

2017



**PROPUESTA PARA DEBATIR EN EL
PLENO DEL CONSEJO DE PERSONAL**

**CUIDADO DE HIJOS MENORES POR
ENFERMEDAD COMO DEBER
INEXCUSABLE**





Propuesta

1º.- Se emita una resolución por parte de la Subsecretaría de Defensa o la Dirección General de Personal donde se establezca que el escrito de la Secretaría de Estado para la Función Pública del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, publicado con fecha 26 de marzo de 2013, es de aplicación para el personal militar de las Fuerzas Armadas, en el sentido de reconocer que el cuidado en el domicilio de los hijos menores por enfermedad sobrevenida cuando dicha necesidad se encuentre documentada en un certificado médico, es un deber de carácter inexcusable y, por tanto, debe atenderse con el permiso a tal efecto.

2º.- Sea corregida y modificada la Guía para la Aplicación de las medidas de Conciliación en las Fuerzas Armadas, editada por el Observatorio Militar para la Igualdad de marzo de 2017 en su apartado 2.3 c) en el sentido anteriormente manifestado. Proponiéndose:

c. ¿Si mi hijo está enfermo puedo quedarme con él en casa y pedir el día como deber inexcusable?

SI, siempre que se trate de una enfermedad sobrevenida y cuando dicha necesidad se encuentre documentada en un certificado médico.

Justificación

PRIMERO. - En la última actualización de la Guía para la Aplicación de las medidas de Conciliación en las Fuerzas Armadas, editada por el Observatorio Militar para la Igualdad en marzo de 2017, se dedica el apartado 2.3 para explicar lo que se puede considerar o no como deber inexcusable. En dicha actualización, en el apartado c, se indica, textualmente que:

c. ¿Si mi hijo está enfermo puedo quedarme con él en casa y pedir el día como deber inexcusable?

No, para ese caso de enfermedad común deberá usar otro tipo de permiso, por ejemplo día de asuntos propios.

Si bien la Guía de Aplicación de las medidas de conciliación en las Fuerzas Armadas, no es un documento jurídico normativo, en la mayoría de las unidades se utiliza para justificar la concesión o denegación de permisos, por lo que sería conveniente no sólo la modificación de ese apartado, en el sentido de reconocer que el cuidado de los hijos por enfermedad sobrevenida es un deber inexcusable, y por tanto, debe atenderse con un permiso específico, y no con días de asuntos propios, sino que debería estudiarse la modificación de la propia Orden Ministerial Orden DEF/253/2015, de 9 de febrero, por la que se regula el régimen de vacaciones, permisos, reducciones de jornada y licencias de los miembros de las Fuerzas Armadas, a fin de evitar dudas de interpretación que puedan llevar a la denegación del permiso. El artículo 6, letra G de la citada Orden Ministerial, establece:

"Podrán concederse permisos por el tiempo indispensable para el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público o personal y los relacionados con la conciliación de la vida familiar y profesional. Se entenderá por «deber inexcusable», la obligación que incumbe a una persona cuyo incumplimiento genera una responsabilidad de índole civil, penal o administrativa."

SEGUNDO.- Ante las dudas que suscitan entre los empleados públicos el concepto "deber inexcusable", y la utilización que de él pueda hacerse, la División de Consultoría, Asesoramiento y Asistencia de Recursos Humanos de la **Dirección General de la Función Pública**, dependiente de la Secretaría de Estado para la Función Pública del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, publicó con fecha 26 de marzo de 2013 y registro de salida 10 de abril de 2013, aclaraciones a una consulta realizada desde la Subdirección General de Personal Civil del Ministerio de Defensa, en relación a una consulta por la que se plantea el tratamiento que ha de darse a las ausencias de un trabajador que, de acuerdo con un certificado médico, debe realizar cuidados domiciliarios a su hijo.

