucía/Málaga de 28 de junio de 2017, rec. 500/2017. Expendedora de combustible, por falta de prueba de la existencia de riesgos específicos.
- STSJ Navarra de 9 de febrero de 2017, rec. 8/2017. Oficiala de 2ª de laboratorio, con existencia de riesgos biológicos controlados.
- STSJ La Rioja de 28 de abril de 2016, rec. 81/2016 y País Vasco de 11 de marzo de 2014, rec. 336/2014. Técnica especialista en radiodiagnóstico, con manejo de resonancias magnéticas y ecografías.
- STSJ Castilla y León/Burgos de 18 de noviembre de 2015, rec. 709/2015. Psicóloga de Diputación que atiende a personas marginales en sus domicilios.
- STSJ País Vasco de 8 de abril de 2014, rec. 520/2014. Viajante de comercio que conduce un vehículo ordinario.

- STSJ Andalucía/Málaga de 4 de julio de 2013, rec. 448/2013. ATS/DUE de ambulatorio.
- STSJ Navarra de 18 de octubre de 2012, rec. 318/2012. Educadora en centro de acogida de menores.
- SSTSJ País Vasco de 18 de septiembre de 2012, rec. 1967/2012 y Asturias de 10 de febrero de 2012, rec. 2814/2011. Auxiliar higienista dental.

VI. SUSPENSIÓN DEL CONTRATO POR RIESGO DURANTE LA LACTANCIA NATURAL

361. Marco normativo

- Artículos 45.1.e) y 48.7 ET.
- Artículo 26 LPRL.
- Artículos 49 a 51 del RD 295/2009, de 6 de marzo.
- Directiva 1992/85/CEE, de 19 de octubre, sobre aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia.
- Artículos 188 y 189 TRLGSS.

362. ¿Qué actuaciones han de llevarse a cabo por la empresa con carácter previo a la suspensión del contrato por riesgo durante la lactancia natural?

Las ya descritas en el apartado anterior respecto de la suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo, y que consisten, en esencia, en la adaptación o en el cambio del puesto a fin de evitar o minimizar los riesgos (ver apartado V anterior).

Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de enero de 2013, rec. 1563/2012.

Según la STS de 21 de marzo de 2013, rec. 1563/2012, “la evaluación de riesgos deberá comprender la determinación de la naturaleza, el grado y la

duración de la exposición de las trabajadoras en situación de lactancia natural a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que puedan influir negativamente en la salud de las trabajadoras o del lactante, en cualquier actividad susceptible de presentar un riesgo específico. Si los resultados de la evaluación revelasen un riesgo para la seguridad y la salud o una posible repercusión sobre el embarazo o la lactancia de las citadas trabajadoras, el empresario adoptará las medidas necesarias para evitar la exposición a dicho riesgo, a través de una adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo de la trabajadora afectada. Dichas medidas incluirán, cuando resulte necesario, la no realización de trabajo nocturno o de trabajo a turno”.

363. ¿Podría considerarse, entonces, que al ser exigible con carácter previo a la suspensión del contrato, la adaptación o el cambio de puesto de trabajo, dicha suspensión es una medida de carácter subsidiario?

Efectivamente, ya que como ha señalado el TS en sentencias, entre otras, de 6 de febrero de 2019, rec. 4016/2017; 24 de enero de 2019, rec. 3529/2017 o 28 de octubre de 2014, rec. 2542/2013, “la suspensión del contrato ... es una medida subsidiaria de segundo grado (que) solo cabe adoptarla ... después de valorar como insuficiente o como ineficaces otras medidas previas a la suspensión del contrato, que son, en primer lugar, la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo y, si tal adaptación no resulta posible o no resulta efectiva, el cambio de puesto de trabajo”.

364. En aquellos casos en los que para evitar el riesgo la trabajadora sea cambiada a otro puesto de trabajo no correspondiente a un grupo profesional o categoría equivalente ¿a qué retribución tendría derecho?

La trabajadora tendrá derecho a conservar el conjunto de retribuciones de su puesto de origen salvo que en el nuevo puesto de trabajo tuviera derecho a retribuciones superiores (STS 12 de junio de 2015, rec. 8/2008 o STSJ Galicia de 12 de junio de 2015, rec. 415/2014).

365. En el caso de que no exista cambio de puesto, pero se produzca una modificación de las condiciones de trabajo ¿a qué retribución se tendría derecho?

A la que se viniera percibiendo con anterioridad a la modificación (STSJ Cantabria de 25 de febrero de 2020, rec. 925/2019, para un supuesto de supresión de guardias médicas).

366. En este caso ¿cuál es el bien jurídico que se protege con la suspensión del contrato?

No es la lactancia en sí la que se protege, sino los riesgos que para la misma pueda tener la exposición a determinados ambientes o productos específicos en el desarrollo del trabajo, o las propias condiciones del puesto de trabajo (STS 26 de marzo de 2019, rec. 2170/2018).

367. ¿Qué requisitos han de concurrir para que proceda la suspensión del contrato y, en su caso, el reconocimiento al percibo del subsidio correspondiente?

Conforme ha venido reconociendo reiterada jurisprudencia (por todas SSTTS 17 de marzo de 2011, rec. 1865/2010; 17 de marzo de 2011, rec. 2448/2010; 17 de marzo de 2011, rec. 1865/2010; 18 de marzo de 2011, rec. 1966/2010, todas ellas referidas a trabajadoras ATS de un mismo hospital), para que proceda reconocer este derecho, se exige:

- Que se hayan identificado los riesgos específicos para la trabajadora en situación de lactancia natural.
- Que exista imposibilidad de adaptación del puesto de trabajo ocupado que evite la producción del riesgo.
- Que no sea posible un cambio de puesto de la misma o diferente categoría, que no tenga riesgos o con niveles de riesgo controlados o tolerables.

368. En definitiva, ¿qué se ha de entender por riesgo específico a efectos de la suspensión del contrato por riesgo durante la lactancia natural?

El concepto de riesgo específico implica que los peligros para la salud subsistentes en el medio de trabajo y en la actividad desarrollada, tras las preceptivas medidas de adaptación o cambio de puesto de trabajo,

tengan relevancia desde el punto de vista de la salud de la madre y de la del hijo o hija.

369. ¿Podría apreciarse la existencia de riesgo específico si no se ha producido la evaluación de riesgos o si dicha evaluación no ha detectado los riesgos?

Entendemos que no es posible, teniendo en cuenta la doctrina establecida por el TJUE en una sentencia de 19 de octubre de 2017, en la que resuelve una cuestión prejudicial planteada por el TSJ de Galicia, sobre la carga de la prueba de la existencia de riesgos para la lactancia natural (SSTSJ Galicia de 8 de noviembre de 2017, rec. 1052/2014, y Baleares de 9 de mayo de 2018, rec. 210/2017).

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de octubre de 2017, asunto C-531/15.

“... incumbe a la trabajadora afectada acreditar hechos que puedan sugerir que la evaluación de los riesgos que presenta su puesto de trabajo no se llevó a cabo de acuerdo con las exigencias del artículo 4.1 de la Directiva 92/85 y que permitan así presumir la existencia de una discriminación directa por razón de sexo, en el sentido de la Directiva 2006/54 ... En consecuencia corresponderá a la parte demandada demostrar que dicha evaluación de los riesgos se realizó con arreglo a esta disposición y que, por tanto, no se vulneró el principio de no discriminación”.

Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de abril de 2018, rec. 762/2017.

La evaluación de los riesgos en caso de lactancia natural en relación con el puesto de trabajo ha de ser específica, que alcance a la determinación de la naturaleza, grado y duración de la reposición. Es preciso conocer con detalle la naturaleza, extensión, características, tiempo de exposición al riesgo y requerimiento de la existencia del mismo.

370. ¿Podría ser un factor de riesgo específico la realización de trabajo nocturno, trabajo a turnos o la realización de guardias?

En general no se considera así, ya que tales circunstancias del trabajo solo pueden apreciarse como factor de riesgo cuando los horarios de trabajo resulten inadecuados con los periodos regulares de alimentación del lactante, y ello solo será así cuando la incompatibilidad con la

“toma” directa no pudiera paliarse con la extracción y conservación de la leche materna.

371. ¿En qué casos se puede considerar que existe riesgo específico con relación a los horarios y turnos de trabajo?

En el caso concreto de tripulantes de cabina se ha considerado que los turnos y horarios de los vuelos impiden la pauta de las tomas propias de la lactancia natural, existiendo además imposibilidad material para efectuar la extracción y conservación de la leche a bordo de los aviones (SSTS de 22 de noviembre de 2012, rec. 1298/2011; 21 de junio de 2012, rec. 2361/2011 o 24 de abril de 2012, rec. 818/2011).

También se ha reconocido el derecho a:

- ATS que presta servicios en una unidad de asistencia domiciliar rural, en horario de 17 y 24 horas (STS 24 de junio de 2018, rec. 1398/2016).
- Camillera en servicio de transporte urgente en ambulancia, en régimen de turnos semanales (STS 26 de marzo de 2019, rec. 2170/2018).
- Enfermera de transporte de transporte sanitario en turnos diurno y nocturno, de 12 horas (STS 11 de julio de 2018, rec. 396/2017).
- Médica de emergencia con turno de 24 horas (STS 6 de febrero de 2019, rec. 4016/2017).
- Conductora de camión de recogida de basuras con trabajo a turno y nocturno (STS 24 de enero de 2019, rec. 2037/2019).

372. ¿A partir de qué momento se puede notificar la suspensión y, en su caso, la prestación de Seguridad Social?

Una vez que se haya extinguido el periodo de descanso por maternidad (artículo 9.3 y 50.2 RD 295/2009).

373. ¿Qué duración máxima tiene la suspensión por riesgo durante la lactancia natural?

La suspensión del contrato y el derecho al subsidio concluirá por cualquiera de las siguientes causas:

- Al cumplir el hijo o hija los nueve meses de edad, sin que quepa la posibilidad de ampliar el plazo por causa alguna (STSJ Castilla y León/Valladolid de 30 de septiembre de 2019, rec. 1123/2019).
- Reincorporación de la mujer trabajadora a su puesto de trabajo.
- Extinción del contrato de trabajo por alguna de las causas legalmente establecidas.
- Interrupción de la lactancia natural.
- Fallecimiento de la beneficiaria o del hijo o hija lactante.

374. ¿En qué forma se debe acreditar la existencia de lactancia natural?

Esta circunstancia deberá acreditarse con el informe del facultativo médico que asista a la trabajadora y que esta debe aportar para la solicitud de suspensión del contrato.

Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2019, rec. 763/2017.

“Una vez acreditada la lactancia natural, a través del certificado médico que debe acompañarse a la solicitud de suspensión del contrato, determina la presunción de que dicho tipo de lactancia se mantiene, salvo prueba en contrario”.

375. ¿Se exige algún periodo de antigüedad en la empresa para que proceda la suspensión del contrato?

No es necesario ni para la suspensión ni tampoco para el reconocimiento del derecho a la prestación, ya que al igual que la suspensión por riesgo durante el embarazo no se exige periodo de antigüedad o de cotización.

376. Cuando se suspende el contrato por riesgo durante la lactancia natural ¿se mantiene la obligación de seguir cotizando a la Seguridad Social por parte de la empresa?

La obligación de cotizar nace con el inicio de la prestación de trabajo y se mantiene, entre otros supuestos, durante la suspensión del contrato por riesgo durante la lactancia natural (artículo 144.4 TRLGSS).

377. ¿Qué prestación económica se percibe durante la suspensión del contrato?

Se percibe una prestación de Seguridad Social consistente en un subsidio equivalente al 100 por 100 de la base reguladora por contingencias profesionales del mes anterior a la fecha en que se inició la suspensión del contrato (artículos 33 y 34 RD 295/2009).

Ejemplo práctico

Si la trabajadora que ha suspendido su contrato por riesgo durante la lactancia natural cotizó en el mes anterior a la suspensión a razón de 1.200 €, dicha cantidad, más el promedio de las horas extraordinarias cotizadas en el año anterior, constituirá la base reguladora con arreglo a la cual se abonará la prestación.

378. Si la trabajadora viniera percibiendo conceptos retributivos no periódicos ¿deberían ser objeto de cómputo?

Entendemos que debería incluirse el promedio de lo percibido en los 12 meses anteriores a la suspensión del contrato, aplicando analógicamente el artículo 13 RD 1646/1972, de 28 de junio (SSTS de 16 de julio de 2019, rec. 69/2018 y 10 de enero de 2017, rec. 283/2015, si bien recaídas en procedimientos sobre prestación por riesgo durante el embarazo. Asimismo la STS de 16 de noviembre de 2006, rec. 1471/2006, mantiene el criterio de anualización de los conceptos retributivos no periódicos, respecto de una prestación de maternidad).

379. ¿Es responsable la empresa del abono de dicha prestación?

No; responde el INSS o la Mutua colaboradora con la que se tenga el aseguramiento de los riesgos profesionales, salvo que proceda derivar responsabilidad frente a la empresa por incumplimiento de obligaciones en materia de afiliación, alta o cotización a la Seguridad Social, en cuyo caso procederá el anticipo de la prestación con cargo a la Entidad Gestora o colaboradora, sin perjuicio de la responsabilidad de la empresa.

380. ¿Cuándo nace y qué duración tiene la prestación económica?

La prestación nace el mismo día en que se inicie la suspensión del contrato y no el día en que se solicite la misma, y se extiende mientras persista la suspensión.

381. ¿Puede reconocerse el derecho a la prestación si previamente no se ha suspendido el contrato?

Con carácter general la suspensión previa del contrato es requisito necesario para el reconocimiento de la prestación (STSJ Andalucía/Granada de 22 de abril de 2009, rec. 66/2009), sin embargo los tribunales han entendido que cuando se ha reclamado la prestación y esta no se tramita o se deniega indebidamente, en estos casos no cabe exigir el requisito de la suspensión del contrato (SSTSJ País Vasco de 17 de septiembre de 2013, rec. 1532/2013 y 25 de septiembre de 2012, rec. 2041/2012), dado que se ha realizado un trabajo que no debió ser prestado.

382. Estando el contrato suspendido por riesgo durante la lactancia natural ¿se podría acceder en tal situación a una incapacidad temporal por enfermedad común o accidente no laboral?

Entendemos que no, mientras persista la suspensión del contrato, ya que ambas prestaciones resultan incompatibles.

383. Si se extingue el contrato de trabajo por cualquiera de las causas legalmente establecidas ¿procedería entonces el reconocimiento de la IT por enfermedad común o accidente no laboral, en el caso de que persista la incapacidad temporal para trabajar?

En este caso la extinción del contrato constituiría situación legal de desempleo, y desde dicha situación no debería existir dificultad en solicitar la baja por IT, si bien se iría agotando la prestación contributiva por desempleo.

384. ¿Cómo se calificaría el despido de una trabajadora que tiene el contrato suspendido por riesgo durante la lactancia natural?

El despido sería nulo, con obligación de readmisión, salvo que se calificara como procedente.

Ejemplo práctico

Si una trabajadora que tiene el contrato suspendido por riesgo durante la lactancia natural, realiza trabajos para otra empresa que se dedica a una actividad similar a la de su empresa, en tal caso podría producirse un despido procedente por concurrencia desleal.

385. El periodo de suspensión del contrato por riesgo durante la lactancia natural ¿computa a todos los efectos como tiempo de trabajo efectivo?

Sí computa como trabajo, incluso para el abono de conceptos retributivos variables que se vinculan al hecho de alcanzar determinados objetivos de producción, entendiéndose que cuando no se realice así, la actuación de la empresa puede ser constitutiva de discriminación por razón de sexo.

386. Algunos pronunciamientos judiciales del Tribunal Supremo en los que ha admitido la situación de suspensión del contrato y el abono de la prestación por riesgo durante la lactancia natural.

Se ha apreciado que concurre causa de suspensión y derecho a la prestación en los siguientes casos, entre otros:

- STS 4 de diciembre de 2019, rec. 2343/2017. Trabajadora sanitaria de urgencias que presta su trabajo a turnos con horarios que impiden la alimentación regular del menor.
- STS 24 de abril de 2019, rec. 763/2017. Una vez acreditada la lactancia natural, mediante certificado médico que debe acompañarse a la solicitud tal circunstancia determina la presunción de que dicho tipo de lactancia se mantiene, salvo prueba en contrario.
- STS 26 de marzo de 2019, rec. 2170/2018. Trabajadora que presta servicios como camillera en servicio de transporte urgente en ambulancia.
- STS 6 de febrero de 2019, rec. 4016/2017. Médica que trabaja en el servicio de emergencias sanitarias, en turnos de 24 horas cada seis días.

- STS 24 de enero de 2019, rec. 3529/2017. ATS que trabaja en el servicio de urgencias en turnos de 12 y 24 horas (en igual sentido STS 24 de enero de 2019, rec. 4164/2017).
- STS 24 de enero de 2019, rec. 2037/2017. Conductora de camión de recogida de basuras, con turnicidad y nocturnidad.
- STS 11 de julio de 2018, rec. 396/2017. Enfermera de transporte sanitario en turnos nocturno y diurno de 12 horas.
- STS 26 de junio de 2018, rec. 1398/2016. ATS que presta servicios en la unidad de asistencia domiciliaria rural de urgencias médicas, en turnos de 17 y 24 horas.
- STS 3 de abril de 2018, rec. 762/2017. Enfermera de urgencias hospitalarias.
- STS 22 de noviembre de 2012, rec. 1298/2011. Tripulante de cabina de pasajeros de avión. En igual sentido SSTS 21 de junio de 2012, rec. 2361/2011 y 24 de abril de 2012, rec. 818/2011.
- STSJ Madrid de 19 de septiembre de 2018, rec. 559/2018. ATS/DUE que presta servicios en turnos de 24 horas y en turnos de noche (en los mismos términos STSJ Madrid de 29 de junio de 2019, rec. 864/2017).
- STSJ Baleares de 9 de mayo de 2018, rec. 210/2017. ATS/DUE que presta servicios de urgencia del SAMU.
- STSJ Castilla y León/Valladolid de 7 de marzo de 2018, rec. 2245/2017. Veterinaria que toma muestras de animales para diagnóstico de brucelosis y tuberculosis.
- STSJ Madrid de 2 de marzo de 2018, rec. 1163/2017. Educadora que está en contacto permanente con personas que sufren graves enfermedades psíquicas y enfermos que están en condiciones higiénicas inadecuadas.

