

IGUALDAD Y CONCILIACIÓN DE VIDA PERSONAL, FAMILIAR Y LABORAL DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS EN LAS ADMINISTRACIONES ANDALUZAS

M^a TERESA VELASCO PORTERO
PILAR NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS

*Profesoras Doctoras de Derecho del Trabajo
y la Seguridad Social de INSA–ETEA
Universidad de Córdoba*

EXTRACTO **Palabras Clave: Sector Público, Conciliación Vida Familiar y Laboral**

La regulación de los derechos de conciliación en el empleo público es un tema que se caracteriza por una profunda dispersión y complejidad, por varios factores: diversidad de regímenes de vinculación por parte de los empleados (fundamentalmente laboral y funcionario); dispersa regulación autonómica que, a su vez, regula de manera conjunta peculiaridades de los derechos de los distintos tipos de empleados públicos. Todo ello hace particularmente necesaria una sistematización de los derechos de conciliación de los empleados públicos en el ámbito de la Comunidad Autónoma Andaluza.

A ello se dedica el presente trabajo, de suma utilidad en el caso de las Administraciones locales andaluzas, dado que su regulación específica prevé que sus empleados “tendrán derecho a las recompensas, permisos, licencias y vacaciones retribuidas previstas en la legislación sobre función pública de la Comunidad Autónoma respectiva y, supletoriamente, en la aplicable a los funcionarios de la Administración del Estado (art. 142 del RDLeg 781/1986, de 18 de abril, texto refundido de Régimen Local).

ABSTRACT **Key Words: Public Sector, Work and family-life conciliation**

The regulation and of work and family–life conciliation rights of public employment is complex and unique due to various reasons. Namely, it contains different employer’s regime (applied mainly to labour and civil servants) and it has a scattered autonomic regulation that rules the particularities of civil servants’ rights. All together, leads to the systematization of the conciliation rights of the government employees in the Andalusian Autonomous Community (Comunidad Autónoma Andaluza).

The present work deals with this dilemma; in the case of local Andalusian administration it results quite useful, since the specific regulation foresees that the employers “would have the right” to be rewarded days–off, licensing, and paid holidays in the legislation of the civil servants of each Autonomous community. And it is also applicable to the civil servants of the State Administration (from the article number 142 of the RDLeg 781/1986, April 18th the amended text of the Local Regime).

INDICE

1. MARCO JURÍDICO EN MATERIA DE CONCILIACIÓN PARA LOS EMPLEADOS PÚBLICOS DE LAS ADMINISTRACIONES ANDALUZAS
2. CATÁLOGO DE MEDIDAS DE CONCILIACIÓN PARA EL PERSONAL DE LAS ADMINISTRACIONES ANDALUZAS
 - 2.1. Excedencias familiares
 - 2.1.1. La excedencia por cuidado de familiares
 - 2.1.2. El derecho a la excedencia voluntaria por reagrupación familiar
 - 2.2. Reducciones de jornada
 - 2.2.1. Por lactancia
 - 2.2.2. Por parto prematuro u hospitalización del neonato
 - 2.2.3. Por guarda legal y cuidado directo de menor o persona necesitada
 - 2.2.4. Mantenimiento del salario por enfermedad muy grave de familiar
 - 2.2.5. Adaptación de la duración y distribución de la jornada
 - 2.3. Suspensiones y permisos
 - 2.3.1. Derivados del parto, adopción o acogimiento y paternidad
 - 2.3.2. Exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto
 - 2.3.3. Permiso por fallecimiento, accidente o enfermedad de familiar
 - 2.3.4. Riesgo durante el embarazo o durante la lactancia
 - 2.3.5. Cumplimiento de los deberes derivados de la conciliación
 - 2.4. Vacaciones y conciliación
3. LA PROTECCIÓN DE LA EMPLEADA PÚBLICA VÍCTIMA DE VIOLENCIA DE GÉNERO
 - 3.1. Condiciones para el ejercicio de los derechos
 - 3.2. La protección de la funcionaria víctima de violencia de género
 - 3.2.1. Derecho a reducción o reordenación del tiempo de trabajo
 - 3.2.2. Justificación de las faltas de asistencia
 - 3.2.3. Movilidad por violencia de género
 - 3.2.4. Excedencia por razón de violencia de género
 - 3.3. La protección de la trabajadora laboral víctima de violencia de género
 - 3.3.1. Derecho a la reducción o reordenación del tiempo de trabajo
 - 3.3.2. El derecho a la movilidad geográfica
 - 3.3.3. Derecho a la suspensión contractual
 - 3.3.4. Posibilidad de dimisión con acceso a prestación por desempleo
 - 3.3.5. Protección frente al despido

1. MARCO JURÍDICO VIGENTE EN MATERIA DE CONCILIACIÓN PARA LOS EMPLEADOS PÚBLICOS DE LAS ADMINISTRACIONES ANDALUZAS

A nivel internacional y comunitario, se ha planteado la necesidad de la conciliación del trabajo y la familia como una condición vinculada de forma inequívoca a la nueva realidad social. Reflejo de ello, en la IV Conferencia mundial sobre las mujeres, celebrada en Pekín en septiembre de 1995, se incluyó como objetivo estratégico fomentar el equilibrio en el reparto de las responsabilidades laborales y familiares entre hombres y

mujeres y, como resultado, en la Declaración, aprobada por los 189 Estados allí reunidos, se reafirmó este compromiso. Por su parte, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea del año 2000 incluyó una mención expresa a la conciliación de vida familiar y vida laboral, reconociendo el derecho de toda persona a ser protegida contra un despido por una causa relacionada con la maternidad, así como el derecho a un permiso pagado por maternidad y a un permiso parental con motivo del nacimiento o de la adopción de un niño. Así pues, la conciliación, entendida como el conjunto de medidas tendentes a posibilitar el equilibrio entre el trabajo remunerado, la familia y la vida privada, se situó como principal prioridad en la política familiar a nivel europeo.

Debido al especial sesgo de género que, aun hoy en día, “arrastran” los trabajos del cuidado de la familia, la conciliación de la vida laboral y familiar se encuentra íntimamente ligada a la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres¹. Por ello, la Ley Orgánica para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres de 22 de marzo de 2007 (en adelante LOI) dedicó especial atención a los derechos de conciliación, regulando con exhaustividad un conjunto de medidas laborales y de seguridad social para el ámbito del empleo privado, mientras que para el ámbito del empleo público hizo una referencia general en su artículo 56, en el sentido de prever que en su regulación se establecieran medidas de protección de la maternidad y conciliación de vida personal, familiar y laboral².

Pese a que la literalidad de la LOI parece darle una importancia subsidiaria a la conciliación en el ámbito del empleo público, pues se detiene mucho más en regular los derechos de los trabajadores por cuenta ajena, no podemos minusvalorar el papel de los derechos de conciliación en este ámbito. Es más, podemos decir que la función de garantizar la igualdad de oportunidades que otorga la Constitución a los poderes públicos debe traducirse en que los traba-

¹ Y, por ello, sus raíces se asientan en los artículos 9.2., 14 y 39.1 de la CE. En ellos se reconoce, respectivamente, el principio de igualdad ante la ley y de no discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión u opinión o cualquier otra condición; así como “el deber de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia” y, “promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas...”.

² Art. 56 *Permisos y beneficios de protección a la maternidad y la conciliación de la vida personal, familiar y laboral*. Sin perjuicio de las mejoras que pudieran derivarse de acuerdos suscritos entre la Administración General del Estado o los organismo públicos vinculados o dependientes de ella con los representantes del personal al servicio de la Administración Pública, la normativa aplicable a los mismos establecerá un régimen de excedencias, reducciones de jornada, permisos y otros beneficios con el fin de proteger la maternidad y facilitar la conciliación de la vida persona, familiar y laboral. Con la misma finalidad se reconocerá un permiso de paternidad, en los términos que disponga dicha normativa.

jadores de las Administraciones Públicas gocen de una especial protección en esta materia, actuando así la Administración como punta de lanza, marcando al empresario privado la dirección en la cual debe avanzar.

A pesar de ello, la regulación de los derechos de conciliación en el empleo público es un tema que adolece de una profunda dispersión y complejidad, por diversos motivos. El primero de ellos es que se trata de un ámbito que abarca una amplia diversidad de sujetos contratantes (administración estatal, administraciones autónomas, administraciones locales...), cada uno con sus propias fuentes; a esto hay que añadir que, en cada Administración, coexisten trabajadores con diversos regímenes jurídicos, de manera que estos pueden ser tanto funcionarios de carrera como interinos, personal laboral e incluso, en algunas administraciones (como la sanitaria) personal estatutario. Es decir, que los derechos de las personas que trabajan para la Administración no se regulan de forma conjunta, sino a través de normas que pertenecen a distintas ramas del ordenamiento jurídico, cada una con su particular sistema de fuentes, sistematicidad interna y régimen jurídico.

Un problema añadido es que la LOI (que, como hemos dicho, se ocupa expresamente de los derechos de conciliación de vida personal, familiar y laboral), es mucho más prolija en lo referente a los derechos de los trabajadores por cuenta ajena que en sus referencias a los empleados públicos. Para los trabajadores de la Administración hace simplemente una referencia de carácter abierto y no exhaustivo que consiste en que, junto a la mención expresa de los derechos de los empleados públicos a las excedencias, reducciones de jornada y permisos, habla en general de establecer “otros beneficios” ligados a la maternidad o la conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Hemos de tener en cuenta que tanto el contenido del art. 56 como el del 57 de la LOI, se refieren, de forma genérica, al empleo en la Administración estatal, u organismos de ella dependientes, marcando un régimen básico aplicable a todas las Administraciones Públicas (también a las Administraciones autonómica y local) con amparo en el art. 149.1.18^a de la Constitución Española. Lo que pretende es establecer un régimen primario, imponiendo al legislador el desarrollo de una normativa que incluya una serie de permisos y beneficios tendentes a mantener un adecuado sistema de protección del derecho a la igualdad y de la corresponsabilidad en el desarrollo de la vida familiar. Es decir, que la regulación básica contenida en la LOI afecta a todos los sujetos que presten servicios para la Administración Pública, sea cual sea su estatuto jurídico.

Por otra parte, el articulado de la LOI establece también una mención expresa a dos tipos de empleados públicos: las Fuerzas Armadas (arts. 65 y 66) y las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (arts. 67 y 68), en el sentido de que también en estas Fuerzas y Cuerpos se respetará el principio de igualdad,

y se aplicarán las normas referidas al personal de las Administraciones Públicas, con las necesarias adaptaciones. Asimismo, en las Disposiciones Adicionales, se establecen modificaciones en la normativa de este personal, así como en la del personal Estatutario de los Servicios de Salud (DA 22^a), en el sentido de reconocer a estos últimos el mismo régimen de permisos y licencias reconocidos por la sobre conciliación de vida laboral y familiar y por la propia LOI.

La cuestión era aún más dispersa por el hecho de que hasta el año 2007 no ha existido un texto legal que regulase de forma completa y con carácter general el régimen estatutario de quienes trabajan para la Administración, a pesar de la propia CE establecía la obligación de que la ley regulase el estatuto de los funcionarios públicos. Finalmente, con casi treinta años de demora, vio la luz la Ley 7/2007, de 12 de abril, que aprobó el Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante EBEP). Se trata de una norma mixta que, reconociendo la dualidad de regímenes de vinculación con la administración (funcionarial más contratación laboral), establece que se aplica “al personal funcionario y, en lo que proceda, al personal laboral al servicio de las administraciones territoriales, en sus tres niveles, es decir: a la Administración General del Estado, a las Administraciones de las CCAA y de las ciudades de Ceuta y Melilla y a las Administraciones de las Entidades Locales; también se aplica a los empleados públicos de organismos públicos, agencias y demás entidades de derecho público con personalidad jurídica propia³.

