



## EDITORIAL

En este boletín os ofrecemos la habitual reseña legislativa, así como dos comentarios jurisprudenciales. El primero, de Carolina Gala, se refiere a la compatibilidad entre permisos por nacimiento previstos en un convenio colectivo y en la normativa, mientras que el segundo, de Eva Comellas, trata sobre la posibilidad de que los entes locales regulen a su personal directivo.

## LEGISLACIÓN

REAL DECRETO-LEY 3/2020, DE 4 DE FEBRERO, DE MEDIDAS URGENTES POR EL QUE SE INCORPORAN AL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL DIVERSAS DIRECTIVAS DE LA UNIÓN EUROPEA EN EL ÁMBITO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN DETERMINADOS SECTORES; DE SEGUROS PRIVADOS; DE PLANES Y FONDOS DE PENSIONES; DEL ÁMBITO TRIBUTARIO Y DE LITIGIOS FISCALES ([acceso al texto](#))

Regula determinados tipos de contratos públicos de elevado valor estimado (art. 1). El ámbito de aplicación comprende actividades reguladas de los arts. 8 a 16 y las no excluidas de los arts. 17 a 26, siempre respecto de entidades públicas que no tienen la consideración de administración pública, de acuerdo con su art. 5. Contempla, en diversos artículos, aspectos de carácter laboral: métodos para calcular el valor estimado de los contratos (art. 4.2.c); principios a los que deben adecuarse las entidades contratantes (art. 27.4); subrogaciones (art. 43); pliegos de condiciones (art. 50.1.b); criterios de adjudicación de los contratos (art. 66); condiciones de ejecución del contrato de carácter social (art. 105); obligaciones relativas al trabajo y de condiciones laborales y de contratar un porcentaje específico de personas con discapacidad (art. 106) y subcontratación (art. 107).

## SENTENCIAS

EL PERMISO POR NACIMIENTO DE HIJO PREVISTO EN CONVENIO COLECTIVO SE ACUMULA AL PERMISO REGULADO EN EL EBEP

SAN de 29 de noviembre de 2019, recurso 221/2019 ([acceso al texto](#))

Comentada por Carolina Gala

Esta sentencia plantea una cuestión interesante: ¿Es compatible el permiso por nacimiento de hijo previsto en un convenio colectivo con el permiso previsto legalmente para el mismo supuesto? Debemos partir de unos elementos previos:

a) Antes de la entrada en vigor del *Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación*, el art. 37.3.b) ET -aplicable al personal laboral de todas las administraciones públicas- reconocía el derecho a un permiso retribuido a cargo de la empresa o

Administración de 2 días en el caso de nacimiento de un hijo y cuando se requería a tal efecto realizar un desplazamiento, el plazo se ampliaba a 4 días.

b) Obviamente, dicho régimen legal podía ser mejorado por convenio colectivo, circunstancia que se ha dado frecuentemente en la práctica negocial.

c) El mencionado *Real Decreto-ley 6/2019* derogó este art. 37.3.b) ET, ampliando, por otra parte, la duración del permiso por paternidad. Dicho permiso pasó a denominarse “permiso por nacimiento para el progenitor diferente de la madre biológica”, y su duración máxima se alcanzará a partir de 1 enero de 2021, cuando será de 16 semanas.

d) También ese *Real Decreto-ley* modificó el art. 7 EBEP, estableciendo que el personal laboral de las administraciones públicas se regiría por el art. 49 EBEP en relación con los permisos por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento de menores. Pero, lógicamente, esta cuestión puede ser regulada también vía convenio colectivo, siempre que implique una mejora.

Todo ello lleva a plantearse, como decíamos antes, si tras el *Real Decreto-ley 6/2019* siguen siendo aplicables los permisos por nacimiento -fundamentados en el derogado art. 37.3.b) ET-, y, en consecuencia, si se acumulan al permiso por nacimiento previsto legalmente y que durante este año 2020 es de 12 semanas.

Esta es la cuestión que resuelve la sentencia, y lo hace en un sentido positivo, fundamentándose en varios argumentos:

a) El *Real Decreto-ley 6/2019* incorpora dos novedades: la desaparición del permiso legal por nacimiento de hijo del art. 37.3.b) ET; y la equiparación, a partir del año 2021, de la duración del permiso por nacimiento para ambos progenitores, así como la correspondiente adaptación de la normativa de Seguridad Social.

b) El convenio colectivo se integra en el sistema de fuentes laborales –art. 3.1.b) ET-, lo que significa que, en caso de concurrencia entre un convenio y el ET, debe resolverse conforme a lo establecido en el propio art. 3 ET mediante la aplicación de los principios de jerarquía y modernidad, la prevalencia de las normas de derecho necesario absoluto, el principio de norma más favorable y la preferencia aplicativa de los mínimos de derecho necesario.

