

ASUNTO: SOBRE TRABAJADORA DEL SERVICIO DE AYUDA A DOMICILIO QUE MEDIANTE ESCRITO ANUNCIA QUE SE QUEDA EN CASA CON SUS HIJOS Y QUE SEA CONSIDERADO COMO EL PERMISO DEL ART. 48J) DEL TREBEP".

433/20

En relación con el asunto epigrafiado, y a petición de la Sra. Alcaldesa del Ayuntamiento de XXXXXX , se emite el presente,

INFORME

I. LEGISLACIÓN APLICABLE

- Real Decreto Legislativo 5/2015 Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público
- Real Decreto Legislativo 2/2015, Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.
- Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19.

II. FONDO DEL ASUNTO

PRIMERO

Cada día transcurrido tanto con anterioridad del estado de alarma como desde que el mismo está en vigor tenemos que cumplir y adaptarnos a la legislación y normativa que se va dictando y a las decisiones que pueda adoptar cada Administración Local tanto para los ciudadanos como para sus empleados públicos.

La Junta de Extremadura el viernes 13 de marzo adoptó medidas para sus empleados públicos. En general todas las AAPP están fomentando el teletrabajo, allá donde se pueda y organizando los servicios públicos básicos.

El propio Art. 5 del R.D.Ley 8/2020 señala que *“En particular, se establecerán sistemas de organización que permitan mantener la actividad por mecanismos alternativos, particularmente por medio del trabajo a distancia,”* (recogido en las Leyes de la Función Pública de las CCAA y en el propio ET como previsión.

La propia Junta de Extremadura considera en el DOE de 15.03.20 como básico los Servicios relacionados con la planificación, gestión, prestación, supervisión y el asesoramiento en materia de servicios sociales y sociosanitarios.

El Cap II del R.D.Ley 6/2020 al que se refiere la trabajadora solicitante, hace referencia a-la consideración excepcional como situación asimilada a accidente de trabajo de los periodos de aislamiento o contagio de las personas trabajadoras como consecuencia del virus COVID-19. Por tanto nada tiene que ver con la cuestión a tratar.

Efectivamente se ha suspendido la actividad docente presencial para los alumnos por la Junta de Extremadura y la cuestión surge en relación a los empleados públicos que no pueden teletrabajar y que además tienen niños en casa.

El R.D. 463/2003 por el que se declara el estado de alarma como todos sabemos limita la libertad de circulación, permitiendo de entre las excepciones de circulación:

c) Desplazamiento al lugar de trabajo para efectuar su prestación laboral, profesional o empresarial. d) Retorno al lugar de residencia habitual. e) Asistencia y cuidado a mayores, menores, dependientes, personas con discapacidad o personas especialmente vulnerables

También suspende la actividad educativa presencial.

SEGUNDO

En cuanto a la ayuda domicilio el R. D. Ley 8/2020 precisamente **el Art. 1** aprueba un suplemento de crédito para financiar un Fondo Social Extraordinario destinado exclusivamente a las consecuencias sociales del COVID-19. , ente otras cosas, dispone:

Este Fondo podrá destinarse a la financiación de proyectos y las contrataciones laborales necesarias para el desarrollo de las siguientes prestaciones:

a) Reforzar los servicios de proximidad de carácter domiciliario para garantizar los cuidados, el apoyo, la vinculación al entorno, la seguridad y la alimentación,

especialmente los dirigidos a personas mayores, con discapacidad o en situación de dependencia, compensando así el cierre de comedores, centros de día, centros ocupacionales y otros servicios similares, considerando el mayor riesgo que asumen estas personas en caso de contagio. **Estos servicios comprenden la ayuda a domicilio en todas sus modalidades y cualquier otro de análoga naturaleza que se preste en el domicilio de la persona usuaria**

c) Trasladar al ámbito domiciliario, cuando sea considerado necesario, los servicios de rehabilitación, terapia ocupacional, servicios de higiene, y otros similares, considerando la suspensión de atención diurna en centros

Por tanto, a pesar de las medidas contra el Covid-19, se permite esta activada laboral que nuestras EELL suelen prestar el servicio con subvenciones para contratar desempleados.

-El Art. 5 regula que *En particular, se establecerán sistemas de organización que permitan mantener la actividad por mecanismos alternativos, particularmente por medio del trabajo a distancia, debiendo la empresa adoptar las medidas oportunas si ello es técnica y razonablemente posible y si el esfuerzo de adaptación necesario resulta proporcionado. Estas medidas alternativas, particularmente el trabajo a distancia, deberán ser prioritarias frente a la cesación temporal o reducción de la actividad*

El Art 22 adopta Medidas excepcionales en relación con los procedimientos de suspensión de contratos y reducción de jornada por causa de fuerza mayor, pero no se pueden imponer por las AAPP a sus trabajadores por la Disp.Adic 17ª ET:

Disposición adicional decimoséptima. Suspensión del contrato de trabajo y reducción de jornada en las Administraciones Públicas.