El concepto de “empleado público” había sido acuñado por la doctrina, pero no se había incorporado a nuestro ordenamiento hasta la aprobación del EBEP, cuyo art. 8 establece que “son empleados públicos quienes desempeñan funciones retribuidas en las Administraciones Públicas, al servicio de intereses generales”. Dichos empleados públicos “se clasifican en funcionarios de carrera, funcionarios interinos, personal laboral (ya sea fijo, por tiempo indefinido o temporal), y personal eventual”. A pesar del carácter omnicompreensivo de la norma, se mantiene la tradicional dicotomía entre personal funcionario y personal laboral, indicándose en la Exposición de Motivos de la ley que el personal laboral incorpora, por razón de su estatuto jurídico, una mayor flexibilidad y una mayor proximidad a los criterios de gestión de la empresa privada. Teniendo esto en cuenta, la regulación del EBEP incorpora, por un lado, preceptos aplicables exclusivamente a los funcionarios de carrera, otros aplicables a los funcionarios en general (de aplicación por tanto al personal interino y eventual) por otro, preceptos, aplicables solo al personal laboral y un tercer

³ Sobre el complejo tema del ámbito de aplicación del EBEP, vid. Azemar I Mallard, L., (2008), en Del Rey Guanter, S. *et. al.* (2008) pp. 125 y ss.; Sánchez Morón, M. *et al* (2007), p. 54 y ss.

grupo de principios, y también de normas, que son de aplicación a todos los empleados públicos, es decir, de forma indistinta a funcionarios y contratados laborales. Así, entre otros, son aplicables de forma exclusiva a los funcionarios de carrera los preceptos relativos a carrera profesional (art. 16, 17 y DA 10^a), promoción interna (art. 18) y regulación de jornada de trabajo, permisos y vacaciones (arts. 47 a 50); temas todos ellos íntimamente relacionados con la conciliación de vida personal, familiar y laboral. Respecto a los preceptos en la materia que nos ocupa, aplicables exclusivamente a los empleados laborales, señalar que, en la mayoría de los casos, remiten directamente a la legislación laboral y las normas convencionales; sin embargo, el art. 51 del EBEP establece que para el régimen de jornada de trabajo, permisos y vacaciones del personal laboral se estará a lo establecido en el propio EBEP y en la legislación laboral correspondiente.

Por otra parte, hay empleados públicos que tienen su legislación específica que, en principio, es respetada por el EBEP: es el caso del personal docente (universitario y no universitario) y el personal estatutario de los Servicios de Salud⁴. Este personal se rige tanto por su legislación específica como por el EBEP, con excepción a lo relativo a carrera profesional y promoción interna, las retribuciones complementarias y la movilidad voluntaria entre Administraciones Públicas. Otras peculiaridades que puedan contemplarse en la legislación específica de uno y otro personal no podrán contradecir lo previsto en el EBEP. Es decir, salvo para las materias mencionadas, se les aplican las normas del EBEP referidas al conjunto de los empleados públicos, ya que según su art. 2.4 “cada vez que este Estatuto haga mención del personal funcionario de carrera se entenderá comprendido el personal estatutario de los servicios de salud”⁵. Este precepto es congruente con lo establecido para el personal estatutario por la DA 22^a LOI, de manera que les resulta de aplicación lo establecido en los arts. 48 y 49 EBEP, relativos al régimen de permisos de los funcionarios⁶.

No son estas las únicas disposiciones legales aplicables. Siendo el EBEP una ley dictada dentro de la competencia exclusiva que tiene el Estado en el

⁴ Sobre el derecho a la no discriminación por razón de sexo del personal estatutario, íntimamente conectado con el ejercicio de los derechos de conciliación, *vid.* Sempere Navarro, A.V. y Sánchez Trigueros, C. (2006), p. 19 y ss.

⁵ En este sentido, Sánchez Morón, M. (2007), p. 63.

⁶ En el mismo sentido, Purcallá Bonilla, M.A. en García Ninet, I. (Dir.) (2007), p. 877. En sentido contrario, Cayón de las Cuevas, J. (2007), p. 7; considera que, a tenor de la literalidad del art. 48 EBEP, la regulación en esta materia será la establecida en la Ley 55/2003 del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud (en adelante, EM), y tan solo supletoriamente por el EBEP. De todas formas, la discusión es bizantina, ya que el EM, por su parte, remite al régimen establecido para los funcionarios públicos por la LOI, lo cual iguala en todo caso el régimen de permisos de funcionarios y personal estatutario.

establecimiento de las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas (art. 149.1.18), nada impide que las distintas Comunidades Autónomas desarrollen dichas normas con respecto al personal a su servicio, incluyendo estos mismos aspectos o, en su caso, amplíen el abanico de medidas⁷, en virtud de la competencia para organizar su propia Administración, siempre que se haga con respeto a la citada regla 18ª del art. 149.1 de la Constitución Española⁸. En concreto, la Junta de Andalucía lo ha hecho a través de varios instrumentos, tanto para su personal funcionario como laboral, fundamentalmente a través de el Decreto 347/2003, de 9 de diciembre, de la Consejería de Justicia y Administración Pública (en adelante, Decreto 347/2003), que modifica, a su vez el Decreto 349/1996, de 16 de julio, por el que se regulan las diversas formas de prestación del tiempo de trabajo del personal funcionario en la Administración de la Junta de Andalucía (en adelante, Decreto 349/1996)⁹. Y también con carácter reciente la ISG 3/2007, de 10 de julio, de la Secretaria General para la Administración Pública sobre la aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público en el ámbito de la Administración General de la Junta de Andalucía (en adelante, ISG 3/2007) y su complementaria, la ISG 4/2007, de 11 de diciembre, que corrige y amplía algunos de los aspectos de la anterior (en adelante, ISG 4/2007). Dichas Instrucciones son de aplicación no solo al personal funcionario, de carrera e interino, que presta servicios en la Administración General de la Junta de Andalucía, sino también al personal laboral, indefinido o temporal, siempre que estén incluidos en el ámbito de aplicación del VI Convenio Colectivo del Personal Laboral al servicio de la Administración de la Junta de Andalucía (art. 2 ISG 3/2007).

Por otra parte, la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, para la promoción de la Igualdad de Género en Andalucía (en adelante, LAI), contiene una serie de previsiones sobre la conciliación en el empleo público en Andalucía¹⁰, que aún no han sido objeto de desarrollo reglamentario, por lo que han quedado como declaraciones programáticas han de ser concretadas por la normativa de desarrollo y la negociación colectiva¹¹.

El conjunto de factores mencionados (diversidad de regímenes de vinculación, diversidad de sujetos, existencia de una normativa básica y dispersa regulación autonómica, que a su vez regula de manera conjunta los derechos de los

⁷ Vid. Ley (Cataluña) 8/2006, de 5 de julio, de Medidas de conciliación de la vida personal, familiar y laboral del personal al servicio de las administraciones públicas de Cataluña.

⁸ Vid. DF primera. 2 LOI.

⁹ BOJA nº 244/de 19 de diciembre de 2003.

¹⁰ Fundamentalmente en sus artículos 32, 33, 36, 39 y 40.

¹¹ Es clave, por ejemplo, la anunciada ampliación del permiso de paternidad a cuatro semanas, para todos los empleados públicos, previsto en el art. 40 LAI.

distintos tipos de empleados públicos) hace particularmente necesaria una sistematización de los derechos de conciliación de los empleados públicos en el ámbito de la Comunidad Autónoma Andaluza. A ello dedicamos el presente trabajo, que será también de suma utilidad en el caso de las administraciones locales andaluzas, ya que en virtud del art. 142 del RDLeg 781/1986, de 18 de abril, que aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local; sus funcionarios “tendrán derecho a las recompensas, permisos, licencias y vacaciones retribuidas previstas en la legislación sobre función pública de la Comunidad Autónoma respectiva y, supletoriamente, en la aplicable a los funcionarios de la Administración del Estado”. Por tanto, el régimen legal y reglamentario de los derechos de conciliación de ambos tipos de empleados públicos de la Administración autónoma andaluza y de las administraciones locales es el mismo, a salvo de las que en cada caso se establezcan en la negociación colectiva para cada concreto ámbito funcional y territorial. Es decir, que hay que completar todo ello con las previsiones establecidas en la negociación colectiva, de carácter muy diverso dependiendo del ámbito de la negociación.

En este sentido, hay que señalar que, si bien es verdad que tanto la LOI como la LEBEP han recogido a nivel legal importantísimos derechos en el ámbito de la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, que hoy son de aplicación general, no podemos olvidar el importantísimo papel asumido por la negociación colectiva en esta materia, puesto que se anticipó a las reformas legislativas. Un elemento clave fue el llamado Plan Concilia, pionero a nivel nacional, fruto del Acuerdo alcanzado el 7 de diciembre de 2005 entre la Administración del Estado y las Organizaciones Sindicales UGT, CSI-CSIF y SAP sobre medidas retributivas y mejora de las condiciones de trabajo y la profesionalización de los empleados públicos, en el que, entre otros cuatro puntos más, se incluían medidas para la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y otras dirigidas a la protección integral contra la violencia de género. El Acuerdo quedó plasmado en la Orden APU/3902/2005, de 15 de diciembre, que dispuso su publicación¹² y comenzó a estar en vigor a partir del 1 de enero de 2006, con el compromiso del Gobierno de impulsar las medidas de carácter legislativo, reglamentario y otras que resultasen procedentes para dar efectivo cumplimiento a los compromisos adquiridos en el Acuerdo¹³.

¹² (BOE 16 diciembre 2005, núm. 300/2005).

¹³ El Acuerdo, cuyo contenido sigue vigente, recogió lo que en aquel momento fueron importantes novedades, como una reestructuración de la jornada de trabajo en el sentido de mantener el número de horas semanales pero reducir la parte fija del horario; fijando la parte flexible se fijaba en un tercio del total, sin que nunca se pudiesen rebasar las 18:00 horas. Por otra parte, se instauraron diversas medidas de reducción de jornada y excedencias por cuidado de familiares; más flexibilidad de horario en supuestos concretos; modificaciones en el permiso de

Teniendo en cuenta todo ello, el presente estudio se centra en sistematizar los derechos de conciliación de vida personal, familiar y laboral de los empleados públicos de las administraciones andaluzas, distinguiendo entre los que corresponden a los funcionarios y aquellos que corresponden al personal sometido a la legislación laboral. Dicha diferenciación es absolutamente necesaria, dada la diversidad de regímenes jurídicos de ambos tipos de empleados.

2. CATÁLOGO DE MEDIDAS DE CONCILIACIÓN PARA EL PERSONAL AL SERVICIO DE LAS ADMINISTRACIONES ANDALUZAS

El conjunto de medidas de conciliación de vida personal, familiar y laboral de los empleados de las administraciones andaluzas es muy variado, con una profusa casuística, manteniendo diferencias entre distintos regímenes de vinculación que no siempre están justificadas; si bien es cierto que las diferencias son menores que en el caso de la Administración del Estado. Ello es así porque las ISG 3/2007 y ISG 4/2007 de la Consejería de Justicia y de Administración Pública homogeneizan, en la medida de lo posible, la regulación de los derechos de los distintos tipos de empleados públicos.

Por claridad expositiva, en el presente estudio se agrupan los distintos derechos en función del tipo de medida y, dentro de cada medida, diferenciando según el hecho que la motiva. En cada caso, se exponen por separado el régimen jurídico de los derechos que pueden ejercer los funcionarios y el de los que corresponden a los trabajadores laborales¹⁴.

2.1. Excedencias familiares

Aunque con el mismo nombre, la excedencia es una figura distinta en el caso de los funcionarios que en el caso de los trabajadores laborales. Para los funcionarios es una situación administrativa, que asegura el mantenimiento de una relación jurídica permanente con la Administración Pública, aunque provi-

maternidad y, de manera muy señalada, se creó el permiso de paternidad, medida estrella que después se reconoció para los trabajadores por cuenta ajena por medio de la LOI de 2007. También se establecieron medidas relacionadas con el derecho a la formación y promoción profesional durante el periodo de ejercicio de los derechos de conciliación.

¹⁴ Para no alargar este estudio, no haremos referencia expresa al personal estatutario, cuya regulación viene determinada tanto por lo establecido en el EBEP como por lo establecido en el EM, como hemos indicado *sup*. Además, este personal cuenta con Acuerdos colectivos y Resoluciones propias en el ámbito de la Comunidad Autónoma Andaluza [*vid.* Cruz Villalón, J. (Coord.) (2005), *La negociación colectiva en la Administración Pública Andaluza*].

sionalmente no se esté desempeñando ninguna función pública concreta. En el caso de los trabajadores laborales, puede tratarse de un supuesto de suspensión, con reserva de puesto de trabajo (en el caso de excedencia forzosa), o bien puede tratarse de una situación en que a las partes se las exonera de sus obligaciones recíprocas de trabajar y retribuir, y el trabajador conserva durante un tiempo un derecho preferente al reingreso.

A pesar de ello, en las Administraciones Públicas prácticamente se está llegando a una igualación casi total del contenido de ambas figura, en virtud en unos casos de las recientes modificaciones legislativas (como ha ocurrido, por ejemplo, en el supuesto que nos ocupa de las situaciones de excedencia por cuidado de familiares) y, en otras ocasiones, a través de los correspondientes convenios colectivos. Se trata de una situación deseable, en aras de la homogeneización de las condiciones de los empleados de cada Administración, factor que facilita la gestión de los recursos humanos en dichas entidades.

Expondremos los distintos supuestos de excedencias por motivos familiares del empleado público, separando entre personal funcional y laboral:

2.1.1. *La excedencia por cuidado de familiares*

En cuanto a los funcionarios públicos su regulación se encuentra en el 89.4 EBEP. En este caso, la excedencia se concede en dos supuestos: para atender al cuidado de cada hijo (ya sea por naturaleza o por adopción o acogimiento permanente o preadoptivo), así como para atender al cuidado de un familiar que se encuentre a su cargo, hasta el segundo grado inclusive de consanguinidad o afinidad por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad que no pueda valerse por sí mismo y no desempeñe actividad retribuida.