Resuelve en el sentido de reconocer que el cuidado en el domicilio de los hijos menores por enfermedad sobrevenida cuando dicha necesidad se encuentre documentada en un certificado médico, es un deber de carácter inexcusable y por tanto debe atenderse con el permiso a tal efecto. Textualmente, en el informe se indica, entre otros, que *"la paternidad y la filiación vienen reguladas en los artículos 108 y siguientes del Código Civil. En ellos la paternidad se configura como un deber que puede nacer por naturaleza o adopción, que comporta una serie de obligaciones y que puede dar lugar a una rendición de cuentas ante el Ministerio Fiscal o la autoridad judicial. En el artículo 110 del Código Civil, se dispone que el padre y la madre, aunque no ostenten la patria potestad, están obligados a velar por los hijos menores y a prestarles alimentos. Esta obligación de velar por los hijos menores está estrechamente ligada con la necesidad de suministrarle cuidados en el domicilio cuando dicha necesidad se encuentre documentada en un certificado médico."* (Anexo).

A lo que hay que añadir, lo dispuesto en la **Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor**, en sus artículos 11 y 12, sobre principios rectores de la acción administrativa y actuaciones de protección:

Art. 11.1 *"Las Administraciones públicas facilitarán a los menores la asistencia adecuada para el ejercicio de sus derechos incluyendo los recursos de apoyo que precisen. Las Administraciones públicas, en los ámbitos que les son propios articularán políticas integrales encaminadas al desarrollo de la infancia por medio de los medios oportunos, de modo muy especial cuanto se refiera a los derechos enumerados en esta Ley. Los menores tienen derecho a acceder a tales servicios por sí mismos o a través de sus padres o tutores o instituciones en posición equivalente, quienes a su vez tienen deber de utilizarlos en beneficio de los menores."*

Art. 11.2 *"Serán principios rectores de la actuación de los poderes públicos en relación con los menores:*

- a) La supremacía de su interés superior.*
- b) El mantenimiento en su familia de origen, salvo que no sea conveniente para su interés, en cuyo caso se garantizará la adopción de medidas de protección familiares y estables priorizando, en estos supuestos, el acogimiento familiar frente al institucional.*
- c) Su integración familiar y social.*
- d) La prevención y la detección precoz de todas aquellas situaciones que puedan perjudicar su desarrollo personal.*

Art. 12.2 *"Los poderes públicos velarán para que los progenitores, tutores, guardadores o acogedores, desarrollen adecuadamente sus responsabilidades y les facilitarán servicios accesibles de prevención, asesoramiento y acompañamiento en todas las áreas que afectan al desarrollo de los menores."*

Asimismo, la **Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica** establece que todo acto médico que afecte a un menor de edad debe ser sometido a la autorización de las personas que ostenten la patria potestad o tutela, lo que hace "imprescindible" la presencia de estas personas en cualquier consulta médica a un



menor. También establece la obligación de todos los profesionales de la sanidad de facilitar información asistencial a los representantes legales de los menores, lo que supone la obligación de estos de estar presentes tanto en las consultas médicas, como en la necesidad del menor de cumplir el tratamiento prescrito consistente en reposo en domicilio.

TERCERO.- Extremos ratificados en **diversas sentencias** a lo largo del territorio nacional, como por ejemplo por el TSJ de Galicia, en Sentencia de 17-1-2011 (Nº de Recurso: 5906/2007, Nº de Resolución: 3098/2011) establece que *"la presencia de un deber inexcusable de carácter público y personal, para justificar la ausencia, también está presente, desde el momento en que, en el artículo 110 de Código Civil, se establece la obligación de los padres de velar por los hijos menores; en que esta obligación tuitiva es insoslayable y con un matiz público evidente."*

A lo que se suma la Sentencia nº 44/2016 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 30 de Madrid, donde se ha estimado un recurso contra la D.G. de Justicia de la Comunidad de Madrid, en la que se reconoce el derecho de una funcionaria a acudir al médico, acompañando a su hijo menor, como un derecho que se encuadra dentro del permiso por deber inexcusable, recogido en el artículo 48.j) del EBEP. La sentencia es firme y no cabe recurso. Su Señoría pone en relación el artículo 48.j) del EBEP con el artículo 110 del Código Civil y una Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 14 de marzo del 2011.

