

LOS DERECHOS DE CONCILIACIÓN DE LA VIDA PERSONAL, FAMILIAR Y PROFESIONAL DEL EMPLEADO PÚBLICO TRAS LA LEY ORGÁNICA DE IGUALDAD EFECTIVA DE MUJERES Y HOMBRES. ESPECIAL REFERENCIA AL PERSONAL MILITAR

Isabel María Romero Lucas
Capitán Auditor

I. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO Y EVOLUCIÓN NORMATIVA

Desde la entrada en vigor de la Constitución, la protección jurídica de la mujer trabajadora ha sufrido una gran transformación, fruto en gran medida, de nuestra integración en la Unión europea. Sin embargo, la incorporación de la mujer al mercado laboral sigue contando con importantes obstáculos derivados fundamentalmente de las cargas familiares que tradicionalmente han asumido las mujeres, y que dificultan la consecución de una igualdad plena de mujeres y hombres.

Durante muchos años el legislador trató de eliminar las discriminaciones que pudieran existir por razón de sexo en el acceso y continuidad en el empleo, por lo que la mayoría de las normas dictadas fueron encaminadas a conseguir la igualdad de oportunidades entre ambos sexos, obviando las dificultades y los obstáculos que las responsabilidades familiares, y, sobre todo, la maternidad, constituyen para la integración y permanencia de la mujer en el mundo laboral.

Ante esta realidad, en los últimos años se han venido instrumentando las denominadas medidas para conciliar la vida familiar y laboral, dirigidas, por un lado, a la consecución de una distribución mas justa entre

mujeres y hombres de sus responsabilidades familiares, y, por otro, a hacer compatible el trabajo con el cuidado de la familia.

Así desde mediados de la década de los noventa del siglo XX, el tema de la conciliación se ha popularizado y ha entrado en las agendas políticas comunitarias, con la pretensión de que, a través de esta fórmula, se concrete la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres. Las políticas sociales de todos los Estados miembros de la Unión Europea parecen encaminarse hacia una progresiva igualdad entre los sexos, y por tanto la conciliación en el discurso político dominante, ha dejado de ser un *problema de mujeres* para ser un problema social.

Es cierto, como han señalado algunos autores, que no es misión de los poderes públicos establecer (y mucho menos imponer) modelos determinados de convivencia familiar o «políticas de la familia concretas»¹, pero no es menos cierto que los poderes públicos deben tratar de eliminar al máximo todos los obstáculos que afecten directamente a la familia, para que, dentro del ámbito privado de cada una de ellas existan verdaderas posibilidades de elección (art. 9.2 y 39.1 de la CE). Por tanto, el legislador debe sentar las bases para que el reequilibrio de responsabilidades pueda ser efectivo y para que pueda compatibilizarse el tiempo de trabajo y el tiempo de atención a la familia.

Este enfoque en el tratamiento de la conciliación de la vida laboral y familiar puede apreciarse con claridad a nivel comunitario a partir de la publicación de la Directiva 96/34/CE, del Consejo, de 3 de junio, relativa al Acuerdo marco sobre permiso parental, que constituye la primera muestra de un enfoque integrador de la maternidad-paternidad y las responsabilidades familiares. Esta Directiva tuvo su reflejo a nivel nacional, en la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de Conciliación de la vida personal, familiar y laboral (LCVFL), norma que ofreció por primera vez un enfoque global e integrado de la conciliación de la vida familiar y laboral.

I.I. LA LEY 39/1999, DE 5 DE NOVIEMBRE, DE CONCILIACIÓN DE LA VIDA PERSONAL, FAMILIAR Y LABORAL

La Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de Conciliación de la vida personal, familiar y laboral (LCVFL), ordena e integra la normativa dispersa existente hasta el momento en materia de permisos de maternidad, exce-

¹ Martín Jiménez, R. (2000): «Disposiciones «extravagantes» y otras cuestiones reguladas en la Ley 39/1999», Aranzadi Social, nº 20, 2000, pag.112.

dencias y reducciones de jornada para el cuidado de hijos, así como los permisos puntuales por razones familiares. Además incorpora aspectos nuevos, como la ampliación de los permisos de cuidado de los hijos en todos los casos, incluido el acogimiento preadoptivo o temporal, o la extensión de los permisos para el cuidado de otros familiares que no puedan valerse por sí mismos. Esta última es una modalidad de permiso laboral no contemplada en las Directivas europeas, que se puede disfrutar durante un periodo de hasta un año y que se añade a la licencia por motivos familiares urgentes que ya existía con anterioridad. Por otra parte, aumentan los casos en los que los permisos pueden disfrutarse tanto por el padre como por la madre, a fin de promover la igualdad entre mujeres y hombres.

Esta Ley supone el primer reconocimiento de los problemas que plantea la creciente incorporación de las mujeres al mundo laboral y es, en muchos aspectos, abierta y flexible, si bien, tiene una limitación importante y es que los permisos no entrañan ningún tipo de retribución (excepto el permiso de maternidad, y el permiso de dos días por motivos familiares urgentes), por lo que solo una minoría de las familias podía acogerse a ellos.

I.II. LA LEY ORGÁNICA 3/2007, DE IGUALDAD EFECTIVA DE MUJERES Y HOMBRES: EL CAMINO HACIA LA CORRESPONSABILIDAD

La Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de Conciliación de la vida personal, familiar y laboral, a pesar de sus aciertos, mostró algunas insuficiencias, y después de algunos años de vigencia, la sociedad española comenzó a demandar medidas políticas de carácter social para una auténtica conciliación de las responsabilidades familiares y laborales.

Al hilo de estas demandas surge la necesidad de revisar el concepto mismo de *conciliación*, identificándolo con el de *corresponsabilidad*, tal y como se ha concretado jurídicamente, en el sentido de equilibrar el esfuerzo que deben realizar tanto hombres como mujeres, mediante el establecimiento de políticas de conciliación orientadas a los hombres.

En este contexto, y con este sentido nace la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOI), que constituye un nuevo hito en esta materia. Las políticas de conciliación guardan una indudable relación con el principio de igualdad, ya que, en la práctica constituyen una técnica indirecta para la consecución del mismo, de ahí que la LOI preste una especial atención a las mismas.

La LOI, tras reconocer en su Exposición de Motivos que la igualdad formal o igualdad ante la ley reconocida tanto en la legislación nacional² como internacional³, ha resultado ser insuficiente, al amparo de la competencia que la Constitución otorga al estado para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los ciudadanos⁴, preconiza una igualdad efectiva vinculada al Estado Social, y, por tanto, una igualdad material o de resultados.

En este contexto diseña un marco general para la adopción de las llamadas «*acciones positivas*», dirigiendo a todos los poderes públicos un mandato de remoción de situaciones de constatable desigualdad fáctica no corregibles por la sola formulación del principio de igualdad jurídica o formal.

Así en su artículo 14 define como criterios generales de actuación de los poderes públicos, entre otros, «*el compromiso con la efectividad del derecho constitucional de igualdad entre mujeres y hombres*», «*la integración del principio de igualdad de trato y de oportunidades en el conjunto de las políticas económica, laboral, social, cultural y artística*», «*la protección de la maternidad*», y «*el establecimiento de medidas que aseguren la conciliación del trabajo y de la vida personal y familiar de las mujeres y los hombres, así como el fomento de la corresponsabilidad en las labores domésticas y en la atención a la familia*».

Bajo el término «*derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral*», la LOI intenta aglutinar las distintas figuras jurídicas que permiten a los trabajadores compatibilizar el trabajo con la atención de sus intereses familiares, señalando en su artículo 44.1 que tales derechos «*se reconocerán en forma que fomenten la asunción de las responsabilidades familiares, evitando toda discriminación en su ejercicio*». Se insiste, por tanto, en que dichos derechos fomenten una mayor corresponsabilidad entre mujeres y hombres en la asunción de las obligaciones familiares (art. 14.8) y en que su ejercicio no implique ningún tipo de discriminación para los trabajadores y trabajadoras.

Llegados a este punto, hemos de significar que dos son los bienes jurídicos que tratan de proteger las medidas de conciliación de la vida personal, familiar y laboral: por un lado, la familia y, por otro, la mujer, que requiere de una protección especial en atención a su condición biológica y al rol social que tradicionalmente se le ha asignado. En este sentido,

² Art. 1.1, 9.2 y 14 CE

³ La LOI incorpora al ordenamiento español las Directivas 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, 2004/113/CE, del Consejo y la 2006/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo.

⁴ Art. 149.1.1CE

como ha afirmado el Tribunal Constitucional en su sentencia 3/2007, de 15 de enero, en caso de conflicto, la dimensión constitucional de todas las medidas tendentes a facilitar la compatibilidad de la vida laboral y familiar de los trabajadores, «tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) de las mujeres trabajadoras como desde la del mandato de protección a la familia y a la infancia (art. 39 CE), ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa».

Debe tenerse en cuenta que la LOI se refiere en el art. 44 a los «derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral» pero sin enumerar dichos derechos; es de suponer que el legislador parte de la consideración de que los mismos son ya conocidos, sin embargo, no existe ninguna norma que contenga una enumeración de tales derechos, de manera que habrá que entender que los derechos de conciliación están integrados por todas aquellas figuras jurídicas que, desperdigadas a lo largo de una pluralidad de disposiciones, permiten a los trabajadores compatibilizar el trabajo con la atención de su familia.

En efecto, en el articulado de la LOI, como regla general no se recogen medidas de conciliación específicas, sino que se introducen en sus Disposiciones adicionales a través de numerosas reformas en la legislación sustantiva, procesal y de Seguridad Social, así como en la normativa funcionarial, para asegurar la mejor conciliación entre el trabajo y la familia y conseguir una participación equilibrada de hombres y mujeres en la actividad profesional y en la vida familiar.

En concreto, las reformas introducidas por la LOI en la normativa citada, obedecen, resumidamente, a las siguientes líneas básicas:

1. Se consagra en la normativa la jurisprudencia más significativa sobre la materia con el fin de crear una situación de mayor seguridad jurídica en el ejercicio de las figuras que componen los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral;
2. Se crean nuevas figuras jurídicas, se mejora el contenido de los derechos ya reconocidos, y se introduce mayor flexibilidad en su ejercicio;
3. Se sustituyen las referencias que en las medidas de conciliación se hacían al «padre», por referencias al «otro progenitor», para incluir la nueva posibilidad de matrimonios de personas del mismo sexo;
4. Se intenta potenciar la participación del padre en el cuidado de los hijos a través, entre otras medidas, de la creación del derecho a un permiso y una prestación por paternidad;

5. Se trata de reforzar la protección de las trabajadoras embarazadas y ampliar dicha protección durante el periodo de lactancia natural;
6. Se presta especial atención a las situaciones singulares que puedan afectar a los hijos recién nacidos, como las situaciones de discapacidad;
7. Se amplían los sujetos protegidos por los derechos de conciliación la vida personal, familiar y laboral;
8. Se flexibiliza la regulación legal de varios de los «derechos de conciliación la vida personal, familiar y laboral», como, por ejemplo, la reducción de jornada, el permiso por lactancia o la excedencia;
9. Se regula en paralelo, aunque no siempre miméticamente, el régimen privado y el régimen público del trabajo asalariado.

En cumplimiento de la autorización contenida en la Disposición final tercera de la LOI, recientemente se ha publicado el Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural (BOE núm. 69 de 21 marzo), que efectúa el desarrollo reglamentario, por un lado, de la normativa legal aplicable a los subsidios por maternidad y por riesgo durante el embarazo, y, por otro, de las normas reguladoras de los nuevos subsidios por paternidad y por riesgo durante la lactancia natural, creados por la LOI.

Por lo que se refiere al empleo público, la LOI dedica su Título V al «*Principio de igualdad en el empleo público*», y comienza señalando como uno de los criterios de actuación de las Administraciones públicas, el de «*remover los obstáculos que impliquen la pervivencia de cualquier tipo de discriminación con el fin de ofrecer condiciones de igualdad efectiva entre mujeres y hombres en el acceso al empleo público y en el desarrollo de la carrera profesional*», y «*facilitar la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, sin menoscabo de la promoción profesional*»(art. 51).

A continuación, el artículo 56 referido a los «*Permisos y beneficios de protección a la maternidad y la conciliación de vida personal, familiar y laboral*», se limita a hacer una remisión directa a la normativa reguladora del personal al servicio de las Administraciones públicas, señalando que la misma establecerá «*un régimen de excedencias, reducciones de jornada, permisos u otros beneficios con el fin de proteger la maternidad y facilitar la conciliación de la vida personal, familiar y laboral*», si bien, hace expresa mención del *permiso de paternidad*.

La LOI introdujo importantes modificaciones en el articulado de la Ley de Funcionarios civiles del Estado y en la Ley de Reforma de la Función

Pública, en el ámbito de los derechos de conciliación. No obstante, con posterioridad a su entrada en vigor, se publicó la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, que derogó parcialmente las normas citadas, y que, además de reconocer en su artículo 14 como derecho individual de los funcionarios públicos el derecho a la adopción de medidas que favorezcan la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, incluye en su articulado las modificaciones operadas en dichos textos legales por la LOI en materia de conciliación.

A continuación se examinará las figuras jurídicas contenidas en la normativa funcional que, desde esta perspectiva, podemos encuadrar en el concepto de derechos de conciliación, como normativa base y de referencia, por imperativo del artículo 66 antes citado, para el estudio posterior de los derechos de conciliación del personal militar.

II. LOS DERECHOS DE CONCILIACIÓN EN EL EMPLEO PÚBLICO

Debemos iniciar el estudio de esta materia destacando que los derechos de conciliación de los empleados públicos se inspiran en los derechos de conciliación de los trabajadores, tal y como reconoce la propia Exposición de Motivos de la LOI al señalar que «*las medidas de igualdad en el empleo en el ámbito de la Administración General del Estado*» se regulan en el Capítulo III del Título V «*en sentido análogo a lo previsto para las relaciones de trabajo en el sector privado*». Esta precisión es muy importante puesto que la regulación de la materia en el ámbito laboral, mas completa en algunos aspectos, puede ayudarnos a resolver las dudas que se planteen en la aplicación de la legislación funcional, como se expondrá a continuación al analizar individualmente las medidas de conciliación en el empleo público.

Los llamados derechos de conciliación podemos encontrarlos en los artículos 48, 49 y 89 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público.

II.I. PERMISOS DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

El artículo 48, bajo la rúbrica de «*Permisos de los funcionarios públicos*», contempla varias figuras jurídicas, que si bien son de diferente naturaleza, tienen en común que por el bien jurídico protegido (maternidad o cuidado de la familia), debemos considerar incluidos en el concepto de

derechos de conciliación, por lo que consideramos que habría sido mas acertada su inclusión en el siguiente artículo 49 referido expresamente a los permisos por motivos de conciliación.

A continuación vamos a analizar cada uno de estos derechos destacando las novedades introducidas en su regulación por la LOI y deteniéndonos en el estudio de aquellos que mas problemas plantean en su interpretación y aplicación.

1. PERMISOS RETRIBUIDOS

1.1. Para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto para las funcionarias embarazadas

Este permiso fue introducido en el art. 30.1 de la Ley 30/84 por la Ley 53/2005, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y de orden social. Por tal permiso habrá de entenderse el derecho de la funcionaria embarazada a ausentarse del puesto de trabajo durante el tiempo imprescindible para llevar a cabo los reconocimientos y pruebas ginecológicas que precise, así como para asistir a técnicas de preparación al parto.

Si bien en el la Ley 7/2007 se ha omitido, voluntaria o involuntariamente, la referencia a la *«previa justificación de la necesidad de su realización dentro de la jornada de trabajo»*, que si figura en el vigente artículo 30.1 letra e) de la Ley 30/84, consideramos que dicha acreditación puede ser exigida al amparo de dicha disposición, que no fue modificada por la LOI ni derogada por la Ley 7/2007.

1.2. Por lactancia de un hijo menor de doce meses

Por esta causa el funcionario tiene derecho *«a una hora de ausencia del trabajo que podrá dividir en dos fracciones. Este derecho podrá sustituirse por una reducción de la jornada normal en media hora al inicio y al final de la jornada, o en una hora al inicio o al final de la jornada con la misma finalidad. Este derecho podrá ser ejercido indistintamente, por uno u otro de los progenitores, en el caso de que ambos trabajen.*

Igualmente la funcionaria podrá solicitar la sustitución del tiempo de lactancia por un permiso retribuido que acumule en jornada completas el tiempo correspondiente.