387. Se ha denegado el reconocimiento a la prestación, entre otros, en los siguientes pronunciamientos judiciales:

- STSJ Asturias de 22 de marzo de 2018, rec. 3285/2017. ATS/DUE con puesto de trabajo en servicio de urgencias, al no acreditarse la concurrencia de riesgo específico (en iguales términos País Vasco de 16 de enero de 2018, rec. 2519/2017).
- STSJ Cataluña de 16 de marzo de 2018, rec. 83/2018. Ayudante de transporte en ambulancia.
- STSJ Andalucía/Málaga de 1 de marzo de 2018, rec. 1841/2017. Celadora de hospital.
- STSJ Andalucía/Sevilla de 22 de febrero de 2018, rec. 1147/2017. Auxiliar de enfermería en centro hospitalario.
- STSJ Asturias de 6 de febrero de 2018, rec. 2899/2017. ATS destinada en unidad de cuidados avanzados, sin exposición significativa a radiaciones ionizantes o a agentes biológicos.
- STSJ Comunidad Valenciana de 30 de noviembre de 2017, rec. 3221/2017. Enfermera del servicio de emergencias del SAMU.
- STSJ Madrid de 16 de junio de 2017, rec. 334/2017. Educadora infantil de niños menores de tres años.
- STSJ Madrid de 24 de abril de 2017, rec. 173/2017. Vigilanta de seguridad con trabajo a turnos.
- STSJ Madrid de 31 de marzo de 2017, rec. 58/2017. Educadora de centro de menores en situación de exclusión social y con problemas de conducta.
- STSJ Madrid de 30 de enero de 2017, rec. 963/2016. Trabajadora social en servicio de emergencias.

TEST DE AUTOEVALUACIÓN

1. Durante la suspensión del contrato por nacimiento de hijo/a ¿continúa la obligación de cotizar por parte de la empresa?

- a) No existe obligación de cotizar.
- b) Existe obligación de cotizar mientras dure la suspensión.
- c) Existe obligación de cotizar mientras dure la suspensión y el contrato se mantenga en vigor.

2. ¿Podría producirse un despido disciplinario mientras el contrato esté suspendido?

- a) Sí podría producirse un despido disciplinario.
- b) No cabe tal posibilidad.
- c) Ninguna solución es correcta.

3. ¿Puede afectarle un despido colectivo a una persona trabajadora que tiene el contrato suspendido por nacimiento de un hijo/a?

- a) No puede afectarle.
- b) Le afectaría al igual que a cualquier otra persona trabajadora.
- c) Le podría afectar cuando finalizara la suspensión.

4. ¿Qué ocurre si el periodo de suspensión del contrato por nacimiento coincide con el periodo de vacaciones colectivamente acordado?

- a) Que las vacaciones absorben parte de la suspensión del contrato por nacimiento.
- b) Que la suspensión se iniciaría al finalizar las vacaciones.
- c) Se iniciaría inmediatamente el periodo de suspensión y se suspendería el disfrute de vacaciones, que podrían tomarse después.

5. Con carácter general ¿cuál es la duración de la suspensión del contrato por nacimiento de hijo para la madre biológica?

- a) Dieciséis semanas.
- b) Quince semana.
- c) Dieciocho semanas.

6. En caso de parto prematuro ¿puede demorarse el inicio de la suspensión del contrato hasta la fecha del alta del neonato?

- a) Sí puede demorarse tanto para la madre biológica como para el otro progenitor.
- b) No podría demorarse para ninguno.
- c) Podría demorarse para el progenitor distinto de la madre biológica.

7. ¿Qué normativa resulta aplicable al personal laboral de un Ayuntamiento, en materia de nacimiento de hijos/as?

- a) El Estatuto de los Trabajadores.
- b) El Estatuto Básico del Empleado Público.
- c) Sería opcional para el personal.

8. ¿En qué casos sería posible la ampliación de la suspensión del contrato por nacimiento de hijos/as?

- a) No es posible la ampliación.
- b) Únicamente cabe la ampliación si existe acuerdo entre la partes.
- c) Se amplía en los supuestos de parto múltiple, discapacidad del hijo/a, o ingreso hospitalario del neonato por periodo superior a siete días.

9. ¿Se puede anticipar el inicio de la suspensión por nacimiento de hijo/a?

- a) Sí, la pueden anticipar ambos progenitores.
- b) No se puede anticipar a la fecha del parto.
- c) La puede anticipar la madre biológica.

10. ¿Puede la madre biológica disfrutar las seis semanas posteriores al parto a tiempo parcial?

- a) No, el disfrute ha de ser a jornada completa.
- b) Puede optar por el disfrute a tiempo parcial.
- c) Puede hacerlo a tiempo parcial si existe acuerdo con la empresa.

11. ¿Hasta qué momento puede disfrutar la madre biológica el descanso no obligatorio por nacimiento?

- a) Hasta que el neonato cumpla nueve meses.
- b) Hasta que el neonato cumpla doce meses.
- c) No existe límite.

12. Si la madre biológica no trabaja ¿qué duración tendría la suspensión del contrato para el otro progenitor?

- a) Dieciocho semanas.
- b) Dieciséis semanas.
- c) Catorce semanas.

13. Si el contrato se extingue estando percibiéndose la prestación por nacimiento ¿quién continuaría cotizando a la Seguridad Social?

- a) La empresa.
- b) El INSS o la Mutua que corresponda.
- c) No se cotiza, pero el tiempo que dure la prestación se considera como cotizado.

14. ¿Tiene derecho a suspender el contrato quien es padre biológico por gestación subrogada?

- a) Sí, tiene derecho.
- b) No puede suspender el contrato ya que la gestación subrogada no está reconocida en nuestro ordenamiento.
- c) Solo puede suspender el contrato si existe convenio colectivo que la regule.

15. ¿Tiene la misma duración la suspensión del contrato de la madre biológica que la del otro progenitor?

- a) Tienen igual duración desde la entrada en vigor del RDL 6/2019.
- b) Tienen igual duración a partir del 1 de enero de 2021.
- c) No tiene igual duración en ningún momento.

16. En caso de fallecimiento del neonato ¿se reduce la suspensión del contrato de trabajo de los progenitores?

- a) Solo tenemos derecho a la inspección de carácter obligatoria.
- b) La madre tiene derecho al permiso completo, pero no el padre.
- c) Ambos progenitores tienen derecho al permiso completo.

17. ¿Puede el otro progenitor transferir parte de la suspensión de su contrato a la madre biológica?

- a) Puede transferir parcialmente la suspensión.
- b) Puede hacerlo si está regulado en convenio colectivo.
- c) No puede hacerlo en ningún caso, al tratarse de un derecho individual y personal.

18. ¿Puede el padre retrasar el inicio de la suspensión del contrato para fechas posteriores al parto?

- a) No puede hacerlo en ningún caso.
- b) Solo puede hacerlo en caso de hospitalización del neonato después del parto.
- c) Puede hacerlo si así lo contempla el Plan de Igualdad implantado en la empresa.

19. La suspensión del contrato por parte del progenitor distinto de la madre biológica ¿tiene carácter obligatoria?

- a) No es obligatoria.
- b) Son obligatorias las seis semanas tras el parto.
- c) Es obligatorio todo el periodo de suspensión del contrato.

20. En el caso de adopción ¿a quién se atribuye la titularidad del descanso por nacimiento?

- a) A uno solo de los adoptantes.
- b) A cada uno de ellos.
- c) A ambos, solo si así está establecido un acuerdo, pacto o convenio colectivo.

21. En caso de adopción ¿cómo debe disfrutarse el periodo de descanso obligatorio?

- a) A jornada completa y de forma ininterrumpida.
- b) Como acuerden las partes afectadas.
- c) Como decidan unilateralmente los adoptantes.

22. ¿Puede anticiparse el periodo de descanso a una fecha anterior a la de la adopción?

- a) No, en ningún caso.
- b) Puede anticiparse si así se acuerda con la empresa.
- c) Puede hacerse en caso de adopción internacional y cuando se precise el traslado al país de origen del adoptado.

23. Durante la suspensión del contrato por adopción, guarda o acogimiento ¿viene obligada la empresa a seguir cotizando a la Seguridad Social?

- a) Sí, siempre que el contrato continúe en vigor.
- b) Sí, aunque el contrato se extinga durante la suspensión.
- c) Queda suspendido la obligación de cotizar mientras el contrato esté suspendido.

24. ¿Con qué plazo ha de notificarse a la empresa el inicio de los periodos de descanso no obligatorios derivados del nacimiento de hijo/a?

- a) No existe un plazo determinado.
- b) Son al menos quince días de antelación.
- c) Son al menos diez días de antelación.

25. ¿Es posible la suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo, cuando existen otros puestos vacantes en la empresa exentos de riesgo?

- a) En estos casos procede el cambio de puesto.
- b) Deberá decidirla empresa unilateralmente.
- c) La trabajadora es libre de aceptar el cambio de puesto de trabajo.

26. Si la trabajadora en situación de riesgo es objeto de un cambio de puesto de trabajo ¿mantiene su derecho a la retribución del puesto de origen?

- a) Percibirá la retribución del nuevo puesto, aunque sea inferior.
- b) Percibirá la retribución del puesto de origen, salvo que el nuevo puesto tuviera una retribución superior.
- c) Dependerá del acuerdo alcanzado con la empresa.

27. ¿Puede extinguirse el contrato por despido procedente durante la suspensión por riesgo durante el embarazo?

- a) No puede extinguirse por la vía del despido.
- b) De producirse el despido, sería nulo.
- c) Sí, si concurre causa que justifica el despido disciplinario.

28. ¿Cuál es el importe del subsidio en la suspensión por riesgo durante el embarazo o en la lactancia natural?

- a) Es el equivalente a la IT derivada de contingencias profesionales.
- b) Es el 100 por 100 de la base de cotización por contingencias profesionales.
- c) Es el 100 por 100 de la base de cotización por contingencias comunes.

29. ¿Quién responde del abono del subsidio derivado de la suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural?

- a) La empresa.
- b) El INSS o la Mutua.
- c) El FOGASA.

30. ¿Cuál es la duración máxima de la suspensión del contrato por riesgo durante la lactancia natural?

- a) Mientras persista el riesgo para la madre o el menor.
- b) Puede extenderse la suspensión, con derecho a prestación, por el tiempo que acuerde la empresa y trabajadora.
- c) Se extiende hasta que el hijo o hija cumpla los nueve meses de edad.

Capítulo 4

MEDIDAS DE CONCILIACIÓN Y CORRESPONSABILIDAD DEL PERSONAL FUNCIONARIO

NOTA: el presente capítulo hace referencia a las medidas de conciliación y corresponsabilidad contenidas en el EBEP, de aplicación al personal funcionario y en algunos casos al personal laboral al servicio de las Administraciones públicas, señalando aquellas singularidades que difieren respecto de los permisos y suspensiones del personal laboral a que se ha hecho referencia en los capítulos anteriores.

I. ASPECTOS GENERALES DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS PERMISOS POR MOTIVOS DE CONCILIACIÓN Y CORRESPONSABILIDAD CONTENIDOS EN EL EBEP

388. Marco normativo

- Artículos 3.1, 7.2, 48, 49 y 51 EBEP.
- Artículo 14.j) EBEP que incluye como derechos individuales de los empleados públicos los relativos a la adopción de medidas que favorezcan la conciliación de la vida personal, familiar y laboral.
- Artículo 37.1.m) EBEP que incluye como materias propias de la negociación colectiva la referidas a permisos del personal al servicio de las Administraciones públicas.
- Artículo 56 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

389. En materia de permisos ¿es de aplicación el EBEP a todo el personal al servicio de las Administraciones públicas?

El EBEP será de aplicación directa a todo el personal incluido en su ámbito de aplicación y al que se refiere el artículo 2.1 de dicha norma:

- Personal de la Administración General del Estado.

- Personal de las Administraciones de las Comunidades Autónomas y de las ciudades de Ceuta y Melilla.
- Personal de las Administraciones de las Entidades Locales.
- Personal de los organismos públicos, agencias, y demás entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones públicas.
- Personal de las Administraciones públicas.

390. ¿Resulta de aplicación el EBEP al personal docente y al personal estatutario de los Servicios de Salud?

Dicho personal se regirá por la legislación específica dictada por el Estado y por las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus respectivas competencias, siéndole también de aplicación en esta materia lo previsto en el Estatuto Básico para el Empleado Público (artículo 2.3 EBEP).

391. ¿Qué personal queda excluido, en principio, de la aplicación del EBEP?

Conforme a lo establecido en el artículo 4 del EBEP se regirán por su legislación específica el siguiente personal:

- Personal funcionario de las Cortes Generales y de las asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas.
- Personal funcionario de los demás órganos constitucionales del Estado y de los órganos estatutarios de las Comunidades Autónomas.
- Jueces, Magistrados y Fiscales y demás personal funcionario al servicio de la Administración de Justicia.
- Personal militar de las Fuerzas Armadas.
- Personal de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.
- Personal retribuido por arancel.
- Personal del Centro Nacional de Inteligencia.

- Personal del Banco de España y del Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito.

392. La exclusión a la que se hace referencia en el apartado anterior ¿supone la no aplicación a dicho personal de las disposiciones del EBEP?

No exactamente, ya que cabe la aplicación directa cuando así lo disponga su legislación específica, y en todo caso el Estatuto tiene carácter supletorio para todo el personal de las Administraciones públicas no incluido en su ámbito de aplicación (artículo 2.5 EBEP).

393. ¿Qué clases de permisos regula el EBEP?

El EBEP diferencia entre los permisos de los funcionarios públicos, en general (artículo 48), y los permisos por motivos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, por razón de violencia de género y para las víctimas de terrorismo y su familiares directos (artículo 49), si bien en el primero de los artículos citados se regulan algunos permisos que también tienen relación más o menos directa con la conciliación y corresponsabilidad.

394. Los permisos a que hace referencia el artículo 48 EBEP ¿pueden ser objeto de ampliación o mejora por la legislación autonómica o por la negociación colectiva?

Tras la modificación del artículo 48 del anterior EBEP de 2007, llevada a cabo por el artículo 8 del Real Decreto Ley 20/2012, de 13 de julio, se ha venido a reconocer que la regulación de los permisos del personal funcionario a que hace referencia el citado artículo, es competencia exclusiva del Estado, sin que las normas autonómicas o convencionales puedan modificar el régimen de permisos contenido en el citado artículo ampliando los supuestos que permitan la inasistencia al trabajo o incrementando la duración de los mismos.

Sentencia del Tribunal Constitucional 156/2015, de 9 de julio.

“Frente a la regulación de los permisos anterior a la modificación producida por el RDL 20/2012, que permitía que fuese la respectiva Administración la que determinase los supuestos de concesión de permisos a los funcionarios

públicos y sus requisitos, efectos y duración, disponiendo únicamente que, en defecto de legislación aplicable, los permisos y su duración serían, al menos, los que el propio EBEP estableciera, la nueva regulación aquí impugnada regula por sí misma los supuestos de concesión de permisos a los funcionarios públicos y sus requisitos, efectos y duración ... En esta materia corresponde al Estado ... la determinación de los diferentes supuestos por los que pueden ser concedidos permisos o licencias a dicho personal del sector público, cualquiera que sea la Administración a la que pertenezcan ...". Ver asimismo sobre el tema STSJ Madrid, contencioso, de 17 de abril de 2015, rec. 1100/2013.

395. ¿Significa lo anterior que la legislación estatal agota el contenido de los permisos, hasta el punto de no permitir a las Comunidades Autónomas el ejercicio de sus competencias de desarrollo legislativo y de ejecución en esta materia?

No exactamente, ya que como señala la citada STC 156/2015, corresponde al Estado determinar los concretos y precisos supuestos que permiten a un funcionario público ser beneficiario de la concesión de un permiso, logrando así una mínima y fundamental homogeneidad en un aspecto sustancial del régimen funcional, de forma que la duración de tales permisos entra dentro de lo básico y corresponde al Estado su fijación; sin que ello impida a las Comunidades Autónomas el margen de actuación necesario para su desarrollo y ejecución, permitiendo la fijación de la forma y manera de su utilización (STSJ Canarias/Las Palmas de 24 de abril de 2018, rec. 332/2017).

396. ¿Se aplica igual criterio respecto de los permisos de conciliación del artículo 49 EBEP?

El citado Texto Refundido asigna a los permisos de conciliación de la vida familiar y laboral el carácter de "condiciones mínimas", mejorables, por tanto, por leyes de desarrollo estatal o autonómicas y por normas reglamentarias o por negociación colectiva.

397. Los permisos regulados en los artículos 48 y 49 EBEP son de aplicación al personal laboral al servicio de las Administraciones públicas?

Como ya hemos dicho en otro apartado el artículo 51 EBEP dispone que en materia de permisos del personal laboral “se estará a lo establecido en este capítulo y en la legislación laboral correspondiente”, sin establecer un criterio de aplicación preferente entre la legislación laboral y la administrativa. No obstante y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7 EBEP y en la Disposición adicional 22ª ET, en materia de permisos de nacimiento, adopción, del progenitor diferente de la madre biológica y lactancia, será de aplicación a dicho personal laboral de la Administración pública el EBEP y con relación al resto de los permisos será de aplicación la normativa que resulte más favorable en su conjunto (SSTS 26 de noviembre de 2010, rec. 41/2010 y 14 de junio de 2010, rec. 62/2009).

Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 2009, rec. 67/2008.

“Existe una regulación completa en el convenio ... y otra, también completa en el EBEP, de forma que la superposición simultánea de dos fuentes de derecho debe resolverse ex artículo 3.3 ET, en virtud del principio de norma más favorable apreciada en su conjunto y cómputo anual respecto de los conceptos cuantificables”; sin que quepa el uso de la técnica del espiguelo normativo, que consiste en romper la indivisibilidad interna del precepto (ley o convenio) anulando su equilibrio interno.

398. ¿Son de aplicación los permisos de los artículos 48 y 49 EBEP a los funcionarios en prácticas?

Es criterio administrativo que estos permisos solo podrán concederse a los funcionarios en prácticas en aquellos casos en los que atendiendo a la duración total del curso selectivo o periodo de prácticas, el órgano competente entienda que su concesión no desvirtúa el mencionado curso selectivo o periodo en prácticas, permitiendo la correcta consecución del objetivo que se persigue con ello (Resolución de la Dirección General de Función Pública de 8 de febrero de 2013 y artículo 72 del Decreto 315/1964, de 2 de febrero).

399. ¿Mantiene el EBEP la diferencia entre permisos, reducciones de jornada y suspensiones de contratos por motivos de conciliación, al igual que lo hace el ET?

No, ya que el EBEP se refiere genéricamente a los permisos, incluyendo dentro de los mismos a las reducciones de jornada (con y sin retribución) y a las suspensiones de contrato por nacimiento, adopción, guarda o acogimiento y a las que derivan del riesgo durante el embarazo y la lactancia natural.

400. ¿Es coincidente la regulación de permisos contenida en el EBEP y en el ET?

Como tendremos ocasión de ver el EBEP amplía en algunos casos la duración de los permisos y, en otros, regula con tal carácter situaciones no previstas por el ET. Así, a título de ejemplo, el EBEP regula los siguientes permisos no contenidos como tales en el ET:

- Permiso para atender el cuidado de un familiar de primer grado (artículo 48.i).
- Permisos por asuntos particulares (artículo 48.k).
- Permiso por el tiempo indispensable para el cumplimiento de deberes relacionados con la conciliación de la vida familiar y laboral (artículo 48.j).
- Permiso retribuido para las funcionarias en estado de gestación (Disposición adicional 16^a).

En otros casos la regulación del EBEP amplía o mejora los periodos que permiten la inasistencia al trabajo.

