

Nº de Expte.: / 19
Procedimiento: INFORME
Interesado:
Ref.:

ANTECEDENTES:

Primero.- El Sr. Secretario del Ayuntamiento de, a petición de Alcaldía y en relación a una funcionaria que en 2017, tras el nacimiento de una hija ha disfrutado de la prestación de maternidad, permiso retribuido de lactancia de forma acumulada, vacaciones y días de asuntos propios pendientes de disfrutar del año 2016 y vacaciones correspondientes a 2017, solicita informe jurídico en el que se determine si habría lugar al reintegro de retribuciones percibidas o días disfrutados en exceso, por no haberse incorporado la funcionaria al puesto de trabajo al finalizar el permiso de lactancia, al pasar a la situación de excedencia por cuidado de hijos y ello en aplicación del artículo 45.b. del Decreto 59/2013, de 5 de septiembre, por el que se regula la jornada, el horario, las vacaciones, los permisos y las licencias del personal funcionario al servicio de la Administración de la Comunidad de Castilla y León.

Asimismo, se destaca en la solicitud a efectos de su toma en consideración, que la solicitud de la funcionaria en el sentido expuesto fue resulta formalmente por el Ayuntamiento de en febrero de 2017, mediante Decreto en el que se acordó conceder:

- "1.- Disfrutar del permiso de lactancia de hijos menores de doce meses acumulando en jornadas completas dicho periodo.*
- 2.- Disfrutar del permiso de vacaciones y asuntos propios pendientes del año 2016, así como de siete días de vacaciones del presente 2017.*
- 3.- Y finalmente le sea concedida una excedencia para cuidado de su hija menor de 3 años, llegando el cómputo de los días a disfrutar por todos los conceptos antes expuestos, hasta el día 30 de septiembre de 2017".*

Teniendo en cuenta los datos facilitados por el Ayuntamiento y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 36.1b) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, es competencia de las Diputaciones Provinciales la asistencia y la cooperación jurídica, económica y técnica a los Municipios especialmente los de menor capacidad económica y de gestión, y el Reglamento de Asesoramiento y Asistencia a Municipios.

En base a estos antecedentes se emite el siguiente

INFORME

LA LEGISLACIÓN APLICABLE

- ✓ Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local. (**LBRL**).
- ✓ Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local (TRRL).
- ✓ 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 (TREBEP).
- ✓ Ley 7/2005, de 24 de mayo, de la Función Pública de Castilla y León.
- ✓ Decreto 59/2013, de 5 de septiembre, por el que se regula la jornada, el horario, las vacaciones, los permisos y las licencias del personal funcionario al Servicio de la Administración de la Comunidad de Castilla y León.
- ✓ Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (**LPAC**).

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

PRIMERA.- Disfrute acumulado del permiso por lactancia en jornadas completas.

Partiremos en relación al asunto expuesto de que los funcionarios al servicio de la Administración Local se rigen, en lo no dispuesto la LRBRL, tal como esta misma norma dispone en su artículo 92 , por el Estatuto Básico del Empleado Público, por la restante legislación del Estado en materia de función pública, así como por la legislación de las Comunidades Autónomas, estableciendo el artículo 142 TRRL que, los funcionarios de la Administración Local tendrán derecho a recompensas, permisos, licencias y vacaciones retribuidas previstas en la legislación sobre Función Pública de la Comunidad Autónoma respectiva y supletoriamente, en la aplicable a los funcionarios de la Administración del Estado.

La regulación del permiso de lactancia y su posible acumulación en jornadas completas se contiene, a nivel estatal en el artículo 48.f) TREBEP, el cual prevé que por lactancia de un hijo menor de doce meses se tendrá derecho a una hora de ausencia del trabajo que podrá sustituirse por un permiso retribuido que acumule en jornadas completas el tiempo correspondiente. En similares términos y para el ámbito de Castilla

y León, su regulación la encontramos en el artículo 61.1.b de la Ley 7/2005, de 24 de mayo, de la Función Pública de Catilla y León.

El desarrollo de esta previsión de la norma autonómica se contiene en el Decreto 59/2013, de 5 de septiembre, por el que se regula la jornada, el horario, las vacaciones, los permisos y las licencias del personal funcionario al Servicio de la Administración de la Comunidad de Castilla, en concreto su artículo 45.b) del Decreto 59/2013, que prevé en relación al permiso de lactancia por hijo menor de 12 meses, que "la funcionaria podrá solicitar la sustitución del tiempo de lactancia por un permiso retribuido que acumule en jornadas completas el tiempo correspondiente, de acuerdo con las siguientes reglas y condiciones:

- El derecho de opción a la sustitución por jornadas completas **deberá ejercerse antes de la finalización del permiso de maternidad**. Una vez se haya optado por una u otra modalidad de disfrute, **deberá mantenerse** dicha opción hasta su finalización.
- **El disfrute acumulado** en jornadas completas de este permiso **está condicionado**
 - a la incorporación al puesto de trabajo una vez finalizado dicho disfrute acumulado
y a su permanencia en esta situación hasta que el hijo cumpla 12 meses.
- **El incumplimiento** de dicha condición implicará la **obligación de reintegrar las retribuciones percibidas**, sin perjuicio de las responsabilidades que, en su caso, fueren exigibles.

