



## EDITORIAL

En este boletín os ofrecemos la habitual reseña legislativa, así como dos nuevos comentarios jurisprudenciales, el primero a cargo de Carolina Gala relativo a las prestaciones por maternidad, y el segundo de Josep Aldomà sobre la prórroga en el servicio activo en relación con la pensión de jubilación.

## LEGISLACIÓN

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 DÍAS DE SU DURACIÓN ([acceso al texto](#))

Esta Orden, que entrará en vigor el próximo 1 de diciembre, dispone, entre otros aspectos, que los facultativos deberán detallar en el parte de baja la duración estimada del proceso. Ésta podrá ser muy corta (inferior a 5 días naturales), corta (de 5 a 30 días naturales) media (de 31 a 61 días) o larga (más de 61 días). Cuando el facultativo considere que se trata de un proceso de duración estimada como muy corta, podrá emitir la baja y el alta médica en el mismo acto.

## SENTENCIAS

COMPATIBILIDAD DE LA EXCEDENCIA POR CUIDADO DE HIJOS CON UNA ACTIVIDAD LABORAL Y POSIBILIDAD DE ACCEDER A UNA NUEVA PRESTACIÓN POR MATERNIDAD

STS de 10 de febrero de 2015, recurso 25/2014 ([acceso al texto](#))

Comentada por Carolina Gala

En esta sentencia del TS se resuelven dos cuestiones vinculadas con la excedencia por cuidado de hijos: 1) si es admisible o no el desarrollo de otras actividades laborales o profesionales mientras se está en esa situación; y, 2) si es posible, durante el disfrute de dicha excedencia, acceder a una prestación por maternidad por el nacimiento de un nuevo hijo.

En relación con la primera cuestión, la duda se plantea cuando se constata que la trabajadora que disfrutaba de una excedencia por cuidado de su quinto hijo, conforme a lo previsto en el art. 46.3 ET, causó alta en el régimen especial de trabajadores autónomos para ejercer una actividad profesional cuyas características, ubicación, horario, etc., le permitían el fin esencial de conciliar el cuidado del menor.

El problema que se plantea es determinar si resulta compatible el disfrute de una excedencia de este tipo y el desarrollo de una actividad profesional por cuenta propia, al poder interpretarse que esa actividad resulta incompatible con el cuidado de un menor. El TS considera que es admisible el desempeño de una actividad durante la situación de excedencia siempre que aquélla resulte compatible con el adecuado cuidado del hijo, máxime teniendo en cuenta que durante la excedencia ni se

percibe remuneración ni prestación a cargo del sistema de Seguridad Social. No obstante, para ello es preciso constatar expresamente que el tipo de trabajo, su ubicación, horario, etc., no impide cuidar adecuadamente del menor.

Asimismo, el Tribunal señala que la Ley no exige, durante la excedencia, una dedicación exclusiva al cuidado de los hijos o familiares y que resulta legítima la aspiración de obtener algunos ingresos, siempre que la actividad sea compatible con “un adecuado cuidado del menor”.

Por otra parte, el que se reconozca la compatibilidad entre la excedencia y el desarrollo de una actividad por cuenta propia, en régimen de pluriactividad, implica que la trabajadora tiene derecho a dos prestaciones de maternidad, una a cargo del régimen general de la Seguridad Social y otra a cargo del régimen especial de trabajadores autónomos (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*). Lo mismo ocurriría en caso de pluriempleo, pero a cargo del mismo régimen de la Seguridad Social.

Respecto a la segunda cuestión planteada, el TS recuerda que, conforme al art. 180 LGSS y la DA 4ª.1 del *Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo*, los 3 años del período de excedencia se consideran como cotizados, entre otras prestaciones, a los efectos de la prestación por maternidad; y además, la trabajadora se encuentra en situación asimilada al alta. Por todo ello, tendrá derecho a la prestación por maternidad prevista en el art. 133 bis y siguientes LGSS.

Por el contrario, según la mencionada DA 4ª.1, el trabajador no está situación asimilada al alta a los efectos de incapacidad temporal, maternidad y paternidad durante el tiempo de excedencia que exceda del período considerado como de cotización efectiva por el citado art. 180, es decir, una vez agotados los 3 años previstos legalmente.

Cabe destacar que esta sentencia se sitúa dentro de una línea jurisprudencial claramente favorable al disfrute de las medidas de conciliación de la vida laboral y familiar por parte del personal laboral y funcionario.

## PRÓRROGA EN EL SERVICIO ACTIVO PARA PODER CAUSAR DERECHO A LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN

STSJ de Cataluña de 4 de mayo de 2014, recurso 215/2013 ([acceso al texto](#))

Comentada por Josep Aldomà

Un funcionario de una administración autonómica impugnó la resolución que le declaraba jubilado forzosamente por el cumplimiento de los 65 años y un mes de edad (edad de jubilación prevista para el año 2013). Al interesado le faltaban unos meses para tener 35 años cotizados en el régimen general de la Seguridad Social. Con todo, ya le correspondía el 100% de la pensión máxima. El funcionario había solicitado la prórroga hasta que la base reguladora de la prestación alcanzase el 100%, solicitud que la Administración no resolvió expresamente.