II. PERMISOS GENÉRICOS REGULADOS EN EL ARTÍCULO 48 EBEP QUE TIENEN RELACIÓN CON LA CONCILIACIÓN Y LA CORRESPONSABILIDAD

A. Permiso por fallecimiento, accidente o enfermedad grave de un familiar dentro del primer o segundo grado de consanguinidad o afinidad

401. Marco normativo:

- Artículo 48.a) EBEP.

402. ¿Contempla el EBEP este permiso para los supuestos de hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización, al igual que lo hace el artículo 37.3.b) ET?

El EBEP no establece como hecho determinante del permiso la mera hospitalización de forma que solo procederá su reconocimiento cuando, además de la hospitalización, concurre el requisito de accidente o enfermedad grave (STSJ Cataluña, contencioso, de 4 de diciembre de 2019, rec. 699/2019). En este sentido, en agosto de 2015, la Defensora del Pueblo hizo la recomendación de “incluir expresamente en el texto del artículo 48.a) del Estatuto Básico del Empleado Público el permiso por hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización de familiares y parientes que precise reposo domiciliario, con las precisiones que se estimen pertinentes, de manera favorable y acorde con la conciliación de la vida familiar y laboral”, sin que finalmente dicha recomendación se incorporara al texto legal.

Ejemplo práctico

Si se produce un ingreso hospitalario para sutura de una herida que precisa de varios puntos, tal ingreso no dará lugar a permiso alguno, al no concurrir el requisito de la gravedad (STSJ Cataluña, cont.-admtvo., de 5 de septiembre de 2013, rec. 387/2012).

403. ¿Qué se entiende a estos efectos por enfermedad grave?

Como ya hemos visto con relación al personal laboral, la enfermedad grave es un concepto jurídico indeterminado que ha de examinarse en cada caso concreto atendiendo a las circunstancias concurrentes. En este sentido el entonces Ministerio de Administraciones públicas respondió a una consulta sobre el concepto de enfermedad grave, en el año 2007, manteniendo que “la consideración de una enfermedad como grave o no, en tanto estamos ante un concepto jurídico indeterminado, requiere una ponderación por parte del centro gestor, a la vista de las circunstancias concurrentes”, añadiendo que “en todo caso, es requisito indispensable ... que exista una justificación documental suficiente, ya sea con carácter previo o con posterioridad, de tal modo que permita a la Administración efectuar un juicio razonado

acerca de la procedencia o no de la concesión del citado permiso. En este sentido no se considera justificación suficiente la mera referencia al internamiento hospitalario sin concretar el hecho causante del mismo”.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, cont.-admtvo., de 5 de julio de 2016, rec. 6/2016.

“Al tratarse de un concepto jurídico indeterminado las condiciones objetivas y subjetivas que concurren en el paciente: edad, estado físico, riesgo para la vida, etc. se han de valorar casuísticamente, caso por caso, y si no fuera posible ... debería aportarse una prueba fehaciente emitida por el facultativo que atiende al paciente”.

404. Cualquier intervención quirúrgica ¿justificaría el derecho al permiso?

Aunque determinadas intervenciones quirúrgicas, por su notoriedad, tienen la consideración de graves (STSJ Andalucía/Sevilla de 20 de diciembre de 2000, rec. 719/1998) con carácter general corresponde al solicitante del permiso acreditar la gravedad.

405. A título de ejemplo ¿podría reconocerse el permiso para un operación de cataratas de un familiar de primer o segundo grado?

El TSJ de Cataluña se ha decantado a favor del reconocimiento del permiso en estos supuestos, en sentencias, cont.-admtvo., de 5 de julio de 2016, rec. 6/2016 y 3 de abril de 2013, rec. 127/2012, si bien en otros casos se han mantenido criterios más restrictivos.

406. ¿Estaría justificado el permiso, en el caso de una intervención no grave, en base a las circunstancias concurrentes?

En algún caso concreto se ha entendido que una intervención quirúrgica no grave (por ejemplo, vegetaciones), puede justificar el permiso por las circunstancias del caso –intervención a un niño de 16 meses con anestesia general– (STSJ Cataluña de 23 de septiembre de 2002, rec. 2744/1997).

407. ¿Podría el personal funcionario que solicita permiso invocar el derecho a la intimidad de su familiar, para no aportar los datos de la enfermedad grave de que se trate?

En estos casos será siempre exigible la aportación de un informe o certificado médico que ponga de manifiesto la gravedad de la dolencia, aun cuando no se describa la misma en forma detallada, con la finalidad de no afectar al derecho a la intimidad.

Informe 2/2012 de la Agencia Española de Protección de Datos.

De acuerdo con el artículo 4.1 de la Ley Orgánica de Protección de Datos de carácter personal deberá acreditarse la circunstancia de la enfermedad grave de un familiar ante la Administración, mediante certificación del facultativo que trate al familiar del personal funcionario solicitante, debiendo limitarse la certificación a poner de manifiesto el carácter grave de la enfermedad padecida, sin que ello autorice al órgano de la Administración en la que el personal funcionario presta servicio a valorar la gravedad de la enfermedad, ni a conocer otros datos de salud distintos a la mera existencia de la situación de enfermedad grave.

408. ¿Cuántos días de permiso reconoce el EBEP para estos supuestos?

Cuando el permiso venga referido a un familiar de primer grado de consanguinidad o afinidad, la duración será de tres días, ampliable a cinco días hábiles, cuando sea en distinta localidad. Si el familiar es de segundo grado de consanguinidad o afinidad, el permiso será de dos días hábiles cuando se produzca en la misma localidad, y de cuatro días, también hábiles, si el hecho tiene lugar en distinta localidad.

409. Dado que el EBEP hace referencia a días hábiles ¿se computaría el sábado, aunque durante el mismo no exista obligación de prestar servicios?

Los días de permiso son hábiles, de forma que se excluyen los sábados, domingos y festivos, implantándose así el cómputo administrativo de los plazos frente al cómputo civil del artículo 5.1 del Código Civil. En contra del criterio mantenido por la Dirección General de Función

Pública de 26 de julio de 2013, dando respuesta a consulta planteada sobre el particular.

410. Cuando el EBEP se refiere a la misma localidad o a otra distinta ¿se está refiriendo al lugar de prestación de servicios o a la del lugar de residencia?

En estos casos el problema se suscita cuando no coincide el lugar de trabajo y el de residencia, existiendo algún pronunciamiento judicial concreto en el que se mantiene que la referencia debe hacerse al lugar de prestación de servicios, salvo que por norma legal o reglamentaria se dispusiera lo contrario (STSJ Castilla y León/Valladolid, cont.-admtvo., de 1 de octubre de 2014, rec. 1207/2013). Por el contrario la STSJ de Galicia, cont.-admtvo., de 19 de diciembre de 2018, rec. 338/2018, mantiene que la residencia a tomar en consideración no es la del término municipal del centro de trabajo donde cumple destino el funcionario, sino el de su residencia.

No obstante, la Dirección General de la Función Pública emitió respuesta a una consulta, en 12 de febrero de 2013, en la que se indica que de acuerdo con una interpretación finalista de la norma el artículo 48.1.a) del EBEP se refiere indistintamente a la localidad de destino y a la de residencia, procediendo únicamente la ampliación del permiso de tres a cinco días hábiles cuando el suceso se produce en una tercera localidad, distinta de la de residencia o trabajo habituales del funcionario.

RECUERDA

En aquellos casos en los que el personal funcionario preste servicios en localidad distinta de la de su residencia, el criterio administrativo es el de no reconocer el derecho al permiso cuando el familiar por el que se solicita el permiso tiene su residencia en el lugar de prestación de servicios o en la localidad propia del solicitante.

411. ¿Podría extenderse este derecho a las parejas de hecho por medio de normativa autonómica?

Algunos pronunciamientos judiciales han admitido que la extensión de estos permisos a las parejas de hecho, entra dentro de los límites fijados por el Tribunal Constitucional para el desarrollo y ejecución del régimen común de los permisos por parte de las Comunidades Autónomas a que se refieren las SSTC 920/2016, de 21 de enero y 156/2015, de 9 de julio (STSJ Murcia de 19 de octubre de 2015, rec. 506/2014 y Resolución de la Dirección General de Función Pública de 21 de septiembre de 2009).

Función Pública de 21 de septiembre de 2009.

“En conclusión, a juicio de este Centro Directivo la normativa en materia de permisos prevista en el EBEP debe entenderse aplicable a las parejas de hecho, al no estar condicionados estos permisos a la forma jurídica que revista la unión entre las dos personas, (si bien) de esta afirmación cabe excluir a la licencia por matrimonio ... ya que esta licencia sí está condicionada a la forma jurídica de la unión entre las dos personas ...”.

412. ¿Habría derecho al aumento de días de permiso si se trata de una localidad muy próxima o que forma parte de la misma área metropolitana?

Mayoritariamente se considera que la ampliación de los días de permiso se produce al margen de la distancia existente entre ambas localidades (STSJ País Vasco, contencioso, de 5 de febrero de 2009, rec. 247/2007), habiéndose admitido la procedencia de la ampliación en aquellos casos en que se trata de localidades diferentes que forman parte de la misma área metropolitana (SSTSJ Madrid, cont.-admtvo., de 5 de julio de 2012, rec. 251/2010 y 2 de marzo de 2012, rec. 102/2010).

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, cont.-admtvo., de 16 de abril de 2012.

“Cuando se trata de distinta localidad el permiso ha de ser de cinco días ... no deduciéndose del texto del precepto transcrito [artículo 48.a) EBEP] asimilación del término “localidad” al de área metropolitana, donde se engloban distintos municipios”.

413. En los supuestos de enfermedad grave de un familiar ¿existiría la posibilidad de disfrutar el permiso en fechas distintas de las inmediatamente posteriores al hecho causante?

Aunque con carácter general se viene entendiendo que el permiso ha de coincidir con la fecha del hecho causante, en algunos casos se ha admitido tal posibilidad siempre que sea precisa una asistencia al familiar en sus actividades cotidianas (STSJ Madrid, cont.-admtvo., de 7 de junio de 2019, rec. 760/2017).

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, cont.-admtvo., de 5 julio de 2016, rec. 6/2016.

“No es preciso que los días sean los inmediatamente posteriores a (aquel) en que se realizó la intervención quirúrgica, siempre que se soliciten en un plazo razonable y la causa guarde relación con la enfermedad grave así como que cumplan con la finalidad legal”.

414. ¿Se tendría derecho a los permisos del artículo 48.a) EBEP cuando se trate del cónyuge?

Aunque el matrimonio no genera parentesco se viene admitiendo de forma unánime el derecho al permiso en este supuesto.

415. ¿Podría pactarse mediante acuerdo colectivo el disfrute del permiso de forma discontinua?

Nada impide un pacto de esta naturaleza, sobre todo en aquellos casos en que resulte compatible con la naturaleza del puesto de trabajo y con las necesidades del servicio (STSJ Castilla-La Mancha, contencioso, de 16 de julio de 2017, rec. 190/2016).

416. Si el fallecimiento o la enfermedad grave del familiar se produce durante las vacaciones ¿se interrumpirían tales vacaciones por el tiempo que corresponde al permiso?

Ya hemos visto que si el hecho causante del permiso se produce durante un periodo no coincidente con el tiempo de trabajo, no habría derecho al disfrute posterior, y tratándose de una situación producida

durante las vacaciones el criterio habrá de ser el mismo (Resolución de la Dirección General de Función Pública de 11 de abril de 2013 en respuesta a consulta sobre dicho particular).

417. ¿Existiría la posibilidad de reconocer el permiso por enfermedad grave o fallecimiento de suegra/o a una funcionaria/o separada/o legalmente?

Sí procedería el reconocimiento ya que el vínculo de parentesco no se extingue por la separación matrimonial.

Consulta de la Dirección General de Función Pública en expediente C26/10.3, de 26 de junio de 2012.

“Salvo que se acredite que se incurre en un abuso de derecho, resulta procedente la concesión de un permiso por enfermedad grave o fallecimiento de su suegra a la funcionaria que se encuentra separada legalmente, toda vez que el vínculo de parentesco entre ambas no se ha visto afectado por la separación, al no haberse disuelto por esta el vínculo matrimonial”.

B. Permiso por el tiempo indispensable para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto por las funcionarias embarazadas y, en los casos de adopción o acogimiento, o guarda con fines de adopción, para la asistencia a las preceptivas sesiones de información y preparación y para la realización de los preceptivos informes de idoneidad

La redacción de este apartado del artículo 48 EBEP es coincidente con la que se contiene en el artículo 37.3.f) ET, por lo que nos remitimos en su integridad al análisis de estos permisos para el personal laboral en los términos que aparecen en el capítulo 2, apartados III y IV.

C. Permiso por lactancia de un hijo menor de doce meses

418. Normativa reguladora:

- Artículo 48.f) EBEP en la redacción dada por RDL 6/2019, de 1 de marzo.

419. ¿Resulta de aplicación el EBEP al personal laboral al servicio de las Administraciones públicas en lo que a este permiso se refiere?

Como venimos señalando, a partir del 8 de marzo de 2019 al personal laboral de las Administraciones públicas le es aplicable el EBEP en materia de permisos de nacimiento, adopción, del progenitor diferente de la madre biológica y lactancia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7, párrafo segundo EBEP y Disposición adicional 22ª ET, cuyas normas expresamente establecen la no aplicación del ET a dicho personal y en relación con los permisos referidos.

420. ¿En qué consiste este derecho para el personal al que resultan de aplicación las disposiciones del EBEP?

Se mantiene, como en la legislación precedente, el derecho a una hora de ausencia al trabajo que podrá dividirse en dos fracciones, debiendo entenderse que el tiempo de ausencia se produce una vez incorporado al trabajo y antes de finalizar la jornada.

421. ¿Podría reducirse el tiempo de ausencia o la acumulación de horas del permiso de lactancia por el hecho de venir disfrutando de una reducción de jornada?

No es posible dicha reducción, de forma que el personal a tiempo parcial mantiene el derecho al permiso con igual duración (STSJ País Vasco, contencioso, de 12 de junio de 2018, rec. 234/2018).

422. ¿Podría sustituirse el tiempo de ausencia por una reducción de la jornada de trabajo?

Este derecho podrá sustituirse por una reducción de la jornada normal en media hora al inicio y al final de la jornada, o en una hora al inicio o al final de la jornada con la misma finalidad.

RECUERDA

A diferencia de la regulación contenida en el ET conforme a la cual la sustitución de la hora de ausencia por una reducción de jornada es solamente de media hora, la regulación del EBEP es más favorable ya

que la sustitución es equivalente a una hora de reducción de jornada, admitiéndose el disfrute fraccionado en media hora al inicio o al final de jornada, o en una hora ininterrumpida al inicio o al final de dicha jornada.

423. ¿A quién corresponde la titularidad de este permiso?

Se trata de un derecho individual del personal funcionario, sin que pueda transferirse su ejercicio al otro progenitor, adoptante, guardador o acogedor [art. 48.f) párrafo segundo EBEP].

424. ¿Queda vinculado este permiso a la acreditación de que exista lactancia natural?

No es la lactancia, si no la atención al menor lo que justifica el permiso, de forma que su reconocimiento se produce al margen de que exista o no lactancia natural. Sobre el particular, ya la STJUE de 30 de septiembre de 2010, asunto C-104/09, estableció que el permiso de lactancia se ha desvinculado del amamantamiento natural.

425. ¿Queda condicionado el disfrute del permiso a que ambos progenitores, adoptantes u acogedores trabajen?

En absoluto, ya que se trata de un derecho individual e intransferible que puede ser disfrutado por ambos y por tanto con independencia de que el otro beneficiario trabaje o no.

426. ¿En qué supuestos se puede disfrutar del permiso por cuidado del lactante?

Quedan incluidos los casos de nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento.

427. ¿Puede solicitarse la sustitución del permiso de lactancia por un periodo retribuido que acumule en jornadas completas las horas de ausencia?

El EBEP contempla expresamente esta posibilidad, aunque no queda claro que se trate de un derecho incondicionado del personal funcio-

nario ya que la norma se limita a señalar que “se podrá solicitar” y no utiliza la expresión de que este personal “tendrá derecho” a la sustitución referida. En cualquier caso se trata de una regulación más favorable que la contenida en el artículo 37.3.f) ET, ya que en esta última norma la acumulación debe llevarse a cabo “en los términos previstos en la negociación colectiva o en el acuerdo a que se llegue con la empresa ...”.

428. ¿Puede la Administración oponerse a la acumulación en jornadas completas invocando razones organizativas y en base a criterios inciertos?

No puede hacerlo y así lo ha entendido la STSJ Madrid, contencioso, de 9 de febrero de 2018, rec. 590/2019, en la que se establece que las facultades de autoorganización de la administración no le permiten introducir exigencias para el reconocimiento del permiso, que no están previstas legalmente.

429. Cuando se opte por la acumulación del permiso ¿en qué momento podrá disfrutarse?

Conforme previene expresamente el EBEP el permiso solo podrá disfrutarse a partir de la finalización del permiso por nacimiento, adopción, guarda o acogimiento o del disfrute del permiso que corresponde al progenitor diferente de la madre biológica, o que desde el nacimiento haya transcurrido un tiempo equivalente al de dichos permisos.

Ejemplo práctico

En el supuesto de que la acumulación del permiso de lactancia la solicite el otro progenitor distinto de la madre biológica, el permiso de lactancia acumulado solo puede comenzar a disfrutarlo a partir del momento en que finalice el permiso por nacimiento y cuidado del menor (paternidad), y en el caso de que dicho permiso no lo haya solicitado, dado el carácter voluntario del mismo, tendrá que haber transcurrido el tiempo de dicho permiso, aun sin disfrutarlo, para que comience el de acumulación del periodo de lactancia.

430. Cuando se sustituya el periodo de lactancia por un permiso retribuido acumulado en jornadas completas, ¿cómo procede llevar a cabo la acumulación?

Como señala la STSJ Navarra, cont.-admtvo., de 11 de junio de 2019, rec. 355/2018, procede computar los días hábiles que existan hasta que el menor cumpla doce meses y las horas resultantes dividir las por la jornada ordinaria, y el resultado serán los días hábiles que corresponde disfrutar.

431. ¿Qué duración tiene el permiso por cuidado del lactante?

Hasta que la persona causante del derecho cumpla doce meses, existiendo también aquí una diferencia importante respecto de la regulación en el ET, ya que en esta última norma legal la duración es con carácter general de nueve meses, y solo excepcionalmente puede tener la duración de doce meses, sin derecho a retribución por parte de la empresa.

432. ¿Cuál será la duración del permiso de lactancia acumulado en jornadas completas cuando está prevista la finalización del contrato por obra o servicio antes de que el menor cumpla el año de edad?

En este caso se entiende que la duración del permiso de lactancia acumulado será proporcional a la duración del contrato y, en todo caso, dentro del plazo que reste hasta que el menor cumpla doce meses, salvo que el contrato pudiera ser objeto de prórroga.

Consulta de la Dirección General de Función Pública en expediente C26/10.1, de 27 de marzo de 2012.

