

Los permisos familiares por fuerza mayor deben ser retribuidos.

Ángel Arias Domínguez

Subdirector de la Revista de Jurisprudencia Laboral. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Extremadura

Resumen: *El nuevo permiso laboral por motivos familiares urgentes del art. 37.9 ET (introducido por el Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio) debe considerarse retribuido, sin que el convenio colectivo puede modificar dicho carácter. La interpretación gramatical de los términos del precepto, así como la hermenéutica sistemática, histórica y sociológica, así lo deducen, además de ser el camino marcado por la normativa comunitaria en la materia.*

Palabras clave: *Permiso familiar por fuerza mayor. Carácter remunerador de los permisos laborales.*

Abstract: *The new work permit for urgent family reasons of art. 37.9 ET (introduced by Royal Decree-Law 5/2023, of June 28) must be considered paid, without the collective agreement being able to modify this nature. The grammatical interpretation of the terms of the precept, as well as systematic, historical and sociological hermeneutics, deduce this, in addition to being the path marked by the community regulations on the matter.*

Keywords: *Family leave due to force majeure. Remunerative nature of work permits.*

I. Introducción

En los últimos años, los permisos laborales retribuidos de las personas trabajadoras se han visto sometidos, después de años de estabilidad legislativa e interpretativa, a modificaciones en dos direcciones. Incorporando, en primer lugar, nuevos derechos (aunque algunos -v.gr. el de constitución de pareja de hecho- recepcionaban lo que era común en la negociación colectiva). Y consolidando, en segundo lugar, una hermenéutica que aseguraba su disfrute siempre en tiempo de trabajo.

Estas dos características tiene el permiso familiar por motivos urgentes. Constituye una novedad legislativa, y únicamente puede ser utilizado en tiempo de trabajo, básicamente porque si el evento familiar urgente acaece en tiempo de descanso ninguna incidencia provoca en el desarrollo de la actividad productiva. Estamos en presencia, en definitiva, de una autorización ex lege para abandonar el puesto de trabajo cuando sucede una circunstancia familiar que requiere la presencia de la persona trabajadora.

La lectura de su texto no parece abrigar duda alguna interpretativa seria. Es claro en la determinación de su objeto (aunque algo confuso en la forma de expresarlo), precisa con definición que se trataba de un permiso laboral de carácter remunerado, y concreta las exigencias formales para su disfrute y justificación.

Aun así, en el pleito que se resuelve por la sentencia objeto de comentario el empleador entiende que el carácter remunerado del permiso requiere una concreción convencional. Aprecia que lo que el precepto pretende es reenviar a la negociación colectiva la determinación de algunos aspectos del uso y disfrute del permiso, entre ellos el su carácter remunerado.

Lo que la resolución pretende dilucidar, en definitiva, es si las previsiones estatutarias son franqueables para la negociación colectiva, o si, por el contrario, marcan un mínimo de derecho necesario indisponible para el convenio, y, desde este plano general, descender al concreto problema jurídico discutido: determinar si el carácter remunerable de las horas de permiso por motivos familiares urgentes es disponible para el negociador colectivo.

Aunque la cuestión debatida no es especialmente conflictiva, ni siquiera enjundiosa, se trae para comentar en la RJL porque construye el argumentario decisorio de manera muy articulada, apoyándose para ello, y esto es lo que se quiere destacar, en los diferentes niveles de interpretación de las normas, evacuando una resolución, quizá más ejemplar que docta, que puede tenerse presente para recordar la correcta hermenéutica de las normas laborales.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Audiencia Nacional. Sala de lo Social.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 19/2024, de 13 de febrero.

Tipo y número recurso o procedimiento: conflicto colectivo núm. 315/2023.

ECLI:AN:2024:497.

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Ramón Gallo Llanos.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

La controversia jurídica concreta radica en apreciar si el vigente art. 37.9 ET genera en favor del trabajador que disfrute de las horas previstas en el mismo un derecho a que tales horas sean consideradas retribuidas, y más concretamente, si dicha consideración se lo otorga la propia norma, o si, por el contrario el derecho a su retribución únicamente se admite cuando expresamente así se considere en el Convenio colectivo o en acuerdo de empresa que sea de aplicación, de forma que, ante la ausencia de pacto al respecto en el instrumento convencional, no puede exigirse retribución alguna.