Este permiso se incrementará proporcionalmente en los casos de parto múltiple».

La regulación de este permiso en el artículo 48.1.f) de la Ley 7/2007 es prácticamente idéntica a la introducida por la LOI en el artículo 30.1 de la Ley 30/1984, con una salvedad: la Ley 30/1984 menciona, como titular de este derecho a «*la funcionaria*», precisión que no aparece recogida, quizá conscientemente, en la redacción del mismo en la Ley 7/2007, surgiendo de nuevo la polémica sobre la titularidad del permiso de lactancia. No obstante, teniendo en cuenta que el bien jurídico protegido por este derecho es el menor lactante, ya reciba lactancia materna, o artificial, lo cierto es que la norma permite que pueda ser disfrutado por cualquiera de lo progenitores, no solo por la madre, por lo que, serán los progenitores los que decidirán, en cualquier caso, quién ejercerá el derecho.

Llama la atención, que en la regulación de este permiso cuyo sujeto protegido es el menor lactante se considere únicamente titulares de este derecho a los progenitores, excluyendo a aquellos sujetos que, sin ostentar dicha condición, tengan la guarda legal o de hecho del menor.

La LOI recogiendo la jurisprudencia y doctrina sobre la materia, introduce una novedad en esta materia, tanto en el ámbito público como en el privado, señalando que en los casos de parto múltiple la duración del permiso se incrementará proporcionalmente al número de hijos nacidos⁵.

La regulación de este permiso por lactancia en la función pública es más favorable que la prevista en el Estatuto de los Trabajadores. En primer lugar se puede disfrutar hasta que el menor alcance los doce meses⁶ mientras que en el ámbito privado solo hasta los nueve meses. Además, los funcionarios pueden optar por la reducción de jornada de hasta una hora, mientras que el Estatuto de los Trabajadores solo reconoce la reducción de media hora.

1.3. Permiso por el tiempo indispensable para el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público o personal y por deberes relacionados con la conciliación de la vida familiar y laboral

El último inciso referido a los deberes relacionados con la conciliación, fue introducido en la Ley 30/1984 por la LOI. y constituye un cajón de sastre donde poder incluir aquellos supuestos no recogidos expresamente en

⁵ En este sentido, la sentencia del TC de 18 de junio de 1985 (RTCT 1985/4063).

⁶ Ampliación introducida por la Disposición adicional decimonovena, apartado 8 de la LOI que modifica el art.30.1 f) de la Ley 30/1984),

la norma; así podrían ampararse en él los casos de ausencia del puesto de trabajo por intervención quirúrgica de un familiar directo, o por acompañar a un menor a cargo a revisiones médicas.

2. REDUCCIÓN DE JORNADA

2.1. Por nacimiento de hijos prematuros o que deban permanecer hospitalizados a continuación del parto

Los funcionarios tendrán derecho a ausentarse del trabajo durante un máximo de dos horas diarias, sin pérdida de retribuciones. También podrán reducir su jornada de trabajo hasta un máximo de dos horas diarias, con la disminución proporcional de retribuciones.

Antes de la LOI, el artículo 30.1 f) de la Ley 30/1984 solo contemplaba el derecho a ausentarse una hora por esta causa.

2.2. Por guarda legal

El funcionario que tenga el cuidado directo de algún menor de 12 años, de persona mayor que requiera especial dedicación, de una persona con discapacidad, o de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razón de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo, siempre y cuando no desempeñen ninguno de ellos actividad retribuida, tiene derecho a la reducción de su jornada de trabajo, con la disminución de retribuciones que corresponda.

La LOI ha ampliado la edad del menor a cargo, que antes era de 6 años, En esta materia la normativa funcionarial es más beneficiosa que la prevista en el ET, en el que la LOI solo ha ampliado de seis a ocho años la edad del menor que puede dar lugar a la reducción de jornada, y, además, establece un mínimo y un máximo de la jornada a reducir.

2.3. Por el cuidado de un familiar de primer grado, por razón de enfermedad muy grave

Derecho a la reducción de jornada de hasta el cincuenta por ciento, sin disminución de retribuciones, y por el plazo máximo de un mes. Si hay más

de un titular de este derecho por el mismo causante, el tiempo de reducción se podrá prorratear entre ellos respetando el plazo máximo de un mes.

Este supuesto, no previsto en la normativa laboral, fue introducido por la LOI en el artículo 30.1 g bis) de la Ley 30/1984 .

II.II. PERMISOS POR MOTIVOS DE CONCILIACIÓN DE LA VIDA PERSONAL, FAMILIAR Y LABORAL Y POR RAZÓN DE VIOLENCIA DE GÉNERO

Además de los permisos estudiados en el epígrafe anterior, el artículo 49 de la Ley 7/2007, bajo la rúbrica de «*Permisos por motivos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral y por razón de violencia de género*», regula el permiso por parto, por adopción o acogimiento, y por paternidad.

Antes de analizar cada uno de ellos hemos de señalar que el año pasado se ha publicado el Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural, que, por un lado, dispone su aplicación a todos los regímenes del Sistema de la Seguridad Social, y, por otro, establece su aplicación supletoria en los Regímenes Especiales de Seguridad Social de los funcionarios públicos, en todo lo que no se oponga a lo preceptuado en la normativa general reguladora del Régimen correspondiente, por tanto habrá de tenerse en cuenta a la hora de aplicar estos permisos a los empleados públicos.

Asimismo, hemos de tener en cuenta que recientemente se ha publicado el Real Decreto 2/2010, de 8 de enero, por el que se modifica el Reglamento General del Mutualismo Administrativo, aprobado por Real Decreto 375/2003, de 28 de marzo, en materia de incapacidad temporal y de riesgo durante el embarazo y durante la lactancia natural.

1. PERMISO POR PARTO

Tiene una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas, y se amplía en dos semanas más en el caso de discapacidad del hijo y, por cada hijo a partir del segundo en los supuestos de parto múltiple. El permiso se distribuye a opción de la interesada, siempre que seis semanas sean inmediatamente posteriores al parto. Sin perjuicio de esas primeras seis semanas que son de descanso obligatorio para la madre, en el caso de que ambos

progenitores trabajen, la madre, al iniciarse el periodo de descanso por maternidad, podrá optar por que el otro progenitor disfrute de una parte determinada e ininterrumpida del periodo de descanso posterior al parto, bien de forma simultánea o sucesiva con el de la madre, sin que se exceda en el caso de disfrute simultáneo, de las dieciséis semanas o de las que correspondan en caso de discapacidad el hijo o de parto múltiple.

Con respecto a la opción de la madre en favor del otro progenitor en relación al disfrute del permiso de maternidad, el Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, en su art. 9 introduce una salvedad en el sentido de que dicha opción pueda ser revocada por la madre *«si sobrevinieran hechos que hagan inviable su aplicación, tales como ausencia, enfermedad o accidente del otro progenitor, abandono de familia, separación, violencia de género u otras causas análogas»*.

La LOI introduce una novedad importante: el art. 30.3 de la Ley 30/1984, tras la modificación operada por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, preveía la posibilidad de que la madre optase porque el padre disfrutara de una parte determinada e ininterrumpida del periodo de descanso, si bien dicha opción decaía en el supuesto de que en el momento de hacerse efectiva, la incorporación al trabajo de la madre supusiera un riesgo para su salud. La LOI, en la búsqueda de una mayor corresponsabilidad del padre en el cuidado de los hijos, ha modificado esta circunstancia, de manera que el padre pueda seguir disfrutando del permiso inicialmente cedido, aunque la madre en el momento de su incorporación se encuentre en situación de incapacidad temporal.

El permiso de maternidad puede disfrutarse a jornada completa o a tiempo parcial, cuando las necesidades del servicio lo permitan, y en los términos que reglamentariamente se determinen. En este sentido, recordar que la modalidad de disfrute del permiso a tiempo parcial, se encuentra regulada por el Real Decreto 180/2004, de 30 de enero, que contempla las normas a que ha de ajustarse el mismo y su incompatibilidad con el ejercicio de otros derechos de conciliación, tales como la reducción de jornada por lactancia, por guarda legal de menor, o por nacimiento de hijos prematuros.

Otra novedad de la LOI es el reconocimiento del derecho a la ampliación del permiso de maternidad en el caso de parto prematuro, y en aquellos en que *«por cualquier causa, el neonato deba permanecer hospitalizado a continuación del parto»*. En estos casos el permiso se ampliará en tantos días como el neonato se encuentre hospitalizado, con un máximo de trece semanas adicionales. El Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo re-

coge esta precisión para los empleados públicos, en su art. 8.10, añadiendo: «*con independencia de la duración mínima del periodo de hospitalización y de su causa*».

A este respecto conviene hacer dos precisiones: la primera es que, al incluir la expresión de, «*por cualquier causa*», la doctrina considera incluidos aquellos casos en los que la hospitalización del neonato sea consecuencia de las complicaciones que hayan surgido a la madre tras el parto⁷ en segundo lugar, que aunque la norma contiene la expresión «*a continuación del parto*», por lo que en un principio parecerían excluirse los casos en los que el neonato sea dado de alta tras el parto, y posteriormente deba ser ingresado, la doctrina ha venido considerando que este precepto debía ser interpretado a tenor de lo dispuesto en la disposición adicional tercera del Real Decreto 504/2007, de 20 de abril, por el que se aprueba el baremo de valoración de la situación de dependencia establecido por la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia.

En efecto, según establece el párrafo segundo de dicha disposición, «*a efectos de la ampliación del periodo de descanso por maternidad que, de acuerdo con la legislación aplicable, corresponda en los casos en que el neonato deba permanecer hospitalizado inmediatamente después del parto, serán tenidos en cuenta los internamientos hospitalarios iniciados durante los treinta días naturales siguientes al parto*», por lo que se ampliará este permiso también cuando habiendo sido dado de alta tras el parto, deba ser hospitalizado en el periodo de los treinta días naturales siguientes a su nacimiento.

Esta precisión ha sido finalmente recogida de modo expreso en el artículo 8.11 del reciente Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo.

Por otra parte el Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo regula el supuesto de que la madre se encontrase con anterioridad al parto en una situación de incapacidad temporal, señalando que en tal caso, los procesos de incapacidad temporal se interrumpirán al iniciarse el permiso de maternidad, y, transcurrido el mismo, si la anterior situación persistiera, se reanuda el cómputo interrumpido, sin embargo, no se paralizará el procedimiento que, en su caso, se hubiera iniciado a efectos de declarar la existencia de una incapacidad permanente.

La breve regulación de este permiso en la Ley 7/2007, en contraposición con su extenso tratamiento en la normativa laboral, tras las modifica-

⁷ SEMPERE NAVARRO, A.V.,(2006) «Una nota sobre las suspensiones contractuales ligadas a la maternidad», en «La presencia femenina en el mundo laboral: metas y realidades», Ed. Thomson Aranzadi, Pamplona.

ciones operadas por la LOI, plantea diversas dudas para cuya aclaración algunos autores acuden, por vía interpretativa, a ésta última, si bien serán los Tribunales de Justicia los que despejen definitivamente las dudas.

Así, por ejemplo, respecto a la titularidad del permiso o licencia de maternidad en el empleo público, la opinión de la doctrina no es uniforme. Algunos autores consideran que pese a la reforma operada en el art. 48.4 del ET por la LOI, la titular del derecho en el ámbito funcional es exclusivamente la madre quien, no obstante, puede cederlo al padre si es trabajadora por cuenta propia o ajena, por tanto, si la condición de funcionario solo la ostenta el padre, solo podrá disfrutar de dicho permiso si la madre es trabajadora y le cede expresamente su ejercicio.

Frente a esta postura, la doctrina mayoritaria entiende que desde la reforma del art. 48.4 del ET por la LOI que reconoce que en el caso de que la madre trabajadora no tenga derecho a suspender su actividad profesional con derecho a prestaciones, de acuerdo con las normas que regulen dicha actividad, *«el otro progenitor tendrá derecho a la suspensión de su contrato de trabajo por el periodo que hubiera correspondido a la madre»*, la titularidad del derecho ya no es exclusivo de la madre pasando a ser, en este caso, del padre⁸.

Esta interpretación tiene importantes consecuencias prácticas, ya que, por analogía con el permiso de maternidad del empleado público, y ante la omisión de dicha precisión en la normativa funcional, intencionada o no, consideramos que existe una laguna que procede llenar dando respuesta afirmativa al supuesto de que el padre sea el funcionario y la madre trabajadora no tenga el derecho a que se refiere el art. 48.4, puesto que, teniendo en cuenta que la finalidad de este permiso es el cuidado del hijo recién nacido, cualquier otra solución debería considerarse discriminatoria.

Tampoco se contempla en la norma funcional el supuesto de fallecimiento de la madre en el cuál, la norma laboral reconoce el derecho del otro progenitor al disfrute del permiso de maternidad *«con independencia de que (la madre) realizara o no algún trabajo»* y *«computado desde la fecha del parto, y sin que se descuente del mismo la parte que la madre hubiera podido disfrutar con anterioridad al parto»*, previsiones que pueden ser perfectamente aplicables por vía interpretativa, por las mismas razones antes apuntadas. A mayor abundamiento, el Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo contempla en su art. 3 este supuesto reconociendo el derecho del otro progenitor a la prestación económica por maternidad durante el

⁸ AGUILERA IZQUIERDO, R. (2007), *«Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral en la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres»*, Revista del Ministerio de trabajo y Asuntos Sociales. Madrid. pág. 91.

periodo de descanso que quedará por disfrutar, siendo compatible con el subsidio por paternidad

Asimismo puede ser aplicable la previsión contenida en la normativa laboral relativa a la no reducción del permiso de maternidad en el supuesto de fallecimiento del hijo «*salvo que finalizadas las seis semanas de descanso obligatorio, la madre solicitara reincorporarse a su puesto de trabajo*». El Real Decreto 295/2009 ha añadido que en este caso «*quedará sin efecto la opción ejercida por la madre a favor del otro progenitor*», aclarando las dudas que al respecto había generado la modificación del art.48.4 del ET tras la LOI en la que no se recogió dicha precisión que sí contemplaba el RD 1251/2001, de 16 de noviembre, lo que llevó a algunos autores a considerar que el fallecimiento del hijo no suspendía el derecho al permiso cedido al padre⁹.

2. PERMISO POR ADOPCIÓN, O ACOGIMIENTO, TANTO PREADOPTIVO COMO PERMANENTE O SIMPLE

Tiene una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas, y se amplía en dos semanas más en el caso de discapacidad del menor adoptado o acogido y, por cada hijo a partir del segundo, en los supuestos de adopción o acogimiento múltiple. El cómputo del plazo se contará a elección del funcionario, 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, es decir, no cabe disfrutar de sucesivos permisos, primero por acogimiento, y luego por adopción, respecto al mismo menor.

En los casos de adopción o acogimiento internacional, si fuera necesario el desplazamiento previo de los adoptantes al país de origen del adoptado, se tendrá derecho, además, a un permiso de hasta dos meses de duración, con derecho a percibir exclusivamente las retribuciones básicas.

Con independencia de este permiso adicional, el permiso por adopción o acogimiento podrá iniciarse hasta cuatro semanas antes de la resolución judicial por la que se constituya la adopción, o la decisión administrativa o judicial de acogimiento.

En el caso de que ambos adoptantes trabajen, el permiso se distribuirá a opción de los interesados, que podrán disfrutarlo de forma simultánea o

⁹ LOUSADA AROCHENA, F. (2007), «*La maternidad y la conciliación en la Ley de Igualdad, y en especial su regulación para la carrera judicial*», Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ.Madrid.Págs.65-66.

sucesiva, siempre en periodos ininterrumpidos, sin que, en el caso de disfrute simultáneo la suma de los periodos de descanso pueda exceder de las dieciséis semanas o de las que correspondan en caso de discapacidad del menor o de adopción o acogimiento múltiple.

Este permiso por adopción o acogimiento puede disfrutarse a jornada completa o a tiempo parcial, cuando las necesidades del servicio lo permitan, y en los términos que reglamentariamente se determinen.