“En conclusión, la contratada tendrá derecho a un permiso de lactancia que, en el caso de disfrutarse acumulado en jornadas completas, sería proporcional a la duración del contrato y, en todo caso, dentro del plazo que reste hasta que el menor cumpla doce meses y antes de que se extinga por el transcurso del tiempo por el que se suscribió. Si el contrato pudiera prorrogarse legalmente debería concederse el permiso acumulado en su totalidad, sin perjuicio de que al finalizar el contrato de trabajo se liquidara y regularizada su situación, en su caso, si la trabajadora finalmente no prestara servicios hasta que el menor cumpliera el año de edad”.

433. ¿Quién viene obligado a abonar la retribución del permiso de lactancia durante toda su duración?

La retribución corre a cargo de la Administración de que se trate, sin que el personal funcionario al servicio de la Administración pública pueda acceder a la prestación por cuidado del lactante regulado en el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

Artículo 184.3 Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

“Las previsiones contenidas en este capítulo no serán aplicables a los funcionarios públicos, que se regirán por lo establecido en el artículo 48.f) del Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público y en la normativa que lo desarrolle”.

434. ¿En qué casos procede el incremento de este permiso?

El permiso se incrementa proporcionalmente en los casos de parto, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento múltiple.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León/Valladolid, cont.-admtvo., de 21 de julio de 2016, rec. 333/2016.

Aun cuando el artículo 48.f) no dice que ha de entenderse por aumento proporcional del permiso en los supuestos de parto múltiple, una interpretación lógica y finalista de la norma conduce a entender que en los supuestos de acumulación el número de días de disfrute ha de ser el doble, sin que resulten de aplicación los criterios legales establecidos para el incremento de los días de permiso de nacimiento por parto múltiple.

435. Resoluciones judiciales de la Sala de lo Contencioso Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia recaídas en relación con el permiso de lactancia.

- STSJ Madrid de 31 de julio de 2019, rec. 577/2018.

Cuando el periodo de vacaciones previamente fijado, cuyo disfrute no se haya iniciado, coincide, entre otros, con el permiso acumulado por lactancia, se podrá disfrutar el periodo vacacional en fechas distintas, y si no se pudieran disfrutar las vacaciones por cese en el servicio, pro-

cederá su compensación económica (en igual sentido SSTSJ Madrid de 25 de julio de 2019 y 19 de julio de 2019, procedimientos 660/2018 y 846/2019; o Galicia de 25 de noviembre de 2015, rec. 57/2015).

- STSJ Aragón de 9 de mayo de 2019, rec. 62/2017.

La concreción horaria y la determinación del periodo de disfrute del permiso de lactancia corresponderá a la persona trabajadora dentro de su jornada ordinaria.

- STSJ Madrid de 14 de marzo de 2019, rec. 743/2018.

Se considerará que existe justificación suficiente para no ser excluido de las listas de aspirantes el hecho de concurrir, entre otras causas, la licencia por acumulación del permiso de lactancia.

- STSJ Comunidad Valenciana de 26 de diciembre de 2018, rec. 498/2016.

El permiso de lactancia constituye un derecho individual, con independencia del sexo y no ligado a la lactancia natural, si no al nacimiento de un hijo (en igual sentido SSTSJ Andalucía/Sevilla de 9 de noviembre de 2015, rec. 108/2012 y Murcia de 23 de enero de 2015, rec. 273/2013).

- STSJ Canarias/Tenerife de 19 de noviembre de 2018, rec. 100/2018.

Si la trabajadora, personal estatutario, finalizada su nombramiento antes de que su hijo cumpliera 12 meses, el derecho a la acumulación del permiso ha de ser proporcional al tiempo que reste de su nombramiento.

- STSJ Canarias/Las Palmas de 25 de mayo de 2018, rec. 531/2016.

No procede reducir la asignación por residencia durante el disfrute del permiso de lactancia (en el mismo sentido SSTSJ Madrid de 21 de septiembre de 2017, rec. 393/2016 y Canarias/Tenerife de 22 de marzo de 2016, rec. 64/2015).

- STSJ Madrid de 9 de febrero de 2018, rec. 590/2017.

La denegación de la acumulación de horas de lactancia de menor de 12 meses, por falta de cumplimiento de los requisitos establecidos en una instrucción interna, carece de cobertura legal.

- STSJ Andalucía/Sevilla de 8 de abril de 2016, rec. 32/2015.

Cuando el padre solicita el permiso de lactancia tardíamente, esos días se pierden, ya que no puede extenderse el permiso más allá de la edad de 12 meses del menor (en igual sentido STSJ Cataluña de 16 de septiembre de 2015, rec. 97/2015).

- STSJ Castilla-La Mancha de 28 de julio de 2014, rec. 291/2013.

El permiso de lactancia se configura como un tiempo de la jornada laboral en la que se autoriza la ausencia del funcionario, con el fin de poder atender al hijo menor en los primeros meses de su vida.

D. Permiso por nacimiento de hijas o hijos prematuros o que por cualquier otra causa deban permanecer en situación de hospitalización

436. Marco normativo:

- Artículo 48.g) EBEP conforme al cual existe derecho al permiso por nacimiento de hijos prematuros o que por cualquier otra causa deban permanecer hospitalizados a continuación del parto.

437. ¿Quién mantiene la titularidad de este permiso?

Se trata de un permiso que puede ser ejercitado indistintamente por funcionarias o funcionarios e igualmente por personal laboral al servicio de las Administraciones públicas.

438. ¿En qué momento puede hacer uso de este permiso la madre biológica?

Una vez que transcurran las seis semanas posteriores inmediatamente al parto, dada la obligatoriedad del disfrute del permiso por nacimiento.

439. ¿Procedería la misma respuesta si pretendiera acogerse a esta medida el otro progenitor no biológico?

Tratándose de personal funcionario la respuesta debería ser la misma. Sin embargo con relación al personal laboral el artículo 48.4 EBEP dispone que el periodo de suspensión podrá comenzar a computar a partir del alta hospitalaria, si bien es discutible que dicho precepto legal pueda ser de aplicación al personal laboral al servicio de las Administraciones públicas, en base a lo dispuesto en el artículo 7 del EBEP, ya que en tal caso se estarían aplicando dos regulaciones diferentes para un mismo derecho.

440. ¿Cuál es el hecho causante para la concesión del permiso?

Procederá el permiso referido en los siguientes supuestos:

- Hospitalización del recién nacido, con independencia de que el parto haya tenido lugar en el centro hospitalario o fuera de él.
- Aun cuando la norma se refiere a la hospitalización tras el parto, habrá de entenderse que también procede cuando producida el alta hospitalaria se lleva a cabo un posterior reingreso en el centro sanitario, existiendo un corto periodo de tiempo entre el alta inicial y el reingreso.
- Es indiferente la causa por la que el neonato permanezca hospitalizado a causa del parto, teniéndose derecho al permiso aunque la hospitalización sea ajena a su estado de salud y venga referida al de la madre.

RECUERDA

Procederá ejercer el derecho al permiso aunque el nacimiento tenga lugar fuera del centro hospitalario, siempre que el ingreso se lleve a efecto poco tiempo después y por tanto no quede rota la relación con el parto.

441. ¿Procede este permiso en los supuestos de adopción, guarda o acogimiento?

La regulación legal solo contempla la filiación natural, siendo indiferente el estado civil de los progenitores.

442. ¿Cuál es la duración de la ausencia al trabajo en este tipo de permiso?

La ausencia al trabajo es de dos horas diarias, con lo cual se duplica la duración del permiso que para estos supuestos se contiene en el ET, resultando indiferente cual sea la jornada de trabajo de los progenitores.

RECUERDA

En el supuesto de prestación de servicios a tiempo parcial, la ausencia al trabajo es igualmente de dos horas diarias, por lo que no se reduce proporcionalmente en función de la jornada.

443. ¿Cómo se retribuyen las horas de ausencia del personal funcionario que haga uso de estos permisos?

La retribución ha de ser íntegra, por lo que deberá incluir cualquier tipo de incentivos o retribución variable.

444. ¿Podrían fraccionarse las dos horas de ausencia al trabajo?

Aun cuando nada establece el artículo 48.g) EBEP, entendemos que las dos horas pueden ser objeto de fraccionamiento, posibilitando demorar la entrada al trabajo o anticipar la hora de salida.

445. ¿A quién corresponde la fijación del horario para adecuarlo a las dos horas de ausencia del permiso?

Corresponde al funcionario o funcionaria que ejerza el derecho al permiso, dentro de su jornada habitual, aunque no se trata de un derecho absoluto, de forma que en el supuesto de discrepancia corresponderá adoptar la decisión al Juzgado de lo Contencioso Administrativo, salvo que se trate de personal laboral, pudiéndose solicitar la adopción de medidas cautelares.

Ejemplo práctico

Si un funcionario solicita las dos horas de ausencia al trabajo con motivo de permanecer hospitalizada una hija recién nacida, corresponderá al propio funcionario plantear los términos de adecuación de su jornada, pero siempre dentro del horario habitual que mantenga, de manera que si su jornada es de mañanas, no podrá optar por un cambio de jornada para trabajar por las tardes.

446. Junto a las dos horas de ausencia ¿cabe también la posibilidad de reducción de jornada?

Es posible llevar a cabo la reducción hasta un máximo de dos horas, si bien dicha reducción se producirá con la disminución proporcional de sus retribuciones, salvo que exista mejora pactada en cualquier instrumento de negociación colectiva.

447. La ausencia de las dos horas y la reducción de la jornada hasta un máximo de otras dos horas ¿son acumulables en la misma persona?

Sí son acumulables y además tal acumulación es ajena a la jornada de trabajo que se mantenga, de forma que diariamente la persona que haga uso de este permiso podría disponer de un total de cuatro horas, de las que dos no tendrían carácter retribuido.

E. Reducción de jornada por cuidado directo de algún menor de 12 años, de persona mayor que requiera especial dedicación o de persona discapacitada que no realice actividad retribuida y también para atender a un familiar que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo y no desempeñe actividad retribuida

448. Marco normativo:

- Artículo 48.h) EBEP.

449. ¿Cuál es la naturaleza jurídica de este permiso?

Aun cuando el EBEP lo configura como uno de los permisos de los que dispone el personal funcionario, en realidad se trata de una reducción de jornada, sin derecho a retribución, por lo que no procede atribuirle la condición de permiso retribuido, pese a su ubicación como parte integrante del artículo 48 EBEP, que genéricamente regula los permisos de los funcionarios públicos.

450. ¿Cuáles son los presupuestos de hecho que dan lugar a la reducción de jornada por razones de guarda legal?

El párrafo primero del artículo 48.h) EBEP regula las reducciones de jornada por guarda legal, estableciendo que se tendrá derecho a la reducción por el cuidado directo de:

- Menores de 12 años.
- Personas mayores que requieran especial dedicación.
- Personas con discapacidad que no desempeñen actividad retribuida.

En todos estos casos será necesario que concurra el requisito de tener a cargo la guarda legal.

451. Si la persona discapacitada no trabaja por ser pensionista de Seguridad Social, teniendo ingresos propios suficientes ¿podría solicitarse la reducción de jornada para atender a su cuidado directo?

No existiría impedimento legal alguno, ya que la norma no pone el acento en la falta de ingresos si no en el hecho de que no desempeñe una actividad retribuida.

RECUERDA

Si una persona discapacitada cuenta con recursos suficientes para sufragar los gastos que conlleva su atención, tal circunstancia no impediría que pudiera solicitarse la reducción de jornada, siempre que la persona en cuestión no realizara una actividad retribuida, lo cual resulta bastante criticable ya que atenta contra el derecho a la reinserción social y laboral de las personas discapacitadas.

452. ¿Qué otras situaciones contempla el artículo 48.h) EBEP para posibilitar una reducción de jornada?

Con independencia de los supuestos anteriores, también podrá solicitarse la reducción de jornada cuando el funcionario o la funcionaria precisa encargarse del cuidado directo de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no puedan valerse por sí mismos y siempre que no desempeñen una actividad retribuida [artículo 48.h) párrafo segundo EBEP].

453. Dado que entre los supuestos antes citados se encuentra el cuidado de un familiar que por razones de edad no pueda valerse por sí mismo ¿podría tener cabida la reducción de jornada para atender a un hijo mayor de 12 años y menor de 18?

El criterio mayoritario de los tribunales, por cierto bastante discutible, es que la edad a la que se refiere la norma es la “edad avanzada” y, en consecuencia, no se admite la reducción para atender al cuidado de un hijo con edad comprendida entre los doce y los dieciocho años, criterio que se mantiene tanto en el ámbito laboral interpretando el artículo 37.6 párrafo segundo (SSTSJ Castilla-La Mancha de 18 de mayo de 2006, rec. 324/2005; 25 de septiembre de 2006, rec. 721/2005 y 28 de diciembre de 2006, rec. 1176/2005) como en la jurisdicción contencioso administrativa (SSTS 4 de mayo de 2018, rec. 133/2017; 18 de junio de 2018, rec. 218/2017 y 2 de octubre de 2017, rec. 186/2017).

RECUERDA

Si se solicita una reducción de jornada para cuidado de un hijo que tiene 13 años de edad, resultará que tal petición no será atendida ya que, por una parte, supera los 12 años que permiten la reducción, y por otra, según el criterio expuesto, las razones de edad contenidas en el ET y en el EBEP vienen referidas a las personas de edad avanzada, por lo que en esta situación solo cabría acudir a una excedencia voluntaria, con los riesgos que ello conlleva respecto de la reincorporación posterior al trabajo.

454. Teniendo en cuenta que la norma legal condiciona el derecho a que el familiar no desempeñe “actividad retribuida alguna” ¿podría reconocerse el permiso si el familiar no trabaja por hallarse en situación de incapacidad temporal?

Parece que no es esta la voluntad del legislador, y por tanto habrá que entender que si el familiar se encuentra de baja médica, tal situación es equivalente a la de realizar actividad retribuida, ya que durante la situación de IT percibirá las correspondientes prestaciones de la Seguridad Social.

455. Una vez extinguida la causa que justifica la reducción de jornada ¿podría la Administración demorar la reincorporación a jornada completa invocando razones organizativas?

No podría hacerlo, aunque persistieran las causas que dieron lugar a la reducción de jornada, ya que se trata de un derecho de ejercicio individual por parte del personal funcionario al que se puede poner fin en cualquier momento (STS, contencioso, de 21 de diciembre de 2007, rec. 149/2004).

456. En definitiva ¿qué requisitos han de concurrir en el familiar para que proceda la reducción de jornada?

- Que el familiar esté al cuidado directo del personal funcionario solicitante de la reducción.
- Que se trate de un familiar incluido dentro del segundo grado de consanguinidad o afinidad.
- Que el familiar no pueda valerse por sí mismo.
- Que la situación responda a razones de edad avanzada, enfermedad o accidente.
- Que no desempeñe una actividad retribuida.

457. ¿La reducción de jornada ha de respetar algún límite temporal?

No, ya que a diferencia de lo que sucede en el ET, en el que la reducción ha de estar comprendida entre un octavo y la mitad de la jornada, el

EBEP no establece límite alguno y, por tanto, la reducción será la que se solicite.

RECUERDA

Un funcionario podría solicitar sin ningún problema una reducción de jornada del 60 por 100 de la misma, mientras que si se trata de un trabajador al servicio de una empresa privada no sería posible alcanzar ese porcentaje ya que tendría como límite el 50 por 100 de la jornada.

458. ¿Procede reconocer la reducción de jornada cuando se trate de personal estatutario contratado a tiempo parcial?

No debe existir impedimento legal alguno, ya que el EBEP no hace referencia a la jornada establecida con carácter general sino a la jornada de trabajo del personal al servicio de la Administración (STSJ Navarra de 26 de julio de 2009, rec. 183/2019).

459. Aun cuando la reducción de jornada se produce con disminución de retribuciones ¿podría existir algún concepto retributivo que no viera afectado por la reducción?

Los tribunales han venido entendiendo que los complementos que retribuyen la prestación de servicio en zonas catalogadas como conflictivas, no deben verse afectados por la reducción de jornada (SSTSJ de Madrid, cont.-admtvo., de 30 de abril de 2018, rec. 144/2017 y 20 de mayo de 2010, rec. 1532/2007). También se ha reconocido el derecho a seguir percibiendo la indemnización por residencia (SSTSJ Madrid, contencioso, de 7 de febrero de 2020, rec. 169/2019 y 17 de octubre de 2019, rec. 692/2018).

460. Dado que la reducción de jornada se produce con disminución de retribuciones ¿existen prestaciones sustitutivas de la pérdida de ingresos en el ámbito de la Seguridad Social?

No existen prestaciones que compensen la pérdida de retribuciones, si bien entendemos que cabe la posibilidad de establecer alguna compensación por medio de los instrumentos de la negociación colectiva.

461. ¿Tendría repercusión la disminución de ingresos en las prestaciones de Seguridad Social a las que, en su día, pudiera accederse?

Sí tendría repercusión, ya que la cotización en el Régimen General de la Seguridad Social se lleva a cabo por el salario que realmente se perciba, por lo que durante la reducción de jornada la base reguladora de las prestaciones que hubieran de tener en cuenta el periodo de reducción sería sensiblemente inferior. No obstante lo anterior, el artículo 237.3 TRLGSS dispone que las cotizaciones realizadas durante los dos primeros años de reducción de jornada por cuidado de menor, se computarán incrementadas al 100 por 100 de la cuantía que hubiera correspondido, y aunque dicho precepto legal hace referencia exclusivamente al artículo 37.6 ET, entendemos que deberá ser aplicable también a los supuestos de reducción por cuidado de menor del artículo 48.h) EBEP.

462. La reducción de jornada, ¿supone convertir la relación funcional o laboral en una relación a tiempo parcial?

En absoluto, ya que como reiteradamente vienen estableciendo nuestros tribunales la reducción de jornada por motivos de conciliación no transforma una relación a tiempo completo en otra a tiempo parcial (SSTS 7 de noviembre de 2011, rec. 144/2011 y 14 de mayo de 2007, rec. 85/2006).

F. Reducción de jornada para atender el cuidado de un familiar de primer grado, por razones de enfermedad muy grave y por el plazo máximo de un mes

463. Marco normativo

Este derecho se incluyó en el plan integral para la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en la Administración (Plan Concilia), aprobado por Orden APU/3902/2005, de 15 de diciembre, pasando posteriormente al EBEP/2007, y recogándose en la actualidad en el artículo 48.i) del EBEP vigente.

464. ¿Existe algún permiso en el ET equiparable al reconocido en el artículo 48.i) EBEP?

No, ya que se trata de un permiso novedoso que mejora el régimen de permisos por motivos de conciliación y corresponsabilidad del sector privado.

465. ¿Quiénes generan el derecho a este permiso?

Solo los familiares consanguíneos de primer grado, si bien procederá también incluir a cónyuge y a la pareja de hecho como sujetos causantes del derecho, y ello aunque no se trate propiamente de familiares, ya que existe la obligación de asistencia y socorro mutuo en los supuestos de enfermedad grave (artículo 68 Código Civil).

RECUERDA

La norma no incluye a los parientes con vínculo de afinidad, ni tampoco a los consanguíneos que no estén incluidos en el primer grado.