Lo previsto en el artículo 47 no será de aplicación a las Administraciones Públicas y a las entidades de derecho público vinculadas o dependientes de una o varias de ellas y de otros organismos públicos

Es decir, a pesar de la extrema gravedad, los ERTE no se pueden aplicar al día de hoy en las AAPP, ni la reducción de jornada, ni la suspensión de contratos.

En cambio el Art. 6 lo configura como un derecho del trabajador en este situación excepcional (reconocido con anterioridad tanto en el ET, como en las Leyes de la Función Pca de las CCAA):

Artículo 6. Derecho de adaptación del horario y reducción de jornada.

*1. Las personas trabajadoras por cuenta ajena que acrediten deberes de cuidado respecto del cónyuge o pareja de hecho, así como respecto de los familiares por consanguinidad hasta el segundo grado de la persona trabajadora, **tendrán derecho a acceder a la adaptación de su jornada y/o a la reducción de la misma en los***

términos previstos en el presente artículo, cuando concurren circunstancias excepcionales relacionadas con las actuaciones necesarias para evitar la transmisión comunitaria del COVID-19. Se entenderá que concurren dichas circunstancias excepcionales cuando sea necesaria la presencia de la persona trabajadora para la atención de alguna de las personas indicadas en el apartado anterior que, por razones de edad, enfermedad o discapacidad, necesite de cuidado personal y directo como consecuencia directa del COVID-19. **Asimismo, se considerará que concurren circunstancias excepcionales cuando existan decisiones adoptadas por las Autoridades gubernativas relacionadas con el COVID-19 que impliquen cierre de centros educativos**

El derecho previsto en este artículo es un derecho individual de cada uno de los progenitores o cuidadores, que debe tener como presupuesto el reparto corresponsable de las obligaciones de cuidado y la evitación de la perpetuación de roles, debiendo ser justificado, razonable y proporcionado en relación con la situación de la empresa, particularmente en caso de que sean varias las personas trabajadoras que acceden al mismo en la misma empresa.

2. El derecho a la adaptación de la jornada por deberes de cuidado por circunstancias excepcionales relacionadas con el COVID-19 es una prerrogativa cuya concreción inicial corresponde a la persona trabajadora, tanto en su alcance como en su contenido, siempre y cuando esté justificada, sea razonable y proporcionada, teniendo en cuenta las necesidades concretas de cuidado que debe dispensar la persona trabajadora, debidamente acreditadas, y las necesidades de organización de la empresa. Empresa y persona trabajadora deberán hacer lo posible por llegar a un acuerdo

El derecho a la adaptación de la jornada podrá referirse a la distribución del tiempo de trabajo o a cualquier otro aspecto de las condiciones de trabajo, cuya alteración o ajuste permita que la persona trabajadora pueda dispensar la atención y cuidado objeto del presente artículo. Puede consistir en cambio de turno, alteración de horario, horario flexible, jornada partida o continuada, cambio de centro de trabajo, cambio de funciones, cambio en la forma de prestación del trabajo, incluyendo la prestación de trabajo a distancia, o en cualquier otro cambio de condiciones que estuviera disponible en la empresa o que pudiera implantarse de modo razonable y proporcionado, teniendo en cuenta el carácter temporal y excepcional de las medidas contempladas en la presente norma,, que se limita al período excepcional de duración del COVID-19.

3. Las personas trabajadoras tendrán derecho a una reducción especial de la jornada de trabajo en las situaciones previstas en el artículo 37.6, del Estatuto de los Trabajadores, cuando concurren las circunstancias excepcionales previstas en el apartado primero de este artículo, con la reducción proporcional de su salario. Salvo por las peculiaridades que se exponen a continuación, esta reducción especial se regirá por lo establecido en los artículos 37.6 y 37.7 del Estatuto de los Trabajadores

así como por el resto de normas que atribuyen garantías, beneficios, o especificaciones de cualquier naturaleza a las personas que acceden a los derechos establecidos en estos preceptos. La reducción de jornada especial deberá ser comunicada a la empresa con 24 horas de antelación, y podrá alcanzar el cien por cien de la jornada si resultara necesario, sin que ello implique cambio de naturaleza a efectos de aplicación de los derechos y garantías establecidos en el ordenamiento para la situación prevista en el artículo 37.6 del Estatuto de los Trabajadores. En caso de reducciones de jornada que lleguen al 100% el derecho de la persona trabajadora deberá estar justificado y ser razonable y proporcionado en atención a la situación de la empresa.

