

PRESENTACIÓN



CONTENIDOS

Sentencias de interés

Los 45 días

COMPUTO DE LOS DÍAS QUE EXCEDAN DEL ÚLTIMO MES

Uso correo electrónico

CONTROL DEL ORDENADOR Y RESPETO A LA INTIMIDAD Y DIGNIDAD

Permisos y licencias

Análisis del artículo 37.3 de la Ley del Estatuto de los trabajadores y de su desarrollo convencional

Artículo de **Eduardo Rojo Torrecilla**
Catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad de Girona.

De las sentencias incluidas en el presente número del Observatorio Jurídico se hace necesario destacar por su importancia en el día a día sindical, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo el 31 de octubre de 2007, Rec. 4181/2006, sobre la interpretación que ha de darse al apartado 1. a) del art. 56 del Estatuto de los Trabajadores (*Indemnización de cuarenta y cinco días de salario, por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año hasta un máximo de cuarenta y dos mensualidades*). La citada sentencia establece clara y coherentemente con la letra del Estatuto, que los días que excedan del último mes se considerarán a estos efectos como mes completo, en contra de la práctica habitual de computar proporcionalmente el número de días trabajados inferiores a un mes. Como ha quedado expuesto la doctrina de esta sentencia es de suma importancia para los trabajadores por lo que se hace obligado su conocimiento por el conjunto del Sindicato, ya que su conocimiento permitirá su aplicación masiva y reportará en muchos casos un aumento de la indemnización por despido en cualquiera de sus formas.

También es necesario destacar, por el gran número de posibles trabajadores afectados, la importancia de la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2007, Rec. 966/2006, sobre el control de la utilización por parte de los trabajadores con fines particulares del correo electrónico en la empresa. Dice el T.S. que la norma aplicable a este asunto es el art. 20.3 ET que admite el control del uso del ordenador por parte de la empresa con el límite del respeto a la intimidad y dignidad del trabajador, manteniendo que dicho respeto impone unos límites al empresario, el cual debe advertir previamente al trabajador sobre las restricciones al uso y la existencia de posibles controles.

Por último sólo resta hacer mención especial, también por su importancia práctica para el trabajo diario, del artículo de Eduardo Rojo Torrecilla, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Girona, sobre Permisos y Licencias (Análisis del art. 37.3 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y de su desarrollo convencional), que se reproduce en este Observatorio Jurídico. Artículo que, sin duda, será de gran utilidad para el trabajo diario de los representantes de los trabajadores, pues no en vano, el derecho al disfrute de los permisos retribuidos es frecuentemente limitado por los empresarios y en consecuencia fuente de numerosas discrepancias interpretativas en el seno de las empresas.

observatorio jurídico

Presidente: Rodolfo Benito Valenciano
Vicepresidenta: Elvira S. Llopis
Coordinador: José Luis Alvarez
Publicaciones: Adela Crespo Alvarez
Edita: **Fundación Sindical de Estudios**
C/ Sebastián Herrera, 12. 1ª planta. 28012 Madrid
www.fundacionsindicaldeestudios.org



1. STJCE de 13 de Septiembre de 2007, Asunto C-307/05). Personal estatutario interino: derecho a complemento de antigüedad.
2. STC 202/2007, de 24 de Septiembre, Rec. Amparo 5764/2004. Legitimación del sindicato para impugnar un acuerdo municipal relativo al nombramiento de funcionarios en comisión de servicios.
3. STC 200/2007, de 24 de Septiembre, Rec. Amparo 3458/2004. Libertad sindical y garantía retributiva de los liberados sindicales. Derecho al complemento de puesto por trabajo a turnos.
4. STC 183/2007, de 10 de Septiembre, Rec. Amparo 4179/2004. Libertad sindical: discriminación contra un dirigente de CC.OO. por parte de otro sindicato.
5. STC 160/2007, de 2 de Julio, Rec. Amparo 7142/2004. Nulidad de la orden empresarial que implica un riesgo para la salud de los trabajadores.
6. STS de 21 de Diciembre de 2007, Sala de lo Contencioso, Rec. 123/2006. Nulidad del Real Decreto por el que se establecen las normas para garantizar el funcionamiento de los servicios mínimos esenciales en el ente público Radiotelevisión Española y las sociedades estatales Televisión Española y Radio Nacional de España.
7. STS de 31 de Octubre de 2007, Rec.4181/2006. Indemnización por despido. Forma de calcular dicha indemnización por los periodos de tiempo inferiores a un año.
8. STS de 18 de Octubre de 2007, Rec. 4167/2006. Plus de penosidad por contaminación acústica. No procede su absorción o compensación mediante gratificación voluntaria por cantidad o calidad de trabajo.
9. STS de 2 de Octubre de 2007, Rec. 3627/2006. Libertad sindical. Retribución del crédito horario a un representante de los trabajadores sin incluir la media dieta que se hubiera devengado de no haber realizado la actividad representativa.
10. STS de 26 de Septiembre de 2007, Rec. 966/2006. Control empresarial del ordenador y correo electrónico de los trabajadores. Es aceptado con un uso personal moderado de estos equipos, por lo que ese ámbito existe también un derecho fundamental a la intimidad del trabajador.
11. STS de 20 de Septiembre de 2007, Rec. 3326/2006. Extinción del contrato por voluntad del trabajador. Posibilidad de indemnización adicional por vulneración de derechos fundamentales al incumplirse el deber de evaluación de riesgos y protección frente a agresiones de terceros.
12. STS de 14 de Junio de 2007, Rec. 2301/2006. Contrato para obra o servicio determinado vinculado a la duración de una contrata. Aunque sea lícita la temporalidad, procede declarar la improcedencia en los supuestos en que la contrata finaliza por acuerdo de las partes antes de la fecha prevista, o por causas imputables a la empleadora.
13. STS de 1 de Junio de 2007, Rec. 71/2006. Límites al contenido de los convenios colectivos extraestatutarios: son nulas las cláusulas del convenio que regulan materias con alcance general, aunque exista adhesión al convenio de la práctica totalidad de la plantilla.
14. SAN de 19 de Noviembre de 2007, Rec. 137/2007. En la retribución del permiso de lactancia se han de incluir todos los conceptos retributivos, incluyendo los complementos vinculados al cumplimiento de objetivos y los complementos funcionales.
15. STSJ DE CATALUÑA de 13 de Septiembre de 2007, Rec. 1203/2006. Sucesión de empresas y modificación sustancial de condiciones de trabajo.
16. STSJ DE MADRID de 10 de Septiembre de 2007, Rec. 2770/2007. Acoso Moral: indemnización por daños morales.
17. STSJ DE CATALUÑA de 31 de Julio de 2007, Rec. 3342/2006. Accidente de trabajo: recargo de prestaciones por omisión de medidas de seguridad.
18. STSJ DE CASTILLA Y LEÓN /BURGOS de 30 de Julio de 2007, Rec. 438/2007. Garantía de indemnidad frente al despido: violación del derecho fundamental de libertad sindical y del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.
19. STJS DE CASTILLA Y LEÓN /BURGOS de 26 de Julio de 2007, Rec. 430/2007. Prestación de desempleo: socios trabajadores de sociedades laborales de responsabilidad limitada.
20. STSJ DE CANARIAS /LAS PALMAS de 26 de Julio de 2007, Rec. 355/2007. Sucesión de empresas: contrataciones administrativas.
21. STSJ DE CATALUÑA de 25 de Julio de 2007, Rec. 2399/2007. Sucesión de empresas: contrataciones de telemarketing.
22. STSJ DE CATALUÑA de 23 de Julio de 2007, Rec. 927/2006. Accidente de trabajo: Responsabilidad empresarial e indemnización de daños y perjuicios.
23. STSJ DE MADRID de 16 de julio de 2007, Rec. 6074/2007. Prestaciones de la Seguridad Social: determinación de contingencia.



- 24.** STSJ DE CANARIAS /LAS PALMAS de 13 de Julio de 2007, Rec. 116/2007. Libertad sindical: delegados sindicales.
- 25.** STSJ DE MADRID de 27 de Junio de 2007, Rec. 1420/2007. Elección de horario de trabajo por guarda legal de menor.
- 26.** STSJ DEL PAÍS VASCO de 19 de Junio de 2007, Rec. 1076/2007. Convenio colectivo aplicable: principio de unidad de empresa. Salario: compensación y absorción.
- 27.** STSJ DE CANARIAS /LAS PALMAS de 4 de Junio de 2007, Rec. 224/2005. Contrato fijo discontinuo.
- 28.** STJS DE ASTURIAS de 11 de Mayo de 2007, Rec. 676/2007. Despido nulo: vulneración de la garantía de indemnidad. Indemnización de daños y perjuicios.
- 29.** STSJ DEL PAÍS VASCO de 8 de Mayo de 2007, Rec. 588/2007. Extinción del contrato por causas objetivas: económicas.



1. STJCE de 13 de Septiembre de 2007, Asunto C-307/05). Personal estatutario interino: derecho a complemento de antigüedad.

Los Servicios de Salud han venido considerando que para la percepción de trienios era condición necesaria tener el nombramiento como personal fijo de plantilla, por lo que en el caso concreto que resuelve la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se había denegado a una trabajadora el reconocimiento de trienios durante el periodo que había prestado servicios como personal estatutario temporal. Planteada demanda el Juzgado de lo Social de San Sebastián formuló cuestión prejudicial en relación con el alcance de la Directiva 1999/70/CE, conforme a la cual no podrá tratarse a los trabajadores con un contrato de duración determinada de forma menos favorable que a los trabajadores fijos, cuestionando si ello comprende también las condiciones económicas y se puede justificar la diferencia de trato por razón de que una ley estatal excluya el devengo de trienios, o lo excluya un acuerdo con los representantes sindicales.

La sentencia tras declarar que el personal estatutario y en general el de las Administraciones Públicas está comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva 1999/70/CE, mantiene que la igualdad de condiciones de trabajo que se asegura a los trabajadores con contrato de duración determinada debe interpretarse en el sentido de que puede servir de fundamento a una pretensión dirigida a que un trabajador con contrato de duración determinada, se le asigne una prima de antigüedad reservada por el derecho nacional únicamente a los trabajadores fijos. Analizando en concreto la exclusión que con relación al pago de antigüedad efectúa para el personal estatutario temporal el art. 44 del Estatuto Marco del Personal Estatutario, se razona en el sentido de que dicha previsión no permite justificar la diferencia de trato que en la misma se contiene, ya que para existir tal diferencia de trato sería preciso que existan elementos concretos y criterios objetivos y transparentes que permitan verificar si dicha desigualdad responde a una necesidad auténtica.

En definitiva la sentencia viene a reconocer el derecho a percibir el complemento de antigüedad del personal esta-

tutario temporal, manteniendo una doctrina general que es de aplicación a todos aquellos supuestos en los que los convenios colectivos excluyen del derecho al complemento de antigüedad al personal temporal, exclusión que además vulnera lo establecido en el art. 15 ET.



2. STC 202/2007, de 24 de Septiembre, Rec. Amparo 5764/2004. Legitimación del sindicato para impugnar un acuerdo municipal relativo al nombramiento de funcionarios en comisión de servicios.

En un procedimiento de impugnación de un acuerdo municipal sobre nombramiento de funcionarios en comisión de servicios, el TSJ apreció la falta de legitimación del sindicato entendiéndolo que no puede éste impugnar una decisión municipal vinculada con una necesidad organizativa de la Administración, porque su interés resulta de mera defensa de la legalidad.

Planteado recurso de amparo se estima el mismo, recordando el TC que la función de los sindicatos, desde la perspectiva constitucional, no es únicamente la de representar a sus miembros a través de esquemas propios del derecho privado, pues cuando la Constitución y la Ley los invisten con la función de defender los intereses de los trabajadores, les legitima para ejercer aquellos derechos que, aun perteneciendo en puridad a cada uno de los trabajadores, sean de necesario ejercicio colectivo, de forma que en base a ello es posible, en principio, reconocer legitimación al sindicato para accionar en cualquier proceso en que estén en juego intereses colectivos de trabajadores.

Ahora bien, la propia doctrina constitucional ha venido imponiendo otra exigencia para apreciar la legitimación, cual es la necesidad de que exista una particular vinculación a un interés específico y concreto, o lo que es lo mismo a la necesidad de acreditar un interés económico o profesional, razonando al respecto que "la legitimación procesal del sindicato en el orden jurisdiccional contencioso administrativo se ha de localizar en la noción de interés profesional o económico, concepto este que ha de entenderse

referido en todo caso a un interés en sentido propio, cualificado o específico, y que doctrinal y jurisprudencialmente viene identificado en la obtención de un beneficio o la desaparición de un perjuicio en el supuesto de que prospere la acción intentada, y que no necesariamente ha de revestir un contenido patrimonial. Esto es, tiene que existir un vínculo especial y concreto entre el sindicato y el objeto del debate en el pleito de que se trate”.

Partiendo de los anteriores presupuestos la sentencia considera que en el supuesto enjuiciado concurre el interés profesional y económico de los funcionarios municipales en general, y en particular los afiliados al sindicato tendrían al menos una legítima expectativa de poder acceder a los puestos otorgados en comisión de servicio, lo que es suficiente para justificar la legitimación, máxime cuando además el sindicato acreditaba implantación en el ámbito en el que se suscita el conflicto.



3. STC 200/2007, de 24 de Septiembre, Rec. Amparo 3458/2004. Libertad sindical y garantía retributiva de los liberados sindicales. Derecho al complemento de puesto por trabajo a turnos.

Un liberado sindical, con categoría de educador, solicitó el derecho a percibir el plus de turnicidad que, como complemento de especial dedicación, establecía el convenio colectivo. La Administración desestimó la pretensión y formulada demanda el Juzgado de lo Social también desestimó la misma, razonando que dada la situación laboral del trabajador como liberado sindical, sin prestar servicios efectivos en el centro, no puede ser acogida su pretensión por no afectarles los turnos establecidos.

Interpuesto recurso de amparo la Sala estima el mismo reiterando una vez más la necesidad de asegurar a los liberados sindicales su indemnidad retributiva, de forma que el ejercicio de la función representativa no suponga un perjuicio económico. Mantiene el TC que dentro del contenido del derecho de libertad sindical queda comprendida la indemnidad retributiva, entendida como el derecho del trabajador a no sufrir, por razón de su afiliación o actividad sindical, menoscabo alguno en su situación profesional o económica en la empresa, lo que impide cualquier diferencia de trato por razón de su afiliación o por la actividad sindical desarrollada.

Recuerda el Tribunal que en relación con los liberados sindicales ya se ha destacado en numerosas ocasiones que vulnera su derecho a la libertad sindical la denegación de complementos retributivos salariales con exclusivo fundamento en su condición de liberado, toda vez que ello implica un menoscabo económico que constituye un obstáculo para la efectividad del derecho de libertad sindical, por su potencial efecto disuasorio para tomar la decisión de realizar funciones sindicales, actuación esta que no solo repercute en el representante sindical que soporta dicho menoscabo, sino que se proyecta también sobre la organización sindical a la que pertenece, afectando en última instancia a las tareas de defensa y promoción de los intereses de los trabajadores que la Constitución encomienda a los sindicatos.



4. STC 183/2007, de 10 de Septiembre, Rec. Amparo 4179/2004. Libertad sindical: discriminación contra un dirigente de CC.OO. por parte de otro sindicato.

El trabajador recurrente en amparo, secretario general del sindicato del mar de CC.OO., trabajaba como gruista para la Autoridad Portuaria de Castellón. En 1999 se había acordado el traspaso del servicio de grúas a la sociedad estatal de estiba y desestiba, y el trabajador, en 2002, solicitó su traspaso a dicha sociedad, siendo respaldada su petición por la propia entidad de estiba y desestiba, pero no por su comité de empresa, que estaba compuesto íntegramente por miembros del sindicato de la coordinadora estatal de trabajadores del mar, que se opuso al ingreso por considerar que el traspaso de grúas estaba cerrado.

Tras agotar los recursos ordinarios, se plantea recurso de amparo reconociendo el TC que la inadmisión del trabajador llevada a cabo por la empresa, pero a instancia de una organización sindical, comporta la lesión del derecho de libertad sindical, estimando que la inadmisión del recurrente es discriminatoria por cuanto que no existían razones que justificaran la negativa, razonando al respecto que el conjunto de las circunstancias concurrentes es “suficiente para fundar un panorama indiciario de discriminación, en tanto en cuanto pone de manifiesto la razonable posibilidad de que la denegación de la solicitud de ingreso... tuviese como única y exclusiva causa su concreta afiliación sindical a un sindicato diverso a aquel que compone el comité de empresa de esa sociedad”.




5. STC 160/2007, de 2 de Julio, Rec. Amparo 7142/2004. Nulidad de la orden empresarial que implica un riesgo para la salud de los trabajadores.

La interesada prestaba sus servicios para el INSALUD como facultativa interina, habiendo formulado diversas denuncias sobre los gastos del laboratorio, poniendo además de manifiesto la desaparición de material en el centro. Tales denuncias dieron lugar a la incoación de un expediente disciplinario al jefe del servicio de análisis clínicos de dicho centro, en el curso del cual la trabajadora declaró contra su superior jerárquico, acordándose como medida cautelar la suspensión de empleo y sueldo de éste. La trabajadora tras un periodo de baja de IT por depresión derivada del entorno laboral, solicitó su incorporación a otro centro de salud.