466. ¿En qué casos procede el reconocimiento del derecho a este permiso?

Solo en los supuestos de enfermedad muy grave, tratándose de un concepto jurídico indeterminado que exigirá su análisis caso por caso, si bien, como ya hemos visto en otro apartado, corresponderá a los facultativos que atiendan al familiar certificar el estado de gravedad, sin que la Administración pueda exigir detalles sobre la enfermedad que pudieran atentar contra su derecho a la intimidad.

Consulta de la Dirección General de Función Pública de 28 de marzo de 2018 sobre el concepto de enfermedad muy grave.

“El concepto de ‘enfermedad muy grave’ puede ser calificado como concepto jurídico indeterminado, necesitado por ello de una ulterior concreción atendiendo a los informes médicos presentados, circunstancias concurrentes y demás documentación presentada por el interesado. Así, ha de ser dicha Unidad la que, atendiendo a dichas circunstancias e información suministrada, resuelva sobre la concesión o denegación de dicho permiso. De este modo, deben valorarse las circunstancias objetivas y subjetivas que concurren en cada caso, como la edad, el estado físico del paciente o el riesgo para su vida, entre otras, para considerar una enfermedad como muy grave o no”.

467. Aun cuando la norma solo se refiere a la enfermedad ¿estaría justificada la solicitud del permiso en los casos de accidente?

Entendemos que sí, ya que lo determinante es el estado de salud del familiar consanguíneo de primer grado, con independencia de que su situación derive de una enfermedad, de un accidente o de una intervención quirúrgica.

468. ¿En qué consiste el permiso a que venimos haciendo referencia?

En una reducción de hasta el 50 por 100 de la jornada sin pérdida de retribución y durante el periodo máximo de un mes, salvo que antes se produzca el alta médica o el fallecimiento del familiar.

469. ¿El derecho a la reducción de jornada se produce de forma automática por el hecho de la solicitud del permiso?

No, ya que la norma lo que reconoce es el derecho a solicitar la reducción de jornada, sin que esté garantizado su disfrute, aunque la Administración en el caso de denegación deberá motivar debidamente su decisión.

Consulta de la Dirección General de Función Pública en expediente C23/10.6

“Para determinar la reducción de jornada es necesario tener en cuenta que han de primar siempre los intereses generales frente a los particulares, y por ende, ha de tener preferencia la continuidad y garantía en la prestación efectiva del servicio público frente a una reducción de jornada que pueda suponer un detrimento o perjuicio de los intereses generales y de los derechos de los ciudadanos. Por tanto, el órgano competente, de acuerdo con las necesidades del servicio, llevará a cabo la determinación de la correspondiente reducción de jornada, dejando salvaguardado el interés general encomendado y la prestación del servicio público”.

470. ¿Pueden solicitar la reducción de jornada varios familiares en primer grado de consanguinidad?

Sí, pero en este caso el tiempo de disfrute de la reducción habrá de prorratearse entre el personal funcionario que tuviera derecho al per-

miso, sin que la duración conjunta pueda superar el periodo de un mes [artículo 48.i) párrafo segundo EBEP].

471. ¿Cabría la posibilidad de acumular en jornadas completas la reducción de jornada, al igual que sucede con el permiso de lactancia?

Tal situación no está prevista legalmente, siendo el criterio de la Administración el de que no procede tal acumulación, sin perjuicio de que pueda ser posible alcanzar acuerdos colectivos sobre dicho particular. De hecho, en alguna Administración pública se han alcanzado acuerdos de acumulación en jornadas completas con una duración máxima de quince días naturales.

Consulta de la Dirección General de Función Pública en expediente C23/10.6

“En cuanto a la posibilidad de acumular el permiso en jornadas completas, hay que indicar que el permiso para atender el cuidado de un familiar en primer grado por razón de enfermedad muy grave consiste en un reducción de jornada de hasta un cincuenta por ciento por lo que no cabe acumularlo en jornadas completas al no estar previsto dicha posibilidad de modo expreso en la norma”.

472. ¿Podría fraccionarse el disfrute de este permiso?

No está previsto legalmente su fraccionamiento, aunque sí podría disfrutarse por un periodo inferior al mes.

473. ¿Podría solicitarse más de un permiso por un mismo causante?

Con carácter general se viene entendiendo que procede la concesión del permiso una sola vez por proceso patológico y por sujeto causante, pero si se trata de un nuevo proceso, aunque pudiera ser por la misma enfermedad, procedería la concesión de nuevo permiso.

474. ¿Cabría incrementar por acuerdo o convenio la duración máxima de este permiso?

Entendemos que no, al menos tras la entrada en vigor del RDL 20/2012, de 13 de julio, y de conformidad con la doctrina contenida en la STC 156/2015, de 9 de julio. En este sentido la STSJ de Canarias/

Tenerife, de 13 de febrero de 2015, rec. 1/2014, anula un acuerdo que había ampliado a dos meses el derecho a la reducción de jornada por enfermedad muy grave de familiar consanguíneo en primer grado.

G. Permiso por el tiempo indispensable para el cumplimiento de deberes relacionados con la conciliación de la vida personal, familiar y laboral

475. Marco normativo:

- Artículo 48.j) EBEP.
- Artículo 14.j) EBEP.

476. ¿Cuál es el origen de este permiso?

Se trata de una previsión contenida en el Plan Concilia, que posteriormente se incorporó al EBEP/2007, pasando posteriormente al Estatuto Básico vigente, si bien en su inicio era un permiso dirigido a las familias monoparentales, aunque el EBEP lo regula sin ninguna limitación y con bastante imprecisión.

477. ¿Existe algún permiso similar o equivalente en el ámbito de las relaciones privadas?

No, ya que se trata de un permiso específico de aplicación exclusiva en el ámbito del sector público.

478. ¿En qué supuestos podría solicitarse este permiso?

Ante la falta de concreción en cuanto a su regulación se refiere, se viene entendiendo que este permiso podría solicitarse para dar cobertura a necesidades urgentes planteadas por los familiares próximos al personal funcionario, que no puedan ser atendidas mediante la utilización de otros permisos regulados en el EBEP.

RECUERDA

Si se trata de atender a un familiar que ha sufrido una grave enfermedad lo procedente sería acudir al permiso regulado en el artículo 48.a)

EBEP, por el contrario si no se trata de una enfermedad grave podría acogerse a este permiso.

479. ¿Qué situaciones de hecho vienen teniendo cobertura con este permiso?

En general se estima que puede ser utilizado para asuntos relativos al acompañamiento de hijos menores al médico, la asistencia en el propio domicilio de menores enfermos que no pueden ser atendidos por otras personas, acudir a las citaciones de los profesores o tutores y referidas a hijos menores, etc.

A título de ejemplo se pronuncia a favor del reconocimiento del derecho al permiso:

- STSJ Madrid, cont.-admtvo., de 18 de octubre de 2018, rec. 1008/2016, para llevar un hijo a urgencias.
- STSJ Comunidad Valenciana, cont.-admtvo., de 16 de noviembre de 2016, rec. 284/2013, para cubrir una necesidad de atención, asistencia y cuidado domiciliarios de una hija enferma de 23 meses de edad.

480. ¿Podría solicitarse este permiso para asistir al enlace matrimonial de familiares?

La Dirección General de la Función Pública entiende, con un carácter netamente restrictivo, que para la concesión del permiso debe tratarse de una actuación inexcusable, entendiéndose por tal aquella obligación que incumbe a una persona y cuyo incumplimiento le generaría una responsabilidad de índole civil, penal o administrativa. Partiendo de tales presupuestos y tomando en consideración que ha de tratarse de actividades inexcusables vinculadas al entorno familiar del titular del derecho, la conclusión es que en estos casos no procede reconocer el permiso.

Consulta de la Dirección General de Función Pública en expediente C23/10.5

Sin perjuicio de la competencia del órgano gestor para la apreciación de las circunstancias concurrentes, el criterio de este centro directivo es que el

supuesto de hecho planteado (asistir a la boda de un hijo) no responde al hecho causante del permiso para el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público o personal y por deberes relacionados con la conciliación de la vida familiar y laboral.

481. ¿Podría utilizarse este permiso para compaginar el horario de trabajo con el del cónyuge, y así poder tener atendidos a los hijos por la pareja?

No parece que sea esta la finalidad del permiso, ya que normalmente se reconoce el derecho para cubrir una situación de aparición inesperada, mientras que en este caso se trataría de una situación de carácter permanente.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias/Las Palmas, cont.-admtvo., de 12 de septiembre de 2017, rec. 402/2015.

Lo que se persigue con las licencias interesadas es adaptar su horario a la jornada laboral de su marido, con el argumento de no desatender a sus hijos menores de edad, lo cual no debe ser considerado como un deber inexcusable en el sentido establecido por el artículo 48.j) EBEP (en igual sentido STSJ Canarias/Las Palmas, cont.-admtvo., de 5 de febrero de 2016, rec. 222/2015).

482. ¿Cuál sería la duración de este permiso?

La norma no establece una duración máxima o mínima, limitándose a señalar que el permiso es por el tiempo indispensable para atender los deberes derivados de la conciliación de la vida personal, laboral y familiar.

483. ¿Qué requisitos formales han de cumplir los solicitantes de este permiso retribuido?

Comunicación previa y justificación posterior, si bien habrá de entenderse que cuando los hechos que dan lugar a la solicitud han aparecido de forma súbita, la obligación de comunicación previa se sustituye por la puesta en conocimiento de la Administración de los hechos acaecidos, tan pronto como ello sea posible. En cualquier caso la justificación posterior se hace imprescindible.

484. ¿Se puede atender con este permiso necesidades permanentes, habituales y ordinarias del entorno familiar?

No es esta la finalidad del permiso, ya que como venimos manteniendo su utilización se vincula a la cobertura de situaciones puntuales e imprevisibles.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias/Las Palmas, cont.-admtvo., de 1 de octubre de 2015, rec. 174/2015.

“Lo que se pide es, en realidad, que bajo un supuesto de permiso por deberes que pueden surgir en el acontecer diario y que se deben cumplir, se ampare lo que es un permiso por una situación habitual, ordinaria y previsible como es el cuidado de los hijos, situación que ... afrontan diariamente las unidades familiares, sean de uno o de dos miembros y trabajen en el sector público o privado sus componentes”.

485. ¿A quién corresponde acreditar la concurrencia de los hechos que dan lugar a la solicitud del permiso?

Al personal funcionario solicitante del mismo, de manera que la no acreditación de los hechos motivará, en su caso, una falta injustificada de asistencia al trabajo, que dará lugar a la oportuna deducción de haberes, sin perjuicio de otras responsabilidades en las que se pudiera haber incurrido (STSJ Andalucía/Sevilla, cont.-admtvo., de 11 de febrero de 2013, rec. 608/2010).

H. Permiso por asuntos particulares

486. Marco normativo:

- Artículo 48.k) EBEP.
- Disposición adicional 13ª EBEP.
- Disposición adicional 2ª RDL 10/2015, de 11 de septiembre.
- Resolución de 28 de enero de 2019, de la Secretaría de Estado de Función Pública, por la que se dictan instrucciones sobre jornada y horarios de trabajo del personal al servicio de la Administración General del Estado.

487. ¿Son términos equivalentes los permisos por asuntos particulares y las licencias por asuntos propios?

Los permisos se regulan en el EBEP y tienen carácter retribuido, mientras que la licencias por asuntos propios se contienen en el artículo 73 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 7 de febrero de 1964, cuyo precepto sigue vigente conforme a lo dispuesto en la Disposición derogatoria única.a) del EBEP. Estas licencias no son retribuidas y su duración acumulada no puede exceder de tres meses en dos años.

Consulta de la Dirección General de Función Pública de 5 de septiembre de 2014.

Durante la licencia por asuntos propios, si bien el funcionario se mantiene en servicio activo, no realiza prestación efectiva alguna y por tanto se pueden reducir proporcionalmente los días de vacaciones que corresponden a cada funcionario.

488. ¿Cuál es la duración de los permisos por asuntos particulares?

A lo largo de cada año los funcionarios y funcionarias tendrán derecho a disfrutar seis días de permiso por asuntos particulares.

489. ¿Cabe la posibilidad de ampliar el número de días por asuntos particulares?

La Disposición adicional 13ª EBEP establece que las Administraciones públicas podrán establecer hasta dos días adicionales de permiso por asuntos particulares al cumplir el sexto trienio, incrementándose, como máximo, en un día adicional por cada trienio cumplido a partir del octavo.

490. ¿Es de aplicación directa y automática la ampliación del número de días por antigüedad, tratándose de personal de las Comunidades Autónomas?

No, ya que hasta tanto no se regule tal ampliación en el ámbito autonómico, el incremento del permiso carece de cobertura legal (SSTSJ

País Vasco de 18 de septiembre de 2018, rec. 114/2018 y 6 de julio de 2018, rec. 942/2017).

491. ¿Significa lo anterior que todo el personal funcionario tiene derecho a esos días adicionales?

Tiene derecho el personal de la Administración General del Estado ya que de conformidad con lo establecido en la Disposición adicional segunda del Real Decreto Ley 10/2015, de 11 de septiembre, tal ampliación será de aplicación en la Administración General del Estado, organismos y entidades vinculados o dependientes. Sin embargo para el personal funcionario que depende de las Comunidades Autónomas y de los Ayuntamientos, habrán de decidir en cada caso si se suman o no al incremento de los días por asuntos particulares derivados de la antigüedad, ya que la Disposición adicional 13ª del EBEP se limita a señalar que las Administraciones “podrán” establecer dicho incremento en cada caso concreto.

492. ¿Existe alguna disposición similar que reconozca un permiso de esta naturaleza en el ET?

No existe tal previsión legal, lo que justificaría la aplicación del EBEP al personal laboral de la Administración, al tratarse de una regulación más favorable.

493. ¿Es necesario justificar alguna motivación o causa para solicitar los días de permiso por asuntos particulares?

No es necesario, por lo que el personal funcionario podrá hacer uso de estos permisos, entre otras razones, para cuestiones relacionadas con la conciliación y corresponsabilidad de la vida personal, familiar y laboral (STSJ Cantabria, contencioso, de 21 de marzo de 2003, rec. 96/2002).

494. ¿A quién corresponde establecer la forma de distribución de los permisos particulares?

Al personal funcionario solicitante de los mismos, si bien habrán de evitarse situaciones de abuso de derecho.

RECUERDA

Podría darse la situación de fraude o abuso de derecho si el personal funcionario solicita los permisos durante los días laborables y excluye los días inhábiles.

495. ¿Existe algún requisito que condicione el disfrute de los días por asuntos particulares?

El disfrute se produce previa autorización y respetando en todo caso las necesidades del servicio.

496. ¿En qué periodo ha de disfrutarse el permiso referido?

El disfrute debe ser siempre dentro del año natural, aunque cuando por necesidades del servicio no fuera posible disfrutar el mismo antes del 31 de diciembre, cabría la posibilidad de concederse una prórroga durante el mes siguiente para dicho disfrute (SSTSJ Castilla y León/Burgos, cont.-admtvo., de 10 de octubre de 2019, rec. 15/2018 y 5 de julio de 2018, rec. 146/2017).

497. En el supuesto de que se concediera al personal funcionario una licencia no retribuida por motivos particulares ¿existiría la obligación por parte de la Administración de mantenerle su alta en Seguridad Social?

Existiría tal obligación al no tratarse de una suspensión y ello en aplicación de lo dispuesto en el artículo 13 RD 2064/1995, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Cotización a la Seguridad Social, en relación con el artículo 69 de dicha norma, siendo la base de cotización la mínima correspondiente al grupo de cotización vigente en cada momento (STS, social, de 22 de noviembre de 2010, rec. 689/2010 y SSTSJ País Vasco, cont.-admtvo., de 16 de octubre de 2018, rec. 378/2017 y Aragón, cont.-admtvo., de 3 de mayo de 2017, rec. 176/2015).

498. ¿Procedería alguna compensación económica cuando no puedan disfrutarse estos días de asuntos propios por causa de incapacidad temporal?

No procede compensación económica alguna ya que no puede entenderse que exista equiparación entre vacaciones y tales días de asuntos propios (SSTSJ Castilla y León/Burgos, contencioso, de 10 de octubre de 2019, rec. 15/2018 y 5 de julio de 2018, rec. 146/2017).

I. Permiso por matrimonio

499. Marco normativo

- Artículo 48.j) EBEP.

500. Duración del permiso:

Quince días.

501. Se trata de días naturales o hábiles y laborables

A diferencia de lo que sucede con el artículo 37.3.a) ET, que expresamente señala que el permiso por matrimonio es de quince días naturales, el artículo 48.j) EBEP se limita a establecer la duración en quince días, sin mayores especificaciones, por lo que en algún caso se ha planteado la duda si podría entenderse que se trata de días laborales o de días hábiles.

Sin embargo, el criterio mayoritario es el de considerar que los días son naturales, ya que cuando el legislador ha previsto que los días se computen como hábiles, lo ha indicado expresamente, por lo que parece razonable entender que han de computarse todos los días de forma continuada o sucesiva, siguiendo así el criterio del artículo 5.2 del Código Civil conforme al cual “En el cómputo civil de los plazos no se excluyen los días inhábiles”.

502. Tratándose de personal funcionario ¿podría reconocerse el derecho al permiso a las parejas de hecho?

La más reciente doctrina judicial (STSJ Madrid, contencioso, de 30 de enero de 2020, rec. 228/2018) ha venido declarando que aunque en otros ámbitos pueda reconocerse este derecho, su denegación no supone una vulneración del principio de igualdad y ello en atención a la relación especial que vincula al funcionario público con la Adminis-

tración pública, que determina la sujeción a un régimen específico de naturaleza estatutaria, que no permite la creación judicial de dicho permiso para supuestos diferentes de los establecidos legalmente, de manera que su reconocimiento solo puede venir establecido mediante norma legal. En igual sentido ya se había pronunciado la STS de 12 de mayo de 2012, rec. 836/2011, aunque existen pronunciamientos de distintos TSJ que reconocen la licencia en tales supuestos como sucede con las SSTSJ Madrid, contencioso, de 28 de enero de 2013, rec. 3056/2012 y 3 de mayo de 2011, rec. 300/2008, o Andalucía/Málaga de 13 de abril de 2015, rec. 336/2012.

503. ¿Cuál es el criterio que viene manteniendo al respecto la Administración pública en materia de permisos y licencias a las parejas de hecho en la Administración General del Estado?

La oposición de la Administración es la de negar el derecho al permiso en tales situaciones, como establece la Resolución de la Dirección General de Función Pública de 19 de junio de 2018.

Resolución de la Dirección General de Función Pública de 19 de junio de 2018.

“... con arreglo al ordenamiento civil vigente, así como la jurisprudencia del TS (sentencia de 12 de mayo de 2012, rec. 836/2001) y doctrina del Tribunal Constitucional, se entiende que no cabe realizar una equiparación en vía interpretativa entre el matrimonio y la pareja de hecho, y por ende, no cabría considerar dentro de la condición de ‘cónyuge’ ... a las parejas de hecho o parejas estables”.

