



AUSENCIAS RETRIBUIDAS Y REDUCCIONES DE JORNADA PARA CONCILIAR LA VIDA FAMILIAR Y LABORAL

MARÍA LUISA RODRÍGUEZ COPÉ

Profesora Ayudante de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Córdoba

EXTRACTO

Los motivos que según la ley, y sin perjuicio de lo que la regulación convencional determine, ocasionan permisos retribuidos y/o reducciones de jornada y van a ser reseñados en este estudio tienen un punto en común. Se trata de supuestos que impiden la asistencia al trabajo por causas derivadas de las relaciones intra-personales y más concretamente de los lazos familiares. Tal es el caso del matrimonio, del nacimiento de un hijo, enfermedad grave, accidente, hospitalización o fallecimiento de parientes o el traslado del domicilio habitual, motivos estrechamente relacionados con las circunstancias personales-familiares del trabajador. Es quizás en este tipo de permisos donde con mayor nitidez se aprecia el espíritu tuitivo tan propio de las normas laborales, en cuanto que se trata de proteger la esfera más íntima del trabajador.

La prevalencia de la faceta personal del sujeto sobre su condición de trabajador es lo que pone en evidencia la especial consideración que el ordenamiento jurídico le otorga como miembro de una comunidad en la que las relaciones familiares, en cuanto repletas de valores éticos o morales, prevalecen sobre las relaciones meramente contractuales y, por tanto, sobre el interés del empresario, que deberá soportar la asunción de una obligación retributiva que no actúa como contraprestación de un trabajo previo realizado.

Si bien el presente trabajo se refiere a las ausencias retribuidas y reducciones de jornada para *conciliar la vida familiar y laboral*, no pretende llevar a cabo un análisis exhaustivo de los principios informadores, de los objetivos y, en definitiva, del espíritu inspirador de la Ley 39/1999, que introdujo sustanciales modificaciones en la materia con el fin no sólo de proteger a la familia sino de facilitar el cumplimiento de los deberes familiares y laborales de las personas trabajadoras, fomentando un reparto equitativo de cargas entre hombres y mujeres y, en consecuencia, impulsando un trato igualitario en el acceso al mercado de trabajo y permanencia en el mismo. Con este análisis únicamente se quiere poner de manifiesto las cuestiones que la actual regulación aún no ha resuelto y que, por tal razón, son criticadas por parte de la doctrina y objeto de resoluciones judiciales.

ÍNDICE:

1. INTRODUCCIÓN
2. LAS INTERRUPCIONES NO PERIÓDICAS O PERMISOS POR CIRCUNSTANCIAS QUE AFECTAN A LA VIDA FAMILIAR DEL TRABAJADOR
 - 2.1. Configuración legal de los permisos familiares
 - 2.1.1. Antecedentes normativos
 - 2.1.2. Régimen jurídico. Bien protegido y requisitos de acceso al derecho
 - 2.1.3. Contenido del derecho
 - 2.2. Permisos para la conciliación de intereses familiares y laborales y ausencias retribuidas para la atención de otras cuestiones familiares
 - 2.2.1. Nacimiento de un hijo
 - 2.2.2. Nacimiento de un hijo prematuro o que deba permanecer hospitalizado tras el parto
 - 2.2.3. Lactancia
 - 2.2.4. Fallecimiento, accidente o enfermedad graves u hospitalización de familiares
 - 2.2.5. El matrimonio
 - 2.2.6. La mudanza
3. REDUCCIONES DE JORNADA PARA LA CONCILIACIÓN DEL TRABAJO DOMÉSTICO Y EXTRADOMÉSTICO
 - 3.1. Clasificación
 - 3.2. Problemas planteados
4. REFLEXIÓN FINAL

1. INTRODUCCIÓN

En las líneas que siguen analizaremos, en primer lugar, los permisos previstos para conciliar *tiempo de trabajo* y *tiempo de familia*. Iniciaremos nuestro estudio con un examen sucinto de la regulación legal y convencional aplicable a los permisos por motivos familiares y continuaremos con el análisis de las modalidades de este tipo de permisos *para la conciliación*, distinguiendo entre aquellos contemplados para que las personas trabajadoras puedan compaginar sus intereses familiares y laborales y aquellos otros previstos para atender otras cuestiones puntuales derivadas del entorno doméstico. Indagaremos en las opiniones doctrinales y en las líneas mantenidas por los tribunales en la resolución de los problemas que la regulación legal y convencional plantea a la hora de aplicarse a los variados casos que la realidad presenta. La segunda parte del trabajo estará dedicada a poner de manifiesto los problemas que la regulación vigente plantea en torno a las reducciones de jornada por motivos familiares, diferenciando entre aquellas que permiten compatibilizar el cuidado del hijo y las obligaciones derivadas de la relación laboral y aquellas previstas para que la persona trabajadora pueda cumplir con sus deberes laborales sin desatender a otros miembros de la familia dependientes.



2. LAS INTERRUPCIONES NO PERIÓDICAS O PERMISOS POR CIRCUNSTANCIAS QUE AFECTAN A LA VIDA FAMILIAR DEL TRABAJADOR

2.1. Configuración legal de los permisos por motivos familiares

2.1.1. *Un breve repaso a los antecedentes normativos*

La existencia de unos derechos previstos para conciliar la vida familiar y laboral se remonta al momento en que el legislador crea unas figuras jurídicas que permiten al trabajador compatibilizar el trabajo con la atención de diferentes cuestiones familiares. Una de estas figuras son los permisos retribuidos o interrupciones no periódicas de la prestación laboral por motivos familiares.

La primera muestra legal que sobre los permisos retribuidos existe la encontramos en el Anteproyecto de Ley de Contrato de Trabajo de 16 de octubre de 1922, que en su artículo 24, apartado 1, concede permiso al trabajador, por el tiempo que no exceda de una jornada de trabajo y en caso de «muerte, entierro del padre o abuelo, hijo o nieto, cónyuge o hermano, enfermedad grave de padres, hijos ó cónyuge, alumbramiento de esposa»¹.

Esta primitiva redacción será la que se traslade sin apenas cambios al artículo 80 de la LCT de 1931 y posteriormente al artículo 67 de la LCT de 1944. Alguna variación en la fijación del período prefijado y en la redacción de los supuestos que dan lugar a estos permisos fue lo que caracterizó al artículo 25.3 de la LRL de 8 de abril de 1976². Mucho más contundente al respecto fue el artículo 37.3 del texto estatutario primitivo, (Ley 8/1980, de 10 de marzo) que suprimió la enumeración concreta de parientes de la normativa anterior sustituyéndola por la fijación del grado a tener en cuenta, incluyendo tanto el que procede de la consanguinidad como de la afinidad³. También, a partir de este momento, como consecuencia de las modi-

¹ Un párrafo al final del artículo aclaraba que: «El obrero, a petición del patrono, vendrá obligado a justificar la certeza del motivo alegado, incurriendo, caso de ser inexacto, en la suspensión de un día de trabajo, con devolución del jornal percibido por el día de ausencia injustificada, si lo hubiera cobrado»

² Así, y en lo que a la fijación del período se refiere, se pasó de prever un período de tiempo que no excedía de una jornada de trabajo, a dos días que podían ampliarse a tres más si era necesario un desplazamiento al efecto. En lo que respecta al contenido del artículo, ya no se habla de muerte o entierro, sino de fallecimiento del cónyuge, hijo, padre o madre de uno y otro cónyuge, nietos abuelos y hermanos; es pues, más explícito en la relación de parientes al incluir también las relaciones de afinidad.

³ El silencio que guarda el E.T. sobre el significado y sentido que se le quiso atribuir al parentesco por afinidad ha provocado dudas que exigen soluciones desde los tribunales. Una

ficaciones que la Ley 11/1981 de 13 de mayo (BOE del 19), en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, introdujo en el Código Civil, se deja atrás la distinción entre las relaciones de parentesco legítimo e ilegítimo —dentro de éste el natural y el no natural— por la división mucho más simple de filiación por naturaleza y por adopción, incluso extensible, según algunos, a los prohijados o acogidos de hecho⁴. De manera que, dentro de los límites señalados por la nueva regulación legal, cualquiera que sea el origen de la relación de parentesco producirá idénticas consecuencias a efectos de la obtención por el trabajador de un permiso retribuido⁵. No podría ser otra la conclusión si tenemos presente la intención última del legislador al instaurar este período de tiempo, que debiendo estar dedicado al trabajo, puede emplearse para atender necesidades familiares.

La concienciación del legislador de que hay que «personalizar» la figura del asalariado ha ido aumentando a medida que la sociedad ha evolucionado y que los intereses familiares han encontrado reflejo constitucional. Esto se ha traducido en un mayor número de supuestos que dan derecho a obtener permisos retribuidos y a una mejora del régimen jurídico regulador. Sin embargo, un punto esencial que hay que tener en cuenta es que la finalidad o el objetivo que caracteriza esta evolución normativa no es sólo la protección de intereses familiares; en los últimos años todas las modificaciones introducidas en la materia responden a un objetivo último cuál es proteger a las personas trabajadoras procurando la conciliación de sus intereses laborales y familiares. A potenciar este grueso normativo ha contribuido la idea de que el Derecho debe ofrecer medios instrumentales que solucionen los posibles conflictos entre intereses difíciles de compaginar y que gozan de reconocimiento constitucional, tales como el familiar y el laboral. Y sin duda alguna en este fomento ha jugado un papel esencial el cada vez mayor número de mujeres trabajadoras, ya que tradicionalmente sobre ellas ha recaído las responsabilidades familiares.

interpretación amplia del término ha sido la tónica que ha caracterizado los pronunciamientos jurisprudenciales. *Vid.*, como ejemplo, STS de 27 de mayo de 1998 (AR. 4932), ó SAN de 1 de octubre de 1997 (Ar. 3374), que interpreta ampliamente el término por aplicación del principio «*in dubio pro operario*» que aconseja una interpretación favorable a los intereses de los trabajadores, de las normas dudosas, oscuras o imprecisas y de aquéllas que pueden tener más de un sentido.

Algunos convenios colectivos incluyen, para evitar dudas, un cuadro o árbol indicativo de la directa relación de parientes correspondiente al grado de consanguinidad o *afinidad*. *Vid.*, Cc. de la empresa Aldeasa, S.A. 00/02. RDGT de 4 de septiembre de 2000 (BOE del 22).

⁴ *Vid.*, RAYÓN SUÁREZ, «Descanso semanal, fiestas y permisos», *Comentarios a las leyes laborales. El estatuto de los trabajadores*. Edersa. Madrid, 1982, pp. 333 y 334.

⁵ RAYÓN, *op. cit.*, p. 330, señaló las situaciones «*pintorescas*» que tras estas modificaciones introducidas podían surgir, como por ejemplo, el derecho del trabajador a faltar al trabajo en caso de del nacimiento del hijo de su cónyuge con un tercero, etc...



Esta incorporación de la mujer al trabajo hace imprescindible el establecimiento de políticas sobre compaginación del trabajo y de la familia con un objetivo último: que las mujeres puedan acceder, permanecer y promocionarse en el trabajo sin sufrir discriminaciones y adversidades derivadas de la persistencia de estereotipos sexuales que se traducen en una rigidez del reparto de los papeles femeninos y masculinos en lo laboral y en la vida pública y privada⁶.

Con ese espíritu, e inspiradas en la normativa internacional y comunitaria, surgen un elenco de normas encabezado por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras⁷, que introducen importantes novedades en la regulación de los permisos o ausencias retribuidas, previstas en el artículo 37 de la LET. A ellas dedicaremos las próximas líneas.

2.1.2. Régimen jurídico. Bien protegido y requisitos de acceso al derecho

Es en el artículo 37.3 de la LET⁸ donde se contempla el grueso de la regulación de los llamados permisos o ausencias retribuidas por motivos familiares⁹ (o si preferimos, haciéndonos eco de la terminología utilizada a partir de la entrada en vigor de la Ley 39/1999, los que podríamos llamar, permisos para la conciliación de la vida familiar y laboral)¹⁰. Destaquemos algunas cuestiones generales que pueden resultar de interés.

⁶ Vid., en este sentido ARGÜELLES BLANCO, «Vida laboral versus vida familiar. Reflexiones sobre el estado de la cuestión a raíz de las últimas reformas». *Actualidad Laboral*, 6/2003, p. 76, en dónde pone de manifiesto el papel determinante que han desempeñado las normas internacionales en la evolución de los derechos que persiguen conciliar la familia y el trabajo.

⁷ Vid., la exposición de Motivos de la Ley, en dónde se reconoce que la incorporación de la mujer al trabajo ha motivado uno de los cambios sociales más profundos del siglo XX que hace necesario configurar un sistema que contemple las nuevas relaciones sociales surgidas y un nuevo modo de cooperación y compromiso entre mujeres y hombres que permita un reparto equilibrado de responsabilidades en la vida profesional y en la privada.

⁸ El precepto estatutario prevé una serie de supuestos en los que, por voluntad del trabajador, se puede interrumpir la prestación laboral, siempre que se avise a la empresa su deseo de disfrutarlos y se justifique su necesidad y su realización. La STSJ de la Comunidad Valenciana de 24 de enero de 2002 (Ar. 3233), afirma que estos permisos se configuran como una cláusula que no puede ser derogada por la voluntad de las partes, únicamente podrá ser mejorada por convenio colectivo o pacto individual.

⁹ En el apartado 4 bis prevé permiso retribuido para el caso de nacimiento de hijos prematuros o que deban permanecer hospitalizados tras el parto.

¹⁰ En concreto, el apartado a) —permiso por matrimonio—, apartado b) —permiso por el nacimiento de hijo o por el fallecimiento, accidente o enfermedad grave u hospitalización de parientes—, apartado c) —permiso por mudanza—, apartado f) —permiso para asistir a

Para determinar el objeto inmediato de protección de cualquier interrupción no periódica de la prestación laboral vamos a recurrir a la definición que Rayón Suárez dio de la misma. Para el autor la interrupción no es sino una «situación transitoria en que se encuentra el contrato de trabajo, en la que el trabajador afectado por alguna de las causas previstas por el ordenamiento o por el acuerdo de las partes, queda liberado de la obligación de realizar su prestación manteniendo, sin embargo el derecho a percibir la retribución»¹¹.

Pone de manifiesto esta definición el espíritu tuitivo o garantista que envuelve a la figura creada, que si bien es el propio de otras figuras «interruptivas», suspensiones propiamente dichas o excedencias, parece adquirir en el supuesto de las interrupciones un mayor grado o dimensión. Y ello es porque en este concreto caso no sólo quedará liberado el trabajador de prestar efectivamente su trabajo, sino que, además continuará percibiendo su retribución. Así pues, la intención protectora lo es en un doble sentido: por una parte se garantiza al trabajador la supervivencia de su relación con la empresa; se protege, de este modo, su estabilidad en el empleo y, por otra, se reconoce su derecho al percibo de las cantidades que recibiría si estuviese trabajando¹², añadiéndose así un plus de protección¹³ que además recae sobre el empresario, en cuanto debe asumir, en virtud del principio de buena fe, la especial vela y cuidado del trabajador¹⁴.

Aunque el macroobjetivo o bien último que se protege es el trabajo asalariado, en los supuestos de interrupción que ahora nos ocupa el bien inmediato a proteger se concreta o matiza. En todos estos casos se está prote-

exámenes médicos prenatales así como a técnicas de preparación al parto; no olvidemos que la ley 31/95 de Prevención de Riesgos Laborales introdujo en el elenco de causas interruptivas que nos presentaba el texto estatutario primitivo, el derecho de las trabajadoras embarazadas a faltar al trabajo por este motivo—, punto 4 del artículo 37, —derecho a ausentarse del trabajo una hora para la lactancia de un hijo menor de nueve meses—, punto 4. bis —permiso por el nacimiento de un hijo prematuro o que deba permanecer hospitalizado después del parto—.

¹¹ Vid., RAYÓN SUÁREZ, «Descanso semanal, fiestas y permisos», cit., p. 319.

¹² No cabe duda de que estamos ante un mecanismo de garantía de la continuidad de las relaciones laborales, a pesar del advenimiento de eventos que impiden el normal desarrollo de la misma. Sin embargo, en este caso la intención tuitiva llega hasta sus últimas consecuencias pues el trabajador afectado por la causa interruptiva no se verá afectado económicamente por la no realización de su trabajo en la empresa. La garantía del empleo y de la posición económica del trabajador afectado por una de las causas tipificadas como interruptivas nos demuestra, insistentemente, la doble dimensión que el mecanismo garantista adquiere en estos supuestos de inactividad laboral.

¹³ Para ARGÜELLES BLANCO, *La excedencia laboral voluntaria*, Aranzadi, Pamplona, 1997, p. 145, el criterio fundamental de distinción entre las suspensiones e interrupciones depende de ese diferente nivel de protección que proporcionan al trabajador.

¹⁴ Así lo determina JIMÉNEZ-ASENJO GÓMEZ, «Las interrupciones no periódicas por nacimiento de hijo, enfermedad grave o fallecimiento de familiares. TS 65/96», p. 40.



giendo la relación laboral de las vicisitudes (ya voluntarias, ya involuntarias) que pudieran incidir en la esfera personal del trabajador. De esta forma, el legislador está facilitando, y protegiendo, el normal desenvolvimiento de su vida privada, de sus relaciones intrafamiliares, en cuanto que los acontecimientos derivados de aquélla (matrimonio, nacimiento, enfermedad o fallecimiento de familiares...) no deben significar un obstáculo para su permanencia en el entorno laboral. Y es en este punto dónde el legislador ha querido poner mayor énfasis: en la eliminación de aquellos obstáculos que surgen o pueden surgir en el entorno familiar de las personas trabajadoras. Se está tutelando la condición humana del trabajador, y por ende, su salud físico-psíquica, su bienestar y el de los suyos, su espacio vital; y ello se lleva a cabo anteponiendo la condición de persona a la de trabajador asalariado. Las nuevas previsiones normativas pretenden potenciar la esfera privada del trabajador conciliándola o coordinándola con la esfera laboral. El objetivo último a proteger es la esfera de un individuo que no está aislado sino que forma parte, en primer lugar, de un grupo familiar y en segundo lugar de un entorno laboral determinado.

En lo concerniente a las condiciones exigidas para poder disfrutar de las ausencias o permisos retribuidos, debemos distinguir entre aquéllas de carácter subjetivo y los requisitos que podríamos llamar de carácter objetivo o formalidades.