En base a todo ello, se señala en el Fundamento Jurídico 2º que:

"...no cabe duda que el acudir al médico con un hijo menor así como asistirle en su enfermedad, velar y cuidarlo durante el período fijado en el tratamiento médico prescrito debe ser configurado y catalogado como un deber inexcusable de carácter público y personal, de naturaleza retribuida en su totalidad y amparada por el artículo 48.j) del EBEP."

Dicho permiso, tal como se establece en el texto de la norma aplicable [artículo 48.j) EBEP], se prevé por el tiempo indispensable para el cumplimiento de un deber relacionado con la conciliación de la vida familiar y laboral, y en tanto que en el certificado médico acompañado por la recurrente se especificaba expresamente la necesidad del menor de cumplir el tratamiento prescrito consistente en reposo en domicilio y no acudir a su centro educativo, resulta evidente que el tiempo indispensable para cumplir el deber legal de cuidar y velar de los hijos menores y procurarles los debidos cuidados se extendía a toda la jornada laboral para la que se solicitó el permiso."

Por lo tanto, en la sentencia no sólo se reconoce el derecho a acompañar al hijo menor de edad al médico por tratarse de un deber inexcusable, recogido en el art. 48.j) EBEP, sino que ese derecho se hace extensible a asistirle en su enfermedad, velar y cuidarlo durante el período fijado en el tratamiento médico. El permiso será por en tiempo indispensable, que hemos de entender será el período que el médico diga como de reposo, sin que el menor acuda a su centro educativo.

El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de las Palmas de Gran Canaria, emitió una sentencia, de fecha 15 noviembre de 2016, en la cual se reconoce a una funcionaria de prisiones el derecho a disponer de un permiso retribuido por el tiempo indispensable para el cuidado de su hijo menor enfermo, el cual por prescripción médica debía permanecer en reposo domiciliario, dicho permiso se concede en virtud de lo recogido en el art. 48.j) del EBEP; es decir, como un deber inexcusable.

En este caso la Sentencia admite que la prescripción médica de reposo domiciliario de un menor debe reconocerse como un deber inexcusable en base a lo previsto en el EBEP y a su vez, por lo estipulado en la Resolución de la División de Consultoría de RRHH de la Dirección General de la Función Pública de 26-03-2013.



En la citada resolución se recoge el permiso por cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público o personal y por deberes relacionados con la conciliación de la vida familiar y laboral; y se considera como obligatorio la concesión del este permiso por el tiempo indispensable para el deber inexcusable de cuidado de un menor, englobándose el mismo dentro de los deberes de conciliación de la vida familiar y que no tienen cabida en otro tipo de permiso.

CUARTO. - De cuanto hasta aquí se ha expuesto, se evidencia que si bien el art. 48.j) del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público y el artículo 6.g) de la Orden DEF/253/2015, de 9 de febrero, por la que se regula el régimen de vacaciones, permisos, reducciones de jornada y licencias de los miembros de las Fuerzas Armadas, establecen idéntica definición para los permisos por el cumplimiento de "un deber inexcusable", se manifiesta una disparidad de criterios en cuanto al supuesto que nos ocupa (atención del menor enfermo en su domicilio por su progenitor) no admisible dentro del ámbito de las Administraciones Públicas. Lo que supone que, dentro de estas, las Fuerzas Armadas mantengan un criterio totalmente contrario al que rige en su mayoría en las Administraciones Públicas, pero solamente con respecto al personal militar (no así el civil), como ha quedado demostrado en la presente propuesta.

A mayor abundamiento, si bien el art. 4 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, establece que no será de aplicación directa para el personal militar de las Fuerzas Armadas salvo que así se disponga en su legislación específica, también en su art. 2 se establece que el estatuto será de aplicación supletoria para todo el personal de las Administraciones Públicas no incluido en su ámbito de aplicación.

