



## EDITORIAL

En aquest butlletí us oferim l'habitual ressenya legislativa, així com dos nous comentaris jurisprudencials, el primer a càrrec de Carolina Gala relatiu a les prestacions per maternitat, i el segon de Josep Aldomà sobre la pròrroga en el servei actiu en relació amb la pensió de jubilació.

## LEGISLACIÓ

ORDRE EMO/168/2015, DE 25 DE MAIG, PER LA QUAL S'ESTABLEIX EL CALENDARI OFICIAL DE FESTES LABORALS PER A L'ANY 2016 ([accés al text](#))

S'estableixen 12 festes laborals a Catalunya per a l'any 2016. Es fixaran també, mitjançant una ordre del Departament d'Empresa i Ocupació, dues festes locals, retribuïdes i no recuperables, a proposta dels ajuntaments.

ORDEN ESS/1187/2015, DE 15 DE JUNIO, POR LA QUE SE DESARROLLA EL REAL DECRETO 625/2014, DE 18 DE JULIO, POR EL QUE SE REGULAN DETERMINADOS ASPECTOS DE LA GESTIÓN Y CONTROL DE LOS PROCESOS POR INCAPACIDAD TEMPORAL EN LOS PRIMEROS TRESCIENTOS SESENTA Y CINCO DIAS DE SU DURACIÓN ([accés al text](#))

Aquesta Ordre, que entrarà en vigor el proper 1 de desembre, disposa, entre d'altres aspectes, que els facultatius hauran de detallar en la baixa mèdica la durada estimada del procés. Aquesta podrà ser molt curta (inferior a 5 dies naturals), curta (de 5 a 30 dies naturals) mitjana (de 31 a 61 dies) o llarga (més de 61 dies). Quan el facultatiu consideri que es tracta d'un procés de durada estimada com a molt curta, podrà emetre la baixa i l'alta mèdica en el mateix acte.

## SENTÈNCIES

COMPATIBILITAT DE L'EXCEDÈNCIA PER CURA DE FILLS AMB UNA ACTIVITAT LABORAL I POSSIBILITAT D'ACCEDIR A UNA NOVA PRESTACIÓ PER MATERNITAT

STS de 10 de febrer de 2015, recurs 25/2014 ([accés al text](#))

Comentada per Carolina Gala

En aquesta sentència del TS es resolen dues qüestions vinculades amb l'excedència per cura de fills: 1) si és admissible o no el desenvolupament d'altres activitats laborals o professionals mentre perdura aquesta situació; i, 2) si és possible, durant el gaudi d'aquesta excedència, accedir a una prestació per maternitat pel naixement d'un nou fill.

En relació amb la primera qüestió, el dubte es planteja quan es constata que la treballadora que gaudia d'una excedència per cura del seu cinquè fill, conforme a allò previst en l'art. 46.3 ET, va causar alta en el règim especial de treballadors autònoms

per exercir una activitat professional que per les seves característiques, ubicació, horari, etc., li permetia la finalitat essencial de conciliar la cura del menor.

El problema que es planteja és determinar si resulta compatible gaudir d'una excedència d'aquest tipus i desenvolupar una activitat professional per compte propi, en poder interpretar-se que aquesta activitat resulta incompatible amb la cura d'un menor. El TS considera que és admissible el desenvolupament d'una activitat durant la situació d'excedència sempre que aquella resulti compatible amb l'adequada cura del fill, especialment tenint en compte que durant l'excedència ni es percep remuneració ni tampoc cap prestació a càrrec del sistema de Seguretat Social. No obstant això, cal constatar expressament que el tipus de treball, la seva ubicació, horari, etc., no impedeix cuidar adequadament del menor.

Així mateix, el Tribunal assenyala que la Llei no exigeix, durant l'excedència, una dedicació exclusiva a la cura dels fills o familiars i que resulta legítima l'aspiració d'obtenir alguns ingressos, sempre que l'activitat sigui compatible amb "una adequada cura del menor".

D'altra banda, el fet que es reconegui la compatibilitat entre l'excedència i el desenvolupament d'una activitat per compte propi, en règim de pluriactivitat, implica que la treballadora té dret a dues prestacions de maternitat, una a càrrec del règim general de la Seguretat Social i una altra a càrrec del règim especial de treballadors autònoms (art. 2.6 del *Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural*). Això també seria aplicable en cas de pluriocupació, però a càrrec del mateix règim de la Seguretat Social.

Respecte a la segona qüestió plantejada, el TS recorda que, conforme a l'art. 180 LGSS i la DA 4a.1 *Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo*, els 3 anys del període d'excedència es consideren cotitzats, entre altres prestacions a l'efecte de la prestació per maternitat; i a més, la treballadora es troba en situació assimilada a l'alta. Per tot això, tindrà dret a la prestació per maternitat prevista en l'art. 133 bis i següents LGSS.

Per contra, segons l'esmentada DA 4a.1, el treballador no es troba en situació assimilada a l'alta a l'efecte d'incapacitat temporal, maternitat i paternitat durant el temps d'excedència que excedeixi del període considerat com de cotització efectiva pel citat art. 180, és a dir, un cop esgotats els 3 anys previstos legalment.

Cal destacar que aquesta sentència se situa dins d'una línia jurisprudencial clarament favorable al gaudi de les mesures de conciliació de la vida laboral i familiar per part del personal laboral i funcionari.