IV. Posición de las partes

Lo peculiar del asunto es que la empresa tras la entrada en vigor del RD-L 5/2023, consideró que las horas de ausencia reguladas en este art. 37.9 ET debían ser retribuidas.

Sin embargo, más tarde, en noviembre de ese año, envió un correo (se supone que electrónico) a las secciones sindicales en el que dejaba muy claro que *“aunque en un primer momento, con carácter conservador, mantuvimos el carácter retribuido del mismo, una nueva revisión de dicho precepto en profundidad, unido al estudio de la reciente doctrina administrativa sobre el asunto, nos lleva concluir que dicho permiso tiene carácter no retribuido, salvo que el convenio colectivo, o en su defecto, acuerdo con la empresa, indique lo contrario”*

Desde la contraparte sindical se contestó intimando “...el inicio de un proceso negociador para llegar a un acuerdo, tal y como se recoge el estatuto de los trabajadores art. 37.9”.

Tras el fracaso del intento de mediación se intimó judicialmente el conflicto colectivo, en el que los sindicatos actuantes pretendían que se declarase el carácter retribuido “de las denominadas horas de ausencia reguladas en el apartado nueve del Art. 37 del ET”.

V. Normativa aplicable al caso

Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019 relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo

Considerando 28: “Además del derecho al permiso para cuidadores establecido en la presente Directiva, todos los trabajadores deben conservar su derecho a ausentarse del trabajo, sin menoscabo de sus derechos laborales adquiridos o en proceso de adquisición, por causa de fuerza mayor por motivos familiares urgentes o inesperados, que en la actualidad se regula en la Directiva 2010/18/UE, en las condiciones establecidas por los Estados miembros”.

Considerando 32: “Aunque los Estados miembros pueden decidir libremente si conceden una remuneración o una prestación económica en el permiso para cuidadores, se les anima a que introduzcan dicha remuneración o prestación, a fin de garantizar que los cuidadores ejerzan realmente este derecho, en particular los hombres”.

Art. 7: “Ausencia del trabajo por causa de fuerza mayor. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que cada trabajador tenga derecho a ausentarse del trabajo por causa de fuerza mayor, por motivos familiares urgentes, en caso de enfermedad o accidente que hagan indispensable la presencia inmediata del trabajador. Los Estados miembros podrán limitar el derecho de cada trabajador a ausentarse del trabajo, por causa de fuerza mayor, a un tiempo determinado por año, por caso, o por año y por caso”.

Estatuto de los Trabajadores: Art. 37.9: “La persona trabajadora tendrá derecho a ausentarse del trabajo por causa de fuerza mayor cuando sea necesario por motivos familiares urgentes relacionados con familiares o personas convivientes, en caso de enfermedad o accidente que hagan indispensable su presencia inmediata.

Las personas trabajadoras tendrán derecho a que sean retribuidas las horas de ausencia por las causas previstas en el presente apartado equivalentes a cuatro días al año, conforme a lo establecido en convenio colectivo o, en su defecto, en acuerdo entre la empresa y la representación legal de las personas trabajadoras aportando las personas trabajadoras, en su caso, acreditación del motivo de ausencia”.

VI. Doctrina básica

Se considera de carácter retribuido el permiso familiar por motivos urgentes previsto en el art. 37.9 ET, lo que comporta que las horas de ausencia por fuerza mayor (de hasta cuatro días al año) deben ser abonadas.

VII. Parte dispositiva

Se desestiman las excepciones de inadecuación de procedimiento y falta de agotamiento de la vía previa y se estiman las demandas declarando el carácter retribuido de las ausencias por fuerza mayor de hasta 4 días al año reguladas en el art. 37.9 ET, reconociéndose, por tanto, el derecho de las personas trabajadoras a la retribución de las horas de ausencia por razones de fuerza mayor, de hasta 4 días al año, que hayan podido disfrutar.

