

Area de Estudios Jurídicos Sociolaborales

OBSERVATORIO

JURÍDICO SOCIOLABORAL

2010
MARZO
04

Mujer y Trabajo

Presentación

ELVIRA S. LLOPIS | LAURA ARROYO ROMERO-SALAZAR

Novedades doctrina judicial

MARTÍN GUALDA ALCALÁ

Compatibilidad entre de la excedencia por el cuidado de hijos o familiares con el desarrollo de un trabajo por cuenta propia o ajena.

BIENVENIDO JÁVEGA GIL

La discutida aplicación de los permisos contenidos en el Estatuto Básico del Empleado Público al personal laboral de las Administraciones Públicas

ANA CANO INIESTA

OBSERVATORIO JURIDICO SOCIOLABORAL

Director: José Luis Alvarez Rodríguez



Fundación 1º de Mayo | Centro Sindical de Estudios
C/ Arenal, 11. 28013 Madrid. Tel.: 913640601. Fax: 913640838
www.1mayo.ccoo.es | 1mayo@1mayo.ccoo.es

Observatorio Jurídico Sociolaboral. ISSN 1989-4465

PRESENTACIÓN

Elvira S. Llopis

Vicepresidenta de la Fundación 1º de Mayo

Laura Arroyo Romero-Salazar

Directora del Centro de Estudios, Investigación e Historia de Mujeres “8 de Marzo”.
Fundación 1º de Mayo

El presente Observatorio Jurídico-Laboral recoge exclusivamente sentencias, producidas en los años 2008 y 2009, en relación a la aplicación jurisprudencial del principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo. Son todas sentencias de una gran trascendencia en relación a la efectiva igualdad de mujeres y hombres en el ámbito del empleo, y suponen además un acertado diagnóstico de las prácticas discriminatorias aún existentes en el ámbito laboral.

Encontramos así sentencias relativas a tres cuestiones. En primer lugar, sentencias definidas por distintas discriminaciones directas (despido por razón de embarazo...) e indirectas (discriminación retributiva, acoso por razón de sexo...). En segundo lugar, conflictos motivados por el ejercicio de derechos de conciliación de la vida personal, familiar y profesional regulados en la Ley Orgánica 3/2007 para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres (en adelante LOIEMH), y su concreción (acumulación de lactancia, reducción de jornada...). Y por último, sentencias en relación a prestaciones y derechos del ámbito de la seguridad social (Incapacidad Temporal, Viudedad, etc.).

Discriminaciones Directas e Indirectas por razón de sexo.

Las definiciones de discriminación directa y discriminación indirecta por razón de sexo, fueron incorporadas a nuestra legislación mediante la aprobación de la Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, del año 2007, sin plantear novedades respecto a la normativa europea que se traspone. Definiciones, por tanto, no demasiado novedosas si atendemos a su desarrollo normativo europeo, pero si aún necesario recordar y desarrollar, si nos fijamos en el año de aprobación en nuestro país y en los numerosos conflictos judiciales planteados en relación a ambas discriminaciones.

Nos encontramos ante una discriminación directa cuando una persona haya sido, sea o pudiera ser tratada de manera desfavorable con respecto a otra en una situación similar o comparable, en atención a su sexo. Estaremos ante una discriminación indirecta cuando una situación, disposición, práctica o criterio, con apariencia de objetividad o neutralidad, supone una desventaja para personas de un sexo con respecto a personas de otro sexo.

Pues bien, encontramos en el ámbito laboral tanto actos, disposiciones y situaciones que implican discriminaciones directas, como veremos en varias sentencias recogidas en el informe en relación con el embarazo y maternidad, como discriminaciones indirectas, habitualmente más difíciles de detectar como son las relacionadas con la discriminación salarial.

Atendiendo a las primeras, se suelen distinguir entre las discriminaciones directas, en-

tre las abiertas y las encubiertas. Cuando es utilizada como factor de desigualdad la condición sexual de la persona nos encontramos ante una discriminación directa abierta, si bien es cierto que es poco frecuente encontrar en la actualidad este tipo de discriminaciones. Lamentablemente si es frecuente encontrar el segundo tipo de discriminación directa, de manera que el sexo de las personas no es la causa explícita de la diferencia de trato, pero constituye la verdadera causa, apareciendo formalmente revestida de una causa distinta. Este tipo es el que se conoce como discriminación directa encubierta.

Se desprende este tipo de discriminación de distintas sentencias que se recogen en el Observatorio en relación a despidos por razón de embarazo. La LOEIMH blindó el despido de las trabajadoras durante el embarazo y el período de uso de derechos relacionados con la maternidad, ya que ha sido, y como veremos es aún, una razón suficiente para expulsar a las mujeres del ámbito laboral.

Lo interesante de las sentencias que se resumen en el texto es la consideración por parte de los Tribunales de que el hecho que el embarazo no fuese conocido por la trabajadora o por la empresa no modifica la nulidad del despido. También es importante el tratamiento que la **STSJ de Galicia de 29 de Septiembre de 2008** realiza en relación al despido de una trabajadora cedida por un Empresa de Trabajo Temporal, considerando que existe responsabilidad por parte de la empresa usuaria en el despido.

En relación a las discriminaciones indirectas por razón de sexo, es necesario destacar, por su importancia, las sentencias relativas a discriminación salarial que se recogen en el presente Observatorio.

Salvo excepciones muy concretas, no es frecuente encontrar discriminaciones directas en relación a las retribuciones, es decir aquellas en que para un mismo puesto de trabajo se establecen diferencias salariales en función del sexo de la persona. El artículo 28 del Estatuto de los Trabajadores establece la obligación empresarial de pagar por un trabajo de igual valor la misma retribución sin que pueda ocurrir discriminación alguna por razón de sexo. Sin embargo, las estadísticas nos continúan diciendo que las mujeres perciben salarios inferiores a sus compañeros varones.

Diferencias retributivas muy difíciles de detectar y erradicar, y motivadas por otras circunstancias o valores que van más allá del salario establecido para un determinado puesto de trabajo. Por un lado, la segregación horizontal que sitúa a mujeres y varones en actividades productivas valoradas económicamente de forma distinta, en detrimento claro de los sectores “tradicionalmente” ocupados por mujeres. Y por otro lado, la “subclasificación” de las trabajadoras y de la inferior valoración de las tareas asignadas a mujeres que pervive en los sistemas de clasificación profesional aún presentes en nuestra normativa laboral y en los convenios colectivos. Gran parte de las diferencias salariales se derivan de esto último: la inferior valoración de los trabajos desempeñados mayoritariamente por mujeres.

Los sistemas de clasificación profesional son una pieza clave para la efectiva igualdad entre hombres y mujeres, al estar asociados, de manera significativa, a las retribuciones. La clasificación profesional es el único elemento que nos permitirá identificar al (in)existencia de discriminaciones salariales, ya que únicamente a partir de los sistemas de clasificación podremos identificar trabajos de igual valor. Claro, siempre y cuando éstos sean determinados mediante el análisis y descripción de puestos y la objetiva ponderación de los factores que los determinan, se ajusten a sistemas de valoración neutros y objetivos y estén acompañados de la descripción de las categorías que los integran y de los niveles retributivos.

En relación a lo anterior, encontraremos en el Observatorio **la STSJ de Madrid de 30 de Octubre de 2009**, que determina que existe discriminación retributiva por razón de sexo al recibir una trabajadora menores retribuciones a las de otro trabajador de la empresa, a pesar de desarrollar iguales funciones. Se puede apreciar en la situación que se plantea tanto una discriminación directa, ya que se conculca el principio de igual trabajo-igual salario, como una discriminación indirecta, al plantearse que el criterio determinante en la valoración desigual de trabajos similares, es el sexo de las personas que lo desempeñan.

Otro factor determinante de la discriminación salarial entre mujeres y varones son los incentivos salariales. Sabemos de la existencia de diferentes complementos salariales e incentivos, regulados en convenios colectivos o no, y de la opacidad de los criterios de asignación de éstos a trabajadores y trabajadoras. Y sabemos también, que son un factor de peso en la determinación de las diferencias salariales entre mujeres y varones, al estar asociados en muchas ocasiones a criterios de antigüedad, presencia y disponibilidad horaria, que afectan negativamente a las trabajadoras.

Este tema es tratado en la **STSJ de Andalucía/Sevilla de 10 de Junio de 2009**, en la que se considera que no debe ser considerado tiempo no trabajado, para el cálculo de un incentivo variables en función de las horas trabajadas, el período de suspensión por maternidad de una trabajadora.

Otras discriminaciones indirectas presentes en los centros de trabajo están relacionadas con los criterios de acceso a las empresas, los sistemas de selección y promoción profesional, las formas de contratación, etc. Situaciones todas ellas motivadas por una cultura empresarial que privilegia a los trabajadores varones frente a las mujeres, que considera “secundario”, y por tanto de valor inferior, el trabajo de las mujeres, y que no está dispuesto a asumir los denominados “costes de la maternidad”.

Es por lo anterior significativa la **STSJ de Cantabria de 25 de Febrero de 2009**. En este caso, se considera nulo un despido al constituir una discriminación indirecta por razón de sexo. Se despide de la empresa a 7 trabajadoras alegando el cierre de una línea de la cadena de producción, sección donde sólo desarrollaban su función 2 trabajadoras. Tras la demanda, y conscientes de lo desproporcionado de la decisión en términos estadísticos, la empresa alega que se utilizó el criterio de mayor antigüedad en la empresa para decidir los despidos. Una sentencia interesante en la que se tienen en cuenta y ponen en cuestión, los sistemas de acceso a la empresa, la antigüedad y su “neutralidad” como criterio, la libertad de la empresa en la elección de trabajadores afectados por despido, la existencia de planes de igualdad en el centro, etc. Y en la que, además, se hace aplicación en la sentencia de la “Inversión de la Carga de la Prueba” establecida en el artículo 13 de la LOIEMH y se recurre a la prueba estadística para motivar la estimación de la demanda

Siguiendo con las diferentes discriminaciones por razón de sexo, encontramos en el Observatorio dos sentencias de gran interés en relación al acoso sexual y por razón de sexo. En primer lugar, la **STSJ de Navarra de 9 de Septiembre de 2008**, que resuelve la solicitud de extinción del contrato y la existencia de vulneración de derechos fundamentales, de varias trabajadoras afectadas por el cambio de tareas asignadas y reducción salarial al solicitar una reducción de jornada por cuidado de hijos. Y, en segundo lugar, la **STSJ de Asturias de 11 de Septiembre de 2009**. En este caso, la trabajadora es despedida por bajo rendimiento y, tras demandar la trabajadora su nulidad, el tribunal considera que el trato desigual hacia esta trabajadora, en comparación con sus compañeros varones, supone un indicio determinante de acoso sexual y por razón de sexo.

Derechos de Conciliación establecidos en la LOIEMH

Uno de los factores que más determina las desigualdades o discriminaciones sufridas por las mujeres en el ámbito laboral es la maternidad y las diferentes situaciones que se plantean en relación a la misma. Una situación que ha supuesto un impacto negativo en el derecho al empleo de las mujeres que ha pretendido resolverse, únicamente, desde el punto de vista legal a través del reconocimiento de derechos de conciliación, pensados para ser ejercitados por hombres y mujeres pero que en la práctica son casi exclusivamente utilizados por mujeres. Una situación que penaliza a las mujeres de diferentes maneras: encuentran negativas y resistencias en el acceso al empleo, ven minorizadas sus condiciones laborales y salariales por la existencia de responsabilidades familiares, son despedidas por razón de su embarazo, etc. Pero además de lo anterior, encontramos distintos impedimentos al ejercicio de los derechos de conciliación, represalias por su ejercicio (modificación de condiciones laborales, salariales, acoso moral, etc.) y hasta despidos.

En un estudio publicado por la Fundación Madrina en marzo de 2009, se cifraba en un 37% los despidos de mujeres producidos por causa de maternidad, además de resaltarse otras dificultades relacionadas. El estudio, realizado en 2008, revelaba que más del 12% de las mujeres decían encontrar dificultades para el acceso al mundo laboral por el hecho de encontrarse embarazadas.

La LOIEMH, regula de modo directo y preciso derechos relativos al principio de igualdad en el ámbito laboral, modificando el Estatuto de los Trabajadores en varios de sus artículos, pero reenvía algunas otras cuestiones a su concreción en acuerdo colectivo o individual. En materia de conciliación de la vida laboral y familiar, la Ley indica el reconocimiento de tales derechos a las trabajadoras y trabajadores con el objeto de fomentar la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares (artículo 44), y lo hace mediante la organización y reducción del tiempo de trabajo.

Derechos de conciliación reconocidos y exigibles, pero como hemos comentado son derivados a su concreción mediante la negociación colectiva o acuerdos individuales, y que son motivo de múltiples discrepancias entre trabajadores y trabajadoras y empresas.

Así, encontramos en el Observatorio diferentes sentencias en relación a la adaptación y duración de la jornada, al derecho a la acumulación del permiso de lactancia, al derecho a vacaciones, etc.