## PRÒRROGA EN EL SERVEI ACTIU PER PODER CAUSAR DRET A LA PENSÍO DE JUBILACIÓ

STSJ de Catalunya de 4 de maig de 2014, recurs 215/2013 ([accés al text](#))

Comentada per Josep Aldomà

Un funcionari de la Generalitat de Catalunya va impugnar la resolució que declarava la seva jubilació forçosa per complir 65 anys i un mes d'edat (edat de jubilació prevista per l'any 2013). A l'interessat li faltaven uns mesos per tenir 35 anys cotitzats al règim general de la Seguretat Social. Malgrat això, ja li corresponia el 100% de la pensió màxima. El funcionari havia sol·licitat la pròrroga fins que la base reguladora de la prestació arribés al 100%, sol·licitud que l'Administració no va resoldre expressament.

La resolució del TSJ reconeix el dret del recurrent a prolongar la seva permanència en el servei actiu fins causar dret a una pensió contributiva del 100%.

Per justificar-ho, el TSJ utilitza dos arguments. En el primer fa seves les consideracions i la legislació en què es fonamenta la STS de 8 de març de 2010, recurs 1801/2006. En aquell cas, tractant-se de personal estatutari de les institucions sanitàries públiques, s'aplicava la DT 7a de la *Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud*, que estableix un règim transitori de jubilació i preveu que el personal estatutari fix que a l'entrada en vigor de la Llei hagués complert l'edat de 60 anys podrà prolongar voluntàriament l'edat de jubilació fins els 35 anys de cotització a la Seguretat Social, amb el límit màxim dels 70 anys d'edat.

Segons la STS invocada, una anàlisi sistemàtica dels antecedents legislatius conduïa a entendre que l'única finalitat de la norma transitòria era permetre assolir la cotització màxima de 35 anys, equivalent al 100% de la base reguladora, tot establint un dret subjectiu a satisfer aquests anys de cotització; dret subjectiu que s'integra en el dret fonamental previst en l'art. 23 de la *Constitución*, que no només afecta a l'accés a la funció pública d'acord amb els principis d'igualtat, capacitat i mèrit, sinó també al manteniment en la condició de funcionari.

El segon argument que utilitza la STSJ -connectat amb el primer- es troba en els arts. 1 i 2 del *Real Decreto-ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo*, que estableix la compatibilitat entre la percepció d'una pensió de jubilació i el treball, també pels funcionaris. Un requisit legal per a l'esmentada compatibilitat és que el percentatge aplicable a la respectiva base reguladora als efectes de determinar la quantia de la pensió ha d'arribar al 100%. Segons el TSJ, el recurrent no havia aconseguit el 100% de la base reguladora quan l'Administració li va denegar la pròrroga amb la jubilació consegüent, la qual cosa va afectar no només el percentatge màxim de la base reguladora de la pensió, sinó també al seu contingut o els seus efectes, en especial a la compatibilitat de la pensió amb l'exercici professional.

A partir dels arguments exposats, el TSJ conclou que la resolució administrativa impugnada ha vulnerat el dret del recurrent a romandre en el càrrec o funció pública perquè impedeix la pròrroga de l'edat de jubilació en els termes establerts en la *Llei 5/2012, del 20 de març, de mesures fiscals, financeres i administratives i de creació de l'impost sobre les estades en establiments turístics*, que és "fins a causar dret a la pensió de jubilació"; expressió que no es pot interpretar com a causar qualsevol dret a la pensió de jubilació, sinó al 100% d'aquesta o al percentatge més alt que la prolongació en el servei actiu permeti quan no sigui possible arribar fins aquest 100%.

Els arguments de la STSJ contradiuen de manera substancial i molt rellevant les normes sobre pròrroga en el servei actiu dels funcionaris. Això afectaria també els funcionaris locals malgrat el cas concret es refereixi a un funcionari autonòmic, perquè les normes generals sobre la pròrroga en el servei actiu -no les relatives a l'edat i els requisits de la jubilació forçosa- són les aprovades per la legislació de desenvolupament de l'EBEP, tal com estableix el seu art. 67.3.

Al meu parer, la STSJ erra en la utilització dels dos arguments legals. Respecte del primer, l'error està en aplicar a un funcionari els arguments d'una STS relativa a un supòsit de personal estatutari -que té una legislació específica-, per al qual la pròrroga en el servei actiu està regulada en termes diferents als de la resta de funcionaris. La gravetat de l'error és més palesa pel fet d'aplicar una norma transitòria relativa al personal estatutari (DT 7a de la *Ley 55/2003, de 16 de diciembre*) a tots els funcionaris amb caràcter intemporal i amb independència que no es doni el requisit de transitorietat, cosa que succeïa en el cas resolt perquè el funcionari no havia complert els 60 anys en el moment d'aprovar-se la referida *Ley 55/2003*. Cal esmentar que fins i tot el personal estatutari amb caràcter general no pot prorrogar el servei actiu més enllà del dia en què compleixi el temps de cotització necessari per causar pensió de jubilació, sigui quin sigui el seu import (art. 26.3 *Ley 55/2003*).

Respecte del segon argument, la STSJ erra perquè la previsió legal de la compatibilitat de la pensió de jubilació amb el treball actiu és un efecte de la jubilació quan es donen determinats requisits i, en cap cas, no pot ser la causa per justificar un règim de jubilació i de pròrroga del servei actiu al marge i diferent del que estableix la legislació vigent sobre aquests aspectes.

La STSJ analitza també una qüestió de tipus formal: l'aplicació del silenci administratiu en el cas de les sol·licituds de pròrroga no resoltes expressament dins del termini. Afirma que el silenci és positiu segons la legislació autonòmica i estatal vigents, però cal advertir que invoca una norma estatal bàsica -DA 7a de la *Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social*- que no té caràcter bàsic pel que fa al sentit del silenci i que s'ha de considerar derogada per l'EBEP.