La resolución del TSJ reconoce el derecho del recurrente a prolongar su permanencia en el servicio activo hasta causar derecho a una pensión contributiva del 100%.

Para justificarlo, el TSJ utiliza dos argumentos. En el primero hace suyas las consideraciones y la legislación en los que se basa la STS de 8 de marzo de 2010, recurso 1801/2006. En aquel caso, tratándose de personal estatutario de las instituciones sanitarias públicas, se aplicaba la DT 7ª de la *Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud*, que establece un régimen transitorio de jubilación y prevé que el personal estatutario fijo que a la entrada en vigor de la Ley hubiera cumplido los 60 años de edad podrá prolongar voluntariamente la edad de jubilación hasta los 35 años de cotización a la Seguridad Social, con el límite máximo de los 70 años de edad.

Según la STS invocada, un análisis sistemático de los antecedentes legislativos nos llevaba a entender que la única finalidad de la norma transitoria era permitir alcanzar la cotización máxima de 35 años, equivalente al 100% de la base reguladora, estableciendo un derecho subjetivo a satisfacer estos años de cotización; derecho subjetivo que se integra en el derecho fundamental previsto en el art. 23 de la *Constitución*, que no afecta únicamente al acceso a la función pública de acuerdo con los principios de igualdad, capacidad y mérito, sino también al mantenimiento en la condición de funcionario.

El segundo argumento que utiliza la STSJ -conectado con el primero- radica en los arts. 1 y 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 establece la compatibilidad entre la percepción de una pensión de jubilación y el trabajo, también para los funcionarios. Un requisito legal para la mencionada compatibilidad es que el porcentaje aplicable a la respectiva base reguladora a los efectos de determinar la cuantía de la pensión debe llegar al 100%. Según el TSJ, el recurrente no había conseguido el 100% de la base reguladora cuando la Administración le denegó la prórroga con la jubilación consiguiente, lo cual no solamente afectó al porcentaje máximo de la base reguladora de la pensión, sino también a su contenido o sus efectos, en especial a la compatibilidad de la pensión con el ejercicio profesional.

A partir de los argumentos expuestos, el TSJ concluye que la resolución administrativa impugnada ha vulnerado el derecho del recurrente a permanecer en el cargo o función pública porque impide la prórroga de la edad de jubilación en los términos establecidos en la ley autonómica (*Ley 5/2012, del 20 de marzo, de medidas fiscales, financieras y administrativas y de creación del impuesto sobre las estancias en establecimientos turísticos*), que es "hasta causar derecho a la pensión de jubilación"; expresión que no se puede interpretar como causar cualquier derecho a la pensión de jubilación, sino al 100% de esta o al porcentaje más alto que la prolongación en el servicio activo permita cuando no sea posible alcanzar este 100%.

Los argumentos de la STSJ contradicen de un modo sustancial y muy relevante a las normas sobre prórroga en el servicio activo de los funcionarios. Todo ello afectaría también a los funcionarios locales a pesar de que el caso concreto se refiera a un funcionario autonómico, porque las normas generales sobre la prórroga en el servicio activo -no las relativas a la edad y los requisitos de la jubilación forzosa- son las aprobadas por la legislación de desarrollo del EBEP, tal como establece su art. 67.3.

A mi modo de ver, la STSJ se equivoca en la utilización de los dos argumentos legales. Respecto del primero, el error está en aplicar a un funcionario los argumentos de una STS relativa a un supuesto de personal estatutario -que tiene una legislación específica-, para quienes la prórroga en el servicio activo está regulada en términos diferentes a los del resto de funcionarios. La gravedad del error es más manifiesta aún por el hecho de aplicar una norma transitoria relativa al personal estatutario (DT 7ª de la *Ley 55/2003, de 16 de diciembre*) a todos los funcionarios con carácter intemporal y con independencia de que no se cumpla el requisito de transitoriedad, lo que sucedía en el caso resuelto porque el funcionario no había llegado a los 60 años en el momento de aprobarse la referida *Ley 55/2003*. Debe resaltarse que incluso el personal estatutario con carácter general no puede prorrogar el servicio activo más allá del día en que cumpla el tiempo de cotización necesario para causar pensión de jubilación, sea cual fuere su importe (art. 26.3 *Ley 55/2003*).

Respecto del segundo argumento, la STSJ incurre en error porque la previsión legal de la compatibilidad de la pensión de jubilación con el trabajo activo es un efecto de la jubilación cuando se cumplen determinados requisitos y, en ningún caso puede ser la causa para justificar un régimen de jubilación y de prórroga del servicio activo al margen y diferente del que establece la legislación vigente sobre estos aspectos.

La STSJ analiza también una cuestión de tipo formal: la aplicación del silencio administrativo en el caso de las solicitudes de prórroga no resueltas expresamente en plazo. Afirma que el silencio es positivo según la legislación autonómica y estatal vigentes, pero debe advertirse que invoca una norma estatal básica -DA 7ª de la *Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social*- que no tiene carácter básico en lo que atañe al sentido del silencio y que debe considerarse derogada por el EBEP.