Cuando el superior jerárquico se reincorporó al servicio, la funcionaria recibió orden de reincorporación a su puesto de trabajo de origen, a lo que se opuso la trabajadora haciendo referencia a su participación en la denuncia y al riesgo que comportaba la prestación de servicios en el mismo centro de trabajo y bajo la dependencia del facultativo denunciado. Contra la decisión de traslado formuló

demanda ante el Juzgado que declaró la nulidad de dicha orden de traslado al entender que vulneraba el derecho a la integridad física de la trabajadora, sentencia que fue revocada por el TSJ de Madrid al considerar que no estaba probado que el cuadro depresivo sufrido por la recurrente se debiera a causas originadas por una conducta hostil de su superior jerárquico.

Planteado recurso de amparo se estima el mismo manteniendo el TC que la actuación administrativa ordenando el traslado se limitó a invocar razones de servicio desatendiendo un riesgo previsible y advertido por la propia interesada, “soslayando los derechos y deberes de protección y prevención legalmente contemplados, que nacen en la relación de trabajo y que reclaman su entendimiento a la luz de la constitución”, manteniendo que en este caso la Administración no ha actuado de acuerdo con los criterios que impone la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, la cual concreta, en el ámbito de la prestación de trabajo, la protección constitucional que garantiza esa tutela al trabajador y que exige del empresario garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo, imponiéndole la prevención de los riesgos laborales mediante la adopción de cuantas medidas sean necesarias para la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores, considerando en este caso que se ha conculcado el art. 15 CE.




6. STS de 21 de Diciembre de 2007, Sala de lo Contencioso, Rec. 123/2006. Nulidad del Real Decreto por el que se establecen las normas para garantizar el funcionamiento de los servicios mínimos esenciales en el ente público Radiotelevisión Española y las sociedades estatales Televisión Española y Radio Nacional de España.

La sentencia estima el recurso contencioso administrativo interpuesto por la Federación Estatal de Comunicación y Transporte de Comisiones Obreras, reiterando una vez más la necesidad de que el establecimiento de servicios mínimos exige la adecuada motivación, entendiendo que en el supuesto examinado dicha motivación es insuficiente dado que ninguna mención se hace a las características específicas de la huelga, ni se ofrece explicación alguna que permita sostener que las consideraciones genéricas contenidas en el preámbulo del Real Decreto puedan ser válidas en razón a la huelga convocada, ya que tales consideraciones vienen a ser una repetición de las que se contienen en otros Reales Decretos para otras huelgas diferentes.

Con independencia de lo anterior se considera que vulnera el art. 28.2 CE la inclusión como servicios esenciales de la “emisión dentro de los horarios y canales habituales de difusión, de una programación grabada” y “la producción y emisión de la normal programación informativa”, así como la “producción y retransmisión de las competiciones o acontecimientos deportivos previamente catalogados como de interés general que tengan lugar durante la jornada de huelga”.

Asimismo se establece que en el Real Decreto impugnado no es la Administración quien fija los servicios mínimos, pues su determinación se deja en manos de la dirección del ente público RTVE, órgano que no puede ser considerado como un delegado de la Autoridad Gubernativa a la que la norma atribuye la potestad para adoptar medidas que garanticen la efectividad de los servicios esenciales. En realidad el Director General de RTVE es un director ejecutivo de un ente público funcionalmente independiente, y en las decisiones que adopte con relación a una huelga que afecte a la entidad que dirige difícilmente estarán presentes las notas de neutralidad e imparcialidad que deben presidir la fijación de los servicios mínimos, para que éstos no comporten un sacrificio injustificado del derecho de huelga.



7. STS de 31 de Octubre de 2007, Rec.4181/2006. Indemnización por despido. Forma de calcular dicha indemnización por los periodos de tiempo inferiores a un año.

La cuestión que se plantea en el recurso viene referida exclusivamente a la interpretación que ha de darse al apartado 1.a) del art. 56 del Estatuto de los Trabajadores, y más concretamente a precisar si para el cálculo de la indemnización por despido improcedente, los periodos de antigüedad en el trabajo inferiores a un año se han de prorratear por meses o por días.

En concreto tanto el Juzgado de Instancia como el TSJ en la sentencia de suplicación habían calculado la indemnización según el número exacto de años, meses y días que el trabajador había prestado servicios de tal forma que los años completos se indemnizaban a razón de 45 días por año, pero el resto final que no completaba el año se indemnizaba en función de los meses y días efectivamente trabajados.

La sentencia estima el recurso del trabajador y viene a establecer que los días que excedan del último mes se considerarán a estos efectos como mes completo, de forma que no es adecuado calcular la indemnización como lo había hecho el Juzgado y la Sala de lo Social, que en sus respectivas sentencias habían estimado como correcta la fórmula de cálculo en función de los días exactos de trabajo, en lugar de computar el pico que excediera del último mes como otro mes más.

La sentencia tiene notorio interés práctico ya que viene siendo habitual que el número de días inferior a un mes se compute proporcionalmente, en lugar de entender que ese número de días genera el derecho a la indemnización del mes completo.



8. STS de 18 de Octubre de 2007, Rec. 4167/2006. Plus de penosidad por contaminación acústica. No procede su absorción o compensación mediante gratificación voluntaria por cantidad o calidad de trabajo.

La cuestión que se suscita en el recurso no es otra que la de precisar si la empresa está obligada a abonar a los trabajadores el plus de penosidad establecido en el convenio colectivo, o si el referido complemento es absorbido y compensado por otro concepto salarial asignado a los demandantes por el concepto de cantidad y calidad de trabajo, no discutiéndose la realidad del ruido ambiental existente en el medio de trabajo, cuya medición supera los niveles exigidos en el convenio colectivo para generar el derecho a plus de penosidad.

La sentencia desestima el recurso de la empresa manteniendo al respecto que la institución de la compensación y absorción regulado en el art. 26.5 ET tiene por objeto evitar la superposición de mejoras salariales que tengan su origen en diferentes fuentes reguladoras, de forma que el incremento de un concepto salarial contenido en una fuente normativa o convencional quede neutralizado por cualquier otro incremento con origen en fuente distinta, manteniendo que para cumplir dicha finalidad la compensación ha de producirse necesariamente en el marco de retribuciones que presenten la necesaria homogeneidad, es decir ha de tratarse de una compensación entre conceptos retributivos de naturaleza análoga o similar.

Pues bien, partiendo de la anterior doctrina entiende el TS que dicha homogeneidad no se da entre la retribución del plus de penosidad y la existencia de una gratificación por cantidad o calidad de trabajo, y en consecuencia procede el abono de dicho plus en los términos establecidos en convenio y sin que proceda compensación alguna.



9. STS de 2 de Octubre de 2007, Rec. 3627/2006. Libertad sindical. Retribución del crédito horario a un representante de los trabajadores sin incluir la media dieta que se hubiera devengado de no haber realizado la actividad representativa.

El demandante trabaja para una Diputación Provincial con categoría profesional de mecánico conductor y prestando servicios en los equipos de vías y obras. El personal de dicho equipo viene percibiendo media dieta cuando se encuentra desplazado, si bien en los casos de permanencia en el taller no perciben cantidad alguna por tal concepto.

El citado trabajador con motivo de asistir a la reunión de una mesa de negociación, haciendo uso del crédito horario, no percibe el importe de la media dieta que sí le es abonada a sus compañeros de trabajo que se encuentran desplazados, razón por la cual reclama también el abono de la media dieta, de tal forma que, a su juicio, exista una absoluta garantía de indemnidad salarial, percibiendo exactamente la misma cantidad que sus compañeros de trabajo o que él mismo en el caso de no haber realizado

funciones representativas. La demanda es desestimada por el Juzgado de lo Social y revocada por el TSJ que estima la procedencia del abono de la media dieta.

En el recurso de casación para unificación de doctrina se estima el recurso de la Diputación estableciendo en definitiva que la retribución del crédito del representante de los trabajadores no debe incluir la media dieta que se hubiera devengado de haberse producido un desplazamiento del trabajador, no realizado por el desempeño de la actividad representativa.



10. STS de 26 de Septiembre de 2007, Rec. 966/2006. Control empresarial del ordenador y correo electrónico de los trabajadores. Es aceptado con un uso personal moderado de estos equipos, por lo que ese ámbito existe también un derecho fundamental a la intimidad del trabajador.

Con ocasión de los fallos observados en un ordenador, se requirió la intervención de un técnico informático que atribuyó la causa a virus informáticos procedentes de páginas poco seguras de Internet. Reparado el ordenador se realizó una nueva inspección, esta vez en presencia de los delegados de personal y a tenor de las pruebas obtenidas la empresa procedió al despido del trabajador que utilizaba el mismo. El Juzgado de lo Social y el TSJ declararon la improcedencia del despido por entender que la obtención de la prueba del incumplimiento contractual del trabajador se había llevado a cabo sin observar las exigencias que el art. 18 ET impone para el registro de taquillas y de la persona del trabajador.

Formalizado recurso de casación para la unificación de doctrina el TS lo desestima y confirma por tanto la declaración de improcedencia del despido, si bien la fundamentación de la improcedencia se obtiene por vía diferente ya que a juicio el TS en el control de la utilización del ordenador por parte de la empresa no se aplican las garantías del art. 18 ET sobre registros de taquillas y efectos del trabajador, manteniendo que la norma aplicable sería el art. 20.3 ET que admitiría el control del uso del ordenador por parte de la empresa con el límite del respeto a intimidad y dignidad del trabajador, manteniendo que dicho respeto impone unos límites al empresario, el cual debe advertir previamente al trabajador sobre las restricciones al uso y la existencia de posibles controles, que al no existir en este caso motivan la declaración de improcedencia del despido, y ello sin perjuicio de apuntar que en este supuesto podrían plantearse problemas de autoría en el uso indebido de tal ordenador, desde el momento que éste no tenía clave de acceso y el despacho en el que se hallaba instalado permitía la entrada de otros trabajadores.



11. STS de 20 de Septiembre de 2007, Rec. 3326/2006. Extinción del contrato por voluntad del trabajador. Posibilidad de indemnización adicional por vulneración de derechos fundamentales al incumplirse el deber de evaluación de riesgos y protección frente a agresiones de terceros.

La trabajadora prestaba servicios en una biblioteca municipal, siendo el único personal que trabajaba en el edificio en jornada de tarde. Con motivo de haber sufrido amenazas y una agresión sexual, el Ayuntamiento contrató un servicio de vigilancia, que retiró al poco tiempo, negándose a restablecerlo pese a las reiteradas solicitudes formuladas por un sindicato. Con motivo de una nueva agresión se denunciaron los hechos ante la Inspección de Trabajo que requirió al Ayuntamiento para que efectuase nueva evaluación de los riesgos en la que se contemplasen las posibles agresiones a la bibliotecaria, con planificación y adopción de la correspondiente actividad preventiva, sin que tales medidas se pusieran en práctica.

Ante la situación planteada se formuló demanda de resolución de contrato solicitando indemnización adicional por violación de derechos fundamentales, demanda que fue desestimada en la instancia, con revocación posterior por el TSJ que apreció la causa de la resolución del contrato, con derecho a la indemnización de 45 días por año, denegando la indemnización adicional por considerar que no cabe otra indemnización ajena a la que resulta de la resolución.

En el recurso de casación para unificación de doctrina se estima la pretensión de la recurrente, manteniendo que la pasividad del Ayuntamiento al no llevar a cabo la evaluación de riesgos supone no solo la vulneración del derecho del trabajador a su integridad física y a una adecuada política de seguridad e higiene, sino que también se conculca su fundamental derecho a la vida y a la integridad física (art. 15 CE) y a la salud (art. 14 CE), que no han sido salvaguardados por el empresario, y de todo lo cual se deriva el derecho a la indemnización reclamada, como adicional a la de extinción del contrato, que se cifra en la cantidad de 6.194 euros y a cuyo pago se condena al Ayuntamiento.



12. STS de 14 de Junio de 2007, Rec. 2301/2006. Contrato para obra o servicio determinado vinculado a la duración de una contrata. Aunque sea lícita la temporalidad, procede declarar la improcedencia en los supuestos en que la contrata finaliza por acuerdo de las partes antes de la fecha prevista, o por causas imputables a la empleadora.

La trabajadora había suscrito contrato con una empresa de telemarketing, en la modalidad de obra o servicio determinado, siendo el objeto del contrato la realización de una determinada campaña. Sin embargo, antes de la conclusión del periodo previsto de la contrata, la empresa

convino con su cliente dar por finalizada su relación, circunstancia esta que fue alegada por la empresa para llevar a cabo la extinción del contrato de la trabajadora. Planteada demanda por despido tanto el Juzgado de lo Social como el TSJ desestimaron la misma, al entender que existía causa válida de finalización del contrato temporal.

El TS estima el recurso de casación y tras reconocer la validez de los contratos de obra que se vinculan a la duración de una contrata, señala que no es factible que quienes concertaron la contrata unilateralmente pongan fin a la misma y como consecuencia de ello extingan el contrato, ya que en este caso no estaríamos ante una finalización de la contrata por causa ajena a la empresa o por transcurso del plazo establecido, sino que sería la voluntad de los contratistas la que daría lugar a la finalización de la contrata, y en tal caso no cabe invocar la expresada circunstancia como causa de extinción del contrato de la actora, por lo que el cese deviene en despido improcedente.



13. STS de 1 de Junio de 2007, Rec. 71/2006. Límites al contenido de los convenios colectivos extraestatutarios: son nulas las cláusulas del convenio que regulan materias con alcance general, aunque exista adhesión al convenio de la práctica totalidad de la plantilla.

Al no alcanzarse acuerdo mayoritario en la negociación del convenio colectivo de una entidad financiera, la representación de la empresa y algunos sindicatos suscribieron un acuerdo o pacto extraestatutario o de eficacia limitada, al que se ha adherido de manera individualizada la práctica totalidad de los trabajadores de la empresa. Por parte de CC.OO. se interpuso demanda de impugnación de convenio por considerar que regulaba determinada materia vinculadas a la representación de los trabajadores y de otras que tenían carácter de generalidad, siendo estimada parcialmente la demanda por la Audiencia Nacional y por el TS.

Mantiene el Tribunal Supremo que "los convenios de eficacia limitada, en el ámbito propio en el que son aplicables, tienen naturaleza y eficacia contractual y contenido regulador en el sentido indicado, es decir, únicamente respecto de los supuestos afectados por el contrato, pues esa fuerza la reciben del art. 37.1 de la Constitución y del consentimiento de los negociadores, pero sin que sus cláusulas sobrepasen ese ámbito en ningún sentido ni pueden ser calificadas como normativas en el puro sentido de la palabra, sino únicamente con el alcance a que nos hemos referido en cuanto regulan derechos y obligaciones de aquellos a quienes se extiende el concreto contrato colectivo".

Partiendo de la anterior doctrina y analizando el contenido del convenio se sostiene que la regulación de la clasificación profesional, la promoción profesional y la clasificación de oficinas no puede ser objeto de un pacto extraestatutario, como tampoco la regulación del comité intercentros o el régimen disciplinario de la empresa, ya que todas estas materias tienen un alcance de generalidad y en consecuencia se anulan los preceptos del convenio, manteniendo sin embargo la validez de otras cláusulas impug-

nadas como la regulación del complemento de antigüedad o la creación y composición de comisiones paritarias de mero estudio, por entender que en este último caso dichas comisiones no tienen funciones ni competencias negociadoras.



14. SAN de 19 de Noviembre de 2007, Rec. 137/2007. En la retribución del permiso de lactancia se han de incluir todos los conceptos retributivos, incluyendo los complementos vinculados al cumplimiento de objetivos y los complementos funcionales.

El convenio colectivo de grandes almacenes dispone que el permiso de lactancia se regulará según lo establecido en el art. 37.4 del ET, y la patronal del sector ha venido interpretando dicho artículo en el sentido de excluir de la retribución los conceptos que integran el salario variable, es decir los complementos vinculados a la obtención de objetivos y los complementos funcionales.

Planteada demanda de conflicto colectivo con las federaciones estatales de comercio de CC.OO. y UGT, la Sala de la Audiencia Nacional ha estimado la demanda, declarando que cuando se opta por el disfrute acumulado del permiso, su retribución debe ser la de tiempo efectivamente trabajado, ya que lo contrario significaría que el disfrute del derecho implica una pérdida económica, de forma que la retribución ha de ser íntegra, como ya lo han entendido algunos TSJ como el de Madrid en sentencia de 21 de diciembre de 2004, Rec. 4951/2004, y el de Cataluña en sentencia de 28 de septiembre de 2006, Rec. 348/2005.

En definitiva la sentencia declara el derecho de los trabajadores que disfruten el permiso de lactancia en cualquiera de sus modalidades, a percibir el salario íntegro como si efectivamente realizasen el trabajo, doctrina, la expresada, que es de plena aplicación a todos los supuestos de esta naturaleza y con independencia de cual sea el convenio colectivo aplicable.



15. STSJ DE CATALUÑA de 13 de Septiembre de 2007, Rec. 1203/2006. Sucesión de empresas y modificación sustancial de condiciones de trabajo.

A los trabajadores demandantes, que venían prestando servicios para una empresa dedicada a la explotación de un campo de golf, se les notificó su incorporación en la plantilla de una nueva empresa, resultante de la fusión por absorción de su empleadora. Mas, en dicha comunicación también se les notificaba el cambio de centro de trabajo, invocando determinadas razones que supuestamente imposibilitaban la continuidad de la explotación como campo de golf de la finca en que venían trabajando.