Creemos importante resaltar dos sentencias incluidas en el texto. En primer lugar, la **STSJ de Cataluña de 23 de Octubre de 2009**, que pese a que ya existía doctrina en relación al derecho a acumular la lactancia y su cálculo, insiste en que el ejercicio de este derecho debe referirse a cada hora diaria de ausencia, y no a la media hora referida a la reducción de jornada.

Y en segundo lugar, la **STSJ de Madrid de 6 de Marzo de 2009**, relativa al derecho de modificación de horarios y turnos por razones de conciliación, en la que se indica que no cabe una interpretación restrictiva de este derecho, al prevalecer el derecho a la conciliación. Contiene además esta sentencia un argumento interesante en relación a las posibilidades organizativas de la empresa al ser ésta considerada “gran empresa”, con una plantilla suficiente para organizar el trabajo sin menoscabar los derechos de conciliación. Un argumento que, por un lado, invita a las empresas a poner en marcha medidas organizativas para garantizar el efectivo ejercicio de los derechos de conciliación de trabajadores y trabajadoras, y que por otro lado, pone encima de la mesa las dificultades organizativas que pequeñas y medianas empresas pueden encontrarse. Diferencias en el tejido empresarial que la LOIEMH parece haber obviado

en su regulación y que podía haber resuelto mediante una regulación más imperativa y directa, concretando las condiciones para el ejercicio de algunos derechos.

Son ambas sentencias de gran interés al resolver cuestiones en las que la LOIEMH no había sido imperativa, estableciendo derechos pero sin concretarlos para su efectivo ejercicio que están siendo la causa de multitud de conflictos en los centros de trabajo al ser interpretados de forma restrictiva por parte de las empresas. Además, conocíamos de la existencia de reiterados pronunciamientos judiciales, especialmente en relación al segundo tema, que venían denegando la posibilidad del ejercicio del derecho entendiendo que no se trababa de una reducción de jornada sino de un cambio de turno o de horario de trabajo.

Recoge este trabajo de recopilación y análisis de la doctrina judicial, que acompañamos, distintas sentencias en relación a prestaciones y pensiones del ámbito de la Seguridad Social.

Algunas, igual que en el apartado anterior están motivadas por derechos generados por la LOIEMH. Así, se aplican los períodos de cotización “ficticios” por parto, establecidos en la citada ley para compensar el tiempo de ausencia del ámbito laboral de muchas mujeres por razones de maternidad. Una medida que ha pretendido compensar el hecho de que muchas mujeres abandonaran el mercado de trabajo para atender a sus hijos e hijas, o que retrasaran su entrada al mercado laboral por igual razón, perjudicando sus cotizaciones al sistema de seguridad social. Podemos verlo en la **STSJ de Cataluña de 16 de Octubre de 2009**.

También encontramos sentencias en relación al subsidio por riesgo durante la lactancia, al derecho del padre a la percepción del subsidio por maternidad, etc. Cuestiones, incorporadas en su mayoría por la LOIEMH, que han sido resueltas favorablemente por los Tribunales. Sin embargo, no se nos escapa que el hecho de que hayan debido resolverse por la vía judicial significa que trabajadoras y trabajadores están encontrando dificultades para el uso y disfrute de estos derechos. Por otro lado, es importante resaltar, que los Tribunales están desarrollando una labor positiva en el desarrollo, la interpretación y la concreción de estos derechos.

Por último, se siguen produciendo sentencias en relación al derecho a la protección integral de las víctimas de violencia de género establecido por la Ley 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. En esta ley, además del tratamiento penal, preventivo, social, etc., se incorporan derechos laborales y de seguridad social y derechos económicos, con el fin de dotar a las víctimas de violencia de género de un estatus jurídico que les garantizase una protección acorde a su situación.

En este sentido se expresa la **STSJ de Cantabria de 22 de Enero de 2009** en relación, que reconoce el derecho a la pensión de viudedad a una mujer objetivo de violencia, justificando la necesidad de dotar de una protección integral a las mujeres sometidas a violencia de género.

No aparecen en este Observatorio sentencias ocasionadas por dificultades en el ejercicio de los derechos laborales (reducción de jornada, suspensión del contrato...) para víctimas de violencia de género. Sin embargo, sabemos de la infrutilización de estos derechos reconocidos en la Ley 1/2004 si tenemos en cuenta el número de denuncias por violencia de género. Cuestión ésta, la de su escasa utilización, que nos obliga a plantearnos la necesidad de profundizar en las dificultades que puedan estar ocasionándose en los centros de trabajo o que deben afrontar, individualmente, las mujeres víctimas de violencia de género y que impiden la efectividad de las medidas laborales planteadas en la Ley.

En definitiva, encontramos en el Observatorio Jurídico-Laboral: Mujer y Trabajo, no sólo un excelente trabajo de recopilación y comentario de Sentencias desde un punto de vista de la interpretación jurídica de diferentes cuestiones, sino que además nos ofrece un interesante diagnóstico de las discriminaciones que por razón de sexo aún caracterizan las relaciones laborales, de los diferentes problemas que afrontan trabajadores y trabajadoras para el ejercicio efectivo de sus derechos laborales y, por último, información de primer orden en relación a la efectiva aplicación de la LOIEMH. ♦

Novedades

EN LA DOCTRINA JUDICIAL EN MATERIA LABORAL

Sentencias de Tribunales Superiores de Justicia.

MARTÍN GUALDA ALCALÁ | *Gabinete Estudios Jurídicos CC.OO.*

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

1.- STSJ DE ANDALUCÍA /SEVILLA DE 10/06/2009, Recurso: 994/2008

DERECHOS FUNDAMENTALES: DISCRIMINACIÓN RETRIBUTIVA POR RAZÓN DE SEXO.

La sentencia concluye en la existencia de una discriminación retributiva por razón de sexo en la interpretación y aplicación que la empresa hace del Incentivo variable regulado en el Convenio, y que conforme al mismo se cuantificaba valorando el número de horas efectivamente trabajadas por cada trabajador en el año de referencia.

La sentencia considera que no cabe reducción de su cuantía por las horas dejadas de trabajar por una trabajadora durante su permiso de maternidad, manifestando que la sola aplicación del art. 6.2 de la Ley Orgánica 3/2007 permite apreciar la existencia de una discriminación por cuanto la aplicación del descuento de los días de maternidad a los efectos de la cuantificación del incentivo variable es una circunstancia exclusivamente predicable de la mujer trabajadora, que implica una clara discriminación indirecta por razón de sexo.

2.- STSJ DE ARAGÓN DE 03/11/2008, Recurso: 842/2008

DERECHOS FUNDAMENTALES: ACOSO MORAL O MOBBING E INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS.

La sentencia aprecia la existencia de acoso moral o mobbing en un caso en el que la trabajadora, que desarrollaba un gran número de funciones de responsabilidad como Encargada General de cinco centros sanitarios, vio reducidas sus funciones hasta dejarlas vacías de contenido, quedando al frente de unos pocos trabajadores en un centro sanitario de consultas que estaba en proceso de apertura al público por fases, careciendo de instrucciones y de actividad a desarrollar, habiéndose visto privada de despacho, de vestuarios, de lavabo ni aseos, habiendo de usar como vestuario la habitación que antes constituía su despacho, de la que no tiene llave -habiendo de esperar a alguien que disponga de ella para que abra-; todo lo cual la obliga a vagar por los pasillos y sin poder salir de dicho centro, pese a no tener actividad alguna a efectuar.

Y condena a la empresa abonarle una indemnización de daños y perjuicios de 3.000 € en concepto de lucro cesante y daño emergente, valorando el importe de los honorarios del facultativo médico al que hubo de acudir la trabajadora. La indemnización en concepto de daños morales comprende indemnizar los 286 días de baja por trastorno adaptativo, con síntomas de ansiedad y depresión derivados de la problemática laboral a razón de 28,26 € diarios, como días de baja no improductivos, y valorar los días restantes hasta la fecha de la sentencia, a la cantidad de 10.000 € en que se cuantifica la vulneración de la dignidad de la trabajadora, la de la consideración que de ella tienen los otros trabajadores, y el período anterior a la situación de baja por depresión en el que se inició el acoso laboral. Resultando, en resumen, las siguientes cantidades: 3.000 € por daño emergente, 8.082,36 € por 286 días de baja y 10.000 € por la vulneración de la dignidad de la trabajadora.

3.- STSJ DE MADRID DE 30/10/2009, Recurso: 4259/2009

DERECHOS FUNDAMENTALES: DISCRIMINACIÓN RETRIBUTIVA POR RAZÓN DE SEXO.

La sentencia aprecia la existencia de una discriminación por razón de sexo a una trabajadora que durante un largo período de tiempo vino ocupando una categoría profesional y percibiendo unas retribuciones inferiores a las que percibía otro trabajador de la empresa, a pesar de que desarrollaban las mismas funciones.

Frente a tales indicios la empresa se escuda únicamente en que la distinta categoría profesional entre uno y otro es un factor excluyente de discriminación, pero a la empresa le era exigible un mayor esfuerzo y transparencia orientado a justificar las diferencias retributivas de quienes realizan idénticas funciones, pues no basta con ampararse en una diferente categoría, es necesario algo más: acreditar que se ha recurrido a criterios de valoración neutros, que garanticen la igualdad de condiciones de trabajadores de ambos sexos así como que la no igualdad de tratamiento se funda en datos objetivos que revelan una diferenciación real entre las situaciones puestas en comparación, para que se justifique el trato desigual.

Además, la sentencia rechaza la prescripción de la acción para reclamar una indemnización de daños y perjuicios por la diferencia salarial durante la totalidad del período que comprendió el trato discriminatorio -57.834 euros- hasta la fecha de presentación de la demanda, lesionándose su derecho fundamental a no ser discriminada de manera permanente e ininterrumpida desde marzo, y ello, a pesar de que el inicio del trato discriminatorio se retrotraía más de tres años al ejercicio de la acción.

4.- STSJ DE CASTILLA Y LEÓN /VALLADOLID DE 28/10/2009, Recurso: 13/2009

DERECHOS LABORALES: PERMISOS REGULADOS EN CONVENIO COLECTIVO Y RESPETO A LA DURACIÓN MÍNIMA LEGAL.

Procede la impugnación del Convenio Colectivo de una empresa que reduce de dos a un día el permiso en caso de enfermedad o muerte de un pariente hasta el 2º grado de consanguinidad, en cuanto infringe la duración mínima establecida en el art. 37.3.b) ET.

Para la sentencia, carece de trascendencia el hecho de que en dos Convenios Colectivos de la misma empresa pero de ámbito territorial distinto se contengan las mismas previsiones respecto a los permisos por enfermedad o fallecimiento de un pariente hasta el 2º grado de consanguinidad, al resultar irrelevante que las autoridades laborales competentes en los mencionados territorios no hayan puesto tacha de ilegalidad alguna a los referidos Convenios Colectivos.

5.- STSJ DE CATALUÑA DE 23/10/2009, Recurso: 4853/2008

DERECHOS LABORALES: ACUMULACIÓN DEL PERMISO DE LACTANCIA.

En este se caso, se discute la interpretación del art. 37.4 ET en los casos en que la trabajadora opta por el disfrute acumulado por jornadas completas del permiso de lactancia por un hijo menor de nueve meses.

La sentencia considera que el ejercicio del derecho la acumulación por jornadas completas ha de referirse a cada hora diaria de ausencia al trabajo a que, con carácter general, se tiene derecho. Esta es la conclusión a la que se llega aplicando las reglas de interpretación -gramatical, lógica y sistemática- contenidas en los artículos 1.281 y siguientes del Código Civil, no existiendo base para una interpretación reduccionista de limitar la posibilidad de acumular en jornadas completas solo la primera de las formas de ejercicio alternativo del derecho, la reducción de jornada en media hora, pues donde la ley no distingue, tampoco le es lícito al interprete distinguir.

6.- STSJ DE GALICIA DE 23/10/2009, Recurso: 2147/2009

DERECHOS LABORALES: BAJA MATERNAL POR ADOPCIÓN U ACOGIMIENTO Y GARANTÍA DE DISFRUTE EFECTIVO DE LAS VACACIONES.

En la sentencia se plantea el alcance de la garantía relativa al disfrute efectivo de la totalidad del período vacacional durante el año siguiente a la anualidad en que se han generado, cuando no pudieron disfrutarse íntegramente en la anualidad correspondiente por la permanencia en situación de baja maternal por acogimiento preadoptivo. La sentencia se decanta por la solución favorable de equiparar los supuestos de baja por adopción o acogimiento y los de baja por maternidad biológica a efectos de la garantía de disfrute efectivo del período vacacional.

En el caso, una trabajadora no pudo disfrutar de un determinado período vacacional porque en la fecha prefijada para el mismo se encontraba en situación de Incapacidad Temporal. El convenio colectivo aplicable contemplaba en estos casos el derecho al disfrute de estas vacaciones tras el alta. Pero tras la misma, la trabajadora solicitó una baja maternal por acogimiento preadoptivo de dos menores, y fue tras su finalización cuando solicitó el disfrute de las vacaciones, lo que acepta la empresa sólo por los días que restan hasta el final del período establecido en el Convenio para disfrutar las vacaciones correspondientes a cada anualidad. En estas condiciones, la trabajadora solicitó de su empresa el derecho a disfrutar la totalidad de las vacaciones que le quedaban pendientes de la anualidad anterior, a lo que se opuso la empresa invocando que su no disfrute efectivo durante el año en que se generaron fue por voluntad de la trabajadora.