Respecto a los primeras (subjetivas), podrá acceder al disfrute de estos permisos todo trabajador en el sentido proclamado en el artículo 1.1. de la LET¹⁵. Esto es lo que se deduce del primer párrafo del artículo 37.3. Así pues, y sin perjuicio de que para el disfrute de ciertos permisos se exija una condición más específica, —tal es el caso, por ejemplo, de los permisos concedidos para la realización de exámenes prenatales o técnicas de preparación al parto, previstos para la trabajadora que se encuentra en estado de gestación—, serán los trabajadores por cuenta ajena los destinatarios de estos derechos reconocidos.

En lo referente a los que siendo trabajadores por cuenta ajena lo son en virtud de una relación laboral de carácter especial habría que distinguir entre aquellos a los que se le aplicará el régimen de permisos del artículo 37.3 por remisión expresa de su RD¹⁶, aquellos a los que también le resultará

¹⁵ Los trabajadores autónomos quedan excluidos del ámbito de aplicación de la LET y por tanto no podrían ser destinatarios de estos derechos. Además, la virtualidad práctica de estos permisos sería escasa dada la propia naturaleza de su trabajo.

¹⁶ Tal es el caso de la relación laboral especial del Servicio del Hogar Familiar, en la que el artículo 7.5 del RD 1424/1985, de 1 de agosto, hace una remisión expresa al artículo 37.3 de la LET; en el mismo sentido el artículo 4.3 del RD 1438/85, de 1 de agosto, regulador de la relación laboral de carácter especial de las personas que intervienen en Operaciones Mercantiles; el artículo 13 del RD 1368/85, de 17 de julio, sobre Minusválidos que trabajen en

aplicable el régimen de permisos, no por remisión expresa sino por resultar de aplicación supletoria a su regulación especial esta normativa laboral común¹⁷, y el caso específico del personal de alta dirección al que sólo se le aplicará el régimen común sobre permisos si así se establece de manera expresa en el contrato suscrito, según se desprende del artículo 3 del RD 1382/85, de 1 de agosto, regulador de esta relación laboral de carácter especial.

Sin embargo, para acceder al derecho no basta con estar incluido dentro del campo de aplicación del mismo. La ley exige el cumplimiento de otros requisitos que podríamos denominar exigencias «*sine qua non*» de acceso al derecho (objetivos).

Si el trabajador se ausentase del trabajo por alguno de los motivos tipificados previamente ya por la norma legal, ya por la norma convencional, como interruptivos, sin haberlo preavisado ni justificado, habrá incurrido en un incumplimiento contractual que podrá ser sancionado incluso con el despido¹⁸. De este modo, el trabajador que desee disfrutar de un permiso deberá preavisarlo y además justificar la necesidad del mismo. Así se desprende del tenor literal del artículo 37.3 y así ha sido ratificado por nuestros tribunales¹⁹. Una vez que el trabajador ha preavisado a la empresa no tendrá la obligación de aguardar un reconocimiento de ésta, y podrá acceder de forma automática al permiso por causa tasada previamente²⁰. Habiéndose cumplido únicamente²¹ los requisitos generales de preaviso y jus-

Centros Especiales de Empleo se remite también de forma expresa al artículo 37 de la LET. Además reconoce en su apartado c) el derecho del trabajador minusválido a ausentarse al trabajo para asistir a tratamientos de rehabilitación médico-funcionales y para participar en acciones de orientación formación y readaptación profesional.

¹⁷ Se trata de la relación laboral de los Deportistas Profesionales (Artículo 21 del RD 1006/85, de 26 de junio), Artistas Profesionales (Artículo 12 del RD 1435/85 de 1 de agosto) y Estibadores Portuarios (artículo 19 del RD-ley 2/86, de 23 de mayo).

¹⁸ El no preaviso o la no justificación podría ser considerada como una trasgresión de la buena fe contractual, causa de despido disciplinario, según el artículo 54.2. d); o si han sido varias las veces en las que se faltó sin justificación alguna se podrá alegar la causa del 54.2.a): faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad.

¹⁹ *Vid.*, como ejemplo, STSJ de Castilla-León (Valladolid) de 3 de septiembre de 1997 (Ar. 2967), STSJ de Extremadura de 17 de noviembre de 1997 (Ar. 4228), STSJ de Castilla-León (Burgos) de 6 de julio de 1998 (Ar. 3124) y STSJ de Navarra de 5 de diciembre de 1997 (Ar. 4848) que determina el derecho del empresario a ser advertido oportuna y temporáneamente, para que la licencia no perjudique la organización y dirección de la actividad empresarial.

²⁰ Habría, sin embargo, que hacer una matización al respecto. El preaviso y justificación legitiman al trabajador para ausentarse únicamente por el tiempo previsto, ya en el texto estatutario, ya en el convenio aplicable. Transcurrido ese período, sólo la autorización del empleador justificaría la ausencia. *Vid.*, STSJ de Asturias de 26 de enero de 2001 (Ar. 101).

²¹ Y decimos únicamente porque el TS en su Sentencia de 14 de marzo de 1988 (Ar. 1919) dejó sentado que la empresa no puede gravar innecesariamente las exigencias instrumentales

tificación, y tratándose de un permiso por causa prevista en la ley, el empresario ha de «conceder» el permiso, pues debemos tener presente que éste no es sino un derecho del trabajador y, por ende, una obligación del empresario, y no un mero otorgamiento graciable de éste²².

La necesidad de aviso, o mejor dicho de (pre)aviso se contempla con el fin de evitar perjuicios en la organización de la empresa que deberá continuar desempeñando su normal actividad. Ante el silencio legal²³, las condiciones en las que el preaviso deberá llevarse a cabo, vendrán determinadas en los convenios colectivos que, sin embargo, tampoco suelen ser demasiado explícitos al respecto, pues se limitan a emplear expresiones usadas ya por los textos normativos anteriores, como «con la posible antelación»²⁴, «avisando con antelación»²⁵, «previo aviso a la empresa»²⁶, etc.. No obstante, también puede observarse alguna excepción²⁷.

La parquedad de la norma quizás sea debida a que la fijación de plazos de preaviso rígidos sólo podría cumplirse efectivamente cuando los motivos de la ausencia dependiesen de forma directa de la voluntad del trabajador; por ejemplo, tal sería el caso del matrimonio o de otros acontecimientos

que la ley ha fijado, sancionando a quienes no sigan un determinado cauce impuesto por la empresa para preavisar o justificar. *Vid.*, STSJ de la Rioja de 5 de marzo de 2002 (Ar. 1390), que considera que la trabajadora cumplió los requisitos exigidos ya que puso en conocimiento de la encargada del establecimiento el hecho desencadenante del permiso (el matrimonio).

²² No obstante, algunos autores señalan la posibilidad de que existan limitaciones a la concesión de los permisos basadas en el poder de dirección del empresario, que serán las llamadas «necesidades del permiso», esto es, de aumento de la producción, o trabajo estacional, etc... *Vid.*, en este sentido ABELLA MESTANZA y GARCÍA VIÑA, «Los permisos de matrimonio y mudanza». *Tribuna Social*, 65/1996, núm. monográfico, p. 35

²³ La normativa anterior a la LET, tanto la LCT como la LRL, determinaban que el aviso debía realizarse «con la posible antelación». La regulación actual sólo habla de «previo aviso».

²⁴ *Vid.*, como ejemplos, Cc. de Empresas Organizadoras del Juego del Bingo. RDGT de 23 de diciembre de 1997 (BOE de 20 de enero de 1998); «Acuerdo General para las empresas de transporte de mercancías por carretera». RDGT de 13 de enero de 1998. (BOE de 29 de enero de 1998).

²⁵ *Vid.*, Cc. para el sector de las empresas concesionarias y privadas de Aparcamiento de Vehículos. RDGT de 23 de febrero de 1998. (BOE de 11 de marzo).

²⁶ *Vid.*, Cc. para las Oficinas de Farmacia. 00/02. RDGT de 10 de julio de 2000 (BOE del 27).

²⁷ Así, por ejemplo, el artículo 26 del Cc. de la empresa Icict, S.A. RDGT de 1 de diciembre de 1997 (BOE de 19 de diciembre). Se refiere el convenio a la necesidad de «solicitar» permisos retribuidos (expresión que no nos parece correcta, pues recordemos que el disfrute de este tipo de permisos se reconocen como un derecho del trabajador, que sólo tendrá que avisar, no solicitar) con una antelación mínima de 5 días. Si no resulta posible el trabajador deberá, telefónicamente poner los hechos lo más pronto posible en conocimiento de su mando directo

tos semejantes tales como la Primera Comuni3n o el Bautizo de un hijo para los que ciertos convenios conceden permisos. En el caso de otros eventos tales como enfermedades o fallecimientos, dif3cilmente se podr3 exigir un preaviso con un n3mero de d3as de antelaci3n al hecho; ni siquiera se podr3 pretender que sea previo al evento, dada su imprevisibilidad²⁸.

El contenido del 37.3, que s3lo hace referencia a la necesidad de preaviso, y de la ulterior justificaci3n, no soluciona en absoluto el dilema planteado acerca de las consecuencias que del no preaviso pudiesen derivarse. Tendr3amos que recurrir a la normativa precedente y en concreto, al art3culo 67 de la LCT de 1944 que especificaba que el trabajador deb3 avisar con la posible anticipaci3n lo que propiciaba que parte de la doctrina interpretase que cuando la antelaci3n del preaviso resultase moralmente imposible, podr3a quedar el trabajador exento de tal aviso²⁹.

Con los preceptos actualmente en vigor no parece que pueda ser posible una interpretaci3n semejante. Sin embargo la real imposibilidad de preavisar que podr3a padecer un trabajador afectado por cualquiera de los motivos del 37.3.b), nos exige abandonar una interpretaci3n tan r3gida del concepto de «preaviso» y de los efectos nocivos que para el trabajador se derivar3an en caso de incumplimiento; lo que es posible si recordamos que no s3lo el preaviso se convierte en requisito para poder disfrutar leg3timamente del derecho. Tamb3n la justificaci3n es condici3n ineludible. De manera que en caso de que el trabajador no pudiese preavisar por la imprevisibilidad del evento siempre podr3a, en un momento inmediatamente posterior³⁰, «justificar» su ausencia. De tal forma que el requisito de la justificaci3n parece servir de soluci3n a la atemperaci3n que de la condici3n de preaviso se pudiese hacer en estos casos especialmente complejos. La reconsideraci3n de las circunstancias en cada supuesto³¹ resulta esencial en este tipo de ausencias, en las que debe atenderse especialmente a la actitud del sujeto trabaja-

²⁸ CARRO IGELMO, *La suspensi3n del contrato de trabajo*. Bosch. Barcelona, 1959, p. 233 justificaba la imprecisi3n de la ley de Contrato de Trabajo de 1944, argumentando que estas causas surgen de forma inesperada, o cuanto menos impiden fijar con exactitud el momento. Por ello S3NCHEZ TRIGUEROS, *Los permisos retribuidos del trabajador*. Aranzadi. Pamplona, 1999, p. 38, afirma que en estos casos no cabe aviso previo sino s3lo coet3neo o posterior.

²⁹ Vid., CAÑADA VALLE, *Anotaciones a la ley de Contrato de Trabajo*. Zaragoza, 1951, p. 207. En el mismo sentido, CARRO IGELMO, *op. cit.*, p. 233.

³⁰ Vid., STSJ de Extremadura de 17 de noviembre de 1997 (Ar. 4228) que despidi3 al trabajador que falt3 a su trabajo por causa de enfermedad grave de su padre, sin preaviso ni justificaci3n hasta transcurridos 13 d3as.

³¹ Vid., SEMPERE NAVARRO y S3NCHEZ TRIGUEROS, «Problemas generales de los permisos retribuidos», *Aranzadi Social*, 11/1999, cit., p. 10, que manifiestan que «respecto a la necesidad de cursar previo aviso, hay que llevar a acabo una interpretaci3n razonable y circunstancial pues no puede exigirse igual preaviso cuando la causa a del permiso es el matrimonio que la muerte s3bita de un familiar».

dor, presumiéndose su buena fe, que debe ser corroborada a través de su aviso a la empresa, y en caso de que éste no pudiera ser previo, a través de una justificación posterior.

En lo que a esta última se refiere, su exigencia tiene como fin el impedir que las ausencias se tipifiquen como faltas al trabajo y puedan ser motivo de despido³²; además se pretende que durante éstas, el trabajador pueda continuar percibiendo su retribución³³. No obstante, la justificación puede no resultar suficiente cuando se trata de ausencias que no se han contemplado previamente, es decir, que no han sido tipificadas como licencias o permisos³⁴ a través de la regulación convencional o el acuerdo individual o colectivo³⁵.

También puede ocurrir que se aleguen o justifiquen determinados motivos de ausencia, cuando en realidad las faltas al trabajo responden a otras causas. Debemos dejar constancia en este sentido que, en virtud del principio de buena fe, el permiso debe emplearse para el fin para el que fue concedido³⁶. La utilización de este tiempo previsto para atender ciertos asuntos de carácter personal o familiar que no admiten demora, no puede convertirse en un mero período de asueto a disfrutar por el trabajador. El permiso ha sido concedido para una finalidad concreta y a la satisfacción de

³² *Vid.*, en este sentido RAYÓN SUÁREZ, «Descansos...» cit., p. 325.

³³ Esta última idea queda bien demostrada por el contenido del artículo 26.4 e) del Cc. para la empresa Ictict, S.A. RDGT de 1 de diciembre de 1997 (BOE de 19 de diciembre). Dice el citado artículo que si no se acredita suficientemente la causa justificativa del permiso se entenderá que el trabajador ha hecho uso de un permiso sin sueldo.

³⁴ No obstante, el artículo 23.2 del Cc. ESK, S.A., en la provincia de Huelva. RDGT de 5 de septiembre de 1997 (BOE de 23 de septiembre) prevé para estos casos de ausencia por motivos no previstos, será necesaria en estos casos la solicitud del permiso, tras lo cual la empresa lo concederá o denegará en atención a sus necesidades; también determinará su carácter retribuido o no.

³⁵ *Vid.*, RAYÓN SUÁREZ, *Las interrupciones no periódicas de la relación laboral*. Servicio de Publicaciones del Ministerio de Trabajo. Madrid, 1975, p. 53, Determinaba la necesidad de que el hecho causante de la interrupción estuviese previamente tipificado como interruptor. Según el autor, la justificación está en que las interrupciones no periódicas son excepciones a la norma general que regula las obligaciones recíprocas y, por lo tanto, «no puede en modo alguno el intérprete extenderla a otros supuestos distintos de aquellos para los que fue dada», ya que las normas que suponen excepciones han de ser interpretadas restrictivamente.

³⁶ En este sentido se pronuncia ÁLVAREZ MARTÍNEZ, «Del permiso laboral para el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público y personal. Comentario al apartado d) del núm. 3 del artículo 37 del E.T.», *Tribuna Social*, 65 /1996, p. 46, cuando afirma que el beneficiario no podrá hacerlo valer en situaciones diferentes a las determinadas por el propio proyecto ni por tiempo superior al establecido o normalmente exigible. (Observaciones que hace para el supuesto del 37.3.d) pero que pueden extenderse al resto de permisos contemplados en ese artículo).

esta debe ir dirigido, de ahí que la justificación devenga fundamental³⁷. De esta manera la alegación de causas inexistentes en la solicitud de los permisos y la utilización de éstos para fines distintos a los previstos, provoca un incumplimiento del trabajador, calificado por algunos convenios colectivos como falta grave³⁸, con las consecuencias que de esta clasificación se derivan³⁹.

En lo que respecta a la configuración formal de la justificación, la parquedad que el texto estatutario presenta exige del convenio colectivo una labor de concreción en la determinación de los requisitos formales que la misma debe cumplir. Aunque algunos de ellos se limitan a repetir los términos estatutarios o a utilizar expresiones tales como «*previa justificación adecuada*»⁴⁰, otros son mucho más exhaustivos al respecto, reseñando los documentos de aportación obligatoria en cada caso⁴¹. Es pues la regulación convencional la que determina y concreta la forma de cumplir los requisitos exigidos desde los textos legales, aunque no sin provocar dudas⁴².

³⁷ Aunque el motivo sea cierto y se haya preavisado, si no se justifica, estaríamos ante un ausencia injustificada. En este sentido, SANCHEZ TRIGUEROS, *op. cit.*, p. 44, con cita de Jurisprudencia.

³⁸ *Vid.*, como ejemplo, Cc. de la empresa «Amcor Flexibles España», S.A. RDGT de 3 de septiembre de 1997 (BOE de 22 de septiembre)

³⁹ En la normativa anterior a la estatutaria (Art. 67 de la LCT de 1944) la falta de justificación o la falsedad del motivo alegado sólo daba lugar «a la suspensión de un día de trabajo, con devolución del jornal percibido por el día de su ausencia injustificada». Sin embargo, en la actualidad son muchos los convenios que consideran esta falta como grave o muy grave, siendo sancionadas por nuestros tribunales con el despido por *trasgresión de la buena fe contractual* o por *faltas repetidas e injustificadas de asistencia al trabajo*. *Vid.*, al respecto, ABELLA MESTANZA y GARCÍA VIÑA, «Los permisos de matrimonio y mudanza». *TS*. 65/96, p. 29

⁴⁰ Como ejemplos, Cc. para el personal laboral del Ministerio de Economía y Hacienda. RDGT de 18 de febrero de 1998. (BOE de 10 de marzo); Cc. para el personal laboral de las Universidades de Extremadura, Murcia, Salamanca y Valladolid. RDGT de 22 de abril de 1998. (BOE de 18 de mayo).