504. En el supuesto de tener suspendida la relación funcional por cualquier causa (incapacidad temporal, situación de riesgo por embarazo, etc.) o por estar de vacaciones ¿cabría la posibilidad de disfrute del permiso al finalizar la suspensión o el periodo vacacional?

Los tribunales vienen entendiendo que ello no es posible, ya que la licencia por matrimonio se inicia en la fecha de su celebración, cualquiera que sea la situación del personal funcionario (ver STJUE de 4 de junio de 2020, asunto C-588/2018 y STSJ Baleares, contencioso, de 19 de diciembre de 2019, rec. 369/2018).

505. Tratándose de personal funcionario o estatutario de carácter temporal ¿podría denegarse el permisos por matrimonio al coincidir con la sustitución para la que se contrató?

Se trata de una cuestión polémica, ya que el personal temporal ha de tener reconocidos los mismos derechos que el funcionario de carrera p el personal estatutario fijo, por lo que si la sustitución es de larga duración el permiso habrá de ser necesariamente reconocido. Sin embargo, tratándose de sustituciones de corta duración, existen pronunciamientos judiciales que han denegado el derecho al permiso en cuestión (SSTSJ Galicia, contencioso, de 20 de diciembre de 2017, rec. 290/2017 y 21 de julio de 2011, rec. 604/2011).

III. PERMISOS ESPECÍFICOS POR MOTIVOS DE CONCILIACIÓN DE LA VIDA PERSONAL, FAMILIAR Y LABORAL DEL ARTÍCULO 49 EBEP

506. Marco normativo

- Artículo 49 EBEP, en la redacción dada por el RDL 6/2019, de 1 de marzo.

507. ¿Existe equiparación entre el personal funcionario y el laboral con relación al régimen jurídico de estos permisos?

Los permisos por nacimiento para la madre biológica, por adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento y el permiso del progenitor distinto de la madre biológica por nacimiento, adopción, guarda o acogimiento son regulados en los apartados a), b) y c) del artículo 49 EBEP, tras la reforma introducida por el RDL 6/2019, de 1 de marzo y se corresponden con las mismas situaciones que regula el artículo 48.4, 5 y 6 del ET, con la única diferencia de que la normativa laboral los identifica como suspensiones del contrato de trabajo con derecho a reserva del puesto de trabajo, mientras que el artículo 49 del EBEP se refiere a estas situaciones como permisos, pero su duración y forma de disfrute es coincidente con la que mantiene el personal laboral del sector privado y que han sido objeto de exposición en el capítulo 3 de este módulo, al que nos remitimos en su integridad.

508. La regulación contenida en el artículo 49 EBEP ¿es norma de derecho necesario absoluto?

No, ya que a diferencia del carácter imperativo del artículo 48 EBEP, que regula los permisos en general, el artículo 49 ordena las condiciones mínimas de los permisos que se contienen en dicho precepto legal, por lo que su contenido es susceptible de mejora por las leyes de función pública a que hace referencia el artículo 6 EBEP o por cualquier otro instrumento normativo o convencional.

509. ¿Cuáles son los permisos que en materia de conciliación incluye el artículo 49 EBEP?

- Permiso por nacimiento para la madre biológica.
- Permiso con fines de adopción, guarda o acogimiento.
- Permiso del progenitor diferente de la madre biológica por nacimiento, guarda con fines de adopción, guarda o acogimiento de hijo o hija.
- Permiso por cuidado de menor afectado por cáncer u otra enfermedad grave.
- Permiso por razón de violencia de género de la mujer funcionaria.

510. ¿Sería de aplicación el EBEP al personal laboral de consorcios públicos (servicios sociales, extinción de incendios, etc.)

Sí sería de aplicación el EBEP ya que los expresados consorcios quedan dentro del ámbito de aplicación de dicha norma.

A. Permiso por nacimiento de hijo o hija para la madre biológica

511. Marco normativo

- Artículo 7 y 49.a), en la redacción dada por el RDL 6/2019, y artículo 51 del EBEP.

512. En esta materia ¿resultaría de aplicación el ET al personal laboral al servicio de las Administraciones públicas?

Tras el RDL 6/2019 es de aplicación exclusivamente el EBEP, por así disponerlo expresamente el artículo 7 de dicha norma, siendo igualmente concluyente la Disposición adicional 17ª ET al establecer la no aplicación del artículo 47 ET al personal laboral de las Administraciones públicas y de los organismos y entidades dependientes, salvo que “se financien mayoritariamente con ingresos obtenidos como contrapartida de operaciones realizadas en el mercado”.

513. ¿Cuál es la duración ordinaria de este permiso?

Dieciséis semanas, de las que las seis inmediatamente posteriores al parto tienen carácter obligatorio, debiéndose disfrutar de forma ininterrumpida.

514. ¿Se suspendería el disfrute del permiso por una enfermedad o accidente común surgido durante esas seis semanas siguientes al nacimiento?

No se suspendería y se mantendría el permiso por nacimiento con derecho al percibo de las prestaciones derivadas de dicha situación. Ahora bien, en el supuesto de que los efectos de la enfermedad o del accidente no laboral se prolongaran más allá de las seis semanas, en tal caso podría iniciarse el periodo de IT correspondiente.

Ejemplo práctico

Si una trabajadora contratada temporalmente por un Ayuntamiento inicia el permiso por nacimiento de un hijo y cuatro semanas más tarde sufre un accidente de circulación que le origina graves secuelas, dicha trabajadora mantendrá el permiso por nacimiento al menos hasta el cumplimiento de las seis semanas, y en el caso de que las lesiones se prolonguen más allá de ese periodo podrá pasar a la situación de IT derivada de accidente no laboral, en lugar de agotar las diez semanas que aun le restan del permiso por nacimiento.

515. ¿En qué casos pueden ampliarse las dieciséis semanas que corresponden por nacimiento?

Se ampliaría en dos semanas más en los supuestos de discapacidad del hijo/a, y también en los casos de parto múltiple.

516. La ampliación de las dos semanas del permiso por nacimiento ¿se reconocen en exclusiva a la madre biológica?

No, ya que el inciso final del párrafo primero del artículo 41.a) EBEP claramente dispone que corresponde “una (semana) para cada uno de los progenitores”.

517. ¿Cómo se aprecia la situación de discapacidad en una persona recién nacida?

Ha de atenderse al baremo de valoración establecido en el RD 174/2011, de 11 de febrero, cuyo artículo único aprueba el baremo de valoración de los grados y niveles de dependencia y la escala de valoración específica para los menores de tres años.

518. Tratándose de parto múltiple ¿la ampliación de dos semanas tiene carácter general o se aplica por cada hijo a partir del segundo?

Se reconoce por cada hijo, de forma que si el parto es doble el permiso se amplía en dos semanas, si tiene tres hijos en cuatro y así sucesivamente.

519. En las familias monoparentales con un hijo discapacitado ¿en cuántas semanas se ampliaría el permiso para el único progenitor existente?

Ese único progenitor tendría derecho a las dos semanas, aunque no es esta la postura que mantiene el INSS ya que en el criterio de gestión 13/2019, de 11 de junio, apartado 11, mantiene el derecho a una sola semana, interpretando el artículo 48.6 ET, cuya redacción es similar en este punto al 49.a) ET.

Criterio de gestión del INSS 13/2019, de 11 de junio.

Once. Se consulta si en las familiar monoparentales con hijo discapacitado el progenitor único tiene derecho a la ampliación de una o dos semanas. A este respecto, cabe indicar que el artículo 48.6 ET reconoce una semana a cada uno de los progenitores, por lo que “dada la claridad de la norma y la finalidad de reconocer derecho individuales de los progenitores, adoptantes o guardadores con fines de adopción o acogimiento, el hecho de que la an-

terior redacción del precepto reconociese una duración adicional de dos semanas distribuida a opción de los interesados, no conlleva que con la nueva regulación quepa la posibilidad de incrementar en dos semanas en caso de familiar monoparentales”.

520. ¿Tendría derecho la madre biológica a disfrutar íntegramente del permiso por nacimiento en caso de fallecimiento del hijo o hija?

Dado que el permiso se reconoce por el hecho del parto, no ha de existir impedimento alguno en disfrutar íntegramente del permiso por nacimiento en estos casos.

521. Si el fallecimiento del hijo o hija se produce antes del parto ¿existiría derecho al permiso?

En tal caso también existiría el derecho al permiso, siempre que el feto hubiera permanecido en el seno materno al menos 180 días, en aplicación de lo establecido en el artículo 8.4 del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, cuya norma es de aplicación directa a todos los regímenes del sistema de Seguridad Social y de aplicación supletoria en los regímenes especiales de la Seguridad Social de Funcionarios Civiles del Estado, de las Fuerzas Armadas y de funcionarios al servicios de la Administración de Justicia.

Artículo 8.4 RD 295/2009, de 6 de marzo.

“4. En el supuesto de fallecimiento del hijo, la duración de la prestación económica no se verá reducida, salvo que, una vez finalizadas las seis semanas posteriores al parto, la madre solicitara reincorporarse a su puesto de trabajo ...”.

522. ¿Qué ocurriría con relación a este permiso, en caso de fallecimiento de la madre?

El artículo 49.a) EBEP dispone que el otro progenitor podrá hacer uso del mismo en su totalidad o en la parte que reste, si bien habrá de entenderse que la aplicación de la norma tiene efectos transitorios, ya que cuando se produzca la total equiparación del permiso de ambos progenitores, el contenido de esta disposición habrá de entenderse que queda sin efecto.

523. Tras la entrada en vigor del RDL 6/2019 ¿cómo se disfruta este permiso por parte de la madre biológica?

- Las primeras seis semanas tienen carácter obligatorio y su disfrute es a jornada completa y de forma ininterrumpida.

- Las diez semanas restantes se tomarán en la forma que acuerden los progenitores, siempre que ambos trabajen por cuenta propia o ajena y antes de que el hijo o la hija cumplan doce meses.

524. La fecha de disfrute de los permisos y de la prestación de Seguridad Social ¿pueden ser objeto de modificación una vez que han sido solicitados y recogidos?

En lo que se refiere al disfrute del permiso parece que no debería existir problema alguno, máxime si existe acuerdo entre las partes; sin embargo en lo que a la prestación de Seguridad Social se refiere el INSS viene considerando, con criterio muy restrictivo, que los periodos son inalterables, salvo que concurren circunstancias excepcionales.

Criterio de gestión del INSS 13/2019, de 11 de junio, apartado 1.

“Atendiendo a la necesidad de acreditar unas circunstancias excepcionales para modificar la forma de disfrutar del descanso elegida en un primer momento, así como a la intención del Real Decreto Ley 6/2019 de fijar de antemano los periodos de disfrute, se considera que los periodos de disfrute de la prestación, una vez solicitados y reconocidos por resolución firme deben considerarse inalterables, salvo que pueda acreditarse la concurrencia de circunstancias excepcionales”.

525. Cuando ambos progenitores trabajen ¿es imprescindible que el disfrute de permiso sea ininterrumpido?

No, el disfrute puede ser interrumpido, con la única exigencia formal de que exista un preaviso de al menos quince días y siempre por semanas completas. En definitiva, se pueden acumular varias semanas o bien disfrutarlas de una en una, con el límite temporal de los doce meses referidos.

Ejemplo práctico

Si una funcionaria decide aplazar varios meses las diez semanas no obligatorias y hacer uso de dicho periodo por tramos de quince días, resultará imprescindible que se tomen semanas completas, sin que por tanto quepa la posibilidad de comenzar o finalizar en fechas no coincidentes con el inicio o finalización de cada semana.

526. En el supuesto de que se opte por tomar las diez semanas a tiempo parcial ¿viene obligada la Administración a aceptar de forma obligatoria la propuesta de la funcionaria?

La norma condiciona el disfrute a tiempo parcial a que las necesidades del servicio lo permitan, salvo que exista desarrollo reglamentario en el que se establezcan las condiciones de tal disfrute a jornada a tiempo parcial. En todo caso el Real Decreto 180/2004, de 30 de enero, por el que se adoptan medidas en relación con el disfrute a tiempo parcial de los permisos de conciliación, impone que tal modalidad de disfrute exigirá el acuerdo entre el personal funcionario y el órgano competente para su concesión.

527. En los casos de disfrute del permiso a tiempo parcial ¿es posible hacerlo en periodo interrumpido?

En aplicación de lo establecido en el artículo 3.c) RD 180/2004, el disfrute será ininterrumpido.

Artículo 3.c) RD 180/2004.

“El disfrute del permiso en esta modalidad será ininterrumpido. Una vez acordado, solo podrá modificarse el régimen pactado mediante nuevo acuerdo entre el órgano competente para la concesión de permisos y el funcionario afectado, a iniciativa de este y debido a causas relacionadas con su salud o la del menor”.

528. Cuando el hijo o hija haya de permanecer en el centro hospitalario ¿podría demorarse el inicio del disfrute del permiso a la fecha del alta hospitalaria?

La madre biológica no podría hacerlo ya que iniciaría el descanso obligatorio a continuación del parto.

529. En los casos de parto prematuro ¿tendría derecho la madre biológica a la ampliación del permiso por nacimiento?

El permiso se ampliaría en tanto días como el hijo o hija deba permanecer hospitalizado con un límite de trece semanas adicionales.

530. Para tener derecho a la ampliación del permiso por hospitalización ¿se exige una duración mínima del ingreso hospitalario?

A diferencia de lo que establece el artículo 48.4 ET, en el que la hospitalización ha de ser superior a siete días, el EBEP no establece una duración mínima.

Ejemplo práctico

Si la funcionaria ha tenido una hija que ha permanecido hospitalizada cinco días, tendría derecho a ampliar el permiso por nacimiento en esos mismos días, a diferencia de lo que sucede en el sector privado.

531. Durante el disfrute del permiso ¿se puede participar en cursos de formación que convoque la Administración pública?

Sí, siempre que haya finalizado el periodo de descanso obligatorio.

532. En el supuesto de que se haya fraccionado el disfrute del descanso de las diez semanas no obligatorias ¿qué ocurre si la funcionaria decide incorporarse al trabajo antes de concluir el permiso?

Con carácter general se extinguiría el permiso y el derecho a la prestación. Ahora bien, si se ha acordado el disfrute en periodos interrumpidos, debe entenderse que la incorporación extingue el periodo en vigor, pero no otros periodos todavía no iniciados. No obstante el criterio que mantiene el INSS al respecto, con relación a la incorporación anticipada es el de entender que se extingue no solo la prestación que se esté disfrutando en ese momento sino la totalidad de la misma.

Criterio de gestión del INSS 13/2019, de 11 de junio, apartado 2.

“... la incorporación voluntaria y prematura al trabajo supone la extinción del derecho a la prestación, no solo de la que se esté disfrutando en ese momento sino de la totalidad de la misma”.

533. ¿Cómo incide el periodo de disfrute del permiso sobre el periodo vacacional?

La funcionaria tendrá derecho al disfrute íntegro de sus vacaciones y en caso de no poder hacerlo en la fecha prevista, podrá acceder al periodo vacacional durante los dieciocho meses siguientes a la finalización del año en que se hayan originado (artículo 50.2 EBEP).

534. El periodo de disfrute del permiso por nacimiento ¿procede ser reconocido como experiencia al acceso a una plaza en una convocatoria para interinos, en bolsa de trabajo, etc.?

La STS, cont.-admtvo., de 5 de junio de 2020, rec. 4751/2017, ha establecido como doctrina legal que la exclusión como mérito en los procesos selectivos del periodo de disfrute de permisos derivados de la maternidad, constituye discriminación por razón de sexo.

535. El tiempo de disfrute del permiso por nacimiento ¿se considera a todos los efectos como de servicio activo?

Efectivamente ya que así lo reconoce expresamente el apartado c) del artículo 49 EBEP, con relación a los permisos regulados en los apartados a), b) y c) de dicho artículo.

536. ¿Tendrán derecho las funcionarias a beneficiarse de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a las que hubieran podido tener derecho durante su ausencia por nacimiento de hijos o hijas?

Tienen derecho a todas las mejoras, ya que lo contrario incurriría en trato discriminatorio. Es más, el último apartado del artículo 49.c) EBEP así lo reconoce de forma contundente.

537. ¿A qué prestaciones de Seguridad Social tiene derecho la madre biológica durante el permiso por nacimiento?

Tiene derecho al subsidio por nacimiento y cuidado del menor regulado en los artículos 177 y siguientes TRLGSS.

538. ¿Podría pactarse en acuerdo o convenio la mejora de la prestación de Seguridad Social?

No existe impedimento legal para ello, ya que los permisos del artículo 49 EBEP son susceptibles de mejora en cuyo caso habrá de estarse a lo pactado.

B. Permiso por adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento temporal o permanente

539. Normativa reguladora

Artículo 49.b) EBEP.

540. Duración del permiso

Tanto la duración ordinaria (dieciséis semanas) como los supuestos de incremento tienen lugar en los mismos términos analizados anteriormente para el nacimiento de hijo o hija.

541. ¿A quién se atribuye la titularidad del permiso?

Al adoptante, guardador o acogedor que preste servicios en una entidad incluida en el ámbito de aplicación del EBEP, como personal funcionario o laboral, tratándose de un derecho individual e intransferible.

542. ¿Puede dar lugar un mismo menor en adopción, guarda o acogimiento a más de un periodo de disfrute de este permiso?

No, ya que de conformidad con lo establecido en el artículo b), párrafo 4 del EBEP “en ningún caso un mismo menor puede dar derecho a varios periodos de disfrute de este permiso”.

543. ¿Cómo ha de ser la forma de disfrute del permiso por el adoptante, guardador o acogedor?

La redacción del artículo 49.b) EBEP coincide con la del apartado a) que regula el permiso para la madre biológica y tras establecer que las seis semanas siguientes a la adopción, guarda o acogimiento serán obligatorias, ininterrumpidas y a jornada completa, dispone que las diez restantes se podrán disfrutar hasta que el hijo o la hija

cumpla doce meses y siempre que ambos trabajen por cuenta propia o ajena.

544. ¿Se modifica la forma de disfrute cuando solo uno de los adoptantes, guardadores o acogedores trabaja?

En tal caso solo cabe el disfrute ininterrumpido, aunque una vez transcurridas las primeras seis semanas puedan tomarse a jornada completa o a tiempo parcial, cuando las necesidades del servicio lo permitan.

545. ¿Qué ocurre si el menor tiene una edad superior a los doce meses y ambos trabajan?

Se seguirá teniendo derecho a las dieciséis semanas, pero se plantea la duda de que el permiso haya de tener carácter ininterrumpido, ya que el fraccionamiento solo está previsto mientras el menor no haya cumplido la edad de doce meses.

546. ¿Cómo se computa el permiso obligatorio de seis semanas?

Desde la resolución judicial por la que se constituye la adopción, o bien desde la decisión administrativa de guarda con fines de adopción o acogimiento.

547. ¿Qué singularidades presenta la adopción, guarda o acogimiento internacional?

En estos casos se tendrá derecho a un permiso de hasta dos meses de duración para el desplazamiento al país de origen, durante los cuales se percibirán exclusivamente las retribuciones básicas.