Para la sentencia, una adecuada interpretación de los artículos 38.3 y 48.4 ET conducen a entender que la protección -más allá del año natural- del derecho al descanso no se extiende sólo a la situación de maternidad biológica, sino también -por la remisión expresa al artículo 48.4 ET- a la adoptiva, donde el cómputo del plazo se iniciará con la resolución judicial o administrativa, que se equipara al parto natural; con lo que las diferencia entre uno y otra se diluyen en este concreto aspecto.

Las situaciones de maternidad biológica y jurídica se han de equiparar ya que -en caso contrario- podría entenderse como una discriminación. No ha de olvidarse que dentro de la prohibición de discriminación del artículo 14 CE y, específicamente, dentro de la no discriminación por razón del nacimiento, el TC ha encuadrado la igualdad entre las distintas clases o modalidades de filiación. Así, considerar que el ejercicio de un derecho concedido y equiparado a la maternidad [que es obligatoria], dado que suspende el contrato de trabajo por el mismo periodo -16 semanas- que la maternidad, aparece recogido en el mismo precepto al tratar tanto la suspensión -artículo 45.1.d) ET - como la reserva de puesto de trabajo; y se prevé el mismo efecto de salvaguarda con respecto a las vacaciones -artículo 38.3 ET-; es incompatible con la recuperación de las vacaciones (lo que no se discutiría en el caso de maternidad biológica), resulta -desde luego- inaceptable. Por lo tanto, no puede afirmarse que la trabajadora voluntariamente ha decidido disfrutar de una baja por maternidad (acogimiento) renunciando a sus vacaciones, ni que estas se agoten porque su periodo haya coincidido con aquélla.

7.- STSJ DE MADRID DE 14/04/2009, Recurso: 1290/2009.

DERECHOS LABORALES: COMPATIBILIDAD DEL DISFRUTE DE EXCEDENCIA POR CUIDADO DE HIJOS CON OTRO EMPLEO.

La sentencia considera que durante el disfrute de una excedencia por cuidado de hijos, el trabajador/a puede realizar otro empleo si se evidencia que éste facilita atender al niño, sin que ello constituya un incumplimiento, de forma que se mantiene el derecho a la reserva de su puesto de trabajo.

8.- STSJ DE MADRID DE 06/03/2009, Recurso: 4779/2008

DERECHOS LABORALES: REDUCCIÓN DE JORNADA POR CUIDADO DE HIJOS Y MODIFICACIÓN DE HORARIO Y TURNOS.

Se cuestiona el derecho de un trabajador que prestaba servicios como Agente de Servicios Auxiliares en Iberia, en régimen de turnos, a solicitar una reducción de su jornada en un 1/8 -en una hora diaria de trabajo- para el cuidado de dos hijos menores de 8 años, quedando fuera del régimen de turnos rotatorios existente en la empresa y pasando a prestar servicios en el turno fijo de noche. La empresa no discute el derecho del trabajador a reducir su jornada, pero no acepta la modificación de su régimen de turnos.

La sentencia reconoce el derecho del trabajador, teniendo en cuenta que expuso una serie de razones en orden a argumentar los motivos por los que entiende que el trabajo en tan repetido turno fijo le ayudaría a conciliar su vida familiar y laboral, pudiendo, de este modo, atender mejor a su hija menor de ocho años, ninguna de las cuales fue

negada por la empresa. Resulta, además, notorio el hecho de que Iberia es una empresa de gran dimensión en cuanto al personal que presta servicios laborales para ella, a lo que se añade que los trabajadores adscritos al Departamento donde presta servicios el trabajador alcanzan un número ciertamente elevado. En definitiva, ponderando los intereses en conflicto en atención a las circunstancias concurrentes y, por ello, al mandato constitucional de protección a la familia y a la infancia -artículo 39 de la Constitución-, en el supuesto que nos ocupa debe prevalecer el derecho del trabajador a compatibilizar su vida familiar y profesional en la forma que pretende, ya que con ello se favorece el derecho constitucional que constituye su razón de ser, y no se causa ninguna dificultad relevante al funcionamiento regular de la sociedad demandada, ni, en lo que a ésta parece preocupar, se le hace de mejor derecho que a los demás compañeros de trabajo dedicados a labores de carga y descarga de los aviones.

9.- STSJ DE MADRID DE 27/12/2007, Recurso: 3894/2007

EXTINCIÓN DEL CONTRATO: A INSTANCIA DE LA TRABAJADORA QUE ES OBJETO DE ACOSO MORAL.

La sentencia declaró la procedencia de la extinción del contrato por la vía del art. 50.1.c) ET a instancia de una trabajadora que prestó servicios como médica, valorando que fue objeto de prácticas de acoso desde que solicitara una reducción de jornada, que se concretaron en dificultades en su concesión y decisiones de movilidad funcional directamente orientadas a dificultar su prestación de servicios, motivando en la trabajadora un síndrome ansioso-depresivo.

Además, la sentencia valoró la existencia de diversas infracciones empresariales graves, como que la empleadora no adoptara medida alguna ante la situación de la trabajadora, ni antes ni después de la interposición de su demanda, permaneciendo imparable, sin respetar el derecho que a la actora le reconoce el artículo 4.2.d) del ET así como el artículo 15 de la Constitución a su integridad, obviando igualmente las obligaciones que le atribuyen los artículos 14 y siguientes de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, debiéndose también de tener en cuenta la calificación de tal actuación como falta muy grave por el apartado 12 del artículo 8 del texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto.

10.- STSJ DE GALICIA DE 29/09/2008, Recurso: 3606/2008

EXTINCIÓN DEL CONTRATO: DESPIDO NULO POR EMBARAZO Y ETT.

La sentencia reitera la doctrina acerca de la nulidad del despido de trabajadoras embarazadas cuando no concurren causas válidas para el cese, aunque no se acredite el conocimiento por la empleadora de la existencia de tal embarazo. Pero en los supuestos en que se plantea esta controversia por trabajadoras cedidas por Empresas de Trabajo Temporal, concluye que procede la responsabilidad solidaria de la usuaria en el despido de la trabajadora cedida aun cuando no pudiera entenderse fraudulento el contrato de trabajo de obra o servicio, dado que la misma no había finalizado en la fecha en que se produjo la extinción y ésta se llevó a cabo a instancia de la empresa.

11.- STSJ DEL PAÍS VASCO DE 18/03/2008, Recurso: 304/2008
EXTINCIÓN DEL CONTRATO: DESPIDO NULO POR EMBARAZO.

En la sentencia se vuelve a plantear de nuevo la cuestión relativa a la calificación del despido de trabajadoras embarazadas cuando no concurren causas válidas para el despido pero no existe constancia de que la empresa conociera la existencia del embarazo. Pues bien, la sentencia concluye que ante la falta de causa para el despido siempre habrá de calificarse como nulo la empresa, también aunque se pueda demostrar que la razón del cese, aunque no ajustada a derecho, es ajena a la situación de embarazo.

12.- STSJ DE NAVARRA DE 09/09/2008, Recurso: 167/2008
EXTINCIÓN DEL CONTRATO: A INSTANCIA DE LA TRABAJADORA POR VULNERACIÓN DE LA GARANTÍA DE INDEMNIDAD POR SOLICITAR UNA REDUCCIÓN DE JORNADA POR CUIDADO DE HIJOS.

Se trataba de unas trabajadoras con categoría de encargadas que tras incorporarse al trabajo después de la excedencia maternal y solicitar una reducción de jornada por cuidado de hijos, fueron asignadas a tareas de cajeras-reponedoras sin permitirles ejercer las labores propias de su categoría ni abonarles determinados complementos retributivos del puesto de origen.

Las trabajadoras formulan acciones de extinción del contrato de trabajo por incumplimiento empresarial al amparo del art. 50 ET, donde denunciaban la vulneración de sus derechos fundamentales, que es estimada por la sentencia que se comenta. La sentencia rechaza la prescripción de la acción de extinción de contratos, ya que no puede considerarse iniciado hasta que no cese la conducta lesiva de derechos fundamentales, añadiendo que no se produce variación sustancial de la demanda porque en la papeleta de conciliación sólo se solicitara la extinción del contrato de trabajo y en la demanda se postulara también el abono de una indemnización adicional por violación de derechos fundamentales.

13.- STSJ DE CASTILLA Y LEÓN /VALLADOLID DE 12/02/2008, Recurso: 105/2008
EXTINCIÓN DEL CONTRATO: DESPIDO NULO, POR INFRACCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES.

Una trabajadora es objeto de un despido, que es inmediatamente reconocido como improcedente por la empresa. La sentencia declara el despido como nulo, por haber lesionado la empresa el derecho a la integridad moral de la trabajadora –art. 15 de la Constitución- ya que la trasladó a un centro en el que todos los demás trabajadores adscritos a la correspondiente contrata prestan servicios en la modalidad de teletrabajo, produciendo así su aislamiento y, además, la dejó durante meses sin ocupación efectiva, sin que se justificara la necesidad de su traslado, lo que era contradictoria además con el hecho de que en su nuevo destino no tuviera funciones que desarrollar. Durante este período intenta obtener que la trabajadora renuncie a sus derechos mediante acep-

tando una extinción supuestamente voluntaria de su contrato de trabajo a cambio de indemnizaciones no cuantificadas, amenazando a la misma simultáneamente con el traslado geográfico, que no se llega a ejecutar. Tal situación terminó produciendo daño en la salud psíquica de la trabajadora, en forma de trastorno ansioso-depresivo reactivo, que dio lugar a una baja médica, ante la cual la empresa reaccionó mediante su despido disciplinario alegando una causa totalmente inexistente, como era la ausencia de la trabajadora, justificada precisamente por la baja médica originada por la conducta empresarial.

Si se une la acreditada falta de causa del despido, la inserción de éste en una cadena de actos vulneradores de derechos fundamentales de la trabajadora y el que finalmente la causa real del despido sea una baja médica originada por una enfermedad causada por la indicada conducta de la empresa, se impone como consecuencia la nulidad del mismo.

14.- STSJ DE CANTABRIA DE 25/02/2009, Nº de Recurso: 112/2009
EXTINCIÓN DEL CONTRATO: DESPIDO OBJETIVO NULO, YA QUE CONSTITUYE UNA DISCRIMINACIÓN INDIRECTA POR RAZÓN DE SEXO.

La controversia se plantea en el enjuiciamiento del despido objetivo de una trabajadora que junto a otras 7 trabajadoras y 1 trabajador fueron despidos tras la supresión por la empresa de una de sus líneas de producción, donde prestaban servicios dos mujeres y ocho hombres. En la demanda de esta trabajadora se solicitó la declaración de nulidad por haberse producido una discriminación indirecta por razón de sexo en la selección del personal afectado por la decisión extintiva.

La sentencia estima la reclamación de la trabajadora, restando valor a la argumentaciones de la empresa, que manifestó que, en primer lugar, intentó llegar a un acuerdo con los trabajadores mayores de 55 años ofreciéndoles una salida indemnizada, lo que rechazaron, y al rechazarse esta propuesta, acudió al criterio de seleccionar a los trabajadores del centro con menor antigüedad, lo que determinó que sean de forma casi exclusiva mujeres las únicas afectadas por los despidos, ya que las últimas incorporaciones al centro eran precisamente mujeres.

La sentencia considera que los motivos aparentemente neutros alegados por la empresa –la reducción de costes de producción–, esconden una manifiesta desproporción en el número de mujeres y de hombres que salen de la empresa, con los que continúan en la plantilla, añadiendo que no se excluye la discriminación por el hecho de dentro del colectivo afectado se saltara a dos trabajadores, lo que, no haber sucedido, habría determinado que la totalidad de los despidos fueran mujeres.

En este punto, hace aplicación de la doctrina de la inversión de la carga de la prueba –art. 13 Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo–, por considerar que existen indicios suficientes de que la actuación empresarial puede implicar una práctica discriminatoria. Ello resulta de la desproporción que hay entre mujeres despedidas (8 de 9), y de mujeres que existen en la empresa antes del despido (23 de 80) y tras el despido (15 de 70). La supuesta libertad de la empresa en la elección de los trabajadores afectados por el despido objetivo, no excluye la existencia de una discriminación por razón de sexo. Según la Sentencia, aunque se admitiera que la empresa era libre para seleccionar a los trabajadores, esa libertad no le permitía utilizar un criterio que tuviera un impacto preponderante sobre el sexo femenino, como en el caso era la antigüedad. Y en el caso concreto, la empresa no ha justi-

ficado que la antigüedad utilizada para seleccionar a los trabajadores no implique un efecto de discriminación, al ser precisamente mujeres las que serían afectadas de forma preponderante. Además, añade que no excluye la existencia de discriminación el hecho de que la empresa hubiera contratado en años precedentes de forma casi exclusiva a mujeres con el propósito de compensar la falta de presencia femenina en la plantilla, ni la aprobación de planes de igualdad o conciliación de vida familiar.