⁴¹ Son muchos los convenios colectivos que especifican los documentos a aportar en cada caso para la justificación de la ausencia. Así y como ejemplos, Cc. de la empresa Renault España Comercial. S.A. RDGT de 21 de mayo de 1997 (BOE de 13 de junio); Cc. de la empresa Gallina Blanca, S.A. RDGT de 4 de julio de 1997 (BOE de 29 de julio); Cc. de la empresa «Lucent Technologies Network Systems España, S.A. RDGT de 28 de octubre de 1997 (BOE de 13 de noviembre); Cc. de la empresa Adidas España, S.A. RDGT de 21 de enero de 1997 (BOE de 10 de febrero). Son también muy exhaustivos: Cc. de la empresa «Petroquímica Española, S.A. RDGT de 10 de diciembre de 1996 (BOE de 13 de enero de 1997); Cc. de la empresa Fiat Auto España, S.A. RDGT de 18 de noviembre de 1997 (BOE de 3 de diciembre) (que determina quién concede el permiso, el plazo para entregar la justificación, etc...); Cc. de la empresa Pez Austral, S.A. Vigo. RDGT de 15 de enero de 1998 (BOE de 2 de febrero); Cc. de la empresa de Transformación Agraria, S.A. RDGT de 3 de marzo de 1998 (BOE de 23 de marzo); Cc. de la empresa DHL Internacional España, S.A. RDGT de 3 de marzo de 1998 (BOE de 25 de marzo); Cc. de la empresa Danone, S.A. RDGT de 17 de enero de 2003 (BOE de 4 de febrero).

⁴² Tal sería, por ejemplo, si cabe aguardar a que finalice el tiempo del permiso para presentarla o hay que hacerlo a la mayor brevedad posible.

2.1.3. *Contenido del derecho*

En primer lugar, la duración se convierte en un elemento importante⁴³, aunque no esencial, para la identificación de las interrupciones no periódicas; de ahí que si el período previsto para el descanso sobrepasa determinados límites, el permiso o licencia contemplado originariamente, dejaría de ser tal para convertirse en otra figura jurídica, con un régimen jurídico diferente.

La duración establecida desde la ley para cada permiso varía en función del motivo justificador de la ausencia. La gran mayoría de los convenios dilatan en el tiempo el plazo previsto en la ley para ausentarse del trabajo al acontecer una determinada vicisitud interruptiva⁴⁴.

No obstante, en determinados supuestos la falta de previsión legal y la parquedad de los textos convencionales, exigen un pronunciamiento por parte de los tribunales, que son los que deberán sentar las pautas a seguir. Es, por ejemplo, lo que ocurre con cuestiones referentes a la fecha o, más concretamente, al momento en el que el disfrute de éste debe llevarse a cabo. Desde la doctrina judicial se deja sentado que los permisos deben disfrutarse en las fechas en las que se produzca la necesidad, pues para solventar ésta han sido previstos⁴⁵. También parece ser que ha sido la tendencia predominante

⁴³ Baste hacer mención a la existencia de convenios que convierten en permisos sin sueldo ampliaciones en el tiempo de motivos prefijados como permisos propiamente dichos; esto es, permisos retribuidos que exceden del plazo temporal fijado se convierten en auténticas suspensiones.

⁴⁴ *Vid.*, sólo algunos ejemplos en Cc. de la compañía «Castellana de Bebidas Gaseosas», S.A. RDGT de 28 de septiembre de 1998 (BOE de 23 de octubre), que en su artículo 21 concede 5 días en los casos de muerte del cónyuge, padres o hijo del trabajador, tres días en caso de enfermedad grave del cónyuge, padres o hijos, dos días por enfermedad grave de hermanos o dos días por la muerte de abuelos políticos; Cc. de Enagás, S.A. RDGT de 27 de febrero de 2003 (BOE de 19 de marzo), que incrementa los días de permiso por fallecimiento de cónyuge o hijos a 4 y de otro familiar a 3, o para el traslado de domicilio a 4 días; Cc. entre la compañía Transmediterránea y su personal de flota RDGT de 24 de enero de 2003 (BOE de 10 de febrero), contempla un permiso por nacimiento o adopción de hijos de 5 a 15 días; Cc. de la empresa «Zadoya Otis», S.A. y «Ascensores Eguren», S.A. RDGT de 22 de agosto de 1997 (BOE de 12 de septiembre) que prevé en su artículo 10, 18 días naturales para el caso de matrimonio, o el Cc. de la empresa «Electrolux Home Products España, S.A.» RDGT 7 de noviembre de 2000 (BOE del 21); Art. 33 del Cc. de la empresa Federación de Farmacia Sociedad Cooperativa. RDGT de 30 de mayo de 1997 que los fija en 17 días. En sentido semejante el Cc. de «Servimax Servicios Auxiliares». RDGT de 3 de junio de 1997, ó el Cc. de Empresas de promoción de Empleo, Sector de la Construcción Naval. RDGT de 13 de agosto de 1997, que prevé para los casos de maternidad el disfrute de una semana a continuación del período legal de suspensión por esta causa.

⁴⁵ Como ejemplos, que ya podemos considerar históricos, *Vid.*, STCT de 3 de marzo de 1982 (Ar. 2065) o STCT de 25 de enero de 1989 que afirma que el artículo 37.3 «no presupo-

en la regulación convencional⁴⁶, aunque no podemos negar la existencia de convenios que contemplan la posibilidad de acumulación de estos permisos al período vacacional, o el desplazamiento a otras fechas si coincidiesen con vacaciones o días festivos⁴⁷.

Por último, apuntemos que el disfrute de las interrupciones puede resultar problemático cuando nos referimos a los contratados temporalmente y/o a tiempo parcial⁴⁸.

ne un descanso retribuido durante un número determinado de días, es decir, no se reconoce el derecho a vacar en cierto tiempo, sino a ausentarse del trabajo precisamente para atender asuntos personales, deberes de carácter público o estar presentes en acontecimientos familiares, sin merma de sus rentas de trabajo». El sentido de los permisos está en conceder al trabajador un tiempo para atender una necesidad que se superpone horariamente con la actividad laboral. Así se pronunció la STS de 3 de julio de 1989 (Ar. 5074). Muestras de pronunciamientos más recientes las tenemos en la STSJ de Cataluña de 18 de junio de 2002 (Ar. 2444), que se refiere al permiso por nacimiento de hijo, en la que se hace hincapié en que el permiso se debe disfrutar cuando acaece el acontecimiento y no en un momento posterior, aunque en ese momento el trabajador esté de vacaciones o sufriendo una baja por incapacidad temporal. Resulta, sin embargo, interesante, la SJS de Badajoz de 24 de abril de 2001 (Ar. 3467) en la que se conceden permiso de tres días para la inhumación de las cenizas de la madre de la trabajadora que, debido a los trámites administrativos, no es inmediata a la muerte sino que se difiere en el tiempo (hasta mes y medio después). Puesto que no hay previsiones para estos casos, el Tribunal opta por aplicar analógicamente las previsiones existentes para el caso de fallecimiento y conceder los tres días de permiso previstos en la normativa de aplicación. No obstante, debemos apuntar que la actora no pudo hacer uso del permiso en la fecha de la muerte por encontrarse de vacaciones.

⁴⁶ *Vid.*, como ejemplos, Cc. de la ONCE. RDGT de 13 de junio de 1997 (BOE de 24 de junio), art. 28; Cc. de la empresa Icict, S.A. RDGT de 1 de diciembre de 1997 (BOE de 9 de diciembre), art. 26.

⁴⁷ Así por ejemplo se pronuncia el Cc. de las Empresas Concesionarias y Privadas de Aparcamiento de Vehículos. RDGT de 23 de febrero de 1998 (BOE de 11 de marzo), que en su artículo 57, sobre el permiso de matrimonio dice que no podrá acumularse al período vacacional, salvo acuerdo expreso de las partes; el Cc. Interprovincial del Banco de Crédito Local de España, S.A. RDGT de 12 de febrero de 1997, que en su artículo 28 reconoce el derecho a seis días de libre disposición al año que no podrá acumularse al período anual de vacaciones, salvo supuestos especiales autorizados por el Banco; o el Cc. de la empresa Corporación de Medios de Murcia, S.A. RDGT de 20 de septiembre de 1996 (BOE de 15 de octubre) y Cc. de la empresa Olivetti Española, S.A. RDGT de 14 de marzo de 1997 (BOE de 5 de abril) que reconocen el derecho a acumular el permiso de 15 días por matrimonio con el tiempo de disfrute de vacaciones, cuando coincida la fecha de la boda con éstas.

⁴⁸ Así, por ejemplo, en los casos de permiso por neonatos hospitalizados la ausencia de un pronunciamiento legal «*ad hoc*» nos hace pensar que la intención del legislador fue la de conceder ese tiempo de permiso con independencia del número de horas trabajadas al día. La cuestión, sin embargo, es polémica cuando nos referimos a otros tipos de permiso, como el de matrimonio. En el apartado dedicado al mismo trataremos más detenidamente el tema.



Por otra parte, la permanencia de la retribución⁴⁹ no es sino una clara excepción al principio general de que el salario no se devenga más que cuando se realiza efectivamente el trabajo encomendado. Constituye también una excepción a la teoría general de la distribución de los riesgos en el contrato mantenida por la normativa civil. Y esto porque la carga del riesgo de la interrupción recae sobre el empresario. No es el deudor imposibilitado de cumplir el que soporta el «*periculum obligationis*», sino el acreedor de trabajo, obligado a entregar la retribución sin haber recibido el servicio inicialmente convenido. Es aquí donde radica el punto central o motivo primordial de la atribución del riesgo empresarial⁵⁰. La desigualdad que entre las partes del contrato de trabajo existe, exige la contemplación de normas que corrijan la posición subordinada del trabajador con el fin de lograr un equilibrio entre ambas partes. De ahí que el empresario aparezca como la persona que asume todos los riesgos que se hayan derivado o no de la creación y puesta en funcionamiento de una organización que él mismo controla, al ser la parte más fuerte económicamente⁵¹.

Durante la ausencia, el trabajador continuará percibiendo sus emolumentos como si efectivamente prestase sus servicios a la empresa⁵². Sin

⁴⁹ Decíamos en el apartado dedicado al bien jurídico protegido que el trabajador recibía en estos casos de ausencias al trabajo una especial protección pues, a pesar de no desempeñar su actividad laboral, continuaba percibiendo sus emolumentos como si efectivamente trabajase. Confirma así esta realidad la manifestación mantenida por algún autor de que «*la retribución que obtiene el trabajador por su trabajo no puede ser considerada exclusivamente como uno de los elementos del intercambio de bienes que se realiza a través del contrato del contrato de trabajo, sino que ha de ser contemplado también como el conjunto de medios materiales que aquél necesita para atender sus necesidades personales*». Vid., en este sentido RODRÍGUEZ SAÑUDO, *Interrupciones de la actividad de la empresa y derecho al salario*. Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1975, p. 160.

⁵⁰ Vid., en este sentido, los comentarios de RODRÍGUEZ SAÑUDO, «Imposibilidad de la prestación» en la obra de AA.VV., *Comentarios a las leyes laborales*. El E.T. Tomo VI. EDERSA. Madrid, 1982, p. 189 y sigs.

⁵¹ Para RODRÍGUEZ SAÑUDO, *op. cit.*, p. 242, este argumento no sólo tiene naturaleza sociológica y económica, sino que también de naturaleza jurídica, en la medida que el ordenamiento jurídico articula efectivamente esa realidad, resolviendo el conflicto de intereses en base a la desigualdad de las partes.

⁵² Los contenidos de los convenios colectivos actuales se erigen en fiel recordatorio de la que fuera la base de la normativa sectorial precedente (RT y OL), sobre la que recayó, como ya el grueso de la regulación de las ausencias al trabajo. Los contenidos de aquella originaria normativa sectorial se trasladan hasta nuestros días, por lo que no nos ha de extrañar la contemplación desde el convenio de permisos retribuidos y no retribuidos o sin sueldo, cuando la expresión «*permiso sin sueldo*» parece contradecir las más elementales pautas reseñadas desde la ley y asentadas por la doctrina más autorizada. Vid., como ejemplo, Cc. de Seguros Catalana Occidente, SA. de seguros y reaseguros RDGT de 23 de enero de 2003 (BOE de 11 de febrero de 2003) y Cc. de Allianz, Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A. RDGT de 26 de

embargo, de nuevo la parquedad de la previsión estatutaria hace plantearnos al respecto algunas dudas. En primer lugar, dudas sobre el concepto empleado. ¿Qué debe entenderse por retribución? El alcance del término ha venido determinado por nuestros tribunales. Es comprensiva la expresión «derecho a remuneración» de todos los componentes salariales que conforman el propio salario real⁵³; esto es, tanto el salario base como los complementos salariales⁵⁴, pues durante los permisos se han de cobrar «las retri-

febrero de 2003 (BOE de 17 de febrero), que contemplan la posibilidad de un permiso de hasta un mes por motivos familiares, si bien, a partir del tercer día (o del 4.º día, si hay necesidad de desplazamiento), la ausencia no será retribuida.

Ante esta realidad presente en una gran mayoría de convenios, nos surge de forma inmediata otra duda: ¿Puede el convenio colectivo contemplar un permiso sin sueldo cuando la ley, que es norma que fija mínimos sólo mejorables a través de la negociación colectiva, determina el carácter retribuido de estas interrupciones no periódicas de la prestación laboral? Para responder a esta pregunta habría que recurrir de nuevo a la posición mantenida tanto desde la doctrina como desde la Jurisprudencia que, teniendo como base el artículo 3.3 de la LET, se decantan por la aplicación del convenio cuando el régimen de permisos establecido es más favorable en su conjunto para el trabajador. Sin embargo desde una interpretación estricta del término jurídico-legal «permiso», tendríamos que optar por considerar que, en estos casos, el convenio no regula una interrupción no periódica, sino una figura que al poseer todos y cada uno de los caracteres legales atribuidos a la institución suspensiva se convierte en ésta. Ya lo determinaba MARTÍNEZ GIRÓN, «Las causas generales de suspensión, ¿numerus clausus?», en la obra de AA.VV. *La suspensión del contrato de trabajo*. CGPJ. Madrid, 1994, p. 41, en dón-de atribuye a los permisos no retribuidos contemplados en convenio colectivo el carácter de causas de suspensión de la relación laboral. *Vid.*, también, ARGÜELLES BLANCO, *La protección de intereses familiares en el ordenamiento laboral*. Tirant lo Blanch. Valencia, 1998, p. 144 no duda de calificarlos de suspensiones del contrato de trabajo sin causa prefijada. En contra, JIMÉNEZ ASENJO GÓMEZ, «Las interrupciones no periódicas por nacimiento de hijo, enfermedad grave fallecimiento de familiares». *TS 65/96*, p. 44 que prefiere abogar en estos casos por una 3.ª categoría de supuestos en los que existe una ausencia justificada pero sin derecho a ser retribuida que, por su brevedad, no conviene calificarla de supuesto suspensivo.

⁵³ Así lo determinó el TS en su Sentencia de 20 de mayo de 1992 (Ar. 3581) y ésta parece ser la postura mantenida por los TSSJJ. Como ejemplo, STSJ de Navarra de 26 de septiembre de 1996 (Ar. 3344). Sentencias anteriores en el tiempo también se pronunciaron en el mismo sentido al considerar que debían incluirse cuantos complementos se asignen normalmente al puesto de trabajo; *Vid.*, por todas STS de 31 de enero de 1990, a pesar de que reconoce de que con esta práctica se rompe la ecuación *trabajo efectivo – salario*. *Vid.*, más reciente, STSJ del País Vasco de 24 de abril de 2001 (Ar. 939) que estima que «ha de retribuirse por el importe del salario que hubiera recibido el trabajador de haber prestado servicios con arreglo a la jornada que tuviera prefijada para ese día». Según el Tribunal *con ello se atiende la finalidad de la norma, que persigue la protección del interés del trabajador por atender necesidades personales, puesto en peligro si por ausentarse del trabajo perdiese parte del salario que hubiese obtenido*.

⁵⁴ Parece ser ésta también la postura adoptada desde la regulación convencional. Prueba de ello es el Cc. para el personal laboral de la Administración del Estado. RDGT de 24 de noviembre de 1998. (BOE de 1 de diciembre), que al referirse al permiso para la formación

*buciones que ordinariamente (se) vienen devengando»*⁵⁵. Sin embargo, las sentencias son divergentes en cuanto al complemento por cantidad de trabajo⁵⁶ (hoy incluido en el complemento por el trabajo realizado), y ello a pesar de que al abonarse sólo cuando el operario supere el rendimiento normal, difícilmente podría calcularse cuando se está de permiso. Sin embargo, no quedarán incluidas aquellas partidas que no tengan carácter salarial tales como los suplidos y las dietas, ni tampoco aquellas remuneraciones que estén totalmente vinculadas con determinados períodos de tiempo, tal cual es el «plus de nocturnidad»⁵⁷. Estas son las pautas sentadas desde la Jurisprudencia⁵⁸; pautas que responden a una intención tuitiva o de garantía (que es en definitiva la que inspira el régimen atribuido a la figura) de la posición que el trabajador por cuenta ajena tiene en el entramado empresarial.

distingue entre los retribuidos, los permisos en los que sólo se recibe el salario base, en su caso el complemento personal de unificación y el complemento personal, y los no retribuidos. Se deduce de tal redacción que en el concepto de permisos con derecho a retribución quedan incluidos el salario base y todos los complementos salariales. En sentido semejante, Cc. de la empresa Casa Buades, S.A. RDGT de 23 de diciembre de 1997 (BOE de 21 de enero de 1998, que distingue entre permisos no abonables y licencias con derecho a abono a salario real; artículos, 58 y 57 respectivamente. *Vid.*, también Cc. nacional de la Industria de Elaboración del Arroz. RDGT de 23 de junio de 1997 (BOE de 9 de julio), art. 40.

⁵⁵ *Vid.*, al respecto, STSJ de Galicia de 27 de abril de 1995 (Ar. 1523)

⁵⁶ *Vid.*, como ejemplo, a favor de la exclusión, *vid.*, STSJ de Navarra de 11 de marzo de 1994 (Ar. 883). En contra, *vid.*, STSJ de Navarra de 20 de octubre de 1989 (Ar. 694). *Vid.*, porque se hace eco de la inexistencia de unanimidad y contiene referencias de pronunciamientos a favor y en contra, STSJ del País Vasco de 24 de abril de 2001, *cit.*, y SJS núm. 4 de Sevilla de 10 de diciembre de 2002 (Ar. 3860), que se pronuncia a favor de la exclusión de la prima de producción del concepto de retribución.