La sentencia condena a las demandadas a la reposición de los trabajadores en sus anteriores condiciones de tra-

bajo. En concreto, reseña que una cosa es que la empresa cambie de denominación porque la entidad para la que prestaban servicios ha sido absorbida por otra, y otra cosa distinta es que se utilice el mecanismo del artículo 44 del estatuto de los Trabajadores para adoptar decisiones que introducen unos cambios en la relación de trabajo distintos a la mera subrogación personal, que es lo que, en realidad, sucede en el presente supuesto, en el que se utiliza el mecanismo de la sucesión para imponer condiciones de trabajo distintas, que son ajenas a dicho mecanismo. La decisión adoptada por la empresa no solo se limita a poner en conocimiento de los trabajadores afectados el nuevo titular -por absorción de la empresa para la que ellos prestaban servicios-, sino que, en la comunicación escrita que les fue remitida, suscrita por la sociedad que va a ser absorbida, no por la absorbente, se les comunica que deben pasar a prestar servicios en otro centro de trabajo distinto, sin que conste que la nueva titular haya comunicado a los trabajadores sus nuevas condiciones laborales, a los efectos de que éstos pudieran ejercer las acciones que considerasen oportunas.

Así, aunque es cierto que se ha producido un cambio de denominación del empleador, el cambio de centro de trabajo resulta ajeno a la decisión adoptada por la empresa absorbida, y, en este sentido, se ha de proceder a la reposición de los trabajadores en las condiciones que existían con anterioridad al acuerdo, sin perjuicio de las facultades que la empresa pueda adoptar, tanto por lo que afecta a la modificación de condiciones de trabajo, como a las posibles extinciones de los contratos de trabajo, en cuyo caso los trabajadores afectados por las medidas podrán ejercitar las acciones que consideren oportunas en defensa de sus derechos, que no pueden verse menoscabados por el hecho de utilizar indebidamente el fenómeno de sucesión de empresa para adoptar una serie de medidas que en nada afectan a la aludida transmisión o simple cambio de titularidad.



16. STSJ DE MADRID de 10 de Septiembre de 2007, Rec. 2770/2007. Acoso Moral: indemnización por daños morales.

En la sentencia se plantea la cuestión relativa a la cuantificación de la indemnización que ha de abonarse a una trabajadora en concepto de daños morales, derivados de una situación de acoso moral en el trabajo.

En concreto, la situación se extendió más de seis años, durante los cuales la demandante tuvo que soportar numerosos cambios de funciones y departamentos, así como otras situaciones ciertamente estresantes, todo ello encaminado a quebrantar su firme voluntad de permanecer en la empresa, lo que, al cabo, determinó que por dos veces hubiera de permanecer varios meses en situación protegida de incapacidad temporal con motivo del cuadro ansioso-depresivo que le sobrevino. Para la sentencia, la indemnización fijada en cuantía de 50.000 euros resulta razonable y proporcionada a los daños irrogados.



17. STSJ DE CATALUÑA de 31 de Julio de 2007, Rec. 3342/2006. Accidente de trabajo: recargo de prestaciones por omisión de medidas de seguridad.

En relación con un accidente de trabajo, se plantea la procedencia y, en su caso, las empresas responsables del abono del recargo de prestaciones de la Seguridad Social por omisión de medidas de seguridad. El trabajador accidentado prestaba servicios para una empresa de montajes de grúas, que había sido subcontratada por otra de la misma actividad. El accidente tuvo lugar cuando el trabajador perdió el equilibrio tras instalar un nuevo contrapeso en la grúa, cayendo al vacío desde una altura de tres metros. No estaba previsto ningún sistema de protección para el evidente riesgo de caída de altura.

El INSS declaró la responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo, procediendo el incremento del 30% de las prestaciones de Seguridad Social, con cargo solidario a las empresas contratista y subcontratista, y tal criterio es confirmado por la sentencia que se comenta, al considerar como causa determinante de la producción del accidente la falta de previsión del riesgo de caída de altura y utilizarse un procedimiento de trabajo que era inadecuado, hasta el punto que, posteriormente, se sustituyó el mismo por otro en el que se contemplaba la sujeción a un punto seguro para evitar el riesgo de caída. No se excluye la responsabilidad empresarial por la circunstancia de que el accidentado contara con una amplia experiencia en dicha actividad, o por una eventual imprudencia del mismo, ya que no sería determinante de la exclusión de la responsabilidad de la empresa, al existir una técnica de trabajo que no preveía el riesgo de caída, conforme al diseño de las medidas preventivas fijado en el art. 15.4 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales

La sentencia también declara la responsabilidad solidaria de la contratista, en los términos del art. 24.3 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, sobre la consideración de que se dedicaba a la misma actividad que la subcontratista –empleadora del trabajador-, y que el accidente tuvo lugar en el lugar de trabajo donde la contratista debía realizar su actividad, lo que ha de asimilarse a estos efectos al concepto de centro de trabajo que utiliza la Ley. De esta forma, resta toda virtualidad a que el accidente tuviera lugar cuando el trabajador operaba tanto con la maquinaria como con los equipos de trabajo proporcionados por la empresa subcontratista –su empleadora-.



18. STSJ DE CASTILLA Y LEÓN /BURGOS de 30 de Julio de 2007, Rec. 438/2007. Garantía de indemnidad frente al despido: violación del derecho fundamental de libertad sindical y del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

La empresa extingue el contrato por causas organizativas y productivas, al tiempo que reconoce la improcedencia del despido y pone a disposición del trabajador la indem-

nización. El trabajador reclama la declaración de nulidad del despido, por considerarlo lesivo de su derecho de libertad sindical y de su derecho a la tutela judicial efectiva, lo que resulta confirmado por la sentencia.

Para ello, la sentencia valora como indicios la existencia de un procedimiento anterior de reclamación de derecho y cantidad del trabajador contra la empresa, y la falta de acreditación por la empresa de la realidad de las causas de despido invocadas, ni en la propia carta de despido, ni posteriormente. Además, la carta de despido tuvo lugar inmediatamente después de anunciarse la candidatura del actor como representante de los trabajadores en la empresa, por el Sindicato CCOO. En conclusión, el despido es la respuesta de la empresa a la puesta en práctica por el trabajador de dos de sus derechos fundamentales, tanto el contemplado en el artículo 28 de la CE, en su vertiente de afiliarse a un Sindicato y participar como representante de los trabajadores en las elecciones sindicales, y el contemplado en el artículo 24 de la CE, de obtener tutela judicial efectiva, mediante una reclamación de tipo laboral ante los órganos judiciales.



19. STJS DE CASTILLA Y LEÓN /BURGOS de 26 de Julio de 2007, Rec. 430/2007. Prestación de desempleo: socios trabajadores de sociedades laborales de responsabilidad limitada.

El trabajador demandante constituyó junto con otros dos antiguos compañeros de trabajo una sociedad laboral de responsabilidad limitada, para lo que capitalizaron el importe de las prestaciones de desempleo por una anterior extinción de sus contratos de trabajo. El núcleo esencial de la actividad de la sociedad laboral de responsabilidad limitada que constituyeron se dedicaba precisamente a la gestión de la producción textil de su anterior empleadora, y en la misma, el trabajador en cuestión ostentaba la categoría de encargado. Después de casi cuatro años se notifica al trabajador la extinción de su contrato por causas productivas, y posteriormente se procede a la disolución y liquidación de la sociedad. El Servicio Público de Empleo, que le había vuelto a reconocer una nueva prestación de desempleo, dicta resolución declarando la existencia de una prestación indebida y reclamando el importe de las cantidades percibidas por el trabajador, sobre la consideración de que en el momento en que causó efectos la prestación por desempleo, el actor tendría la condición de socio de la empresa y, por lo tanto, no tendría derecho a la prestación discutida.

La sentencia confirma la dictada en la instancia, que había estimado la demanda del trabajador. Considera que no trata de unas prestaciones de desempleo indebidamente reconocidas, ya que el despido por causas objetivas del trabajador se ajusta a derecho al quedar acreditada la situación de crisis de la sociedad laboral de responsabilidad limitada para la que prestaba servicios el trabajador, hasta llegar a su cierre. En consecuencia, la situación del actor se ajusta a lo dispuesto en el art. 203.1 LGSS, teniendo por ello derecho a la prestación por desempleo solicitada y discutida.



20. STSJ DE CANARIAS /LAS PALMAS de 26 de Julio de 2007, Rec. 355/2007. Sucesión de empresas: contratas administrativas.

El trabajador demandante prestaba servicios para la contratista de la gestión de un centro de atención a menores extranjeros mediante un contrato de trabajo de obra o servicio, que se encontraba vinculado a la vigencia del convenio de colaboración con la Administración. Tras la finalización de la contrata, se comunicó al trabajador la extinción de su contrato por llegada del término, y sin que la nueva empresa contratista aceptara su incorporación.

La sentencia considera que el cambio de empresas adjudicatarias de la contrata equivale a un supuesto de sucesión de empresas del art. 44 ET, y que la negativa de la nueva adjudicataria a la reincorporación del trabajador constituye un despido improcedente. A tal fin, valoró que, en el caso, se había producido la transmisión de una entidad económica autónoma susceptible de explotación, ya que se produjo la transmisión de elementos patrimoniales y de infraestructura productiva, de tal forma que la actividad desarrollada por las entidades empleadoras sucedida y sucesora era la misma, coincidiendo también los medios, los métodos de organización y el procedimiento. En conclusión, el contrato de obra o servicio determinado suscrito con la anterior empleadora y vinculado a la vigencia del convenio de colaboración con la Administración no se extingue y la falta de reincorporación por la nueva adjudicataria constituye un despido improcedente, que es responsabilidad exclusiva de la misma.



21. STSJ DE CATALUÑA de 25 de Julio de 2007, Rec. 2399/2007. Sucesión de empresas: contratas de telemarketing.

La sentencia recae en el proceso de despido disciplinario de varias trabajadoras que vinieron prestando servicios mediante sendos contratos temporales de obra o servicio en las diversas contratistas del servicio de atención telefónica de una empresa del automóvil. La empleadora había reconocido la improcedencia de los despidos y había consignado el importe las indemnizaciones, computando exclusivamente el período de vinculación contractual con la misma y no el que habían mantenido con las anteriores contratistas del servicio de atención telefónica.

La sentencia declara la existencia de una sucesión de empresas en los términos del art. 44 del Estatuto de los Trabajadores ya que, aunque no existió transmisión de elementos patrimoniales entre las contratistas, las sucesivas operadoras se vinieron haciendo cargo de la plantilla adscrita a este servicio. Además, no obsta a tal conclusión la falta de concurrencia de los requisitos fijados en el art. 18 del Convenio Colectivo estatal para el sector de Telemarketing, cuando de hecho se incorporó en la nueva titular la totalidad de la plantilla.

Finalmente, y consecuencia de la apreciación de la existencia de una sucesión empresarial, la sentencia condena a la empresa al abono de los salarios de tramitación toda

vez que no admite como error excusable en la cuantificación de la indemnización por despido la falta de toma en consideración de los períodos de prestación de servicios en las anteriores contratistas.



22. STSJ DE CATALUÑA de 23 de Julio de 2007, Rec. 927/2006. Accidente de trabajo: Responsabilidad empresarial e indemnización de daños y perjuicios.

Se cuestiona el alcance de la responsabilidad empresarial en los supuestos de encadenamientos de contratas frente a las consecuencias derivadas del accidente de trabajo sufrido por el trabajador de una subcontrata. En concreto, la promotora había encargado la realización de los trabajos de encofrado a una empresa especializada y, a su vez, ésta había subcontratado la realización de parte de estos trabajos a la empleadora del trabajador accidentado. La sentencia declara la responsabilidad solidaria de la promotora de la obra, junto con la contratista y la subcontratista, en el abono de la indemnización de daños y perjuicios al trabajador.

No desconoce la doctrina establecida por el Tribunal Supremo en sentencia de 20 de julio de 2.005 que, a estos efectos, distinguió entre las actividades empresariales de los promotores y la de los constructores, partiendo de la diferenciación prevista en la Ley 38/1999, de Ordenación de la Edificación, pero en el caso enjuiciado, considera que la labor de la promotora no se limitó simplemente a la contratación de la obra ya que también estuvo implicada en la dirección y desarrolló de la misma, encargando la realización de las distintas partes de la obra a las empresas que seleccionó para ello. También procede la extensión de la responsabilidad a la promotora por culpa "in eligendo", al ceder los trabajos de encofrado a dos empresas, encontrándose al menos una de ellas en situación de quiebra. No puede liberarse la promotora de lo que sucede en su obra si elige empresas que gravemente incumplen con sus obligaciones en materia de seguridad en el trabajo. No debe desconocerse que en esta materia se impone al empresario un fuerte deber para que se cumplan las medidas oportunas en sus centros de trabajo y, aunque el verdadero empresario de los trabajadores, es el contratista, tal deber de vigilancia se impone al empresario principal sobre el cumplimiento por parte de los contratistas de las normas de seguridad. Finalmente, y conforme a lo establecido en el Real Decreto 1627/1997, la responsabilidad por tanto de determinar cómo se efectúa el trabajo y cuáles son las medidas de seguridad aplicables son tanto de la empresa promotora, a través del estudio de seguridad y salud, como de la empresa contratista (a través del plan de seguridad y salud), y del coordinador de seguridad que actúa por cuenta de la promotora en la dirección de la obra y que debe aprobar el plan de seguridad y no debe permitir que se inicien los trabajos de una contratista sin que exista dicho plan y haber aprobado el mismo.

En lo que a la cuantía de la indemnización se refiere, reseña que si en la partida de lucro cesante solo se tiene en cuenta la posible pérdida de ganancia derivada de las lesiones -no el daño en su conjunto-, la cantidad resultante no puede verse minorada por el importe de una prestación reconocida, pues para calcular el importe de los daños no


se ha tenido en cuenta el daño en su conjunto, sino solo la pérdida de unos ingresos complementarios de la pensión.



23. STSJ DE MADRID de 16 de julio de 2007, Rec. 6074/ 2007. Prestaciones de la Seguridad Social: determinación de contingencia.

Se cuestiona la calificación como accidente de trabajo del fallecimiento por infarto de miocardio de un liberado sindical, que tuvo lugar durante un día de huelga en una estación de metro cuando el trabajador se dirigía desde un centro de trabajo u otro de su empresa, para asistir a una asamblea sindical. Tal controversia se plantea en un proceso judicial donde se reclamaba la revisión de la base reguladora de las prestaciones de viudedad y orfandad causadas.


La sentencia confirma la dictada en la instancia, que había calificado el fallecimiento como derivado de accidente de trabajo, teniendo en cuenta la representatividad sindical del trabajador, y ello, por más que el accidente no hubiera de calificarse como en «in itinere», ya que no iba de su domicilio al centro sindical sino que se trasladaba de un centro de trabajo a otro en el ejercicio de su actividad sindical, por lo que se trata de un «accidente en misión», donde es aplicable la presunción del nº3 del art. 115 de la Ley General de la Seguridad Social.



24. STSJ DE CANARIAS /LAS PALMAS de 13 de Julio de 2007, Rec. 116/2007. Libertad sindical: delegados sindicales.

En la sentencia se analiza la cuestión relativa a las garantías de los delegados sindicales del art. 10.3 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical frente al despido, y en concreto, la relativa a la titularidad por los mismos del derecho de opción -entre la readmisión o la extinción indemnizada del contrato-, en los supuestos de despido improcedente.

La sentencia declara que el delegado sindical mantiene las garantías propias de los delegados sindicales del art. 10.3 LOLS, incluida la titularidad del derecho de opción, aunque la plantilla del centro de trabajo fuera inferior a los doscientos cincuenta trabajadores en el momento del despido, teniendo en cuenta que no queda acreditada ni la consolidación en el tiempo de la disminución de la plantilla de trabajadores del centro de trabajo en cuestión, ni que la misma sea esencial y significativa.



25. STSJ DE MADRID de 27 de Junio de 2007, Rec. 1420/2007. Elección de horario de trabajo por guarda legal de menor.


Una trabajadora que prestaba servicios en un centro público de educación especial, encargada de preparar y do-

tar de materiales un aula de estimulación, solicitó una modificación de su horario pero sin reducción de jornada, de modo que la prestación de servicios pasara a desarrollarse en horario de mañana. El horario solicitado era más acorde con el horario escolar de su hija menor de ocho años que el que venía desarrollando. La Administración empleadora desestimó tal solicitud, pero la sentencia estima el recurso que había formulado la trabajadora e impone tal modificación horaria, a pesar de que tal derecho no se encuentra expresamente recogido ni en la Ley ni en el Convenio Colectivo que resultaba de aplicación.

La sentencia centra la cuestión en la interpretación del art. artículo 37.6 del Estatuto de los Trabajadores, a la luz de su redacción efectuada por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, en el sentido de determinar si el derecho que establece sólo afecta a la reducción de la jornada laboral con elección de horario o si bien puede aplicarse a supuestos en que sin la citada reducción se elija por la trabajadora/trabajador una jornada adecuada a los intereses de la vida familiar. Y en este punto, declara la sentencia que, en principio, la concreción horaria de la reducción de jornada es un derecho de la trabajadora, que sólo en supuestos excepcionales ha de caer, como en caso de abuso de derecho, inexistencia de buena fe o manifiesto quebranto para la empresa.