15.- STSJ DE ASTURIAS DE 11/09/2009, Nº de Recurso: 1757/2009
EXTINCIÓN DEL CONTRATO: DESPIDO NULO, AL ESTAR MOTIVADO POR
LA DENUNCIA DE ACOSO SEXUAL.

En este caso, una trabajadora es despedida por considerar la empresa que no había alcanzado el rendimiento mínimo que se había pactado en el contrato de trabajo. La trabajadora formuló acción de despido solicitando su declaración de nulidad, por resultar ilustrativo de un supuesto de acoso sexual, lo que es aceptado por la sentencia.

En este punto, la sentencia valoró como indicio determinante del acoso sexual el trato desigual con respecto a los compañeros que presentaron un rendimiento inferior. En todo caso, también valoró que se trataba de una cláusula abusiva, lo que deducía del propio modo de incorporarla al contrato, en cuanto se remitía respecto de la cuantía o porcentaje de producción exigible a lo que señalara en su día y para cada año la empresa, lo que infringe el artículo 1256 del Código Civil. Así, la sentencia reconoce el derecho de la trabajadora a una indemnización adicional por daños morales por importe de 6.000 euros, ante el daño moral que se origina en el sufrimiento al que se somete a una persona, que no sólo pierde su trabajo, sino que previamente es objeto de actos discriminatorios.

16.- STSJ DE CATALUÑA DE 16/10/2009, Recurso: 561/2007
SEGURIDAD SOCIAL: JUBILACIÓN DE TRABAJADORA EN EL SOVI.

La sentencia reconoce el derecho a la pensión de jubilación en el SOVI a una trabajadora que sólo tenía cotizados un total de 1.417 días, en lugar de los 1.800 exigibles, y ello, por dos motivos: en primer lugar, al integrar los días cuota en el período de referencia, lo que determina que la trabajadora tenga consolidados un total de 1.583 días, y en segundo lugar, aplicando lo previsto en la LO 3/2007, de Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, respecto al período de cotización ficticios en el caso de parto –la solicitante fue madre de dos hijas-, lo que determina un total de días cotizados de 1.807 días.

17.- STSJ DE CATALUÑA DE 20/10/2009, Recurso: 4716/2008
SEGURIDAD SOCIAL: RESPONSABILIDAD ECONÓMICA EN EL ABONO DE
LA PRESTACIÓN DE INCAPACIDAD TEMPORAL.

Responsabilidad directa de la empresa en el abono de las prestaciones por la Incapacidad Temporal por contingencias comunes, que se reanudó después de extinguirse el

contrato de trabajo y agotarse las prestaciones de maternidad, tomando en consideración el alta de la trabajadora en Seguridad Social se produjo después de que la trabajadora iniciara su prestación de servicios, iniciara su primer proceso de IT y se extinguiera el contrato.

La sentencia considera que no produce efectos retroactivos el alta en Seguridad Social realizada en fecha posterior al inicio de la Incapacidad Temporal. La normativa vigente considera en situación asimilada al alta la de la trabajadora que estando en incapacidad temporal se extingue su contrato, disfruta período de descanso por maternidad y pasa nuevamente a situación de incapacidad temporal, y en el presente caso el único obstáculo a esa situación es consecuencia del incumplimiento por parte del empleador de la obligación de cursar el alta de la trabajadora en tiempo y forma, sin que el alta fuera de plazo tenga efectos retroactivos, conforme a las previsiones del artículo 102.2 de la LGSS, por lo que debe ser el propio empleador quien responda directamente del abono de la prestación.

18.- STSJ DE LA COMUNIDAD VALENCIANA DE 20/02/2008, Recurso: 689/2007
SEGURIDAD SOCIAL: MATERNIDAD.

En la sentencia se reconoce el derecho del padre a la percepción del subsidio de maternidad, a pesar de que la opción de su cónyuge por compartir el periodo de descanso con él se realizó una vez iniciado el referido periodo. Considera la sentencia que el nacimiento del derecho al subsidio de maternidad no puede depender del cumplimiento de un requisito estrictamente laboral y que nada tiene que ver con el régimen de prestaciones que diseña nuestro ordenamiento jurídico. Por tanto, si la situación protegida se ha producido y el padre está disfrutando del descanso, no existe razón alguna para denegarle el derecho a la percepción del subsidio, a pesar de que la madre hubiera manifestado su opción una vez iniciado el periodo de descanso.

19.- STSJ DE CATALUÑA DE 07/10/2009, Nº de Recurso: 909/2007
SEGURIDAD SOCIAL: MATERNIDAD EN EL RETA.

Se plantea el derecho a la prestación de maternidad de una trabajadora afiliada al Reta que se dio de baja en el mismo menos de tres meses antes de la fecha del hecho causante.

La sentencia declara el derecho a la prestación aunque en tal momento no se encontraba en alta en ningún Régimen de la Seguridad Social, al considerarse que la trabajadora se encontraba en la situación asimilada al alta establecida en el art. 29.1 del Decreto 2530/1970, conforme al cual estarán en situación asimilada al alta durante 90 días naturales siguientes al último mes de su baja.

20.- STSJ DE CASTILLA-LA MANCHA DE 21/10/2009, Recurso: 584/2009
SEGURIDAD SOCIAL: SUBSIDIO POR RIESGO DURANTE LA LACTANCIA NATURAL.

La sentencia reconoce el derecho de la trabajadora al subsidio por riesgo durante la lactancia natural, al día siguiente de reincorporarse a su puesto tras agotar el descanso por maternidad, tomando en consideración las particularidades de su puesto de trabajo, que implicaría riesgos para la lactancia natural (trabajo a turnos de 12 horas en que tiene que prestar atención y concentración; no poder compatibilizar dichos turnos con la toma de un lactante, ni tampoco la extracción de leche durante los citados turnos; así como, el stress producido por el alto nivel de concentración y por la posibilidad de alarmas ante las que tiene que actuar, lo que puede inhibir la producción de leche.

21.- STSJ DE CANTABRIA DE 22/01/2009, Recurso: 1108/2008
SEGURIDAD SOCIAL: PENSIÓN DE VIUDEDAD.

La sentencia reconoce el derecho a la pensión de viudedad a la beneficiaria, que se encontraba separada y que había sido objeto de malos tratos durante su convivencia con el causante, pese a que en el convenio regulador de la separación no se estableciese pensión compensatoria, tomando en consideración que el causante de la pensión padecía alcoholismo, con frecuentes crisis de ansiedad y amenazas de muerte a su familia, habiendo sido denunciado por malos tratos por parte de la beneficiaria de la pensión. La sentencia justifica la necesidad de efectuar una protección integral de la mujer sometida a violencia de género.

Compatibilidad entre la excedencia por el cuidado de hijos o familiares con el desarrollo de un trabajo por cuenta propia o ajena

BIENVENIDO JÁVEGA GIL

Gabinete de Estudios Jurídicos de CC.OO.

La situación de excedencia por cuidado de hijos es una medida esencial para garantizar la compatibilidad de la actividad laboral y las necesidades familiares derivadas de la atención de los hijos. Sin embargo, su régimen jurídico presenta notables imprecisiones, y ahora se trata de determinar hasta que punto el trabajador o trabajadora puede realizar una actividad por cuenta ajena o propia durante el desarrollo de tal excedencia, y si esto supone una incompatibilidad que priva de los derechos vinculados a la misma, como es la reserva del puesto de trabajo y el cómputo de la antigüedad.

La doctrina judicial ha venido analizando la cuestión, y la podemos sistematizar del siguiente modo, lo que nos ofrece una visión general sobre el estado de la cuestión en nuestro Ordenamiento.

I. SOBRE LA COMPATIBILIDAD ENTRE LA SITUACIÓN DE EXCEDENCIA POR CUIDADO DE HIJO O FAMILIARES Y EL DESARROLLO DE UN NUEVO EMPLEO.

Primero. El art. 46.3 del ET, en la redacción dada por la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres queda redactado en los siguientes términos:

“Los trabajadores tendrán derecho a un período de excedencia de duración no superior a tres años para atender al cuidado de cada hijo, tanto cuando lo sea por naturaleza, como por adopción, o en los supuestos de acogimiento, tanto permanente como preadoptivo, aunque éstos sean provisionales, a contar desde la fecha de nacimiento o, en su caso, de la resolución judicial o administrativa.

También tendrán derecho a un período de excedencia, de duración no superior a dos años, salvo que se establezca una duración mayor por negociación colectiva, los trabajadores para atender al cuidado de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad no pueda valerse por sí mismo, y no desempeñe actividad retribuida.

La excedencia contemplada en el presente apartado, cuyo período de duración podrá disfrutarse de forma fraccionada, constituye un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres. No obstante, si dos o más trabajadores de la misma empresa generasen este derecho por el mismo sujeto causante, el empresario podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa.

Cuando un nuevo sujeto causante diera derecho a un nuevo período de excedencia, el inicio de la misma dará fin al que, en su caso, se viniera disfrutando.

El período en que el trabajador permanezca en situación de excedencia conforme a lo establecido en este artículo será computable a efectos de antigüedad y el trabajador tendrá derecho a la asistencia a cursos de formación profesional, a cuya participación deberá ser convocado por el empresario, especialmente con ocasión de su reincorporación. Durante el primer año tendrá derecho a la reserva de su puesto de trabajo. Transcurrido dicho plazo, la reserva quedará referida a un puesto de trabajo del mismo grupo profesional o categoría equivalente.

No obstante, cuando el trabajador forme parte de una familia que tenga reconocida oficialmente la condición de familia numerosa, la reserva de su puesto de trabajo se extenderá hasta un máximo de 15 meses cuando se trate de una familia numerosa de categoría general, y hasta un máximo de 18 meses si se trata de categoría especial.”

Como se desprende, el art. 46.3 ET, relativo a la excedencia por cuidado de hijos y de familiares, no regula ni menciona la posibilidad de que pueda simultanearse el desarrollo de otra actividad laboral durante el período a que se extienda el disfrute de esta modalidad de excedencia, sin que por el momento se haya pronunciado al respecto el Tribunal Supremo.

En nuestra opinión, dicho precepto legal no restringe, ni limita, el derecho del trabajador a procurarse otras fuentes de renta sustitutivas de las del trabajo dejadas de percibir por la suspensión del contrato, de manera que, en principio, esta modalidad de excedencia habrá de resultar compatible con el desarrollo simultáneo de otra actividad retribuida, por cuenta propia o ajena, al margen de que pueda entenderse subsistente durante el disfrute de la misma la prohibición de concurrencia desleal con la actividad de la empresa. Así, y en lo que a esto último se refiere, las **SS. del TSJ de La Comunidad Valenciana de 7-3-01 (Arz. 2001,3012) y del TSJ de Madrid de 21-1-03 (Arz. 2003,1757)**, por más que en esta última se declarara la nulidad del despido por considerar prescrita la falta imputada a la trabajadora y no resultar posible la declaración de una improcedencia del despido cuando el trabajador se encuentra en el disfrute de una excedencia por cuidado de familiares.

A tal efecto, no ha de resultar irrelevante el hecho de que el trabajador excedente no se encuentra en situación legal de desempleo, de forma que no tiene legalmente garantizadas unos ingresos sustitutivos de las rentas del trabajo dejadas de percibir y vinculados a aquella situación de excedencia. En este contexto, la consolidación de la incompatibilidad del disfrute de la excedencia con el desarrollo de otra actividad retribuida limita en la práctica la utilización de la excedencia a los colectivos de trabajadores cuyos superiores niveles de rentas salariales les permite la generación de un volumen de ahorro lo suficientemente importante como para garantizarse un nivel mismamente digno de subsistencia durante el período a que se extienda la duración de la excedencia, característica que en nuestro sistema de relaciones laborales es propia e incide esencialmente sobre los trabajadores del sexo masculino.

Ahora bien, en nuestra realidad social resulta innegable el hecho de que se derivan hacia las trabajadoras las responsabilidades del cuidado de la familia, al tiempo que la existencia de niveles superiores de precariedad laboral e inferiores de renta de las trabajadoras frente a los trabajadores, determina que el planteamiento inicial de la incompatibilidad de la excedencia por cuidado de familiares con el ejercicio simultáneo

de otra actividad retribuida no se erija en la práctica como un acicate para que estas excedencias sean disfrutadas por los trabajadores masculinos, sino como un aliciente para las trabajadoras de cara al abandono de su puesto de trabajo y su expulsión del mercado laboral.

Segundo. Por lo que a la doctrina científica se refiere, podemos hacer mención de la opinión de **M^a Antonia Pérez Alonso**, en su libro “La excedencia laboral”, editorial Tirant Lo Blanch 1995 -colección laboral nº 14, pag 68, que con apoyo en la doctrina judicial se muestra favorable a la compatibilidad en los siguientes términos:

“No existe ninguna disposición legal que regule el régimen de compatibilidades de la excedencia por cuidado de hijos con el trabajo, al igual que sucedía con la excedencia voluntaria. De modo que, ante el silencio de la ley, será posible compatibilizar el disfrute de la excedencia por cuidado de hijos con el ejercicio de actividades lucrativas con el límite, en todo caso, del art. 5.d del ET, esto es, siempre que no representen una concurrencia o competencia desleal. En esta línea se manifiesta la Sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana de 31 de enero de 1994 Ar. 372, al considerar que la excedencia por cuidado de hijo no precisa “un riguroso cumplimiento de presencia física constante para atender al cuidado de un hijo, sino proceder con el cuidado y celo propio de los padres, que puede darse aun con dedicación laboral, implicando otras muchas facetas de protección, aunque esta presencia sea meramente potencial”.