4. En el caso de que la persona trabajadora se encontrara disfrutando ya de una adaptación de su jornada por conciliación, o de reducción de jornada por cuidado de hijos o familiares, o de alguno de los derechos de conciliación previstos en el ordenamiento laboral, incluidos los establecidos en el propio artículo 37, podrá renunciar temporalmente a él o tendrá derecho a que se modifiquen los términos de su disfrute siempre que concurren las circunstancias excepcionales previstas en el apartado primero de este artículo, debiendo la solicitud limitarse al periodo excepcional de duración de la crisis sanitaria y acomodarse a las necesidades concretas de cuidado que debe dispensar la persona trabajadora, debidamente acreditadas, así como a las necesidades de organización de la empresa, presumiéndose que la solicitud está justificada, es razonable y proporcionada salvo prueba en contrario.

TERCERO

La trabajadora anuncia que no va a ir al trabajo el día 18 y que sea considerada su ausencia como un deber personal inexcusable.

Acogerse al derecho que pretende la trabajadora, no solo lo regula el TREBEP para los funcionarios (aplicable al personal laboral en defecto de regulación en el ET o convenio colectivo, en interpretación que hace el T. Supremo del Art. 51). También lo recoge en idénticos términos el Art. 53.1f) de la Ley 13/2015FPEx (h) ,extensible al personal laboral de los Ayuntamientos. Incluso el propio ET en el Art. 37.3 d) añadiendo algún matiz mas:

“Por el tiempo indispensable, para el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público y personal, comprendido el ejercicio del sufragio activo. Cuando conste en una norma legal o convencional un periodo determinado, se estará a lo que esta disponga en cuanto a duración de la ausencia y a su compensación económica.).

Debe tenerse en cuenta la grave situación excepcional que estamos viviendo para dar respuesta a la consulta.

El deber inexcusable personal es un concepto jurídico indeterminado. La cuestión estriba en saber si es inculcable en el derecho reconocido; si puede la trabajadora hacer uso de ese derecho para quedarse con sus hijos; si considerar la expresión *“por el tiempo indispensable”* a toda la jornada de su trabajo y las venideras, teniendo en cuenta que los hijos presumiblemente se quedarán en casa más allá del tiempo inicialmente previsto como consecuencia del estado de alarma y su presumible prórroga.

Por ello, una cosa es que se conceda (para que caso de que se pueda) por un breve periodo de tiempo, por el tiempo indispensable (horas, un día); y otra hacerlo extensible hasta la finalización de la suspensión presencial en los centros educativos, lo cual podría ser incluso un abuso de derecho o fraude de ley al que alude el Código Civil.

El ET prevé incluso que la prolongación en el tiempo de la ausencia desemboque en una excedencia: *“Cuando el cumplimiento del deber antes referido suponga la imposibilidad de la prestación del trabajo debido en más del veinte por ciento de las horas laborables en un periodo de tres meses, podrá la empresa pasar al trabajador afectado a la situación de excedencia regulada en el artículo 46.1”*

Para el caso que se decida conceder y por tanto tuviera derecho, debiera acreditar (aunque sea a posteriori) que el otro progenitor tiene su actividad laboral en el horario coincidente con el suyo.

En cambio si se deniega es porque existan otros derechos que cubran el hecho causante; o por entender que el acogimiento a ese derecho para lo pretendido sea precisamente un abuso de derecho, ausencia de buena fe (o fraude de ley al que alude el C. Civil en los Arts 6 y 7).

En relación a la existencia de derechos para lo pretendido por la trabajadora, recordemos que el actual R.D. Ley 8/2020 recoge expresamente esta reducción para el cuidado de los hijos por el cierre de los colegios; pero tanto el TREBEP, como el ET, como la Ley 15/2015 regulan el derecho a la reducción de jornada, por regla general con deducción proporcional de haberes, precisamente para conciliar

la vida laboral, personal y familiar. En este sentido pudiera tener aquí la justificación para denegar lo pretendido por la trabajadora.

III. CONCLUSIÓN:

No vemos incardinable acogerse al permiso para un deber personal inexcusable para el cuidado de los hijos por el cierre de los colegios, existiendo la posibilidad de reducción de jornada para ello.

Este es el informe de la Oficialía Mayor en relación con el asunto de referencia, con efectos meramente ilustrativos y no vinculantes para con lo solicitado por el Ayuntamiento de XXXX, advirtiéndose expresamente que su contenido no pretende, en modo alguno, sustituir o suplir el contenido de aquellos otros Informes que se hayan podido solicitar o que preceptivamente, y en su caso, se deban emitir para la válida adopción de acuerdos, motivo por el cual se somete este informe a cualesquiera otro mejor fundado en Derecho.

En Badajoz a 17 de marzo de 2020