La duración será tres años como máximo. En el caso de cuidado de hijo, el plazo se cuenta desde la fecha de nacimiento o, en su caso, desde la resolución judicial o administrativa. El período de excedencia será único por cada sujeto causante, de manera que, cuando un nuevo sujeto causante diera origen a una nueva excedencia, su inicio dará fin a la que se viniera disfrutando. En el caso de que dos funcionarios generasen el derecho al disfrute por el mismo sujeto causante, la Administración podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas relacionadas con el funcionamiento de los servicios.

Por lo que respecta a los efectos, consisten en la reserva del puesto de trabajo durante al menos dos años. Transcurrido este tiempo, la reserva será de un puesto de trabajo en la misma localidad y de igual retribución. Este es el régimen general, aplicable a raíz de la entrada en vigor del EBEP: anteriormente, el tiempo de reserva del puesto de trabajo era tan solo durante un año, aunque los funcionarios de las administraciones públicas andaluzas tienen una

mejora introducida por la ISG 3/2007, cuyo apartado 7.E. dispone la ampliación del plazo de reserva del puesto de trabajo hasta los dos primeros años de la excedencia (también aplicable en supuesto de excedencia para el cuidado de otros familiares) a aquellas excedencias que, en fecha 1 de enero de 2006, aun no hubieran agotado el primer año de duración de la misma.

En caso de fallecimiento del familiar, el plazo máximo se extinguirá. Si el funcionario no solicita el reingreso antes de la finalización del plazo máximo, será declarado en situación de excedencia voluntaria por interés particular.

Para todos los funcionarios, el tiempo de excedencia se computa a efectos de trienios, carrera y derechos en el régimen de Seguridad Social que le sea de aplicación¹⁵ y, además, mientras dura esta situación los funcionarios tienen derecho a participar en los cursos de formación que convoque la Administración. En el caso de las administraciones andaluzas se establece expresamente que el tiempo de permanencia en esta situación será computable para participar en las pruebas de promoción interna.

Según la literalidad del EBEP, lo expuesto tan solo se aplicaría a una parte de los empleados públicos, puesto que se regula en el art. 84.9 EBEP, que expresamente señala que quienes pueden acogerse a estas medidas son “los funcionarios de carrera”, lo que deja fuera de su ámbito de aplicación no solo al personal laboral (que tiene una regulación específica), sino también al personal eventual e interino (que quedarían sin derecho a ningún tipo de excedencia)¹⁶. Esta exclusión es criticable, por lo que es de desear una reforma expresa del precepto en este sentido o bien un pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre el particular; pues su exclusión bien puede tacharse de discriminatoria. No obstante, en el ámbito de la Administración pública andaluza este problema se encuentra solventado en virtud del reconocimiento del derecho en el artículo 7.D de la ISG 3/2007, que es aplicable a todos los funcionarios, tanto los de carrera como los interinos y eventuales.

¹⁵ En opinión de Lorenzo de Membiela, J. (2008), esto significa que el disfrute de la excedencia se computará a efectos de trienios, consolidación de grado personal y derechos pasivos (p. 399).

¹⁶ La cuestión, que estaba clara durante la vigencia de la LMRP, en el sentido de no aplicarse más que a los funcionarios de carrera, quedó modificada por la LOI, cuyo art. 56 reformó la LMRFP en el sentido de considerar el derecho de “los funcionarios” a la excedencia para el cuidado de hijos, y, señala, con carácter general, como titulares del derecho a un régimen de excedencias “al personal al servicio de la Administración”. Sin embargo, el problema resurgió con la posterior aprobación del EBEP, que volvió a regular el derecho a la excedencia por cuidado de familiares y por agrupación familiar entre los derechos de los funcionarios de carrera. Hay que recordar, sin embargo, la doctrina establecida en la STC de 24 de julio de 2000, que de manera contundente reconoció la excedencia para el cuidado de hijo al personal funcionario que no sea de carrera, basándose en la relevancia constitucional que tiene la protección a la familia (Vid. FJ 5º STC 24-07-00)

Por lo que respecta al personal laboral, se les reconoce el derecho a solicitar la excedencia tanto para atender al cuidado de hijos como para atender a familiares, aunque con efectos distintos en uno y otro caso. La regulación básica viene dada por el artículo 46.3 del ET.

En cuanto a la excedencia para el cuidado de hijos, da derecho a ella tanto el nacimiento como la adopción, y el acogimiento tanto permanente como preadoptivo, aunque éstos sean provisionales, a contar desde la fecha de nacimiento o, en su caso, de la resolución judicial o administrativa. Por tanto, los supuestos son más amplios que para los funcionarios, puesto que se amplía a los casos de acogimiento provisional. La duración de la excedencia para el cuidado de hijos será no superior a tres años. También puede solicitar la excedencia para el cuidado de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad que, por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad, no pueda valerse por sí mismo, y no desempeñe actividad retribuida, aunque en este caso la duración será no superior a dos años. Tanto en el caso de la excedencia para el cuidado de hijos como en de la excedencia por cuidado de familiares, el periodo de duración podrá disfrutarse de forma fraccionada. Cuando un nuevo sujeto da derecho a la excedencia, su inicio dará fin a la que se viniese disfrutando.

El periodo en que el trabajador permanezca en situación de excedencia será computable a efectos de antigüedad, y el trabajador tendrá derecho a la asistencia a cursos de formación profesional. Durante el primer año tendrá derecho a la reserva del su puesto de trabajo, y a partir de ese momento, la reserva queda referida a un puesto de trabajo del mismo grupo profesional o categoría equivalente. No obstante, cuando el trabajador forme parte de una familia numerosa, la reserva de su puesto de trabajo se extenderá hasta un máximo de 15 meses cuando la familia numerosa sea de categoría general y 18 meses si se trata de categoría especial. Se echa en falta con respecto a los trabajadores laborales la previsión de que la reserva sea de un puesto de trabajo en la misma localidad, como ocurre con los funcionarios.

2.1.2. El derecho a la excedencia voluntaria por reagrupación familiar

Para los funcionarios, el derecho a la excedencia voluntaria por reagrupación familiar está reconocido por el art. 89.4 EBEP entre los derechos de los funcionarios de carrera. Conforme a éste, podrá concederse la excedencia voluntaria sin el requisito de haber prestado servicios efectivos en cualquiera de las Administraciones Públicas durante el periodo establecido a los funcionarios cuyo cónyuge resida en otra localidad por haber obtenido y estar desempeñando un puesto de trabajo de carácter definitivo como funcionario de carrera o como laboral fijo en cualquiera de las Administraciones Públicas, Organismos Públicos y entidades de derecho público dependientes o vinculados a ellas, en

los Órganos Constitucionales o del Poder Judicial y Órganos similares de las CCAA, así como en la Unión Europea o en Organizaciones Internacionales. Es decir, que se requiere que el cónyuge del funcionario solicitante resida en otra localidad por haber obtenido y desempeñar un puesto de trabajo definitivo, no alcanzando a aquellos casos en que el cónyuge sea funcionario interino o trabajador eventual.

Los efectos de esta excedencia son los mismos que los de la excedencia por interés particular; es decir, no se devengan retribuciones y no les será computable el tiempo que permanezcan en tal situación a efectos de ascensos, trienios y derechos de Seguridad Social que les sean de aplicación. No obstante, sí se computaran a efectos de trienios, el periodo de prestación de servicios en organismos o entidades del sector público, con la excepción de los servicios prestados en sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación directa o indirecta de las Administraciones Públicas. No se produce en ningún caso reserva de puesto de trabajo, y el trabajador puede solicitar el reingreso al servicio activo en cualquier momento.¹⁷

La ventaja con respecto a la excedencia voluntaria es que no existe límite mínimo de permanencia, y que no se exige ningún requisito salvo el mencionado respecto al cónyuge. Tampoco existe plazo máximo, ni se exige periodo previo de prestación de servicios.

Como en el caso de las otras excedencias por motivos familiares (cuidado de hijos y familiares) este tipo de excedencia solamente se reconoce en la normativa de carácter nacional a los funcionarios de carrera (art. 84.9 del EBEP). Damos aquí por reproducidos los razonamientos hechos en los apartados anteriores sobre la discriminación que tal restricción supone, aunque se trata de un problema afortunadamente subsanado en el caso de las Administraciones Andaluzas, por la ISG 3/2007, que reconoce tal derecho a todos los funcionarios (incluyendo también, por tanto, a interinos y eventuales).

A pesar del reconocimiento del derecho a la excedencia por motivo de reagrupación familiar que hemos visto que recoge el EBEP para los funcionarios, no existe un derecho similar en el ET, por lo que no se aplica a los empleados públicos cuya vinculación con la administración es de carácter laboral. Tampoco existe en el caso de los trabajadores de las administraciones andaluzas, ya que la ISG 3/2007, que extiende el derecho a los funcionarios eventuales e interinos pero no hace lo propio con los trabajadores laborales.

En el caso de que se les presentase esta eventualidad, los trabajadores laborales podrían solicitar una excedencia voluntaria, cuyos requisitos tras la reforma introducida por la LOI en el ET se encuentran muy aligerados: tan solo

¹⁷ Vid. Trillo García, A-R, en Palomar Olmeda et al. (2008), p. 759.

es necesario tener una antigüedad en la empresa de un año, con una duración no inferior a cuatro meses ni superior a cuatro años. En este caso, el trabajador no tiene derecho a la reserva de puesto, tan solo un derecho preferente al reingreso en vacantes de igual o similar categoría.

2.2. Reducciones de jornada

Otra de las posibilidades que tiene el funcionario o trabajador para hacer compatible su vida personal, familiar y laboral es la de reducir su jornada de trabajo. Según cual sea la causa que motiva la reducción, en unos casos la ley establece que, a pesar de la reducción de jornada, se mantiene la retribución (por lo que se trata de un derecho de naturaleza parecida a la del permiso retribuido) mientras que, en otros, la reducción de jornada lleva aparejada la reducción de retribución. En estos últimos supuestos, el plus de protección que se concede al trabajador en comparación con otras reducciones voluntarias de la jornada es, por una parte, que se trata de una reducción temporal y, por otra, que la concreción de la jornada no va a estar determinada por las necesidades de la producción, sino por el interés familiar que se intenta proteger.

2.2.1. *Por lactancia*

Se trata de una reducción de jornada sin pérdida de retribución que, en el caso de los empleados de las administraciones andaluzas tiene un régimen idéntico en el supuesto de los funcionarios y en el de los trabajadores laborales. Mientras que el art. 48.1.f) el EBEP reconoce el derecho para los funcionarios que tengan un hijo menor de 12 meses y el 37.4 ET para los trabajadores por cuenta ajena que tengan un hijo menor de 9 meses, todos los empleados públicos andaluces gozan de un régimen más beneficioso. Esto es así porque en el Decreto 349/1996, aplicable al personal funcionario e interino, se amplía hasta la edad de 16 meses del hijo o hija lactantes; por su parte, se establece que al personal laboral se aplicará el mismo régimen en virtud de la ISG 3/2007 y el art. 33.1 f) del VI Convenio Colectivo.

Tanto el personal funcionario como el laboral de las administraciones andaluzas tienen la posibilidad de sustituir la ausencia por lactancia de una hora (retribuida) por la reducción de jornada (retribuida) con la misma finalidad. También es posible la acumulación en jornadas completas del disfrute de estos permisos. Primero, lo fue para el personal laboral a raíz de la LOI y, después, para los funcionarios, tras la aprobación de EBEP y la ISG 3/2007. Asimismo, por aplicación tanto de la LOI como del EBEP, en caso de parto múltiple cada lactante dará derecho a su respectiva reducción o permiso de lactancia,

pudiendo en tales casos, procederse a su acumulación global (todo el tiempo a que den derecho todos los niños).

Entendemos contraria a la normativa general, e ilegal por infracción del principio de jerarquía normativa la restricción a un máximo de cuatro semanas de la duración acumulada del permiso por lactancia establecida por la ISG 3/2007, ya que la normativa general no marca límite alguno mas allá del aritmético resultante de la acumulación del número de horas a que se tenga derecho.

Tanto en el caso de los funcionarios como del personal laboral, el permiso podrá ser disfrutado indistintamente por la madre o el padre en el caso de que ambos trabajen.