⁵⁷ Parece ser que la Jurisprudencia justifica las inclusiones de los complementos que responden a un concepto económico permanente y que, por tanto, no presentan carácter excepcional. Es también lo que parece desprenderse de estudio Jurisprudencial llevado a cabo por ALONSO OLEA y BARREIRO GONZÁLEZ, *El ET. Texto actualizado, jurisprudencia y comentario*. Civitas. Madrid, 1987, p. 175, que cita sentencias que excluyen del concepto de retribución en los permisos, el «*plus de nocturnidad*» ni el importe de las horas extraordinarias. *Vid.* También, al respecto, el estudio Jurisprudencia de SEMPERE NAVARRO y SÁNCHEZ TRIGUEROS, «Problemas generales de los permisos retribuidos», *cit.*, pp. 14 a 17.

Sin embargo, también existen posturas contradictorias tal y como es la mantenida por la STSJ de la Comunidad Valenciana de 22 de abril de 1997 (Ar. 1501) que al interpretar la previsión convencional de que el trabajador podrá ausentarse o faltar al trabajo avisando con la posible antelación y justificándolo adecuadamente, «*con derecho a remuneración con los conceptos de un día normal de trabajo efectivo*» considera que debe incluirse la «*prima de presencia*» y el «*plus de nocturnidad*».

⁵⁸ Para un estudio más pormenorizado, *Vid.*, SÁNCHEZ TRIGUEROS, *op. cit.*, pp. 61 a 65.

Puede ocurrir, no obstante, que desde los convenios colectivos se excluyan ciertos complementos⁵⁹ que, según los pronunciamientos jurisdiccionales, debieran estar incluidos en el concepto legal de retribución⁶⁰.

2.2. Permisos para la conciliación de intereses familiares y laborales⁶¹ y ausencias retribuidas para la atención de otras cuestiones familiares

2.2.1. *Permiso retribuido por nacimiento de un hijo. (Artículo 37.3. b) ET*

El reconocimiento del derecho a ausentarse del trabajo por motivo del nacimiento de un hijo está tan arraigado en nuestra cultura que se acepta

⁵⁹ Aunque la relación que entre la ley y el convenio colectivo existe no es, en principio, sino de complementariedad y, por tanto, el último sólo podrá incidir sobre las previsiones legales mejorándolas, es perfectamente posible que se lleve a cabo la aplicación del convenio si, a pesar de establecer unas condiciones de retribución inferiores a las legales, en su conjunto el régimen de permisos establecido en el mismo sea más favorable para el trabajador. Así lo determinó el TC en su Sentencia de 30 de enero de 1987.

⁶⁰ Esta postura no debe extrañarnos si tenemos en cuenta que la normativa sectorial precedente no mantuvo al respecto una línea uniforme; mientras que ciertas RT y OL reconocían, sin más, el derecho a obtener licencias «con sueldo», algunas, más específicas determinaban que la remuneración a la que el trabajador tenía derecho era únicamente la compuesta por el salario base y el complemento por antigüedad; como por ejemplo, la Ordenanza Laboral para la Industria del Aceite y de Aderezo, Relleno y Exportación de Aceitunas. O.M. de 28 de febrero de 1974 (BOE de 6 de marzo). Otras incluían dentro de la remuneración el salario base y otros complementos, como por ejemplo, «*pluses por cargas familiares*», «*complementos personales*» o por «*asuntos periódicos y carestía de vida*». Así la OL de Género de punto. O.M. de 4 de octubre de 1946, la OL. de Puertos y Faros, O.M. de 14 de marzo de 1947, ó la OL de Industrias Químicas, O.M. de 24 de julio de 1974. En otros convenios se excluía la «prima de asistencia», el «plus de convenio» o el «plus de actividad»; *vid.*, en este sentido Cc. interprovincial de la industria de Géneros de punto, RDGT de 5 de mayo de 1962; Cc. para las factorías de secado de bacalao, RDGT de 15 de febrero de 1974 y Cc. de las industrias de curtido, correas y cueros industriales y curtido de pieles para peletería, RDGT de 2 de mayo de 1964.

⁶¹ Aunque algún autor se refiere al permiso retribuido para exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto cuando hace análisis de los derechos y medidas para la protección de la familia y su conciliación con la vida laboral, (*vid.*, como ejemplo, ARGÜELLES BLANCO, «Vida laboral... cit., p. 79 y sigs.), consideramos que las características y finalidad de este permiso no permiten su inclusión dentro del elenco de permisos previstos por el legislador para conciliar, avenir, el trabajo y las responsabilidades o tareas derivadas de un entorno familiar concreto. El permiso tiene como fin tutelar la salud de la mujer embarazada y, por ende, su reconocimiento responde a una cuestión de seguridad y salud laboral; no viene a resolver un problema de incompatibilidad entre el trabajo fuera de casa y la dedicación al cuidado de los miembros de la familia que requieren atención. Por ello, consideramos que no procede su inclusión en este estudio, dedicado, en exclusiva, a las ausencias retribuidas y reducciones de jornada *para conciliar la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras*.



como algo normal o lógico, lo que provoca que apenas existan reflexiones doctrinales y/o jurisprudenciales al respecto. La *ratio essendi* del permiso radica fundamentalmente en dar al padre⁶² la posibilidad de acompañar a la madre en el momento del nacimiento del hijo, conocer, cuidar del recién nacido en esos primeros momentos, atender obligaciones sociales y/o burocráticas, etc...⁶³. Partiendo de esta base, podemos afirmar que el derecho a faltar al trabajo por el nacimiento de un hijo es el primer permiso reconocido legalmente que nace con una vocación conciliadora de la vida familiar y laboral. Habría, no obstante que reflexionar sobre algunas cuestiones.

Por una parte, que la titularidad del derecho se reconozca sólo al padre nos hace plantearnos algunas cuestiones. ¿Responde este reconocimiento en exclusiva a los nuevos modelos de familia existentes? Por otra, existen situaciones, muy comunes en la práctica, que no corresponden a la concepción estricta de nacimiento de un hijo pero que, sin embargo, producen los mismos efectos familiares, sociales y legales, o bien, sin producir estos últimos y sin crear vínculos familiares entre las partes sí exigen la convivencia entre las mismas, creando unos lazos de afectividad entre ellas e implicando unas obligaciones y deberes. Nos estamos refiriendo a los supuestos de adopción y de acogimiento, respectivamente. ¿Podríamos realizar una interpretación extensiva del derecho reconocido por el legislador a ausentarse por motivo del nacimiento de un hijo? Vayamos por partes.

En lo que a la primera cuestión concierne, debemos apuntar que, junto a la familia tradicional compuestas por dos progenitores, hombre y mujer, y uno o varios hijos, coexisten otros *tipos* de familia, tales como las monoparentales, o las uniones de hecho. Así mismo, el nacimiento puede tener lugar por inseminación artificial o mediante técnicas de reproducción asistida o incluso puede intervenir una tercera persona como madre de alquiler. Las previsiones legales no se hacen eco de todas estas variadas situaciones que, de hecho, se dan frecuentemente en la práctica y si bien algunos supuestos, como puede ser el caso de los hijos extramatrimoniales no plantean dudas en lo que a la aplicación de las previsiones sobre permisos se refiere⁶⁴, hay otros casos que debieran haber sido contemplados

⁶² La titularidad de este derecho recae únicamente sobre el varón, lo que resulta lógico pues la mujer trabajadora, al dar a luz, tendrá derecho a la suspensión de su contrato por maternidad, período de 16 o 18 semanas que, evidentemente, absorbe el permiso de dos días reconocido por ley.

⁶³ *Vid.*, en este sentido SÁNCHEZ TRIGUEROS, *Los permisos retribuidos del trabajador*, cit., p. 92.

⁶⁴ Así, SÁNCHEZ TRIGUEROS, *op. cit.*, p. 95, mantiene que lo decisivo no es que se produzca una convivencia *more uxorio* entre la madre y el trabajador sino que la exigencia se sitúa en un plano diverso, el de la filiación paterna por naturaleza. Así pues, el permiso ha de concederse siempre al padre biológico, provenga o no el hijo del matrimonio y también con independencia de que se conviva o no con la madre.

expresamente por el legislador, o en su defecto, remitidos a la negociación colectiva⁶⁵.

Si nos referimos al caso de los hijos adoptados, la cuestión puede sorprendernos. A pesar de que la maternidad/paternidad natural está equiparada legalmente a la adoptiva, el legislador no se ha preocupado de contemplar un permiso para el caso de la adopción⁶⁶. Esta ausencia de previsión puede estar justificada si tenemos en cuenta la finalidad primordial del permiso por nacimiento de hijo (acompañar a la madre en el momento del nacimiento, atender al recién nacido, etc.). Sin embargo, recurriendo a una interpretación teleológica, sería congruente con la regulación normativa vigente que quiere conciliar la vida familiar y laboral, no sólo equiparar a efectos del derecho a permisos a los padres biológicos y adoptivos, sino, además, reconocer a los padres adoptivos un permiso para poder realizar las gestiones que exige la adopción⁶⁷. Es más, si lo que se pretende es facilitar a las personas trabajadoras la combinación de su trabajo con las responsabilidades familiares sería lógico y congruente con esta finalidad el reconocimiento a los padres adoptivos (a ambos o a uno de ellos) de un permiso por el tiempo necesario para desplazarse hasta el lugar dónde se encuentra el niño adoptado y trasladarlo a su hogar, pues para los futuros padres adoptivos, este hecho tendrá efectos muy similares a los del propio nacimiento para los padres biológicos.

⁶⁵ Por ejemplo, en el caso de la ausencia del progenitor masculino (supuestos en los que no se reconoce la paternidad o ésta es desconocida) hubiera sido adecuado el contemplar el derecho al disfrute del permiso por un miembro de la familia de la madre, como podría ser el abuelo o la abuela, o cualquier otro familiar cercano. Así mismo, para los supuestos de madre de alquiler, ¿no estaría acorde con el espíritu propio de la regulación sobre permisos que concilian la vida familiar y laboral conceder el derecho de ausentarse al trabajo a la madre que, sin ser la biológica, cuidará al niño como suyo?; o en el caso de hijo engendrado por inseminación artificial que procede de un tercero, ¿no resultaría absurdo conceder el permiso al padre biológico o natural y no al padre que siente al recién nacido como descendiente propio?

⁶⁶ Algunos convenios sí lo hacen. Como ejemplos, Cc. de la Sociedad de Salvamento y Seguridad Marítima (SASEMAR) RDGT de 20 de enero de 2003 (BOE de 5 de febrero); Cc. entre la empresa Recoletos Grupo de Comunicación, SA. y el personal de redacción del diario deportivo «Marca» RDGT de 19 de diciembre de 2002. (BOE de 8 de enero de 2003); Cc. de la empresa Danone, S.A. RDGT de 17 de enero de 2003 (BOE de 4 de febrero); Cc. de las empresas Gallego Vilar, S.A. Gallego Vilar Metales, SL. y Gallego Villar Construcción, SL. RDGT de 4 de marzo de 2003 (BOE de 21 de marzo).

⁶⁷ Si en el caso de la maternidad/paternidad biológica los exámenes prenatales y las técnicas de preparación al parto responden a normas de salud laboral y son requisitos necesarios y, a veces imprescindibles, para que tenga lugar el nacimiento sin complicaciones, las gestiones para la adopción se convierten en exigencias legales ineludibles para que la adopción pueda tener lugar. Desde esta perspectiva, y a pesar de que tendrían una finalidad inmediata distinta, quedaría justificada la existencia de ambos permisos.



Para el caso del acogimiento, la cuestión puede no estar tal clara si tenemos en cuenta que, a diferencia de lo que ocurre con la adopción, no se crean vínculos familiares entre las partes. Desde una interpretación estricta, el reconocimiento de un permiso para la gestión del acogimiento no respondería a la finalidad de conciliación entre intereses familiares y laborales, pues, como hemos dicho, del acogimiento no se deriva un auténtico «*status familiae*». La realidad, sin embargo, nos hace entender que de la integración de un menor en el núcleo familiar surgen unas responsabilidades y obligaciones que se asemejan a las derivadas del nacimiento, y ello con independencia de la edad del menor acogido, pues lo esencial en estos supuestos es que existe un nuevo miembro en la familia. Desde este punto de vista, debería extenderse la aplicación del permiso que ahora analizamos, pero con las matizaciones que hemos hecho para el caso de la adopción.

Sin dudar de que sería conveniente la contemplación por el legislador de un permiso similar al reconocido para el nacimiento de hijo para los casos de adopción y acogimiento (pues los efectos para los padres van a ser idénticos, en el primer caso, o muy similares, en el segundo, a los de aquél) creemos que debe ser la negociación colectiva el medio idóneo de regulación de estas cuestiones. También, el convenio colectivo constituiría la vía adecuada de regulación de un sinnúmero de situaciones surgidas de la propia evolución del concepto de familia y de la propia sociedad. Regulaciones que deberían llevarse a cabo sin esgrimir remedios asombrosos, equilibrando de manera sensata los intereses de ambas partes de la relación laboral.

2.2.2. *Permiso retribuido por nacimiento de un hijo prematuro o que deba permanecer hospitalizado tras el parto. (Artículo 37.4 bis ET)*

Constituye este tipo de permiso una auténtica muestra de la progresiva incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de una normativa que se interesa por la avenencia entre las obligaciones derivadas del puesto de trabajo y las que provienen de situaciones familiares concretas que dificultan esa coordinación.

En este supuesto específico, que no existió hasta el 11 de julio del año 2001, (fecha de entrada en vigor de la ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de la calidad), se contempla un supuesto que en la práctica ocasiona verdaderos problemas para los padres-trabajadores⁶⁸. Nos referi-

⁶⁸ Sin duda, existía una preocupación social al respecto. Prueba de ello son las propuestas provenientes de asociaciones de padres de hijos prematuros. Como ejemplo, podemos hablar de una propuesta de ley planteada a nivel nacional por la Asociación de Padres de Niños

mos al caso del nacimiento de un hijo prematuro o que, por cualquier causa, debiera permanecer hospitalizado tras el parto. Para estos casos el legislador reconoce el derecho a ausentarse del trabajo⁶⁹ durante una hora⁷⁰ que, según entendemos, subsistirá mientras persista la hospitalización del bebé⁷¹ y que, puesto que se trata de una figura interruptiva, dará derecho al trabajador a continuar percibiendo su retribución⁷².

Como en la gran parte de los permisos a los que nos estamos refiriendo, el legislador sólo ha previsto la cuestión y la ha regulado tímidamente. Corresponde a la negociación colectiva y a las interpretaciones que hacen los tribunales en la resolución de los casos que la realidad presenta, concretar numerosos aspectos ni siquiera esbozados.

Y decimos esto porque, por ejemplo, aunque del tenor literal del texto estatutario se desprende que el campo de aplicación del permiso no se limita a los supuestos de nacimientos de hijos prematuros (que se presupone,

prematuros (APREM) y en el territorio de la Comunidad Valenciana, por la Asociación Valenciana de Padres de Niños Prematuros (AVAPREM). *Vid.*, al respecto, VICENTE PACHÉS e IBÁÑEZ GOZALBO, «El permiso por maternidad en caso de nacimiento de un hijo prematuro. Un supuesto lamentablemente olvidado», *TS* 123/01. La problemática se trasladó a los partidos políticos, de tal forma que ya en el año 2000 existían, al respecto, algunas proposiciones o actuaciones por parte del Grupo Parlamentario Socialista, Mixto, y Catalán. Acerca de las mismas, *vid.*, SÁNCHEZ TRIGUEROS, «Derechos laborales de los padres con neonatos hospitalizados». *Aranzadi Social*, 17/2002, pp. 50 y 51.

⁶⁹ Asimismo queda reconocido, como luego veremos, el derecho del trabajador a ver reducida la jornada, con reducción proporcional del salario. También, aunque no es tema que nos ocupe, el derecho a posponer el disfrute del descanso por maternidad, excepción hecha de las seis semanas que, obligatoriamente, deben disfrutarse después del parto.

⁷⁰ Quizás hubiera sido recomendable incrementar el periodo de ausencia, tal y como planteaban las Proposiciones de Ley presentadas por los Grupos Parlamentarios Socialista y Mixto (tres horas diarias). Sin duda, es la negociación colectiva la vía idónea para lograr el incremento del tiempo de permiso.

⁷¹ ¿Qué ocurrirá si hay dos o más bebés hospitalizados provenientes de un mismo parto? Sobre los partos múltiples la ley no dice nada. Desde la doctrina, SÁNCHEZ TRIGUEROS, «Derechos laborales...» cit., p. 55 opta por entender que el legislador ha querido reconocer el derecho por cada uno de los neonatos hospitalizados por lo que el tiempo de permiso se vería multiplicado por el número de hijos.

⁷² La obligación de retribuir sigue recayendo sobre el empresario. Estamos ante interrupciones no periódicas de la relación laboral y, precisamente, la continuidad en la retribución es el elemento característico de la figura, que la diferencia de otras afines tales como las suspensiones de la prestación laboral o excedencias. Dada la especial circunstancia que contempla este tipo de permiso, cabría plantear la posibilidad de que el pago del tiempo durante el que no se trabaja por dedicarlo al cuidado del neonato enfermo no se imputara al empresario, sino que fuera asumido por la Seguridad Social. Puesto que «*a priori*» se desconoce el tiempo que el empresario debe soportar esa situación, sería prudente evitar un excesivo gravamen para el mismo. En estos supuestos las cargas deberían compartirse, y está claro que no corresponde al trabajador participar en el reparto.



van a necesitar de vigilancia médica durante un tiempo) sino también quedan incluidos los casos del recién nacido que nace con problemas y que, en consecuencia, debe quedar en el hospital tras el parto, sería, absurdo negar este derecho a los padres del recién nacido que fue dado de alta y enviado a su hogar y horas o pocos días después reingresa en el hospital.

De modo similar, el legislador se refiere al padre o a la madre como titulares del permiso, pero deja cuestiones interesantes sin resolver. Si no existe prioridad en el disfrute para ninguno de ellos, ¿podrían concurrir ambos en el uso del mismo? Aunque el empleo de la disyunción «o» descarta la simultaneidad, podríamos plantearnos la posibilidad de un disfrute compartido, de tal forma que el tiempo de ausencia al trabajo beneficiase en días alternos a cada uno de los progenitores. No obstante, hay que hacer constar que la medida se podría aplicar sólo en aquellos casos en los que la hospitalización continuase una vez que hubieren transcurrido las seis semanas de descanso obligatorio tras el parto para la madre, pues en los demás casos ésta tendría suspendida su relación laboral por razón de maternidad (art. 45.1.d) ET) y sólo el padre podría hacer uso del permiso.