VIII. Pasajes decisivos

“Interpretación literal o gramatical.../...Aun cuando se pueda objetar que la redacción del párrafo 2º del precepto resulta mejorable, consideramos que es claro que el primer inciso del mismo reconoce un derecho a que la persona que se ausente del trabajo por las causas previstas en el párrafo 1º del mismo mantenga su derecho a la retribución, y que la remisión que se efectúa al Convenio colectivo o al Acuerdo de empresa, únicamente es para determinar la forma de acreditación del motivo de la ausencia, sin perjuicio de que por aplicación de los principios de norma mínima y norma más favorable, mediante dichos pactos colectivos puedan reconocerse bien derechos adicionales, bien mejorar los términos del derecho que reconoce la ley.

Para reforzar este argumento hemos de señalar que el legislador cuando quiere supeditar un derecho su eventual reconocimiento en un Convenio colectivo o en un acuerdo de empresa no efectúa el reconocimiento del derecho en términos tan absolutos como lo hace en este precepto. Así si acudimos al art. 34.4 ET (“Siempre que la duración de la jornada diaria continuada exceda de seis horas, deberá establecerse un periodo de descanso durante la misma de duración no inferior a quince minutos. Este periodo de descanso se considerará tiempo de trabajo efectivo cuando así esté establecido o se establezca por convenio colectivo o contrato de trabajo.”), vemos que establece una forma clara de supeditación del derecho (en este caso a la consideración de la pausa como trabajo efectivo), a lo que se pacte de forma colectiva. Ello en nuestro caso implicaría la utilización de una fórmula similar a la siguiente: “Las personas trabajadoras tendrán derecho a que sean retribuidas las horas de ausencia por las causas previstas en el presente apartado equivalentes a cuatro días al año cuando así se haya pactado en Convenio colectivo o en acuerdo de empresa”, términos estos que no aparecen en la redacción del art. 37.9 ET.

Se puede objetar a esta interpretación que el precepto - lo que sucede además con el resto de los permisos retribuidos del art. 37.3 E.T no especifica cual debe ser la retribución de las denominadas horas por fuerza mayor-, y por ello no puede exigirse retribución alguna en cuanto que no se concrete en acuerdo colectivo-como razonó interpretando esta Sala los arts. 7 y 11 de la Ley 10/2021 de trabajo a distancia- pero ello como veremos a continuación resulta innecesario pues el propio ordenamiento jurídico nos da las pautas concretas y específicas para fijar la misma”.

“Interpretación sistemática. Para efectuar una interpretación sistemática del precepto, hemos de tener en cuenta, que con anterioridad a la introducción del precepto, las interrupciones de la prestación laboral por causas de fuerza mayor de carácter emporal estaban reguladas en los arts. 45.1 l) y 47. 5 y 6, como causas de suspensión del contrato de trabajo en las que el empleador estaba exonerado de retribuir, conforme al art. 45.2 E. T, encontrándose mientras tanto el trabajador en situación legal de desempleo para el trabajador (art. 267. 1 b), 2º de la LGSS) susceptible degenerar una prestación o un subsidio por esta causa.

Sin embargo, el legislador al introducir en nuestra legislación el referido precepto, que no viene a sino a regular un derecho a la interrupción de la prestación, cuando se genera una situación de fuerza mayor en la esfera familiar o de convivencia de la persona trabajadora, no la desarrolla en el art. 47- como se hizo con la fuerza mayor impropia derivada de lo que tradicionalmente venía denominándose “factum prínceps” -“limitaciones en la actividad normalizada de la empresa que sean consecuencia de decisiones adoptadas por la autoridad pública competente, incluidas aquellas orientadas a la protección de la salud pública”-, sino que lo regula en el art. 37 del E.T rubricado como “Descanso semanal, fiestas y permisos.”, precepto este que regula interrupciones en la prestación de servicios que en principio son retribuidas, debiendo significarse que en este artículo cuando la ausencia acarrea la pérdida consiguiente del salario (apartados 4 a 7 del art. 37), así se expresa en el precepto.

Por lo tanto, no puede aceptarse la tesis defendida por la empresa según la cual el hecho de que este permiso de horas por fuerza mayor no esté regulado en el art. 37.3 E.T, implica que la ley no reconozca que la ausencia deba ser retribuida”.