Para la definición de los supuestos adopción y de acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o simple, la Ley 7/2007, se remite al Código Civil y a las Leyes civiles de las respectivas comunidades autónomas que los regulen, si bien, señala que, en todo caso, el acogimiento simple deberá tener una duración no inferior a un año.

Como puede comprobarse, la LOI amplió las situaciones protegidas en línea con lo que ya venían haciendo algunos Tribunales, sin embargo, no extendía la protección a los supuestos de tutela, pese a las decisiones de algunos Tribunales de Justicia que lo habían reconocido en supuestos concretos. Esta situación cambia tras la entrada en vigor del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, cuyo artículo 2 considera situación protegida a efectos de la prestación por maternidad, en los mismos términos establecidos para los supuestos de adopción y acogimiento, la constitución de tutela sobre menor por designación de persona física, cuando el tutor sea un familiar que, de acuerdo con la legislación civil, no pueda adoptar al menor.

Asimismo el citado Real Decreto equipara a la adopción y al acogimiento preadoptivo, aquellas instituciones jurídicas declaradas por resoluciones judiciales o administrativas extranjeras, cuya finalidad y efectos jurídicos sean los previstos para la adopción y el acogimiento preadoptivo, permanente o simple, cuya duración no sea inferior a un año, cualquiera que sea su denominación.

Llegados a este punto, debemos detenernos para analizar las novedades introducidas por la Ley Orgánica en la regulación de los permisos por parto y adopción o acogimiento, en los supuestos de **discapacidad del hijo o menor acogido**.

Hasta la entrada en vigor de la LOI no se preveía ninguna singularidad en la regulación de estos permisos en los casos de que el menor estuviera afectado por algún tipo de discapacidad, a pesar de las especiales dificultades que plantean estos supuestos. La LOI ha puesto fin a esta situación, efectuando las correspondientes modificaciones en la regulación de estos permisos tanto en el ámbito laboral (art. 48.4 del ET), como en el funcional (art. 30.3 de la Ley 30/1984), para introducir la ampliación adicional de dos semanas en los casos de discapacidad del hijo o menor adoptado o

acogido. Hemos de señalar que este derecho a las dos semanas adicionales se configura como un derecho independiente del permiso de maternidad o de adopción o acogimiento al precisar las normas que lo reconocen que, en el caso de que ambos progenitores trabajen, *«se distribuirá a opción de los mismos, que podrán disfrutarlo de manera simultánea o sucesiva y siempre de forma ininterrumpida»*, por lo que algunos autores entienden que la forma de disfrute de esas dos semanas es independiente del modo y de la persona que haya disfrutado del permiso de maternidad o de adopción o acogimiento, siendo los dos progenitores los titulares del nuevo derecho¹⁰.

Por otra parte, la norma no especifica qué grado de discapacidad debe tener el hijo para dar lugar a este aumento del permiso. Esta laguna fue cubierta, en un primer momento, por la disposición adicional tercer del RD 504/2007, de 20 de abril, por el que se aprueba el baremo de valoración de la situación de dependencia establecido por la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, estableciendo en el párrafo primero de dicha disposición que *«para la ampliación del periodo de descanso por maternidad en los supuestos de discapacidad el hijo o menor acogido, se aplicará la escala de valoración específica para menores de tres años, considerando que procede la ampliación cuando la valoración sea al menos del grado I moderado»*. Así la norma remitía a la EVE a los menores, sin distinción de edad, siendo criticado por algunos autores que no consideraban lógico su aplicación a mayores de tres años.

Actualmente, el artículo 2.3 del RD 295/2009, de 6 de marzo, ha introducido una nueva precisión respecto a los discapacitados mayores de seis años, señalando que *«se entenderá que los menores de edad, adoptados o acogidos, que sean mayores de seis años, presentan alguna discapacidad cuando ésta se valore en un grado igual o superior al 33 por 100, de conformidad con el RD 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía»*.

3. PERMISO DE PATERNIDAD POR EL NACIMIENTO, ACOGIMIENTO O ADOPCIÓN DE UN HIJO

Tiene una duración de quince días naturales ininterrumpidos¹¹ a disfrutar por el otro progenitor partir de la fecha del nacimiento, de la decisión

¹⁰ Aguilera Izquierdo, R, obra citada.

¹¹ Ver art.26.2.b) del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo.

administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituya la adopción, siendo independiente del disfrute compartido de los permisos de maternidad y de adopción o acogimiento.

La LOI introdujo este permiso de paternidad en el ámbito funcionarial (artículo 30.1 de la Ley 30/1984), al igual que en la normativa laboral (art. 48 bis ET), si bien en el ámbito público su duración es superior, ya que se reconocen 15 días respecto de los 13 de la legislación laboral. Si bien, la redacción del artículo 30.1 a) tras la modificación operada por la LOI, generó algunas críticas doctrinales, al mencionar como único titular del permiso de paternidad al «padre», lo que planteaba problemas en los casos de parejas del mismo sexo. Estos problemas han sido solventados por la Ley 7/2007 que en su artículo 49 c) considera titulares del permiso tanto al «padre» como al «otro progenitor».

En el empleo público este permiso deberá disfrutarse de modo ininterrumpido «*a partir de la fecha del nacimiento, de la decisión administrativa o judicial por la que se constituya la adopción*» (art. 49 c), en contraste con las posibilidades de autoorganización derivadas del art. 48 bis del ET. Sin duda, esta imposición temporal del periodo de disfrute de este permiso en el ámbito funcionarial ha determinado al legislador, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito laboral, a garantizar la no consunción de las vacaciones coincidentes con el disfrute del permiso de paternidad (art. 59 de la LOI).

Por lo que se refiere a la duración del permiso, la Disposición Transitoria sexta de la Ley 7/2007, prevé la ampliación progresiva y gradual del permiso de paternidad hasta alcanzar el objetivo de cuatro semanas de duración a los seis años de su entrada en vigor, de conformidad con el mandato recogido en la Disposición transitoria novena de la LOI. En este sentido señalar que la Disposición adicional sexta de la Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2009, amplió a veinte días naturales la duración de este permiso cuando el nacimiento, adopción o acogimiento se produzca en una familia numerosa, cuando la familia adquiera dicha condición con el nuevo nacimiento, adopción o acogimiento y cuando en la familia haya una persona con discapacidad.

Posteriormente se ha publicado la Ley 9/2009, de 6 de octubre, de ampliación de la duración del permiso de paternidad en los casos de nacimiento, adopción o acogida, que efectúa las correspondientes modificaciones en el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo y en la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función

Pública, para introducir la ampliación del permiso de paternidad hasta cuatro semanas, si bien demora su entrada en vigor hasta el 1 de enero de 2011. Llama la atención el hecho de que en el ámbito funcional introduzca la ampliación mediante la modificación del artículo 30.1 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, ley parcialmente derogada por la Ley 7/2007, en lugar de efectuar directamente la modificación del artículo 49.c) de la vigente Ley 7/2007, que regula actualmente el permiso de paternidad en el empleo público.

Por su parte, el Real Decreto 295/2009, ha introducido algunas precisiones en la regulación del permiso de paternidad, despejando algunas dudas que se planteaban en la práctica, entre las que cabe destacar, por un lado, que considera beneficiario de la prestación al «*otro progenitor*», omitiendo la referencia al «*padre*», y por otro, que regula la posible concurrencia del periodo de disfrute del permiso de paternidad con una situación de incapacidad temporal, señalando que, en tal caso, y por lo que se refiere a los empleados públicos, los procesos de incapacidad temporal se interrumpirán al iniciarse el permiso de paternidad, y, transcurrido el mismo, si la anterior situación persistiera, se reanudará el cómputo interrumpido, sin embargo, no se paralizará el procedimiento que, en su caso, se hubiera iniciado a efectos de declarar la existencia de una incapacidad permanente .

Asimismo recoge dos novedades introducidas por la Ley 2/2008, de 23 de diciembre. Por un lado, amplía la duración del permiso de paternidad, «*cualquiera que sea la legislación aplicable*», a veinte días naturales ininterrumpidos cuando el nacimiento, adopción o acogimiento se produzca en una familia numerosa, cuando la familia adquiera dicha condición con el nuevo nacimiento, adopción o acogimiento, y cuando el hijo nacido, adoptado o menor acogido tenga una discapacidad en un grado igual o superior al 33 por ciento o en la familia haya una persona con dicho grado de discapacidad. Por otro lado, contempla la ampliación, en el caso de parto, adopción o acogimiento múltiples, en dos días más por cada hijo a partir del segundo, considerándose que esta previsión es también aplicable a los empleados públicos ya que se ha añadido al apartado anterior que expresamente establece su aplicación con independencia del régimen jurídico.

Este permiso de paternidad es la medida más innovadora de la LOI y constituye un auténtico «derecho de conciliación» encaminado a extender la cultura de la corresponsabilidad de ambos progenitores en el cuidado de los hijos, no obstante, al configurarse como un derecho que puede ejercerse voluntariamente, habrá que esperar para ver resultados apreciables en el futuro.

4. MEDIDAS ENCAMINADAS A FACILITAR LA CONCILIACIÓN

Antes de pasar a analizar los supuestos de excedencias con finalidades conciliatorias, vamos a referirnos a las medidas que se han incluido en la regulación legal de estos «derechos de conciliación» encaminadas a evitar que el disfrute de los mismos sea un obstáculo para la promoción profesional o pueda dar lugar a un trato desfavorable en las condiciones de trabajo. Dichas medidas responden a la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas que ha sido recogida en la Directiva 2002/73/CE y en la Directiva 2006/54, de 5 de julio de 2006, relativa al principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, y se consagra en el art. 8 de la LOI¹².

En este sentido el artículo 49 de la Ley 7/2007, recoge las siguientes medidas:

1ª. Contempla la posibilidad de que durante el disfrute de los permisos por parto, y por adopción o acogimiento se pueda participar en los cursos de formación que convoque la Administración, de forma que no sea un obstáculo para la formación y promoción profesional del funcionario.

2ª. Establece que el tiempo transcurrido durante el disfrute de los permisos por parto, por adopción o acogimiento, y por paternidad, se computará como de *servicio efectivo a todos los efectos*, garantizándose la *plenitud de derechos económicos del funcionario*, durante todo el periodo de duración del permiso y durante los posteriores al disfrute de éste, si de acuerdo con la normativa aplicable, el derecho a percibir algún concepto retributivo se determina en función del periodo de disfrute del permiso.

A este respecto debemos detenernos para analizar brevemente la controversia suscitada en relación con la concesión de los complementos de productividad o dedicación especial durante el disfrute de estos permisos, lo que ha dado lugar a vivas polémicas doctrinales y dispares pronunciamientos judiciales.

En concreto, la doctrina jurisprudencial en esta materia ha ido evolucionando, desde la férrea justificación de la no concesión de complemento de productividad durante la baja por maternidad o por incapacidad, en base a la naturaleza jurídica discrecional de dicho complemento; hasta el momento actual en el que el órgano judicial, tras analizar pormenorizadamente todas las circunstancias concurrentes en cada caso y, entre ellas, la

¹² Art. 8 de la LOI: «*Constituye discriminación directa por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad*».

concreta regulación del complemento en cuestión en cada régimen jurídico, llega a una conclusión, no siempre coincidente.

Así, los Tribunales de Justicia, en un principio, partiendo de que la normativa reguladora del mismo (art. 23.3 de la Ley 30/1984) lo considera un complemento de concesión discrecional, no fijo en su cuantía, ni periódico en su concesión, de forma que su percepción durante determinado periodo de tiempo no genera en el perceptor un derecho de futuro para seguir percibiéndolo, y que su finalidad es remunerar el especial rendimiento, la dedicación o la actividad extraordinaria, consideraron justificado que no se procediera a su abono durante el periodo en el que el funcionario se encontraba en una situación de baja por incapacidad o por maternidad (considerando similares ambas situaciones), y ello porque durante ese periodo de tiempo no se desempeñaban de manera efectiva las funciones de un puesto de trabajo, y por tanto, no era posible predicar esa forma especial de desempeño de las mismas a la que vincula la Ley el derecho al percibo del complemento en cuestión¹³.

Esa fue la opinión seguida, mayoritariamente, por los Tribunales de Justicia, hasta la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 15 de febrero de 1999, dictada en recurso de casación en interés de ley, en el cuál, el Alto Tribunal considera que *«reconocida por la Administración la procedencia del complemento de productividad en los dos supuestos mencionados en que no hay prestación efectiva de trabajo (vacaciones anuales reglamentarias y los permisos de hasta seis días al año por asuntos propios), resulta aplicable el art. 69 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, a cuyo tenor se mantiene la plenitud de derechos económicos en los supuestos de licencia por enfermedad por el tiempo que se menciona.»*

Esta doctrina, en principio referida a un supuesto de baja por enfermedad, ha sido desde entonces utilizada en posteriores pronunciamientos judiciales para reconocer el derecho al percibo del complemento de productividad durante una baja por maternidad, sustituyendo la mención del art. 69, por el artículo 71 la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, según el cual las licencias por embarazo (actual permiso de maternidad) *«no afectan a los derechos económicos de los funcionarios»*¹⁴, así, entre otras,

¹³ Entre otras, sentencias del Tribunal Supremo de 1 de junio de 1987, y del TSJ de Madrid, Sala de lo contencioso-administrativo, de 3 de noviembre de 1999, y de 22 de octubre de 2002.

¹⁴ Entre otras, la sentencia de 10 de noviembre de 2001, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJ de Madrid.

la sentencia de 10 de noviembre de 2001, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJ de Madrid.

Por último, merece especial mención la reciente sentencia núm. 847/2009, de 16 de abril, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJ de Madrid, en la que, dando un paso más en esta materia, el órgano judicial reconoce el derecho al percibo del complemento de productividad durante una baja por maternidad, partiendo de que la regulación de dicho complemento que ha efectuado la Administración demandada (Dirección General de la Policía) *«ha desnaturalizado dicho complemento, al punto de convertirlo en una retribución periódica, fija y objetiva, cuyo derecho a su percepción nace por el mero hecho de desempeñar un concreto puesto de trabajo (...) sin tener para nada en cuenta la forma singular en que cada funcionario afectado desempeña el concreto puesto de trabajo (...) pese a que medien situaciones de ausencia al trabajo por vacaciones, permisos por matrimonio, asuntos propios ...»*. Así, concluye, que han quedado desvirtuadas todas y cada una de las características que definen al complemento de productividad, por lo que no puede excluirse de la percepción del mismo los supuestos en que no se prestaron servicios efectivos por la concesión de una licencia por enfermedad, o por maternidad.

Pese a estos precedentes judiciales, lo cierto es que la especial naturaleza jurídica del complemento de productividad y su diferente regulación en los distintos ámbitos de la Administración, impiden llegar a una solución general y zanjar la polémica, por lo que, en el futuro seguirán viendo la luz sobre esta materia decisiones judiciales dispares.

Lo que sí está claro es que, teniendo en cuenta que el artículo 49 de la Ley 7/2007, garantiza durante el disfrute de los permisos de conciliación *«la plenitud de derechos económicos de la funcionaria, y, en su caso del otro progenitor funcionario»*, la cuestión debe centrarse en analizar si el complemento de productividad puede considerarse un derecho económico del funcionario, lo que, en nuestra humilde opinión, obligará al estudio pormenorizado de la regulación normativa del complemento en cada ámbito administrativo (si mantiene sus características propias o se ha convertido en una retribución periódica ligada a un puesto de trabajo sin tener en cuenta el modo en el que éste se desempeña), así como las circunstancias que determinan su no percepción (tales como vacaciones o asuntos propios, en los que no hay prestación de servicios efectivos) de modo que, su no concesión durante los permisos de conciliación a que se refiere el citado precepto, no resulte injustificada ni arbitraria, ni, por tanto, pueda considerarse una «sanción» por el disfrute de tales permisos, lo que chocaría frontalmente con el espíritu de la LOI.

3ª. Siguiendo literalmente lo dispuesto en el art. 15 de la Directiva 2006/54/CE de 5 de julio¹⁵, los funcionarios que hayan hecho uso de estos permisos, tendrán derecho, una vez finalizado el periodo de permiso, a reintegrarse a 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 hubiera podido tener derecho durante su ausencia.