2.2.2. Por parto prematuro u hospitalización del neonato

Según establece la ISG 3/2007 para todo el personal de las administraciones andaluzas, en los casos de parto prematuro y en aquéllos en que, por cualquier otra causa, el neonato deba permanecer hospitalizado a continuación del parto, el permiso por parto se amplía con un permiso específico de hasta trece semanas adicionales (como veremos más adelante, en el apartado dedicado a suspensiones y permisos). Pues bien, se establece también que, en estos mismos casos, el otro progenitor podrá ausentarse del trabajo durante un período de dos horas diarias retribuidas, así como reducir su jornada hasta un máximo de dos horas diarias con la disminución proporcional de retribuciones¹⁸. Aunque el 48.1 g) EBEP no lo especifica, se supone que el permiso y, en su caso, la reducción, se mantendrán hasta que cese la hospitalización, y que se trata de dos posibilidades acumulables¹⁹

2.2.3. Por guarda legal y cuidado directo de menor o persona necesitada

Se trata de un derecho a reducir la jornada con reducción proporcional de las retribuciones. Aunque la legislación laboral tiene un régimen distinto que la de funcionarios, para los trabajadores laborales de la Administración Pública se produce una equiparación de derechos, en virtud de lo establecido en el art. 51

¹⁸ De esta manera, los empleados andaluces tienen una protección mejorada con respecto a la general, ya que el art. 49 a) del EBEP no hace referencia a este derecho para los funcionarios, y el art. 37.4 bis ET limita para los trabajadores laborales la ausencia retribuida a una hora, y consagra el derecho a reducir la jornada de trabajo hasta un máximo de dos horas, con la disminución proporcional del salario.

¹⁹ En el mismo sentido, Rodríguez Escanciano, S. en Palomar Olmeda et al. (2008), p. 417.

EBEP. Congruentemente, en el caso de las administraciones andaluzas, la ISG 3/2007 también establece una regulación homogénea, mejorando en todo caso los mínimos establecidos por la ley²⁰.

Según el apartado 3. G de dicha ISG 3/2007, se establece la jornada de trabajo reducida por razones de guarda legal o cuidado del cónyuge o persona con quien conviva en análoga relación de afectividad a la conyugal, o de un familiar hasta el segundo grado de parentesco por consanguinidad o afinidad. En concreto, las razones de guarda legal existirán cuando el personal laboral o funcional de las administraciones andaluzas tenga el cuidado directo de algún menor de doce años, de persona mayor que requiera especial dedicación, o de una persona con discapacidad que no desempeñe actividad retribuida; en estos casos tendrá derecho a una reducción de su jornada de trabajo, con la disminución proporcional de sus retribuciones. Tendrá el mismo derecho el personal que precise encargarse del cuidado directo de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo y que no desempeñe actividad retribuida.

2.2.4. *Mantenimiento del salario por enfermedad muy grave de familiar*

Se trata del derecho a reducir en un 50% la jornada de trabajo durante un tiempo, sin disminuir proporcionalmente el salario. Lógicamente, es una situación excepcional, que la normativa estatal reconoce tan solo en el caso de los empleados públicos, de manera directa para los funcionarios en el art. 48 EBEP y de manera indirecta para los laborales en virtud del art. 51 EBEP (ya que no se recoge un derecho paralelo en el ET).

²⁰ El art. 48.1 h) EBEP establece que, “por razones de guarda legal, cuando el funcionario tenga el cuidado directo de algún menor de doce años, de persona mayor que requiera especial dedicación, o de una persona con discapacidad que no desempeñe actividad retribuida, tendrá derecho a una reducción de su jornada de trabajo, con la disminución de sus retribuciones que corresponda. Tendrá el mismo derecho el funcionario que precise encargarse del cuidado directo de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo y que no desempeñe actividad retribuida”. Para el personal laboral, el art. 37.5 ET establece que “quien por razones de guarda legal tenga a su cuidado directo algún menor de ocho años o una persona con discapacidad física, psíquica o sensorial, que no desempeñe una actividad retribuida, tendrá derecho a una reducción de la jornada de trabajo, con la disminución proporcional del salario entre, al menos, un octavo y un máximo de la mitad de la duración de aquella. Tendrá el mismo derecho quien precise encargarse del cuidado directo de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo, y que no desempeñe actividad retribuida”.

Para el personal incluido en el ámbito de aplicación de la ISG 3/2007 (es decir, tanto funcionarios como personal laboral) se establece el derecho en los siguientes términos (apartado 3 F de la ISG, en relación con su apartado 2): Tendrán derecho a solicitar una reducción de hasta el cincuenta por ciento de la jornada laboral, con carácter retribuido, para atender al cuidado de un familiar de primer grado, por razones de enfermedad muy grave y por el plazo máximo de un mes. Si hubiese más de un titular de este derecho por el mismo sujeto causante, se podrá prorratear entre los mismos y, en todo caso, solo se podrá conceder el permiso una vez por cada proceso patológico.

De esta regulación, muy similar a la que establece el art. 48.1 EBEP exclusivamente para los funcionarios, se desprende que la intención del legislador es facilitarles la atención a padres e hijos en circunstancias de salud extremas.

2.2.5. Adaptación de la duración y distribución de la jornada

Se trata de un derecho muy genérico establecido por el art. 34.8 del ET, que no tiene paralelo en el EBEP. Por tanto, podemos decir que es un derecho exclusivo de los trabajadores laborales. De todas formas, se trata de un artículo programático, que remite los términos en que deba concretarse a la negociación colectiva o al acuerdo a que se llegue entre el trabajador y el empresario. No vamos a detenernos más en esta posibilidad, puesto que consideramos que, para los trabajadores de las administraciones andaluzas el derecho ya ha sido concretado por las distintas mejoras que se establecen en las reducciones de jornada estudiadas en los apartados anteriores.

2.3. Suspensiones y permisos

2.3.1. Derivados del parto, adopción o acogimiento y paternidad

En este apartado nos vamos a referir a los que permisos de los funcionarios que el art. 49 EBEP denomina “permiso por parto”, “permiso por adopción o acogimiento” y “permiso de paternidad”, (durante los cuales se garantiza la plenitud de derechos económicos de la persona que los ejerce, computándose como de servicio efectivo a todos los efectos), y a las figuras equivalentes para los trabajadores laborales, reguladas en los arts. 48.4 y 48 bis ET, que son la “suspensión por maternidad, adopción o acogimiento” y la “suspensión por paternidad” (durante las cuales se suspenden las obligaciones recíprocas de trabajar y retribuir, pero el trabajador puede acceder a una prestación de seguridad social).

El permiso por parto y la suspensión por maternidad

Estos derechos, el primero de ellos aplicable a los funcionarios y el segundo al personal laboral tienen una regulación bastante similar, por lo que expondremos lo que tienen en común, para después detenernos en las diferencias entre uno y otro régimen de vinculación con la Administración. Ambos tendrán una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas, ampliables en dos semanas más por cada hijo, a partir del segundo en el supuesto de parto múltiple, así como en el supuesto de discapacidad de hijo²¹, como establece expresamente tanto el art. 49 del EBEP como el 48.4 del ET.

Por lo que respecta a la titularidad del derecho, en ambos casos la titular originaria del derecho es la madre, lo que no obsta su disfrute por el padre en determinados supuestos. Es coincidente para ambos estatutos, funcionalial o laboral, la posibilidad de que la madre ceda al padre parte de su disfrute, siempre que se respete que esta descansa al menos las seis semanas inmediatamente posteriores al parto. En cambio, los padres trabajadores por cuenta ajena gozan de una mejora al respecto: en el caso de que la madre no tuviese derecho a suspender su actividad profesional con derecho a prestaciones, el padre o el “otro progenitor” tendrá derecho a suspender su contrato por el período que hubiera correspondido a la madre. Esta opción es compatible con el ejercicio del derecho al permiso adicional por nacimiento de hijo prematuro u hospitalizado tras el parto.

Existe una previsión especial para el supuesto de fallecimiento de la madre: En estos casos, tanto la legislación administrativa como la laboral permiten que el otro progenitor disfrute de la totalidad o, en su caso, de la parte que reste del permiso. No obstante, la LOI incluyó tres mejoras expresas en el art. 48.4 TRET, aplicable a los trabajadores laborales, que no figuran en el Estatuto Básico del Empleado Público: 1) si la madre fallece, el padre puede disfrutar de la totalidad del permiso, incluso si aquella no trabajaba, 2) no se descontará la parte que la madre hubiera podido disfrutar con anterioridad al parto y 3), en caso de fallecimiento del hijo no se reducirá el período, salvo que al finalizar las seis semanas de descanso obligatorio la madre solicitara reincorporarse a su puesto de trabajo. Por tanto, la regulación de los trabajadores laborales es también más favorable en este aspecto.

²¹ Habrá que estar al baremo de valoración de la situación de dependencia contenido en el RD 504/2007, de 20 de abril, con especial atención a su DA Tercera.

El disfrute del permiso puede realizarse bajo diferentes modalidades, tanto en el caso de los funcionarios como en el del personal laboral; está prevista la posibilidad de que el permiso pueda disfrutarse a jornada completa o a tiempo parcial, cuando las necesidades del servicio lo permitan y en los términos que reglamentariamente se determinen. El disfrute por parte de los dos progenitores puede ser simultáneo o sucesivo, siempre que no se supere la duración máxima del permiso. El momento de comienzo del disfrute puede ser anterior al parto, siempre que se respeten el descanso de, al menos, las seis semanas posteriores. En los casos en que el facultativo incurra en un error respecto a la fecha del parto, y se hubiese producido un disfrute anticipado, la doctrina judicial viene entendiendo, en aplicación del Convenio nº 183 OIT, que el descanso tomado anteriormente será prolongado hasta la verdadera fecha del parto, sin que la recuperación puerperal pueda ser reducida²².

Tanto el EBEP como el ET se preocupan de regular de manera expresa un supuesto especialmente problemático como es el PARTO PREMATURO, aunque dando soluciones distintas. Para los funcionarios, el EBEP establece que en los casos de parto prematuro y en aquellos supuestos en que, por cualquier otra causa, el neonato deba permanecer hospitalizado a continuación del parto, el permiso se ampliará en tantos días como el neonato se encuentre hospitalizado, con un máximo de trece semanas adicionales. Se trata, por tanto, de un permiso específico que se suma al de parto. Primero se disfruta el permiso por nacimiento de hijo prematuro u hospitalizado y, a partir del alta hospitalaria, se disfrutará el permiso por parto. El art. 49 EBEP no dice si el titular del derecho es la madre o el otro progenitor, ni si lo puede disfrutar solo uno u otro. La protección del menor nos lleva a defender la interpretación más amplia posible, por lo que consideramos que lo podrían pedir ambos, incluso simultáneamente²³.

Aunque el art. 48.4 ET establece para los trabajadores laborales, en general, un régimen distinto y más restringido²⁴ que el que hemos expuesto, los

²² SSTSJ-SOC Andalucía, 17 mayo 1990 y 12 julio 1993. En este sentido, Rodríguez Escanciano, S. en Palomar Olmeda et al. (2008), p. 415.

²³ En el mismo sentido, Marín Alonso, I. (2007), p. 890.

²⁴ La regla general es que en los casos de parto prematuro y aquellos en que, por cualquier otra causa, el neonato deba permanecer hospitalizado a continuación del parto, el periodo de suspensión se podrá interrumpir a instancias de la madre (sin sustituirse por otro permiso distinto, salvo la posibilidad de ausentarse una hora del trabajo sin pérdida de remuneración, o de reducir la jornada hasta un máximo de dos horas con disminución proporcional de la retribución, prevista en art. 37.4 bis). Cuando la madre opte por la interrupción de la suspensión, ésta empezará a computarse a partir de la fecha de alta, excluyendo de dicho cómputo las seis semanas posteriores al parto, de suspensión obligatoria del contrato de la madre. Sólo en el supuesto específico de partos prematuros con falta de peso y aquellos otros en que el neonato precise hospitalización a

empleados públicos laborales disfrutan en esta materia del mismo régimen privilegiado que los funcionarios, en aplicación del art. 51 EBEP. Aplicando esta norma, la ISG 3/2007 hace una regulación conjunta para el personal de las administraciones andaluzas, señalando expresamente que tanto el personal funcionario como el laboral están afectados por las mejoras introducidas por el art. 49.a) del EBEP, por lo que los trabajadores laborales de las administraciones andaluzas disfrutan de la ampliación del permiso en tantos días como el neonato se encuentre hospitalizado (con un máximo de trece semanas adicionales) en todos los casos de parto prematuro (no solo en los de bajo peso) y en aquellos en que por cualquier otra causa el neonato deba permanecer hospitalizado a continuación del parto.

El permiso por adopción o acogimiento y la suspensión por adopción o acogimiento

Tanto en el caso de los funcionarios como en el de los trabajadores, el permiso o suspensión tendrá una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas, ampliables en dos semanas más por cada menor, a partir del segundo, así como en el caso de discapacidad del hijo o del menor adoptado o acogido. El periodo se computa, a opción del beneficiario, a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o a partir de la resolución judicial por la que se constituya la adopción; sin que en ningún caso un mismo menor pueda dar derecho a varios periodos de disfrute de este permiso. En la nueva redacción dada al Estatuto de los Trabajadores por la LOI se incluye, expresamente, el acogimiento provisional, que no se menciona en el EBEP (*vid.* art. 48.4 ET).