En consecuencia, será de aplicación el art. 3.3 ET, según el cual los conflictos originados entre los preceptos de dos o más normas laborales, tanto estatales como pactadas, que deberán respetar en todo caso los mínimos de derecho necesario, se resolverán mediante la aplicación de lo más favorable para el trabajador apreciado en su conjunto, y en cómputo anual, respecto de los conceptos cuantificables.

En este caso nos encontramos ante una norma que se limita a establecer unas “condiciones mínimas”, que en cuanto tales son también imperativas, pero que, precisamente en cuanto mínimas, dejan abierta la posibilidad de ser elevadas o mejoradas por otras normas, básicamente por los convenios colectivos.

c) La disposición derogatoria única del *Real Decreto-ley 6/2019* solo deroga cuantas normas de igual o inferior rango se opongan o contradigan lo dispuesto en él, sin establecer, de forma expresa, la derogación de las normas convencionales que mejoren o superen lo dispuesto en el ET modificado; y no se puede olvidar que las normas convencionales pueden complementar o mejorar los derechos básicos regulados en el ET.

Por tanto, suprimido el art. 37.3.b) ET, el derecho no queda automáticamente eliminado mientras continúe previsto en el convenio colectivo, que mantiene su carácter de fuente del derecho reguladora de los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral según el art. 1.3.b) ET, en tanto la nueva norma legal no genera ningún tipo de contradicción con la regulación convencional. Así pues, desaparece el respaldo legal del permiso y pasa a regirse exclusivamente y de manera autónoma por lo dispuesto en el convenio colectivo, y, en su caso, por las mejoras que puedan pactarse mediante acuerdo con el empresario.

d) Cabe recordar, asimismo, que las SSTC 3/2007 y 26/2011 han reconocido la dimensión constitucional de las medidas de conciliación de la vida laboral y familiar (en relación con lo dispuesto en los arts. 14 y 39 de la Constitución); dimensión que ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa en cada caso concreto, habida cuenta que el efectivo logro de la conciliación laboral y familiar constituye una finalidad de relevancia constitucional fomentada en nuestro ordenamiento a partir de la Ley 39/1999. Este objetivo se ha visto reforzado por disposiciones legislativas posteriores,

entre las que cabe especialmente destacar las previstas en la Ley Orgánica 3/2007, en cuya exposición de motivos se señala que las medidas en materia laboral que se establecen pretenden favorecer la conciliación de la vida personal, profesional y familiar de los trabajadores, y fomentar una mayor corresponsabilidad entre mujeres y hombres en la asunción de las obligaciones familiares. Por tanto, queda claro que la dimensión constitucional de los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral determina que la normativa aplicable haya de interpretarse siempre del modo más favorable al efectivo ejercicio de los mismos, neutralizando así también una posible discriminación indirecta por razón de sexo.

e) La suspensión del contrato por causa de paternidad era compatible con el permiso por nacimiento previsto en el convenio colectivo y, por tanto, la novedad legislativa no puede neutralizar este permiso con base en el convenio. Además, se trata de derechos de distinta naturaleza, ya que uno consiste en disfrutar de un permiso retribuido a cargo del empresario y, el otro, bien distinto, es una suspensión del contrato de trabajo, sin obligación retributiva para el empresario y, en cambio, con cobertura prestacional por el sistema público de Seguridad Social si se cumplen los requisitos para ser beneficiario del mismo. Por ello, ambos derechos se han de disfrutar plenamente, sin que pueda ser suprimido el contemplado en el convenio, cuya finalidad sigue estando plenamente vigente, sin que nada impida que su disfrute se lleve a cabo una vez finalizado el período de suspensión del contrato si se tiene en cuenta que el convenio no concreta la fecha de su disfrute y ello aunque se haya incrementado el período de suspensión del contrato de trabajo del progenitor distinto de la madre biológica, de aplicación progresiva, y todo ello sin perjuicio de la modificación del régimen convencional a que puedan llegar las partes en la negociación colectiva que atienda a una reestructuración de este permiso.

En definitiva, resultan compatibles el permiso por nacimiento previsto en el correspondiente convenio colectivo y el permiso previsto legalmente. Conclusión esta que resulta también aplicable en el caso del personal laboral de las administraciones públicas con independencia de que, como se señalaba anteriormente, tras el *Real Decreto-ley 6/2019*, el permiso por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento de menores se rija por lo establecido en el art. 49 EBEP y no por el ET. Obviamente, cuando se renueve el convenio puede eliminarse el permiso si así se estima conveniente, pero mientras tanto sigue vigente y debe ser retribuido a cargo de la correspondiente administración.

## LA REGULACIÓN DEL PERSONAL DIRECTIVO Y LA POTESTAD DE AUTOORGANIZACIÓN LOCAL

STS de 17 de diciembre de 2019, recurso 2145/2017 ([acceso al texto](#))

Comentada per Eva Comellas

En este caso, las cuestiones de interés casacional se refieren a si el art. 13 EBEP determina las competencias de los entes locales en la regulación de su personal directivo, si tienen competencia para regularlo, y si existe reserva de ley (y con qué alcance), en la regulación del personal directivo de los entes locales.