En concreto, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se ha pronunciado en varias ocasiones en relación con el derecho de la mujer a beneficiarse de los incrementos salariales que se hayan producido antes o durante su permiso de maternidad, señalando que *«excluir al trabajador femenino del mencionado aumento durante el permiso de maternidad constituiría una discriminación, puesto que si no hubiese estado embarazada, la mujer hubiera percibido el salario incrementado»*¹⁶.

Junto con estas medidas, el artículo 57 de la LOI, a fin de que el disfrute de estos derechos de conciliación no perjudique al funcionario en su futura promoción, prevé que en las bases de los concursos para la provisión de puestos de trabajo se computará, a los efectos de valoración del trabajo desarrollado y de los correspondientes méritos el tiempo que las personas candidatas hayan permanecido en situación de excedencia, reducción de jornada o cualquier otro permiso concedido con el fin de proteger la maternidad y facilitar la conciliación de la vida personal, laboral y familiar.

No se trata del simple cómputo del tiempo dedicado a maternidad y conciliación a efectos de antigüedad, sino como ha apuntado la doctrina más atinada¹⁷ se sitúa en la línea de *«reconocer las competencias adquiridas en el seno del hogar y de la familia» a que se alude en el art. 2.n) de la Recomendación 87/567/CEE, de 24-12-1987.*

Asimismo merece especial mención el artículo 59 de la LOI que reconoce el derecho a disfrutar de las vacaciones en fecha distinta, aunque haya terminado el año natural, en el caso de concurrencia del periodo de vacaciones con una incapacidad temporal derivada del embarazo, parto o lactancia natural, o con el permiso de maternidad, o con su ampliación por lactancia, o con el permiso de paternidad. Dicho precepto recoge el contenido de la jurisprudencia comunitaria sobre la materia referida a la concurrencia del periodo de vacaciones con el del permiso de maternidad

¹⁵ Anteriormente lo recogía el art. 2.7 de la Directiva 76/207/CEE, modificada por la Directiva 2002/73/CE.

¹⁶ STJCE/1996/20, de 13 de febrero de 1996.

¹⁷ ARESTEY SAHÚN, M.L., *«Comentarios a la Ley de Igualdad»*, CISS, Valencia, 2007

si bien, la amplía a los supuestos de incapacidad temporal derivada de embarazo, parto o lactancia natural, o con el permiso de maternidad o paternidad¹⁸.

Esta regulación es más favorable que la prevista en el Estatuto de los Trabajadores, ya que incluye los supuestos en los que se decide acumular en jornadas completas el periodo de lactancia, ampliando, en consecuencia, el periodo durante el cuál puede ejercerse dicho derecho. Llama la atención el hecho de que este derecho referido al disfrute de vacaciones se haya introducido en el propio articulado de la LOI, en lugar de haberlo hecho mediante la correspondiente modificación en la Ley 30/84.

4ª. Acciones positivas en las actividades de formación referidas a derechos de conciliación: el art. 60 de la LOI establece que *«se otorgará preferencia, durante un año en la adjudicación de plazas para participar en los cursos de formación a quienes se hayan incorporado al servicio activo procedentes del permiso de maternidad o paternidad, o hayan reingresado desde la situación de excedencia por razones de guarda legal y atención a personas mayores dependientes o personas con discapacidad»*. Aunque no se alude a la situación de riesgo durante el embarazo o la lactancia natural, la identidad de razón con las situaciones citadas debería conducir a entender incluidas esas situaciones¹⁹.

II.III. EXCEDENCIAS CON FINES CONCILIATORIOS

Como hemos visto, el artículo 56 de la LOI se refiere al régimen de excedencia como uno de los beneficios dirigidos a proteger la maternidad y a facilitar la conciliación de la vida personal, familiar y laboral de los funcionarios públicos. Concretamente obedecen a este fin la excedencia por cuidado de hijos y familiares, y la excedencia voluntaria por agrupación familiar.

¹⁸ STJCE de 18 de marzo de 2004 (asunto Merino Gómez). El Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea entiende que la Directiva 76/207/CEE, de 9 de febrero, tiene por objeto conseguir una igualdad material y no meramente formal. En consecuencia, el ejercicio de los derechos conferidos a las mujeres en virtud el art. 2.3 de dicha Directiva por disposiciones relativas a la protección de la mujer en lo que se refiere al embarazo y a la maternidad, no puede dar lugar a un trato desfavorable en lo que respecta a sus condiciones de trabajo, por tanto, la trabajadora deberá poder disfrutar de sus vacaciones anuales durante un periodo distinto del de su permiso de maternidad.

¹⁹ En este sentido MATEU CARRUANA, M.J. (2007), *«Comentarios a la Ley de Igualdad»*, CISS, Valencia, pág.61.

1. EXCEDENCIA POR CUIDADO DE HIJOS Y FAMILIARES

Una de las instituciones jurídicas que posibilita a mujeres y hombres compaginar sus obligaciones profesionales con las familiares es la excedencia por cuidado de hijos o familiares.

Mediante esta figura se pretende que los trabajadores puedan dedicar una parte de su tiempo al cuidado de cada nuevo hijo (por naturaleza, adopción o acogimiento) o familiar incapacitado para valerse por sí mismo por razones de edad, enfermedad o accidente, sin que dicha situación provoque la pérdida de su puesto de trabajo.

La excedencia por cuidado de hijos ha sufrido importantes reformas desde su creación por el Estatuto de los Trabajadores ²⁰, mientras que la excedencia por cuidado de familiares fue introducida por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de Conciliación de la vida personal, familiar y laboral (LCVLF). Se trata de una institución jurídica objeto de constantes problemas interpretativos y de numerosas críticas por sus carencias e imperfecciones, algunas de las cuales tratan de ser resueltas por la LOI ²¹.

Por lo que se refiere al empleo público la situación de excedencia por cuidado de familiares fue introducida por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, en el art. 29.4 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas de Reforma de la Función Pública y, posteriormente, la LOI ha modificado nuevamente dicho precepto ampliando su duración a tres años siempre que tenga por objeto el cuidado de familiares que se encuentren a cargo del funcionario, hasta el segundo grado inclusive de consanguinidad o afinidad que, por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad no pueda valerse por sí mismo y no desempeñe actividad retribuida. Además la Ley Orgánica reconoce el derecho de los funcionarios a participar, durante el periodo de excedencia por estas causas, en los cursos de formación que convoque la Administración, y eleva a dos años el derecho a la reserva del puesto de trabajo que desempeñaban, transcurrido el cuál, dicha reserva lo será al puesto en la misma localidad y de igual nivel y retribución.

Actualmente las excedencias por cuidado de hijos y de familiares se contemplan en el art. 89.4 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto

²⁰ En 1989 por Ley 3/1989, de 3 de marzo; en 1995 con la Ley 4/1995, de 23 de marzo, de regulación del permiso parental y por maternidad; y en 1999 con la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de Conciliación de la vida Familiar y Laboral.

²¹ Entre otros, TORTUERO PLAZA, JL. (1994), «La excedencia por cuidado de hijos: técnica jurídica versus institución jurídica», Cuadernos de Derecho Judicial, págs. 265-283.

Básico del Empleado Público, con una duración máxima de tres años para cada una de ellas. Se establece que el periodo de excedencia será único por cada sujeto causante, y en el caso de que un nuevo sujeto causante diera origen a una nueva excedencia, el inicio del periodo de la misma pondrá fin al que se viniera disfrutando. El tiempo de permanencia en esta situación será computable a efectos de trienios, carrera y derechos en el régimen de seguridad social correspondiente.

La regulación de este tipo de excedencia en la norma funcionarial es mas favorable que en la laboral, al permitir su duración de hasta tres años, incluso en la de cuidado de familiares, y no de dos años como establece el ET. Por el contrario, la normativa funcionarial no admite su disfrute de manera fraccionada, como expresamente ha incluido en la legislación laboral la LOI mediante la modificación del art. 46.3 del ET, siguiendo el criterio aceptado por la doctrina judicial ²² sin que se aprecie cause que justifique la exclusión de dicho modo de disfrute fraccionado al personal funcionario, teniendo en cuenta que la Directiva 96/34/CE, de 3 de junio, reconoce la posibilidad de que los «*permisos parentales*», refiriéndose a todos los derechos que puedan concederse a hombres y mujeres con motivo del nacimiento o adopción de menores, desde los tres meses de duración hasta los ocho años, sin exclusiones, se disfruten a jornada completa, parcial o de forma fragmentada.

2. EXCEDENCIA VOLUNTARIA POR AGRUPACIÓN FAMILIAR

El artículo 89.3 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, contempla este tipo de excedencia sin el requisito de haber prestado servicios en la Administración durante un determinado periodo de tiempo, para 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 la Comunidades Autónomas, así como en la Unión Europea o en Organizaciones internacionales*».

²² STSJ Baleares 29 de noviembre de 1999,(AS 1999/4654);STSJ Murcia de 12 de marzo de 2001 (AS 2001/493): STSJ Castilla y León de 21 de enero de 2002(AS 2002/430)

III. LOS DERECHOS DE CONCILIACIÓN DEL PERSONAL MILITAR

III.I. CONSIDERACIONES INICIALES

La Fuerzas Armadas españolas han experimentado en las últimas décadas importantes transformaciones, consecuencia en gran parte, de los cambios operados en la sociedad española. Así, la tradicional configuración de nuestros Ejércitos, exclusivamente masculina, con personal profesional y de reemplazo, y con un ámbito de actuación centrada principalmente en el territorio nacional, ha evolucionado hacia la plena profesionalización del personal militar, la incorporación de la mujer a sus filas y la participación en misiones internacionales cada vez con mayor protagonismo, factores que obligaron a las Fuerzas Armadas a llevar a cabo una importante adaptación en todos los ámbitos: normativo, logístico y de personal.

De todos estos cambios operados en la estructura y funcionamiento de la institución castrense destaca, en lo que afecta al contenido de este estudio, la incorporación de la mujer a nuestros Ejércitos, que acaeció en el año 1988,²³ en el que nuestro país no solo abrió la puerta a una posibilidad deseada y reclamada por la sociedad, sino que, además, inició el camino hacia la igualdad entre mujeres y hombres en el seno de las Fuerzas Armadas.

Es evidente que un cambio tan trascendental requirió grandes esfuerzos de la institución, tradicionalmente masculina, lo que obligó no solo a establecer normas específicas para permitir la incorporación de la mujer (ingreso, alojamiento, uniformidad), sino también para velar por su plena integración en condiciones de igualdad, adoptando medidas normativas dirigidas a que la condición femenina no constituyera un obstáculo para su formación y su carrera profesional. Se trataba en suma, de dar el paso de la igualdad formal a la igualdad material, paralelamente a como estaba ocurriendo en otros ámbitos de la sociedad.

Como consecuencia de estos cambios, y en paralela evolución con las nuevas realidades sociales demandantes de una mayor igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, y de una distribución mas justa de sus responsabilidades familiares, surge en las Fuerzas Armadas la necesidad de establecer para el personal militar un cierto equilibrio entre vocación y dedicación, entre la profesión militar, con todas sus particulares exigencias, y la vida familiar y personal a la que tiene derecho todo ciudadano. Se trataba, en suma, de compatibilizar en lo posible, el régimen específico de

²³ Real Decreto-Ley 1/1988, de 22 de febrero.

disponibilidad para el servicio del personal militar con una adecuada salvaguarda de sus derechos de conciliación, revelándose estos derechos como un medio para la mejora del rendimiento, la valoración de la institución, e, incluso, una útil herramienta para la captación y retención de nuevas generaciones, principalmente de mujeres.

En este contexto, y con esta finalidad, en el ámbito castrense se procedió a regular los derechos de conciliación del personal militar, regulación que, como veremos a continuación, si bien parte de los derechos de conciliación del personal funcionario, en algunos casos fue incluso más avanzada que la vigente en ese momento tanto el ámbito funcional como en el laboral.

III.II. SITUACIÓN ANTERIOR A LA LOI: ORDEN MINISTERIAL 121/2006, DE 4 DE OCTUBRE Y LEY 17/1999, DE 18 DE MAYO

Es cierto que, por múltiples razones, la familia siempre ha sido una parte importante en la vida del militar, no obstante, con la integración plena y profesional de la mujer en las Fuerzas Armadas, esta singularidad alcanza dimensiones nuevas, transforma las anteriores y obliga a diseñar prácticas que armonicen el adecuado desarrollo profesional con la asunción de las responsabilidades y con la dedicación a la familia. Así, podemos afirmar que las medidas de conciliación de la vida familiar y profesional no se introdujeron en las Fuerzas Armadas hasta la incorporación de la mujer a filas.

En este sentido las principales normas desarrolladas por el Ministerio de Defensa han sido la Orden Ministerial 121/2006, de 4 de octubre, por la que se aprueban las normas sobre jornada y horario de trabajo, vacaciones, permisos y licencias de los militares profesionales de las Fuerzas Armadas y la Orden Ministerial 107/2007, de 26 de julio, por la que se modifica la anterior.

Con anterioridad a estas normas, la Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen de Personal de las Fuerzas Armadas, en su artículo 154, se limitaba a reconocer al personal militar el derecho a disfrutar los permisos y licencias de los funcionarios públicos *«con las adaptaciones a la estructura y funciones específicas de las Fuerzas Armadas que se determinen por el Ministro de Defensa»*, por lo que había que estar a la regulación de tales permisos contenida principalmente en la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Reforma de la Función Pública, que contemplaba el derecho de las funcionarias a ausentarse del trabajo para la realización de exámenes prenatales

y técnicas de preparación al parto, los permisos por parto o adopción, y la reducción de jornada por razones de guarda legal, por lactancia de un hijo menor de nueve meses, y por hijo prematuro u hospitalizado tras el parto.

Posteriormente se publicó la Orden 102/2004, de 16 de mayo, que vino a regular los permisos por guarda legal y por lactancia para los militares profesionales, adecuándolos a las funciones específicas de las Fuerzas Armadas.

No obstante, esta norma convivía con diversas órdenes ministeriales reguladoras del régimen de permisos y de horario del personal militar, normas que, con una vigencia de veinte años en la mayoría de los casos, presentaban un considerable desfase con respecto al régimen existente para los funcionarios.

En este contexto se promulga la Orden Ministerial 121/2006 con el fin de adaptar la obsoleta legislación de la Institución militar, en cuanto a régimen de horarios y permisos del personal militar, al existente para los funcionarios civiles (adapta el Plan Concilia de los funcionarios públicos) y a los cambios introducidos durante estos años en las Fuerzas Armadas, entre los que destaca por su relevancia la plena incorporación y completa profesionalización de la mujer. Esta norma introduce medidas tendentes a facilitar la conciliación de la vida personal, familiar y profesional, siendo, en algunos aspectos, incluso más avanzada que la normativa funcional existente en ese momento.

Hemos de señalar que la mayoría de las medidas que contempla la Orden Ministerial 121/2006, salvo las que afectan directamente a la situación de embarazo, parto y posparto, van dirigidas tanto a hombres como a mujeres, con el fin de contribuir a eliminar las barreras y desigualdades de género, en tanto que iguala a ambos sexos ante determinadas situaciones que tradicionalmente han estado asociadas con roles y estereotipos de género.

Posteriormente, se dictó la Orden Ministerial 107/2007, de 26 de julio, que modifica la anteriormente citada a fin de adaptar la normativa del personal militar a las novedades introducidas por la LOI, sobre régimen de permisos por parto, adopción o acogimiento, así como por paternidad, y por la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público en relación con la reducción de la jornada laboral en caso de nacimiento de hijos prematuros u hospitalizados a continuación del parto.

Quizá la intención un tanto ambiciosa de la Orden Ministerial 121/2006, de regular en una misma norma materias tan dispares como las medidas de conciliación, el régimen de horarios, las vacaciones y los permisos del personal militar, determinó una regulación un tanto confusa y asistemática que, en ocasiones, dificulta su comprensión.

Así, en el Anexo I sobre «*Normas sobre jornada y horario de trabajo*», encontramos en la estipulación tercera las «*Medidas de flexibilidad horaria*», que incluyen supuestos de ausencia del puesto de trabajo por razones de conciliación o relacionados con la maternidad/paternidad, que, en puridad más que medidas de flexibilidad horaria constituyen supuestos de ausencia del puesto de trabajo; en la estipulación sexta bajo el rótulo de «*Reducción de jornada*», además de supuestos de dicha naturaleza, como por razones de guarda legal, encontramos casos de ausencia de puesto de trabajo, como la motivada por el nacimiento de hijos prematuros u hospitalizados tras el parto, o el supuesto de ausencia de una hora por lactancia de menor de doce meses.