Tanto en el régimen funcional como el laboral, el permiso o suspensión se distribuirá a opción de los interesados si ambos progenitores trabajan, quienes podrán disfrutarlo de forma simultánea o sucesiva, siempre por periodos ininterrumpidos. En los casos de disfrute simultáneo de los periodos de descanso, su suma no podrá exceder de las dieciséis semanas o de las que correspondan en caso de adopción o acogimiento múltiple y de discapacidad del menor adoptado o acogido. El permiso o suspensión también podrán disfrutarse a jornada completa o a tiempo parcial, cuando las necesidades del servicio lo permitan, como sucede en caso de parto. En cuanto al momento del disfrute, en el caso de adopciones y acogimientos internacionales, el permiso o suspensión puede iniciarse hasta cuatro semanas antes de la resolución judicial por la

continuación del parto, por un periodo superior a siete días, el periodo de suspensión se ampliará en tantos días como el recién nacido se encuentre hospitalizado, con un máximo de trece semanas adicionales; de manera que, según el ET el personal laboral solo tiene este último y especialísimo caso un régimen similar al establecido para los funcionarios.

que se constituya la adopción o la decisión administrativa o judicial de acogimiento. Además, en el caso de los empleados públicos (mejorando con esto lo previsto en el ET para los trabajadores laborales), y exclusivamente en los supuestos en que sea necesario un desplazamiento previo de los progenitores al país de origen del adoptado, se tendrá derecho, además, a un permiso adicional de hasta dos meses de duración, percibiendo durante este periodo exclusivamente las retribuciones básicas.

La protección de la paternidad: el permiso de paternidad de los funcionarios y el permiso por nacimiento de hijo y la suspensión por paternidad de los trabajadores laborales

La consagración de un derecho específico del padre a suspender su prestación de trabajo sin pérdida de retribución, para atender al cuidado del hijo recién nacido, es un concepto novedoso en nuestro ordenamiento. Mediante su establecimiento se pretende fomentar la corresponsabilidad, es decir intentar corregir la realidad social que hace que sea la mujer la que asume de manera prioritaria el cuidado de los hijos. Se ha demostrado que, aunque progresivamente se han ido ampliando los supuestos en que el padre puede asumir parte del permiso de maternidad (bien porque se lo ceda la madre, o bien por fallecimiento de esta), sigue siendo muy minoritaria la participación del hombre en el cuidado de los hijos, por lo que el ejercicio de los derechos de conciliación sigue siendo un factor de discriminación de la mujer en el mercado de trabajo. Por ello, una medida importante en el fomento de la corresponsabilidad es la consagración de un derecho específico de los padres, independiente del permiso de maternidad, con la finalidad de atender al cuidado del hijo recién nacido.

Fue el Plan Concilia el primero en establecer este permiso a nivel nacional, siendo después recogido por la Ley de Igualdad no solo para los funcionarios, sino también para el personal laboral, aunque tiene regulación distinta en cada uno de los regímenes de vinculación con la administración. En congruencia con esta preocupación de la Administración Pública, el EBEP recogió en su articulado el derecho al permiso de paternidad de los funcionarios, por nacimiento, acogimiento o adopción de un hijo.

Según el art. 49 c) EBEP este permiso tendrá una duración de quince días, a disfrutar por el padre o el otro progenitor (en clara referencia a los casos de parejas homosexuales) a partir de la fecha de nacimiento, de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituya la adopción. Este permiso es independiente del disfrute compartido de los permisos por parto, adopción o acogimiento. El artículo adolece de establecer una regulación excesivamente escueta, en la que no se señala, por ejemplo, si existe un plazo para el disfrute del derecho (en el caso del personal

laboral, por ejemplo, se establece que el disfrute tiene que ser coetáneo con el de maternidad o justo a continuación de este). Tampoco se prevén ampliaciones en caso de parto, adopción o acogimiento múltiples, ni se dice nada con respecto a la posibilidad de que el permiso sea cedido por el padre al otro progenitor (cuestión expresamente prohibida por el ET para la suspensión por paternidad).

En cambio, la regulación de la suspensión por paternidad que recoge el ET es mucho más prolija que la que acabamos de ver. Además, en la legislación laboral existe un permiso retribuido adicional, por nacimiento de hijo, que es una figura clásica del Derecho del Trabajo²⁵. Es decir, que los trabajadores con contrato laboral tienen dos derechos distintos: por una parte, el permiso retribuido de 2 días naturales recogido en el 37.3 b) ET²⁶, que se ejerce solo en caso de parto. Por otra, el derecho a la suspensión del contrato por paternidad, figura introducida por la LOI en como art. 48 bis. del ET. y que se aplica en los casos de nacimiento de hijo, adopción o acogimiento (tanto preadoptivo como permanente o simple). En estos supuestos, el trabajador tendrá derecho a la suspensión del contrato durante trece días ininterrumpidos, ampliables en el supuesto de parto, adopción o acogimiento múltiples en dos días más por cada hijo a partir del segundo²⁷. Esta suspensión es independiente del disfrute compartido de los periodos de descanso por maternidad.

En el supuesto de parto, la suspensión corresponde en exclusiva al otro progenitor (en referencia, nuevamente, a la situación de las parejas homosexuales). En los supuestos de adopción o acogimiento, este derecho corresponde sólo a uno de los progenitores, a elección de los interesados; no obstante (en congruencia con la finalidad de corresponsabilizar que tiene esta causa de suspensión), cuando el periodo de descanso por maternidad ha sido disfrutado en su totalidad por uno de los progenitores, el derecho de suspensión por paternidad únicamente podrá ser disfrutado por el otro.

El plazo de ejercicio del derecho se extiende desde la finalización del permiso por nacimiento de hijo, o desde la resolución judicial por la que se constituye la adopción, o a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento, hasta el momento de finalización de la suspensión por maternidad, o inmediatamente después de la finalización de dicha suspensión por maternidad. La suspensión por paternidad puede disfrutarse a jornada completa o en régimen

²⁵ El art. 67 de la LCT ya lo recogía aunque, como correspondía a la moral de la época, la causa fuese el “alumbramiento de esposa”.

²⁶ Cuando con tal motivo el trabajador tenga que hacer un desplazamiento al efecto, el plazo será de cuatro días. La ampliación opera por la necesidad de desplazamiento, sin estar condicionada por la distancia ni las dificultades de transporte (STSJ Aragón, 22-12-97).

²⁷ La LOI señala el compromiso de ampliar la suspensión a un plazo de cuatro semanas a los ocho años de su entrada en vigor. En las Administraciones Públicas, el EBEP (DT 6^a) acorta este plazo a seis años.

de jornada parcial de un mínimo del 50% (previo acuerdo entre empresa y trabajador). Esta posibilidad de disfrute parcial es excepcional, puesto que una dispersión del permiso conduciría a desvirtuar su finalidad de involucrar al padre en el cuidado del recién nacido (o recién llegado, en el caso de adopción o acogimiento). Por tanto, aunque la ley guarde silencio, hay que entender que irían contra la finalidad de la norma los pactos por medio de los cuales se convirtiese el permiso de paternidad en una suerte de días de asuntos propios disfrutados de manera fraccionada. La protección económica del trabajador que ejerce su derecho a la suspensión por paternidad se consigue a través del reconocimiento de una prestación de paternidad en los correspondientes regímenes de Seguridad Social.

Aunque vemos que el EBEP y el ET establecen regulaciones distintas, ya hemos dicho que el art. 51 EBEP establece que a los trabajadores laborales de la Administración Pública se les aplicará el régimen de permisos de los funcionarios²⁸. Esto significa que el trabajador laboral podrá optar por que se le aplique este permiso, en los términos previstos en la ISG, o que se le aplique el régimen laboral previsto en el ET (si considera que le resulta más favorable a su caso concreto). Lo que no cabe es solicitar la acumulación del disfrute del permiso de paternidad regulado en el EBEP con la suspensión del contrato regulado en el 48 bis ET, como ya ha resuelto expresamente la Comisión Superior de Personal ante una consulta planteada en este sentido²⁹.

Ya que nuestro estudio se centra en el régimen de conciliación aplicable en las Administraciones Andaluzas, consideramos conveniente hacer referencia a la previsión que se establece en el art. 40 de la LAI, en el sentido de ampliar la duración del permiso de paternidad. Por la literalidad del precepto (“La Administración de la Junta de Andalucía establecerá un permiso de paternidad, de hasta cuatro semanas”), unida al hecho de que todavía no se ha producido el preceptivo desarrollo reglamentario, entendemos que aún no está vigente, teniendo el artículo un carácter programático para la propia Junta.³⁰Es de

²⁸ En el caso de las administraciones andaluzas, congruentemente con el art. 51 EBEP, la letra C del apartado 3 de la ISG 3/2007 (modificado en su párrafo segundo por la ISG 4/2007) se refiere al permiso por parto del art. 49 c) del EBEP, en el sentido de que “tendrán derecho a disfrutar de este permiso por el nacimiento, acogimiento o adopción de un hijo o hija el padre o el otro progenitor, siempre y cuando estén incluidos en el ámbito de aplicación de esta ISG. Este permiso tendrá una duración de quince días naturales, a disfrutar a partir de la fecha del nacimiento, de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituya la adopción.” De este tenor literal, se desprende que tanto el personal funcionario como el laboral tienen derecho al permiso de quince días.

²⁹ Vid. Acuerdo de la CSP de abril de 2007. Un comentario al respecto, en Sánchez Torres, E., en Del Rey Guarnter, S. *et. al.* (Coord.) (2008), p. 622.

³⁰ Art. 40 LAI: “Permiso de paternidad: 1. La Administración de la Junta de Andalucía establecerá un permiso de paternidad, de hasta cuatro semanas, individual y no transferible a favor de todo su personal en los casos de nacimiento de hija o hijo, adopción o acogimiento permanente

esperar que la ampliación de la duración del permiso se produzca cuanto antes, pues ya ha pasado un plazo más que prudencial desde la entrada en vigor de la ley.

El mantenimiento de condiciones laborales de las personas que ejercen los permisos por parto, por adopción o acogimiento y por paternidad y las suspensiones por maternidad y paternidad

Para los funcionarios, el art. 49 EBEP establece expresamente que el tiempo transcurrido durante el disfrute de estos permisos se computará como de servicio efectivo a todos los efectos, garantizándose la plenitud de los derechos económicos de la funcionaria y, en su caso, del otro progenitor funcionario, durante todo el periodo de duración del permiso y, en su caso, durante los periodos posteriores al disfrute de este sí, de acuerdo con la normativa aplicable, el derecho a percibir algún concepto retributivo se determina en función del periodo de disfrute del permiso. Asimismo, una vez finalizado el periodo de permiso, tendrán derecho a reintegrarse en su puesto de trabajo en términos y condiciones que no les resulten menos favorables al disfrute del permiso, así como a beneficiarse de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a las que hubieran podido tener derecho durante su ausencia.

En el caso del personal laboral, el art. 48 ET establece que los trabajadores se beneficiarán de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a la que hubieran podido tener derecho durante la suspensión del contrato. En cuanto al tema retributivo, como ya hemos indicado, al tratarse de una suspensión del contrato el trabajador no percibe remuneración, pero en los tres casos estudiados se puede acceder a una prestación de seguridad social, cumpliendo las condiciones previstas en la normativa específica.

Para todos los trabajadores de las administraciones andaluzas, la ISG 3/2007 establece que los titulares de los permisos por parto y por adopción, durante su disfrute, podrán participar en los cursos de formación que convoque la Administración.

de menores de hasta 6 años. 2. Asimismo, se establecerá un permiso de las mismas características señaladas en el apartado anterior cuando progenitores adoptantes o acogedores tengan el mismo sexo, que disfrutará la persona a la que no le correspondiera el permiso por parto, adopción o acogimiento establecido con carácter general. 3. Las condiciones de acceso y las modalidades de los indicados permisos se establecerán reglamentariamente." El desarrollo reglamentario aún no se ha producido, mientras que la ISG 4/2007 de la Secretaría General para la Administración Pública sobre aplicación del EBEP en el ámbito de la Administración General de la Junta de Andalucía (de fecha 11 de diciembre de 2007 y, por tanto, posterior a la entrada en vigor de la LAI) ya hemos visto que mantiene la duración del permiso de paternidad en 15 días naturales; tan solo modifica la fecha de inicio del disfrute.

