

editorial

En este boletín, además de las habituales reseñas legales, os ofrecemos un interesante comentario jurisprudencial realizado por Xavier Boltaina sobre los **días por asuntos particulares y los días de libre disposición regulados en el EBEP y su aplicabilidad al personal laboral al servicio de las administraciones públicas.**

legislación

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 ([acceso al texto](#)).

La aprobación de la *Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, de igualdad efectiva de mujeres y hombres*, conllevó la modificación de la acción protectora de la Seguridad Social. Pues bien, con el objetivo de actualizar la regulación de las prestaciones económicas a las que se tiene derecho con motivo de alguna de las situaciones protegidas a las que se refiere la norma, se aprueba este real decreto, que ha derogado íntegramente el *Real Decreto 1251/2001*.

Os destacamos, de aquello que puede ser de vuestro interés, los aspectos siguientes:

Ámbito de aplicación (art. 1):

Se aplicará a todos los regímenes del sistema de la Seguridad Social y, en lo referente a las prestaciones de riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural, prevé expresamente que éstas serán de aplicación a las funcionarias incluidas en el Régimen General a las que se conceda el permiso por esas circunstancias.

Maternidad (Capítulo II, arts. 2 a 21):

- **Situaciones protegidas:** la **maternidad**, la **adopción** y el **acogimiento** familiar, tanto **preadoptivo** como **permanente** o **simple**, siempre que, en este último supuesto, su duración no sea inferior a 1 año.
- **Beneficiarios:** lo serán **los trabajadores, cualquiera que sea su sexo, que disfruten del permiso regulado en el art. 49 EBEP o de la suspensión del contrato regulada en el art. 48.4 ET**, siempre y cuando estén afiliados y en situación de alta o asimilada y acrediten los períodos mínimos de cotización exigidos (previstos en el art. 5). Además, se prevén los beneficiarios en los supuestos de muerte de la madre, cuando la madre trabajadora por cuenta propia no tuviese derecho a prestaciones por esta situación y cuando no reuniese el período mínimo de cotización requerido.
- **Incompatibilidades:** la percepción del subsidio por maternidad **es incompatible con la percepción de salarios o retribuciones correspondientes al mismo período, como consecuencia del disfrute del permiso por parto, adopción o acogimiento previstos en el art. 49 EBEP, con excepción de las percepciones que se conceden en concepto de acción social o las complementarias** de la referida prestación de Seguridad Social.

Paternidad (Capítulo III, arts. 22 a 30):

- **Situaciones protegidas:** el **nacimiento de hijos**, la **adopción** y el **acogimiento** familiar, tanto **preadoptivo** como **permanente** o **simple**, siempre que, en este último supuesto, su duración no sea inferior a 1 año.
- **Beneficiarios:** lo serán **los trabajadores, cualquiera que sea su sexo, que disfruten del permiso regulado en el art. 49 EBEP o de la suspensión del contrato regulada en el art. 48 bis ET**, siempre y cuando estén afiliados y en situación de alta o asimilada y acrediten el período mínimo de cotización exigido (previsto en el art. 23). Además se prevén los beneficiarios en el supuesto de parto: lo será en exclusiva el otro progenitor y, en los de adopción y acogimiento, corresponderá a uno de los progenitores a elección de los interesados, excepto que uno de ellos haya disfrutado del permiso o suspensión del contrato por maternidad en su totalidad, supuesto en que la prestación de paternidad se reconocerá al otro progenitor, si reúne los requisitos. Finalmente, el apartado 3 del art. 23 prevé que **en los casos en que sólo exista un progenitor, si éste percibe el subsidio por maternidad, no podrá acumular el de paternidad.**
- **Nacimiento y duración de la prestación:**
 - **13 días** naturales ininterrumpidos, cuando se trate de **personal laboral al que resulte de aplicación el art. 48 bis ET**.
 - **15 días** naturales ininterrumpidos, cuando se trate de **empleados públicos a los que resulte de aplicación el art. 49 EBEP**.
 - **20 días** naturales ininterrumpidos, con independencia de la legislación que resulte de aplicación, cuando el nuevo nacimiento, adopción o acogimiento se produzca en una **familia numerosa**; o cuando la familia adquiera la referida

condición con el nacimiento, adopción o acogimiento; o **cuando en la familia existiera previamente una persona con discapacidad** igual o superior al 33%.

Las personas integradas en el Régimen General e incluidas dentro del ámbito de aplicación del EBEP percibirán el subsidio a partir de la fecha de nacimiento o de la decisión administrativa o judicial, **excepto que la legislación aplicable haya previsto el momento de disfrute del permiso en otros términos.**

- **Incompatibilidades:** se prevé la misma regulación en lo referente a la incompatibilidad de la prestación de paternidad respecto a la percepción de salarios o retribuciones, establecida para el subsidio de maternidad.