Tampoco resuelve el problema que puede surgir en caso de fallecimiento de los titulares del permiso. Es lógico pensar que, tal y como ocurre con otros derechos, la desaparición del titular conllevaría la extinción del derecho⁷³. Sin embargo, y dado que, con el reconocimiento de este tipo de permisos, se trata de avenir o conciliar la vida familiar y laboral en beneficio de los/as padres/madres trabajadores/as y, por supuesto del recién nacido⁷⁴, y dadas las especiales circunstancias en las que se encuentra este último, habría que matizar la cuestión atendiendo a las circunstancias concretas de cada caso. Sin llegar a un suceso tan extremo como sería el supuesto del fallecimiento de ambos progenitores, pensemos en los problemas que se derivarían si el recién nacido no tuviera padre reconocido y fallece la madre. ¿No sería oportuno reconocer el derecho a ausentarse del trabajo a aquella persona que mantiene vínculos familiares con el recién nacido y/o va a cuidar de él?⁷⁵.

⁷³ También desaparecerá el derecho al permiso si el trabajador inicia sus vacaciones (*vid.*, al respecto, aunque referido al permiso por nacimiento de hijo, STSJ de Cataluña de 18 de junio de 2002, cit.) suspende su contrato por alguna de las causas previstas en el artículo 45 del ET, o se coloca en situación de excedencia voluntaria. Huelga decir que la extinción de la relación laboral hace desaparecer el derecho, pues su persistencia carecería de virtualidad práctica.

⁷⁴ *Vid.*, SÁNCHEZ TRIGUEROS, «Derechos laborales...», cit., p. 53, nota 14, que explica como la enmienda núm. 231 que presentó el Grupo Socialista al Proyecto de Ley 12/2001, estaba fundamentada en la existencia de informes médicos que determinaban que la situación del niño mejora cuánto mayor es el tiempo que los padres pueden estar con él.

⁷⁵ Algunos podrían argumentar que, desde esta perspectiva, igualmente quedaría justificado el reconocimiento del permiso por *nacimiento de hijo* a los abuelos o a otro familiar

Una última cuestión a apuntar es la referente al supuesto de hospitalización tras el parto de un recién nacido que ha sido adoptado o va a ser acogido. Bajo la regulación vigente, ¿se reconocería el disfrute del permiso al padre o a la madre adoptivos o que van a acoger al menor? Atendiendo a una lógica jurídica, si la adopción se equipara a todos los efectos a la filiación, carecería de sentido negar este derecho a los padres adoptivos. En el caso del acogimiento, y dado que hay diversos grados del mismo, tendríamos que hacer esta afirmación con reservas, aunque una interpretación teleológica de la norma nos inclinaría por reconocer el derecho también en estos supuestos. En cualquier caso, sobre los tribunales recae una importantísima labor de interpretación de la norma con efectos prácticos de gran alcance.

2.2.3. *Pausa para la lactancia del hijo menor de nueve meses*

La regulación de la pausa por lactancia se remonta a las primeras normas laborales, concretamente a la Ley de 13 de marzo de 1900⁷⁶. También las normas internacionales establecieron, en el marco de las primeras regulaciones sobre la protección por la maternidad, el derecho a descansos para permitir la lactancia⁷⁷. En la actualidad la pausa por lactancia aparece regulada en el apartado 4 del artículo 37 de la LET. En él se prevé que las trabajadoras podrán ausentarse durante una hora del trabajo (o bien dividir la hora en dos fracciones) por razón de lactancia de un menor de nueve meses⁷⁸.

cercano. Sin embargo, debemos matizar diciendo que, si bien ambos permisos tienen vocación de facilitar a las personas trabajadoras la coordinación de sus obligaciones familiares, el permiso por nacimiento de hijo se contempla, principalmente, para que el padre pueda acompañar a la madre en el parto y atender obligaciones sociales u otros deberes, tales como proceder a la inscripción en el Registro Civil del hijo, etc..., mientras que el permiso que ahora nos ocupa tiene un objetivo último y, diríamos, principal: no privar al recién nacido con problemas de la presencia, aunque sea durante un breve espacio de tiempo al día, de los dos progenitores, que le prestarán una compañía y atención que pueden resultar vital para su pronta recuperación. La ausencia de éstos nos hace plantearnos la necesidad de buscar *sustitutos* que, en beneficio del menor, tengan reconocido un derecho a ausentarse del trabajo mientras que aquél se encuentre hospitalizado.

⁷⁶ Recordemos brevemente que tras la ley de 13 de marzo de 1900, el RD de 21 de agosto de 1923 contempló esta medida con idéntica regulación. Después será la LCT de 1944 la que en su artículo 168 tratará la figura. El Decreto de 20 de agosto de 1970 sobre trabajo de la mujer y de los menores además de regular esta pausa o permiso introdujo importantes previsiones sobre locales adecuados para la lactancia y creaciones de guarderías diurnas, etc... medidas hoy reivindicadas desde la doctrina. La regulación de la LRL de 1976 y después del ET de 1980 fue modificada por la Ley 3/89 que acabó con el carácter exclusivamente femenino de la pausa por lactancia.

⁷⁷ *Vid.*, artículo 3.d) del convenio 3 de la OIT y artículo 5 del convenio 103.

⁷⁸ El Cc. de la empresa ONCE y su personal RDGT de 17 de marzo de 2003 (BOE de 4 de abril) reconoce el derecho a la lactancia por hijo menor de 12 meses.

Pretendiendo sólo dar unas pinceladas sobre la materia⁷⁹, baste reseñar algunas cuestiones de la regulación vigente y hacer hincapié en aquellos problemas que la doctrina más autorizada detecta en el contenido de la misma.

La Ley 39/99 no introdujo ninguna novedad en lo que a la titularidad del derecho se refiere a pesar de que, desde la doctrina científica, se abogó porque se estableciese una situación de absoluta igualdad frente al disfrute de este derecho por parte de ambos progenitores. La redacción de la ley sigue suscitando las mismas críticas⁸⁰.

No olvidemos que, aunque la posibilidad de disfrute del varón surgió tras la regulación del Ley 3/89 que previó el disfrute indistinto por el padre o la madre⁸¹ en caso de que «ambos trabajen»⁸², la titularidad del derecho

⁷⁹ Para un estudio de esta materia específica, *vid.*, RIVAS VALLEJO, «Los permisos retribuidos por causa de maternidad», *RT y SS (Estudios financieros)* 173-174 / 97; LOUSADA AROCHENA, «El permiso de lactancia», *RL*. 14/1996; GARCÍA NINET, «Notas sobre la ausencia del trabajo por lactancia. (En torno al artículo 37.4 del ET)». *RT*, 94/89; DILLA CATALA, «El derecho a la licencia retribuida por lactancia», *AL* 1989, 1; ALONSO LIGERO «Lactancia y guarda legal» en AA.VV. *Comentarios a la leyes laborales*. El ET. Tomo VII. EDERSA, Madrid, 1982, entre otros;

Como trabajos más recientes, que se refieren a la pausa por lactancia después de las modificaciones introducidas por la Ley 39/1999, *vid.*, a modo de ejemplo, MARÍN CORREA, «Trabajo a tiempo parcial y pausa por lactancia», *Actualidad Laboral*, 35/2001; RUBIO SÁNCHEZ, «Algunas consideraciones sobre el disfrute del permiso de lactancia» *Aranzadi Social*. 2001; CAVAS MARTÍNEZ, «Legislación laboral y responsabilidades familiares del trabajador. Algunas reflexiones sobre el Proyecto de ley para promover la conciliación de la vida laboral y familiar de las personas trabajadoras». *AS* 1999(V); GORELLI HERNÁNDEZ, «La reciente Ley 39/99, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras», *RL*. 24/99; PÉREZ DEL RÍO, «La Ley 39/99 de Conciliación de las responsabilidades familiares y profesionales de las personas trabajadoras: temas de debate». *Temas Laborales*, 52/99; SEMPERE NAVARRO, «La Ley 39/99, de conciliación de la vida familiar y laboral en el ET», *AS* 20/00; CABEZA PEREIRO, «Notas sobre la ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras», *DL* 61/00; BALLESTER PASTOR, *La Ley 39/99 de conciliación de la vida familiar y laboral*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2000; ALBIOL MONTESINOS, *La modificación del ET por la Ley 39/99*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2001. MARÍN ALONSO y GORELLI HERNÁNDEZ, *Familia y trabajo. El régimen jurídico de su armonización*. Laborum. Murcia, 2001.

⁸⁰ Se pone en evidencia el efecto disuasorio de la contratación femenina que puede provocar esta regulación. La propuesta que los representantes de ELA-STV y CIG formulaban en su voto particular al Dictamen del CES afirmaba que si la intención era que la reducción de jornada por lactancia no produjera impacto adverso en la contratación de las mujeres, la solución estaría en conceder simultáneamente el derecho al padre y a la madre. *Vid.*, desde la doctrina, como ejemplo, ALMENDROS GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 63 y sigs.

⁸¹ Recordemos que la STC 109/1993 consideró inconstitucional la redacción del precepto estatutario, que hacía alusión exclusiva a las trabajadoras y no a los trabajadores varones, como beneficiarias del derecho.

⁸² Para ESCUDERO RODRÍGUEZ, «La ley 3/89. Una reforma promocional de la mujer con acentuados clarososcuros». *La Ley* 1989, Tomo I, p. 1152, la inclusión de la expresión en la Ley

recae sólo sobre la madre, de forma que si ésta no trabaja⁸³, o tiene su contrato en suspenso, o disfruta de algún tipo de excedencia, el padre no podrá acceder al disfrute. Desde la rígida posición de la ley, surgirían situaciones injustas e incluso perjudiciales para el hijo, por ejemplo en los casos de fallecimiento de la madre, o si tras una separación, nulidad matrimonial o divorcio, el padre obtiene la patria potestad y la madre no trabaja⁸⁴. En definitiva, es la madre la que tiene el derecho originario y, por tanto, y siempre que trabaje, podrá hacer uso de él con independencia de la situación laboral del padre. El padre, por contra, sólo podrá usar el derecho si la madre trabaja y, claro está, no ha hecho uso de él⁸⁵. Como deficiencia regulativa, también habría que destacar que el derecho sólo se reconoce a los progenitores, dejando una importante laguna acerca de que ocurriría si el bebé quedase huérfano.

Tampoco quedan resueltas dudas acerca de cómo ha de ejercerse el derecho si ambos trabajan y quieren disfrutar del mismo. ¿Qué sucede si el padre y la madre reclaman el derecho?⁸⁶ ¿quién decide el disfrute?, ¿cómo se enteran los empresarios de la opción? ¿Cabría el disfrute combinado?, es decir, ¿podría parte del derecho ser disfrutado por la madre y parte por el padre?, ¿sería factible el cambio de beneficiario en la reducción del tiempo de trabajo?⁸⁷.

Otro problema puesto de manifiesto por la doctrina científica, derivado de la parquedad legal y que la ley de Conciliación no ha resuelto es la contemplación del derecho para los padres adoptivos con respecto a sus hijos adoptados menores de nueve meses⁸⁸. Antes de la Ley 39/99 la doctrina

3/89 no es sino una «concreción del intento de contribuir al reparto de la sobrecarga derivada de la crianza de los hijos en sus primeros meses de vida entre uno y otra, dentro del explícito proyecto de contribuir a la masculinización de la realización de tales tareas».

⁸³ Una línea mayoritaria entre los Tribunales de Justicia nos hace llegar a la conclusión de que la posibilidad de que sea el padre el que disfrute de la pausa por lactancia se reduce a los supuestos en los que la madre es trabajadora por cuenta ajena, sin que se pueda extender a los casos de mujeres que desempeñen una actividad por cuenta propia. *Vid.*, STSJ del País Vasco de 24 de abril de 2001 (Ar. 2100) y los comentarios, al respecto de RUBIO SÁNCHEZ, *op. cit.*

⁸⁴ *Vid.*, GORELLI, *op. cit.*, 341.

⁸⁵ La posición privilegiada de la madre se pone de manifiesto por parte de la doctrina. *Vid.*, como ejemplos, SEMPERE NAVARRO, *op. cit.*, p. 94; LÓPEZ GANDÍA y BLASCO LAHOZ, «Las recientes reformas de la legislación social sobre la mujer en el trabajo y sobre la prestación de desempleo», *Revista de Treball*, 10/1989, p. 34 y LOUSADA AROCHENA, *op. cit.*, p. 20 y 21.

⁸⁶ Bajo la normativa vigente, el padre sólo podrá hacer uso del derecho si queda acreditada la renuncia de la madre. *Vid.*, por ser muy significativa, STSJ de Andalucía/Sevilla de 24 de abril de 2001 (Ar. 2809).

⁸⁷ A favor de esta medida, GORELLI, *op. cit.*, p. 347 y LOUSADA AROCHENA, *op. cit.*, p. 23.

⁸⁸ El Cc. de la Sociedad de Salvamento y Seguridad Marítima (SASEMAR) RDGT de 20 de enero de 2003 (BOE de 5 de febrero) prevé el derecho a la lactancia para los adoptados menores de nueve meses.



en este punto se encontraba dividida y mientras algunos opinaban que sería adecuado el reconocimiento del derecho en los caso de adopción⁸⁹, otros manifestaban que, aunque tal posición parecía razonable, el «legislador tuvo en sus manos la contemplación de la referida hipótesis y no acabó por asumirla»⁹⁰. No creemos, sin embargo, que la falta de una mención específica por parte del legislador a los adoptados sea motivo para considerarlos excluidos como sujetos causantes del derecho de lactancia, máxime si consideramos que bajo la regulación vigente la maternidad natural y adoptiva se encuentran totalmente equiparadas. Algún autor⁹¹, incluso va más allá y, dando por supuesto que son sujetos beneficiarios tanto los padres biológicos como los adoptivos, considera que, incluso los convivientes de hecho, no progenitores deberían disfrutar del permiso aludido.

También la cuestión de los partos múltiples ha sido silenciada por la norma. Desde una postura congruente con la intención o el espíritu que ha venido promoviendo la evolución normativa de esta materia, y siguiendo la opinión de parte de la doctrina⁹², abogamos por la práctica de la concesión de un permiso de lactancia por cada hijo nacido en un mismo parto.

El legislador ha desaprovechado también la oportunidad de realizar algunas mejoras en el contenido de la ley, tanto formales o técnicas como de contenido. Así, por ejemplo, debería haber sustituido el término *lactancia* por el de *manutención* o *cuidado de hijos* menores de nueve meses; del mismo modo ésta hubiera sido una buena oportunidad para mejorar el tiempo dedicado a la lactancia, a todas luces insuficiente para el cumplimiento del fin para el que se propuso.

2.2.4. *Permiso por fallecimiento, accidente o enfermedad graves u hospitalización de familiares*

La regulación de esta materia se lleva a cabo por el artículo 37.3.b) del texto estatutario vigente, aprobado por RD-Legislativo 1/95, de 24 de mar-

⁸⁹ Vid., ESCUDERO, *op. cit.*, p. 1153; DILLA CATALA, «El permiso retribuido por lactancia», *cit.*, p. 213; ALONSO LIGERO, *op. cit.*, p. 365 y GORELLI, *op. cit.*, p. 342 que considera adecuado extender el reconocimiento incluso al acogimiento de hecho.

⁹⁰ Vid., SEMPERE NAVARRO, *op. cit.*, p. 94, refiriéndose a la reforma que llevó a cabo la Ley 3/89.

⁹¹ Vid., ALARCÓN CASTELLANOS, «Permisos, reducción de jornada y excedencias por razones familiares tras la Ley 39/99» *Aranzadi Social*, 20/2000, p. 59, que considera que después de la reforma resulta más incomprensible la limitación del derecho al permiso por lactancia a los casos de filiación de un menor de nueve meses.

⁹² Vid., de nuevo LÓPEZ GANDÍA y BLASCO LAHOZ, *op. cit.*, p. 34, DILLA CATALA, *op. cit.*, p. 213 y SEMPERE NAVARRO, *op. cit.*, p. 95.

zo⁹³, que contempla el plazo de dos días⁹⁴, ampliables a cuatro, en caso de necesidad de desplazamiento⁹⁵, para atender determinados motivos familiares⁹⁶.

A los tradicionales supuestos previstos legalmente como originadores de permisos por razones familiares (nacimiento de hijo, enfermedad grave o fallecimiento de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afi-

⁹³ No olvidemos que la Ley 12/2001, de 9 de julio, añade un apartado 4 bis al artículo 37 en el que se contempla que, en los casos de parto prematuro y en aquellos en que el neonato deba permanecer hospitalizado a continuación del parto, la madre o el padre tendrán derecho a ausentarse al trabajo durante una hora.

⁹⁴ Que podrá disfrutar, previo aviso y justificación, en cualquier momento de la enfermedad o a lo largo del período en que el familiar esté hospitalizado, sin que se exija una coincidencia temporal entre el comienzo de la enfermedad u hospitalización y el permiso. *Vid.*, al respecto, STSJ de Aragón de 21 de noviembre de 2002 (Ar. 3390)

⁹⁵ La STSJ de Aragón de 22 de diciembre de 1997 (Ar. 4288) reconoció que los cuatro días para los casos de desplazamiento están previstos para cualquiera que sea éste, esto es, independientemente de la distancia o de las dificultades del transporte. Sin embargo, anteriormente, los tribunales habían mantenido una postura diversa, considerando que esta previsión no debía aplicarse si la distancia era corta y/o los medios de comunicación buenos. *Vid.*, al respecto, ARGÜELLES BLANCO, *La protección de intereses familiares en el ordenamiento laboral*. Tirant lo Blanch. Valencia, 1998, p. 80.