2.3.2. *Exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto*

Su regulación es común a ambos colectivos (funcionarias y laborales). La normativa laboral, concretamente, el art. 37.3 f) del TRET, especifica que este permiso queda referido a las “técnicas” que se realicen dentro de la jornada de trabajo. Para las funcionarias, el art. 48 e) del EBEP no hace esta precisión³¹; sin embargo, en el caso de las administraciones andaluzas, el apartado 3.J de la ISG 3/2007 establece que el permiso se disfrutará “Para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto que deban realizarse dentro de la jornada de trabajo, por el tiempo indispensable.” Entendemos que no es posible que la ISG restrinja el alcance de la Ley, en perjuicio de la trabajadora, por lo que, a pesar del tenor literal de la ISG, en el caso de las funcionarias no es requisito indispensable que el examen o los ejercicios deban realizarse dentro de la jornada de trabajo.

2.3.3. *Permiso por fallecimiento, accidente o enfermedad grave de familiar*

En el caso de los funcionarios, el art. 48.1 a) EBEP reconoce que tienen derecho a tres o cinco días hábiles en el caso de familiares de primer grado (según que se produzca en la misma o distinta localidad), y dos o cuatro cuando se trate de familiares dentro del segundo grado. Este régimen básico está mejorado para el personal de las Administraciones andaluzas, por medio de la remisión que la ISG 3/2007 hace al Decreto 349/1996, cuyo art. 12.1.9 establece que por accidente grave, enfermedad grave, hospitalización o fallecimiento de cónyuge o persona con quien conviva en análoga relación de afectividad a la conyugal o de familiares dentro del primer grado de parentesco por consanguinidad o afinidad, cuatro días hábiles cuando el suceso se produce en la misma localidad y cinco si cualquiera de los eventos ocurriera fuera de la localidad de residencia del personal. Cuando los afectados fueran familiares dentro del segundo grado de consanguinidad o afinidad, el permiso será de tres días si el suceso se produce en la misma localidad o de cuatro si se produjera en localidad distinta. El disfrute de este permiso podrá ejercitarse, bien de forma ininterrumpida desde el inicio del hecho causante o bien alternativamente dentro de la duración del mismo, siempre y cuando, en este último supuesto, lo permitan las necesidades del servicio³². La ISG 3/2007, a pesar de remitir al art. 12.1.9

³¹ Literalmente, habla de “Permiso para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto por las funcionarias embarazadas”.

³² Esta regulación mejora lo establecido en el EBEP, cuyo art. 48.1 a) establece que por fallecimiento, accidente o enfermedad grave de un familiar dentro del primer grado de consanguinidad o afinidad, el permiso será de tres días hábiles cuando el suceso se produzca en la misma

del Decreto 349/1996, cuyo tenor literal acabamos de reproducir, considera que los funcionarios tienen derecho a disfrutar de este permiso “*por fallecimiento, accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario*”, por lo que hay que entender que los funcionarios públicos de las administraciones públicas andaluzas disfrutan del permiso también en este último caso, a pesar de que no estaba previsto en el Decreto 349/1996.

Es de lamentar que las recientes reformas no hayan clarificado el alcance del concepto de “enfermedad grave”, que no ha sido suficientemente perfilado en nuestro Ordenamiento Jurídico³³. De todas formas, para el personal de las administraciones andaluzas tenemos un elemento interpretativo adicional ya que tanto para los funcionarios como para el personal laboral, la ISG 3/2007 reconoce expresamente un permiso de tres días (naturales, al no especificar) por enfermedad infecto-contagiosa de hijos menores de nueve años, incompatible con el anterior (por lo que hay que entender que este tipo de enfermedades no se consideran graves *per se*).

Cumpliendo las previsiones del ya mencionado art. 51 EBEP, la ISG recoge un régimen de ejercicio del permiso por parte del personal laboral de las

localidad, y cinco días hábiles cuando sea en distinta localidad. Cuando se trate de fallecimiento, accidente o enfermedad grave de un familiar dentro del segundo grado de consanguinidad o afinidad, el permiso será de dos días hábiles cuando se produzca en la misma localidad y cuatro días hábiles cuando sea en distinta localidad. Al precisar que se trata de días hábiles, solo se excluyen del cómputo los domingos y festivos, pero no los sábados (como viene reconociendo la doctrina judicial, entre otras la STSJ de Madrid de 10 de marzo de 2006). Por otra parte, con este tenor literal, surge el problema de la determinación de la localidad de referencia (si la de residencia o la del centro de trabajo), para interpretar si el fallecimiento se ha producido “en la misma o en otra localidad”. El tema fue solucionado por la Consulta de la Comisión Superior de Personal de 11 de marzo de 1992 en el sentido de considerar que, ya que la diferencia de días de permiso está motivado por la necesidad de desplazamiento del funcionario, este tiempo añadido no es necesario ni en el caso de que el suceso se produzca en la localidad de residencia ni en el de que se produzca en la de trabajo, pues el funcionario no requiere habitualmente de este tiempo. En consecuencia, solo procedería la ampliación del plazo si se produce en una tercera localidad, distinta de las dos mencionadas.

³³ Existe, no obstante, una definición en el art. 10 bis 2 del Decreto 1307/1988, de 30 de septiembre (tras su modificación por Real Decreto 215/199), de 5 de febrero): “Se considera enfermedad grave a estos efectos, siempre que pueda acreditarse mediante certificado médico de los servicios competentes de las entidades sanitarias de la Seguridad Social o entidades concertadas que atiendan al afectado:

- a) Cualquier dolencia o lesión física o psíquica que incapacite temporalmente para la ocupación o actividad habitual de la persona durante un período continuado mínimo de tres meses, y que requiera intervención clínica de cirugía mayor en un centro hospitalario o tratamiento en el mismo.
- b) Cualquier dolencia o lesión física o psíquica con secuelas permanentes que limiten parcialmente o impidan totalmente la ocupación o actividad habitual de la persona afectada, o la incapaciten para la realización de cualquier ocupación o actividad, requiera o no, en este caso, asistencia de otras personas para las actividades más esenciales de la vida humana”.

administraciones andaluzas muy similar al de los funcionarios, mejorando significativamente la regulación general del ET³⁴. Lo hace por medio de una remisión genérica a lo establecido en el VI Convenio colectivo para el personal; lamentablemente, no se subsana el hecho de que este convenio no hace mención expresa al permiso por “hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario”, que sí está contemplado en el ET tras la reforma efectuada por la LOI. Por ello, consideramos que, en este último supuesto, el personal laboral de las administraciones andaluzas podrá ejercer el derecho reconocido en el art. 37.3 b) del ET a dos días de permiso, ampliables a cuatro cuando con tal motivo el trabajador necesite hacer un desplazamiento al efecto.

2.3.4. *Riesgo durante el embarazo o durante la lactancia*³⁵

La protección en estos supuestos es la misma para las trabajadoras laborales que para las funcionarias. Se trata de situaciones en que las condiciones del puesto de trabajo pudieran influir negativamente en la salud de la trabajadora embarazada o de su hijo o hija, y no sea suficiente para solucionarla con la adopción de medidas de adaptación de dichas condiciones previstas en el art. 26.1 de la LPRL³⁶. En estos casos, la legislación laboral prevé la posibilidad de

³⁴ Esta regulación mejora la del ET, en virtud del cual los trabajadores disponen de dos días naturales (incluyendo en el cómputo, por tanto, los sábados y domingos), ampliados a cuatro si se precisa desplazamiento. Con respecto a la ampliación del plazo, en el caso de los trabajadores laborales se produce siempre que haya necesidad de desplazamiento, según el tenor literal del art. 37.3 b) ET.

³⁵ Vid. Directiva CEE 92/85, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y la salud en el trabajo de la trabajadora que haya dado a luz o en periodo de lactancia.

³⁶ Art. 26 LPRL: “1. La evaluación de los riesgos a que se refiere el artículo 16 de la presente Ley deberá comprender la determinación de la naturaleza, el grado y la duración de la exposición de las trabajadoras en situación de embarazo o parto reciente a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que puedan influir negativamente en la salud de las trabajadoras o del feto, 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.” En caso de no ser posible la adaptación de condiciones o tiempo de trabajo, la LPRL establece que la trabajadora debe ser trasladada temporalmente de puesto o función (conservando la retribución). En el caso de que esto no sea posible la trabajadora pasará a la situación de suspensión por riesgo durante el embarazo. Igual regulación será de aplicación durante el periodo de lactancia natural. El mismo artículo de la LPRL es de aplicación a las funcionarias, por remisión del art. 69.3 de la LFCE.

suspensión del contrato de trabajo (art. 45.1 d) ET), tratándose de contingencias cubiertas por las correspondientes prestaciones de Seguridad Social. En el caso de las funcionarias se trata de supuestos de licencia, durante cuya duración se garantizan la plenitud de los derechos económicos de la funcionaria, teniendo la misma consideración y efectos que la situación de incapacidad temporal. Esta asimilación con la IT tiene una salvedad, y es que al tener reconocida la plenitud de derechos económicos mientras dure la situación protegida, percibe la totalidad de sus retribuciones durante todo el tiempo (a diferencia de lo que ocurre con la IT, en que a partir del cuarto mes percibe solo las retribuciones básicas).

Para la cobertura prestacional de la situación de riesgo durante el embarazo de las funcionarias debe acudir a dos tipos de normas del sistema de protección social, pues la condición de funcionaria presenta diversas posibilidades de encuadramiento, en función de la adscripción a una unidad administrativa u otra. Para las funcionarias de la Administración local y autonómica (que es el supuesto que estamos estudiando), que están incluidas en el régimen general de la Seguridad Social, es de aplicación el RD 1251/2001 por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de Seguridad Social por maternidad y riesgo durante el embarazo. En cambio, para las funcionarias que se encuentren adscritas a un régimen mutualista (por ejemplo, MUFACE), rige una normativa específica³⁷.

2.3.5. *Cumplimiento de los deberes derivados de la conciliación*

A pesar de que este tipo de permisos no está previsto de manera genérica en el ET, sino solo en el 48 del EBEP, se aplican también al personal laboral, pues ya hemos mencionado que en el tema de permisos del personal laboral el art. 51 EBEP establece que se les aplicará el régimen previsto para los funcionarios.

³⁷ El Reglamento General del Mutualismo Administrativo, aprobado por RD 375/2003, de 28 de marzo, desarrolla, en sus arts. 88 a 101, lo dispuesto en el Texto Refundido vigente de la Ley sobre Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado, aprobado por RDLeg.4/2000, de 23 de junio, en cuanto a las prestaciones por incapacidad temporal y por riesgo durante el embarazo (exigiéndose para el cobro del subsidio una carencia de 6 meses), determinando la definición de las contingencias protegidas, la distribución competencial, la duración y extinción de las situaciones y las reglas aplicables a los subsidios económicos en ambos casos. Por su parte, la Orden APU/2210/2003, de 17 de julio, por la que se regula el procedimiento de las situaciones de incapacidad temporal y de riesgo durante el embarazo, en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado, aprueba el modelo de parte por riesgo durante el embarazo, y regula la obligación del mutualista de instar la expedición de dicho parte.

En el mismo sentido, en el caso de las administraciones andaluzas, la ISG 3/2007 reconoce este derecho tanto al personal funcionario como al laboral. De esta manera, el personal de las administraciones andaluzas tendrá derecho a disfrutar, por el tiempo indispensable, de un permiso para el ejercicio de actividades inexcusables vinculadas directamente con las vicisitudes de su entorno familiar; se trata de lo que podríamos denominar expresamente un auténtico “permiso por emergencias familiares”, cuyo ejercicio queda sometido necesariamente a la justificación cumulativa de dos condiciones: que la situación que se trata de atender por parte del beneficiario no esté ya protegida por otro permiso previsto en la normativa aplicable y que exista una situación de dependencia directa entre el sujeto causante de la emergencia familiar y el titular del derecho al permiso.

Las solicitudes deberán presentarse con una antelación suficiente en función de la previsibilidad del hecho causante, para permitir su valoración y no infligir un daño desproporcionado a las exigencias funcionales y organizativas de la administración.

2.4. Vacaciones y conciliación

El derecho a vacaciones es un derecho complejo, con una casuística muy variada. Podemos señalar, como características fundamentales, que se trata de un derecho que nace y se disfruta dentro de una anualidad y que, para el cómputo de su duración, se tienen en cuenta los días de trabajo efectivo y también otros tiempos que, pese a no ser de trabajo, se equiparan a éstos³⁸.

Para los empleados públicos la regulación viene recogida de manera muy general por el art. 50 EBEP, (que establece tendrán derecho a disfrutar como mínimo, durante cada año natural, de unas vacaciones retribuidas de veintidós días hábiles, o de los días que correspondan proporcionalmente si el tiempo de servicio fue menor, y que no se considerarán días hábiles los sábados) y, con reglas más concretas, en la Resolución de 20 de diciembre de 2005 de la Secretaría General para la Administración Pública. En esta normativa, que es de aplicación al personal funcionario y al laboral de la Administración Pública (por establecerlo así tanto el art. 51 EBEP como la propia Resolución de 20-12-05), se concreta que las vacaciones se tienen que disfrutar obligatoriamente dentro del año natural y hasta el quince de enero siguiente.