“Interpretación histórica y finalista. Tanto la Exposición de motivos del RD Ley 5/2023, como los trabajos que precedieron el mismo en lo que hoy toca -el anteproyecto y el proyecto de la Ley de Familias que no llegaron a tramitarse definitivamente al concluirla anterior legislatura- justifican la introducción del apartado 9 del art. 37 en la necesidad de trasposición de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores.../...La Directiva no impone que la ausencia del trabajo por fuerza mayor sea retribuida, sino que deja a la opción del legislador nacional que sea retribuida o no, sin embargo, efectúa una recomendación a los distintos estados a que sea de carácter retribuido.

Partiendo de lo anterior, la lectura de los referidos trabajos previos a los que se ha hecho referencia (Anteproyecto y proyecto de ley de familias) a la hora de configurar este permiso recalcan su carácter retribuido sin más sin supeditarlo a pacto alguno.

Y la propia Exposición de Motivos de la norma expresa a la hora de referirse al art. 37.9 ET recoge el guante lanzado en el considerando 32 de la Directiva opta porque el permiso sea retribuido en todo caso: "Se introduce un nuevo apartado 9 al citado artículo 37, en el que se transpone el artículo 7 de la Directiva 2019/1158, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, que da respuesta a aquellas situaciones, distintas de las de los permisos de cuidadores y parentales, que permiten a las personas trabajadoras ausentarse por razones justificadas de urgencia familiar y que requieren la presencia inmediata de aquéllas. Tal y como se recoge en el considerando 28 de la Directiva, se refiere a «motivos familiares urgentes o inesperados», esto es, a la necesidad de atender sucesos esporádicos, previéndose como retribuidas las horas equivalentes a cuatro días al año, sin perjuicio de lo que al respecto pudieran establecer los convenios colectivos."

En consonancia con lo anterior la Nota Informativa que emitió la Vicepresidencia 2ª del Gobierno y el Ministerio de Trabajo Economía social de la que se da cuenta en el hecho probado cuarto de esta resolución recalca que la intención del Gobierno es que los 4 días de horas de ausencia por fuerza mayor familiar sean retribuidos”.

“Interpretación sociológica. La realidad social sobre la que se plasma esta norma ha sido puesta de manifiesta por la jurisprudencia, por todas la ya citada STS 9-12-2019, y no es otra que los permisos vinculados a cuidados de familiares y convivientes son ejercitados mayoritariamente por mujeres. Esta misma descripción de la realidad social es la que se deduce de los considerandos de la Directiva 2019/1158 que pretende transformar la misma favoreciendo mecanismos que faciliten la corresponsabilidad en la asunción de los deberes familiares.

Partiendo de lo anterior, cualquier duda interpretativa que pueda surgir debe resolverse efectuando un enjuiciamiento con perspectiva de género, teniendo el carácter informador del Ordenamiento Jurídico del principio de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres conforme proclama el art. 4 de la LO3/2.007, de forma que dicha igualdad sea verdaderamente efectiva.

Pues bien, la interpretación que postula la empresa según la cual la retribución de las meritadas horas de fuerza mayor se supedita al pacto colectivo expreso, resulta contrario al referido principio de igualdad real, pues no hace sino perpetuar la denominada "brecha laboral de género", ya que implica que el colectivo que tradicionalmente asume los cuidados vea mermada su retribución por esta causa, a la par, que supone un desincentivo para que los hombres asuman el deber de corresponsabilidad en las cargas familiares”.

IX. Comentario

Desechadas las excepciones procesales de inadecuación de procedimiento por entender que no se está en presencia de un conflicto real y actual, y de falta de agotamiento de la vía previa por no haber acudido a la Comisión Paritaria Sectorial, la resolución aborda la resolución del tema discutido desde el repaso a los criterios interpretativos que el Código Civil impone para la hermenéutica de las normas. Es

decir, repasando los criterios, gramatical, sistemático, finalista y sociológico, esto es, interpretando el texto legal vigente en el sentido propio de sus palabras, en relación con los demás preceptos del mismo texto legal que regulan derechos similares, atendiendo a los antecedentes legislativos y al propósito de la norma, y ubicando el resultado exegético en relación con el contexto socio laboral en que ha de ser aplicado.

La interpretación que se produce es armoniosa, equilibrada, escalonadamente discursiva, fácilmente comprensible y muy útil y operativa. De todo su proceder, es especialmente interesante subrayar dos elementos.