Tercero. Entre la doctrina judicial, partimos de la mencionada **STSJ de La Comunidad Valenciana de 31-1-94 (Arz. 372)**, que enjuició el despido de un trabajador que solicitó, y así se le concedió, una excedencia por cuidado de hijo. Estando en esta situación el trabajador se dedica a actividades de promoción de viviendas. Al tener la empresa conocimiento de ello, inicia un expediente disciplinario que termina con el despido del trabajador. En el convenio colectivo de aplicación se regulaba que los trabajadores en situación de excedencia voluntaria no podrán prestar servicios en empresas dedicadas a la misma o similar actividad.

El Juzgado de los Social estima la demanda y declara la existencia de un despido improcedente, la Sala del TSJ de Valencia confirma la Sentencia desestimando el recurso de la empresa, al entender que aun estando ante una situación que puede calificarse como de excedencia voluntaria, la actividad que realizó el trabajador durante la excedencia no guarda relación alguna con la actividad de la empresa. Declara en el Fundamento de Derecho Segundo que *“La fundamentación del escrito de recurso es equívoca en lo que se refiere a que durante el período de excedencia no permita al trabajador desarrollar otras actividades laborales”.*

Por su parte, la **STSJ de La Comunidad Valenciana de 4-4-00 (Arz. 4111)**, consideró que la relación laboral iniciada por una de las trabajadoras demandantes pocos días después de transcurrido el primer año de excedencia por cuidado de familiares con una empresa distinta no puede tener como efecto la baja voluntaria respecto de su primera relación laboral, a la hora de justificar su derecho a la percepción de la indemnización por extinción del contrato en expediente de regulación de empleo. La sentencia hace cita de la anterior de la misma Sala de 31-1-94 (Arz. 372), manteniendo que la situación de excedencia para el cuidado de hijo causada en una determinada empresa no impide que se presten servicios para una empresa distinta que por sus características, ubicación, horario, jornada... pueda convenir más al trabajador durante ese período.

La ya citada **STSJ de Madrid de 21-1-03 (Arz. 1757)**, que a la hora de justificar la compatibilidad del disfrute de la excedencia por cuidado de familiares con el desempeño de otra actividad retribuida vino a declarar expresamente que:

“La excedencia para cuidado de hijos contemplada en el artículo 46.3 del ET es causa de suspensión del contrato de trabajo lo que implica una pervivencia del vínculo jurídico que supone, a su vez, la subsistencia del deber de buena fe del trabajador (arts 5.c y 20.2 del ET) del que es manifestación el deber legal de no efectuar actividades concurrentes con las de la empresa en los términos que contemplan el art. 5.d) y 21 del ET. Es cierto que la concesión de la excedencia maternal (para cuidado de hijos) no aparece condicionada a ninguna especial obligación en un sentido limitativo de una futura actividad laboral, siendo la única condición la legalmente impuesta de ser su fin el cuidado de los hijos menores situación que en el presente caso parece concurrir al reunir el trabajo realizado durante la situación de excedencia las características descritas en el hecho séptimo: poder realizarlo la trabajadora en su casa al estar conectada con acceso RDSI a través de Routers, no siendo necesaria su asistencia diaria a la oficina, reuniéndose cada tres o cuatro días con su superior jerárquico y con libertad de horario, situación que permite compatibilizar perfectamente la vida familiar y laboral.”

La **sentencia del TSJ de Cataluña de 22 de marzo 2007, Rec. 8852/06. (Arz. 2283/07)**, en la que se declara la nulidad del despido del trabajador por haber prestado servicios para otra empresa durante el disfrute de la excedencia para el cuidado de una hija. El trabajador, realizaba servicios de conducción con horarios de hasta de 15 horas diarias, teniendo que pernoctar fuera de su domicilio del orden de dos o tres noches a la semana. Existía una sección o departamento de transporte local complementario, sobre el que el trabajador manifestó sus preferencias, si bien no le ofrecieron ninguna plaza por estar todas cubiertas Solicitó una excedencia de un año para el cuidado de su hija. Durante la excedencia, el trabajador comenzó a trabajar para otra empresa realizando un horario diario de lunes a viernes de 6 a 16 horas. La empresa procedió a despedir al trabajador por trasgresión de la buena fe contractual. Dispone el TSJ:

“...la excedencia por cuidado, en este caso de una hija, introducida en el artículo 45.3 del Estatuto de los Trabajadores, por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre (RCL 1999, 2800), aprobada para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, tiene como finalidad tal cuidado, pero ello no supone apartar al trabajador de la vida laboral, sino por el contrario hacerlas compatibles, evitando que ningún trabajador tenga que abandonar el ámbito profesional por causa familiar, y si es posible, con medidas que no supongan una drástica reducción de ingresos familiares, precisamente en períodos en que se incrementan los gastos, siendo ello aplicable al caso de autos en que el trabajador pide una excedencia en una empresa en la que llegaba a estar hasta 15 horas diarias con dos ó tres pernoctaciones a la semana fuera de su casa, a otra empresa en que realiza un horario desde las 6 hasta las 16 horas de lunes a viernes.

{...}

...la situación de excedencia no es incompatible con el trabajo en otra empresa, bastando traer a colación el contenido de la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 192/03, de 27 de octubre (RTC 2003, 192), en que se dice que en nuestro derecho del trabajo no existe un deber genérico de lealtad del trabajador para con su empresa, no constituyendo trasgresión de la buena fe contractual el hecho de que el

trabajador trabaje para otra empresa durante el disfrute de sus vacaciones anuales, aunque la finalidad de las mismas sea el descanso del trabajador, no desprendiéndose expresamente de los hechos enjuiciados en autos la existencia de trasgresión de la buena fe contractual por parte del trabajador, trasgresión que no se presume y que tiene que ser demostrada por la empresa recurrente, por ejemplo, porque no existiera la hija por la que se pide la excedencia, o que no conviviera con el trabajador, etc.”

Y la **sentencia del TSJ de Madrid de 14 de abril 2009, Rec. 1290/09, (Arz. 1626/09)**, que detallaremos a continuación.

II. TÉRMINOS DE LA COMPATIBILIDAD ENTRE LA EXCEDENCIA POR CUIDADO DE HIJO Y EL DESARROLLO DEL NUEVO EMPLEO.

Primero. Como límites a la simultaneidad del disfrute de la excedencia por cuidado de hijos y familiares y el desempeño de un nuevo trabajo, al margen de lo apuntado respecto a la competencia desleal, se impone el ejercicio del derecho conforme a las exigencias de la buena fe -art. 7 CC-. El abuso de derecho, podrá apreciarse cuando el disfrute de la excedencia por cuidado de hijos y familiares no tiene por objeto la finalidad de atender a los cuidados de quienes deben ser sus beneficiarios, sino que se convierte en un subterfugio para prestar servicios en otra empresa sin la pérdida de los derechos que lleva aparejados esta modalidad de excedencia, frente a otras modalidades de suspensión del contrato de trabajo o la excedencia voluntaria. El fraude puede ponerse de manifiesto mediante el estudio comparativo de las condiciones de trabajo del nuevo empleo y del empleo suspendido por la excedencia, atendiendo a factores como la jornada, el horario, la duración del nuevo contrato de trabajo.

Sobre la cuestión es especialmente significativa es la **sentencia del TSJ de Madrid de 14 de abril 2009, Rec. 1290/09, (Arz. 1626/09)**. La trabajadora solicitó la excedencia para el cuidado de hijo durante un año. Trascurridos cuatro días suscribió contrato de trabajo con una nueva empresa, el cual se prolongó durante cuatro meses y se extinguió por decisión de la trabajadora. Al concluir la excedencia la empresa se niega a la readmisión, por cuanto a su entender el ejercicio del derecho había sido utilizado para una finalidad distinta al cuidado del hijo. El TSJ, clarifica los criterios de enjuiciamiento de este tipos de supuestos; así señala en primer lugar, el derecho de la trabajadora en situación de excedencia por cuidado de hijo al trabajo y la realización de un nuevo empleo; así como a la presunción del ejercicio del derecho a al excedencia conforme a los parámetro de la buena fe. Para desvirtuar este extremo, sería preciso que quedara acreditado a través de las condiciones laborales del nuevo empleo, el abuso de derecho en la utilización de la excedencia por cuidado de hijo. En el caso concreto, se concluye con la inexistencia de fraude por cuanto, el nuevo centro de trabajo se ubicaba en una localidad y lugar que permitía una mejor conexión con su domicilio, con reducción del tiempo de transporte, si bien en ambos trabajos la jornada era a tiempo completo, en el nuevo empleo se fijaban 39 horas de lunes a viernes, mientras que en el trabajo suspendido la distribución era totalmente flexible quedando esta flexibilidad en manos exclusivas del empresario, pudiendo imponerse desplazamientos de corta o larga duración a España o el extranjero, a lo que finalmente cabe añadir que el nuevo empleo sólo duró cuatro meses y el contrato se resolvió a instancias de la trabajadora:

“no puede partirse del axioma, como a veces se hace, de que existe una especial obligación de no trabajar cuando se disfruta la excedencia para cuidado de hijo. La libertad del trabajador, normalmente la mujer, que decide solicitar la excedencia para cuidado de hijo, está fuera de toda duda, gozando del derecho a trabajar en

otro empleo. Si se entendiera que la prohibición es absoluta, se privaría al trabajador/a de la posibilidad de obtener ingresos los cuales, obviamente, también contribuyen al cuidado del menor y a subvenir sus necesidades. De la misma forma, de aceptarse una prohibición total, se primaría sólo a los trabajadores más acomodados y a aquellos que, incluso sin trabajar, pueden acudir a una atención delegada bien contratada, bien por otro familiar, aunque formalmente y de cara a la empresa, aparezca como una atención directa.

No es posible, por ello, quedarse en la mera apariencia de la atención directa del menor. Tampoco en nuestra opinión es posible, o mejor dicho, no debemos ni legal ni judicialmente decidir cómo la mujer trabajadora (en la inmensa mayoría de los casos) debe atender al hijo, decidiendo por ella en qué momentos del día y cómo debe cuidar a su hijo o estar disponible para él, o si debe acudir a la figura de la reducción de jornada o de la excedencia, pues tal proceso nos lleva a afirmar, tal y como ya se ha hecho por el Tribunal, que durante la excedencia que examinamos la mujer (porque así lo revela la estadística) debe destinarse de forma exclusiva a la atención íntegra, total y directa del menor... Esta afirmación encierra una especie de disciplina social en virtud de la cual se controla el comportamiento de la persona, lo cual es especialmente grave cuando el control incide, de hecho, en el colectivo femenino, al que se marca unas pautas determinadas de comportamiento (atención íntegra, total y directa del hijo o del familiar) y al que se canaliza en una dirección determinada, viéndose privado de otras alternativas posibles, de tal forma que si no sigue aquéllas pautas, será sancionado.

Por ello, con esta nueva perspectiva, estimamos que la finalidad de la Ley, como destaca el TS en el auto citado por el recurrente es, sencillamente, la de facilitar a los trabajadores el cuidado de los hijos menores o en su caso, de otros familiares.

En consecuencia, si durante la excedencia se trabaja para otra empresa, no hay por qué entender que lo que desde el principio se pretendía era probar suerte en otro empleo aprovechando las ventajas que la cobertura de estas excedencias otorgan a la mujer trabajadora (página 8 final, del recurso). En primer lugar, porque hay que presumir que los derechos se ejercitan de buena fe. En segundo lugar, porque hay que examinar si las nuevas condiciones de trabajo facilitan en cierta medida el cuidado del hijo. Si no consta ninguna facilidad añadida en relación con el otro empleo, objetivamente acreditada, como un menor o más adecuado horario, menor distancia, prestación flexible etc., obvio es que hay que dar la razón a la empresa que otorga la excedencia, pues la misma asume importantes obligaciones y su interés es igualmente digno de protección.

Ahora bien, si se aprecia que el nuevo trabajo, desde un punto de vista razonable y objetivo, facilita de alguna forma el cuidado del hijo no cabe, en nuestra opinión, apreciar incumplimiento alguno por parte del trabajador. En efecto, a veces una pequeña mejora en las condiciones de trabajo puede implicar un cambio sustantivo para la conciliación vida-trabajo.”

Segundo. Por ello existen también resoluciones que se pronuncian en sentido negativo, cuando queda acreditado el abuso de derecho en el ejercicio de la excedencia, podemos citar la **sentencia del TSJ de Madrid de 27 de marzo 2006, Rec. 6086/05**, en la que se confirma la negativa de la empresa de conceder una excedencia para el cuidado de hijos al trabajador con inmediatez al reingreso que se iba a producir una vez concluida la excedencia voluntaria de la que disfrutaba y durante la cual el trabajador había prestado servicios a tiempo completo en otra empresa. Considera

el TSJ que el motivo de esta solicitud de excedencia no era atender al cuidado del menor, sino conservar de manera acumulada los dos puestos de trabajo.