548. Cabe la posibilidad de mejorar por acuerdo, pacto o convenio la retribución del permiso de dos meses en el supuesto anterior?

No ha de existir impedimento legal alguno, debiéndose estar en todo caso a lo que disponga el instrumento convencional en el que se haya establecido la mejora.

549. ¿Cuándo podría anticiparse el permiso por adopción, guarda o acogimiento?

En los casos de adopción internacional podrá iniciarse hasta cuatro semanas antes de la resolución judicial o administrativa por la que se constituya la adopción, la guarda o el acogimiento.

C. Permiso del progenitor diferente de la madre biológica por nacimiento, guarda con fines de adopción, acogimiento o adopción de un hijo o hija

550. Normativa reguladora

Artículo 49.c) EBEP.

551. ¿A qué personal se aplica el permiso?

Pueden acceder al mismo todo el personal de las Administraciones públicas incluido en el ámbito de aplicación del EBEP, con independencia de su condición funcional o laboral.

552. ¿Quiénes pueden tener la condición de titulares del permiso?

En caso de nacimiento el titular es el progenitor distinto de la madre biológica y para el supuesto de adopción, guarda o acogimiento el otro progenitor distinto a aquel que hubiera disfrutado el permiso analizado en el apartado anterior, si lo hubiere.

553. ¿Tendría derecho al permiso quien adopta al hijo o hija biológico de su pareja?

Sí tendría derecho a ello aunque se trate de parejas del mismo sexo y con independencia de que exista convivencia previa entre quien adopta y quien es objeto de adopción (STS 15 de septiembre de 2010, rec. 2289/2009; SSTSJ Madrid de 22 de noviembre de 2018, rec. 135/2018; País Vasco de 16 de junio de 2015, rec. 1025/2015 o Canarias/Las Palmas de 27 de abril de 2015, rec. 145/2015). No obstante y pese a existir doctrina unificada, algún Tribunal Superior de Justicia continúa denegando la prestación en supuestos de adopción cuando los hijos están incorporados a la unidad familiar con antelación al auto judicial que acuerdan tal adopción.

Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de septiembre de 2010, rec. 2289/2009.

“No empece a tal conclusión (sobre el reconocimiento del derecho) el hecho de que la madre biológica hubiera disfrutado del permiso de maternidad pues se han producido situaciones sucesivas que han generado el derecho a descanso por maternidad y a la prestación correspondiente a saber, el parto -que generó el derecho a la madre biológica- y la adopción como madre de la hoy recurrente -que acarreó su derecho a descanso y prestación por maternidad- situaciones ambas previstas y reguladas en el artículo 48.4 ET, sin que se disponga que el percibo de la prestación por parto excluye al percibo de la prestación por adopción”.

554. ¿Podría acceder a la prestación quien es padre biológico mediante contrato de gestación por sustitución?

El TS viene reconociendo el derecho a la prestación cuando el nacimiento se produce mediante la técnica de reproducción humana asistida y siempre que los hijos o hijas hayan sido inscritos en el registro correspondiente (SSTS 22 de marzo de 2018, rec. 2770/2016; 30 de noviembre de 2016, rec. 3183/2015; 25 de octubre de 2016, rec. 3818/2015, entre otras).

555. ¿Cuál es la duración del permiso?

Dieciséis semanas, si bien existe un periodo transitorio conforma al cual en 2019 fueron ocho semanas y doce en 2020.

556. ¿En qué casos puede tener lugar la ampliación del permiso?

La ampliación puede producirse en los casos de discapacidad del hijo o hija, también en los supuestos de nacimiento, adopción, guarda o acogimiento con carácter múltiple, a partir del segundo y finalmente en las situaciones de parto prematuro u hospitalización del menor a continuación del parto. Todo ello en los términos ya analizados anteriormente con relación al permiso de nacimiento para la madre biológica.

557. ¿Qué régimen jurídico se aplica, en lo que al disfrute se refiere, a partir del 1 de enero de 2021?

- Las seis semanas posteriores al hecho causante son de descanso ininterrumpido y a jornada completa.

- El resto del permiso se disfrutará de forma continuada, salvo que ambos progenitores trabajen, en cuyo caso es posible el disfrute interrumpido y por jornadas completas, en los términos ya expuestos con relación a la madre biológica.

558. ¿Qué ocurre si se opta por el disfrute del permiso por nacimiento con posterioridad a la semana dieciséis, y el progenitor hubiera solicitado la acumulación del tiempo de lactancia de un hijo menor de doce meses en jornada completa?

En este caso se daría inicio al cómputo de las diez semanas a la finalización del periodo de lactancia acumulado [artículo 49.c), párrafo 4 EBEP].

559. ¿Es posible el disfrute del permiso a tiempo parcial?

Solo para el periodo que exceda de las seis semanas siguientes al hecho causante y siempre que las necesidades del servicio lo permitan.

560. ¿Se mantiene el derecho al permiso en los casos de fallecimiento del hijo o hija?

En este caso el periodo de duración del permiso no se verá reducido, salvo que una vez finalizadas las seis semanas del descanso obligatorio se solicite la reincorporación al puesto de trabajo.

561. ¿Procedería igual solución en el caso de que el hijo/a fallezca antes del parto y tras una gestación de más de 180 días?

Habrà de entenderse que el otro progenitor distinto de la madre biológica mantiene también el derecho al permiso en tales supuestos, ya que si bien es cierto que el artículo 26.7 RD 295/2009, de 6 de marzo, dispone que no podrá reconocerse el subsidio por paternidad si el hijo o el menor acogido fallecen antes del inicio de la suspensión o permiso, habrá de entenderse que dicha norma ha quedado tácitamente derogada por el Real Decreto Ley 6/2019, de 1 de marzo. Sin embargo no

es este el criterio que mantiene el INSS ya que en su criterio de gestión 10/2020, de 21 de abril, reconoce tal derecho a la madre biológica, pero lo niega cuando se trata de su reconocimiento al progenitor distinto de la madre biológica.

Criterio de gestión 10/2020, de 21 de abril.

“En los casos de fallecimiento del hijo antes de su nacimiento no procederá reconocer el derecho a la prestación por nacimiento y cuidado de menor al progenitor distinto a la madre biológica”.

D. Permiso por cuidado de hijo/a menor de 18 años afectado por cáncer u otra enfermedad grave [artículo 49.e) EBEP]

562. Marco normativo

- El origen de esta prestación se encuentra en la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para 2011, cuya Disposición final vigésimo tercera añadió una nueva letra e) al artículo 49 de la entonces vigente Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, regulando para el personal funcionario un nuevo permiso.
- En la actualidad la normativa reguladora es la contenida en el artículo 49.e) EBEP aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, sin perjuicio del desarrollo reglamentario llevado a cabo en algunas Comunidades Autónomas, como sucede con Andalucía (Decreto 154/2017, de 3 de octubre) o La Rioja (Decreto 47/2016, de 18 de noviembre).

563. La regulación contenida en el EBEP ¿es en realidad un permiso retribuido?

La norma estatutaria hace referencia a un permiso, pero en realidad se trata de una reducción de jornada, ya que la persona beneficiaria ha de continuar prestando servicios aunque sea por un tiempo mínimo, sin perjuicio de que reglamentariamente puedan establecerse las condiciones y supuestos en los que la reducción de jornada puede acumularse en jornadas completas.

564. ¿A quién reserva el EBEP el ejercicio de este permiso o reducción de jornada?

Es aplicable al personal funcionario y también al personal estatutario, ya que el artículo 2.4 EBEP señala que “Cada vez que este Estatuto haga mención al personal funcionario de carrera se entenderá comprendido el personal estatutario de los Servicios de Salud”.

Tratándose de personal laboral al servicio de las Administraciones públicas, también podrá disfrutarse de este derecho, si bien en los términos del artículo 37.6 ET.

RECUERDA

Tratándose de personal funcionario o estatutario la reducción de jornada, calificada como permiso, viene regulada en el EBEP, mientras que para el personal laboral, aunque preste servicios en una Administración pública, será de aplicación lo establecido al respecto en el Estatuto de los Trabajadores.

565. ¿Qué requisitos han de concurrir en el personal funcionario para acceder a la reducción de jornada prevista en el EBEP?

Serán necesarios los siguientes requisitos:

- Que ambos progenitores, adoptantes, guardadores o acogedores trabajen.
- Acreditación de que el menor padece cáncer u otra enfermedad grave.
- Poner asimismo de manifiesto la necesidad de cuidado directo, continuo y permanente del menor a su cargo.

566. ¿Qué circunstancias han de concurrir en el causante del permiso para que proceda la reducción de jornada del personal funcionario o estatutario?

Los requisitos del causante son los siguientes:

- Tener la condición de hijo/a natural o adoptivo, o estar en situación de acogimiento o guarda con fines de adopción, a cargo de la persona beneficiaria.
- Ser menor de 18 años.
- Estar afectado de cáncer u otra enfermedad grave.
- Precisar cuidado directo, continuo y permanente de sus progenitores, adoptantes, guardadores o acogedores.

567. ¿Tiene el mismo tratamiento el cáncer y la enfermedad grave a que se refiere el EBEP, a efectos del reconocimiento del derecho al permiso de reducción de jornada?

El criterio de la Dirección General de la Función Pública para la concesión del permiso ha venido partiendo de una interpretación literal y restrictiva del artículo 49.e) EBEP, conforme a la cual se diferencian dos supuestos para la concesión del permiso:

- Si el causante del permiso estuviera afectado de cáncer, no se requería más que la acreditación de dicha circunstancia mediante informe del Servicio Público de Salud u órgano sanitario de la Comunidad Autónoma correspondiente, otorgándose el permiso tanto para el periodo de hospitalización como para el tratamiento continuado con posterioridad al ingreso hospitalario.
- En el supuesto de padecerse otra enfermedad grave distinta del cáncer, el permiso solo se reconocía para el periodo de ingreso hospitalario de larga duración debido a la enfermedad y siempre y cuando el menor precisara de cuidado directo, continuo y permanente, de forma que se venía exigiendo la concurrencia simultánea de ambas circunstancias, el ingreso hospitalario y la necesidad de cuidado directo, continuo y permanente, y ello mediante un interpretación literal del artículo 49.e) EBEP que cuando se refiere a la enfermedad grave mantiene que “implique un ingreso hospitalario de larga duración y requiera la necesidad de su cuidado directo, continuo y permanente”.

568. ¿Puede mantenerse en la actualidad la anterior diferenciación entre el derecho a la reducción de jornada por cáncer y por enfermedad grave diferente?

A nuestro juicio no es posible tal diferenciación y así se ha entendido en numerosas recomendaciones del Defensor del Pueblo, en las que se ha mantenido que hasta tanto se proceda al desarrollo reglamentario del artículo 49.e) EBEP, se mantengan las pautas ya establecidas para el personal laboral en el Real Decreto 1148/2011, de 29 de julio, admitiendo que la reducción de jornada se mantenga también en aquellos supuestos en los que la atención al menor en el domicilio tenga el carácter de directa, continuada y permanente.

Recomendación del Defensor del Pueblo de 26 de julio de 2017.

“Reexaminar el criterio interpretativo de esa corporación en el sentido de admitir la posibilidad de que, en el caso de enfermedad grave que no sea cáncer, quepa considerar como ingreso hospitalario de larga duración la continuación del tratamiento o cuidado del menor tras el diagnóstico de la misma, sin que se exija sistemáticamente que el ingreso hospitalario prolongado y la necesidad de cuidado directo, continuo y permanente sean circunstancias que hayan de darse simultáneamente”.

569. ¿Podría mantenerse el derecho a la reducción de jornada aunque el menor estuviera escolarizado?

Como ya hemos dicho anteriormente, entendemos que en los supuestos de enfermedad grave es posible la reducción de jornada del personal funcionario aunque el causante de la prestación no esté hospitalizado, y avanzando en esta misma dirección también se considera que asiste el derecho a la reducción aunque el menor esté escolarizado, siempre que siga necesitando cuidado directo, personal y continuo a pesar de la escolarización, habiéndolo entendido así las SSTSJ, cont.-admtvo., del País Vasco de 23 de octubre de 2017, rec. 784/2016 y Castilla y León/Burgos de 10 de octubre de 2014, rec. 43/2014.

Sobre esta cuestión la STS de 3 de junio de 2020, rec. 78/2018, establece doctrina casacional sobre el contenido del artículo 49.e) EBEP en el sentido de que resulta de aplicación dicho artículo en aquellos

supuestos en los que no es necesaria la hospitalización del menor, pero sí precisa de un cuidado directo, continuo y permanente, y ello aunque el menor se encuentre escolarizado (en el supuesto enjuiciado el menor padecía de diabetes melitus tipo 1 y se hallaba escolarizado).

Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2020, rec. 78/2018.

El permiso por cuidado de menor afectado de cáncer u otra enfermedad grave a que se refiere el artículo 49.e) EBEP es de aplicación en supuestos en los que no resulta necesaria la hospitalización del menor pero sí precisa un cuidado directo, continuo y permanente, aunque el menor se encuentre escolarizado. Procede la reducción retribuida de un 50 por 100 de la jornada diaria de trabajo.

570. Para determinar si estamos en presencia de una enfermedad grave que permita la reducción de jornada ¿es posible acudir a la relación de enfermedades graves que se contiene en el anexo del Real Decreto 1148/2011, de 29 de julio?

El citado Real Decreto regula la prestación económica para cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave en el sistema de la Seguridad Social, si bien el artículo 1.2 del mismo dispone que este Real Decreto no será de aplicación al personal funcionario incluido en el ámbito del EBEP, lo que también ha mantenido la Secretaría de Estado para la Función Pública y algún pronunciamiento judicial (STSJ Murcia, cont.-admtvo., de 25 de septiembre de 2014, rec. 53/2014).

Así pues la certificación sobre la existencia de enfermedad grave habrá de ser emitida en cada caso concreto por el Servicio Público de Salud correspondiente, sin perjuicio del carácter orientador que pueda tener el RD 1148/2011, a cuya norma se remite, por ejemplo, el artículo 2.2 del Decreto 47/2016, de 18 de noviembre, por el que se regula el permiso por cuidado de hijo menor afectado por cáncer u otra enfermedad grave en la Comunidad de La Rioja.

571. ¿En qué consiste el permiso regulado en el artículo 49.e) EBEP?

En una reducción de la jornada de trabajo de al menos la mitad de su duración.

572. ¿Cabría la posibilidad de que por acuerdo entre la Administración y el funcionario la reducción de la jornada pudiera ser inferior a la mitad de la jornada?

Entendemos que ello no es posible, al considerar que la regulación contenida en el EBEP tiene carácter de derecho necesario, que podrá ser objeto de mejora, pero no de limitación o reducción en cuanto a su alcance se refiere.

Ejemplo práctico

Si en una Administración pública se alcanza un acuerdo entre la Junta de Personal y la Administración, en base al cual se establece que la reducción de jornada para cuidado de menores afectados por cáncer o enfermedad grave podrá ser rebajada hasta el 25 por 100 de la jornada ordinaria, entendemos que dicho acuerdo es nulo de pleno derecho.

573. Respetando el límite de la mitad de la jornada ¿podría establecerse algún tope máximo a la reducción?

En tanto no exista desarrollo reglamentario en el ámbito de la Comunidad Autónoma entendemos que no puede establecerse dicho límite máximo, por lo que el personal funcionario tendrá derecho a la reducción de jornada con el único límite de prestar algún tipo de servicio, en aplicación de lo establecido en el artículo 49.e) EBEP.

No obstante en el desarrollo reglamentario si se está produciendo el establecimiento de límites y así en el Decreto de 18 de noviembre de 2016 de la Comunidad Autónoma de La Rioja se establece para estos casos el límite del 75 por 100 de la jornada, y en el Decreto de 3 de octubre de 2017, de la Comunidad Autónoma Andaluza el porcentaje máximo se sitúa en el 99 por 100, si bien en determinados casos no podrá superar el 50 por 100 (artículo 5 del Decreto expresado).

574. ¿Podría acumularse la reducción en jornadas completas?

El párrafo final del artículo 49.e) EBEP condiciona la acumulación al desarrollo reglamentario del permiso, de manera que será la norma

reglamentaria la que establezca la forma y condiciones de dicha acumulación.

575. ¿En qué casos se produciría la extinción del permiso de reducción de jornada?

Se produciría la extinción en los siguientes casos:

- Cuando desaparezca la causa que generó su concesión, por mejoría de la persona causante.
- Cuando alguno de los progenitores, adoptantes, guardadores o acogedores cese en el trabajo.
- Por alcanzar el causante la edad de 18 años.
- Por fallecimiento del causante.
- Por reanudación de la actividad por parte de la persona beneficiaria de la reducción.

RECUERDA

Los Tribunales vienen entendiendo que no es causa de extinción del permiso el hecho de que la persona causante de la prestación resulte escolarizada, siempre que se acredite que precisa de cuidados directos, continuos y permanentes.

576. ¿Cómo se retribuye el permiso de reducción de jornada para el personal funcionario?

La concesión del permiso supone la percepción de las retribuciones íntegras a las que tenga derecho el personal funcionario beneficiario de la reducción de jornada en el momento de acceder al permiso y durante todo su disfrute.

577. ¿Se retribuye en igual forma cuando se trate de personal laboral al servicio de las Administraciones públicas?

El personal laboral puede acceder a la prestación de Seguridad Social regulada en los artículo 190 y siguientes del TRLGSS, consistente en

un subsidio equivalente al 100 por 100 de la base reguladora por contingencias profesionales del mes anterior a su inicio, y en proporción a la reducción que experimente la jornada de trabajo.

Ejemplo práctico

Si una funcionaria solicita el permiso de reducción de jornada para cuidado de un hijo/a que padece cáncer, tendrá derecho a que con cargo a los presupuestos de la propia Administración perciba su retribución íntegra y sin deducción alguna en función de la reducción de jornada. Por el contrario, si se trata de personal laboral percibirá el subsidio regulado en los artículos 190 y siguientes TRLGSS, en proporción a la reducción que experimente su jornada de trabajo.

578. ¿Significa lo anterior que la prestación de Seguridad Social para cuidado de menor afectado de cáncer u otra enfermedad grave no es aplicable al personal funcionario?

Efectivamente, ya que el artículo 192.3 TRLGSS expresamente dispone el no reconocimiento de la prestación al personal funcionario, que se registrá por lo establecido en el artículo 49.e) EBEP.

579. Si hubiera concurrencia de progenitores, acogedores, guardadores o cuidadores con derecho al permiso, respecto del mismo sujeto causante ¿percibirían ambos sus retribuciones íntegras?

No, ya que de conformidad con lo establecido en el artículo 49.e) párrafo segundo EBEP, solo uno de ellos podrá percibir la retribución íntegra, acreditando para ello que el otro no percibe dicha retribución en su totalidad o la prestación de Seguridad Social. En caso contrario, es decir, cuando el otro beneficiario perciba la retribución íntegra o el subsidio de la Seguridad Social, el funcionario podrá también disfrutar del permiso, pero percibirá únicamente la retribución proporcional a la jornada efectiva que realice.