Por tanto, la interpretación que realiza la Secretaría de Estado de la Administración Pública mediante la División de consultoría, Asesoramiento y Asistencia de Recursos Humanos es de aplicación supletoria al personal Militar que integran las Fuerzas Armadas, lo que evidencia un grave error de interpretación legal que se manifiesta en la Guía para la Aplicación de las medidas de Conciliación en las Fuerzas Armadas, editada por el Observatorio Militar para la Igualdad en marzo de 2017.



ANEXO

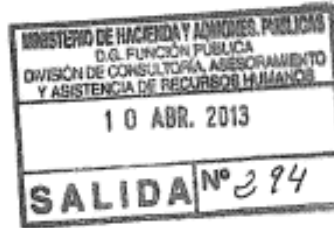


MINISTERIO DE HACIENDA Y ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

SECRETARÍA DE ESTADO PARA LA FUNCIÓN PÚBLICA

DIRECCIÓN GENERAL DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

División de Consultoría, Asesoramiento y Asistencia de Recursos Humanos



O F I C I O

S/REF.

N/REF.

FECHA

ASUNTO

EMC_ C 194/13

26/03/2013

Tratamiento a dar a las ausencias con certificado médico de necesidad de atender al menor (deber inexcusable)

Dña. María del Val Hernández García
Subdirección General de Personal Civil
Ministerio de Defensa
mherga1@oc.mde.es

En relación a su consulta, de fecha de 15 de marzo de 2013, por la que se plantea el tratamiento que ha de darse a las ausencias de un trabajador que, de acuerdo con un certificado médico, debe realizar cuidados domiciliarios a su hijo, se informa lo siguiente:

El artículo 48.1.j) de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante, EBEP), establece que:

"Las Administraciones Públicas determinarán los supuestos de concesión de permisos a los funcionarios públicos y sus requisitos, efectos y duración. En defecto de legislación aplicable los permisos y su duración serán, al menos, los siguientes:

j) Por 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".

Se ha de tener en cuenta que el concepto de "deber inexcusable" es un concepto jurídico indeterminado que ha intentado definirse en el Manual de Procedimientos de Gestión de Recursos Humanos, publicado por Resolución de 14 de diciembre de 1992 de la Secretaría de Estado para la Administración Pública, según el cual se trata de la obligación que incumbe a una persona cuyo incumplimiento le genera una responsabilidad de índole civil, penal o administrativa.

Asimismo se entiende de la lectura del artículo 48.1.j) del EBEP, que tanto los deberes inexcusables así como aquellos que la norma califique como deberes de conciliación de la vida familiar y laboral, estarán englobados en este permiso si no estuvieran englobados en otro.

La paternidad y la filiación vienen reguladas en los artículos 108 y siguientes del Código Civil. En ellos, la paternidad se configura como un deber que puede nacer por

C/ María de Molina s/ 50
28071 MADRID
TEL.: 91 2732080
FAX.: 912732082



naturaleza o por adopción, que comporta una serie de obligaciones y que puede dar lugar a una rendición de cuentas ante el Ministerio Fiscal o la autoridad judicial.

El artículo 110 del Código Civil en relación con la paternidad dispone que *"el padre y la madre, aunque no ostenten la patria potestad, están obligados a velar por los hijos menores y a prestarles alimentos"*.

Esta obligación de velar por los hijos menores está estrechamente ligada con la necesidad de suministrarle cuidados en el domicilio cuando dicha necesidad se encuentre documentada en un certificado médico.

En definitiva, la paternidad constituye una obligación personal de carácter inexcusable para la persona que sea designada tutor, salvo que éste sea removido del cargo, de forma que el trabajador podrá acogerse al permiso por deber inexcusable de carácter público para suministrar cuidados domiciliarios a sus hijos, siempre que dicha necesidad se acredite mediante certificado médico y, en general, que se justifiquen los requisitos establecidos legalmente.

Así, el permiso por deber inexcusable se otorgará únicamente por el tiempo indispensable para el cumplimiento de la obligación, debiendo acreditarse adecuadamente que se sigue dando el presupuesto de hecho necesario para su disfrute.

Yolanda D. Martínez Sevilla
Directora de la División de Consultoría,
Asesoramiento y Asistencia de Recursos Humanos