Y la **sentencia del TSJ de Cantabria de 12 de julio 2006, Rec. 580/06, (Arz. 2434/06)**, en la que se declara la procedencia del despido cuando el trabajador solicitó una excedencia por cuidado de hijos, quedando acreditado que su objeto fue la apertura de un establecimiento comercial y el inicio de una actividad profesional por cuenta propia durante dos años, con la garantía de poder volver a su antiguo empleo en cualquier momento.

Más restrictiva parece, sin embargo, la **sentencia del TSJ del País Vasco de 26 de febrero 2008, Rec. 3076/07, (Arz. 1119/08)**. En la que se señala que el trabajador *“En lugar de usar la excedencia para su fin, aprovechó para comenzar a trabajar a tiempo parcial en otra empresa que, además, era competencia de la ahora demandada. Si lo que pretendía el trabajador era trabajar para otra empresa que le ofrecía un horario adecuado para coordinarse con su esposa en el cuidado de hijo menor, debió pedir la modificación del horario o la reducción de jornada para el cuidado del hijo, o la excedencia voluntaria en último caso.”* No obstante, cuenta esta sentencia con un voto particular en el que se viene a señalar que *“el nuevo horario matutino propicia una mejor articulación entre el tiempo de trabajo y el dedicado a la atención familiar, a la vez que evita el sacrificio retributivo que impone la succión de jornada. Por el contrario un rechazo a la anterior posibilidad imputa en exclusiva a la reducción de jornada todas las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral, sin reparar en que esa alternativa no esta al alcance de todas las familiar, debido al sacrificio que comporta.* En defecto, de esta tesis, dispone el voto partícula que, si juicio de la opinión mayoritaria del Tribunal la situación en la que se coloca el trabajador viene a ser una excedencia voluntaria, a la cual también tiene derecho el trabajador, el empresario debería haber asignado dicho carácter a esa excedencia.

Y la **sentencia del TSJ de Madrid de 2 de diciembre 2008, REc. 4435/08, (Arz. Jur. 103470)**, que declara la procedencia del despido del trabajador, recepcionista de hotel, el mismo día en que inicia un período de excedencia por cuidado de hijos, suscribe contrato de trabajo como recepcionista con otra empresa hotelera de al misma ciudad.

III. SOBRE LA LEGALIDAD DE LOS ACUERDOS O PACTOS DE NO REALIZACIÓN DE TRABAJOS DURANTE EL TIEMPO DE EXCEDENCIA POR CUIDADO DE HIJO O FAMILIARES.

Una última cuestión por analizar es la relativa a la validez de los pactos suscritos entre trabajador y empresario con motivo de la excedencia por cuidado de hijo, en los que se impone al trabajador la obligación de no realizar actividad laboral alguna durante el tiempo que se prolongue la excedencia.

Como se desprende de lo señalado hasta el momento, la excedencia se erige en un derecho subjetivo de titularidad exclusiva del trabajador, y de carácter irrenunciable. Dicho carácter de irrenunciabilidad, no se extiende exclusivamente a la opción de su disfrute, sino a todo el contenido de la excedencia, a los términos, condiciones y en general demás derechos anexos a la excedencia por cuidado de hijo y familiares.

De este modo, no puede haber más limite en el ejercicio del derecho que los ya señalados relativos al principio de buena fe en su disfrute, y al de la competencia desleal; queda por tanto, vedada toda posibilidad del empresario de imponer condiciones que puedan restringir la configuración normativa de la excedencia por cuidado de hijos o

familiares. Por ello, y para el caso en que tales condicionantes hubieran sido establecidos por el empresario, deberán refutarse nulos y sin efecto, a pesar incluso de que el trabajador haya dado su anuencia a los mismos.

En este sentido, se pronunció la ya citada **sentencia del TSJ de Cantabria de 12 de julio 2006, Rec. 580/06, (Arz. 2434/06)**. El trabajador era Jefe de Sección de Pescadería en una cadena de supermercados. Solicitada la excedencia para el cuidado de un hijo la empresa la concede, si bien la condiciona a que no se presten servicios para otra Compañía de la misma actividad, en cuyo caso la excedencia quedaría sin efecto, y el contrato se entendería extinguido por propia voluntad del trabajador. Durante el período de excedencia, el trabajador abrió un establecimiento propio de venta de pescado. Solicitado el reingreso la empresa lo deniega, alegando la vulneración del compromiso contraído de no concurrencia desleal. En la vía judicial, se termina por declarar la procedencia del despido; pero no en base a las condiciones de disfrute de la excedencia impuestas por la empresa, o a la posible competencia desleal que no ha ocurrido, sino al disfrute de la excedencia para una finalidad distinta al cuidado del hijo.

Con relación a validez de las condiciones restrictivas de disfrute de la excedencia dice el TSJ que:

“la excedencia por cuidado de hijos es un derecho subjetivo del trabajador, tal como recuerda la STC núm. 203/2000, de 24 de julio de 2000 (RTC 2000, 203), (F.J. cuarto) cuando indica 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 de la CE [RCL 1978, 2836]), 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 C.E)», por tanto, aunque su ejercicio es voluntario para el trabajador, resulta de forzosa concesión para el empresario o, como advierte una antigua doctrina (STCT de 22 de noviembre de 1982), «constituye al trabajador en excedencia su declaración de voluntad en tal sentido dirigida al empresario, no la respuesta de este»; en otras palabras, la empresa no se halla facultada para supeditar su concesión al cumplimiento de determinadas condiciones por el trabajador y, si como al presente sucede, se trata de imponer algún límite que exceda de los propios límites legales, habrá que tenerlo por no puesto al tratarse de un derecho irrenunciable para el trabajador «ex» art. 3.5 del ET (RCL 1995, 997)...”

Por lo que se refiere a la apreciación de la competencia desleal, el TSJ señala que conforme a la doctrina del TS que cita, la competencia desleal exige incidir en un mismo ámbito de mercado, en disputa por el mismo potencial de clientes, lo que no acontece en el presente supuesto, donde el negocio del trabajador y el de la empresa para la que prestó servicios, se encontraban en localidades distintas:

“la clientela la que se dirigen uno y otro establecimiento se encuentra totalmente diferenciada y distante entre si; en el caso del supermercado sus clientes potenciales serán los habitantes del centro urbano de Santander y en el caso de la pescadería los vecinos de Torrelavega, una población sin puerto de mar y a más de 26 kilómetros de distancia de la anterior, por lo que tratándose de un producto perecedero, no cabe racionalmente presumir que la apertura de la pescadería haya podido incidir, desviando clientes, en el segmento comercial atendido por el supermercado, cuando, además, no existe prueba ninguna en los autos que permita sospechar la existencia de supermercados de la misma cadena en la población de Torrelavega.” ♦

La discutida aplicación de los permisos contenidos en el Estatuto Básico del Empleado Público al personal laboral de las Administraciones Públicas

ANA CANO INIESTA

Gabinete de Estudios Jurídicos de CC.OO.

Desde la entrada en vigor del EBEP son muchas las dudas generadas en relación a si las previsiones contenidas en el Capítulo V del mismo, en relación a los permisos, resultan de aplicación al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas, ya que no existe entre la doctrina una posición unánime, surgiendo así dudas interpretativas, más concretamente respecto del art. 48 EBEP.

Una parte de la doctrina sostiene su no aplicación, salvo que de forma expresa se contemplen en los Convenios Colectivos; por el contrario, otro sector se mantiene en su aplicación directa, a tenor del contenido del artículo 51 del mismo texto legal.

El resultado de este Estudio se centra en poner de manifiesto ambas posiciones.

PRINCIPIOS GENERALES CONTENIDOS EN EL EBEP EN RELACIÓN A LAS RELACIONES DE EMPLEO PÚBLICO

El Estatuto Básico del Empleado Público aprobado por Ley 7/2007, de 12 de abril, se corresponde con la determinación de las bases en cuanto a la legislación laboral se refiere, a las que el art. 149.1.7^a de la Constitución, alude como una competencia exclusiva del Estado. En este sentido, lo determina, bajo la denominación de “habilitación competencial”, la Disposición Final Primera del Estatuto Básico.

Así pues, el Estatuto Básico nace con la vocación y constituye, tal y como dispone en su Exposición de Motivos la norma que “...establece los principios generales aplicables al conjunto de las relaciones de empleo público...” y “...contiene aquello que es común al conjunto de los funcionarios de todas las Administraciones Públicas, más las normas legales específicas aplicables al personal laboral a su servicio...”.

Por consiguiente, las normas reguladoras de los empleados públicos en ámbitos más específicos, deberán, atender al contenido del Estatuto Básico en los términos en que éste lo disponga, constituyendo aquellas, en lo que así se determine, desarrollo de tales bases.

En este sentido, la propia Exposición de Motivos señala “...En desarrollo de este Estatuto Básico, el legislador estatal y el de las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, habrán de aprobar o modificar las leyes de la función pública de sus Administraciones, así como las normas aplicables a la Adminis-

tración local, respetando en este último caso la autonomía organizativa de las entidades locales. Dichas leyes podrán ser, asimismo, generales o referirse a sectores específicos de la función pública que lo requieran. (...) Por lo que se refiere al personal laboral, en lo no dispuesto por el Estatuto Básico, que regula las especialidades del empleo público de esta naturaleza, habrá de aplicarse la legislación laboral común. La negociación colectiva de los funcionarios públicos y del personal laboral, en los términos que contempla el presente Estatuto, habrá de contribuir finalmente a concretar las condiciones de empleo de todo el personal al servicio de la Administración, como ya sucede en la actualidad”.

Lo expuesto, tiene su reflejo en el propio texto normativo del Estatuto Básico. El punto 1º del art. 2 de la Ley 7/2007, al definir el ámbito de aplicación del Estatuto señala que se aplicará en lo que proceda al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas, entre otras, las Administraciones de las Entidades Locales; y más concretamente en el art. 7 se dice *“el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas se rige, además de por la legislación laboral y por las demás normas convencionalmente aplicables, por los preceptos de este Estatuto que así lo dispongan”.*

DE LOS DERECHOS Y DEBERES DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS. ESPECIAL REFERENCIA A LA APLICACIÓN DE LOS PERMISOS CONTENIDOS EN EL CAPÍTULO V AL PERSONAL LABORAL.

Primero. El Título III del Estatuto viene referido entre otros a los “Derechos y Deberes”, conteniéndose en su Capítulo V el “Derecho a la jornada de trabajo, permisos y vacaciones” artículos 47 a 51.

El Estatuto estructura el contenido de los diferentes permisos en tres bloques diferenciados:

A) El art. 48.1 dispone un elenco de permiso de los funcionarios públicos, en el que se hace mención a sus causas, duración y efectos. No obstante, esta articulación de permisos se establece con carácter supletorio respecto de lo que determine cada Administración. Así se dispone al inicio de la redacción del precepto 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...”*

Por consiguiente, sólo cuando la concreta Administración Pública no haya diseñado un sistema de permisos para los funcionarios públicos a su servicio, entrará en juego y podrá aplicarse directamente el conjunto de permisos dispuestos por el art. 48.1 del Estatuto Básico.

B) Conclusión distinta es a la que cabe llegar en relación a los días de libre disposición regulados en el apartado 2 del art. 48 y, que conforme cabe desprenderse de la interpretación de la norma, serán de aplicación directa a todos los funcionarios públicos. Así dice el citado apartado *“Además de los días de libre disposición establecidos por cada Administración Pública, los funcionarios tendrán derecho al disfrute de dos días adicionales al cumplir el sexto trienio, incrementándose en un día adicional por cada trienio cumplido a partir del octavo”.*

En definitiva, al margen de lo que pueda disponer cada Administración Pública en materia de permisos, en todo el personal funcionario a su servicio tendrá derecho a los días de libre disposición recogidos en el art. 48.2 del Estatuto Básico, pudiendo acudirse di-

rectamente a lo previsto en dicha norma para reclamar el reconocimiento de tales días de permiso.

C) Finalmente, el Estatuto Básico en su art. 49 hace referencia a lo que denomina permisos por motivos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral y por razón de violencia de género. Incluyendo en este grupo al permiso por parto, el permiso por adopción, el permiso de paternidad y el permiso por razón de violencia de género.

La regulación de estos permisos se concibe como una plataforma de mínimos, que será de aplicación directa en caso de no haber sido regulados de manera expresa por la normativa de cada Administración Pública, o bien cuando a pesar de haber sido regulados por la citada normativa, se haya hecho en unas condiciones inferiores a las dispuestas en el Estatuto Básico del Empleado Públicos.

En concreto, señala el citado art. 49 que *“En todo caso se concederán los siguientes permisos con las correspondientes condiciones mínimas...”*.

Recordar que la Disposición Final Cuarta, apartado 3 del EBEP, relativa a la entrada en vigor de la Ley establece expresamente la vigencia de todas las normas reguladoras del personal existente en cada Administración Pública, en tanto no se opongan a lo establecido en el presente Estatuto Básico. Así dice literalmente *“Hasta que se dicten las Leyes de la Función Pública y las normas reglamentarias de desarrollo se mantendrán en vigor en cada Administración Pública las normas vigentes sobre ordenación planificación y gestión de recursos humanos en tanto no se opongan a lo establecido en el presente Estatuto”*.