Pero también viene a admitir la operatividad del derecho de la trabajadora a la modificación del horario, aun sin reducción de jornada, cuando concurra algún obstáculo para la compatibilidad de su vida familiar y profesional, como exigencia derivada del artículo 14 de la Constitución. El espíritu y finalidad perseguida por la normativa antes invocada y ponderándolo siempre en razón al bien jurídico que se pretende proteger, y aunque el precepto -bien es cierto- no recoge taxativamente el derecho que se solicita, su interpretación debe atenerse no a un criterio rígido sino de carácter amplio lo que impide considerar que se trata de ampliar a un beneficio no previsto por la Ley.

En el caso, la sentencia valora que se trataba de una petición motivada por la necesidad de satisfacer un interés expresamente tutelado por la norma estatutaria y convencional, la de atender al cuidado de una hija de ocho años de edad, que en este caso, debe prevalecer sobre el mero poder de organización de la actividad empresarial, cuyo funcionamiento regular no se ve alterado por la medida, y ello, al menos en tanto no varíen las circunstancias actuales que han determinado la solicitud de la trabajadora y la concesión del derecho que ahora se reclama.



26. STSJ DEL PAÍS VASCO de 19 de Junio de 2007, Rec. 1076/2007. Convenio colectivo aplicable: principio de unidad de empresa. Salario: compensación y absorción.

Los trabajadores prestaban servicios en una empresa contratista del servicio de documentación en una instalación sanitaria, y en el proceso solicitaban la aplicación del Convenio sectorial de Oficinas y Despachos. La sentencia estima tal pretensión haciendo aplicación del principio de unidad de empresa, teniendo en cuenta que práctica-

mente la mitad de la plantilla prestaba sus servicios en dicho centro de documentación, y lo obtenido por la empleadora por esta adjudicación es algo más del 50% de los ingresos de explotación que tuvo durante el año. Así, la actividad principal de la demandada es la que se desarrolla en esa actividad de documentación, puesto que tampoco se acreditó que la otra mitad de la plantilla y de los ingresos se obtenga en una sola actividad distinta de ésta.

Además, también se impugnaba la compensación y absorción del plus de transporte con el plus de vestuario que venían percibiendo los trabajadores, a lo que también se accede en la sentencia, sobre la consideración de que tratándose de conceptos extrasalariales, puesto que no retribuyen el trabajo sino determinados gastos a los que el trabajador ha de hacer frente, no se trata de conceptos homogéneos que puedan ser objeto de compensación y absorción.



27. STSJ DE CANARIAS /LAS PALMAS de 4 de Junio de 2007, Rec. 224/2005. Contrato fijo discontinuo.

El trabajador venía prestando servicios para Iberia como agente de servicios auxiliares en el Aeropuerto de Gran Canaria, a través de sucesivos contratos eventuales a tiempo parcial que se repetían anualmente desde el año 1997, y que con carácter general se extendían desde principios de diciembre a finales de mayo del año siguiente, habiéndose intercalado durante las fechas de verano algún contrato también eventual a tiempo parcial. Con fecha de 1 de diciembre de 2002 suscribió un contrato con la misma empresa como fijo de actividad continuada a tiempo parcial, reconociéndosele la antigüedad desde esta fecha. El trabajador reclama el reconocimiento de los anteriores períodos de prestación de servicios en el cómputo de su antigüedad, lo que es estimado en la instancia y en suplicación.

La sentencia considera acreditada la reiteración cíclica anual vinculada a un incremento de la actividad (temporada de invierno) que se repite año a año, aunque la relación contractual venga acompañada de algún contrato a tiempo parcial en otros meses diferentes del año, pues es evidente que no se trata de una contratación puntual, esporádica e imprevista, sino una contratación cíclica, anual, vinculada a un incremento de actividad que se repite año a año. Ello hace surgir la realidad una relación fija discontinua desde el inicio de su prestación de servicios para la empresa. Así, los periodos de actividad mientras prestó servicios como trabajador fijo- discontinuo habrán de incluirse en el cómputo de la antigüedad del trabajador.



28. STJS DE ASTURIAS de 11 de Mayo de 2007, Rec. 676/2007. Despido nulo: vulneración de la garantía de indemnidad. Indemnización de daños y perjuicios.

La sentencia declara la nulidad del despido enjuiciado, por entenderlo lesivo de la garantía de indemnidad del trabajador dado que era la respuesta empresarial a unas reivin-

dicaciones laborales previas del trabajador, que fueron atendidas jurisdiccionalmente. Acreditada la existencia de tales procedimientos judiciales, la empresa no demostró la concurrencia de una causa real, objetiva y consistente para justificar su decisión de despedir.

Además, la sentencia condenó a la empleadora a abonar una indemnización en cuantía de seis mil euros por daños y perjuicios morales, siendo de significar que tal condena se realizó sin necesidad de que se ofreciera por el trabajador una justificación exhaustiva de los mismos, porque se trata de paliar el daño moral que supone la sujeción a procesos extintivos tachados de lesivos a sus derechos Constitucionales que suponen, por sí mismos y sin necesidad de justificación alguna, un sufrimiento continuado en el tiempo que se desarrollan los procesos judiciales, que es entendible y justificable en cualquier caso, pero más cuando lo son por lesión de derechos fundamentales.



29. STSJ DEL PAÍS VASCO de 8 de Mayo de 2007, Rec. 588/2007. Extinción del contrato por causas objetivas: económicas.

En la sentencia se enjuicia un supuesto de extinción del contrato por causas objetivas; en concreto, la empresa invocó la existencia de causas económicas, que implicaban el cierre del centro de trabajo donde el trabajador prestaba servicios.

La sentencia declara la existencia de un despido improcedente, toda vez que aun cuando se probó la situación negativa de la empresa que afectaba a la globalidad o conjunto de la misma, no se acreditó que el concreto centro de trabajo que se cierra, consecuencia de lo cual se extingue el contrato de la demandante, generara pérdidas. Así, no constaba que su cierre supusiera realmente una disminución de costes, pues no se acreditaron los gastos que generaba ni, sobre todo, los ingresos que producía. Para la sentencia, ello no supone vinculación de la extinción por causas económicas a la marcha de un concreto centro de trabajo, pues es preciso que sea el conjunto de la empresa el que genere pérdidas o se halle en situación económica negativa, pero ello, sin más, no supone que pueda procederse al cierre de cualquier centro, sino sólo de aquél cuya desaparición pueda contribuir a mejorar la situación.

Eduardo Rojo Torrecilla¹

PERMISOS Y LICENCIAS

Análisis del artículo 37.3 de la Ley del Estatuto de los trabajadores y de su desarrollo convencional

El presente artículo tiene por finalidad proceder al estudio de los aspectos y rasgos más destacados de la regulación sobre permisos laborales retribuidos, recogidos, si bien de forma no exclusiva, en el artículo 37.3 de la Ley del Estatuto de los trabajadores (en adelante LET). Dicho estudio, obviamente, no puede hacerse sólo desde el estricto y limitado prisma del marco legal, ya que probablemente sea la de los permisos aquella materia que más atención ha merecido en sede convencional y que por ello requiere de especial atención, como mínimo, a una muestra seleccionada de convenios colectivos de ámbito estatal, autonómico, provincial y/o de empresa que se han publicado en el Boletín Oficial del Estado y en el Diario Oficial de la Generalidad de Cataluña, y que se relacionan en anexo.

Con carácter preliminar cabe decir que se utiliza el término “permisos” tanto para referirse a los supuestos contemplados en el artículo 37.3 como para aquellos recogidos en otros preceptos, como el supuesto del disfrute del tiempo necesario para acudir a exámenes (artículo 23) y cuya posible retribución y consideración como tiempo de trabajo efectivo queda condicionada a lo que se disponga en la negociación colectiva, y que la referencia terminológica a las “licencias” que se efectúa en numerosos convenios colectivos no altera el núcleo central de mi exposición y no merece mayor atención, ya que en buena medida se trata preferentemente de permisos no retribuidos regulados en sede convencional (si bien no es desdeñable el número de convenios que incorporan la regulación de “permisos o licencias retribuidas para asuntos propios”, a imagen y semejanza de la normativa de la función pública).

No se trata, quede claro, de efectuar un estudio meramente repetitivo de aquello que ya ha sido objeto de atención por la doctrina iuslaboralista en anteriores trabajos, muchos de los cuales han sido tenidos en consideración para preparar mi artículo, sino de prestar atención a las últimas tendencias negociadoras y a las más recientes re-

soluciones judiciales sobre la materia (años 2006 y 2007), ya que los tribunales, señaladamente las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, han debido pronunciarse en numerosas ocasiones en los dos últimos años sobre los conflictos suscitados con ocasión de la interpretación de cláusulas convencionales que despliegan, completan, desarrollan o amplían la LET, algo a mi parecer sorprendente si se repara en que los permisos debería ser un ámbito de actuación en el que, una vez alcanzado el acuerdo en sede convencional ya sólo se procedería a su aplicación y cumplimiento por parte de las empresas cuando fueran solicitados por los trabajadores si tuvieran derecho para ello; ahora bien, la realidad no es tan simple ni sencilla, como lo demuestra el elevado volumen de litigiosidad laboral sobre cuestiones aparentemente más incardinables en la negociación, como son, a mero título de ejemplo, que debe entenderse por “días” cuando la norma no se refiere a su consideración de hábiles o naturales, o qué debe entenderse por tiempo indispensable para acudir a los exámenes de los títulos oficiales que cursa un trabajador y si en el mismo se incluye todo el día o hay una concreción del período reconocido para poder desplazarse al centro educativo.

En definitiva, se trata de efectuar, o al menos ese es mi intento, una aproximación a la regulación de los permisos laborales desde una consideración jurídico-social, que debe tomar en consideración factores que eran muy poco valorados cuando se aprobó su redacción originaria en 1980, fecha desde la que no ha habido especial o relevantes cambios como se expondrá a continuación, y que a mi parecer son sustancialmente dos: la gradual e imparable incorporación de la mujer al mercado de trabajo, y en menor medida (aunque es previsible que se vaya notando cada vez más en el futuro) el incremento de la inmigración en el mercado de trabajo español y la conveniencia de atender a las nuevas realidades culturales y religiosas de buena parte de esa población².

¹ Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Girona. Fecha de entrega del artículo: 30 de abril de 2007.

² Es especialmente importante destacar la presencia en el mundo del trabajo de un importante número de trabajadores que profesan la fe musulmana, y las implicaciones que ello puede tener sobre su actividad laboral y el posible disfrute de permiso, retribuidos o no. A título de ejemplo significativo, destaco aquí que una manifestación concreta de la fe musulmana es “la profesión de la fe”, es decir la entrada del creyente en la religión musulmana, y que no se encuentran referencias concretas a permisos para ello en los convenios (en concreto para los familiares del trabajador), pero sí los hay para manifestaciones concretas de la fe católica como es la celebración del bautismo o de la primera comunión. La doctrina estudiosa de esta cuestión ha defendido la extensión de este permiso a todas las manifestaciones religiosas para evitar una discriminación por razón de religión en el ámbito laboral prohibida por el artículo 17.1 de la LET, y se sugiere la incorporación a la negociación colectiva de una cláusula del siguiente tenor: derecho a licencia retribu-

I ¿Cómo ha evolucionado la norma?

1. No ha habido grandes cambios desde la primera redacción de la LET de 1980, y la última novedad introducida, en concreto en el artículo 37.3 b), se ha producido por la disposición adicional décimoprimer, número 2, de la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (en adelante LOIEMH).

La doctrina, en estudios anteriores obviamente a la entrada en vigor de la LOIEMH, ha destacado que desde la aprobación del texto originario de la Ley 8/1980 de 10 de marzo, sólo perviven en sus términos literales los artículos 37.3 a), c) y e), y que debe destacarse la importancia de la reforma del artículo 37.3 d) operada por la Ley 11/1994 de 19 mayo, por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores, del texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral, y de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social³, “en el sentido de configurar como supuesto de permiso retribuido el tiempo indispensable para el ejercicio del sufragio activo, zanjando así una anterior polémica”⁴.

2. En la redacción vigente con anterioridad al 23 de marzo de 2007, el precepto (artículo 37.3 b) disponía lo siguiente:

“b) Dos días por el nacimiento de hijo o por el fallecimiento, accidente o enfermedad grave u hospitalización de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad.....”. Recuérdese aquí que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 915 del Código Civil, son parientes de primer grado los padres, hijos y cónyuges, mientras que

de segundo grado son los abuelos, nietos y hermanos.

En la modificación operada por la LO 3/2007 la letra “o” entre “hijo” y “por” ha sido sustituida por la letra “y”, y después de “hospitalización” se ha incluido como nuevo supuesto protegido la “intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo hospitalario”.

La modificación no aparecía en el originario proyecto de ley, y se debe a la aceptación de enmiendas de los grupos parlamentario de CiU, IU-ICV y mixto en el Congreso, que más concretamente fueron incorporadas en el debate en Comisión del Informe de la Ponencia⁵ (ya que no aparecía ni en el proyecto de ley ni en el Informe). El texto de la enmienda y su justificación, prácticamente idéntica en todas las enmiendas, era el siguiente: “El reconocimiento de los permisos retribuidos del artículo 37.3.b) del Estatuto de los Trabajadores está haciéndose de forma muy restrictiva por las empresas, que exigen para el supuesto de accidente o enfermedad grave que haya también hospitalización, y para la hospitalización que esté motivada por accidente o enfermedad grave. No se están contemplando como supuestos individualizados, sino como un único supuesto que exige la presencia del elemento de la hospitalización más el de enfermedad o accidente grave.

Por tanto, es preciso modificar la redacción de la letra b) del apartado 3 del artículo 37 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores para que quede claro que son supuestos diferenciados y que cada uno de ellos da lugar al nacimiento del permiso⁶”.

3. Aún cuando no se trate del número del artículo 37 que

No se trata de efectuar un estudio meramente repetitivo de aquello que ya ha sido objeto de atención por la doctrina iuslaboralista en anteriores trabajos, sino de prestar atención a las últimas tendencias negociadoras y a las más recientes resoluciones judiciales

da... “dos días al año de libre disposición, por razones de libertad religiosa o aconfesional, que no vengan reconocidos como fiestas en el calendario laboral. Estos días no podrán sumarse a los días de asuntos propios”. Cfr. Jiménez-Aybar I. y Barrios Daudor G.L. “Un estudio sobre la aplicación del acuerdo de cooperación con la Comisión Islámica de España y otras cuestiones relacionadas”. *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, núm. 274, 2006, págs. 3-42.

³ El texto original del artículo 37.3 d) reconocía el derecho a permiso retribuido “por el tiempo indispensable para el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público y personal. La Ley 11/1994 introdujo inmediatamente a continuación la referencia expresa al “ejercicio del sufragio activo”. La modificación se justificaba, según I. García Ninet, por el ajuste normativo laboral “a las normas electorales, y la jurisprudencia, y de modo concreto con la sentencia del TS, sala especial de revisión, de 20 de diciembre de 1990”. “Ordenación del tiempo de trabajo”, en Borrajo Dacruz E. (comentarios dirigidos por): *La reforma del Estatuto de los trabajadores (Ley 11/1994 de 19 de mayo y normas concordantes)*, EDERSA, Madrid, 1994, Pág. 101.

⁴ García Ortega J. y Moreno Cáliz S. “Descanso semanal, fiestas y permisos (art. 37 ET)”, en García Ninet I. (director). *Salario y tiempo de trabajo en el Estatuto de los trabajadores (de 1980 a 2005)*. Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2005, págs. 438 y 439.

⁵ Enmiendas números 399, 149, 77 y 196, respectivamente.

⁶ En la enmienda número 196, presentada por la diputada del grupo mixto Sra. Olaia Fernández Dávila, se incorporaba un ejemplo concreto de aplicación del texto propuesto por la enmienda: “Por otra parte, aunque se esté ante una enfermedad o accidente grave, como por ejemplo, desprendimiento de retina, que exige total reposo domiciliario, sin embargo, si el desprendimiento de retina se opera sin ingreso hospitalario, tampoco se reconoce el derecho al permiso por dos días. Por tanto, es preciso modificar la redacción de la letra b) del apartado 3 del artículo 37 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores y las Trabajadoras para que quede claro que son supuestos diferenciados y que cada uno de ellos da lugar al nacimiento del permiso”.

es objeto central de nuestro estudio, también cabe destacar dos recientes modificaciones. La primera se ha operado en el artículo 37.4, regulador del derecho a reducción de jornada para la madre trabajadora o el otro progenitor durante el período de lactancia de un menor de 9 meses. En sintonía con algunos avances ya operados en el ámbito de la negociación colectiva, la Disposición adicional Undécima 5 permite que la reducción se disfrute cada día "o acumularlo (el período de disfrute) 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 aquella".

La segunda, que se trata más bien de una concreción del supuesto normativo más que propiamente de una modificación, se ha producido en el artículo 37.4 bis, que guarda relación con el artículo 48.4 en la versión que del mismo se ha hecho por la LOIEMH. Según dispone el último

precepto citado, "en los casos de partos prematuros con falta de peso y aquellos otros en que el neonato precise, por alguna condición clínica, hospitalización a continuación del parto, por un período superior a siete días, el período de suspensión se ampliará en tantos días como el nacido se encuentre hospitalizado, con un máximo de trece semanas adicionales, y en los términos en que reglamentariamente se desarrolle". Pues bien el Real Decreto 504/2007, de 20 de abril, por el que se aprueba el baremo de valoración de la situación de dependencia establecido por la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, se refiere en su disposición adicional tercera a la ampliación de los períodos de descanso por maternidad, y dispone que "asimismo, a efectos de la ampliación del período de descanso por maternidad que, de acuerdo con la legislación aplicable, corresponda en

RELACIÓN DE CONVENIOS EXAMINADOS.