En el Anexo II, en la estipulación segunda bajo la rúbrica de «*Permisos*», la Orden, define *permiso* como «*el periodo de tiempo que se autoriza al militar para ausentarse temporalmente del destino por razones de índole personal o familiar*», si bien contempla supuestos tan dispares como el permiso por asuntos propios, por parto, por matrimonio, o el de ausencia del puesto de trabajo de la militares embarazadas para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto.

Con este panorama normativo, examinaremos a continuación los derechos de conciliación del personal militar contenidos en la normativa existente con anterioridad a la LOI, es decir, en la Orden Ministerial 121/2006, de 4 de octubre, y en la Ley 17/1999, de de 18 de mayo, de Régimen de Personal de las Fuerzas Armadas, clasificándolos conforme a su naturaleza, aunque para ello nos apartemos de la sistemática empleada por la citada orden Ministerial.

1. MEDIDAS DE FLEXIBILIDAD HORARIA Y AUSENCIAS JUSTIFICADAS POR MOTIVOS DE CONCILIACIÓN

Por tales entendemos aquellos supuestos en los que por razón de maternidad o paternidad, o por motivos de conciliación de los intereses familiares, puede autorizarse la variación del horario de trabajo o la ausencia temporal del puesto de trabajo.

1.1. Supuestos

- a) Los militares con hijos menores de 12 años, personas con discapacidad o familiares enfermos graves hasta el segundo grado de consanguinidad a su cargo, tendrán derecho a flexibilizar en una hora diaria la parte fija del horario de la jornada laboral.

- b) Los militares que tengan hijos con discapacidad dispondrán de un máximo de dos horas de flexibilidad horaria diaria sobre la parte fija del horario que corresponda, a fin de conciliar los horarios de los centros de trabajo con los de los centros educativos donde el hijo reciba atención. Además podrá ausentarse del trabajo por el tiempo indispensable para asistir a reuniones de coordinación de su centro educativo o para acompañarlo para recibir apoyo sanitario o social.
- c) Los militares tendrán derecho a ausentarse del trabajo para someterse a técnicas de reproducción asistida por el tiempo necesario para su realización y previa justificación de la necesidad de que dicho tratamiento se lleve a cabo dentro de la jornada de trabajo.
- d) Excepcionalmente, los Jefes de Unidad, Centro u Organismo podrán conceder, con carácter personal y temporal, la modificación de la parte fija del horario en un máximo de dos horas por motivos directamente relacionados con la conciliación de la vida personal, familiar y profesional, así como en los casos de familias monoparentales.
- e) Las militares embarazadas tendrán derecho a ausentarse del trabajo para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto, por el tiempo necesario para su práctica y previa justificación de su realización dentro de la jornada de trabajo.
- f) En los casos de nacimiento de hijos prematuros o en los que, por cualquier motivo, éstos tengan que permanecer hospitalizados después del parto, el militar podrá ausentarse del lugar de trabajo hasta un máximo de dos horas diarias, sin pérdida de retribuciones.
- g) Por lactancia de un hijo menor de doce meses, el militar tendrá derecho a una hora de ausencia del trabajo, que podrá dividir en dos fracciones.

Este derecho, como veremos a continuación, puede sustituirse por una reducción de la jornada normal en media hora al inicio y al final de la jornada, o en una hora al inicio o al final de la jornada, con la misma finalidad, por lo que la ausencia deberá producirse a lo largo de la jornada laboral, sin que coincida con el inicio o finalización de la misma, pues debería de considerarse reducción de jornada. Asimismo puede ser ejercido por el padre o por la madre, en el caso de que ambos trabajen. Anteriormente, la Orden 102/2004 solo reconocía como titular de este derecho a «*la militar*», excluyendo por tanto al padre de la posibilidad de disfrutar del mismo, y limitaba su duración hasta los nueve meses tras el nacimiento.

1.2. Efectos de las medidas de flexibilidad horaria

La Orden Ministerial 121/2006 señala que estas medidas de flexibilidad horaria no implican disminución de las retribuciones y están condicionadas a las necesidades del servicio, si bien especifica que dichas necesidades procurarán atenderse con otros medios, y solo en último extremo condicionarán su aplicación, de lo que se colige, que, en el caso de denegación, ésta deberá ser motivada, especificando la causa de la denegación, no bastando con la simple alusión genérica a las «*necesidades del servicio*», y, asimismo, deberá ser notificada al interesado o interesada, de conformidad con lo dispuesto en el art. 58 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento administrativo común.

Además la Orden Ministerial 121/2006, no señala que la concesión de alguno de estos supuestos de flexibilidad horaria exonere de guardias, servicios o maniobras, por lo que se han planteado dudas en la practica en relación con las medidas de reducción de jornada que, como veremos a continuación, si pueden, salvo necesidades del servicio debidamente justificadas, conllevar dicha exoneración.

2. MEDIDAS DE REDUCCIÓN DE JORNADA

2.1. POR GUARDA LEGAL

2.1.1. El militar que por razones de guarda legal tenga a su cuidado directo algún menor de doce años, persona mayor que requiera especial dedicación, o disminuido psíquico, físico o sensorial que no desempeñe actividad retribuida o un familiar directo hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por si mismo y que no desempeñe actividad retribuida, tendrá derecho a una disminución de hasta un medio de la jornada de trabajo diaria.

Hemos de señalar que la Orden Ministerial 121/2006, fue en este supuesto mas avanzada que la normativa funcionarial (art. 30.1.f) de la Ley 30/1984) que, hasta la modificación operada por la LOI, solo contemplaba la reducción de jornada por guarda legal de menor de hasta *seis años*, y de *anciano que requiera especial dedicación o disminuido físico o psíquico*.

2.1.2. Efectos de la reducción de jornada por guarda legal:

Estos supuestos de reducción de jornada implican disminución proporcional de las retribuciones básicas y complementarias, sin perjuicio de las competencias sobre concesión o cese en la percepción de los complementos de dedicación especial y productividad atribuidas a las Autoridades en la normativa vigente²⁴. El cálculo de la disminución proporcional de las retribuciones se realizará de acuerdo con los criterios y fórmulas que figuran en el apéndice al Anexo I de la Orden Ministerial 121/2006.

Exoneran al militar de la realización de guardias, servicios, maniobras o actividades análogas que interfieran en el disfrute de la reducción de jornada, y *«cuando las necesidades del servicio no lo impidan»*, si bien, aclara de nuevo la norma, que *«estas necesidades procurarán atenderse con otros medios y sólo en último extremo condicionarán la concesión de la reducción de jornada»*, por lo que, en todo caso, la denegación de las mismas deberá ser motivada, tras el estudio pormenorizado de las circunstancias que concurren en cada caso.

Los efectos de la reducción de jornada por razones de guarda legal se interrumpen desde la concesión del permiso de maternidad o paternidad, pasándose a percibir las retribuciones íntegras

2.1.3. Problemas observados en la interpretación y aplicación de las medidas de flexibilidad horaria y de reducción de jornada por guarda legal:

La aplicación en la práctica de estas medidas de conciliación plantea diversas dudas, que, a la espera de una norma que defina los criterios de interpretación de las mismas, a la que alude la disposición final primera de la Orden Ministerial 120/2006, ha dado lugar a distintas interpretaciones por los Cuarteles Generales, no siempre coincidentes, lo que genera inseguridad jurídica.

Así, se han planteado dudas en relación con la delimitación de los supuestos de flexibilidad horaria y de reducción de jornada por guarda legal por tiempo inferior a una hora, y ello porque la norma no establece un límite temporal mínimo para la reducción de jornada, solo un máximo *«hasta un medio de la jornada de trabajo diaria»*, límite máximo que para el caso de la flexibilidad horaria está fijado en una hora (excepcionalmente dos). La cuestión se plantea porque los efectos de ambas medidas de conciliación son diferentes, ya que la flexibilidad horaria no conlleva la reducción

²⁴ Ver Orden Ministerial 190/2001, de 10 de septiembre, por la que se dictan normas para la aplicación del complemento de dedicación especial.

de retribuciones, ni la exoneración de guardias, servicios y maniobras, que sí implican los supuestos de reducción de jornada, con el consiguiente perjuicio para la Unidad de destino del afectado.

La Asesoría Jurídica del Cuartel General del Ejército de Tierra, ante varias solicitudes de reducción de jornada por guarda legal por tiempo inferior a una hora, haciendo una interpretación sistemática y teleológica de las medidas de reducción de jornada y de la de flexibilidad horaria, llega a la conclusión de que la propia Orden ministerial ofrece una alternativa válida y eficaz a la reducción de jornada por una hora o por tiempo inferior a una hora al contemplar la posibilidad de flexibilizar la jornada de trabajo por una hora, con menor incidencia en la organización y funcionamiento de las Unidades.

Así entiende que el ejercicio de ambos derechos se complementan, debiendo acudirse a las medidas de flexibilidad horaria cuando el tiempo de dedicación a las necesidades familiares sea de una hora o inferior, y a la reducción de jornada, si superase el límite de una hora y hasta el máximo previsto en la norma.

2.2. POR ENFERMEDAD MUY GRAVE DE FAMILIAR DE PRIMER GRADO

2.2.1. El militar tiene derecho a la reducción de hasta el 50 por 100 de la jornada laboral, sin reducción de sus retribuciones, por el plazo máximo de un mes. Durante ese tiempo está exonerado de la realización de guardias, servicios maniobras o actividades análogas que interfieran con el disfrute de esta reducción. Si varios militares tienen derecho a esta reducción por el mismo sujeto causante, podrá disfrutarse de manera parcial, respetando el plazo máximo, pero solo exonerará a uno de ellos de guardias, servicios maniobras o actividades análogas.

En este caso la normativa militar ha sido pionera, pues no se recogía en la normativa funcionarial este supuesto de reducción de jornada hasta que fue introducido por la LOI en el art. 30.1 de la Ley 30/1984.

2.3. POR LACTANCIA DE UN MENOR DE 12 MESES

2.3.1. El militar, puede sustituir el derecho antes estudiado de una hora de ausencia del trabajo, por una reducción de la jornada normal en media hora al inicio y al final de la jornada, o de una hora al inicio o al final de la jornada.

Hemos de significar que la regulación de este derecho en la Orden Ministerial 120/2006 es más avanzada que la contenida en la normativa laboral y funcionarial existente en ese momento, anticipándose a las novedades que posteriormente introducirá la LOI, a saber:

- a) Con respecto a la titularidad de este derecho, llama la atención que la Orden Ministerial reconozca como titular de este derecho a «*el militar*», a diferencia de la Orden Ministerial 102/2004 que únicamente consideraba titular del mismo a la mujer, al referirse expresamente a «*la militar*», del mismo modo que el art. 30.1.f) de la Ley 30/1984 mencionaba a «*la funcionaria*». De este modo, ya no cabe duda de que el bien jurídico protegido por este derecho no es la lactancia materna, sino el cuidado del menor lactante, ya reciba lactancia materna, o artificial, por lo que la norma permite que pueda ser disfrutado por cualquiera de los progenitores, en el caso de que ambos trabajen, no solo por la madre ²⁵.

No obstante, el hecho de que la norma atribuya a la madre el derecho a optar por sustituir la reducción de jornada por un permiso que acumule en jornadas completas el tiempo correspondiente, indica que la titular del derecho es la madre, sin perjuicio de la cesión de su ejercicio al padre. Esta es una medida dirigida a fomentar la corresponsabilidad de los padres en el cuidado de los hijos.

- b) Respecto a su duración, puesto que tanto el ET (art. 37.4) como la Ley 30/1984 (art. 30.1.f) la limitaban a los nueve meses del hijo lactante, mientras que la citada Orden la extendía hasta los doce. Será la LOI la que modifique el art. 30.1.f) de la Ley 30/1984 para ampliar este derecho hasta los doce meses para los funcionarios públicos.
- c) Recogiendo la jurisprudencia y la doctrina sobre la materia²⁶, específica que en el supuesto de parto múltiple la duración del permiso se incrementará proporcionalmente al número de hijos nacidos, aclaración que también introducirá después la LOI mediante la correspondiente modificación de los respectivos preceptos del ET y de la Ley 30/1984.
- d) La Orden contempla la posibilidad de que «*a instancia de la madre*» se opte por sustituir la reducción de jornada por un permiso que acumule en jornadas completas el tiempo correspondiente, con una

²⁵ Ver art. 48.1.f) de la ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público.

²⁶ STCT de 18 de junio de 1985(RTCT 1985/4063)

duración máxima de cuatro semanas. Este supuesto no se introducirá en la legislación laboral hasta la modificación operada por la LOI en el art. 37.2 del ET.

Llegados a este punto, hemos de aclarar que, partiendo de que la finalidad del derecho a la reducción de jornada por lactancia es dar continuidad al cuidado y a la atención del recién nacido hasta que cumpla los nueve meses de edad, es lógico considerar que este derecho solo podrá ejercitarse una vez finalizado el permiso de maternidad, con independencia del progenitor que lo disfrute y del modalidad elegida, habida cuenta de que el bien jurídico protegido es el mismo, esto es, el cuidado del menor, y mientras uno de los progenitores disfrute ese permiso, el cuidado del menor está garantizado.

Por otra parte debe aclararse que la elección del progenitor que disfrutará la reducción de jornada, así como la opción de sustituir la reducción de jornada por un permiso que acumule en jornadas completas el tiempo correspondiente, debe ejercitarse por la madre antes de la finalización del permiso de maternidad, y deberá mantenerse invariable durante toda la duración del ejercicio del derecho.

2.3.2. Efectos de la reducción de jornada por lactancia:

La Orden Ministerial 121/2006 contempla los siguientes efectos de este supuesto de reducción de jornada:

- a) la reducción de jornada por lactancia es acumulable con la concedida por guarda legal y con los otros permisos a los que se tenga derecho, no contabilizándose aquella en la disminución de retribuciones,
- b) no implica reducción de retribuciones, a diferencia de la reducción de jornada por guarda legal,
- c) exonera al solicitante de la realización de guardias, servicios, maniobras o actividades análogas *que interfieran en el ejercicio de este derecho*. Esta precisión ya fue recogida por la Orden Ministerial 102/2004, y con anterioridad, los Tribunales de Justicia tuvieron la ocasión de pronunciarse a favor de dicha exoneración ante la inexistencia de norma expresa al respecto²⁷. Llama la atención la circunstancia de que en este supuesto de reducción de jornada la norma no

²⁷ En este sentido la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 26 de octubre de 2000 (JUR/2000/312477)

condicione dicha exoneración a que «*las necesidades del servicio no lo impidan*», como establece para la reducción de jornada por guarda legal, de lo que se deduce la intención del legislador de eximir de tales servicios en estos supuestos como norma general, si bien, solo referida a los servicios, guardias o maniobras que interfieran en el ejercicio del derecho, es decir, aquellos que deban cumplirse en el periodo de tiempo elegido por el interesado/a para su disfrute, lo que no impide la asignación de tales servicios o actividades a cumplir fuera de dicho periodo de tiempo.

2.4. OTROS SUPUESTOS DE REDUCCIÓN DE JORNADA

2.4.1. Además de estos supuestos, la citada Orden Ministerial contempla otro supuesto de reducción de jornada (de nueve a catorce horas) sin exigir motivo alguno para su solicitud, por lo que puede obedecer también a razones de conciliación de intereses familiares, no obstante, establece determinados requisitos que deben cumplir los sujetos solicitantes para poder acceder a ella, ninguno de los cuales se exige para los demás supuestos de reducción de jornada, a saber:

- a) que resulte compatible con la naturaleza del puesto desempeñado y con las necesidades del servicio,
- b) y que se ocupe un puesto de trabajo que tenga asignado un complemento de destino o, en su caso, perciban un complemento de empleo inferior al nivel 28.

Además, este supuesto de reducción de jornada es incompatible con la reducción de jornada por guarda legal o por lactancia, y con la prestación de servicios en régimen de especial dedicación.