³⁸ Según el art. 5.4 del Convenio OIT núm. 132, “Las ausencias del trabajo por motivos independientes de la voluntad de la persona interesada, como enfermedad, accidente o maternidad, serán contadas como parte del período de servicios”.

La aplicación estricta de estas reglas generales supondría una pérdida de vacaciones en el caso de que su periodo de disfrute coincidiera con el de descanso por ejercicio de derechos de conciliación, así como también una disminución en su duración (por falta de devengo) cuando durante el año se hubiese disfrutado de periodos de inactividad por ejercicio de estos derechos. Estos problemas, a los que se había ido dando diversas soluciones, han sido definitivamente solventados a raíz de la LOI³⁹, cuyo artículo 59 establece lo siguiente: “Cuando el periodo de vacaciones coincida con una incapacidad temporal derivada de embarazo, parto o lactancia natural, o con el permiso de maternidad, o con su ampliación por lactancia, la empleada pública tendrá derecho a disfrutar las vacaciones en fecha distinta, aunque haya terminado el año natural al que correspondan. Gozarán de este mismo derecho quienes estén disfrutando del permiso de paternidad”.

Además de esta previsión general de la LOI, la mencionada Resolución de 20 de diciembre de 2005 de la Secretaría General para la Administración Pública, por la que se dictan instrucciones sobre jornada y horarios de trabajo del personal civil al servicio de la Administración General del Estado establece que, efectos de determinar el período computable para el cálculo de las vacaciones anuales, las ausencias del trabajo por motivos independientes de la voluntad del empleado público, tales como enfermedad, accidente o maternidad, así como aquellas otras derivadas del disfrute de licencias computarán como de servicios efectivos.

En el mismo sentido, para el personal laboral de las administraciones andaluzas, la ISG 3/2007 establece expresamente que los periodos de baja temporal por enfermedad, accidente o maternidad inferiores a un año se computarán como de servicio activo a los solos efectos de devengar derecho a vacaciones.

3. LA PROTECCIÓN DE LA EMPLEADA PÚBLICA VÍCTIMA DE VIOLENCIA DE GÉNERO

La protección a efectos laborales de la mujer que, en su vida privada, está sufriendo una situación de violencia de género, es una previsión relativamente reciente en nuestra legislación, y ha supuesto un avance muy importante tanto en el sentido de hacer efectiva la protección integral de las víctimas de este tipo de violencia, como en el sentido de tener presente que la vida personal y el trabajo pueden interrelacionar en aspectos no directamente relacionados con las cuestiones familiares.

³⁹ Que recoge expresamente la doctrina que ya había sido sentada por la Sentencia de 18-3-2004, dictada por el TSJCE, resolviendo una cuestión prejudicial planteada por un Juzgado de lo Social sobre el solapamiento de la fecha de descanso maternal y de la fecha fijada colectivamente para el disfrute de la plantilla.

Por tanto en este estudio, dedicado a las medidas de conciliación en el empleo público, hay que dedicar una especial atención a esta cuestión, que tuvo su origen en la Ley Orgánica 1/2004 de medidas de protección integral contra la violencia de género (en adelante, LOIVG)⁴⁰. A partir de dicha ley, este tipo de medidas se han incorporado tanto a la negociación colectiva como a la regulación legal posterior, como ha sido el caso del EBEP. Además, la Comunidad Autónoma Andaluza cuenta también con una ley específica, la Ley 13/2007, de 26 de noviembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género (LAIVG) que, a pesar de consagrar su art. 53 a los “Derechos de las trabajadoras”, no establece ninguna mejora para las empleadas públicas andaluzas con respecto a la legislación estatal, limitándose a repetir sus previsiones.

Tanto la LOIVG como la regulación posterior han establecido por una parte medidas de protección de la trabajadora por cuenta ajena y, por otra, medidas similares (aunque no idénticas) de protección de la funcionaria. En ambos casos, para ejercer los derechos es necesario que concurren una serie de requisitos, de manera que las víctimas de violencia de género no pueden acceder automáticamente a ellos. Por ello, hablaremos primero de las condiciones comunes para su ejercicio y a continuación nos referiremos expresamente a cada derecho en concreto.

3.1. Condiciones para el ejercicio de los derechos

La activación de los derechos requiere de la concurrencia de, al menos tres condiciones: que se trate de una mujer, que sea víctima de violencia de género y que la medida que se pretenda adoptar sea necesaria para atender a su singular situación personal.

La primera de las condiciones se deriva de la definición de violencia de género que establece el artículo 1 de la LOIVG: “La presente ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejercen sobre ésta por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aún sin convivencia.” Por tanto, para nuestra legislación, la víctima de violencia de género es siempre una mujer.

⁴⁰ Hasta ese momento, la protección laboral de la víctima de violencia de género se había preocupado únicamente de fomentar su acceso al empleo, y no de facilitarles la conservación del empleo que ya tuviesen. Esta es la principal novedad de las medidas laborales de la LOIVG.

La segunda de las condiciones para la activación de los derechos está interrelacionada con lo expuesto, pues se refiere a que la mujer sea víctima de violencia de género. Ya que en nuestro ordenamiento contamos con una definición de violencia de género, establecida en el mencionado artículo 1 de la LOIVG, a esta hemos de remitirnos. De esta manera, la violencia de género es la que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre ésta por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aún sin convivencia. La fórmula legal deja fuera, en primer término, la violencia ejercida sobre las mujeres como manifestación de relaciones de poder por varones con los que no tienen lazos familiares o domésticos (como es el caso de la violencia en el trabajo) y, en segundo lugar, la practicada por quienes, teniendo con la mujer un vínculo familiar, este no es el propio de la relación de pareja, como ocurre con el padre o los hermanos.

El tercer requisito es el de que la medida que se pretende adoptar sea necesaria para su singular situación personal. La necesidad puede venir determinada por la atención psicológica o médica, o incluso para llevar a cabo los trámites relacionados con la denuncia.

A estos requisitos previos hay que sumar el de que la mujer haya denunciado la situación y se haya dictado orden de protección⁴¹, aunque excepcionalmente se puede sustituir por el informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de que la demandante es víctima de violencia de género, hasta tanto se dicte la orden de protección. En uno y otro caso tiene que haber denuncia, lo cual ha sido criticado por algún autor, ya que cierra el acceso a la protección laboral al nutrido grupo de mujeres que por miedo o vergüenza no denuncian; esto es cierto, pero también lo es el hecho de que de esta manera se está incentivando a estas mujeres para que inicien el procedimiento de tutela, así como la consideración de que la mujer que guarda silencio sobre su problema probablemente lo guarde también ante su empresario, por lo que la protección no llegaría tampoco a hacerse efectiva.

⁴¹ La orden de protección a las víctimas de la violencia doméstica unifica los distintos instrumentos de amparo y tutela a las víctimas de estos delitos y faltas. A través de un rápido y sencillo procedimiento judicial, la víctima obtiene un estatuto integral de protección que concentra de forma coordinada una acción cautelar de naturaleza civil y penal. Esto es, una misma resolución judicial que incorpora conjuntamente tanto las medidas restrictivas de la libertad de movimientos del agresor para impedir su nueva aproximación a la víctima, como las orientadas a proporcionar seguridad, estabilidad y protección jurídica a la persona agredida y a su familia, sin necesidad de esperar a la formalización del correspondiente proceso matrimonial civil.

3.2. La protección de la funcionaria víctima de violencia de género

3.2.1. *Derecho a reducción o reordenación del tiempo de trabajo*

Haciéndose eco de las previsiones de la LOIVG, el art. 49 d) EBEP establece que “las funcionarias víctimas de violencia sobre la mujer, para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral, tendrán derecho a la reducción de la jornada con disminución proporcional de la retribución, o a la reordenación del tiempo de trabajo, a través de la adaptación del horario, de la aplicación del horario flexible o de otras formas de ordenación del tiempo de trabajo que sean aplicables, en los términos que para estos supuestos establezca la Administración Pública competente en cada caso.”

3.2.2. *Justificación de las faltas de asistencia*

De manera similar a lo que ocurre con las trabajadoras por cuenta ajena, el EBEP prevé que las faltas de asistencia (sean totales o parciales) están justificadas por el tiempo y en las condiciones en que así lo determinen los servicios sociales de atención o salud, según proceda. Se trata de una medida que hace posible la atención de la víctima, con el fin de que pueda preservar tanto su integridad física frente a un posible ataque del agresor como su salud psicofísica.

3.2.3. *Movilidad por violencia de género*

Las mujeres víctimas de violencia de género que se vean obligadas a abandonar el puesto de trabajo en la localidad donde venían prestando sus servicios, para hacer efectiva su protección o el derecho a la asistencia social integral, tendrán derecho al traslado a otro puesto de trabajo propio de su cuerpo, escala o categoría profesional, de análogas características, sin necesidad de que sea vacante de necesaria cobertura. Aún así, en tales supuestos, la Administración Pública competente, estará obligada a comunicarle las vacantes ubicadas en la misma localidad o en las localidades en que la interesada expresamente solicite.

Ese traslado tendrá la consideración de traslado forzoso.

El art. 82 EBEP contiene asimismo una previsión que es importante en aras de proteger a la víctima. De esta manera, se establece expresamente que en las actuaciones y procedimientos relacionados con la violencia de género, se protegerá la intimidad de las víctimas, en especial, sus datos personales, los de sus descendientes y las de cualquier persona que esté bajo su guarda o custodia. Esto habrá de tenerse en cuenta no solo cuando la mujer solicite el traslado, sino cuando ejerza el resto de sus derechos de contenido laboral.

3.2.4. *Excedencia por razón de violencia de género*

Las funcionarias víctimas de violencia de género, para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral, tendrán derecho a solicitar la situación de excedencia sin tener que haber prestado un tiempo mínimo de servicios previos, y sin que sea exigible plazo de permanencia en la misma. Durante los seis primeros meses tendrán derecho a la reserva del puesto de trabajo que desempeñaran, siendo computable dicho período a efectos de antigüedad, carrera y derechos del régimen de Seguridad Social que les sea de aplicación. Cuando las actuaciones judiciales lo exigieran se podrá prorrogar este periodo por tres meses, con un máximo de dieciocho, con idénticos efectos a los señalados anteriormente, a fin de garantizar el derecho a la protección de la víctima. Durante los dos primeros meses de esta excedencia la funcionaria tendrá derecho a percibir las retribuciones íntegras y, en su caso, las prestaciones familiares por hijo a cargo.

Toda esta regulación supone una situación ciertamente privilegiada, y no solo por la posibilidad de percibir las retribuciones íntegras durante dos meses. Es importante el hecho de que, a diferencia de lo establecido como regla general para los supuestos de excedencia, el periodo en este caso se computará a efectos de ascensos, trienios y derechos pasivos. También se mejora en relación con los supuestos de excedencia voluntaria por interés particular, en el sentido de que para ejercerla no se exige tiempo mínimo de servicios, ni tampoco un plazo mínimo de permanencia en esta situación.

3.3. **La protección de la trabajadora laboral víctima de violencia de género**

3.3.1. *Derecho a la reducción o reordenación del tiempo de trabajo*

La LOIVG estableció que la trabajadora víctima de violencia de género tendrá derecho, para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral, a dos posibilidades que no son cumulativas, sino alternativas. Por una parte, puede decidir reducción de la jornada de trabajo con disminución proporcional del salario y, por otra, puede optar por reordenar su tiempo de trabajo (bien por medio de una adaptación del horario, o por aplicación de un horario flexible o de otras formas de ajuste del tiempo que existan en la empresa). Ninguna de las posibilidades está sujeta a límite máximo de duración, por lo que hay que interpretar que el derecho subsistirá mientras persista la necesidad. La referencia a otras formas de ajuste del tiempo de trabajo hay que entenderla en relación con posible trabajo nocturno, trabajo a turnos, jornada intensiva....Sólo se podrá exigir al

empresario la utilización de estas modalidades si es una forma de prestación de trabajo presente en la empresa, de manera que el ejercicio del derecho tiene que ser compatible con la organización del proceso productivo en la empresa concreta⁴². Además, el ajuste no puede afectar a las funciones que la trabajadora viene realizando, de manera que si para su puesto de trabajo no esta previsto, por ejemplo, el establecimiento de turnos, no puede cambiar de puesto. Por estas dificultades, parece más probable que la víctima que tenga problemas para compatibilizar el horario de trabajo con sus necesidades de asistencia o protección opte por reducir el horario, a pesar de la consiguiente reducción de salario y de protección social⁴³, o bien por renunciar a la asistencia o protección si no pueden hacer frente a una reducción de salario.