1. II convenio colectivo estatal de la madera (BOE, 24 de enero de 2002).
2. Convenio colectivo estatal de las empresas de seguridad 2005-2008 (BO, 10 de junio de 2005).
3. XIX convenio colectivo de contratas ferroviarias (BOE, 6 de octubre de 2005).
4. Convenio colectivo estatal de empresas de mensajería (BOE, 12 de diciembre de 2006).
5. Convenio colectivo estatal para el sector de telemarketing (BOE, 5 de mayo de 2005).
6. Convenio de las Cajas de ahorro 2003-2006 (BOE, 15 de marzo de 2004).
7. XX convenio colectivo de banca (BOE, 2 de agosto de 2005).
8. Convenio del sector de la industria textil y de la confección (BOE, 4 de enero de 2007).
9. XIV convenio de la industria química (BOE, 6 de agosto de 2004).
10. Convenio estatal de artes gráficas, manipulados de papel, manipulados de cartón, editoriales e industrias auxiliares (BOE, 31 de agosto de 2004).
11. Convenio del sector de la construcción 2002-2006 (BOE, 10 de agosto de 2002).
12. Convenio básico, de ámbito estatal, de industrias cárnicas (BOE, 28 de febrero de 2005).
13. Convenio estatal para el sector de agencias de viajes 2004-2006 (BOE, 5 de mayo de 2005).
14. Convenio de ámbito nacional para el sector de aparcamientos y garajes (BOE, 17 de mayo de 2007).
15. Convenio nacional de centros de enseñanza privada de régimen general o enseñanza reglada sin ningún nivel concertado o subvencionado (BOE, 26 de abril de 2006).
16. V convenio colectivo de universidades privadas, centros universitarios privados y centros de formación de postgraduados (BOE, 18 de enero de 2006).
17. XII convenio de ámbito estatal para los centros de educación universitaria e investigación (BOE, 9 de enero de 2007).
18. I convenio colectivo interprovincial de centros de jardinería (BOE, 28 de abril de 2007).
19. Convenio colectivo de los hospitales de la red hospitalaria de titularidad pública y de los centros de atención primaria concertada para los años 2005-2008 (Diario Oficial de la Generalidad de Cataluña, 4 de octubre de 2006).
20. Convenio nacional de Cataluña de Hostelería 2005-2007 (DOGC, 26 de octubre de 2004).
21. Convenio de pompas fúnebres de la provincia de Barcelona (DOGC, 27 de octubre de 2006).
22. Convenio provincial de Barcelona de comercio de óptica al detalle (DOGC, 20 de abril de 2007).
23. Convenio provincial de Girona del sector siderometalúrgico 2005-2009 (DOGC, 5 de octubre de 2005).
24. Convenio colectivo del grupo de empresas Bureau Veritas (BOE, 12 de abril de 2007).
25. Convenio colectivo del grupo Generali España (BOE, 10 de abril de 2007).

los casos en que el neonato deba permanecer hospitalizado a continuación del parto, serán tenidos en cuenta los internamientos hospitalarios iniciados durante los treinta días naturales siguientes al parto”.

II. Reflexiones sobre la teoría general de las licencias y permisos.

1. Del análisis general que vamos a efectuar del artículo 37.3 de la LET cabe afirmar su carácter poco sistemático, coincidiendo con la tesis doctrinal de que dicho precepto, tanto en su redacción original como en las reformas operadas a partir de dicha fecha, alberga “cuestiones harto distintas con una sistemática cada vez más discutible”, y que aunque se trate de un texto que puede, como así ocurre en la práctica, ser ampliamente completado y desarrollado por la negociación colectiva, su dicción resulta demasiado imperativa, “incluso demasiado exhaustiva si se compara con cuestiones sin duda más centrales como es el caso de las vacaciones”⁷.

Estamos en presencia de una interrupción del contrato de trabajo, donde el principio de reciprocidad de las obligaciones del trabajador (prestación de la actividad laboral) y del empresario (abono de la remuneración salarial) queda alterado en todos aquellos supuestos regulados en sede legal o convencional que permiten al trabajador dejar de prestar temporalmente su actividad sin pérdida de la remuneración. Con carácter más global y técnico, en uno de los estudios más completos sobre los permisos retribuidos del trabajador, efectuado por Carmen Sánchez Trigueros, se elabora un concepto de permiso retribuido con el que podemos sustancialmente coincidir y que se apoya en seis puntos: “1. Es una vicisitud del contrato de trabajo. 2. Se caracteriza por el cese temporal de la prestación laboral. 3. El deber empresarial de retribución subsiste. 4. Sólo procede en los supuestos previsto por el ordenamiento. 5. Su duración es breve. 6. El disfrute del permiso se configura como un derecho”⁸. Se trata, en suma, de un precepto de derecho necesario relativo que puede ser mejorado por la norma convencional, y a su vez dicha norma puede ser completada en sede empresarial (circunstancia frecuente cuando la negociación es de ámbito sectorial o territorial superior), siempre y cuando se trate de una interpretación que no restrinja o desnaturalice aquello pactado en la negociación⁹.

3. El artículo 37.3 reconoce el derecho del trabajador a ausentarse por algunos de los motivos que se enumeran en el texto y que serán objeto de estudio a continuación, requiriéndose el previo aviso y la justificación. La dicción del texto, sin perjuicio de las innumerables concreciones y especificaciones que puedan hacerse en sede convencional, parece apuntar la necesidad de que exista relación directa entre el momento en que se produzca el evento y el período de disfrute del permiso, y de ahí que también sea predicable como regla de principio la consideración de que los días de permiso son naturales. Por fin, la referencia genérica al previo aviso y justificación sólo puede ser entendida como una manifestación genérica del principio de buena fe en la relación de trabajo, que obliga al trabajador a avisar y probar, de forma suficiente, que se produce el evento. De ahí que en sede doctrinal se haya argumentado con buena lógica que con respecto a los requisitos formales no hay una regla estándar sobre el preaviso, y tampoco sobre la justificación, si bien el trabajador está obligado “a acreditar la realidad de la causa que genera la licencia o permiso”¹⁰, y que el ejercicio del derecho no requiere de concesión empresarial expresa del permiso por lo que “la justificación será a posteriori y se referirá tanto al supuesto de hecho del que dependa el derecho a la ausencia como el efectivo disfrute y, de la misma manera, dependerá de las circunstancias del caso”¹¹. En esta misma línea se inscribe la mayor parte de convenios colectivos examinados; de tal forma, se dispone que como regla general “los días de permisos retribuidos deben disfrutarse en la fecha que se produzca la situación que los origina, sin poder trasladarlos a los días naturales o laborales inmediatos”, vinculándose de forma terminante el disfrute de la licencia “con la fecha en que se produzca la situación que los origine, con independencia de su coincidencia o no con día festivo o período no natural”, y concretándose el carácter “natural e ininterrumpido de los días de licencia”, y que el hecho que motiva el permiso esté siempre dentro de los días del mismo, si bien “no serán computables para la licencia las horas trabajadas en el día que inicia la misma”. Por otra parte, y dado el carácter meramente de recomendación, parece correcta una cláusula convencional que sugiere, a los meros efectos organizativos, que el trabajador procure avisar con una semana de antelación al disfrute de los días de permiso, “salvo cuando se trate de motivos familiares que no se puede

⁷ Cabeza Pereiro, J. “Descanso semanal, fiestas, permisos y reducción de jornada por lactancia y guarda legal (en torno al artículo 37)”. *Revista Española de Derecho del Trabajo (REDT)*, núm. 100, marzo-agosto de 2000, págs 788 y 789.

⁸ *Los permisos retribuidos del trabajador*. Ed. Aranzadi, Pamplona, 1998, pág. 36.

⁹ *En cuanto a la flexibilidad que deja la norma para su adecuación a los marcos convencionales, véase la SAN (Sala de lo Social) de 15 de junio de 2006 (JUR. 2006/19421). Se debate sobre la conformidad a derecho de una circular-nota informativa dictada por la empresa y que desarrolla un precepto del convenio que reconoce el disfrute de 35 horas retribuidas para asistencia a consultas médicas, y que los trabajadores entienden que limita y restringe el texto del convenio. Interesa destacar la tesis general defendida por la sentencia: “si la instrucción contiene una injerencia (no interpretativa sino reglamentaria) no puede ser adoptada unilateralmente por el empleador; si la instrucción no modifica los parámetros y recomienda preferentemente el modo de justificación de la ausencia, sin impedir otros mecanismos justificativos, es claro que no restringe el derecho sino que admite de plano unos medios de prueba de su ejercicio y no impide otros medios de probanza de la justificación de su ausencia”.*

¹⁰ García Arce, M^a Cruz, “Reducciones de jornada y permisos de trabajo por motivos familiares”. Pérez Ruiz E. (coordinadora). *Mujer y trabajo*. Ed. Bomarzo, Albacete, 2003, págs. 121-125.

¹¹ García Ortega J. y Moreno Cáliz S., “Descanso semanal...”, *ob. cit.*, pág. 452.

avanzar”, y mucho menos me lo parece, aunque al tratarse del sector de empresas de seguridad se argumente que ello es debido al tipo de actividad y a la dificultad de sustitución de los trabajadores, que los representantes de los trabajadores para poder ejercer su actividad “deberán notificar y justificar sus ausencias con una antelación mínima de 24 horas”.

4. Sobre el carácter retribuido del permiso y la cuantía que debe percibir el trabajador que ejerce su derecho, debemos considerar como criterio general de aplicación la percepción de un salario sustancialmente igual al que percibiría el trabajador de estar prestando su actividad, si bien los tribunales entienden que pueden excluirse de la remuneración aquellas cantidades que tengan un componente indemnizatorio y no salarial, o bien las vinculadas de forma total y absoluta a la presencia efectiva del trabajador¹², en el bien entendido que cualquier modificación a la baja de la percepción económica del trabajador deberá pasar el filtro del respeto al principio de no penalización del trabajador que ejerce un derecho legal o convencionalmente reconocido, por lo que parecen de dudosa legalidad cláusulas convencionales que dispongan que el salario a abonar durante los días de licencias o permisos sólo incluyan el salario base y el plus convenio, y sí que parecen ajustarse a derecho aquellas cláusulas que disponen que el trabajador percibirá el salario que hubiera debido cobrar en jornada ordinaria y actividad normal, “a salvo de los complementos de naturaleza variable y/o que se perciban por la prestación efectiva del trabajo”. Por otra parte, parece posible establecer diferencias entre los permisos reconocidos en sede convencional con respecto a los regulados en la LET, y de ahí que pueda afirmarse por la doctrina que “no han de tener necesariamente el mismo tratamiento los permisos legales que los reconocidos como mejora o novedad por convenio colectivo, con respecto a los cuales el margen de maniobra puede ser mayor”¹³, y más sorprendentes son las cláusulas convencionales que permiten la modificación del salario percibido por el trabajador cuando haya acuerdo con los representantes de los trabajadores, salvo que se entienda, y así me parece la tesis correcta, que dicho acuerdo es única y exclusivamente para incluir aquellos conceptos que el convenio haya excluido con carácter general.

5. En fin, de no menor importancia es el debate sobre el disfrute de los permisos por parte de los trabajadores que prestan sus servicios a tiempo parcial, debatiéndose en sede doctrinal y jurisprudencial si aquellos deben disfrutarse en proporción o no a la duración de su jornada laboral. Al respecto una reciente sentencia de la Sala de lo Social del TS de 15 de septiembre de 2006 (RJ 2006/8261)

se ha pronunciado en sentido afirmativo al disfrute parcial, al estimar el recurso interpuesto por la parte empresarial contra una sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña, Para el TS habría que estar, en primer lugar a lo dispuesto en convenio, y después a la regla del artículo 12.4 de la LET que permite aplicar (tesis de la empresa) la regla de la proporcionalidad en el disfrute de derechos a los que sean medibles y no a los que sean indivisibles (Ej.: ayuda de escolaridad). Es decir, el TS aplica el criterio de proporcionalidad, o lo que es lo mismo, “aplicar en plenitud a los trabajadores a tiempo parcial aquellos derechos que por su naturaleza sean indivisibles y, en cambio, reconocérselos sólo proporcionalmente cuando el beneficio es susceptible de algún tipo de medición”. Por consiguiente, al entender que el permiso puede ajustarse a la jornada (mucho más cuando se trata de trabajadores a tiempo parcial que trabajan los fines de semana) se reconoce la licencia “en términos proporcionales a su jornada de trabajo en relación con la ordinaria”.

Puede afirmarse por la doctrina que “no han de tener necesariamente el mismo tratamiento los permisos legales que los reconocidos como mejora o novedad por convenio colectivo, con respecto a los cuales el margen de maniobra puede ser mayor”

III. Estudio de los aspectos más destacados de cada supuesto del artículo 37.3 de la LET, del artículo 23 (permisos para exámenes), y de los nuevos permisos pactados en la negociación colectiva.

A) PERMISO POR MATRIMONIO.

1. El artículo 37.3 a) reconoce el derecho al disfrute de permiso de quince días naturales en caso de matrimonio. Al respecto, como efectuaré con los restantes permisos cuando sea necesario, cabe formular en primer lugar algunas consideraciones de carácter teórico y doctrinal, para pasar después al examen de la regulación pactada en sede colectiva.

2. Surge inevitablemente la pregunta, en el año 2007, de si la dicción del texto permite incluir a las parejas de hecho (dado que sobre los matrimonios entre personas del mismo sexo ya no cabe duda alguna al haber sido aceptados de forma expresa por el ordenamiento jurídico español mediante la Ley 13/2005 de 1 de julio, de reforma del Código Civil, que dispone que el matrimonio “tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”¹⁴). En puridad jurídica, y al margen ahora de razonamientos sociológicos que pueden ser plenamente válidos en otras sedes, la respuesta ha de ser negativa, ya que no existe regulación estatal de las parejas de hecho y que, por consiguiente, ello impacta negativamente sobre la equiparación de los derechos laborales y de protección social de las parejas de

¹² Vid STSJ de Navarra de 29 de junio de 2006, AS 2006/2234. Para la Sala, que sigue la obra doctrinal de los profesores A. V. Sempere Navarro y P. Charro Baena, “únicamente cabe excluir del salario aquel componente del cual no cabe predicar su naturaleza salarial, esto es el plus por desplazamiento, pausa y bocadillo, toda vez que como entiende esta Sala tiene carácter indemnizatorio y no salarial”.

¹³ Cabeza Pereiro J. “Descanso semanal...”, ob cit., pág. 793.

hecho con las de derecho, dado que el ordenamiento jurídico laboral no contiene (al menos hasta la fecha, y a reserva de la modificación ya anunciada de la Ley general de la Seguridad Social para permitir acceder, en determinadas condiciones, a la pensión de viudedad a quien haya convivido sin mantener vínculo matrimonial) ninguna regulación específica a esas parejas, refiriéndose siempre al matrimonio como la situación jurídica que permitirá el disfrute de algunos derechos y el reconocimiento de prestaciones sociales, por lo que habrá que acudir a la negociación colectiva para su ampliación¹⁵. En efecto, si la causa desencadenante del permiso es “la celebración del contrato de matrimonio jurídico”, el disfrute de ese permiso no lo recibirán las personas que formen una pareja de hecho y tampoco se extenderá, a salvo de regulación convencional expresa, al disfrute de permisos que se reconocen ampliamente en sede colectiva cuando se trata, por ejemplo, de matrimonios de familiares, es decir que no se reconocerá si los familiares formalizan una pareja de hecho.

Ciertamente, no cabe olvidar que es en el ámbito autonómico, con las leyes de uniones de parejas estables¹⁶, donde más se ha avanzado en la equiparación de derechos y obligaciones de todo tipo de parejas, en el bien entendido que las limitaciones derivadas de los títulos competenciales atribuidos a las autonomías han llevado a que esa equiparación se haya producido sólo de forma casi total para su personal funcionario y de forma parcial para el personal laboral stricto sensu al servicio de las diferentes Administraciones autonómicas.

3. En el ámbito jurisprudencial, las sentencias examinadas se manifiestan en la misma línea que en el plano teórico, pues no en vano deben enfrentarse a la interpretación de textos legales y convencionales, cuando se plantea el litigio, que sólo recogen la figura jurídica del matrimonio. De ahí que si el requisito para tener derecho al permiso de 15 días es la celebración de matrimonio, “si no se da tal circunstancia no nace el derecho”, aún cuando en el convenio se equipare a las parejas de hecho legalmente reconocidas en los mismos derechos que a las personas casadas, “pero ello no implica que se les reconozca un derecho para el que se precisa un requisito cual es el matrimonio (en cualquier de sus modalidades) pues la inscrip-

ción como pareja de hecho no es lo mismo que el matrimonio” (STSJ de Castilla y León – Burgos – de 19 de octubre de 2006. AS 2006/2958).

4. Por consiguiente, es en el ámbito de la negociación colectiva donde, a falta de regulación legal, se amplía en ocasiones el disfrute del permiso por matrimonio a quienes formen una pareja de hecho y lo acrediten fehacientemente por los medios de prueba que se dispongan por convenio, en el bien entendido que en algunos acuerdos la equiparación se produce para todos los derechos que se confieren a la persona que esté casada, salvo justamente para el permiso por matrimonio por entender, como se argumenta en la sentencia antes referenciada, que se trata de dos situaciones jurídicas diferentes y que deben merecer por ello un trato jurídico también diferenciado.