2.4.2. Efectos:

Sus efectos son también distintos a los otros dos supuestos de reducción de jornada:

- a) no exonera al solicitante de la realización de guardias, servicios y maniobras o actividades análogas,
- b) el solicitante percibirá el 75 por 100 de sus retribuciones básicas y complementarias, sin perjuicio de las competencias sobre concesión o cese en la percepción de los complementos de dedicación

especial y productividad atribuidas a las Autoridades en la normativa vigente.²⁸

Disposiciones Comunes a las medidas de flexibilidad horaria y de reducción de jornada

a) Respecto a la solicitud

Según la Orden Ministerial 102/2004: «*La solicitud de flexibilidad de horario o de reducción de jornada, acompañada de la justificación documental suficiente, se cursará por conducto reglamentario al Jefe de la Unidad, Centro u Organismo de destino, quien será competente para su concesión o denegación motivada, así como para la revocación o modificación de las condiciones de la solicitud que deberá ser debidamente justificada*».

La solicitud deberá reunir los requisitos que, con carácter general, debe reunir toda solicitud ante la Administración, y acompañarla de aquella documentación en la que el solicitante pretenda fundar la misma, sin perjuicio de las normas sobre mejora y subsanación de la solicitud del procedimiento administrativo común.²⁹ Deberá ser cursada por conducto reglamentario, y tramitada conforme a lo dispuesto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre y la Instrucción número 167/1999, de 24 de junio, del Subsecretario de Defensa, sobre tramitación de procedimientos en el ámbito del Ministerio de Defensa.

b) Respecto a la resolución

La Orden Ministerial atribuye la competencia para conceder o denegar estas medidas de conciliación al Jefe de la Unidad, Centro u Organismo de destino del solicitante. Guarda silencio acerca del plazo dentro del cuál debe de dictarse la correspondiente solicitud, no obstante resultan de aplicación por analogía los plazos establecidos en el artículo 3.1 del Real Decreto 1777/1994, de 5 de agosto, por el que se adecúan las normas reguladoras de los procedimientos administrativos en materia de gestión del personal incluidos en el ámbito de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administracio-

²⁸ Ver Orden Ministerial 190/2001, de 10 de septiembre, por la que se dictan normas para la aplicación del complemento de dedicación especial

²⁹ art. 70 y 71 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común.

nes Públicas y del Procedimiento administrativo común, que establece los siguientes plazos máximos de resolución: «ausencia de media hora o una hora para el cuidado de hijo menor de nueve meses: un día»; «reducción de jornada por razones de guarda legal: diez días». Transcurridos dichos plazos las solicitudes se entenderán estimadas por silencio administrativo positivo.

La resolución deberá ser *motivada*, no obstante, aunque la norma hubiese guardado silencio al respecto, es así por imperativo legal del art. 54 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, al tratarse de una resolución limitativa de derechos subjetivos, y encuentra su justificación en el efecto desfavorable que tiene en la esfera personal del interesado. Se entiende por motivación «la razón del proceso lógico y jurídico que determinó la decisión administrativa»³⁰, esto es, el razonamiento o explicación racional del juicio, tras la fijación de los hechos de que se parte y tras la subsunción de éstos en una norma jurídica. No se trata de un simple requisito de carácter formal, sino de fondo, ya que permite a su destinatario conocer las razones de la decisión administrativa y le confiere los medios de defensa necesarios para articular su oposición a la misma, además de permitir el adecuado control judicial de la actuación administrativa.³¹ Este requisito que debe cumplir la resolución, en el supuesto de ser desestimatoria, cobra especial relevancia teniendo en cuenta la finalidad de estas medidas de conciliación, que, como hemos estudiado, no es otro que el de hacer compatible los intereses profesionales y los familiares.

En el caso de resolución estimatoria, la autoridad competente establecerá las condiciones del horario aprobado, y, si lleva consigo disminución de retribuciones, deberá indicar las horas de reducción de jornada y el porcentaje equivalente a efectos de la citada disminución, efectuando la correspondiente comunicación a la Pagaduría de Haberes.

Asimismo, deberá indicar si exonera o no de guardias, servicios, maniobras o actividades análogas, y que las condiciones establecidas podrán ser revocadas o modificadas cuando varíen las necesidades del servicio o cualquier otro condicionante. Con respecto a esta última precisión, la Orden Ministerial exige justificación en los supuestos de «*revocación o modificación de las condiciones de la solicitud*», lo que supone la correspondiente motivación. En todo caso, las necesidades del servicio deben valorarse de manera individualizada, analizando las distintas circunstancias que concurren en cada caso, lo que exige motiva la no exoneración

³⁰ Sentencia del TS de 22 de junio de 1995.

³¹ Sentencias del TS de 7 de octubre de 1998(RJ 9585), de 27 de diciembre de 1999 (RJ 96641), de 20 de enero de 1998 (RJ 1418).

de guardias en los supuestos de reducción de jornada o su revocación por circunstancias sobrevenidas.

La resolución deberá ser debidamente notificada al interesado, conforme a lo dispuesto en los artículos 58 y 59 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, con indicación de los recursos administrativos que procedan.

3. PERMISOS POR MOTIVOS DE CONCILIACIÓN

En el apartado segundo del ANEXO II la Orden 121/2006, como hemos señalado anteriormente, se contemplan permisos de naturaleza muy dispar, alguno de los cuales hemos estudiado como supuesto de ausencias justificadas por motivos de conciliación, mas acorde con su verdadero carácter temporal. A continuación examinaremos aquellos otros supuestos que, siguiendo la terminología empleada por la Ley 7/2007, de 12 de abril, podemos denominar «*permisos por motivos de conciliación de la vida familiar y profesional*».

3.1. PERMISO POR PARTO

La Orden Ministerial 121/2006, de 4 de octubre, contiene una regulación del permiso por parto prácticamente idéntica a la de la *prestación por maternidad* establecida para los funcionarios civiles en el art. 30.3 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, tras la modificación operada por la LCVLF.

Así establece que el permiso tendrá una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas, ampliables en los supuestos de parto múltiple, en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo. El permiso se distribuirá a opción de la militar, siempre que seis semanas sean inmediatamente posteriores al parto, y en caso de fallecimiento de la madre, el padre podrá hacer uso de la totalidad o, en su caso, de la parte que reste del permiso. Sin perjuicio de esas primeras seis semanas que son de descanso obligatorio para la madre, en el caso de que ambos progenitores trabajen, la madre, al iniciarse el periodo de descanso por maternidad, podrá optar por que el padre disfrute de una parte determinada e ininterrumpida del periodo de descanso posterior al parto, bien de forma simultánea o sucesiva con el de la madre, salvo que en el momento de su efectividad la incorporación de la madre al trabajo suponga un riesgo para su salud.

No obstante, la norma militar contempla un supuesto hasta entonces no previsto en la normativa funcional referido a los casos de «*parto*

prematureo y en aquellos en que, por cualquier causa, el neonato deba permanecer hospitalizado a continuación del parto». En estos casos prevé que el permiso podrá computarse, a instancia de la madre o, en caso de que ella falte, del padre, a partir de la fecha del alta hospitalaria, excluyéndose de este cómputo las primeras seis semanas posteriores al parto, de descanso obligatorio para la madre. Este supuesto será incorporado a la Ley 30/1984, de 2 de agosto, por la LOI.

3.2. PERMISO POR ADOPCIÓN O ACOGIMIENTO DE MENORES, TANTO PREADOPTIVO, COMO PERMANENTE

Tiene una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas, y se amplía en dos semanas más en los supuestos de adopción o acogimiento múltiple, por cada hijo a partir del segundo. El cómputo del plazo se contará a elección del militar, a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o a partir de la resolución judicial por la que se constituya la adopción.

En el caso de que ambos adoptantes trabajen, el permiso se distribuirá a opción de los interesados, que podrán disfrutarlo de forma simultánea, sin rebasar conjuntamente las dieciséis semanas, o sucesiva, siempre con periodos ininterrumpidos.

En los casos de adopción internacional, si fuera necesario el desplazamiento previo de los adoptantes al país de origen del adoptado, se tendrá derecho, además, a un permiso de hasta dos meses de duración, con derecho a percibir exclusivamente las retribuciones básicas.

La regulación de este permiso en la Orden 121/2006 es, en esencia, muy similar a la vigente en ese momento para los funcionarios civiles³², no obstante llama la atención dos aspectos en los que difieren ambas regulaciones, siendo, también en esta materia, la norma militar mas avanzada en el tiempo:

a) La norma militar es mas amplia respecto a los beneficiarios de este permiso al referirse a la adopción o acogimiento de «*menores*», mientras que la norma funcional limitaba el permiso a los adoptantes de «*menores de hasta seis años, o menores mayores de seis años, discapacitados o minusválidos o que por circunstancias y experiencias personales o que, por*

³² Art.30.3 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la reforma de la Función Pública, tras la modificación operada por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras.

provenir del extranjero, tengan especiales dificultades de inserción social y familiar, debidamente acreditadas por los servicios sociales competentes».

b) En el supuesto de adopción internacional que requiera el desplazamiento previo al país de origen del adoptado, la Orden amplía el permiso hasta dos meses más, con derecho a percibir exclusivamente las retribuciones básicas.

Modalidades de disfrute de los permisos por parto y adopción o acogimiento

La Orden 121/2006 contempla la modalidad de disfrute de estos permisos a tiempo parcial, recogiendo, en esencia, la regulación existente sobre esta materia en el ámbito funcional³³. Así prevé el disfrute de estos permisos, a tiempo parcial, de manera sucesiva o simultánea, por el padre y la madre, con excepción, en el caso de parto, de las primeras seis semanas tras el mismo que son de descanso obligatorio de la madre.

Esta modalidad de disfrute de los permisos deberá ser autorizada por el Jefe de la Unidad, Centro u Organismo, previo informe del Jefe inmediato del interesado en el que *se acredite que quedan debidamente cubiertas las necesidades del servicio*, y durante el mismo el militar no podrá realizar guardias, servicios, maniobras o actividades análogas fuera de la jornada de trabajo que deba cumplir en dicha modalidad, siendo incompatible con la reducción de jornada por guarda legal y por lactancia.

El periodo de disfrute del permiso se ampliará proporcionalmente en función de la jornada de trabajo que se realice, sin que pueda superar la duración máxima establecida para los mismos. El disfrute del permiso en esta modalidad será ininterrumpido, y solo podrá modificarse por iniciativa del interesado y debido a causas relacionadas con su salud o la del menor.

Sin embargo, a diferencia del Real Decreto 180/2004, de 30 de enero, la Orden no establece el plazo dentro del cual el Jefe de la Unidad debe dictar la resolución correspondiente, considerándose, no obstante, aplicable por analogía, el plazo máximo de tres días establecido en dicho Real Decreto.

3.3. PERMISO DE PATERNIDAD

La Orden 121/2006, con independencia del disfrute compartido de los permisos por parto o por adopción o acogimiento, introduce un permiso de

³³ Real Decreto 180/2004 de 30 de enero del MAP (BOE 12 de febrero de 2004)

10 días naturales, cuyo beneficiario es «*el padre*», 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.

La regulación de este permiso en el ámbito militar supuso también una novedad respecto a la normativa de permisos entonces vigente, tanto laboral como funcionarial, en las cuales no se introducirá hasta las correspondientes modificaciones operadas por la LOI.

3.4. DISPOSICIONES RELATIVAS AL PROCEDIMIENTO PARA LA CONCESIÓN DE LOS PERMISOS POR MOTIVOS DE CONCILIACIÓN

3.3.1. La Orden 121/2006 contiene una serie de normas relativas a la concesión, entre otros, de los permisos que acabamos de estudiar, que podemos resumir de la siguiente manera:

- a) Se solicitarán por conducto reglamentario al Jefe de la Unidad, Centro u Organismo de destino, quien será a su vez el competente para su concesión o denegación *motivada*.
- b) Deberá aportarse la documentación necesaria que justifique la causa del mismo.
- c) La concesión estará condicionada a las necesidades del servicio, si bien éstas procurarán atenderse con otros medios y solo en último extremo condicionarán la concesión de aquellos.
- d) El Jefe de la Unidad, Centro u Organismo podrá ordenar la incorporación al destino cuando así lo exijan las necesidades del servicio sobrevenidas.
- e) Recogiendo el criterio jurisprudencial sobre la materia, la Orden establece que se podrá acumular el periodo de disfrute de las vacaciones a los permisos derivados del nacimiento, adopción o acogimiento, aún habiendo expirado ya el año natural a que corresponda tal periodo.
- f) En el caso de baja por maternidad (parto), cuando esta situación coincida con el periodo vacacional, quedará interrumpido el mismo, y podrán disfrutarse las vacaciones finalizado el periodo del permiso de maternidad.

3.3.2. La Orden atribuye, en el ámbito de sus respectivas competencias, al Jefe de Estado Mayor de la Defensa, al Subsecretario de Defensa, al Secretario General de Política de Defensa y a los Jefes de Estado Mayor

del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire, la potestad de establecer los criterios que determinen el personal que deba estar presente en las unidades, centros y organismos, a efectos de la delimitación del concepto jurídico indeterminado de «*necesidades del servicio*» .

En este sentido, podemos mencionar la Circular núm. 02/2004, del Almirante Jefe de Personal, sobre permisos relacionados con la conciliación de la vida familiar y profesional del personal militar, que establece los criterios de aplicación de las medidas de conciliación en la Armada, y , concretamente en relación con el permiso por guarda legal y la exoneración de guardias, servicios o maniobras que interfieran con el disfrute del permiso, establece que «*para la debida armonización del derecho del solicitante con las necesidades del servicio, la Jefatura de Personal estudiará detalladamente cada solicitud, teniendo en cuenta una serie de criterios*», y así, para guardias y servicios menciona entre otros, el grado de cobertura actual y prevista de la plantilla del destino del solicitante, o la naturaleza del servicio que se presta y cualificación requerida, y para la salida a la mar y al campo para adiestramiento, prevé entre otros, la naturaleza de las misiones del destino, la influencia de esta circunstancia en la eficacia y seguridad de la unidad o la existencia en el destino de medios alternativos de adiestramiento con simuladores y otros. A tal efecto, exige que el Jefe de la UCO incluya en el informe preceptivo los datos relacionados con alguno de estos criterios.

3.3.3. La Orden no establece el plazo máximo en el que la autoridad competente debe dictar la correspondiente resolución de concesión de estos permisos, a diferencia de lo que ocurre con las licencias en las que expresamente fija el plazo de un mes, no obstante, habida cuenta de que hasta la publicación de esta norma, la Ley 17/1999, de 18 de mayo, se remitía a la regulación de estos permisos contenida en la legislación del personal al servicio de las administraciones públicas (Ley 30/1984, de 2 de agosto) resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 3.1 g) del Real Decreto 1777/1994, de 5 de agosto, por el que se adecúan las normas reguladoras de los procedimientos administrativos en materia de gestión del personal incluidos en el ámbito de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento administrativo común, según el cual la resolución sobre concesión de permiso de maternidad o adopción será de *tres días*, transcurridos los cuales se entenderá estimada la solicitud por silencio administrativo. Este mismo plazo habrá de entenderse aplicable al permiso de paternidad regulado en esta Orden.

4. EXCEDENCIAS CON FINES CONCILIATORIOS

4.1. Antes de la LOI, y de la promulgación de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la carrera militar, la Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal militar profesional, contemplaba en su artículo 141 un supuesto de excedencia voluntaria del personal militar cuando lo solicitaran *para atender al cuidado de los hijos, por naturaleza o adopción*, por un periodo no superior a tres años a contar desde la fecha de nacimiento de cada hijo.

La regulación de la excedencia voluntaria por cuidado de hijos era más favorable en muchos aspectos que la de los demás supuestos de excedencia, a saber:

- a) Consideraba posibles beneficiarios también a los militares de complemento y a los militares profesionales de tropa y marinería.
- b) No establecía un periodo mínimo de duración de la excedencia, solo máximo.
- c) El tiempo permanecido en dicha situación sería computable a efectos de trienios y derechos pasivos.
- d) No producía la inmovilización en el escalafón u ordenación y demás consecuencias previstas para los demás supuestos de excedencia voluntaria.

No obstante, curiosamente, en este supuesto de excedencia, a diferencia de los demás supuestos previstos en dicho precepto, el militar seguía estando sujeto al régimen general de derechos y obligaciones del personal de las Fuerzas Armadas y a las Leyes penales y disciplinarias.