⁹⁶ Uno de los problemas que pueden presentarse es el relacionado con la acumulación de estos supuestos interruptivos. El silencio que al respecto caracteriza a los textos legales hace que tengamos que recurrir, como en otras muchas ocasiones, a la regulación convencional. Será pues el convenio como norma directa y específica aplicable, con prevalencia sobre las fuentes de carácter genérico, el que determine la acumulación del período de disfrute previsto para dos supuestos interruptivos en el caso de que éstos sean sucesivos. De manera que si nada se dispone en el convenio al respecto habría que negar la acumulación. Sin embargo, tal afirmación parece que debe hacerse con mayor precaución cuando estamos ante determinados supuestos como, por ejemplo, es el caso de la enfermedad o accidente grave del familiar que puede tener resultado de muerte. Puesto que el 37.3.b) concede dos días en caso de «enfermedad, accidente grave, hospitalización o fallecimiento» parece lógico afirmar que en caso de que la enfermedad venga acompañada de muerte el trabajador tenga derecho a dos días por cada suceso, de manera que el tiempo total podría superar las dos jornadas. Podrían, por ejemplo, ser tres días si el fallecimiento tuvo lugar cuando transcurrió el primer día de permiso por razón de enfermedad grave, o puede ocurrir que el trabajador tenga derecho a dos días para asistir al familiar enfermo y otros dos más para el sepelio, si la muerte ocurre inmediatamente después de transcurrir el plazo de dos días. Si hubiera tenido que desplazarse tras tener conocimiento de la enfermedad grave, el plazo sería de cuatro días que podrían ampliarse a dos más si llega a producirse la muerte. La acumulación de los períodos de tiempo en caso de acontecer sucesivamente estos supuestos ha sido defendida por parte de la doctrina. Sin embargo, una interpretación jurisdiccional lógica o congruente de un texto legal parco o poco previsor sería la única forma de solventar los casos reales planteados. Esta labor que recae sobre el Juez estaría facilitada en gran medida si fueran los convenios los que especificaran la posibilidad o no de acumulación y las condiciones de ésta, pues nunca podría ser utilizado este dato en perjuicio de los intereses empresariales.

nidad)⁹⁷ la Ley 39/99 añade el *accidente grave* y la hospitalización⁹⁸. Con la contemplación de «la hospitalización de un familiar» como motivo de ausencia al trabajo son más las ocasiones en las que el trabajador por motivos familiares podrá faltar al trabajo. Con la anterior redacción sólo la «enfermedad grave», entre otras causas, legitimaba al titular del derecho el poder acceder a su efectivo ejercicio. Se suscitaron polémicas doctrinales acerca de la interpretación del concepto de «enfermedad grave»: ¿A qué hacía referencia la gravedad?, ¿al peligro que podía suponer para la vida?, ¿o sería suficiente con que la enfermedad hubiera producido o pudiera producir unas alteraciones importantes de la integridad funcional o un defecto anatómico del individuo?

La interpretación del término podía acarrear importantes problemas con repercusiones prácticas tanto para el trabajador como para el empresario. Una interpretación excesivamente rígida del término impediría que el trabajador pudiera faltar al trabajo por enfermedades de sus familiares más cercanos de cierta envergadura que, sin embargo, no los colocarían en una fase agónica con inmediato resultado de muerte⁹⁹. Por contra, si el término se interpretaba con menos rigidez, siempre existía el peligro del abuso del trabajador, que podía faltar al trabajo con relativa asiduidad ante problemas de salud de sus parientes¹⁰⁰. La subjetividad implícita en el término enfermedad «grave»¹⁰¹, llevó a creer que debían ser los profesionales de la medicina los que determinasen la gravedad o no de una concreta patología¹⁰². Otros, sin embargo, consideraron que el término gravedad se identificaba con la inmediatez o la incertidumbre de lo acontecido¹⁰³.

⁹⁷ El parentesco de consanguinidad hasta el segundo grado comprende: en línea recta descendiente a los hijos y nietos; en línea recta ascendente abarca a los padres y abuelos y en línea colateral a los hermanos. En lo que al parentesco por afinidad se refiere, comprende a los cónyuges de los hijos y de los nietos y a los padres, abuelos y hermanos políticos.

⁹⁸ Con ello se traspone la Directiva 96/34, sobre permiso parental que afirma, en su Cláusula 3, que los «Estados miembros y/o los interlocutores sociales adoptarán las medidas necesarias para autorizar a los trabajadores a ausentarse del trabajo, conforme a la legislación, los convenios colectivos y/o los usos nacionales, por motivos de fuerza mayor vinculados a motivos familiares urgentes en caso de enfermedad o accidente que hagan indispensable la presencia inmediata del trabajador».

⁹⁹ Vid., STS de 16 de octubre de 1997 (Ar. 4003) que considera que la norma ha querido equiparar la enfermedad grave al fallecimiento.

¹⁰⁰ Vid., al respecto, el comentario que HINOJOSA FERRER, «El contrato de trabajo, Comentario a la ley de 21 de noviembre de 1931». *Editorial Revista de Derecho Privado*. Madrid, 1932, p. 155, hacía sobre el artículo 80 de la LCT de 1931.

¹⁰¹ La dificultad en la determinación o concreción del término es evidente. Además se ve agravada por la especial relación que entre el trabajador y los sujetos afectados existe, que hace que la valoración de la enfermedad y sus consecuencias por parte del primero sea aún mucho menos objetiva.

¹⁰² Vid., RAYÓN SUÁREZ, *op. cit.*, p. 327.

¹⁰³ Vid., en este sentido, JIMÉNEZ-ASENJO GÓMEZ, *op. cit.*, p. 43.

A partir de la nueva redacción cualquier motivo grave o no que ocasione la hospitalización del afectado se convierte en motivo justificado de ausencia al trabajo por el tiempo prefijado. La cuestión, a nuestro parecer, se simplifica porque el ingreso del familiar en el hospital para, por ejemplo, una pequeña intervención quirúrgica, o un chequeo que requiera de una previa observación, legitima al trabajador para ausentarse del trabajo sin necesidad de justificar la «*gravedad*» de la enfermedad que se ha producido ¹⁰⁴. Problemas ocasionados en las relaciones entre patrono y obrero y llevados a ser resueltos por los tribunales por este motivo, tendrían en base a esta nueva redacción legal, fácil solución ¹⁰⁵.

No dudamos de que, antes de esta regulación, serían muchos los casos en los que el trabajador, amparado por el contenido del convenio que le fuese aplicable, pudo faltar al trabajo por estos motivos, que sin suponer enfermedad revestida de gravedad, habían ocasionado la hospitalización del sujeto. También en otros muchos supuestos la transigencia del patrono ante la presupuesta buena fe del trabajador, daba lugar a que este último pudiera ausentarse por enfermedades de sus parientes, sin que éstas tuviesen la calificación «objetiva» de enfermedades graves, en el sentido de que existiese constancia de que pudiesen provocar la muerte. Sin embargo, es ahora el propio texto estatutario el que ratifica la procedencia de esas prácticas habituales, en un claro intento de facilitar la compatibilización de los deberes que implica el tener una familia y unos lazos afectivos y las obligaciones derivadas de la condición que es propia del trabajador por cuenta ajena.

¹⁰⁴ Un punto de vista diferente lo encontramos en la SJS núm. 25 de Madrid, de 3 de diciembre de 2001 (Ar. 274), en donde se hace una interpretación bastante estricta del término «hospitalización», denegando el permiso al actor cuyo cónyuge permaneció en el Servicio de Urgencias de un Hospital desde las 18 horas hasta las 11,40 del día siguiente. Por el contrario, la STSJ de Cataluña de 4 de junio de 2002 (Ar. 2481), considera que el término hospitalización ha de entenderse ampliamente, incluyendo tanto a los supuestos en los que se da una permanencia superior a 24 horas, como a los llamados ingresos ambulatorios, de menor duración.

¹⁰⁵ Y decimos esto porque tras la lectura de la STSJ de Cataluña de 16 de octubre de 1997 (Ar. 4003), que deniega el derecho del trabajador al permiso por parto por cesárea de la madre, hija, nieta, hermana cuñada, es decir, por un pariente de 2.º grado, al no calificarlo como enfermedad grave, a pesar de suponer una intervención quirúrgica que requiere, claro está, de hospitalización. Con la redacción dada por el Proyecto de ley, el trabajador tendría derecho al permiso, no por motivo de enfermedad grave de uno de sus parientes, sino por el simple hecho de haber sido éste hospitalizado.

Esto es lo que ocurre en la STSJ de Cantabria de 29 de julio de 1998 (Ar. 3608) que reconoce el derecho del trabajador a tres días de descanso previstos por el convenio para el caso de enfermedad grave, intervención quirúrgica u hospitalización, y no el de dos días que se reconoce por el nacimiento de un hijo, al haberse ocasionado el parto a través de cesárea equiparada no a enfermedad grave pero si al supuesto de intervención quirúrgica u hospitalización.



También es prueba de lo expuesto la inclusión junto al término de enfermedad, el de accidente, del que también se predica su «gravedad». A nuestro modo de ver, el texto no hace sino un reconocimiento explícito de un estado, el provocado por un accidente, que en la práctica había sido equiparado a los trastornos ocasionados por la enfermedad grave¹⁰⁶. No obstante, con esta redacción mucho más explícita se evitan las posibles confusiones o malentendidos que la anterior redacción pudiese ocasionar.

Para finalizar esta referencia al permiso por accidente o enfermedad graves u hospitalización de familiares habría que hacer algunas reflexiones críticas. En cuanto al ámbito subjetivo de aplicación, a pesar de que con la actual redacción del precepto se ha pretendido ampliar el número de supuestos que dan derecho a ausencias retribuidas por motivos familiares, no debemos pasar por alto alguna de las deficiencias técnicas de las que adolece la regulación. Así, y como ejemplo, la doctrina¹⁰⁷ puso de manifiesto el hecho de que el legislador se refiriese sólo a los parientes «hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad» y no incluyese de forma expresa al «cónyuge». Tampoco se mencionan los lazos surgidos de la adopción o el acogimiento y, por supuesto, como ocurre con los demás supuestos del artículo 37.3 referentes a motivos familiares, no se mencionan relaciones surgidas de la convivencia de hecho.

Del mismo modo, el legislador no hace referencia al supuesto de que ocurriría si dos o más trabajadores de la misma empresa generan el derecho al permiso por el mismo sujeto causante. Interpretamos que si la norma no ha previsto, como ha hecho en otras ocasiones¹⁰⁸, nada al respecto, es porque ha considerado que el empresario no puede limitar el ejercicio de un permiso que se reconoce a todo trabajador que justifica su derecho al mismo. Se trata de un derecho individual del trabajador (es el trabajador el que genera el derecho, no la persona enferma, accidentada u hospitalizada), de manera que las consecuencias que se derivan de su ejercicio efectivo deben ser soportadas por el empresario¹⁰⁹.

Además de estas insuficiencias ya manifestadas convendría poner de relieve la falta de previsión de otras situaciones o circunstancias relaciona-

¹⁰⁶ Muestra de ello es, por ejemplo, las argumentaciones de JIMÉNEZ-ASENJO, *op. cit.*, p. 43, al considerar que la *gravedad* está en el carácter súbito o repentino o en la incertidumbre del accidente y en el previsible o fatal desenlace que la enfermedad puede ocasionar, dando pues por sentado la inclusión del accidente en el término estatuario de enfermedad.

¹⁰⁷ *Vid.*, RIVAS VALLEJO, «La relación entre trabajo y familia: la Ley 39/1999, una reforma técnica», *Tribuna Social*, 108/1999, p. 13.

¹⁰⁸ Recordemos lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 46 LET, referido a la excedencia por cuidado de hijos, o en el mismo artículo 37.5 sobre reducción de jornada por guarda legal.

¹⁰⁹ *Vid.*, STSJ de Andalucía /Sevilla de 21 de mayo de 2002 (Ar. 3788), sobre concesión de permiso a otro familiar de la persona enferma en la misma empresa.

das con la salud de los familiares que, sin embargo, se dan con mucha frecuencia en la vida diaria, y que no se califican como graves ni requieren hospitalización ¹¹⁰. A tenor de la Directiva 96/34, sería causa suficiente para solicitar un permiso retribuido cualquier motivo de fuerza mayor vinculado a motivos familiares urgentes en caso de enfermedad o accidente que haga indispensable la presencia inmediata del trabajador, por lo que quedarían incluidos supuestos más específicos tales como el acompañamiento a visitas médicas de los hijos menores o de familiares de avanzada edad. También daría derecho a ausencias retribuidas el padecimiento por el familiar de una enfermedad infecto-contagiosa, que no es calificable de *grave* ni tampoco requiere hospitalización.

Las carencias de la legislación vigente hacen muy necesaria la intervención de la negociación colectiva, que actúa en un doble sentido: por un lado, contemplando situaciones no previstas desde la norma y, por otro mejorando la regulación ya existente ¹¹¹.

2.2.5. *Ausencias retribuidas para la atención de otras cuestiones familiares: el matrimonio*

Aunque en la actualidad las parejas de hecho suelen equipararse a través de la negociación colectiva a las uniones legales ¹¹² a efectos del derecho de disfrute de gran parte de los permisos retribuidos reconocidos legal o convencionalmente ¹¹³, tradicionalmente era este negocio jurídico fundamental del Derecho de Familia el que originaba el reconocimiento jurídico

¹¹⁰ *Vid.*, al respecto, ALMENDROS GONZÁLEZ, *Familia y trabajo. Comentario práctico a la ley de Conciliación de la Vida Familiar y Laboral: aspectos laborales*. Comares. Granada, 2002, pp. 43 y sigs.

¹¹¹ La mayoría de los convenios incrementan el tiempo que el texto estatutario prevé para el disfrute del permiso. *Vid.*, algunos ejemplos reseñados en nota 51. Algunos son muy exhaustivos en la regulación, contemplando supuestos específicos. Como ejemplo, Cc. «Patentes TALGO», SA. RDGT de 21 de enero de 2003 (BOE de 7 de febrero de 2003). También el Cc. de la empresa Danone, S.A. RDGT de 17 de enero de 2003 (BOE de 4 de febrero) establece una exhaustiva lista de permisos por motivos familiares, aunque poco aporta a la regulación legal.

¹¹² *Vid.*, algunos ejemplos, Cc entre la empresa Recoletos Grupo de Comunicación, SA. y el personal de redacción del diario deportivo «Marca» RDGT de 19 de diciembre de 2002. (BOE de 8 de enero de 2003); Cc de la Sociedad de Salvamento y Seguridad Marítima (SASEMAR) RDGT de 20 de enero de 2003 (BOE de 5 de febrero); Cc de las empresas Gallego Vilar, S.A. Gallego Vilar Metales, SL. y Gallego Villar Construcción, SL. RDGT de 4 de marzo de 2003 (BOE de 21 de marzo) que, a efectos de del derecho a permisos por motivos familiares equipara las parejas inscritas en el Registro Público correspondiente al matrimonio.

¹¹³ No obstante, hay excepciones. *Vid.*, como ejemplo, SJS de Pamplona núm. 3 de 20 de junio de 2002 (Ar. 2706), que considera que el permiso por matrimonio no se puede extender a situaciones de convivencia extramatrimonial puesto que en el convenio colectivo aplica-



de los lazos familiares, y por ende, el método exclusivo para acceder al disfrute de gran cantidad de permisos que tenían su origen en circunstancias familiares. El acto de contraer matrimonio se concebía como el único medio válido para poder reconocer la existencia de vínculos entre personas por razón de parentesco. Desde esta perspectiva, el contrato de matrimonio adquiriría una doble dimensión: se convertía, por una parte, en la causa originante de supuestos reconocidos como interrupciones no periódicas de la prestación laboral y, por otra, en supuesto que, en sí mismo y como tal, daba derecho al trabajador a no asistir al trabajo durante el tiempo prefijado en la ley, es decir pasaba a ser un motivo de interrupción no periódica en sí mismo considerado¹¹⁴. Sin embargo, este reconocimiento normativo del matrimonio como supuesto que da lugar a permiso retribuido no tendrá lugar hasta la LRL de 1976¹¹⁵. Hasta entonces, la regulación básica y única existente será la que lleven a cabo las RT y OL, y ello a pesar de lo extraño que pudiese parecer la falta de una normativa que contemplase el matrimonio, tan importante en la época franquista¹¹⁶, como motivo de ausencia al trabajo.

Después de un breve repaso a las citadas RT y OL, la conclusión a la que podemos llegar es la enorme variedad existente en la fijación del período de duración de estos permisos¹¹⁷. Diversidad que continuará siendo du-

ble no se hace alusión expresa a la cuestión del matrimonio, a pesar de que sí se hace extensible a las parejas de hecho los permisos por defunción de cónyuge, enfermedad no grave, grave o intervención quirúrgica que requiera hospitalización.

¹¹⁴ En este sentido se pronunció RAYÓN SUÁREZ, «Las interrupciones no periódicas de la prestación laboral...», cit., p. 191, a decir que si ciertos «eventos producen la interrupción por afectar a determinadas personas ligadas al trabajador por razón de parentesco, parece razonable pensar que el acto que de forma mediata o inmediata determina la existencia del parentesco, ha de originar también unos efectos de la misma naturaleza».

¹¹⁵ Habría en este punto que hacer una pausa para dejar constancia de que, a pesar de la equiparación que desde los convenios se hace entre las situaciones matrimoniales y las extramatrimoniales a efectos del reconocimiento del derecho de permisos por causas familiares, continúa siendo el acto del matrimonio el único supuesto que origina el derecho a disfrutar de 15 días de permiso. Es decir, es el negocio jurídico del matrimonio, no las meras uniones de hecho, el motivo generador de una interrupción no periódica de la prestación laboral. Así lo determina la STSJ de Madrid de 25 de marzo de 1998 (Ar. 806) y la STSJ del País Vasco de 3 de marzo de 1998 (Ar. 1290), que no entiende que en el caso de convivencia fáctica se haya producido el hecho causante determinante de la licencia por matrimonio.

¹¹⁶ El matrimonio era concebido como «*célula primaria natural y fundamento de la sociedad, y al mismo tiempo, como institución moral dotada de derecho inalienable y superior a toda ley positiva*». Fuero del Trabajo de 9 de marzo de 1938, declaración XII. En el mismo sentido, Fuero de los Españoles, ley de 17 de julio de 1945, artículo 22: «*El Estado reconoce y ampara a la familia como institución y fundamento de la sociedad*».

¹¹⁷ Así, por ejemplo, en la década de los cuarenta se regula desde un permiso de *dos días* —OL. de Harina. OM. de 28 de julio de 1945, artículo 30—, hasta *veinte días* naturales —OL. del personal dependiente de la organización médica colegial, OM. de 9 de agosto de

rante años la nota más relevante, potenciada, si cabe, por la falta de una regulación legal que fije al respecto unas pautas a seguir.