De tal forma, de la relación de convenios examinados cabe extraer algunas cláusulas significativas: las licencias del convenio, cuando se hace referencia al cónyuge, “se hacen extensivas a las personas que convivan como pareja estable con el trabajador y acrediten la concurrencia de tales requisitos por medio de una certificación del Ayuntamiento de su residencia. Se equiparan plenamente las personas casadas y las que conviven como pareja de hecho a los efectos del disfrute de todos los permisos reconocidos, y además el reconocimiento se extiende a las parejas de hecho con independencia de su orientación sexual (recuérdese aquí el artículo 13 del Tratado de la Unión Europea). La acreditación del vínculo fáctico además es bastante flexible, ya que si no hay registro oficial de parejas de hecho en la localidad de residencia, será la Comisión paritaria quien determinará la existencia de este hecho “en base a la documentación aportada por el trabajador”. El permiso por matrimonio se concede también a las parejas de hecho debidamente acreditadas, en el bien entendido que el convenio dice expresamente que esta licencia “sólo se concederá una vez cada diez años”, y parece que se esté pensando en la evitación de fraude de ley de las parejas de hecho, pero su redacción también incluye a los matrimonios, circunstancia que no me parece conforme a derecho porque el permiso nace cuando se produce la circunstancia que lo motiva, y es obvio que ca-

¹⁴ Según el magistrado J.F. Losada Arochena, el texto de la LET debe adecuarse a los cambios producidos tanto en la realidad social como en el nuevo marco jurídico, y en concreto al reconocimiento del matrimonio homosexual en la Ley de reforma del Código Civil 13/2005 de 1 de julio, y afirma: “pensemos en el supuesto de matrimonio de mujeres cuando una de ellas, por medios naturales o inseminación artificial, alumbró un hijo. No debiera ofrecer dudas el permiso por nacimiento de hijo de la otra mujer. Incluso es alcanzable esta solución si se trata de pareja estable de mujeres”. Cfr. “Los permisos familiares en el Estatuto de los trabajadores”. Actualidad Laboral, núm. 7/2006.

¹⁵ Dicha ampliación es totalmente necesaria si se repara en los criterios de los órganos judiciales, siendo significativa la STSJ de Cataluña de 26 de mayo de 2006 (AS 2006/2868). Si en el convenio se habla de cónyuge al referirse al disfrute de un permiso por enfermedad grave o fallecimiento del mismo, la petición de un trabajador de extender este permiso a la pareja de hecho con la que convive no tiene base jurídica. Como se afirma en la sentencia, ni de la LET ni del convenio “se desprende el derecho al permiso por fallecimiento del padre de la pareja de hecho con la que convive el trabajador, quedando perfectamente claro en las mismas que tal derecho exige necesariamente la existencia de previo matrimonio, de manera que tan sólo la condición jurídica de cónyuge permite reconocer este beneficio al trabajador que lo reclama”. El Tribunal argumenta, con buena lógica jurídica, que debe respetarse la legalidad pactada “por encima de los criterios sociológicos que puedan entenderse más adecuados a la realidad social actual, cuya incorporación a los convenios colectivos de trabajo queda exclusivamente en manos de los agentes sociales a los que corresponde la negociación colectiva”.

¹⁶ *Nous reptes del Dret de Família. (Materials de les tretzenes jornades de Dret Català a Tossa). Documenta Universitària, Girona, 2005.*

da matrimonio es una circunstancia propia y específica (aunque también se podría realizar este razonamiento con las parejas de hecho debidamente acreditadas). No es un prodigio de redacción el apartado que reconoce el derecho a permiso por matrimonio, dado que lo extiende a otra "situación legalmente reconocida", y aunque parece obvio que se está pensando en las parejas de hecho, hubiera sido más acertada su mención expresa a mi parecer. El permiso equivalente al de matrimonio para una persona que tenga pareja de hecho sólo se reconocerá por segunda vez si han transcurrido cuatro años, como mínimo, desde el disfrute del anterior permiso. En el mismo sentido, se extienden todas las licencias en que intervenga una persona casada a quienes mantengan una relación de convivencia probada con otra de distinto sexo, "siempre y cuando dicha situación se haya manifestado explícitamente a la empresa con anterioridad".

Por otra parte, y aprovechando las posibilidades que ofrece la negociación colectiva de concretar los términos del ejercicio de los derechos, algunos convenios están atentos a una realidad social muy sensible en la práctica, cual es la circunstancia de que el matrimonio (y en su caso la pareja de hecho) se formalice en fechas cercanas al período vacacional y que por ello la parte trabajadora pretenda unir o acumular el permiso del artículo 37.3 a) y el disfrute del descanso vacacional regulado en el artículo 38 de la LET, previendo esa posibilidad, ciertamente con matices y condiciones, algunos convenios. De tal forma, la licencia por matrimonio podrá ser acumulable a una parte del período de vacaciones que no podrá exceder del 50 % del total. y se permite la acumulación del período vacacional y de la licencia por matrimonio, siempre que esta acumulación "se solicite con una antelación mínima de dos meses". Más tajante es el precepto que dispone que esa acumulación requerirá de pacto entre empresario y trabajador, ya que con carácter general el permiso por matrimonio no se podrá acumular al período vacacional, "salvo acuerdo expreso entre las partes".

B) PERMISOS POR MOTIVOS FAMILIARES.

1. El artículo 37.3 b) es, sin duda, el precepto que más atención ha merecido por la doctrina y por las resoluciones judiciales sobre permisos y licencias, y es también el que más modificaciones (en términos de mayor concreción, o de ampliación de los supuestos de disfrute del permiso) ha merecido en la negociación colectiva. En su dicción actual, después de la modificación operada por la LOIEMH, su texto es el siguiente: "Dos días por el nacimiento de hijo y por el fallecimiento, accidente o enfermedad graves, hos-

pitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario, de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad. Cuando con tal motivo el trabajador necesite hacer un desplazamiento al efecto, el plazo será de cuatro días"¹⁷.

2. Con respecto al nacimiento de hijo, conviene hacer una precisión, relativa al hecho de que en ocasiones no será el padre biológico quien disfrute del permiso, sino el marido de la mujer que haya dado a luz. En efecto, hemos de prestar atención a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida y en concreto a su artículo 8 que regula la determinación legal de la filiación de un nacido mediante estas técnicas. De tal forma, el marido será el padre a efectos jurídicos, pues "ni la mujer progenitora ni el marido, cuando hayan prestado su consentimiento formal, previa y expreso a determinada fecundación con contribución de donante o donantes, podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido como consecuencia de tal fecundación" (número 1). Se concreta esta determinación en los números 2 y 3, al referirse a la validez del documento expedido ante el centro o servicio autorizado en el que se refleje el consentimiento, y que la revelación de la identidad del donante no afecta a la determinación legal de la filiación.

¿Cuál es la finalidad del permiso por acontecimiento/desgracia familiar, recogido en el art. 37 2 b) de la LET? Según la STS de 18 de febrero de 1998, dictada en Sala General, "el significado y la finalidad del instituto jurídico-laboral del permiso por desgracia familiar es precisamente armonizar o hacer compatibles las obligaciones de trabajo con los deberes sociales y familiares de asistencia y compañía que surgen en los casos de fallecimiento o enfermedad grave de parientes o afines muy próximos, evitando que el cumplimiento de las primeras pueda anular o impedir por completo el cumplimiento de los segundos".

3. El precepto encuentra un punto de referencia en la normativa comunitaria en la Directiva 96/34/CE del Consejo, de 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental, cuya cláusula 3 dispone que los Estados miembros y/o los interlocutores sociales... "adoptarán las medidas necesarias para autorizar a los trabajadores a ausentarse del trabajo... por motivos de fuerza mayor vinculados a motivos familiares urgentes en caso de enfermedad o accidente que hagan indispensable la presencia inmediata del trabajador". Se trata de un derecho, en tales eventos, que guarda relación con el vínculo de parentesco y no con la mayor o menor relación que tenga el trabajador y la persona accidentada, y de ahí que se defienda por la doctrina que "si se exigiere en convenio colectivo un elemento de cercanía como la convivencia sería ilegal"¹⁸.

¹⁷ Es frecuente encontrar en convenios colectivos ampliación de los permisos a supuestos que afectan a familiares de tercer grado, es decir tíos y sobrinos. Cfr. Otaegui Jáuregui, Amaia "Permisos retribuidos y no retribuidos", en Escudero Rodríguez Ricardo (coordinador): "La negociación colectiva en España: una visión cualitativa". Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, págs.698 a 715.

¹⁸ Losada Arochena J.F. "Los permisos familiares...", ob. cit.

4. Con buena técnica jurídica y claridad conceptual la profesora García Arce aborda los llamados “aspectos comunes a los permisos por motivos familiares”: de una parte, el carácter abierto o *numerus apertus*, entre los que cabe citar los permisos por celebraciones religiosas de parientes del trabajador, la asistencia a consultas médicas por el tiempo indispensable, algún permiso derivado de una circunstancia médica que puede provocar el descanso obligado de la trabajadora, como es la interrupción del embarazo¹⁹. Al igual que la restante doctrina que ha estudiado este supuesto del artículo 37. 3 b) de la LET, se expone que los permisos por necesidades familiares no incluyen al cónyuge, a diferencia de lo que sí ocurría en el artículo 25 3 b) de la Ley de Relaciones Laborales de 1976. No obstante, este lapsus, olvido o error, no debe ser obstáculo, a juicio de la doctrina, para que prime la finalidad de la norma sobre la literalidad, de tal forma que se le reconozca como titular del derecho, en el bien entendido que es mucho más conveniente que lo sea de forma expresa, y lo cierto es que ello se produce en muy pocos de los convenios examinados, en la negociación colectiva.

5. Es conveniente distinguir entre la normativa recogida en el art. 37. 3 b) de la LET antes y después de la modificación operada en dicho precepto por la Ley 39/1999 de 5 de noviembre para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras. Con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 30/1999, el art. 37. 3 b) de la LET reconocía el disfrute a un permiso remunerado, previo aviso y justificación, de “dos días por el nacimiento de hijo o enfermedad grave o fallecimiento de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad. Cuando con tal motivo el trabajador necesite hacer un desplazamiento al efecto, el plazo será de cuatro días”. La Ley 39/1999 modificó ligeramente dicho precepto, añadiendo el disfrute del permiso cuando se trate de un accidente o se requiera la hospitalización del pariente. La doctrina iuslaboralista subrayó la ampliación producida y la justificó por el deseo del legislador de “salir al paso de una errática doctrina sobre el anterior concepto de enfermedad grave. A partir de ahora, cualquier hospitalización constituye base suficiente para acceder a un permiso, a cuyo efecto da la impresión de que por hospitalización debe entenderse el internamiento de un paciente en una institución sanitaria”²⁰.

Del examen de la jurisprudencia del TS y de las resoluciones judiciales de los restantes tribunales cabe afirmar que no hay, a efectos laborales, una definición exacta de qué deba entenderse por enfermedad grave o por intervención quirúrgica grave, circunstancia además fácilmente comprensible si se repara en que tampoco existe una definición exacta por parte de la ciencia médica para

calificar la gravedad de una enfermedad o una intervención quirúrgica, ya que debe prestarse atención a un amplio conjunto de factores de índole personal del sujeto afectado. Como afirma la STSJ de Cataluña de 14 de enero de 1997 (RJCA 1997, 313), el que una enfermedad sea grave o no, a efectos jurídicos, “es obvio que radica en una cierta potestad discrecional pues deben valorarse las condiciones objetivas o subjetivas que concurren en cada caso, especialmente la condición del paciente, edad, estado físico, riesgo para su vida, etc.”. En el ámbito de la función pública, un cuidadoso estudio de la normativa laboral convencional aplicable al personal con relación contractual laboral lleva a la doctrina a concluir que “la enfermedad grave queda equiparada a la intervención quirúrgica que requiera hospitalización, sin mayor exigencia descriptiva sobre el cariz de las dolencias o la repercusión vital”²¹.

Buena parte de los convenios tratan de concretar qué debe entenderse por enfermedad grave (y mucho menos qué debe entenderse por intervención quirúrgica grave, aunque el paralelismo entre ambas sea evidente en numerosas ocasiones). En algún convenio se efectúa una remisión a la Comisión Paritaria para que determine y concrete los criterios en virtud de los que deberá considerarse una enfermedad o intervención quirúrgica como grave, y si aún se suscitara dudas será considerada como tal la que merezca dicha valoración por el Área Médica del Servicio de Prevención. La consideración de la enfermedad o intervención quirúrgica como grave, y por consiguiente la atribución del permiso para cuidar al pariente, puede acreditarse y justificarse, a los debidos efectos previstos en el art. 37.3 de la LET, principalmente por la valoración médica que se efectúa de la enfermedad o intervención.

De tal forma, y tal como se demuestra por un amplio estudio de convenios por la doctrina iuslaboralista, algunos de ellos “demandan al trabajador que acredite su ausencia con acreditación facultativa; a veces se pide un volante o justificante, en su caso visado por el cirujano que ha realizado la intervención quirúrgica, o bien un certificado médico en el que se especifique que acredite la gravedad de la enfermedad; otras veces se pide al trabajador la justificación de su permanencia en el centro hospitalario en que se encuentra el familiar”²². Para concluir estas referencias a supuestos concretos, nos referiremos a la normativa sobre licencias y permisos de la Universidad del País Vasco, que califica como enfermedad grave entre otras (no hay referencia concreta a intervención quirúrgica grave) a la que sea declarada por el servicio médico de la Universidad, las intervenciones quirúrgicas con anestesia total, y

Del examen de la jurisprudencia del TS y de las resoluciones judiciales de los restantes tribunales cabe afirmar que no hay, a efectos laborales, una definición exacta de qué deba entenderse por enfermedad grave o por intervención quirúrgica grave

¹⁹ “Reducciones de jornadas...”, *ob. cit.*, págs. 114 y ss.

²⁰ Cabeza Pereiro J. “Descanso ...”, *ob. cit.*, págs. 799-800.

²¹ Lorenzo de Menbiela, J.B. . *Licencias y permisos de los funcionarios públicos*. Ed. Aranzadi, Madrid, 2001, págs. 38-39.

²² Sánchez Trigueros C., *Los permisos...*, *ob. Cit.*, págs. 125-126.

las que requieran convalecencia en el domicilio tras la intervención quirúrgica, que requiera de atención constante y siempre que sea valorada la necesidad por el Servicio Médico de la Universidad; por consiguiente, a los efectos de justificar debidamente su ausencia del trabajo, el trabajador demandante del permiso deberá aportar los informes médicos correspondientes y certificado en su caso de hospitalización. En definitiva, el aspecto verdaderamente relevante de la cuestión que concita nuestra atención jurídica es la intervención del facultativo correspondiente y su manifestación sobre la gravedad de la enfermedad o intervención quirúrgica, sin que sea necesario en modo alguno, y sin que la empresa pueda como regla de principio solicitarlo, acreditar cuál es la enfermedad que motiva la licencia, haya o no intervención quirúrgica, respetándose esta forma el derecho a la intimidad previsto en el art. 18 de la Constitución de 1978 (véase al respecto la sentencia de 3 de diciembre de 2001 del Juzgado de lo Social núm. 25 de Madrid, publicada en Aranzadi Social 2002-1, núm. 274).

En primer lugar, la valoración de qué deba entenderse por “intervención quirúrgica grave” corresponde única y exclusivamente a la autoridad médica. Por consiguiente, el parte o volante expedido por el centro médico es válido a todos los efectos para la constatación de que se ha producido la intervención quirúrgica y su presunta gravedad. Si una vez aportado el parte o volante la empresa entiende que no concurre la nota de gravedad podrá actuar en consecuencia denegando el permiso retribuido, y si el conflicto llega ante los tribunales del orden social aquella deberá acreditar fehacientemente las causas que le han llevado a tomar en consideración para poder defender su viabilidad. No puede la dirección de la empresa sustituir el papel de la autoridad médica ni presumir ab initio que la solicitud de permiso por el trabajador no se ajusta a derecho. No se olvide que la LET dispone, al igual que lo hacen los convenios colectivos, que el trabajador tendrá derecho al disfrute de los permisos previo aviso y justificación, y que difícilmente puede exigírsele la obligación de aportar, además del parte o volante de la institución sanitaria conforme se ha producido la hospitalización e intervención quirúrgica del familiar, el informe del médico que efectuó la intervención y que acredite su gravedad. La buena fe debe presidir la actuación de ambas partes de la relación laboral y en modo alguno puede presumirse la mala fe en el ejercicio de un derecho que tiene reconocido el trabajador por normas legales y convencionales, mala fe que en cualquier caso, insistimos, deberá probarse fehacientemente en su caso por la dirección de la empresa. No se me oculta la posibilidad de un uso desviado de los de-

La buena fe debe presidir la actuación de ambas partes y en modo alguno puede presumirse la mala fe en el ejercicio de un derecho que tiene reconocido el trabajador por normas legales y convencionales, mala fe que en cualquier caso deberá probarse fehacientemente en su caso por la dirección de la empresa

rechos de los trabajadores, con el coste económico que ello puede suponer para la entidad empresarial, pero esta posibilidad no puede corregirse por la vía de la no concesión de los derechos como regla general, trasladando así la carga de la prueba sobre su correcto ejercicio al sujeto que tiene precisamente ese derecho, es decir el trabajador.