Posteriormente, el Real Decreto 431/2002, de 10 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de Destinos del personal Militar Profesional, dará un paso más favorable a este supuesto de excedencia al prever, en su art. 19 la reserva del destino por un tiempo de seis meses de los militares que se encuentren en dicha situación.

4.2. ASPECTOS PROCEDIMENTALES

4.2.1. El Reglamento de adquisición, pérdida y situaciones administrativas del militar de carrera, aprobado por el Real Decreto 1385/1990, de 8 de noviembre, establecía que la competencia para la concesión del pase a la situación de excedencia voluntaria correspondía al Director General

de Personal, y que las peticiones se cursarían por conducto reglamentario. Posteriormente la Orden 189/1997, de 31 de octubre, de Delegación de competencias en materia de personal militar, delegará dicha competencia en los Directores de Gestión de Personal de los Ejércitos, en sus ámbitos respectivos.

4.2.2. Conforme al artículo 2.2 a) del Real Decreto 1767/1994, de 5 de agosto, por el que se adecúan las normas reguladoras de los procedimientos administrativos en materia de retribuciones y de gestión de personal militar a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, el plazo máximo en el que debe dictarse resolución sobre las solicitudes de excedencia voluntaria por cuidado de hijos, es de un mes, transcurrido el cuál se entenderá estimada por silencio administrativo.

III.III. NOVEDADES INTRODUCIDAS COMO CONSECUENCIA DE LA LOI EN LA NORMATIVA MILITAR: ORDEN MINISTERIAL 107/2007 Y LEY 39/2007, DE 19 DE NOVIEMBRE

Como acabamos de estudiar, la Orden Ministerial 121/2006, de 26 de julio, supuso un paso importante en el reconocimiento de los derechos de conciliación del personal militar, contemplando, en una única disposición, toda la normativa existente sobre la materia, dentro del marco establecido para el personal al servicio de las Administraciones Públicas, y adaptándola a la estructura y funciones específicas de las Fuerzas Armadas.

Sin embargo, la posterior entrada en vigor de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, de igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOI), y de la Ley 7/2007, de 12 de abril, por la que se aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público, aconsejaron la modificación de dicha Orden a fin de adaptar las novedades que sobre los derechos de conciliación introdujeron dichas leyes, a las peculiaridades del personal militar, lo que se llevo a cabo mediante la publicación de la Orden Ministerial 107/2007, de 26 de julio.

La LOI recogía la necesidad de desarrollar una acción normativa cuyo objetivo fuera combatir todas las manifestaciones aún subsistentes de discriminación, directa o indirecta, con esta finalidad y por lo que se refiere a las Fuerzas Armadas, la LOI le dedica especialmente dos artículos que contienen auténticos mandatos para el legislador ordinario: el art. 65 al establecer que *«las normas sobre personal de las Fuerzas Armadas procurarán la efectividad del principio de igualdad entre mujeres y hombres, en especial en lo que se refiere al régimen de acceso, formación, ascensos,*

destinos y situaciones administrativas» y el art. 66³⁴ que establece la aplicación a las Fuerzas Armadas de las normas sobre igualdad, prevención de la violencia de género y *conciliación de la vida personal, familiar y profesional* referidas al personal al servicio de las Administraciones públicas, si bien remite al legislador ordinario para las adaptaciones que de dichas normas sean necesarias para su implantación en la institución castrense.

Asimismo, hemos de tener en cuenta la publicación también en ese mismo año, de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la carrera militar que, además de consagrar en su Preámbulo la pretensión de «*conjugación de la disponibilidad permanente para el servicio, específica de los militares, con la conciliación de la vida profesional, personal y familiar*», prevé en su art. 5 la adaptación reglamentaria de los principios y normas del empleo público (Ley 7/2007), y en su art. 6 dispone expresamente la aplicación al personal militar de las normas y criterios relativos, entre otros, a «*la conciliación de la vida profesional, personal y familiar establecidos para el personal al servicio de la Administración General del Estado con las adaptaciones y desarrollos necesarios*».

Como resultado de esta técnica de «remisión normativa», la regulación en materia de conciliación en el ámbito castrense estaría formada por tres círculos concéntricos constituidos, por un lado, por la LOI como cabecera normativa inspiradora y orientadora, por otro, por el Estatuto Básico del empleado público al que acudiremos, por expresa remisión normativa, para interpretar la normativa sobre conciliación en el ámbito específico militar y cubrir las posibles lagunas normativas, y por la Ley 39/2007, de la carrera militar y las normas que se dicten en su desarrollo (mientras tanto, la Orden 121/2006, modificada por la Orden 107/2007).

Por último, y antes de analizar las novedades introducidas en esta materia por mor de estas normas, recordar también el reciente Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural, que establece su aplicación supletoria en los Regímenes Especiales de Seguridad Social de los funcionarios públicos, en todo lo que no se oponga a lo preceptuado en la normativa general reguladora del Régimen correspondiente.

³⁴ Art. 66 de la LOI: «*Las normas referidas al personal al servicio de las Administraciones públicas en materia de igualdad, prevención de la violencia de género y conciliación de la vida personal, familiar y profesional serán de aplicación en las Fuerzas Armadas, con las adaptaciones que resulten necesarias y en los términos establecidos en su normativa específica*».

III.III.I. LA ORDEN MINISTERIAL 107/2007, DE 26 DE JULIO

La Orden Ministerial 107/2007 introduce las siguientes modificaciones en el régimen de los derechos de conciliación del personal militar:

1ª. En el caso de nacimiento de hijos prematuros o en los que, por cualquier motivo, tengan que permanecer hospitalizados tras el parto, el militar tendrá los siguientes derechos:

- a) a ausentarse del lugar de trabajo hasta un máximo de dos horas diarias, sin pérdida de retribuciones,
- b) a reducir su jornada de trabajo hasta un máximo de dos horas, adicionales a las anteriores, con la disminución proporcional de retribuciones.

En ambos casos se exonerará al militar de la realización de guardias, servicios, maniobras o actividades análogas que interfieran con el disfrute de esta reducción.

Observamos como la novedad en este caso se refiere a la posibilidad de reducir la jornada, por esta causa, tal y como recoge la Ley 7/2007, de 12 de abril, para los empleados públicos, como consecuencia de la modificación operada por la LOI en la Ley 30/1984.

2ª. En relación con el permiso por parto, encontramos las siguientes novedades introducidas también como consecuencia de las modificaciones operadas por la LOI:

- a) Se contempla la ampliación en dos semanas del permiso por parto en el supuesto de discapacidad del hijo.
- b) Se prevé que en el caso de cesión del permiso al padre, el disfrute del mismo no se vea afectado por la posible situación de baja médica temporal de la madre, en el momento de su reincorporación al trabajo, a diferencia de lo que preveía la Orden Ministerial 121/2006, esta es una medida introducida por la LOI para favorecer la responsabilidad del padre en el cuidado de los hijos.
- c) Se contempla la ampliación de este permiso, en los casos de parto prematuro, y en aquellos en que, por cualquier causa, el neonato deba permanecer hospitalizado a continuación del parto, en tantos días como el neonato se encuentre hospitalizado, con un máximo de trece semanas adicionales. El Real Decreto 295/2009, de 6 de mar-

zo, recoge esta precisión para los empleados públicos, en su art. 8.10 añadiendo «con independencia de la duración mínima del periodo de hospitalización»

3ª. Respecto al permiso por adopción o acogimiento de menores:

- a) Se contempla la ampliación en dos semanas del permiso en el supuesto de discapacidad del hijo.
- b) En el caso de que la adopción o acogimiento internacional requiera el desplazamiento previo de los padres al país de origen del menor adoptado o acogido, demás del permiso de hasta dos meses más, con derecho a percibir exclusivamente las retribuciones básicas, se prevé que el permiso por adopción o acogimiento pueda iniciarse hasta cuatro semanas antes de la resolución judicial por la que se constituya la adopción o la decisión administrativa o judicial de acogimiento.
- c) Se especifica que la regulación contenida en la Orden se refiere a los supuestos de adopción o acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o simple, establecidos conforme al Código Civil o las Leyes civiles de las Comunidades Autónomas que los regulen, debiendo tener el acogimiento simple una duración no inferior a un año.

4ª. Respecto al permiso de paternidad:

- a) Amplía el permiso reconocido al padre por la Orden 121/2006, a 15 días, conforme con la modificación operada por la LOI en la Ley 30/1984. Este permiso será disfrutado «*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*», por tanto, deberá disfrutarse de modo ininterrumpido, al igual que se recoge en el art. 49 c) de la Ley 7/2007, en contraste con las posibilidades de autoorganización derivadas del art. 48 bis del ET.
- b) En relación con el disfrute de las vacaciones, y seguramente motivado por la imposición temporal del periodo de disfrute de este permiso en el ámbito funcional, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito laboral, ha determinado al legislador, a garantizar la no consunción de las vacaciones coincidentes con el disfrute del permiso de paternidad (art. 59 de la LOI), y asimismo lo recoge la Orden 107/2007, al disponer que: «*cuando el periodo de vacaciones coincida con el permiso de paternidad, el militar tendrá derecho a*

disfrutar las vacaciones en fecha distinta, aunque haya terminado el año natural al que correspondan». Sin duda, la imposición temporal del periodo de disfrute de este permiso en el ámbito funcional ha determinado al legislador, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito laboral, a garantizar la no consunción de las vacaciones coincidentes con el disfrute del permiso de paternidad.

5ª. En relación con la coincidencia de los permisos por motivos de conciliación con las vacaciones anuales:

La Orden 107/2007, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 59 de la LOI antes citado, modifica el apartado 3 de la norma tercera del Anexo II de la Orden 121/2006, para establecer que *«cuando el periodo de vacaciones coincida con una baja médica derivada del embarazo, parto o lactancia natural, o con el permiso por parto, adopción o acogimiento, o con el permiso sustitutivo de la reducción de jornada por lactancia, se tendrá derecho a disfrutar las vacaciones en fecha distinta, aunque haya terminado el año natural al que correspondan»*.

Dicho precepto recoge el contenido de la jurisprudencia comunitaria sobre la materia referida a la concurrencia del periodo de vacaciones con el del permiso de maternidad si bien, la amplía a los supuestos de incapacidad temporal derivada de embarazo, parto o lactancia natural, o con el permiso de maternidad o paternidad.³⁵

Esta regulación es más favorable que la prevista en el Estatuto de los Trabajadores, ya que incluye los supuestos en los que se decide acumular en jornadas completas el periodo de lactancia, ampliando, en consecuencia, el periodo durante el cuál puede ejercerse dicho derecho.

6ª. Otras medidas dirigidas a favorecer la conciliación de la vida personal, familiar y profesional:

Además de las medidas contempladas en la normativa militar hemos de recordar que la LOI contempla otra serie de medidas encaminadas a

³⁵ STJCE de 18 de marzo de 2004 (asunto Merino Gómez). El Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea entiende que la Directiva 76/207/CEE, de 9 de febrero, tiene por objeto conseguir una igualdad material y no meramente formal. En consecuencia, el ejercicio de los derechos conferidos a las mujeres en virtud el art. 2.3 de dicha Directiva por disposiciones relativas a la protección de la mujer en lo que se refiere al embarazo y a la maternidad, no puede dar lugar a un trato desfavorable en lo que respecta a sus condiciones de trabajo, por tanto, la trabajadora deberá poder disfrutar de sus vacaciones anuales durante un periodo distinto del de su permiso de maternidad

evitar que el disfrute de los derechos de conciliación sea un obstáculo para la promoción profesional o pueda dar lugar a un trato desfavorable en las condiciones de trabajo. Dichas medidas han sido recogidas por el art. 49 de la Ley 7/2007, y se consideran plenamente aplicables al personal militar. Estas medidas han sido objeto de estudio en el apartado 4 del epígrafe III del presente trabajo, al que nos remitimos para evitar reiteraciones innecesarias.

Únicamente mencionar en relación con los derechos económicos del personal que disfrute de estos permisos de conciliación, que conforme a lo dispuesto en el Reglamento de retribuciones del Personal de las Fuerzas Armadas, aprobado por Real Decreto 1314/05, de 4 de noviembre, modificado por Real Decreto 28/2009, de 16 de enero, «*el personal militar que disfrute de los permisos de paternidad o maternidad lo hará sin merma de sus derechos económicos*», lo que ha planteado dudas con respecto al abono de complemento de dedicación especial. Sobre esta materia nos remitimos a lo expuesto en relación con los empleados públicos, solo añadir que la regulación de este complemento en nuestra legislación específica³⁶ como un complemento de concesión discrecional, no ligado a un puesto de trabajo, sino asociado a un determinado modo de desempeñar el mismo (el especial rendimiento, la dedicación o la actividad extraordinaria) dificulta establecer como norma general el derecho a su percibo durante estas situaciones y, por consiguiente, la correlativa obligación del mando de su reconocimiento, quedando su concesión en estos casos a discreción del mismo, con el consiguiente riesgo de arbitrariedad e inseguridad jurídica.

III.III.II. NOVEDADES DE LA LEY 39/2007, DE 19 DE NOVIEMBRE, DE LA CARRERA MILITAR: LA SITUACIÓN DE EXCEDENCIA POR CUIDADO DE FAMILIARES

El artículo 110.5 de la Ley 39/2007, contempla la excedencia por cuidado de familiares, que pueden solicitar los militares para atender al cuidado de cada hijo, tanto por naturaleza, como por adopción o acogimiento permanente o preadoptivo, por un periodo no superior a tres años, a contar desde la fecha de nacimiento o, en su caso, de la resolución judicial o administrativa.

A este supuesto de excedencia por cuidado de hijos, ya previsto en la Ley 17/1999, se añade otro supuesto introducido por la Ley 39/1999, de 5

³⁶ Ver Orden Ministerial 190/2001, de 10 de septiembre, por la que se dictan normas para la aplicación del complemento de dedicación especial

de noviembre, en el art. 29.4 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas de Reforma de la Función Pública y, que posteriormente la LOI ha ampliado su duración a tres años. Este supuesto de excedencia tiene por objeto el cuidado de familiares que se encuentren a cargo del militar, hasta el segundo grado inclusive de consanguinidad o afinidad que, por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad no pueda valerse por sí mismo y no desempeñe actividad retribuida, con una duración máxima de tres años.

Establece que el periodo de excedencia será único por cada sujeto causante, y en el caso de que un nuevo sujeto causante diera origen a una nueva excedencia, el inicio del periodo de la misma pondrá fin al que se viniera disfrutando. En el caso de que más de un militar profesional generase el derecho a disfrutarlo por el mismo causante se podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas relacionadas con las necesidades del servicio. El tiempo de permanencia en esta situación será computable a efectos de trienios, y derechos pasivos y durante el primer año de cada excedencia como tiempo de servicios, además, podrá ascender durante los dos primeros años siempre que tenga cumplidas las condiciones para el ascenso

A diferencia de lo que establecía la normativa anterior, y con más lógica, la Ley de carrera militar dispone que el militar en esta situación tendrá su condición militar en suspenso y, en consecuencia, dejará de estar sujeto al régimen general de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas, y a las leyes penales y disciplinaria militares.

Además de lo expuesto, hemos de recordar que la LOI reconoce el derecho de los funcionarios a participar, durante el periodo de excedencia por cuidado de familiares, en los cursos de formación que convoque la Administración, y eleva a dos años el derecho a la reserva del puesto de trabajo que desempeñaban, transcurrido el cuál, dicha reserva lo será al puesto en la misma localidad y de igual nivel y retribución. Estas novedades consideramos que deben ser de aplicación en el ámbito militar, para lo cuál, debería llevarse a cabo la oportuna modificación del artículo 19.2.c) del Reglamento de destinos, aprobado por Real Decreto 431/2002, de 10 de mayo, como ya se hizo mediante el Real Decreto 306/2005, de 18 de mayo, que elevó a un año la reserva de puesto de trabajo en estos supuestos para adecuarlo a la normativa funcional sobre la materia.