La LRL en su artículo 25.3 fue el primer texto con rango legal que reguló un permiso de «diez días naturales para el caso de matrimonio»¹¹⁸. Será después el ET el que aumente en cinco días más el tiempo previsto para estos casos. Ampliación que según algún sector de la doctrina se limitó a reflejar la realidad imperante en la mayoría de los convenios vigentes en la época¹¹⁹. En la actualidad el plazo predeterminado por la ley para estos casos (15 días *naturales*¹²⁰) aparece fijado como mínimo de derecho necesario, a respetar por la negociación colectiva. Hay muestras de convenios colectivos que establecen una mayor duración del permiso, mejorando de este modo la regulación legal¹²¹.

1948 artículo 35— existiendo también regulaciones de «siete días» —OL. del Sector sedero de la Industria Textil, OM de 31 de enero de 1946, artículo 71, OL. de las Industrias del manipulado y exportación de frutos secos, OM. de 18 de junio de 1949...—, de «ocho días» —OL. de Explotación de Ferrocarriles por el Estado, OM. de 15 de marzo de 1946—, de «diez días» —OL. de las Industrias derivadas del cemento, OM. de 16 de julio de 1946, arts. 79 y 80, OL. de Tintorerías, OM. de 30 de abril de 1949, artículo 57— ó de «15 días», OL. de Puertos y faros, OM. de 15 de diciembre de 1947, art. 92. Esta variedad en la regulación del tiempo de descanso previsto para los casos de matrimonio fue la tónica general durante las décadas siguientes, pudiéndose observar un aumento progresivo en la duración prefijada.

¹¹⁸ La tramitación parlamentaria de este tema no fue demasiado polémica. La norma se limitó a actualizar en una norma de rango legal los períodos regulados en la normativa sectorial. No obstante, el plazo quedó fijado en 10 días naturales porque hubo quien señaló que una mayor dilación de este período supondría llegar a cifras insoportables. *Vid.*, al respecto, ABELLA MESTANZA y GARCÍA VIÑA, *op. cit.*, p. 25 que atribuyen esta última argumentación al Sr. Conde Bandrés.

¹¹⁹ *Vid.*, GARCÍA NINET, «Comentario al artículo 37», en la obra de AA.VV. *El Estatuto de los Trabajadores*. Madrid. *Revista de Derecho Privado*, 1981, p. 273.

¹²⁰ En la fijación de los días del resto de los permisos nada se dice acerca de la naturaleza de éstos. Es el caso del matrimonio el único dónde se especifica que han de ser naturales. *Vid.*, STSJ de Madrid de 30 de noviembre de 1993 en dónde no se reconoce el derecho de la trabajadora a fijar nuevos sábados de libranza por haber quedado incluidos varios dentro de su permiso.

¹²¹ Bien aumentando el número de días o refiriéndose a días laborables o hábiles y no naturales. *Vid.*, Cc. para la Industria de Elaboración del Arroz. RDGT de 20 de junio de 1996. También contemplan la ampliación del permiso cuando el trabajador necesite hacer un desplazamiento desde el lugar en que presta sus servicios hasta el de celebración del matrimonio. C de la empresa ABB. Reinoso, S.A. RDGT de 20 de agosto de 1997 (BOE de 11 de septiembre). Otros permiten la ampliación de los días en función de la antigüedad del trabajador. El Cc. de la empresa «Tetra Park Iberia, S.A.. RDGT de 7 de abril de 1997 (BOE de 24 de abril), establece una ampliación de la duración que fija el convenio de un día por año de antigüedad, hasta un máximo de 20 días. En sentido similar, Cc. de la empresa Hertz de España, S.A. RDGT de 30 de mayo de 1997 (BOE de 19 de junio), que extiende el permiso a cinco días naturales más en el supuesto de trabajadores con un antigüedad en la empresa superior a un año; Cc de las empresas Gallego Vilar, S.A. Gallego Vilar Metales, SL. y Gallego Villar Construcción, SL. RDGT de 4 de marzo de 2003 (BOE de 21 de marzo), lo fija en 20 días.

Sin embargo, los problemas derivados de la extensión temporal del permiso por razón de matrimonio no acaban aquí. Los temas relacionados con la duración han ocasionado polémicas cuando los titulares del contrato que pretenden disfrutar del derecho responden a perfiles concretos. Nos referimos a los supuestos especialmente confusos de los trabajadores a tiempo parcial y de aquellos que son titulares de una relación de duración determinada ¹²².

En lo que respecta a estos últimos, debemos recordar que los trabajadores temporales está equiparados de derecho a los fijos. Sin embargo, ¿lo están también de hecho? Ya comprobamos al hablar de otras cuestiones que la equiparación real de ambos colectivos de trabajadores en determinadas materias es especialmente difícil, ocasionando no pocas veces situaciones injustas. Cuando hablamos del disfrute del permiso de matrimonio, una diferenciación entre trabajadores fijos y temporales puede resultar concorde al espíritu de la ley; y no por la mera condición de fijo o temporal, que pudiera ser la propia del trabajador, evidentemente. La distinción tendría sentido si se atiende al criterio del tiempo efectivamente trabajado, de manera que el trabajador temporal, al igual que el fijo, deberá disfrutar en proporción al tiempo que ha trabajado en la empresa, teniendo como referencia el año natural. Y ello porque dada la naturaleza y el fin para el que se concede el permiso ¹²³, es lógico aplicar la regla de la proporcionalidad ¹²⁴, que también opera justamente en el caso de las vacaciones anuales ¹²⁵; sólo así se podrá lograr una coherencia entre el interés empresarial y el propio interés personal del trabajador, que tiene derecho a disfrutar de un descanso por el evento acontecido. No obstante es éste un tema que a pesar de la polémica que puede ocasionar apenas ha sido tratado por la doctrina. Criterio semejante parece que es el adecuado al hablar de los trabajadores a tiempo parcial. Esta fue la postura tomada por nuestros tribunales al afirmar que «parece evidente que la intención de los contratantes sería que los días de permiso fueran proporcionales al tiempo de trabajo» ¹²⁶.

¹²² Vid., al respecto, los comentarios de SÁNCHEZ TRIGUEROS, *op. cit.*, pp. 47 a 50.

¹²³ Sería incoherente e injusto aplicar la proporcionalidad en el caso de otros permisos que responden a finalidades diferentes, tales como son los permisos por enfermedad, nacimiento de hijos, etc...

¹²⁴ Se contempla esta regla, por ejemplo, en el artículo 22.c) del III convenio Colectivo único para el personal laboral de la Xunta de Galicia. RDGT de 19 de diciembre de 1994, DOG de 28 de diciembre, referido a la licencia por asuntos propios, cuando dice: «Si los servicios prestados son inferiores al año natural, los días a disfrutar serán en proporción al tiempo efectivamente trabajado». Vid., al respecto, STSJ de Galicia de 11 de febrero de 1998 (Ar. 23)

¹²⁵ Aunque no existen pronunciamientos jurisprudenciales al respecto, si observamos alguna postura proveniente de la doctrina científica. Vid., como ejemplo, ABELLA MESTANZA y GARCÍA VIÑA, *op. cit.*, p. 29.

¹²⁶ Vid., STSJ de Asturias de 17 de septiembre de 1993 (Ar. 3993). No obstante, SÁNCHEZ TRIGUEROS, *op. cit.*, p. 49, aboga porque los permisos se concedan por los días previstos con

2.2.6. *Ausencias retribuidas para la atención de otras cuestiones familiares: la mudanza*¹²⁷

La contemplación de un permiso para el cambio de domicilio tuvo lugar por primera vez a través de la normativa sectorial¹²⁸. No será hasta 1976 cuando la LRL prevea un permiso de un día para el traslado del domicilio habitual haciéndose eco de la regulación que había venido siendo propia de la normativa sectorial desde años anteriores. Desde la LRL hasta el ET actual la regulación ha permanecido invariable. La clara redacción del texto estatutario que concede un día por «traslado del domicilio habitual» hace de estos permisos uno de los menos problemáticos, sin que esto signifique que no existan polémicas doctrinales acerca del alcance de la expresión.

Mientras que algunos afirman que el «traslado»¹²⁹ a otra vivienda ha de suponer «el traslado de los enseres propios de la vivienda, y no un mero

carácter general por la norma y llevar la regla de la proporcionalidad a la retribución. Hace una llamada a los convenios para que aborden el tema y determinen si el permiso será disfrutado por cada trabajador de forma íntegra o proporcional en función de su horario de trabajo. Considera adecuado aplicar la misma técnica a los trabajadores temporales.

¹²⁷ Huelga decir que el permiso por mudanza contempla supuestos diferentes a los previstos por el artículo 40.4 de la LET en donde se regula el supuesto del trabajador que, por determinadas circunstancias es desplazado por su empresa de su domicilio habitual. En estos casos el traslado es siempre a población distinta de la habitual y aunque se trata también de ceses de corta duración durante los que se continúa percibiendo la retribución, responden a una contraprestación que tiene como finalidad atenuar los trastornos que el desplazamiento impuesto por el empresario le puede ocasionar.

¹²⁸ *Vid.*, como primera muestra el Reglamento de Régimen Interior de RENFE, O.M. de 9 de junio de 1962, que reconoce dentro de las licencias por asuntos propios «el cambio de domicilio dentro de la misma residencia que quedaría subordinado a las necesidades del servicio». A partir de entonces otras normas sectoriales regularon estos permisos, si bien incluidos dentro del concepto de asuntos propios, que se concedían de forma restringida «teniendo en cuenta las anteriores peticiones del solicitante y su expediente personal». Tal es el Reglamento de Trabajo del personal civil no funcionario de las Fábricas Militares. Decreto 2525/67 de 20 de octubre, artículo 41. Será por primera vez en el sector de la Banca donde aparezca reconocido un «permiso por mudanza», y como ejemplo de lo dicho, *vid.*, Cc. de Bancos Privados Resolución de 6 de mayo de 1967, art. 29 y Cc. del Banco Exterior de España. Resolución de 19 de septiembre de 1967, artículo 37.

¹²⁹ La utilización del término traslado no debe llevarnos a confusión alguna. Aunque el término es empleado por el texto estatutario para referirse a supuestos de movilidad geográfica, es decir aquellos que implican un cambio a población distinta, el traslado en el caso de mudanza no se refiere sino al que supone «trasladarse de una casa a otra sin que las distancias entre los domicilios de origen y destino sea significativa. Aunque en algunos convenios se asignan duraciones diversas en función de si el cambio se lleva a cabo dentro de la misma o en distinta localidad. Cc. de la Caja Postal, S.A. RDGT de 4 de julio de 1996 (RCL 1996, 2284).

cambio de hotel»¹³⁰, otros contemplan la posibilidad de cambio de domicilio sin traslado de muebles considerando que esta circunstancia «ni se ha tenido en cuenta por el E.T. para vincular a su concurrencia la concesión del permiso, ni priva a éste de su finalidad»¹³¹.

Desde esta perspectiva también podríamos argumentar siguiendo a otros autores¹³² que el permiso podría obtenerse para otras actividades directa o indirectamente relacionadas con el cambio de domicilio, como el dar de alta el suministro de agua, gas, luz, etc..., incluso para adquirir nueva vivienda cuando se va a convertir en el domicilio habitual. También, podrían quedar incluidos aquellos traslados temporales ocasionados por reformas en el domicilio habitual. Queda claro, no obstante, que al trabajador se le concede el permiso por trasladar su propio domicilio y no porque así lo hagan otras personas cercanas¹³³.

Sin embargo, el problema quizás más acuciante que podría suscitarse sería el derivado de la intención de acumular este permiso, otorgado por un corto tiempo¹³⁴, a otro permiso o al período de vacaciones anuales retribuidas. Serán los convenios los que establezcan esta posibilidad, siempre teniendo en cuenta los intereses del trabajador y sin contravenir las previsiones legales que se contemplan como mínimos de derecho necesario relativo mejorables a través del convenio colectivo¹³⁵.

3. REDUCCIONES DE JORNADA PARA LA CONCILIACIÓN DEL TRABAJO DOMÉSTICO Y EXTRADOMÉSTICO

3.1. Clasificación de las reducciones de jornada para la conciliación

Dentro de las reducciones de jornada que contempla el legislador para conciliar la vida familiar y laboral destacaríamos dos grupos:

¹³⁰ *Vid.*, en este sentido RAYÓN SUÁREZ, *op. cit.*, p. 329. Opinión compartida por SÁNCHEZ TRIGUEROS, *op. cit.*, 137.

¹³¹ *Vid.*, al respecto, la argumentación de DESDENTADO BONETE en la STS de 7 de mayo de 1992 (Ar. 3523)

¹³² *Vid.*, al respecto, ABELLA MESTANZA y GARCÍA VIÑA, *op. cit.*, p. 28.

¹³³ *Vid.*, SÁNCHEZ TRIGUEROS, *op. cit.*, p. 135 que determina como algunos convenios, de los que da ejemplos, han preferido explicitar esa titularidad a fin de solventar las dudas.

¹³⁴ Y esto, sin perjuicio, de que a través de la Negociación colectiva se establezcan, como en otros supuestos, mayores duraciones. Muchos convenios así lo establecen, y como muestras: Cc. del grupo de empresas Milupa, integrado por Milupa, S.A. y Milupa Productora S.A. RDGT de 27 de agosto de 1996 (BOE de 12 de septiembre); Cc. de la empresa Red Eléctrica de España, S.A. RDGT de 27 de agosto de 1996 (BOE de 13 de septiembre); Cc. de la empresa Ertisa, S.A. RDGT de 27 de agosto de 1997 (BOE de 17 de septiembre).

¹³⁵ La STSJ de Navarra de 29 de octubre de 1996 (Ar. 3014) desestima, porque nada dice el convenio, la acumulación del permiso por mudanza al período de descanso por matrimonio.

- Aquéllas previstas particularmente para el cuidado de hijo. Dentro de las que, a su vez, distinguiríamos:
 - A) Reducción de jornada por lactancia¹³⁶, que permite a la trabajadora (y, en su caso, al trabajador) reducir su jornada en media hora, con mantenimiento del salario.
 - B) Reducción de jornada por nacimiento de un hijo prematuro o que deba permanecer hospitalizado tras el parto, que va a permitir al padre o a la madre reducir su jornada de trabajo hasta un máximo de dos horas, con la disminución proporcional del salario.
- Aquéllas previstas para el cuidado de un menor de seis años¹³⁷ o minusválido¹³⁸ (hijo o no) y para la atención de un familiar¹³⁹, con

¹³⁶ Tanto para el caso de lactancia como para el de nacimiento de hijo prematuro o que deba permanecer hospitalizado tras el parto, nos remitimos a los comentarios hechos al respecto en el apartado dedicado a los permisos.

¹³⁷ La Directiva 96/34/ CE, sobre Permiso Parental, prevé la protección del menor hasta los ocho años. La falta de trasposición a nuestro derecho de este dato ha sido criticada por la doctrina en repetidas ocasiones. No obstante, desde la regulación convencional se ha tratado de mejorar la regulación estatutaria; *vid.*, como ejemplo, Cc. de Seguros Catalana Occidente, SA. de seguros y reaseguros RDGT de 23 de enero de 2003 (BOE de 11 de febrero de 2003), que incluso ha intensificado la protección que ofrece la Directiva, al contemplar el derecho a reducción de jornada por guarda legal para los menores de hasta 10 años.

No obstante, habría que apuntar que, bajo la regulación vigente, se incrementa considerablemente los supuestos que permiten acceder a la reducción de jornada para atender a la familia. De forma que es perfectamente posible que la persona trabajadora que tenga un hijo mayor de seis años solicite y pueda acceder a la reducción de su jornada esgrimiendo su derecho de reducción para atender a un familiar que no puede valerse por sí mismo.

¹³⁸ Que según jurisprudencia reiterada, debe interpretarse como «*persona que padezca cualquier tipo de dolencia o enfermedades médicamente constatadas que alteren notoriamente su salud*». En la anterior redacción el legislador se refirió al disminuido y no al minusválido. Los efectos del cambio de terminología son inapreciables, pues según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua persona disminuida es aquella que «*tiene merminadas sus facultades físicas o mentales*» y minusválido es «*la persona incapacitada, por lesión congénita o adquirida para ciertos trabajos, movimientos, deportes*».

¹³⁹ Tras la entrada en vigor de la Ley 39/99, las previsiones acerca de la hasta entonces llamada *reducción por guarda legal*, sufrieron modificaciones sustanciales, que afectan a la titularidad, al contenido y al ejercicio del derecho. Par un estudio de las novedades introducidas en esta materia por la Ley 39/99, *vid.*, GORELLI HERNÁNDEZ, «La reciente ley...» cit., pp. 16 a 22; PÉREZ DEL RÍO, «La Ley 39/99», cit., pp. 50 a 52; SEMPERE NAVARRO, «La Ley 39/99» cit., pp. 11 a 14; BALLESTER PASTOR, «La Ley 39/99...» cit., pp. 64 a 66; RIVAS VALLEJO, «La relación entre trabajo y familia...», cit., pp. 16 a 21; ALARCÓN CASTELLANOS, «Permiso, reducción de jornada», cit., pp. 60 a 64; VALLE MUÑOZ, «La protección...» cit., pp. 34 a 38; CABEZA PEREIRO, «Notas sobre la ley...», cit., p. 32; MARTÍN JIMÉNEZ, «Disposiciones *extravagantes* y otras cuestiones reguladas en la Ley 39/99», AS 20/00, pp. 123 y 124; LOUSADA AROCHENA, «La modalidad procesal...», cit.

Muy brevemente, dejemos señalado que, en lo que se refiere al contenido, la novedad radica en que no sólo el menor de seis años o minusválido puede dar derecho a la reducción de

el que exista una relación de parentesco de primer o segundo grado, que no pueda valerse por sí mismo¹⁴⁰ y que no desempeñe actividad retribuida¹⁴¹. Este derecho contemplado permite a su titular reducir la jornada entre un tercio y la mitad de la duración de aquella, con reducción proporcional del salario¹⁴², para atender a sus necesidades familiares¹⁴³.

la jornada, también activará el derecho aquel familiar con el que exista una relación de parentesco de primer o segundo grado y no pueda valerse por sí mismo. El derecho, además, se concibe, como de titularidad individual, al igual que las excedencias por cuidado de hijos y familiares, lo que supone que no se trata del derecho del hijo o familiar que requiere cuidado, sino del trabajador. Huelga decir, pues, que un mismo sujeto causante puede dar lugar al nacimiento del mismo derecho en beneficio de personas distintas; se admite, pues, el ejercicio tanto sucesivo como simultáneo de distintos trabajadores para el cuidado de un mismo sujeto causante, si bien con los límites impuestos desde la ley y que se concretan en la posibilidad del empresario de limitar el ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa.