ORDEN TIN/971/2009, DE 16 DE ABRIL, POR LA QUE SE ESTABLECE LA COMPENSACIÓN DE GASTOS DE TRANSPORTE EN LOS CASOS DE ASISTENCIA SANITARIA DERIVADA DE RIESGOS PROFESIONALES Y DE COMPARENCIAS PARA LA REALIZACIÓN DE EXÁMENES O VALORACIONES MÉDICAS ([acceso al texto](#)).

sentencias

DÍAS POR ASUNTOS PARTICULARES Y DÍAS DE LIBRE DISPOSICIÓN EN EL EBEP: ¿ SE APLICAN AL PERSONAL LABORAL?

Sentencia de la Audiencia Nacional de 25 de enero de 2008, recurso 195/2008 ([acceso al texto](#))

Comentario de Xavier Boltaina

Las inconcreciones a las que nos ha llevado el EBEP, cuando no la falta de rigor en el redactado de muchos de sus preceptos, ha tenido desde el 2007 un reflejo importante en su **art. 51, que señala que los permisos del personal laboral se regirán por lo establecido en el Capítulo V EBEP "y en la legislación laboral correspondiente".**

En el caso concreto de los días de permiso por asuntos particulares (art. 48.1.k, seis días al año) **y los de libre disposición** (art. 48.2, días adicionales por cumplimiento de trienios), **pese a que el precepto se refiere exclusivamente al personal funcionario, muchos informes y voces de la doctrina científica entendieron en un primer momento que se tenían que aplicar también ex lege (esto es, directamente) al personal laboral, con independencia de que tuviesen o no convenio colectivo que regulase de otro modo estas circunstancias.**

Un sector de la doctrina judicial (fundamentalmente del TSJ del País Vasco; para todas, ved la [sentencia de 1 de enero de 2008, recurso 1210/2008](#)) considera que el EBEP se superpone al convenio colectivo: cuando éste es más favorable al ET, prevalece el convenio, pero deja de tener virtualidad cuando el "nuevo derecho necesario mínimo" que surge del EBEP es mejor en aquellos derechos que lo que el convenio prevé.

Por contra, otras sentencias (ved las del TSJ Castilla y León/Burgos de 22 y 30 de octubre de 2008, [recursos 549/2008 y 550/2008](#), respectivamente) consideran que el EBEP sólo se aplica al personal laboral cuando así se disponga expresamente; en caso contrario, el convenio colectivo se incluye dentro del término "legislación" a que se refiere el art. 51, por lo que se aplica aquel que prevea lo que las partes negociadoras hayan determinado.

Ante este debate, parece importante resaltar la **SAN de 25 de enero de 2008, que resuelve un conflicto colectivo sobre la aplicación o no del art. 48.2 EBEP al personal laboral.** Aunque sus fundamentos son relativamente cortos, la sentencia es interesante y se pronuncia en el siguiente sentido:

- Considera básico establecer **si el personal laboral afectado tiene una regulación completa de permisos y vacaciones a través de su convenio colectivo**, lo cual es regla común cuando hay norma convencional, si bien debemos entender que esto existirá también, en su defecto, por aplicación del ET, que igualmente los prevé.
- **En estos casos, se produce un conflicto entre dos normas con una regulación distinta: convenio colectivo y EBEP, que no puede ser solventado con la llamada "técnica de espigar"** que consiste en aplicar lo que resulta más favorable en cada supuesto individualizado, ya que esta práctica rompe la indivisibilidad interna del convenio y anula su equilibrio interno, fruto del consenso de las partes firmantes.
- La solución sobre la aplicabilidad del art. 48.2 EBEP no depende por tanto de si no hay un precepto similar en el convenio colectivo, o de si éste es más desfavorable que lo que prevé el EBEP. **La solución pasa por la aplicación del principio de norma más favorable apreciada en su conjunto (art. 3.3 ET).**
- **Esta aplicación, sin embargo, no lo es en relación a todo el convenio, sino que se debe tener en cuenta el bloque cerrado de compromisos y vacaciones de dicho convenio en relación al EBEP.** Dos conjuntos que se han de comparar, sin que sea posible aplicar en cada caso el precepto individualizado que pueda ser más favorable, ya sea del convenio o del EBEP.

Esta interpretación no parece que zanje definitivamente la cuestión, ya que se produce una gran inseguridad jurídica, al resultar casi imposible comparar en todo su conjunto el régimen de permisos de las diferentes normas en litigio. Queda, por tanto, esperar al criterio que a buen seguro terminará fijando el Tribunal Supremo, ya que ninguno de los pronunciamientos judiciales consultados han hecho una reflexión profunda del alcance del muy impreciso art. 51 EBEP en relación con el personal laboral y, en especial, a cómo se complementa con el art. 48, literalmente sólo referido al funcionariado.