3.3.2. *El derecho a la movilidad geográfica*

La trabajadora víctima de violencia de género que se vea obligada a abandonar su puesto de trabajo en la localidad donde venía prestando sus servicios, para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral, tendrá derecho preferente a ocupar otro puesto de trabajo, del mismo grupo profesional o categoría equivalente, que la empresa tenga vacante en cualquier otro de sus centros de trabajo. El traslado tendrá una duración inicial de seis meses, durante los cuales la empresa tiene la obligación de reservar el puesto de trabajo. Terminado dicho periodo, la trabajadora puede optar entre regresar a su antiguo puesto o continuar en el nuevo, en cuyo caso decaerá su derecho a la reserva. Para que la trabajadora pueda ejercer este derecho a la movilidad geográfica, la empresa tiene el deber de informarle de las vacantes que existan en otros centros de trabajo, ya sean en la misma localidad o en otra distinta. El traslado no tiene que respetar las funciones que se realizaban en el puesto de trabajo originario, ya que puede ser a un puesto de categoría equivalente; esta amplitud, que puede parecer chocante en un traslado, se justifica en que no se trata de una situación impuesta por el empresario, sino que responde a la necesidad de protección o asistencia de la trabajadora.

⁴² En este sentido, Menéndez Sebastián, P., en Menéndez Sebastián, P. y Velasco Portero, T.(2006), p. 75.

⁴³ La trabajadora se convierte en una trabajadora a tiempo parcial, y como tal se le aplican las reglas especiales de cotización de este tipo de trabajadores, lo que puede incidir negativamente en el acceso a determinadas prestaciones (les resulta más difícil conseguir los periodos de carencia), o en la cuantía de éstas (que dependen de las bases de cotización, relacionadas con el salario).

3.3.3. *Derecho a la suspensión contractual*

Esta suspensión podemos decir que es una de las estrellas de la nueva regulación, ya que los otros derechos tienen unas condiciones de ejercicio más complicadas, y muchas veces van a ser insuficientes para hacer frente a los problemas reales de la víctima. La LOIVG creó una nueva causa de suspensión del contrato de trabajo, “por decisión de la trabajadora que se vea obligada a abandonar su puesto de trabajo como consecuencia de ser víctima de violencia de género”. La figura de la suspensión del contrato consiste en que temporalmente se suspenden las obligaciones recíprocas de trabajar y de retribuir, a pesar de lo cual el contrato de trabajo sigue existiendo. La suspensión se produce a solicitud de la trabajadora, y tendrá la duración que ésta decida, siempre que no exceda de seis meses. Si pasado este tiempo la efectividad del derecho a la protección o asistencia de la víctima sigue haciendo necesaria la suspensión, el juez podrá prorrogarla por periodos de tres meses, con un máximo de dieciocho meses. Mientras dura la suspensión, la trabajadora tiene derecho a la reserva de su puesto de trabajo, y el empresario puede suplirla con un contrato de interinidad; si esto ocurre, la propia LOIVG establece que la empresa tendrá derecho a una bonificación de las cuotas empresariales a la Seguridad Social por contingencias comunes, durante todo el período de suspensión de la trabajadora sustituida”, lo cual aligera los costes sociales del empresario.

El ejercicio de este derecho a la suspensión del contrato se acompaña de una serie de medidas en materia de Seguridad Social que le dan un atractivo único, que no está presente en el resto de las suspensiones contractuales. Estas medidas son las siguientes:

1. El tiempo en que el contrato está en suspensión, se considera tiempo cotizado a efectos de la mayoría de las prestaciones de seguridad social (aunque la cotización no se haya producido)
2. Consideración del período de suspensión como situación asimilada al alta: de esta manera, si la trabajadora sufre algún tipo de contingencia que está protegida por la seguridad social solo si el trabajador se encuentra en alta, la trabajadora puede acceder a la protección a pesar de que en realidad no está de alta porque no está trabajando.
3. Acceso a la prestación por desempleo, que además se produce en unas condiciones muy beneficiosas: Esta medida es realmente una gran mejora, ya que normalmente el acceso a la prestación por desempleo se produce a consecuencia de la pérdida del puesto de trabajo, y en el caso de suspensión no es así, ya que la trabajadora tiene derecho a la reserva de puesto. A la gran ventaja que supone de por sí el hecho de poder acceder a la prestación por desempleo se unen otros privilegios:

en primer lugar, que las cotizaciones acreditadas para tener derecho a la prestación por desempleo fundada en la suspensión no agotan su efecto, de manera que las que se utilizaron para reconocer esta prestación pueden ser nuevamente tenidas en cuenta para causar una nueva prestación por desempleo por una posterior suspensión o extinción del contrato por cualquier causa (esto supone un posible doble cómputo de cotizaciones). En segundo lugar, que a efectos de una prestación por desempleo a la que se llegara posteriormente, se computarán tanto las cotizaciones tenidas en cuenta para ésta (acabamos de ver que no agotan su efecto) como las cotizaciones efectuadas durante el propio periodo de desempleo correspondiente a la suspensión; por último, el “compromiso de actividad” que lleva aparejado el cobro de la prestación por desempleo se diluye en el caso de la trabajadora víctima de violencia de género, pues en las colocaciones que se le ofrezcan habrá que tener en cuenta sus especiales necesidades de protección y asistencia.

3.3.4. *Posibilidad de dimisión con acceso a prestación por desempleo*

La LOIVG modificó el Estatuto de los Trabajadores en el sentido de que se considera expresamente causa de dimisión “la decisión de la trabajadora que se vea obligada a abandonar definitivamente su puesto de trabajo como consecuencia de ser víctima de violencia de género”. Es una solución drástica, que se producirá cuando la trabajadora considere que el trabajo le resulta incompatible con su situación, y que no va a solucionarse en el plazo de suspensión del contrato. Pues bien, si la trabajadora opta por esta solución, la LOIVG también le abre el acceso a la prestación de desempleo, que normalmente no opera en caso de dimisiones voluntarias, sino en caso de extinciones involuntarias⁴⁴. La trabajadora puede acceder directamente a la prestación asistencial, o bien primero a la contributiva y, al agotarla, a la asistencial en caso de que continúe en situación de desempleo y carezca de medios económicos.

3.3.5. *Protección frente al despido*

Los problemas que la situación de violencia genera en la víctima pueden estar provocando incumplimientos en su trabajo, lo que hasta la aprobación de la LOIVG podía dar lugar a que el empresario la despidiera sin derecho a

⁴⁴ La dimisión voluntaria solo se considera situación legal de desempleo en los casos de traslado, modificación sustancial de condiciones, dimisión forzada por incumplimiento de sus obligaciones por parte del empresario y en éste de la víctima de violencia de género.

ningún tipo de indemnización. Se trataba de un despido disciplinario, ya que las faltas de puntualidad o de asistencia no amparadas en un derecho del trabajador y justificadas abren la puerta a este tipo de despido. Hay que tener en cuenta que el contrato de trabajo genera una serie de obligaciones recíprocas entre trabajador y empresario; entre éstas, la principal obligación del empresario es retribuir, y la del trabajador la de trabajar conforme a las reglas de la buena fe y de la diligencia. Si el trabajador no cumple con su principal obligación, es decir, no acude a trabajar o lo hace de manera impuntual o poco diligente, el empresario podrá dar por terminado el contrato sin tener que indemnizarlo por ello. Hasta la entrada en vigor de la ley, si la situación de violencia de género provocaba que la trabajadora faltase al trabajo o llegase tarde el empresario podía tomar la decisión de despedirla⁴⁵. La LOIVG atiende expresamente a este problema, y establece que “Las ausencias o faltas de puntualidad al trabajo motivadas por la situación física o psicológica derivada de la violencia de género se considerarán justificadas cuando así lo determinen los servicios sociales de atención o los servicios de salud, sin perjuicio de que dichas ausencias sean comunicadas por la trabajadora a la empresa a la mayor brevedad”.

La ley no se queda aquí, sino que considera también la posibilidad de que el empresario, una vez que la trabajadora ha sido declarada víctima de violencia de género y decida ejercer alguno de los nuevos derechos laborales que la ley le concede, se vea tentado de despedirla, a causa de los inconvenientes que este ejercicio le produzca. Para evitarlo, los despidos de trabajadoras que hayan ejercido este tipo de derechos se consideran nulos, lo que supone un especial blindaje de su contrato, equivalente al que tienen las trabajadoras embarazadas o los sujetos que ejercen derechos relacionados con la conciliación de la vida personal, familiar y laboral. La protección equivale a presumir que el despido que se efectúe sobre estas trabajadoras está motivado por el ejercicio de sus derechos, y que por lo tanto es discriminatorio; el empresario tendrá que demostrar que su intención no era discriminar, lo cual es una prueba negativa que reviste grandes dificultades. La nulidad del despido tiene el efecto de que es obligatorio readmitir a la trabajadora, con abono de los salarios de tramitación, que son los devengados desde que se produce el despido hasta que se comunica la sentencia⁴⁵.

Por otra parte, las faltas de asistencia motivadas por el ejercicio de los derechos no se computan a efectos de un posible despido por circunstancias objetivas, cómputo en el que sí están incluidas, por ejemplo, las bajas motivadas por pequeñas enfermedades de hasta quince días de duración. También en esto se asimila la situación de estas trabajadoras con la de aquellas que ejercen dere-

⁴⁵ Salvo que su capacidad para trabajar estuviese dañada por los actos de violencia, en cuyo caso tenía que haber una baja médica.

chos relacionados con la maternidad, como comentábamos en relación con la nulidad del despido, lo que tiene mucho sentido ya que en ambos casos está en juego el principio de igualdad.

BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV. (Cruz Villalón, J. coord.) (2005): *La negociación colectiva en la Administración Pública Andaluza*, Sevilla, Instituto Andaluz de Administración Pública.
- AA.VV. (Del Rey Guanter, S. dir; Férez Fernández, M y Sánchez Torres, E., coord.) (2008): *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, Madrid, La Ley.
- AA.VV. (García Ninet, I. dir.) (2007): *Comentarios a la Ley de Igualdad*, Valencia, CISS.
- ALFONSO MELLADO, C.L. (2007): *Igualdad entre mujeres y hombres en la Función Pública*, Albacete, Bomarzo.
- CAYÓN DE LAS CUEVAS, J. (2007): “La incidencia del Estatuto Básico del Empleado Público en el régimen jurídico del personal estatutario de los servicios de salud: problemas de solapamiento normativo”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n. 742/2007 (Comentario).
- LORENZO DE MEMBIELA, J. B. (2008): *Las situaciones administrativas de los funcionarios públicos: conforme a la Ley 7/2007, estatuto básico del empleado público*, Pamplona, Aranzadi.
- (2007): *Permisos y licencias de los funcionarios públicos: adaptada a la Ley 7/2007, Estatuto Básico del Empleado Público*, Pamplona, Aranzadi.
- MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P. y VELASCO PORTERO, M^a T. (2006): *La incidencia de la violencia de género en el contrato de trabajo*, Madrid, CINCA.
- (2005): “La suspensión del contrato de trabajo de las víctimas de violencia de género como medida de protección integral. Mucho ruido y pocas nueces”. *Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, n° 55/2005.
- MARÍN ALONSO, I. (2007): “La Ley Orgánica de Igualdad y el Estatuto Básico del Empleado Público ante el trabajo femenino en la Función Pública”, *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo*, n° 136/2007, Págs. 861–895.
- NÚÑEZ–CORTÉS CONTRERAS, P. *et al.* (2007) “(Des) Igualdad en las condiciones de trabajo, incluida la retribución, de los trabajadores con responsabilidades familiares: realidad actual y soluciones –parciales– planteadas en el proyecto de Ley Orgánica para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres (y II)” *En Tribuna Social: Revista de Seguridad Social y Laboral*, n° 193.

- (2006) “(Des) Igualdad en las condiciones de trabajo, incluida la retribución, de los trabajadores con responsabilidades familiares: realidad actual y soluciones –parciales– planteadas en el Anteproyecto de Ley Orgánica de igualdad entre mujeres y hombres (I)” *En Tribuna Social: revista de Seguridad Social y Laboral*, n^o 192, 2006, Págs. 23–36.
- PALOMAR OLMEDA, A., SEMPERE NAVARRO, A., QUINTANILLA NAVARRO, R.Y. (2008): *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del estatuto básico del empleado público*, Pamplona, Aranzadi.
- PARADA VÁZQUEZ, J.R., (2007): *Derecho del empleo público: Ley 7/2007, de 12 de abril, del estatuto básico del empleado público*, Barcelona, Marcial Pons.
- SÁNCHEZ MORÓN, M. et. al. (2007): *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Valladolid, Lex Nova.
- SEMPERE NAVARRO, A.V. y SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. (2006): “Los derechos individuales del personal estatutario”, *Aranzadi Social*, n. 2/2006 (Tribuna).
- VELASCO PORTERO, M^a T., (2006): “El despido de la trabajadora víctima de violencia de género”, en AA.VV. *La extinción del contrato de trabajo*, Albacete, Bomarzo.