Se ordena así la vigencia de todas las normas reguladoras del personal en cada Administración Pública, con independencia de su rango normativo (leyes, reglamentos, acuerdos marco o convenios, disposiciones administrativas de carácter general, etc.), con una sola condición: que no contradigan lo establecido en el Estatuto Básico.

Segundo. Por lo que al **Personal Laboral** se refiere, el art. 51 señala expresamente que *“...se estará a lo establecido en este Capítulo y en la legislación laboral correspondiente”*. De ello se infiere que habrá que estar a lo establecido en los arts. 47 a 51 del EBEP y en la legislación laboral, esto es, Estatuto de los Trabajadores.

Dice la **Sentencia del TSJ de País Vasco, Sentencia de 28 octubre 2008 [JUR 2008\387830]**:

“... el tenor literal del artículo 51 del Estatuto (RCL 2007, 768) debatido es claro al ordenar que, en lo que concierne al régimen de permisos del personal laboral, se estará a lo dispuesto en el Capítulo V del Estatuto y en la legislación laboral, con-figurando así una relación de complementariedad, en armonía con lo dispuesto en el artículo 7 del propio Estatuto, conforme al cual <<el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas se rige, además de por la legislación laboral y por las demás normas convencionalmente aplicables, por los preceptos de este Estatuto que así lo dispongan>>”.

La reciente doctrina ha señalado los problemas que pueden plantearse en torno a su aplicación, habida cuenta que, tal y como señala **Castillo Blanco F.A, Palomar Olmeda A, Sala Franco T, Sánchez Morón M. en su obra Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público. Editorial Lex Nova. Julio 2007. Pág. 128**, se está *“dejando en el aire cuál de las dos legislaciones prevalecerá cuando ambas no sean coincidentes o se contradigan abiertamente”*.

Para contribuir a su solución se dictó la Resolución de 21 de junio de 2007, de la Secretaría General para la Administración Pública, por la que se publican las Instrucciones, de 5 de junio de 2007, para la aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público en el ámbito de la Administración General del Estado y sus organismos públicos, publicada en el BOE núm. 150, de 23 de junio de 2007.

Así, en el núm. 5 se señalan las “Normas del EBEP aplicables al personal laboral (artículo 7)” que se inicia diciendo que *“El artículo 7 establece el sistema de fuentes aplicables al personal laboral, ordenando que se rige: <<además de por la legislación laboral y por las demás normas convencionalmente aplicables, por los preceptos de este Estatuto que así lo dispongan>>”*. Añadiéndose que –en todo caso– serán de directa aplicación las normas del EBEP que se relacionan en dicho núm. 5 relativas al personal laboral –funciones que puede desempeñar el personal laboral, acceso al empleo público del personal laboral, composición de los órganos de selección, régimen disciplinario del personal laboral, despido improcedente, promoción del personal laboral fijo a la condición de funcionario, provisión de puestos de trabajo y movilidad y, situaciones del personal laboral.

Y, en el núm. 7 referido a “Permisos y vacaciones (artículos 48-51)” se dice expresamente que los nuevos supuestos de permisos que se añaden, son comunes para el personal funcionario y el laboral.

Así lo corrobora la **STSJ Madrid, Sentencia núm. 597/2008 de 21 julio, [JUR 2008\290613]**, en la que se declara el derecho de las trabajadoras de la empresa Boletín Oficial del Estado, afectadas al disfrute de dos días adicionales de libre disposición, sobre los ya estipulados en los apartados f) y g) del art. 41 del vigente convenio colectivo al cumplir el sexto trienio incrementándose tal permiso en un día adicional por cada trienio cumplido a partir del octavo, pues ha de interpretarse que el derecho establecido en el art. 48.2 es directamente aplicable al personal laboral.

Y en este sentido también se pronuncian los Criterios para la aplicación del EBEP en el ámbito de la Administración Local; sin embargo, el criterio 2.6 “Permisos, licencias y vacaciones (artículos 48-51)” señala que los permisos establecidos en el artículo 48 lo serán <<en defecto de legislación aplicable>> y concreta que ha de entenderse por legislación aplicable los acuerdos, convenidos u otros instrumentos negociables.

No compartimos este criterio expuesto, por cuanto que la única legislación aplicable al personal laboral es la estatal, y en este sentido, el Estatuto de los Trabajadores puede contemplar otros permisos superiores a los recogidos en el Estatuto Básico del Empleado Público, siendo así que tanto la legislación laboral (ET) como el EBEP son normas mínimas que todo Convenio Colectivo ha de respetar.

DOCTRINA JUDICIAL FAVORABLE

En relación a lo que ha de entenderse por “legislación aplicable”, hacemos mención de la **Sentencia del TSJ del País Vasco de 7 octubre 2008 [AS 2008\2693]**, que viene a confirmar la Sentencia de instancia que declaró el derecho a disfrutar del permiso de seis días por asuntos particulares que regula el EBEP, por entender que se trata de una legislación básica que mejora el convenio colectivo de trabajo para el personal laboral de las instituciones locales vascas. Dice así:

“...la misma jurisprudencia que señala aquella naturaleza doble o mixta del convenio colectivo, señala también que el mismo ha de atener al derecho necesario fijado por Ley, no pudiendo soslayarlo o infringirlo.

La sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de fecha 24 de noviembre de 2003, recurso 19/03 (RJ 2004, 2104), sintetiza tales ideas al decir: <<En el a veces difícil equilibrio entre la Ley y el convenio, parece claro que la Ley, de carácter necesario -e incluso el Reglamento del mismo carácter- debe predominar sobre las normas paccionadas, en el sentido de que estas no pueden establecer condiciones menos beneficiosas para los trabajadores que las legales>>...

...El artículo 37.1 de la Constitución (RCL 1978, 2836) no se vulnera por la entrada en vigor de una Ley que repercuta sobre los convenios colectivos que estén entonces vigentes. Aunque la negociación colectiva descansa y se fundamenta en la Constitución (artículo 37.1), de esta misma se deriva la mayor jerarquía de la Ley sobre el convenio, como se desprende de su artículo 7, que sujeta a los destinatarios del mismo, sindicatos de trabajadores y organizaciones empresariales, a lo dispuesto en la ley. Como dijo la citada Sentencia 58/1985 (RTC 1985, 58), “la integración de los convenios colectivos en el sistema formal de fuentes del Derecho, resultado del principio de unidad del ordenamiento jurídico, supone... el respeto por la norma pactada del derecho necesario establecido por la Ley, que, en razón de la superior posición que ocupa en la jerarquía normativa, puede desplegar una virtualidad limitadora de la negociación colectiva y puede, igualmente, de forma excepcional reservarse para sí determinadas materias que quedan excluidas, por tanto, de la contratación colectiva”>>.

B.- Pues bien, consideramos que es a tal normativa de rango superior a la que se refiere el artículo 48.1 citado cuando se refiere al término “legislación”.

La expresión utilizada en el EBEP (RCL 2007, 768) -“en defecto de legislación aplicable”- no cabe considerar que se refiera a convenios colectivos, como el alegado por la demandada recurrente, sino que se refiere a los casos en que no existan normas legales de desarrollo de aquella normativa básica o “de mínimos” que el nuevo Estatuto del Empleado Público instaure como Ley básica en relación a los funcionarios públicos, susceptible de desarrollo, según se ha dicho.

En cuanto a laborales, ya se ha dicho cuál es el régimen legal que se prevé en el artículo 7, debiendo recordarse la reserva competencial del Estado en cuanto a su regulación.

Por lo que hace al argumento relativo a que si cabe negociar sistemas de permisos en el ámbito de la negociación colectiva de los empleados públicos, a la luz de lo dispuesto en el artículo 37 del propio EBEP, se ha de afirmar que ello es así (artículo 37 número 1 punto m), pero que el propio 37 punto 1 señala que tal negociación tendrá el alcance que legalmente proceda, lo que comporta que por vía de negociación colectiva no pueden pactarse condiciones que no respeten el umbral mínimo establecido y garantizado por la ley.

Una de las aspiraciones de la EBEP, según se deduce de leer su Exposición de Motivos, es disminuir las diferencias entre el régimen jurídico funcional y el laboral de las Administraciones Públicas. De las más claras manifestaciones de esa tendencia igualitaria es precisamente la materia de la negociación colectiva, en donde tiene su asiento el artículo 37 citado. Ello no impide que tal negociación colectiva, pretendidamente aunando ambos regímenes desde el punto de vista de los empleados de la Administración Pública, sea libre, sino que se ha de atener al alcance legal que proceda, según lo dicho.

En el mismo sentido, para el caso de nuevos acuerdos o pactos que puedan afectar a

disposiciones de la índole de que tratamos en este apartado, se ha de citar el artículo 38 punto 3 del EBEP.

En este caso, el supuesto de hecho es distinto: no hay un nuevo pacto o acuerdo, sino un convenio colectivo laboral vigente, irrumpiendo en su vigencia una Ley que modifica aspectos allí pactados y que entendemos ha de ser respetada, dada su condición y contenido.

Abundando en las anteriores líneas: al igual que el UDALHITZ mantenía plena eficacia en materia de permisos porque mejoraba para los trabajadores el mínimo de derecho necesario que suponía el artículo 37 punto 3 del Estatuto de los Trabajadores (RCL 1995, 997), deja de tenerla cuando el nuevo derecho necesario mínimo sobrepasa aquellos derechos que tal convenio colectivo preveía sobre similar cuestión.

6.- En orden al argumento de autoridad que esgrime la recurrente, relativo a que unos “Criterios para la aplicación del EBEP (RCL 2007, 768) en el ámbito de la Administración Local, según el cual, incluiría dentro del concepto de “legislación aplicable” los acuerdos, convenios u otros instrumentos negociales.

Es cierto que así se dispone en su punto 2 apartado 6. Pero tal punto 2 no se refiere al personal laboral, como es nuestro caso, sino a personal funcionario propio de las entidades locales, siendo que el punto 4, que es el que se refiere a personal laboral, guarda silencio. De otra parte, tal resolución está suscrita por dos Directoras Generales y no consta publicada.

Lo que si consta publicado es, en el B.O.E. de fecha 23 de junio de 2007, una Resolución de 21 de junio de 2007 (RCL 2007, 1226), de la Secretaría General para la Administración Pública, por la que se publican las Instrucciones, de 5 de junio de 2007, para la aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público en el ámbito de la Administración General del Estado y sus organismos públicos.

En la misma se considera inmediatamente vigente el citado capítulo V del EBEP, señalándose el régimen de los laborales y la ampliación de permisos que supone la misma Ley, debiendo considerarse que no se hace especial mención a esos seis días, como resalta la recurrente, lo que sin duda guardan relación con la previa resolución de dicha Secretaría de resolución de 20 de diciembre de 2005, (B.O.E. de 27 de diciembre de 2005 [RCL 2005, 2535]) que ya fijaba tal derecho en el ámbito de la Administración General del Estado, producto de la negociación colectiva (punto 9).

Consideramos que la interpretación que se realiza en tal Instrucción es armónica con la que hemos desarrollado y que en este punto, lo que hace el EBEP es dar contenido legal a aquel derecho convencional fijado solo para un sector del personal de la Administración Pública...”

También son relevantes las **Sentencias** del mismo **TSJ País Vasco**:

- **Sentencia de 17 febrero 2009, Rec. 2930/08 [AS 2009\2011]**, sobre permiso por asuntos propios, que desestima el recurso formulado por RENFE-Operadora, declarando así el derecho de los trabajadores a disfrutar de un permiso de dos días, conforme al EBEP.