En segundo lugar, la respuesta a cómo debe invertirse el permiso del trabajador debe tener una lógica hilazón con la formulada en el párrafo anterior. Supuesto que se produzca hospitalización, la atención podría probarse con el informe del facultativo correspondiente o de la institución médica en que presta sus servicios según el cual el familiar afectado requiere los cuidados de otra persona, cuidado que lógicamente también podrá producirse si el afectado retorna a su hogar y así puede prescribirse igualmente por parte médica. Piénsese que el cuidado y atención de la persona afectada, predicable para justificar el derecho al permiso por parte del trabajador, no requerirá en muchas ocasiones la presencia junto al familiar sino más bien el estar disponible para todo aquello que fuera necesario y repercutiera en beneficio del afectado (a título de ejemplo, piénsese en gestiones ante las instituciones u organismos públicos, o incluso el cuidado de otros familiares).

En este mismo punto de mi reflexión cabe traer a colación una reciente e importante sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de 22 de enero de 2007 (número de recurso 177/2006). Se plantea debate sobre los hipotéticos documentos que la empresa puede solicitar a un trabajador para el disfrute de un permiso por hospitalización justificada de parientes de hasta el segundo grado, es decir si la empresa puede pedir al trabajador que aporte un documento que explique cuál es la causa sanitaria de tal hospitalización. Para la AN los trabajadores tienen derecho al disfrute de la licencia, ex LET y convenio colectivo de grandes almacenes, “sin más condicionantes que la justificación de la hospitalización en sí de tales parientes, siendo en todo caso irrelevante el motivo de dicha hospitalización”. La Sala afirma que no hay ninguna previsión expresa en el convenio sobre esta especificación de la causa, y alega obiter dicta que difícilmente se podría pedir la causa de la hospitalización, ya que afecta a la parcela de reserva de la intimidad sanitaria de una persona, y podría atentar al art. 18.1 de la Constitución y a la Ley Orgánica 15/1999 de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter general²³.

4. En el ámbito judicial cabe destacar la existencia de litigios que se suscitan sobre el concepto de “días” de permiso, cuando la jornada de trabajo del trabajador que tie-

²³ Según la sentencia del Juzgado de lo Social número 1 de Pamplona de 24 de marzo de 2006 (AS 2006/1127), que se plantea qué se entiende por desplazamiento y cómo debe acreditarse, no se puede pedir por la empresa documentación no recogida en convenio. Si se pide justificante médico, pero no acreditación y justificación del desplazamiento efectivo a otra provincia, no se puede pedir al trabajador un documento no pactado ni regulado, ya que el actor “aportó el justificante exigido por el propio convenio y que le fue entregado en el hospital de Zaragoza, no pudiendo exigirse otro requisito adicional no pactado en el convenio para disfrutar del permiso retribuido de que se trata”.

ne derecho al disfrute es superior (por trabajar a turnos) que la de los trabajadores que trabajan en jornada ordinaria, y por este motivo la empresa concede el permiso pero demanda del trabajador que "recupere" las horas de trabajo que ha disfrutado de más con respecto a sus compañeros. Dicha tesis empresarial es rechazada por la interesante sentencia del TSJ de Castilla y León (Burgos) de 19 de julio de 2006 (JUR 2006/235748), en un litigio sobre el cómputo de los permisos por motivos familiares, y que afecta a una trabajadora que presta servicio en jornada nocturna de 10 horas de duración, coincidiéndole 5 días de permiso con dicha jornada, por lo que la empresa le pide la recuperación de 12 horas (dado que según ella había disfrutado de más horas de permiso que sus compañeros de trabajo con jornada media ordinaria de siete horas). El Tribunal desestima la tesis de la empresa, tanto si se aplica la LET como el convenio colectivo, porque "los permisos retribuidos por enfermedad grave de un familiar se refieren a días completo, por lo que no procede recuperar ninguna hora. Porque de ser otra la interpretación, el derecho reconocido al actor de días, no se correspondería con la realidad, vulnerando por tanto la normativa que rige su aplicación. La Sala recuerda, además, con cita de los artículos 1281 y siguientes del Código Civil, que "el intérprete ha de atenerse al sentido literal de lo manifestado siempre que el texto se ofrezca con la claridad que la norma exige y no aparezca como contrario a la intención de los contratantes".

5. La riqueza de los convenios colectivos en este ámbito es imposible de abarcar en la selección efectuada, pero aún así cabe destacar las cláusulas más significativas a mi parecer, con una precisión previa importante: en algunos convenios colectivos (más bien pocos) se recogen ya algunas cláusulas que toman en consideración la existencia de trabajadores con confesiones religiosas diferentes de la católica, al objeto de salvaguardar sus derechos religiosos. Por ejemplo, el convenio colectivo del sector trabajo en el campo de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares de 2003 (BOIB, 15 de febrero de 2003) dispone en su artículo 24 que "los trabajadores que, por sus ideas religiosas, celebren fiestas diferentes a las del calendario laboral con un máximo de dos días por año, por ejemplo la "Fiesta Chica" y la "Fiesta del Cordero", disfrutarán de un día de permiso no retribuido coincidiendo con la fecha en que cada una de ellas tenga lugar. Así mismo, durante el mes de Ramadán la jornada podrá ser continuada". O en el convenio de la construcción de la ciudad de Melilla ((BOME 2 de enero de 2007) se acuerda por las partes que habrá dos días inhábiles y remunerados por la "Fiesta del Cordero", que serán el 2 y el 3 de enero.

De los días de permiso por asuntos familiares (nacimiento de hijo) uno de ellos deberá ser hábil "a efectos de Registro". Los permisos por motivos familiares podrán ejercerse en días hábiles cuando fuere necesario para realizar gestiones ante el registro civil, siempre y cuando el trabajador pueda acreditar que no puede efectuarlo durante el permiso de dos días convencionalmente reconocido.

Se reconoce un día de permiso por razones religiosas

(bautizo o primera comunión de hijo o nieto). Vuelvo a insistir en este punto en la importancia de regular de forma amplia estos permisos para que tengan acogida todas las creencias religiosas y de tal forma evitar discriminaciones prohibidas tanto por el texto constitucional como por la normativa laboral.

Se reconocen tres días naturales seguidos en los supuestos previstos en el art. 37.3 b) de la LET, y se dispone que esta licencia retribuida podrá ejercitarse en días alternos siempre que lo sea antes de transcurridos 15 días del hecho causante y con la aprobación del superior inmediato.

Destaca, como novedad, el reconocimiento específico de un día de permiso adicional para trabajadores extranjeros, cuando exista un motivo familiar del art. 37 2 b) de la LET, cuando el trabajador necesite desplazarse a otro país. También como novedad con respecto a otros convenios destaca la concesión de permiso, durante el día correspondiente, cuando se trate de boda de padres, hijos hermanos con parentesco político "siempre y cuando aquella se celebre en territorio español".

Un permiso específico, que además se puede ejercer de forma conjunta por el padre y la madre, es el reconocido a los progenitores de discapacitados, que podrán ausentarse del trabajo "para poder asistir a reuniones o visitas en los centros educativos o sanitarios donde reciban apoyo".

Cuando se requiera desplazamiento al amparo del art. 37 2 b) de la LET, el período legal de 4 días se amplía a 5 si dicho desplazamiento "es superior a 150 Kms". Destaca la ampliación del permiso por motivos familiares (enfermedad grave o fallecimiento de parientes) cuando el trabajador deba desplazarse fuera de España. Es decir, de los tres días dentro de la localidad y los cinco si hay que salir y desplazarse a más de 200 kms, se pasa a siete en el supuesto comentado. Sin mayores matizaciones, se reconoce un día de permiso a todos los trabajadores cuando fallezca una persona "que conviva en el hogar familiar"; es decir, no hay referencia a parentesco explícito.

De forma expresa, y separada del resto de permisos, se reconoce la licencia por la muerte del cónyuge, un período de tres días que se ampliará a cinco si el trabajador debe pernoctar fuera de la localidad. El permiso por motivos familiares de dos días puede ampliarse a tres más si la persona hospitalizada conviviera con el trabajador y no tuviera otra persona que la cuidara, si bien el convenio se cuida de precisar que "en ningún caso la extensión de este plazo podrá acumularse al de 4 días previsto para el supuesto de desplazamiento". El permiso por motivos familiares se diferencia en su amplitud, no según la distancia que deba requerir un desplazamiento, sino por la circunstancia de que tenga lugar o no en una localidad catalana (3 o 6 días, respectivamente).

Un permiso específico, que además se puede ejercer de forma conjunta por el padre y la madre, es el reconocido a los progenitores de discapacitados, que podrán ausentarse del trabajo "para poder asistir a reuniones o visitas en los centros educativos o sanitarios donde reciban apoyo".

Se amplía el permiso por nacimiento de hijo a los supuestos de adopción o acogimiento permanente o preadoptivo de menor de seis años. También es importante destacar el reconocimiento de un derecho a permiso no retribuido de hasta 15 días naturales "para la realización de los trámites de adopción o de acogimiento".

En fin, algunos convenios gradúan los días de permiso en caso de motivos familiares en razón del grado de consanguinidad/afinidad, desarrollando y completando (creo que correctamente) la LET. Por ejemplo, se reconocen permisos por razones familiares que afecten a familiares de tercer grado (un día natural por muerte o enfermedad grave de tíos, y por nacimiento de sobrinos). También es importante destacar que a los días retribuidos se les podrá sumar en algunos supuestos un día de licencia no retribuida

C) TRASLADO DE DOMICILIO.

El artículo 37.3 c) reconoce el derecho del trabajador al disfrute de un día de permiso retribuido por traslado de domicilio habitual. Al respecto, la mayor parte de convenios examinados sólo reiteran lo dispuesto en la normativa legal o bien amplían el período de disfrute según que el traslado se realice en la misma o distinta localidad. No existe litigiosidad en este punto, salvo en alguna ocasión en que se ha planteado la posible acumulación de este permiso junto con el de matrimonio, acumulación que la literalidad del artículo 37.3 ciertamente no impide, pero que es enjuiciada críticamente en alguno de los convenios colectivos examinados, que excluyen expresamente dicha acumulación. Baste recordar aquí que según dispone el artículo 40 del Código Civil, “para el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones civiles, el domicilio de las personas naturales es el lugar de su residencia habitual”, y que el traslado, aunque pueda parecer lógico y razonable, no implica necesariamente el traslado de muebles, ya que dicho requisito, como argumenta la STS de 17 de mayo de 1992 (RJ 1992/3523) “no está autorizado por la norma ni constituye un complemento o condición indispensable para su aplicación”²⁴.

D) DEBER DE CARÁCTER PÚBLICO Y PERSONAL.

1. El artículo 37.3 d) dispone que el trabajador dispondrá “del tiempo indispensable para el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público y personal, comprendido el ejercicio del sufragio activo”, y que cuando conste en una norma legal o convencional un período determinado “se estará a lo que esta disponga en cuanto a duración de la ausencia y a su compensación económica”.
2. ¿Qué se entiende por deber inexcusable de carácter público y personal? Con cita de sentencias del extinto Tribunal Central de Trabajo (en adelante TCT), la sentencia del Juzgado de lo Social número 1 de Pamplona de 22 de marzo de 2006 (AS 2006/1128) recuerda que debe tratarse de deberes personales “que sólo pueden ser cumpli-

dos por el trabajador por sí mismos y (que) no procede la concesión del permiso retribuido si tal cumplimiento puede ser delegado en terceras personas a través de la figura de representación o sustitución”.

Son un deber inexcusable y personal la comparecencia como miembro de un jurado /LO 5/1995, art. 7.2), la comparecencia como testigo (en el proceso laboral vid la disposición adicional 1ª LPL, en relación con el art. 292.1 de la LEC), o la comparecencia en juicio si ha sido citado para interrogatorio, pues de no comparecer se le podrá tener por confeso en la sentencia (art. 91.2 LPL). También sobre el disfrute de un permiso por deber inexcusable de carácter público y personal hemos de acudir a la LO 5/1985 del Régimen Electoral General, en concreto a sus arts. 28.1. 76.4 y 78.4.

3. Sobre el establecimiento de un permiso retribuido para el ejercicio del derecho al voto, como deber de carácter público y personal, es decir la norma que se dicte para las convocatorias electorales al amparo del art. 37.3 de la LET, el TC, en sentencia 189/1993 de 14 de junio, y el TS (3ª) en sentencia de 24 de febrero de 1998, ha sustentado su validez jurídica (permiso retribuido) porque “la importancia que el derecho de sufragio tiene en el sistema democrático justifica que los poderes públicos traten de favorecer la participación de quienes tienen más dificultades para votar, concretamente los trabajadores por cuenta ajena, mediante el establecimiento de un permiso retribuido para hacerlo, sin que ello... sea arbitrario o discriminatorio”. Por ello es justificable que se habilite una parte de la jornada de trabajo para poder ejercer el derecho al voto, “bien que no sea preciso”.

Un supuesto práctico de concreción del permiso para ejercer el derecho de sufragio activo puede encontrarse recientemente con ocasión de las elecciones municipales y autonómicas celebradas en todos los municipios españoles y en varias Comunidades Autónomas el día 27 de mayo. En el ámbito territorial catalán podemos mencionar la Orden TRE/92/2207 de 16 de abril, cuyo artículo 1 dispone que el día de las elecciones las empresas concederán a los trabajadores y trabajadoras que tengan la condición de electores y que no disfruten en esta fecha del descanso semanal previsto en el artículo 37.1 del Real decreto legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Estatuto de los trabajadores, un permiso de cuatro horas como máximo dentro de la jornada laboral que les corresponda para que puedan ejercer su derecho al voto en las elecciones locales y al Consejo General de Aran. El mencionado permiso tendrá carácter de no recuperable y será retribuido con el salario que correspondería al trabajador si hubiera prestado sus servicios normalmente. No será necesario conceder

¿Qué se entiende por deber inexcusable de carácter público y personal? La jurisprudencia recuerda que debe tratarse de deberes personales “que sólo pueden ser cumplidos por el trabajador por sí mismo y no procede la concesión del permiso retribuido si tal cumplimiento puede ser delegado en terceras personas

²⁴ El TS insiste en la sentencia citada en que el traslado puede implicar también disponer de tiempo adicional para realizar las gestiones administrativas que fueren necesarias, y que la circunstancia de que sea necesario el cambio de muebles “ni se ha tenido en cuenta por el Estatuto de los trabajadores para vincular a su concurrencia la concesión del permiso, ni priva a este de su finalidad...”.

el mencionado permiso a los trabajadores que hagan una jornada que coincida parcialmente con el horario de apertura de los colegios electorales si la coincidencia es como máximo de dos horas; si es de más de dos horas y menos de cuatro, se concederá un permiso de dos horas, y, si esta coincidencia es de cuatro o más horas, se concederá el permiso general de cuatro horas.

Recuérdese aquí que la determinación del momento de utilización de las horas concedidas para la votación, que deberá coincidir con el horario establecido por el colegio electoral, será potestad del empresario, y que a efectos del abono del salario del tiempo utilizado para votar, los empresarios tienen derecho a solicitar a sus trabajadores la exhibición del justificante acreditativo de haber votado, expedido por la mesa electoral correspondiente.

Por lo que respecta al salario, si el que tienen que los trabajadores y trabajadoras con derecho al permiso retribuido y no recuperable está constituido en parte por una prima o incentivo, la parte mencionada se calculará de acuerdo con la media percibida por los trabajadores y trabajadoras por el concepto mencionado en los seis meses trabajados inmediatamente anteriores. Por último, es importante mencionar que el disfrute del permiso retribuido también puede extenderse a quien ejerce el voto por correo. En efecto, la norma autonómica dispone que se concederá un permiso, retribuido y de carácter no recuperable, de como máximo cuatro horas libres, dentro de la jornada laboral que les corresponda, a los trabajadores que hagan funciones lejos de su domicilio habitual o en otras condiciones de las que se deriven dificultades para ejercer el derecho de sufragio (el día 27 de mayo de 2007), para que puedan formular personalmente la solicitud de certificación necesaria para poder emitir su voto por correo.

4. En la negociación colectiva encontramos algunos ejemplos de concreción de que debe entenderse por deber de carácter público y personal, que toma en consideración la realidad del sector de actividad o el tipo de trabajo que se desempeña. De tal forma, es comprensible que en el sector de empresas de mensajería se reconozca de forma expresa un día de permiso para la renovación del permiso de conducir, si bien este permiso queda estrictamente limitado a mensajeros y conductores.

E) CRÉDITO HORARIO DE LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES.

El artículo 37. 3 e) reconoce el derecho de los trabajadores para realizar funciones sindicales o de representación del personal “en los términos establecidos legal o convencionalmente”, redacción que nos obliga a acudir al artículo 68, regulador de las garantías de tales representantes, y en concreto a su letra e) en la que se reconoce el derecho a disponer de un crédito de horas mensuales retribuidas para el ejercicio de sus funciones de representación,

y en donde se prevé también que uno o más representantes puedan quedar relevados del trabajo “sin perjuicio de su remuneración”.

Es decir, estamos ante un permiso retribuido del trabajador representante, “puesto que se le exime de su obligación de ejecutar la prestación laboral para posibilitar una adecuada atención a sus funciones representativas”²⁵, funciones conceptuadas de forma amplia por los tribunales laborales, que han incluido todas las actuaciones que de forma directa o indirecta repercutan en interés de los trabajadores

El TC, en su sentencia núm. 40/1985 de 13 de marzo, incluyó el crédito horario dentro del contenido adicional de la libertad sindical, “de libre reconocimiento y configuración por el legislador y, en su caso, por la negociación colectiva”. Por su parte, el TS acepta la presunción de su correcta utilización, ya que se trata de garantizar la autonomía precisa para el desarrollo de tales funciones y de evitar injerencias empresariales que puedan ser gravemente perturbadoras para su normal y eficaz desarrollo.