Por tanto, el disfrute acumulado del permiso retribuido por lactancia en jornadas completas, se encuentra sometido a varias condiciones:

- Debe ejercerse el derecho de opción antes de finalizar el permiso de maternidad, es decir, debe solicitarse el permiso de lactancia antes de finalizar el permiso de maternidad, algo que entendemos se ha cumplido.
- Debe mantenerse hasta su finalización, es decir, los días que correspondan, sin posibilidad de interrupciones en el disfrute, que también se habría cumplido.
- Exige la incorporación al puesto de trabajo tras la finalización del permiso, condición que no se ha cumplido al pasar a situación e excedencia.
- Exige la permanencia en esa situación (servicio activo en el puesto de trabajo), hasta que el hijo cumpla los doce meses, que tampoco se ha cumplido, puesto que no se ha incorporado al puesto de trabajo.

A la vista de lo expuesto, y en opinión de quien suscribe el presente informe, resulta incompatible disfrutar dicho permiso y a continuación la excedencia por

cuidado de hijos, puesto que ello supone incumplir con la exigencia de incorporarse al puesto de trabajo tras la finalización del permiso por lactancia.

Se da por tanto el supuesto de hecho para el surgimiento de la obligación de reintegrar las retribuciones percibidas en concepto de permiso retribuido de lactancia acumulada, esto es, las correspondientes a los 23 días disfrutados por tal concepto.

No obstante, ha de aclararse que asisten a la funcionaria tanto el derecho al permiso de lactancia, que pudiera incluso haber disfrutado acumulado en jornadas completas, como el derecho a la excedencia para cuidado de hijos. Lo que no puede es disfrutarlo de forma continuada, aunque sí podría haber iniciado la excedencia una vez que el hijo hubiera cumplido los doce meses.

SEGUNDA.- Procedimiento.

En cuanto al procedimiento que debe seguirse, en su caso, para el reintegro por la funcionaria de las cantidades percibidas en concepto de permiso retribuido de por lactancia acumulada, debemos tener en cuenta que en el caso la existencia de un acto administrativo favorable a la interesada y la existencia de un error de derecho, al haberse concedido mediante Decreto, en un mismo acto, el disfrute del permiso de lactancia acumulada y la excedencia, que como decimos sería incompatible.

Por tanto, procedería iniciar procedimiento de revisión de oficio para declarar nulo o anulable el Decreto en el que se conceden el permiso y la excedencia, determinando en caso de declaración de nulidad del acto de concesión del disfrute de ambos permisos, el reintegro, en su caso, de las cantidades indebidamente percibidas.

El procedimiento de revisión se tramitaría de conformidad con lo establecido en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, pudiendo tratarse, a nuestro entender, de un supuesto de nulidad de los contemplados en el artículo 47.1.f), es decir, actos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición.

No obstante, se deberán tomar en consideración antes de iniciar el procedimiento de revisión de oficio tendente a la declaración de invalidez de la acto por el que se conceden ambos derechos, **los límites a la revisión previstos en el artículo 110 LPAC**, y en concreto valorar si el ejercicio de la acción de nulidad procede en atención al tiempo transcurrido y otras circunstancias como la equidad y a la buena fe de la interesada.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Se han reconocido, mediante Decreto, dos derechos incompatibles en cuanto a su disfrute de forma continuada, como son el permiso retribuido de lactancia acumulada y la excedencia por cuidado de hijos, y ello debido a que, de conformidad con el artículo 45. b) del Decreto 59/2013, de 5 de septiembre, para disfrutar de ambos derechos la excedencia no podría disfrutarse de forma inmediata al disfrute del citado permiso, sino a partir de que el hijo hubiera cumplido los 12 meses de edad.

SEGUNDA.- El incumplimiento de las condiciones establecidas en el artículo 45.b) del Decreto 59/2013, de 5 de septiembre, en cuanto al disfrute acumulado del permiso por lactancia en jornadas completas, conlleva como consecuencia la obligación de reintegrar las retribuciones percibidas, si bien, el procedimiento exigiría la incoación de un procedimiento de revisión de oficio del reconocimiento de ambos derechos, instruyéndose el procedimiento conforme a lo establecido en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas para la revisión de los actos en vía administrativa, artículos 106 y siguientes.

La emisión del presente informe no sustituirá el informe del Secretario-Interventor titular del Ayuntamiento, que deberá emitir en los supuestos previstos en los artículos 54.1 a) del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local (TRLRHL), art. 173 del ROF y art. 3.3 del Real Decreto 128/2018, de 16 de marzo, por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional.

Es cuanto se asesora, haciendo constar que lo expresado en este Informe no posee carácter vinculante, no es preceptivo y está sometido a cualquier otro mejor fundado en Derecho.

LA TÉCNICO DE ADMINISTRACIÓN GENERAL,
SECCION DE ASESORAMIENTO A MUNICIPIOS