¹⁴⁰ Con el fin de evitar interpretaciones restrictivas que equiparasen la situación a la gran invalidez configurada en la legislación de Seguridad Social, el Dictamen del CES sobre el Anteproyecto de Ley 39/99 (Dictamen 4/99) abogó porque la expresión «no pueda valerse por sí mismo» fuese sustituida por «que tenga dificultad para valerse por sí mismo»

Desde la doctrina, GORELLI HERNÁNDEZ, «La reciente ley...», cit., p. 40, afirmó que no es posible equiparar esta situación a una gran invalidez, sino que debe ser entendido de manera más flexible. También PÉREZ DEL RÍO, «La Ley 39/99...», cit., p. 51. SEMPERE NAVARRO, «La Ley 39/99...», considera que la locución *que no puedan valerse por sí mismo* «no ha de interpretarse buscando equivalencia en los niveles de Seguridad social, sino más bien en el sentido social, indicativo de que se precisa de otras personas para realizar determinadas tareas o gestiones, incluso aunque las capacidades psicofísicas no estén mermadas de manera relevante».

¹⁴¹ La exigencia es cuestionada por la doctrina. *Vid.*, como ejemplo, RIVAS VALLEJO, «La relación entre trabajo...» cit., p. 17 y ALMENDROS GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 73. Ambos afirman que un minusválido puede prestar servicios retribuidos, compatibles con su estado, y, sin embargo, puede depender de terceras personas para hacer los actos esenciales de la vida.

¹⁴² Sin establecer ninguna otra restricción respecto a los derechos laborales que pudieran corresponder a los derechos de los trabajadores con jornada completa. *Vid.*, al respecto, la STSJ del País Vasco de 16 de enero de 2001 (Ar. 2991) que, contempla un supuesto de trabajadores de Centros Comerciales «Pryca, SA.», con jornada reducida en virtud del 37.5 ET, a los que no se les reconoce la facultad de fijar los días en que se les compensan las horas trabajadas en exceso. El Tribunal afirma que, en modo alguno, está justificado un trato diferente a los que se encuentran en la situación prevista en el artículo 37.5 ET.

¹⁴³ A este respecto, resulta interesante el supuesto contemplado en la STSJ de la Comunidad Valenciana de 11 de julio de 2000 (Ar. 501). El Tribunal manifiesta que, si bien la causa de la reducción está en el cuidado, en este caso, del menor de seis años, una vez concedida, el trabajador tiene plena libertad para organizar y distribuir el tiempo resultante durante el que no presta servicios efectivos para la empresa. Así pues, quien disfruta de una reducción de jornada por cuidado de familiares no debe permanecer durante dicho tiempo de reducción en compañía del menor o familiar que la justifica ya que esta exigencia no puede deducirse del contenido del artículo 37.5 ET.

3.2. Problemas planteados

Los problemas que el disfrute de estas reducciones de jornadas plantean en la práctica vienen referidos, principalmente ¹⁴⁴, al supuesto de compatibilidades con otras reducciones o permisos y al de concreción horaria y determinación del período de disfrute de la reducción de jornada.

Sobre la primera cuestión, las dudas más acuciantes se cernían en torno a la compatibilidad con el disfrute del permiso por lactancia. La regulación vigente en materia de reducción de jornada ha propiciado un cambio sustancial en las posturas doctrinales sobre la compatibilidad del permiso de lactancia con la reducción de jornada por guarda legal ¹⁴⁵. A partir de la Ley 39/99 la reducción se hace sobre la jornada del beneficiario del derecho, no sobre la jornada normal en la empresa, que puede no ser coincidente ¹⁴⁶.

¹⁴⁴ Aunque en menor grado, otras cuestiones se han planteado en la práctica. Contamos con ejemplos en la STSJ del País Vasco de 16 de enero de 2001, cit., y en la STSJ de la Comunidad Valenciana de 14 de julio de 2000 (Ar. 503). En la primera sentencia se plantea un supuesto de trato discriminatorio entre personas trabajadoras con jornada reducida por cuestiones familiares y aquellas otras con jornada ordinaria. La discriminación que tiene lugar, y que pone en evidencia el Tribunal, lo es además en un doble sentido: no sólo se está vulnerando el derecho a la igualdad de trato entre trabajadores, con independencia de la duración de su jornada laboral, sino que, en la medida que la mayor parte de las personas trabajadoras que acceden a la reducción de jornada son mujeres, se está incurriendo en una actitud que resulta manifiestamente contraria a la equiparación laboral que pretende la ley entre hombres y mujeres, que desencadena en una evidente discriminación (indirecta) por razón de sexo.

Por otra parte, la sentencia de la Comunidad Valenciana se hace eco de una problemática que ya se planteó para los supuestos del disfrute de excedencia por cuidado de hijos. Nos referimos al derecho al disfrute por los trabajadores titulares de un contrato de interinidad. Las empresas han venido argumentando que la razón de interinar una plaza vacante está en la necesidad de cubrir urgentemente un puesto de trabajo, de manera que si el interino, una vez toma posesión, solicita reducción de jornada la no atención del puesto de trabajo haría desaparecer la causa que llevó a la contratación del trabajador. El Tribunal pone especial énfasis en la causa última de la reducción de jornada, que se deriva de los principios establecidos en el artículo 39.1 y 3 de la Constitución. Sin embargo, el reconocimiento del derecho a la reducción está basado fundamentalmente en que la denegación de la misma supondría un grave obstáculo a la permanencia en el mercado laboral que afecta mayoritariamente a las mujeres, que son las que de forma casi exclusiva solicitan este tipo de reducciones para el cuidado de hijos u otros familiares, lo que haría persistir la situación de clara discriminación que tradicionalmente ha sufrido la mujer en el ámbito social y laboral.

¹⁴⁵ Vid., ALBIOL MONTESINOS, «La modificación de la Ley...» cit., p. 34, que manifiesta como desde los tribunales se abogaba por la incompatibilidad entre ambos derechos. Si el trabajador optaba por la reducción de jornada se suponía que era suficiente para el cuidado del hijo y que no era preciso añadir el permiso por lactancia.

¹⁴⁶ Quedaron así resueltas las dudas sobre el derecho al disfrute de los trabajadores contratados a tiempo parcial. Vid., al respecto, «STSJ del País Vasco de 24 de abril de 2001», en *Actualidad Laboral*, 35/2001.

De esta forma, queda clara la posible compatibilidad entre el permiso por lactancia y la reducción de jornada por cuidado de familiares ¹⁴⁷.

En lo que a la segunda cuestión concierne, la Ley 39/99 introdujo un nuevo apartado en el artículo 37, en el que se prevé el derecho del trabajador a concretar el horario y el período durante el que quiere reducir su jornada laboral ¹⁴⁸, decisión que el empresario sólo podrá limitar en los casos en los que dos o más trabajadores de la misma empresa generen este derecho por el mismo sujeto causante y, además, pretendan llevar a cabo un ejercicio simultáneo (no consecutivo o alternativo) del mismo. Fuera de estos supuestos deducimos que la propuesta del trabajador es inmediatamente ejecutiva ¹⁴⁹, y ello con independencia de que las posibles discrepancias entre empresario y trabajador se resuelvan conforme al procedimiento previsto en el artículo 138 bis de la LPL. Serán entonces los tribunales los que, ponderando los intereses puestos en juego ¹⁵⁰, estimen la propuesta del trabajador, o bien la alternativa de la empresa, o incluso adopten una solución ecléctica.

¹⁴⁷ *Vid.*, las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de Madrid de 20 de julio de 1998 (Ar. 2891), de Galicia de 27 de noviembre del mismo año (Ar. 4159), que no admitían la compatibilidad argumentado que ambas reducciones tenían la misma razón de ser. *Vid.*, más reciente, en sentido contrario, la STSJ del País Vasco de 24 de abril de 2001 (Ar. 2101), y los comentarios de RUBIO SÁNCHEZ, «Algunas consideraciones...», cit., *vid.*, en este último sentido, SJS núm. 1 de Barcelona de 9 de enero de 2002 (Ar. 1297) sobre permiso por lactancia y compatibilidad con la reducción de jornada por razón de guarda legal.

¹⁴⁸ *Vid.*, al respecto, los comentarios de CHARRO BAENA, «La concreción del horario del trabajador que reduce su jornada por motivos familiares», (Comentario a la STSJ de Castilla-La Mancha de 9 de mayo de 2000 (Ar. 1910), en *A. Social*, 2000, Tomo II.

¹⁴⁹ Para ALBIOL MONTESINOS, «La modificación del ET por la Ley 39/99», cit., p 48, la propuesta del trabajador sobre horarios y periodo de disfrute de la reducción de su jornada debe tener carácter ejecutivo, de modo similar a como en el artículo 41 del ET resulta ejecutiva la decisión empresarial de modificar sustancialmente condiciones de trabajo, y ello con independencia de que el trabajador pudiera impugnarla después. Son varias las razones que justifican esta postura: la primera de ellas la encontramos en el propio tenor literal del artículo 37.5 «*in fine*» que al señalar de forma expresa el poder de limitar el ejercicio simultáneo en el caso de que dos o más trabajadores de la misma empresa generasen el derecho, nos está evidenciando que estamos ante un supuesto excepcional, no aplicable al resto de los casos. La segunda razón a esgrimir la centramos en las previsiones del legislador de declarar nulos aquellos despidos relacionados con la reducción de jornada, de forma que si el trabajador no acata la decisión empresarial no sufrirá consecuencia jurídica alguna, pues el posible despido será calificado nulo. No obstante, a nuestro modo de ver, el argumento principal para defender la ejecutividad de la decisión del trabajador radica en la finalidad del derecho a la reducción de jornada, que encuentra su base en los principios establecidos en el artículo 39.1 y 3 de la CE, y que no es sino la atención del hijo o del familiar. Nadie mejor que el propio cuidador conoce las responsabilidades a las que tiene que hacer frente. *Vid.*, los argumentos empleados por la STSJ de Madrid de 5 de marzo de 2002 (Ar. 1664).

¹⁵⁰ Teniendo en cuenta el espíritu conciliador de obligaciones familiares y laborales que caracteriza a la Ley 39/1999, el juzgador debería hacer prevalecer los intereses familiares del

La inexistencia de una previsión legal expresa al respecto provoca que entre la doctrina científica¹⁵¹ se planteen dudas referidas al derecho del trabajador que disfruta de una reducción de jornada a modificar el horario inicial prefijado. También sobre la posibilidad de reincorporarse a su jornada ordinaria extemporáneamente y/o sin mediar el preaviso de 15 días establecido legalmente. En lo que atañe a la primera cuestión, si la facultad de concreción del horario recae sobre el trabajador, pues nadie como él conoce las necesidades a las que tiene que hacer frente, es lógico considerar que, siempre que actúe bajo los parámetros de la buena fe, también pueda plantear modificaciones cuando esos horarios fijados inicialmente sean poco efectivos en las nuevas circunstancias existentes. Una interpretación diferente pondría en tela de juicio el fin pretendido por la norma; sin duda, iría en contra de la tutela de los intereses que trata de favorecer el derecho a la reducción de jornada¹⁵². En lo referente a la reincorporación a la jornada ordinaria sin mediar el preaviso establecido legalmente, debemos apuntar que no siempre el trabajador podrá planificar con esa antelación su vuelta a la jornada ordinaria, circunstancia ésta que deberá ser tenida en cuenta por el empresario y sopesada por los tribunales en caso de conflicto. Más problemática puede resultar la petición tardía de reincorporación a su jornada ordinaria,

trabajador sobre los meramente organizativos (y, en definitiva, económicos) del empleador. *Vid.*, al respecto, los comentarios de RODRÍGUEZ COPÉ a la STSJ de Baleares de 1 de diciembre de 2000 (Ar. 1980), en el trabajo «Delimitación del poder empresarial en la determinación del período de disfrute de la reducción de jornada del trabajador por guarda legal», *Temas Laborales*, 64/2002, pp. 163 a 171.

Ejemplos de sentencias que resuelven discrepancias en la determinación del horario, tras solicitar la reducción de jornada por cuidado de familiares, los encontramos en la SJS núm. 1 de Pamplona de 19 de septiembre de 2001 (Ar. 3891), en la que el Tribunal reconoce que es a la trabajadora solicitante de la reducción de jornada a quien corresponde concretar el horario, que se establece con el fin de atender a las necesidades de su hijo, y esta elección ha de prevalecer sobre las inevitables incomodidades que pueda suponer para la empresa, si bien, en virtud del principio de buena fe, debe actuar procurando la no distorsión de la actividad empresarial. En sentido similar SJS de Pamplona de 5 de abril de 2001 (Ar. 787) que afirma que debe prevalecer la determinación horaria efectuada por la demandante, pues limitando las posibilidades de elección se vulnera el espíritu y finalidad de la reducción. (*Vid.*, al respecto, los comentarios de MARÍN ALONSO «Reducción de jornada por cuidado de un menor de seis años: determinación y concreción conforme a la Ley 39/1999, de conciliación de la vida familiar y laboral» *Aranzadi social*, 5/2001). La STSJ de la Comunidad Valenciana de 27 de septiembre de 2000 (Ar. 524), en la que el juez estima la propuesta de la actora al considerar que dada las dimensiones de la empresa (Centros Comerciales Pryca, SA.) no consta que la actividad de la misma quedara perjudicada a causa del ejercicio del derecho por la actora. *Vid.*, también, SJS núm. 2 de Pamplona de 5 de febrero de 2002 (Ar. 675), muy contundente en los argumentos que expone al estimar la propuesta de horario de la actora.

¹⁵¹ *Vid.*, como ejemplo, ALBIOL MONTESINOS, *op. cit.*, pp. 53 a 58.

¹⁵² En este sentido, de nuevo, ALBIOL MONTESINOS, *op. cit.*, p. 54.

esto es, cuando ha transcurrido un tiempo desde que desapareció la causa que justificó el derecho. Es en estos supuestos, en dónde el actuar diligente del trabajador y bajo los parámetros de la buena fe puede tener un peso esencial en la postura empresarial ¹⁵³.

4. REFLEXIÓN FINAL

Con este estudio queda demostrado que el legislador ha pretendido potenciar, aún mas si cabe, el aspecto personal o humano de las personas trabajadoras. La contemplación de situaciones familiares diversas incidentes en la relación laboral, tienen como último objeto de protección la institución familiar, entendida esta en su más amplio sentido; en consecuencia, va a beneficiar más directamente a un nutrido número de mujeres que se incorporan al mundo laboral y que continúan responsabilizándose del cuidado y protección de los *dependientes* del entorno familiar ¹⁵⁴. Y decimos esto porque las nuevas previsiones sobre la materia dirigidas a proteger los intereses familiares, van dirigidas por igual a hombres y mujeres ¹⁵⁵ que, en cuanto personas trabajadoras que son, pertenecen a un entorno familiar y a un entorno laboral concreto, en dónde tienen responsabilidades a las que hacer frente. En consecuencia, se está protegiendo no sólo la institución familiar y el derecho al trabajo sino el derecho a la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el campo de las relaciones laborales que, en definitiva, se traduce en un derecho a la igualdad de trato y de no discriminación por razón de sexo en la vida privada y pública ¹⁵⁶.

¹⁵³ ALBIOL MONTESINOS, *op. cit.*, pp. 57 y 58, señala que, en estos supuestos el empresario podrá despedir al trabajador, alegando trasgresión de la buena fe contractual, o podrá negar el derecho del trabajador a la reincorporación a su jornada ordinaria, manteniéndolo con jornada reducida y, por ende, convirtiendo el contrato en uno nuevo a tiempo parcial, o bien podrá aceptar su reincorporación a la jornada ordinaria, obviando la *abusiva* utilización por el trabajador de su derecho.

¹⁵⁴ Así lo ponen de manifiesto numerosos estudios sociológicos. *Vid.*, al respecto ARGÜELLES BLANCO, «Vida laboral *versus*...», cit., pp. 74 y 75, dónde además se refiere a la Comunicación de la Comisión europea «Hacia una estrategia marco comunitaria sobre la igualdad entre hombres y mujeres» (2001-2005), de la que se pueden sacar conclusiones interesantes.

¹⁵⁵ Hay un reconocimiento paulatino de la mayoría de los derechos de protección de intereses familiares al trabajador varón, aunque todavía existen limitaciones, sobre todo en lo que se refiere a la suspensión del contrato por maternidad y reducción de jornada por lactancia, aunque en lo que a esta última se refiere existen opiniones diversas. *Vid.*, el trabajo de COSTA REYES y RODRÍGUEZ COPÉ, «Conciliación de espacios y tiempos. ¿Una apuesta laboral real?», *Derecho y Opinión*, 9/2001. Universidad de Córdoba, pp. 248 y 249.

¹⁵⁶ El elenco de valores o bienes jurídicos que quedan protegidos en estas previsiones normativas se ve incrementado. Al macroobjetivo o fin último de protección se añaden otros



Sin duda, estos son los bienes jurídicos que el legislador pretende tutelar. Se protege el derecho al trabajo, se protege la institución de la familia, pero bajo las pautas sociales existentes, bajo la estructura socioeconómica actual, ¿es posible que el intento de proteger el derecho a la igualdad de oportunidades entre hombre y mujeres tenga los resultados esperados en la práctica? Sin duda, habría que empezar por educar a la población, por inculcarles valores éticos, tales como la equidad, la justicia y la dignidad de las personas, que hagan ver lo absurdo que puede resultar el rígido e inflexible encasillamiento en un rol social determinado por la única razón de pertenecer a uno o a otro sexo. La educación, la cultura y, puesto que vivimos en la era de las comunicaciones, los medios de comunicación, resultan esenciales en el logro del objetivo que el legislador se ha propuesto alcanzar.

finés específicos de tutela, surgidos de la propia evolución que va experimentando la sociedad. A los intereses laborales (derecho al trabajo, a permanecer en él y a promocionarse dentro del mismo) y familiares hay que añadir un tercero: el derecho a la igualdad entre hombres y mujeres, entre personas trabajadoras, derecho fundamental, proclamado en el artículo 14 de nuestra Carta Magna.