El caso concreto es el del reglamento orgánico de una diputación provincial y los preceptos impugnados identifican al personal directivo de la diputación y regulan diferentes aspectos de su régimen jurídico, de manera similar a como han hecho otros reglamentos orgánicos provinciales y municipales.

La diputación alega la potestad de autoorganización de los entes locales para justificar la regulación que efectúa del personal directivo en su reglamento orgánico, con base en los siguientes principios y normas: art. 137 de la Constitución (CE), autonomía de los entes locales para la gestión de sus intereses; arts. 140 y 141 CE, autonomía y gobierno de los municipios y provincias; art. 4.1.a) LRBRL, potestades reglamentaria y de autoorganización de los municipios, provincias e islas; art. 32 bis LRBRL, personal directivo de las diputaciones provinciales; art. 85 bis LRBRL, personal directivo de los entes instrumentales locales; y D.A. 15ª LRBRL, sobre incompatibilidades.

La Sala falla que el art. 13 EBEP no habilita a los entes locales para regular el régimen jurídico de su personal directivo, y que las potestades reglamentaria y de autoorganización no son por sí solas títulos suficientes para contradecirlo. Expone el Tribunal que a pesar de que el art. 13 EBEP no establece una reserva de ley (“El Gobierno y los órganos de gobierno de las comunidades autónomas podrán establecer”), resulta manifiesto que tampoco atribuye a los entes locales capacidad para regular tal régimen jurídico. Al contrario, la existencia en el EBEP de previsiones expresas sobre el personal directivo y la

habilitación normativa a los gobiernos del Estado y de las comunidades autónomas, ponen de relieve la importancia que el legislador estatal otorga a que ese régimen esté dotado de una homogeneidad suficiente. La única habilitación que el EBEP ha otorgado a las entidades locales en materia de personal directivo –concluye– es la de permitir que su nombramiento recaiga sobre personas que no sean funcionarias.

Bajo mi punto de vista, es mucho más correcto el análisis jurídico del interesante voto particular de la sentencia. Dicho voto discrepa del criterio mayoritario tanto en la argumentación como en el sentido de la decisión, y concluye que la diputación tenía competencia para regular a su personal directivo.

Los dos magistrados que suscriben el voto disidente de la sentencia porque afirman que esta prescinde de la interpretación sistemática y lógica del marco normativo y se centra en un solo precepto, el art. 13 EBEP, al que subordina la LRBRL. De este modo no solo se estaría resolviendo en contra del marco constitucional vigente (art. 137 CE) sino también de la *Carta Europea de Autonomía Local*, que reconoce a las entidades locales la determinación por sí mismas de sus estructuras organizativas internas. La potestad de autoorganización como expresión de la autonomía constitucionalmente garantizada también ha estado declarada por el TC, entre muchas, STC 111/2016, de 9 de junio y STC 101/2017, de 20 de julio. Y por el mismo TS, por ejemplo en la STS de 21 de septiembre de 1998, recurso 7057/1992.

El voto particular recuerda que a pesar de su condición formal de ley ordinaria, la LRBRL garantiza el núcleo primario del autogobierno de las entidades locales, que debe ser respetado por el legislador estatal y autonómico, general y sectorial. Con arreglo a la STC 159/2001, de 5 de julio, el encaje constitucional esencial de la LRBRL es el bloque de constitucionalidad (arts. 137, 140 y 141 CE), aunque por razones competenciales también tenga fundamento en el título competencial estatal del art. 149.1.18 CE, relativo a la competencia exclusiva del Estado en materia de bases del régimen jurídico de las administraciones públicas y del régimen estatutario del personal funcionario.

Que el art. 13 EBEP no haga referencia a la normativa local -continúa el voto particular- no puede interpretarse como un límite, en la medida en que la materia afecta a la entidad local. La autonomía local debe poder ejercerse dentro del marco de las competencias locales, que en el presente caso delimitan los arts. 4.1.a), 32 bis, 85 bis y D.A 15ª LRBRL. Y todo ello sin perjuicio de que, una vez aprobada una norma legal posterior, aquella prevalecería sobre la norma reglamentaria local en todo lo que esta la contradijera.

Según el voto particular, por tanto, el fallo del TS en materia de personal directivo local, sometiendo la potestad local de autoorganización a una norma del gobierno estatal o autonómico, ya sea legal o reglamentaria, es incompatible con una interpretación sistemática de los preceptos aludidos y con la posición específica de la LRBRL en nuestro ordenamiento jurídico. Reconocida la competencia local para regular el propio personal directivo, pues, la reflexión jurídica se debería centrar en los límites que aquella regulación debería respetar dentro del marco constitucional de las materias reservadas a ley o reguladas por ley.