Ejemplo práctico

Si ambos progenitores de un menor que padece una enfermedad grave tienen la condición de personal laboral y funcionario, respectivamente, para

que quien tiene la condición funcional perciba su retribución íntegra deberá acreditar que quien es laboral no recibe la prestación de Seguridad Social de los artículos 190 y siguientes TRLGSS, pues de ser así el personal funcionario seguiría teniendo derecho al permiso consistente en la reducción de jornada, pero la retribución será proporcional a su jornada.

IV. OTROS PERMISOS/LICENCIAS DEL PERSONAL AL SERVICIO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS RELACIONADOS CON LA CONCILIACIÓN/CORRESPONSABILIDAD

A. Permiso retribuido para las funcionarias en estado de gestación

580. Marco normativo:

- Disposición adicional 16ª EBEP.

581. ¿Otorga la citada Disposición un derecho incondicionado a las funcionarias embarazadas para el disfrute del permiso?

No, ya que la citada Disposición se limita a señalar que cada Administración pública “podrá” establecer el permiso a que se refiere la misma.

582. ¿En qué consiste el permiso?

En otorgar un permiso retribuido, a partir del día primero de la semana 37 de embarazo, hasta la fecha del parto, si bien para los supuestos de gestación múltiple el permiso podrá iniciarse el primer día de la semana 35 de embarazo.

583. ¿Sería compatible el permiso retribuido con el subsidio de IT derivado de una situación de embarazo de riesgo?

No, ya que la previa situación de IT habría suspendido la prestación de servicios, sin que por tanto pueda pasarse desde dicha situación a la del permiso retribuido.

584. ¿Se mantiene la obligación de cotizar a la Seguridad Social mientras se disfrute de este permiso?

Sí, ya que la relación de servicio sigue vigente.

585. ¿Sería de aplicación este permiso al personal laboral al servicio de las Administraciones públicas?

La Disposición adicional 16ª EBEP hace referencia exclusiva a las funcionarias, y por otra parte el artículo 7 de dicha norma legal establece que se aplicarán las normas del EBEP respecto a los permisos que dicho artículo relaciona y entre los que no aparece el permiso retribuido a que nos venimos refiriendo, por lo que sería discutible la aplicación automática del EBEP a estas situaciones del personal laboral, sin perjuicio de que siempre cabría la posibilidad de que cada Administración pública, al regular en su ámbito respectivo este permiso, incluyera a todo el personal que presta servicios para la Administración de que se trate, con independencia del vínculo laboral o funcional.

B. Permisos/licencias derivados de la situación de riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural

586. Marco normativo:

- Artículo 26 Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.
- Capítulos IV y V del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, aplicables al personal funcionario incluido en el régimen general y al perteneciente al régimen de clases pasivas, fuerzas armadas y personal de justicia, por disposición expresa del artículo 1 de dicho Real Decreto.
- Artículo 186 a 189 TRLGSS que regula las prestaciones económicas del Régimen General para las situaciones de riesgo durante el embarazo y la lactancia natural.
- Artículo 22 del Real Decreto Legislativo 4/2000, de 23 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado.
- Artículo 99 y siguientes del Real Decreto 375/2003, de 28 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General de Mutualismo Administrativo, cuyas normas regulan las situaciones de riesgo durante el

embarazo y durante la lactancia natural de las funcionarias incluidas en el ámbito del mutualismo administrativo.

- Orden PRE/1744/2010 de 30 de junio, por el que se regula el procedimiento para el reconocimiento de la situación de riesgo durante el embarazo y durante la lactancia natural en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los funcionarios civiles del Estado.
- Artículo 58 de la Ley Orgánica 3/2007, de 23 de marzo, de igualdad.

587. ¿Cuál es el hecho causante de las situaciones de riesgo durante el embarazo y durante la lactancia natural?

Al igual que sucede con el personal laboral, se consideran situaciones protegidas aquella en las que se encuentra la mujer funcionaria, en los supuestos en que debiendo de cambiar de puesto de trabajo por otro compatible con su situación de embarazo o lactancia, no sea posible establecer medidas de protección adecuadas en el puesto de trabajo o proceder al cambio de puesto o función, en los términos ya analizados en los apartados V y VI del capítulo III anterior.

588. ¿En qué situación concreta se haya la mujer funcionaria que pasa a percibir prestación por riesgo durante el embarazo o durante la lactancia natural?

Si se trata de una funcionaria integrada en el Régimen General de la Seguridad Social e incluida en el ámbito de aplicación del EBEP, se considera situación protegida “el permiso por riesgo durante el embarazo (y la lactancia natural), a efectos de la prestación económica de la Seguridad Social ...” (artículo 3.1 RD 295/2009), aunque es lo cierto que el EBEP no regula expresamente este permiso.

Sin embargo, tratándose de una funcionaria incluida en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los funcionarios civiles del Estado, tanto el artículo 22 de la Ley sobre Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado, como el reglamento general de mutualismo administrativo y la Orden por la que se regula el pase a dicha situación, identifican esta como una situación de licencia.

589. ¿Qué procedimiento ha de seguir la funcionaria para acceder a la prestación de riesgo durante el embarazo y durante la lactancia natural?

Si se trata de una funcionaria incluida en el Régimen General de la Seguridad Social ha de seguir el procedimiento a que ya se ha hecho referencia en los apartados V y VI del capítulo III.

Cuando se trate de una funcionaria incluida en la normativa sobre Seguridad Social de los funcionarios civiles del Estado el procedimiento a seguir es el establecido en la Orden PRE 1744/2010, de 30 de junio, acreditando las situaciones de riesgo mediante informe médico e informes del servicio de prevención donde desempeña sus tareas la mutualista, y a la vista de dichos informes el órgano de personal procederá a conceder o denegar motivadamente la licencia solicitada (artículo 17 de la Orden citada), haciendo constar, para el supuesto de concesión que no procede el cambio de puesto de la mutualista.

590. ¿Cuál es la cuantía del subsidio correspondiente al permiso o licencia derivada de la situación de riesgo por embarazo o lactancia natural?

Tratándose de funcionarias incluidas en el Régimen General de la Seguridad Social, la cuantía del subsidio es equivalente al 100 por 100 de la base reguladora derivada de contingencias profesionales y correspondiente al mes anterior a la baja.

En cuanto a las funcionarias incluidas en el ámbito del mutualismo administrativo el subsidio será equivalente al 100 por 100 de las retribuciones básicas y complementarias.

591. ¿A quién corresponde el abono de dicho subsidio?

Para las funcionarias incluidas en el Régimen General el subsidio lo abona el INSS o la Mutua con la que se tenga concertada la cobertura de riesgos profesionales. Para aquellas otras incluidas en el mutualismo administrativo el subsidio lo abonará la Mutualidad de Funcionarios Civiles del Estado.

TEST DE AUTOEVALUACIÓN

1. ¿Tienen los funcionarios los mismos permisos que el personal laboral del sector privado?

- a) Sí, su regulación es coincidente.
- b) No, en general la regulación del EBEP es más favorable que la del ET.
- c) El personal funcionario puede optar libremente por la aplicación del EBEP o del ET.

2. ¿Tienen derecho los funcionarios al permiso por hospitalización de un familiar de primer grado de consanguinidad?

- a) Sí, procede el permiso ante cualquier hospitalización.
- b) Solo procede cuando concorra accidente o enfermedad grave.
- c) Depende de la decisión que libremente adopte cada Administración.

3. ¿Cuál es la duración del permiso por enfermedad grave de un familiar de segundo grado, que tiene su domicilio en otra localidad?

- a) Cuatro días hábiles.
- b) Tres días hábiles.
- c) Dos días hábiles.

4. Para que proceda el incremento de días ¿es necesario que exista una distancia mínima en el desplazamiento?

- a) Se exige como mínimo una separación de 100 kilómetros.
- b) Se exige una separación mínima de 75 kilómetros.
- c) Ni legal ni judicialmente se viene exigiendo una distancia mínima para que proceda el aumento de días.

5. ¿Tiene derecho un funcionario a la reducción de jornada por lactancia?

- a) Solo tienen derecho las funcionarias.
- b) Se trata de un derecho individual del personal funcionario con independencia de su sexo.
- c) Tendría derecho solo en los casos en los que la madre biológica también trabaje.

6. Cuando se sustituye la hora de ausencia por una reducción de jornada ¿cuál es la reducción para el personal funcionario?

- a) Media hora diaria.
- b) Media hora al inicio o al final de la jornada.
- c) Una hora al inicio y al final de la jornada.

7. Cuando el personal funcionario opte por la acumulación del permiso de lactancia ¿a partir de qué momento puede ejercitarse el derecho?

- a) En cualquier momento después del parto.
- b) Solo a partir de que finalice el periodo por nacimiento.
- c) Dependerá de las necesidades organizativas de la Administración de que se trate.

8. ¿Hasta cuándo puede extenderse la duración del permiso por cuidado del lactante del personal laboral al servicio de una Administración?

- a) Hasta que el menor cumpla 9 meses.
- b) Hasta que el menor cumpla 12 meses y con independencia de la duración del contrato.
- c) Hasta que cumpla 12 meses y siempre que el contrato esté en vigor.

9. ¿Tienen el mismo derecho a la reducción de jornada por lactancia los funcionarios interinos?

- a) Sí tienen el mismo derecho.
- b) Sí, pero sin posibilidad de acumulación.
- c) Carecen del derecho al tener un nombramiento temporal.

10. ¿Tiene derecho el personal funcionario a la prestación de corresponsabilidad en el cuidado del lactante?

- a) Sí, siempre que esté dado de alta en el Régimen General de la Seguridad Social.
- b) Sí, con independencia del Régimen de Seguridad Social que le resulte aplicable.
- c) No tiene derecho a dicha prestación.

11. En caso de nacimiento de dos hijos/as de un mismo parto ¿se produce el aumento del permiso de lactancia?

- a) El número de horas se mantiene inalterable.
- b) Se duplica el número de horas de ausencia o la reducción de jornada.
- c) Dependerá del acuerdo alcanzado en esa Administración.

12. ¿A quién corresponde el permiso regulado en el EBEP por nacimiento de hijos/as prematuros en el ámbito de las Administraciones públicas?

- a) Solo al personal funcionario.
- b) Solo al personal laboral.
- c) Al personal funcionario y laboral.

13. ¿Corresponde el permiso por hospitalización de hijo/as prematuros cuando el nacimiento se haya producido fuera del centro hospitalario?

- a) No, ya que el permiso solo se reconoce cuando la hospitalización tiene lugar tras el nacimiento en el propio centro.
- b) Sí corresponde, siempre que la hospitalización guarde relación directa con el parto.
- c) Solo procede el periodo cuando la causa deriva de enfermedad del neonato y no de la madre.

14. ¿Cuál es la duración de la ausencia en los casos de hospitalización de la persona recién nacida?

- a) Una hora diaria, igual que en el sector privado.
- b) Dos horas diarias, que pueden ser objeto de fraccionamiento.
- c) La que acuerden las partes.

15. ¿Se reducen las horas de ausencia por parto prematuro en los supuestos de trabajo a tiempo parcial?

- a) La duración de la ausencia es independiente de la jornada.
- b) La ausencia es proporcional a la jornada.
- c) Dependerá de lo establecido en los acuerdos o pactos alcanzados en cada Administración.

16. ¿Pueden acumularse las horas de ausencia a una reducción de jornada?

- a) No, ya que las horas de ausencia y las de reducción de jornada tienen carácter alternativo.
- b) Cabe la acumulación y en tales casos ambos periodos son retribuidos con cargo a la Administración de que se trate.
- c) Cabe la acumulación, pero solo se retribuye la ausencia y no la reducción de jornada.

17. ¿Cabe la posibilidad de que un funcionario reduzca la jornada para cuidado de un hijo de 14 años?

- a) Sí, al tratarse de un menor de edad.
- b) No, ya que el límite de edad se establece en los 12 años.
- c) Podría, siempre que no exista otro familiar que atienda al menor.

18. ¿Puede solicitarse la reducción de jornada para atender a los padres, ambos jubilados, que cuentan con recursos suficientes?

- a) La reducción de jornada se reconoce al margen de los recursos económicos.
- b) No procedería si los propios padres pueden financiarse su asistencia.
- c) La Administración goza de libertad para reconocer el derecho a la reducción aunque los padres aun permanezcan en activo y con ingresos suficientes.

19. ¿Cabe la posibilidad de reducir la jornada para ayudar a una persona discapacitada en sus desplazamientos al trabajo?

- a) Sí es posible tal reducción, pero con carácter no retribuido.
- b) No procede la reducción por el hecho de estar trabajando la persona discapacitada.
- c) Procede la reducción con carácter retribuido.

20. La reducción de jornada del personal funcionario para atender a un familiar de edad avanzada que no puede valerse por sí mismo ¿tiene un límite máximo o mínimo?

- a) La reducción no puede superar el 50 por 100 de la jornada ordinaria tal y como establece el ET.
- b) En el EBEP no existe ningún límite máximo o mínimo de reducción.
- c) La Administración puede imponer unos límites en función de sus necesidades organizativas.

21. ¿Puede solicitarse alguna reducción temporal de jornada en el ámbito funcional sin pérdida de retribución?

- a) No cabe reducir la jornada y mantener íntegramente las retribuciones.
- b) Es posible en los casos de enfermedad muy grave de un familiar de primer grado de consanguinidad o afinidad y por el plazo de un mes.
- c) Solo es posible por enfermedad muy grave de pariente consanguíneo de primer grado y por el plazo de un mes.

22. ¿Se tendría derecho a la reducción de jornada, sin pérdida de retribución y por periodo de un mes, por enfermedad muy grave del cónyuge?

- a) No, ya que el cónyuge no es familiar consanguíneo.
- b) Se viene admitiendo pacíficamente.
- c) Es facultativo reconocer este derecho por parte de la Administración.

23. ¿Puede solicitar un funcionario un permiso retribuido de un mes para atender a un hermano con una enfermedad grave, al carecer de otros familiares que puedan ayudarle?

- a) Sí tiene derecho al permiso.
- b) Carece del derecho, al no ser un familiar de primer grado.
- c) Ninguna respuesta es correcta.

24. Una trabajadora que tiene la condición de personal laboral al servicio de un Ayuntamiento ¿podría solicitar el permiso retribuido reconocido a las funcionarias en estado de gestación?

- a) Tendría el mismo derecho que las funcionarias, ya que lo contrario implicaría un trato discriminatorio.
- b) Tendría derecho, pero el permiso sería no retribuido.
- c) Este permiso solo está previsto para las funcionarias en estado de gestación.

25. Las trabajadoras con relación estatutaria ¿tienen derecho a la prestación por riesgo durante el embarazo?

- a) No está prevista su aplicación a dicho personal.
- b) La normativa reguladora de dicha prestación de Seguridad Social expresamente incluye a dicho personal estatutario.
- c) Tiene derecho a la prestación, la cual corre a cargo exclusivamente de la Administración para la que presta servicios.

26. ¿Puede el personal funcionario acceder al permiso para cuidado de un hijo con cáncer, cuando el otro progenitor no trabaja?

- a) Sí, ya que se trata de un derecho individual e independiente de la situación del otro progenitor.
- b) El reconocimiento del derecho es potestativo para la Administración.
- c) No tiene derecho a la reducción de jornada propia de este permiso.

27. ¿Hasta qué momento puede prolongarse la reducción de jornada por cuidado de un menor afectado de cáncer u otra enfermedad grave?

- a) Mientras persista la necesidad de cuidados.
- b) Mientras que el menor no tenga 18 años.
- c) Mientras las necesidades del servicio lo permitan.

28. ¿Tiene derecho un funcionario a que se reduzca su jornada en un 30 por 100 para atender al cuidado de un hijo con una grave enfermedad?

- a) Sí es posible dicha reducción.
- b) La reducción ha de ser como mínimo del 50 por 100 de la jornada.
- c) Cabe dicha reducción, si las partes afectadas así lo acuerdan.

29. ¿Quién retribuye la reducción de jornada del personal funcionario por cuidado de un hijo menor que padece cáncer?

- a) La propia Administración en la que presta servicios.
- b) La Seguridad Social.
- c) La reducción de jornada carece de retribución compensatoria.

30. ¿Podría percibir un funcionario la prestación de Seguridad Social para cuidado de un hijo menor, que padece una grave enfermedad, teniendo en cuenta que dicho funcionario está dado de alta en el Régimen General de la Seguridad Social?

- a) Tiene derecho a la prestación, al igual que el personal laboral.
- b) La normativa reguladora de la prestación excluye al personal funcionario.
- c) Tendría derecho si ha cotizado al menos el periodo exigido para los supuestos de incapacidad temporal derivada de enfermedad común.

SOLUCIÓN A LOS TEST

Capítulo 1

1. b
2. c
3. c
4. b
5. b
6. c
7. a
8. b
9. c
10. b
11. c
12. a
13. c
14. c
15. a
16. a
17. a
18. c
19. b
20. a

Capítulo 2

1. a
2. b
3. b
4. c
5. a
6. b
7. a
8. c
9. c
10. a
11. b
12. c
13. b
14. c
15. a
16. b
17. b
18. c
19. a
20. c
21. b
22. c
23. c
24. a
25. c
26. b
27. c
28. a
29. b
30. c

Capítulo 3

1. c
2. a
3. b
4. c
5. a
6. c
7. b
8. c
9. c
10. a
11. b
12. b
13. c
14. a
15. b
16. c
17. c
18. b
19. a
20. b
21. a
22. c
23. a
24. b
25. a
26. b
27. c
28. b
29. b
30. c

Capítulo 4

1. b
2. b
3. a
4. c
5. b
6. b
7. b
8. c
9. a
10. c
11. b
12. c
13. b
14. b
15. a
16. c
17. c
18. a
19. b
20. b
21. c
22. b
23. b
24. c
25. b
26. c
27. b
28. b
29. a
30. a

OTROS TÍTULOS DE ESTA COLECCIÓN

GUÍA PRÁCTICA DE INCAPACIDAD TEMPORAL.

*Luis Collado García; María José Romero Rodenas
y Encarna Tarancón Pérez*

GUÍA PRÁCTICA DE ACCIDENTE DE TRABAJO.

*Luis Collado García; María José Romero Rodenas
y Encarna Tarancón Pérez*

GUÍA PRÁCTICA DE PLANES DE IGUALDAD.

María José Romero Rodenas

GUÍA PRÁCTICA DE ELECCIONES SINDICALES.

*Luis Collado García, Cristina Peral Abella,
María José Romero Rodenas y Encarna Tarancón Pérez*

GUÍA PRÁCTICA SOBRE PREVENCIÓN RIESGOS BIOLÓGICOS Y COVID-19.

*María José Romero Rodenas (coordinadora); Luis Collado García;
Francisco J. Trillo Párraga; Nuncia Castelli; Jesús Molinero Ferrer y
Encarna Tarancón Pérez*

GUÍA PRÁCTICA SOBRE ERTES POR CAUSAS DE FUERZA MAYOR Y ETOP.

Luis Collado García y Francisco José Trillo Párraga