- **Sentencia núm. 2831/2008 de 25 noviembre [AS 2009\973]**, que concluye que el artículo 49.1 K) del Estatuto (ha de entenderse el 48.1 k) constituye, respecto del mismo, un mínimo de derecho necesario indisponible por la negociación colectiva que, con arreglo al sistema de fuentes del artículo 3.1 del ET y por tanto se impone de forma

directa e inmediata a lo estipulado en los pactos o acuerdos colectivos previamente firmados por sus representantes; e igualmente si a efectos meramente dialécticos, se entendiese que la remisión del artículo 51 al Capítulo V, alcanza también a la cláusula de supletoriedad del párrafo primero del artículo 48.1, no podría llegarse a solución diferente, pues, la expresión “legislación aplicable” ha de ser entendida en sentido estricto, no comprendiendo los Convenios Colectivos. *“Así resulta no sólo de una interpretación literal, lógica y finalista de la norma, sino de una exégesis sistemática, en tanto que, de un lado, los artículos 7 y 27 distinguen la legislación laboral de las normas convencionalmente aplicables y, de otro, el artículo 15 d), al hacer referencia a la <<legislación aplicable>>, alude a las disposiciones con rango legal.”*

- Sentencia de 9 junio 2009 [JUR 2009\370676]. Esta resolución, pese a mantener el criterio que venimos exponiendo, contiene un Voto Particular que formula el Ilmo. Sr. Magistrado D. Pablo Sesma de Luis, y que entendía que el recurso formulado por el Gobierno Autónomo debía haber sido estimado, por cuanto que *“... no es la Ley 6/89 lo relevante, sino la circunstancia de que, en coherencia con la remisión que para la regulación de las relaciones laborales hace la Ley 7/2007, el demandante se halla sometido al ámbito del convenio colectivo de colectivos laborales al servicio de la comunidad autónoma. Se trata, por tanto, de una norma pactada colectivamente, de evidente naturaleza laboral, destinada a ser aplicada a los trabajadores. Lo que ese convenio colectivo reconozca en materia de permisos será a lo que el demandante tenga derecho. No le asiste, por ello, la posibilidad del espiguelo, es decir, no puede beneficiarse a la vez de los derechos que le reconoce el convenio colectivo y, en lo que éste guarde silencio, ampararse en la Ley 7/2007.”*

Reseñar igualmente por su contenido la Sentencia de 2 junio 2009 [JUR 2009\371054]; Sentencia de 21 julio 2009 [JUR 2009\499231]; Sentencia núm. 1798/2008 de 1 julio [JUR 2008\390353]; Sentencia de 28 abril 2009 [JUR 2009\321066] y Sentencia núm. 1798/2008 de 1 julio. [JUR 2008\390353]

E igualmente, la **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de País Vasco, núm. 2856/2008 de 25 noviembre [JUR 2009\201987]**, que señala en relación al permiso por asuntos particulares, que hay que aplicar el régimen de licencias por asuntos particulares que contempla el art. 48.1 k) EBEP al personal laboral *“sin que la existencia de una regulación convencional excluya esa aplicación por cuanto que la establecida en los convenios colectivos no es de índole legal.”*

De la doctrina de Suplicación en la **Comunidad Valenciana**, destacamos la **Sentencia del TSJ núm. 1690/2009 de 21 mayo [AS 2009\2612]**, en la que se desestima el recurso formulado por el Consorcio Hospital General Universitario de Valencia, confirmando la Sentencia de instancia (del Juzgado Social nº 7 de Valencia [AS 2008\2257]), y en la que viene a concretar que el artículo 48.f) del EBEP sí es aplicable al personal laboral, *“por lo que si bien el párrafo segundo del art. 37.4 del ET dice, <<La mujer, por su voluntad, podrá sustituir este derecho por una reducción de su jornada en media hora con la misma finalidad o acumularlo en jornadas completas en los términos previstos en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso, lo establecido en aquélla>>, ello no obsta a la aplicación del referido art. 48 f), pues ambos preceptos prevén el derecho a la sustitución del tiempo de lactancia por un permiso que acumule el tiempo en jornadas completas, y como se ha dicho la Instrucción de 5 de junio de 2007, establece que es aplicable al personal laboral la sustitución del tiempo de lactancia por un permiso retribuido que acumule en jornadas completas el tiempo correspondiente. Procediendo, en atención a lo expuesto, desestimar el recurso y confirmar la sentencia de instancia.”*

Del **TSJ de Madrid**, la **Sentencia núm. 597/2008 de 21 julio [JUR 2008\290613]** viene a aplicar el mismo criterio que los anteriores, por cuanto revoca la sentencia de instancia y declara el derecho de las trabajadoras afectadas al disfrute de dos días adicionales de libre disposición, sobre los ya estipulados en los apartados f) y g) del art. 41 del Convenio Colectivo de aplicación, al cumplir el sexto trienio incrementándose tal permiso en un día adicional por cada trienio cumplido a partir del octavo pues la expresión contenida en el artículo 51 EBEP referida a la “legislación laboral correspondiente” no implica una remisión a la negociación colectiva que subordine la aplicación del art. 48 a la modificación del convenio.

DOCTRINA JUDICIAL EN CONTRA

Por el contrario, en contra de la aplicación de los permisos contenidos en el artículo 48 del EBEP (en especial sobre el permiso de asuntos particulares contenido en el art. 48 k) viene pronunciándose el **Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León/Burgos**. A modo de ejemplo, podemos citar la **Sentencia núm. 725/2008 de 11 diciembre [JUR 2009\144042]**, pues parte de una interpretación literal del art. 51 EBEP y por ello entiende que, cuando se remite a la legislación laboral, para la determinación de los permisos, se ha de estar con carácter general a lo regulado en el Estatuto de los Trabajadores, y al Convenio colectivo de aplicación.

En idénticos términos las Sentencias núm. 687/2008 de 4 diciembre [JUR 2009\103086], núm. 688/2008 de 4 diciembre [JUR 2009\103085]; núm. 669/2008 de 27 noviembre [JUR 2009\103922]; núm. 620/2008 de 6 noviembre [JUR 2009\120076]; núm. 565/2008 de 22 octubre [JUR 2008\359411] y núm. 568/2008 de 22 octubre [JUR 2008\359409].

También la **Sentencia del mismo TSJ, núm. 652/2008 de 20 noviembre [AS 2009\583]**, alega para la inaplicación de los permisos contenidos en el EBEP que el Tribunal Supremo ha venido considerando que en los convenios colectivos no existe necesariamente vulneración de la legalidad, cuando se establece una peor condición a un determinado colectivo sobre otro, ya que siendo éste fruto de la negociación colectiva, si los negociadores establecen unos determinados permisos y no otros, en uso de la autonomía de la voluntad, en razón de las categorías profesionales y de las necesidades sociales, la cláusula concreta negociada convencionalmente ha de ser entendida conforme a la Ley.

Por su parte, el **Tribunal Supremo, en su reciente Sentencia de 8 junio 2009 [RJ 2009\4170]**, señala que, aun cuando el artículo 51 EBEP dispone que para el régimen de jornada de trabajo, permisos y vacaciones del personal laboral “*se estará a lo establecido en este Capítulo y en la legislación laboral correspondiente*”, no se establece ninguna jerarquización entre los dos tipos de normas reguladoras del tema relativo al disfrute de un número determinado de días de libre disposición, por lo que deberá estarse a la regla general ex art. 7 EBEP (“El personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas se rige, además de por la legislación laboral y por las demás normas convencionalmente aplicables, por los preceptos de este Estatuto que así lo dispongan”). Su FJ Quinto, concluye que “*...del art. 51 EBEP y de la remisión que efectúa para el régimen de permisos del personal laboral <<a lo establecido en este Capítulo y en la legislación laboral correspondiente>> no entendemos que se pueda interpretar que deba ser aplicada en todo caso y con preferencia absoluta la normativa estatutaria sobre la convencional en materia de permisos.*”

DIFERENTES POSTURAS DE LA DOCTRINA CIENTÍFICA

También la doctrina científica no tiene un criterio claro a la hora de concretar si los permisos contenidos en el EBEP son o no de aplicación al personal laboral.

De este modo, **Castillo Blanco, op. Cit., en pág. 325**, y más concretamente en relación a la aplicación del Capítulo V EBEP al personal laboral, manifiesta que *“De entrada y a mi juicio de forma no completamente satisfactoria, no establece una aplicabilidad común de estas materias a todo tipo de personal, aunque fuese con carácter de mínimos, sino que establece una vaga fórmula respecto del personal laboral, ya que en el artículo 51 declara que para el régimen de jornada de trabajo, permisos y vacaciones del personal laboral se estará a lo establecido en este capítulo y en la legislación laboral correspondiente, lo que es una fórmula notoriamente imprecisa que no aclara exactamente el alcance de la normativa contenida en el EBEP. Nótese que no se establece con claridad la aplicabilidad de dichas previsiones a este tipo de personal, aunque ciertamente haya que presumirlo dada la dinámica de la negociación colectiva en el sector público, y que hay una remisión, ésta sí clara, a la legislación laboral correspondiente. Y a ello habría que añadir que todos los preceptos establecidos en este capítulo aclaran específicamente que se refieren a los funcionarios públicos. Abre, por consiguiente, una razonable duda de la legislación aplicable cuando existan divergencias entre lo dispuesto en el EBEP y la legislación laboral.”*

Por su parte **Lucía Dans Álvarez de Sotomayor en “Permisos del Empleado Público: Impacto de la Ley 7/2007, de 12 de abril, en la legislación autonómica”, pág. 172. Ponencia General del XIX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Colección Informes y Estudios, Serie RR.LL. nº 89, Volumen I**, viene a decir que tal y como viene redactado el artículo 51 del EBEP, no parece tener la entidad suficiente como para concluir que el artículo 48 sea de aplicación al personal laboral pues en todo momento este precepto habla “deliberada e insistentemente” de los permisos de funcionarios públicos y dado que tal y como expresa ese catálogo de permisos entra en juego sólo “en defecto de legislación aplicable”, dicho artículo no podrá ser extensible al personal laboral ya que este colectivo cuenta con su propia normativa reguladora, es decir, la misma que para el resto de trabajadores por cuenta ajena: Estatuto de los Trabajadores y Convenios Colectivos. Sin embargo, diferente criterio muestra en relación a la aplicación del art. 49 EBEP, pues entiende que su concesión se verificará “en todo caso” y, por tanto, también en aquellos casos en que los sujetos incurso en alguna de las situaciones contempladas por dicho artículo 49 estuviesen vinculados –mediante un contrato de trabajo– a cualquier administración pública incardinada dentro del ámbito de aplicación del EBEP.

Otra doctrina a la que hacemos referencia es la de **Ana I. Olmedo Gaya en “El nuevo régimen de los permisos y licencias de los Empleados Públicos”, contenido en la Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica nº 308, Sep-Dic 2008, del Ministerio de Administraciones Públicas, pág., 89**, donde mantiene que según el contenido del art. 51 sería de aplicación al personal laboral los arts. 48 a 50, si bien hace la matización de que sería directamente aplicable el art. 49 puesto que habla de “empleados públicos” en general y no así el art. 48 al referirse exclusivamente al colectivo de “funcionarios”. Por ello éste último sólo sería aplicable en el supuesto de que así estuviera expresamente establecido en sus normas laborales, legales o convencionales. Es decir, resalta el carácter supletorio del mismo, operando en defecto de normas legales o convencionales aplicables.

Isabel Gallego Córcoles, en el Capítulo “Derecho a la jornada de trabajo, permisos y vacaciones” contenida en el Libro Estatuto Básico del Emple-

ado Público. El Consultor de los Ayuntamientos. La Ley 2007, pág., 363, dice por su parte que el problema surge con el art. 48 al establecer que “en defecto de legislación aplicable...” y para el personal laboral la legislación a aplicar es el ET, de ahí que el artículo 51 no contenga una remisión en exclusiva al propio Estatuto de los Trabajadores, sino también lo haga a la “legislación laboral correspondiente”.

CONCLUSIONES

A modo de conclusión, podemos efectuar las siguientes consideraciones:

Con la entrada en vigor del Estatuto Básico del Empleado Público el Personal Laboral al servicio de las Administraciones Públicas, tal y como se establece en su art. 7 se regirá por la legislación laboral, por las normas convencionales aplicables –Convenios Colectivos, Acuerdos Marco- y, finalmente por los preceptos del Estatuto que así lo dispongan. Estos preceptos son los enumerados en el punto 5 de la Resolución de 21 de junio de 2007.

La normativa convencional reguladora en cada Administración Pública, recogida en Convenios Colectivos y Acuerdos Marco, que estuviere vigente en el momento de entrada en vigor del nuevo EBEP, mantendrá su vigencia en todo aquello que no se oponga al citado Estatuto Básico (Disposición Adicional 4^a, apartado 3^o).

El régimen de permisos retribuidos que se contenga en el Convenio Colectivo de aplicación al personal laboral de la Administración Pública correspondiente, continuará vigente. Ahora bien, si el Convenio no recogiese disposición alguna relativa a ellos o, no respetase el contenido mínimo señalado en el art. 48.1 del Estatuto, éste entraría en juego, aplicándose directamente el conjunto de permisos en él previsto. Otro tanto podría decirse en cuanto a los permisos recogidos en el art. 49 del Estatuto.

Con independencia de lo anterior, todos los empleados públicos tendrán derecho a los días de libre disposición recogidos en el art. 48.2 del EBEP, de manera que, además, de los días que por este concepto pueda contemplar el propio Convenio Colectivo, el personal laboral tendrá derecho a disfrutar de dos días adicionales al cumplir el sexto trienio, incrementándose en un día adicional por cada trienio cumplido a partir del octavo, pudiendo acudir directamente al precitado artículo para reclamar el reconocimiento de tales días de permiso. ◆

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público. Castillo Blanco F.A., Palomar Olmeda A, Sala Franco T, Sánchez Morón M. Editorial Lex Nova. Julio 2007

“Permisos del Empleado Público: Impacto de la Ley 7/2007, de 12 de abril, en la legislación autonómica”, Lucía Dans Álvarez de Sotomayor. Ponencia General del XIX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Colección Informes y Estudios, Serie RR.LL. n^o 89, Volumen I.

“El nuevo régimen de los permisos y licencias de los Empleados Públicos”, Ana I. Olmedo Gaya. Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica n^o 308, Sep-Dic 2008, del Ministerio de Administraciones Públicas.

“Derecho a la jornada de trabajo, permisos y vacaciones”, Isabel Gallego Córcoles. Estatuto Básico del Empleado Público. El Consultor de los Ayuntamientos. La Ley 2007.