En primer lugar, la conexión que efectúa con la reglamentación comunitaria para deducir de ella el sentido y finalidad de la norma patria discutida, apreciando que aunque ésta no se posiciona categóricamente a favor de la consideración remunerada del permiso discutido, sí entiende preferible que los ordenamientos de la Unión así lo regulen. Y lo hace, además, acudiendo a la propia exposición de motivos de la Directiva 2019/1158, a sus “considerandos”, con lo que se refuerza el valor de los textos introductorios de las normas.

Y, en segundo lugar, el acudimiento que realiza a la exposición de motivos de la norma que innova el ordenamiento para introducir el derecho ahora discutido, lo que da pie a repasar el valor normativo de los preámbulos o exposiciones de motivos de los textos legales.

La STC 36/1981, de 12 de noviembre afirma, tan categórica como solemnemente, que aunque “*el Preámbulo no tiene valor normativo*” son “*un elemento a tener en cuenta en la interpretación de las leyes*” (STC 150/1990, de 4 de octubre).

Es decir, que “*en la búsqueda de las razones que puedan abonar la legitimidad constitucional de las disposiciones legales adoptadas [argumento perfectamente exportable al de averiguación de su sentido propio] resulta necesario acudir tanto a la propia exposición de motivos de la norma impugnada como a su tramitación parlamentaria, a efectos de concretar la verdadera voluntad del legislador*” (STC 90/2009, de 20 de abril).

En definitiva, que los preámbulos y exposiciones de motivos “*constituyen un elemento importante de interpretación para desentrañar el alcance y sentido de las normas*” (STC 15/2000, de 20 de enero), y aunque carecen propiamente de valor normativo (173/1998, de 23 de julio) acompañan al texto legal para la búsqueda de la voluntad del legislador (STC 222/2006, de 6 de julio).

El mismo papel juegan los debates parlamentarios de las normas, que se erigen en un elemento de la técnica hermenéutica “*para desentrañar el alcance y sentido de las normas*” (STC 108/1986, de 29 de julio).

La interpretación finalista de las normas, la que conecta su operatividad práctica con el propósito que pretendía el legislador al dictarla, tiene un buen elemento auxiliar en las exposiciones de motivos (STC 83/2005, de 7 de abril).

Y en este caso no es dudoso cuál era el sentido de la exposición de motivos del RD-Ley 5/2023 cuando afirma que “*Se introduce un nuevo apartado 9 al citado artículo 37, en el que se transpone el artículo 7 de la Directiva 2019/1158, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, que da respuesta a aquellas situaciones, distintas de las de los permisos de cuidadores y parentales, que permiten a las personas trabajadoras ausentarse por razones justificadas de urgencia familiar y que requieren la presencia inmediata de aquéllas. Tal y como se recoge en el considerando 28 de la Directiva, se refiere a «motivos familiares urgentes o inesperados», esto es, a la necesidad de atender sucesos esporádicos, previéndose como retribuidas las horas equivalentes a cuatro días al año, sin perjuicio de lo que al respecto pudieran establecer los convenios colectivos.*”.

Un apunte último. Aunque el asunto debatido se circunscribe a determinar cómo debe interpretarse la remuneración del permiso cuando no existe convenio colectivo aplicable, ni acuerdo sustitutivo de la negociación colectivas, no parece que la existencia de dichos acuerdos pudiera conducir la interpretación hacia otros caminos. El carácter remunerable del permiso no se deduce de la no existencia de norma convencional aplicable, sino del propio texto de la norma legal, que marca un límite de derecho necesario infranqueable para la negociación colectiva.

X. Apunte final

La interpretación del permiso debatido se completa con la también reciente SAN-SOC 9/2024, de 25 de enero (Ponente: Juan Gil Plana) que aborda, con carácter general, la posibilidad convencional de determinar cuándo deben disfrutarse los permisos del art. 37 ET, si en días 'naturales' o de trabajo. La resolución declara, siguiendo la línea marcada por el TS, la nulidad de los preceptos del convenio que pretenden circunscribir el disfrute de los permisos laborales a los días naturales, y esta debe ser, naturalmente, la interpretación que se deduzca para este permiso familiar de fuerza mayor por motivos familiares.