La regulación de este tipo de excedencia en la norma militar, al igual que en la funcional, es más favorable que en la laboral, al permitir su duración de hasta tres años, incluso en la de cuidado de familiares, y no de dos años como establece el ET, si bien, por el contrario, no admite su disfrute de manera fraccionada, como expresamente ha incluido en la le-

gislación laboral la LOI mediante la modificación del art.46.3 del ET, sin que se aprecie cause que justifique la exclusión de dicho modo de disfrute fraccionado al personal militar y funcionario, teniendo en cuenta que la Directiva 96/34/CE, de 3 de junio, reconoce la posibilidad de que los «*permisos parentales*», refiriéndose a todos los derechos que puedan concederse a hombres y mujeres con motivo del nacimiento o adopción de menores, desde los tres meses de duración hasta los ocho años, sin exclusiones, se disfruten a jornada completa, parcial o de forma fragmentada.

En esta materia, al igual que ocurre con las demás medidas de conciliación, es en el momento de su aplicación al caso concreto, cuando surgen dudas en la interpretación de la norma. Así se ha planteado la posible compatibilidad de la excedencia por cuidado de hijos y la de cuidado de familiares, es decir, si un trabajador puede acogerse a la excedencia por cuidado de familiares para atender a un hijo menor de edad pero mayor de tres años, límite máximo previsto por la norma para la excedencia por cuidado de hijos.

El problema deriva de la interpretación que debe darse a los términos empleados por el legislador para definir los sujetos que pueden generar el derecho a acogerse a la excedencia por cuidado de familiares: «*familiar que se encuentre a cargo, hasta el segundo grado inclusive de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad no pueda valerse por si mismo y no desempeñe actividad retribuida*». No han faltado opiniones doctrinales y jurisprudenciales favorables a considerar que esta nueva modalidad de excedencia solo es aplicable al cuidado de familiares de edad avanzada, en cuanto fue introducida por el legislador (LCVFL) ampliando el derecho a la reducción de jornada y excedencia a los trabajadores que tengan que ocuparse de personas mayores y enfermas, en línea con los cambios demográficos y el envejecimiento de la población, tal y como concreta la Exposición de Motivos de la Ley de Conciliación de la vida laboral y familiar ³⁷, quedando, por tanto, fuera de ella los hijos, para los que se contempla ya un tipo específico de excedencia.

No obstante, esta opinión no parece sustentarse ni en una interpretación literal del precepto, ni mucho menos, teleológica del mismo. Así hemos de partir de que la citada Exposición de Motivos, además de aludir a los artículos 14, 39.1 y 9.2 de la Constitución española, reconoce que la necesidad de conciliar el trabajo y la familia ha sido planteada tanto a nivel internacional como comunitario como una condición vinculada de forma inequívoca a la nueva realidad social marcada, principalmente, por la in-

³⁷ Sentencia del TSJ País Vasco de 2 de mayo de 2007, entre otras.

corporación de la mujer al mundo laboral, lo que ha determinado importantes cambios legislativos para introducir medidas que faciliten a hombres y a mujeres participar de la vida familiar sin menoscabo de su vida laboral, dando un paso más en el camino de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres.

En este sentido, la LOI transpone a la legislación española las directrices marcadas por la normativa internacional y comunitaria protectora de la maternidad, de la paternidad, y en general de la conciliación de la vida laboral y familiar ³⁸superando los niveles mínimos de protección previstos en las mismas.

Desde esta perspectiva, en nuestro ordenamiento actualmente vigente la excedencia por cuidado de hijos y la excedencia por cuidado de familiares son objeto de un tratamiento conjunto, ya que ambas producen los mismos efectos y tiene la misma duración (tres años), variando únicamente la causa que origina cada una de ellas. Así en la excedencia por cuidado de hijos, el hecho causante es el nacimiento de un hijo, o en su caso, la constitución de la adopción o del acogimiento, por ello la Ley establece que los tres años de duración se computarán desde la fecha del parto o de la resolución administrativa o judicial que constituya el acogimiento o la adopción. Por el contrario, la excedencia por cuidado de familiares tiene por objeto la atención a familiares que por determinadas circunstancias (edad, enfermedad o discapacidad) no puedan valerse por sí mismos, por lo que la causa será en cada caso la concreta situación de desvalimiento del familiar a cargo.³⁹

Llegados a este punto, el problema se limita a determinar si los hijos menores de edad, pero mayores de tres años, pueden ser sujetos causantes de la excedencia por cuidado de familiares. Partiendo del principio jurídico de que donde la ley no distingue, no podemos nosotros distinguir, no cabe duda de que un menor de edad, mayor de tres años, es un familiar que por razón de edad no puede valerse por sí mismo. La indeterminación de la edad en la excedencia por cuidado de familiares no puede ser interpretada en el sentido de que esta clase de excedencia va referida exclusivamente a las *personas mayores* que no puedan valerse por sí mismas, toda vez que si el legislador hubiese querido limitar la misma a ese colectivo lo hubiese

³⁸ La Directiva del Consejo 92/85/CEE, de 19 de octubre, contempla la maternidad desde el punto de vista de la salud y seguridad en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en el periodo de lactancia, y la Directiva del Consejo 96/34/CE, de 3 de junio, relativa al Acuerdo Marco sobre permiso parental, celebrado por UNICE, el CEEP y la CES.

³⁹ Art. 89.4 de la Ley 7/2007, de 12 de abril.

hecho de forma expresa e inequívoca, como en el caso de la reducción de jornada cuando, a tal efecto, utiliza la expresión de *«persona mayor que requiera especial dedicación»* (art. 48.1 h) de la Ley 7/2007, de 12 de abril). Reconocer tal exclusión, resultaría una interpretación excesivamente restrictiva del precepto, contraria a su tenor literal, que dejaría, sin justificación, fuera de su cobertura a los menores, aún mayores de tres años.

Refuerza esta posición, el propio Tribunal Constitucional cuando reconoce que *«la excedencia para el cuidado de los hijos menores además de cooperar al efectivo cumplimiento del deber de los padres de prestar asistencia de todo orden a los hijos, durante su minoría de edad (art. 39.3 CE), constituye, en efecto, un derecho atribuido por el legislador a trabajadores y empleados públicos en orden a hacer efectivo el mandato constitucional dirigido a los poderes públicos de garantizar el instituto de la familia (art. 39.1 CE)»*. (STC203/2000, de 24 de julio). También avala esta interpretación la propia Directiva 96/34/CE cuando prevé la concesión de un permiso parental para ocuparse del cuidado de los hijos de *«hasta ocho años»*.

Este ha sido el criterio adoptado, entre otras, en la sentencia de 23 de febrero de 2006, del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, que, tras un análisis del art. 46.3 del ET redactado en idénticos términos que el art. 110.5 de la Ley 39/2007, en cuanto a los requisitos y distinción entre la excedencia por cuidado de hijos y por cuidado de familiares, reconoce a una trabajadora el derecho a disfrutar de una excedencia por cuidado de familiares para atender a su hijo de cinco años de edad, considerando que *«aún cuando una primera lectura del precepto podría hacernos pensar que los sujetos causantes del derecho a la excedencia son distintos en ambos supuestos(...)una interpretación literal y, fundamentalmente teleológica del precepto nos lleva a considerar que en, los dos casos subyace una situación de desvalimiento de la persona causante del ejercicio del derecho, motivada por su edad, enfermedad o accidente, de tal forma que no existe obstáculo alguno para permitir el disfrute de la excedencia solicitada por el demandante, pues un niño de tres años es, sin duda, un familiar que por razón de edad no puede valerse por si mismo»*, y concluye que *«en la intención del legislador al regular la excedencia para el cuidado de familiares no estaba la de excluir el supuesto de atención a hijos mayores de tres años, y ello con independencia de que se hubiera disfrutado previamente de la excedencia para la atención o cuidado de hijos, pues ambas excedencias son compatibles y susceptibles de ser disfrutadas de forma sucesiva»*.

No obstante, seguramente seguiremos asistiendo en el futuro a opiniones doctrinales y a pronunciamientos judiciales dispares sobre esta materia.

III.IV. A MODO DE CONCLUSIÓN: APLICACIÓN DE LAS MEDIDAS DE CONCILIACIÓN EN EL ÁMBITO MILITAR Y SUS CONSECUENCIAS

Como hemos podido comprobar a lo largo de este trabajo, la normativa sobre conciliación del personal militar ha destacado desde el principio por ser avanzada con respecto a su tiempo, y desde entonces ha evolucionado de manera paralela a la normativa de los funcionarios públicos sobre esta materia para adaptarse a las nuevas realidades sociales demandantes de una mayor igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres y una mayor corresponsabilidad en el cuidado de la familia. Concretamente hemos estudiado la fuerte influencia que la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres tuvo en la regulación de los derechos de conciliación.

Asimismo hemos destacado como la Ley de carrera miliar prevé como uno de sus objetivos el de «*conjugar la disponibilidad permanente para el servicio, específica de los militares, con la conciliación de la vida profesional, personal y familiar*» (Preámbulo) , a lo que hemos de añadir que, por primera vez, en las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas se contiene una disposición específica sobre conciliación⁴⁰.

Pero al margen de las normas, hemos de recordar que las medidas de conciliación son en puridad jurídica «derechos de conciliación» y por tanto, su ejercicio depende, en primer lugar de la voluntad de los sujetos beneficiarios, hombres y mujeres, y, en este sentido, podemos afirmar que en los últimos años se ha avanzado mucho en el terreno de la *sensibilización* o, mejor dicho, de la *corresponsabilidad*, de modo paralelo a como está ocurriendo en el resto de la sociedad, habiéndose incrementado progresivamente las solicitudes de tales permisos, sobre todo de los hombres, lo que se debe también en gran parte a las campañas de información sobre derechos de conciliación llevadas a cabo en estos años por el Ministerio de Defensa, y en concreto por el Observatorio de la Mujer en las Fuerzas Armadas⁴¹.

No obstante, hemos de reconocer que pese a la avanzada normativa sobre conciliación del personal militar que acabamos de estudiar, y el buen recibimiento que desde el primer momento tuvo en el ámbito castrense, la

⁴⁰ Art. 39 de las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas, aprobadas por Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero.

⁴¹ El Centro de estudio sobre la situación de la mujer en las Fuerzas Armadas (Observatorio de la Mujer en las FAS), dependiente de la Subsecretaría de Defensa, fue creado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 4 de marzo de 2005, con la función de analizar los procesos de selección y las situaciones de integración y permanencia de la mujer en las Fuerzas Armadas.

realidad ha puesto de manifiesto que las características específicas de la Institución militar dificultan en algunas ocasiones su aplicación.

Efectivamente, son numerosos los factores que, en ocasiones impiden que, pese a las normas escritas, pueda llevarse a cabo una verdadera conciliación de la vida familiar y la profesional. En primer lugar, ha de tenerse en cuenta las concretas singularidades y exigencias de los distintos destinos que puede ocupar el militar; así los militares destinados en Unidades operativas y los que están embarcados tienen mayores dificultades para conciliar su vida familiar y profesional que aquellos destinados en puestos burocráticos o en Unidades caracterizadas por tener una menor movilidad. En segundo lugar, hemos de recordar que la concesión y disfrute de estas medidas están condicionados a las «*necesidades del servicio*», y, dada la ausencia de criterios en la norma que permitan definir ese concepto jurídico indeterminado, en muchos casos depende de la buena voluntad del Jefe correspondiente, que conceda o no la reducción de jornada, o exonere de guardias o servicios, con el consiguiente riesgo de arbitrariedad e inseguridad jurídica.

Por otra parte, las repercusiones de estas medidas son diversas y debido a la escasez de personal pueden llegar a afectar a la operatividad de algunas Unidades. Así, por ejemplo, como consecuencia de las reducciones de jornada, las Unidades ven mermada su plantilla, y, sobre todo en los destinos de mayor operatividad y/o movilidad pueden implicar una sobrecarga de trabajo en el resto de los compañeros, generando, en ocasiones tensiones y conflictos laborales.

A lo dicho hemos de añadir dos fenómenos crecientes en el seno de las Fuerzas Armadas: el de la monoparentalidad de las familias, y el de la endogamia profesional⁴². En las Fuerzas Armadas españolas encontramos cada vez mas matrimonios y parejas formadas por militares. El hecho de que el otro cónyuge o miembro de la pareja sea también militar, facilita en algunos casos y dificulta, en otros, la convivencia y la conciliación de la profesión y de la familia. Principalmente surgen los problemas cuando ambos miembros de la pareja se encuentran destinados en distintas localidades, y tienen hijos menores, o cuando uno de ellos o los dos se encuentra embarcados, o en el extranjero en misión internacional, situaciones en las que la familia se convierte temporalmente en monoparental.

Todos estos problemas deben ser tenidos en cuenta a la hora de interpretar y aplicar la normativa en vigor y servir de orientación para futuras

⁴² Gómez Escarda, María «*La mujer militar y la familia*», estudio publicado en *Las mujeres militares en España (1988-2008)*, IUGM 2009.

regulaciones que implementado una política activa de conciliación y de *corresponsabilidad* en las Fuerzas Armadas, acorde con las nuevas realidades de los miembros de las Fuerzas Armadas, tenga en cuenta las situaciones personales y familiares en las que puede encontrarse el militar.

Es cierto que la variedad de situaciones que pueden generar los aspectos relativos a la conciliación de la vida militar y familiar rebasan por completo las previsiones normativas, y, aún reconociendo los avances de la normativa actual, hemos de reconocer que queda mucho camino por recorrer, y es en este ámbito donde el cometido del personal encargado de la interpretación y aplicación de las normas, como somos los miembros del Cuerpo Jurídico Militar, cobra una especial importancia por la trascendencia de los bienes jurídicos implicados, y por la repercusión personal, profesional y mediática que tiene esta materia, debiendo señalarse que una acertada política de conciliación en el ámbito castrense redundará en beneficio, no solo de los militares, hombres y mujeres, sino de la institución en su conjunto, acercándola cada vez más a la sociedad a la que sirve, y de cuyos ciudadanos, conviene recordar, se nutre.

BIBLIOGRAFÍA

- RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M (2007): «*La igualdad efectiva de mujeres y hombres y la Ley Orgánica 3/2007*». Relaciones Laborales, nº 8.
- GOMEZ ESCARDA, MARIA (2008): «*La mujer militar y la familia*», en *Las mujeres militares en España (1988-2008)*, publicado por el Instituto Universitario Gutiérrez Mellado.
- ALLI TURRILLAS, JUAN-CRUZ (2008): «*La evolución normativa en la incorporación de la mujer a las FAS*», en *Las mujeres militares en España (1988-2008)*, publicado por el Instituto Universitario Gutiérrez Mellado.
- SEVILLA MERINO, JULIA, y VENTURA FRANCH, ASUNCION (2007): «*Fundamento Constitucional de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Especial referencia a la participación política*». Revista del Ministerio de trabajo y Asuntos Sociales, número extraordinario, Madrid.
- AGUILERA IZQUIERDO, R. (2007), «*Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral en la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*», Revista del Ministerio de trabajo y Asuntos Sociales, número extraordinario, Madrid.

- SEMPERE NAVARRO, A.V. (2006) «Una nota sobre las suspensiones contractuales ligadas a la maternidad», en «La presencia femenina en el mundo laboral: metas y realidades», Ed. Thomson Aranzadi, Pamplona.
- J.L.TORTUERO PLAZA (2006): «50 Propuestas para racionalizar la maternidad y facilitar la conciliación laboral», Cuadernos Civitas, Madrid.
- A.R.ARGUELLES BLANCO, C.MARTINEZ MORENO, P.MENENDEZ SEBASTIAN: «Igualdad de oportunidades y responsabilidades familiares», CES, Madrid.
- PANIZO ROBLES, JOSE ANTONIO, (2007): «Conciliación personal, familiar y laboral y Seguridad Social (modificaciones incorporadas por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres)», Revista del Ministerio de trabajo y Asuntos Sociales, número extraordinario, Madrid.
- CABALLUD HERNANDO, MARIA BELÉN (2008): «El Observatorio de la mujer en las Fuerzas Armadas Españolas», en *Las mujeres militares en España (1988-2008)*, publicado por el Instituto Universitario Gutiérrez Mellado.
- LOUSADA AROCHENA, JOSE FERNANDO (2007): «La maternidad y la conciliación en la Ley de igualdad, y en especial su regulación para la carrera judicial», en Cuadernos de Derecho judicial «Políticas de género», CGPJ.