En sede judicial de los TSJ cabe traer a colación la sentencia del TSJ de Castilla-La Mancha de 25 de mayo de 2006 (AS 2006/2056), que debe pronunciarse sobre el carácter meramente voluntario o como ejercicio de un derecho legalmente reconocido de una actividad representativa. Para la sentencia ha de quedar claro que “siempre el uso del crédito horario es con cargo de la empresa, entendido en el sentido de que se trata de una ausencia retribuida” (siempre, obviamente, que no se superen las horas asignadas). Para un delegado sindical la asistencia a la reunión del comité de empresa es un derecho que la ley le asigna, “por lo que no puede afirmarse, como hace la empresa, que se trate de una asistencia voluntaria” (y que por ello no sea remunerada, o que sólo lo sea el tiempo de duración de la reunión pero no el día completo). La indemnidad retributiva para los representantes de los trabajadores, es decir el percibo del salario que les correspondería de estar en activo, ha sido claramente afirmado por el TC, entre otras en sus sentencias 191/1998 de 29 de septiembre y 70/2000 de 13 de marzo.

F) PERMISOS PARA EXAMENES PRENATALES Y CURSO DE PREPARACIÓN AL PARTO.

El artículo 37 f), precepto incorporado a la LET por la Ley 31/1985 de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales (en adelante LPRL), reconoce el derecho al disfrute de permiso remunerado “por el tiempo indispensable para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto que deban realizarse dentro de su jornada de trabajo”. En la LPRL ese mismo derecho se reconoce en el artículo 26, si bien no hay referencia explícita a que el tiempo para ello sea el indispensable, y además se concreta, con arreglo a la teoría general de las interrupcio-

²⁵ Sempere Navarro A.V. “Las garantías de los miembros del Comité de Empresa (en torno al artículo 68). Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 100, marzo a agosto de 2000, pág. 1334. En su estudio, el autor destaca que la actividad representativa puede no coincidir en ocasiones con el horario de trabajo del trabajador, pero en tal caso se compensa con tiempo de trabajo, y se refiere al trabajo nocturno, con cita de la doctrina del TS en sentencia de 18 de marzo de 1986 (Ar. 1347), para argumentar esa diferencia, ya que “como la mayoría de las funciones representativas se realizan durante el día, en caso contrario se llegaría a la injusta solución de no eximirles nunca de su trabajo y tener que desarrollar una tarea extralaboral” (pág. 1336).

nes, que se requiere previo aviso al empresario y la justificación de la necesidad de la realización de tales exámenes o cursos dentro de la jornada de trabajo. Debe ponerse en relación el disfrute del permiso para asistencia a preparación pre-parto con la normativa europea, en concreto con la Directiva 92/85/CEE de 19 de octubre, cuyo artículo 9 dispone que los Estados miembros tomarán las medidas necesarias “para que las trabajadoras embarazadas...disfruten, de conformidad con las legislaciones y/o las prácticas nacionales, de un permiso sin pérdida de remuneración para realizar los exámenes prenatales en caso de que dichas exámenes tengan lugar durante el horario de trabajo”.

Dada la claridad de los términos utilizados en la norma, no parece que el marco legal acoja la posibilidad de que los padres puedan acogerse al permiso examinado, por lo que se requerirá de mejora convencional (que raramente se recoge, al menos en la selección de textos convencionales con los que he trabajado) para que ello sea posible. La doctrina estudiantil de los permisos retribuidos ha puesto de manifiesto que la concesión de este permiso “tiene por finalidad tutelar la salud en relación con la maternidad, y por tanto su único destinatario posible es la trabajadora embarazada, lo que excluye interpretaciones amplias proclives a conceder al varón el derecho a acompañar a la gestante en esos momentos”²⁶.

G) PERMISOS PARA EXAMENES.

1. A los efectos de nuestro estudio hemos de indicar que el artículo 23.1 a) de la LET reconoce el derecho del trabajador “al disfrute de los permisos necesarios para concurrir a exámenes”. Esta redacción es idéntica a la originaria contenida en el artículo 22 de la Ley 8/1980, que en las primeras sentencias dictadas por el desaparecido Tribunal Central de Trabajo (TCT) era interpretado en el sentido de que no se fijaba en sede legal un número máximo de días para disfrutar de tales permisos, a diferencia de lo que establecía la normativa anterior, pero no los consideraba como una licencia retribuida, a diferencia de las recogidas en el artículo 37.3, y de ahí que desde el momento de la entrada en vigor de la LET los convenios colectivos se plantearan la incorporación de tales permisos pero considerándolos como tiempo de trabajo remunerado y efectivo, si bien las cláusulas convencionales eran muy variadas, como lo son por cierto en el momento actual, ya que había desde aquellas que se referían a un número de días concretos, pasando por las que se referían a los permisos para exámenes sin mayor concreción, hasta llegar a los

que incluían sólo la referencia al tiempo indispensable para acudir al examen²⁷. Desde el ámbito doctrinal se ha destacado la insuficiencia del precepto para garantizar plenamente el ejercicio del derecho, ya que sólo incorpora unas reglas muy generales y se remite después a la negociación colectiva, “dejando sin precisar cuestiones tan básicas como el procedimiento de solicitud del permiso, las causas de una posible negativa empresarial a su concesión, duración, etc. Tampoco precisa la importante cuestión que centra nuestra atención, su carácter retribuido o no”²⁸.

En relación con el disfrute de permisos para exámenes, es bueno recordar que España ha ratificado el Convenio nº 140 de la OIT de 1974 sobre licencia pagada de estudios, que conmina a los Estados a llevar a cabo una política que posibilite la concesión de licencia pagada de estudios con fines a) de educación profesional a todos los niveles; b) de educación general, social o cívica, c) de educación sindical. Esa política, que obviamente incluiría el tiempo necesario para asistir a exámenes no debería implicar perjuicio económico para los trabajadores y además se pondría en marcha para “favorecer una educación y una formación permanentes y apropiadas que faciliten la adaptación de los trabajadores a las exigencias de la vida actual”.

2. En el ámbito judicial hemos de hacer mención de una interesante sentencia del TSJ de Castilla-León de 23 de febrero de 2006. (AS 2006/483), sobre permisos para acudir a exámenes y sobre la inclusión del examen del permiso para conducir, que fue denegada la petición por la empresa que adujo que no entra en el concepto de exámenes para títulos académicos, oficiales o profesionales. El Tribunal, en la primera sentencia que he visto que se pronuncie en estos términos, incluye el examen del permiso de conducir dentro del artículo 23 de la LET, y en su caso del precepto del Convenio Colectivo.

Fundamenta su tesis en que el convenio habla de exámenes para obtener un título oficial y expone que “el permiso de conducir es título oficial, toda vez que provienen de la Administración o de los organismos en que está presente la intervención o inspección de la actividad de conducir, de tal manera que su dispensa está atribuida exclusivamente a dichos organismos para la defensa de la seguridad del tráfico, lo que lleva consigo que el permiso de conducir también pueda tener la condición de título oficial”.

La sentencia intenta reforzar su argumentación con la siguiente tesis: “para la jurisprudencia, el permiso de conducir tiene el carácter de título oficial, otorgado por las au-

Para la jurisprudencia, el permiso de conducir tiene el carácter de título oficial, otorgado por las autoridades administrativas en el ejercicio de sus respectivas competencias, dado que sin cuya posesión en modo alguno puede efectuarse la actividad de conducir.

²⁶ Sánchez Trigueros C. *Los permisos retribuidos...*, ob. cit., pág. 177.

²⁷ Un estudio más detallado de esta materia se encuentra en Martínez Abascal V. y Rojo Torrecilla E. “El tratamiento legal, jurisprudencial y convencional del derecho a la educación en la esfera de la relación de trabajo”. *Revista Técnico-Laboral*, núm. 53, 1992, págs. 407 a 441.

²⁸ Lanjarón Barquín D. “El Convenio número 140 y la retribución del permiso para concurrir a la realización de exámenes: ¿Derecho virtual? *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 47/2003, pág. 212.

toridades administrativas en el ejercicio de sus respectivas competencias, sin cuya posesión en modo alguno puede efectuarse la actividad de conducir.

3. En el ámbito de la negociación colectiva cabe reseñar la existencia de algunas cláusulas que mejoran, completan y desarrollan el marco legal.

Un artículo que puede llevar a confusión es el relativo a las licencias no retribuidas de un máximo de cinco días “para que puedan preparar exámenes” a las que tienen derecho los trabajadores que cursen estudios oficiales, y con la posibilidad de pactar reglas diferentes en ámbitos inferiores de negociación convencional. Tal como está redactado, parece que estos días, según mi parecer, son diferentes de aquellos durante los que el trabajador pueda solicitar permiso para realizar tales exámenes y por todo el tiempo que duren.

También destaca, en relación con los permisos retribuidos para estudios y exámenes, que la remuneración queda condicionada a que en las convocatorias (ordinarias y extraordinarias) se hayan aprobado “por lo menos, la mitad de las asignaturas motivo de los exámenes” (es decir, según mi parecer, es importante para el alumno el número de asignaturas que matricula). Además, quedan expresamente excluidos del carácter remunerado las ausencias que se produzcan por asistir a “exámenes de conductores y los que el trabajador deba realizar para su incorporación a la Administración o empresa distinta a aquella en la que presta sus servicios”.

Otra cláusula merecedora de comentario es el carácter retribuido de “un máximo de tres convocatorias por asignatura y curso académico”, y siempre y cuando estos estudios lo sean “para la obtención de un título oficial relacionado con la actividad de la empresa”. Es decir, todos los restantes permisos por exámenes parece que no serán retribuidos.

En otro convenio, hay dos permisos vinculados al derecho de formación del trabajador, pero que me parece que son diferentes con respecto a las posibilidades que ofrece el artículo 23 de la LET. En un caso, el convenio reconoce el derecho a permiso remunerado para asistencia a cursos de perfeccionamiento, pero sólo cuando lo empresa “expresamente lo autorice”; en otro, se reconoce el derecho a poder asistir a exámenes de perfeccionamiento profesional, “siempre que no suponga una posibilidad de acceso a otro puesto de trabajo”. De todo ello, parece que aquello que el convenio contempla como permiso remunerado se refiere a la adquisición y superación de conocimientos que tengan que ver con la actividad que está prestando el trabajador en la empresa.

H) LICENCIA POR ASUNTOS PROPIOS Y SU CONSIDERACIÓN O NO COMO TIEMPO DE TRABAJO Y RETRIBUIDO.

1. La negociación colectiva incorpora otros supuestos de permisos para los trabajadores, estableciendo en algunas ocasiones su remuneración y en otras disponiendo justa-

mente lo contrario. Me refiero a los permisos o licencias retribuidas para asuntos propios, que no requieren como regla general de justificación alguna y que pueden configurarse como un derecho automático del trabajador, al igual que los permisos regulados en el artículo 37.3, o bien como un derecho que puede verse limitado o restringido en su disfrute, aunque no totalmente suprimido, por las necesidades organizativas y de gestión empresariales.

2. En el ámbito judicial encontramos dos interesantes sentencias, al mismo tiempo que con diferente resolución del litigio enjuiciado, sobre la consideración de los días de permisos por asuntos propios recogidos en convenio como computables bien como tiempo de trabajo efectivo bien meramente como de descanso. Acogiendo la segunda opción se encuentra, la STSJ Castilla-La Mancha, de 13 de octubre de 2006, dictada en el Recurso de suplicación núm. 1576/2006. La sala considera que esta licencia se asemeja más a un período de descanso que a un tiempo de trabajo efectivo, y afirma que “del hecho que sea retribuido no puede inferirse, sin más consideraciones, que se equipare a jornada efectiva de trabajo; pues para ello hubiera sido preciso el acuerdo individual o colectivo, tal como ocurre con los 25 minutos para toma del bocadillo que expresamente se computa como jornada laborales el apartado quinto del artículo 12 del convenio colectivo”, y de ahí que se acepte la tesis de la empresa y que se entienda que ese día de permiso por asuntos propios “no puede descontarse de la jornada anual de 1770 días establecida en convenio”.

En sentido contrario se pronuncia la STSJ de Castilla y León (Burgos) de 30 de marzo de 2006. Para la empresa, en el cómputo de las 1760 horas anuales de trabajo no se incluyen los permisos retribuidos del art. 38 del convenio, porque no se dispone que sean equiparables a trabajo efectivo. Para el Tribunal, sí debe entenderse que es tiempo de trabajo efectivo, “ya que si en el convenio se establece el carácter de retribuidos, con derecho a percibir el salario íntegro real, ello determina claramente su equiparación a prestación de trabajo efectiva, pues si no el concepto retribuido no tendría razón de ser”. Arguye el tribunal que podría darse el supuesto que un trabajador precisara hacer uso de varios permisos y que no hubiera superado la jornada anual pactada, y en tal caso de seguir la tesis de la empresa “el efecto tendría que ser entonces de descuento de las horas no trabajadas”.

3. Por lo que respecta a la aportación en sede convencional, cabe destacar algunas cláusulas merecedoras de atención.

Como cláusula abierta, y sin referencia a ningún motivo concreto por lo que sólo será necesario el acuerdo entre las partes sobre la fecha del disfrute, se reconoce el derecho de “cada empleado a cuatro jornadas de licencia retribuida por año natural”.

Una modalidad que se recoge en varios convenios es el del crecimiento gradual de los días de licencias por asuntos propios en razón del período de vigencia del convenio.

Se regula la concesión de permisos no retribuidos para los

También destaca, en relación con los permisos retribuidos para estudios y exámenes, que la remuneración queda condicionada a que en las convocatorias (ordinarias y extraordinarias) se hayan aprobado “por lo menos, la mitad de las asignaturas motivo de los exámenes”

trabajadores que lleven un mínimo de un año en la empresa, por un período máximo de 15 días, permiso que deberá ser concedido por la empresa “salvo que no resulte factible por necesidades del servicio”. Es decir, al igual que en otros convenios, se permite que los trabajadores que tengan una determinada antigüedad en la empresa (mínimo de un año) puedan solicitar permiso sin sueldo, solicitud que será concedida por un período máximo de 15 días naturales y siempre y cuando no se supere en el mismo período el 5 % de la plantilla de su delegación. En otros convenios se prevé la posibilidad de concesión de permisos no retribuidos, por un número máximo de diez días anuales, “en casos extraordinarios y debidamente acreditados”.

Resulta como mínimo sorprendente, y parece poco ajustado a derecho, que la concesión de permiso por asuntos propios pueda denegarse cuando “alguno de los días de permiso solicitados ya se hayan asignado a otro trabajador de la plantilla por el mismo motivo”. Según mi parecer es cierto que se trata de una mejora sobre la LET, pero parecería más coherente que se limitara en razón del número de trabajadores que deseen disfrutarlo en el mismo período, y no por idéntico motivo.

I) PERMISOS PARA ASISTENCIA A CONSULTAS MÉDICAS, PROPIAS O DE FAMILIARES MENORES O MAYORES QUE NECESITEN IR ACOMPAÑADOS.

Valoración positiva merecen a mi parecer aquellas cláusulas convencionales tendentes a posibilitar la conciliación de la vida familiar y laboral, ya que precisamente dicha conciliación se hace en parte factible cuando el trabajador dispone tanto de permiso propio para acudir a consultas médicas durante la jornada de trabajo como de permiso para acompañar a familiares que por su edad o condición física o psíquica necesitan ser acompañados.

De tal manera, una valoración positiva merece la ampliación de supuestos de permisos retribuidos, como el de asistencia a consultorio médico en horas coincidentes

con la jornada laboral, tanto para el propio trabajador como para acompañar a hijos menores de 12 años. Parece positivo el reconocimiento de permisos retribuidos, sin límite, para acompañar al consultorio médico a un familiar de primer grado “que esté a cargo del trabajador”, y siempre que “el horario de dicho consultorio sea coincidente con el de su jornada laboral”.

Como novedad significativa, que también se recoge en otros convenios de buen calado social, la licencia o permiso para médicos se reconoce al trabajador para acompañar a familiares que lo necesiten, en concreto “diez horas anuales para acompañar a visitas médicas a hijos menores de 8 años o familiares de primer grado que tengan mermadas sus condiciones físicas o psíquicas y así resulte acreditado”. Una leve mejora sobre la LET es la atribución de permisos (no retribuidos) para acompañar a determinados parientes a las consultas médicas oportunas, en concreto a los hijos menores de nueve años y a los ascendientes mayores de 65.

También es merecedor de elogio a mi parecer el permiso de cuatro días al año para el propio trabajador (“o su equivalente en horas”, dicción que según creo puede provocar problemas, ya que el trabajador entenderá que se trata de 96 horas, mientras que la empresa probablemente se refiera al período de la jornada de trabajo de esos cuatro días, es decir alrededor de 32 horas).

De forma más genérica se reconoce el derecho a permisos retribuidos para asistencia a consulta médica (por el “tiempo indispensable”), que en la mayor parte de convenios examinados, y cuando se reconoce, se efectúa de forma concreta (por ejemplo, en el convenio estatal de mensajería se reconocen hasta 12 horas anuales). Por otra parte, el reconocimiento expreso de un máximo de 35 horas retribuidas anuales para asistir a consultas de la Seguridad Social no es incompatible con la recomendación dirigida a los trabajadores de que adapten las horas de visita a sus tiempos de descanso (en una clara petición, jurídicamente no vinculante, de reducción de costes para las empresas). ■

