

EDJ 2018/511642 Sala 4ª de 13/06/2018

## **Tribunal Supremo Sala 4ª, 13/06/2018, nº 632/2018, rec. 128/2017**

Pte: Castro Fernández, Luis de

ÍNDICE



### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.-Por la representación procesal de Confederación Sindical E.L.A., se formuló demanda ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, sobre conflicto colectivo, en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaron de aplicación, terminaba suplicando se dicte sentencia por la que: «estimando la demanda se declare que el permiso retribuido no finalice cuando el centro médico, hospitalario, otorgue el alta hospitalaria, sino que se mantenga el derecho al disfrute de dicho permiso (número de días acordado) mientras el paciente se mantenga de baja médica. Esto es, sea declarado el derecho de todos los trabajadores afectados a disfrutar del permiso retribuido que establece el artículo 33, 1 segundo párrafo del Convenio Colectivo propio de Empresa, por accidente, enfermedad grave u hospitalización de un familiar, con independencia de que dicho familiar siga o no hospitalizado, es decir, sin que el simple alta hospitalaria del pariente Conlleve de forma automática la extinción o finalización del permiso. Esto es presumiendo la persistencia de los requisitos del permiso gravedad / reposo domiciliario si el alta hospitalaria no va acompañada del correspondiente alta médica, condenando a la empresa demandada EUSKO TRENBIDEAK FERROCARRILES VASCOS, S.A. a estar y pasar por dicha declaración y a hacerse cargo de las resultas derivadas de la misma».

SEGUNDO.-Admitida a trámite la demanda, se celebró el acto del juicio, en el que se practicaron las pruebas que fueron admitidas, con el resultado que aparece recogido en el acta levantada al efecto.

TERCERO.-Con fecha 21 de febrero de 2017, se dictó sentencia por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco , cuya parte dispositiva dice: «Que debemos desestimar la demanda sobre conflicto colectivo presentada por el sindicato ELA frente a Ferrocarriles Vascos S.A., y los sindicatos LAB, CCOO y UGT.».

CUARTO.- En la anterior sentencia se declararon probados los siguientes hechos: «PRIMERO.-El conflicto colectivo afecta a la totalidad de los trabajadores de la empresa.-SEGUNDO.-Las relaciones laborales de las partes se hallan sujetas al convenio colectivo de ámbito empresarial, con vigencia entre el 1 de Enero de 2013 y el 31 de Diciembre de 2016.-TERCERO.-Se interpone el conflicto con el fin de que se declare el derecho de todos los trabajadores afectados a disfrutar del permiso retribuido que establece el art. 33.1 párrafo segundo del convenio colectivo, por accidente, enfermedad grave u hospitalización de un familiar, con independencia de que el mismo siga o no hospitalizado, es decir, sin que el alta hospitalaria del pariente conlleve la finalización del permiso.- La empresa concede el permiso solamente durante los días que persiste la hospitalización del pariente.-CUARTO.-El anterior convenio colectivo de empresa estuvo vigente durante el período 2008-2010. La Circular 1/2012 de 23 de Febrero de 2012 sobre procedimiento para la solicitud de permisos retribuidos reguló los requisitos para la concesión del permiso por hospitalización de pariente en el apartado 2-e), que la empresa ha venido aplicando desde la publicación de la circular. Esta fue impugnada judicialmente, dictando sentencia este Tribunal el 26 de Junio de 2012 (autos 8/2012), que anuló algunos apartados de la Circular, confirmando, entre otros, el apartado 2-e).QUINTO.-El intento de conciliación se realizó el 17 de Octubre de 2016, finalizando sin avenencia».

QUINTO.- En el recurso de casación formalizado por la representación procesal de la Confederación Sindical E.L.A., se consigna el siguiente motivo: ÚNICO.- Al amparo del art. 207 e) LRJS se denuncia la infracción de los art. 33 del Convenio Colectivo de empresa.

SEXTO.-Transcurrido el plazo concedido para impugnación del recurso, se emitió informe por el Ministerio Fiscal, en el sentido de considerar procedente la desestimación del recurso.

SÉPTIMO.-Se señaló para la votación y fallo del presente recurso el día 13 de junio de 2018, fecha en que tuvo lugar.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

PRIMERO.-1.- Se recurre en casación la STSJ País Vasco 21/Febrero/2017 [autos 1/2017], que desestimó la demanda sobre Conflicto

Colectivo presentada frente - entre otros- la empresa «Euskotrenbideak» y relativo -resumimos el Suplico- al «derecho de los trabajadores afectados a disfrutar el permiso retribuido previsto en el art. 31 del Convenio Colectivo de empresa en tanto que el familiar no haya obtenido el alta médica, presumiendo que la simple alta hospitalaria no excluye la gravedad/necesidad de reposo domiciliario determinantes del permiso».

2.- El recurso se formula al amparo del art. 207.2) LJS, denunciando la infracción del art. 33 del Convenio Colectivo de empresa en relación con el art. 37 ET , y la inaplicación de la jurisprudencia que representan las SSTS 21/09/10 [rco 84/09 ] y 05/03/12 [rco 57/11 ].

SEGUNDO.-1.- El examen de la denuncia exige, como es lógico, la reproducción de los preceptos de cuya aplicación se trata y que han sido denunciados como infringidos, pero ha de hacerse en el bien entendido de que el punto de partida ha de ser la consideración de que el art. 37.3 ET no es una norma de derecho necesario absoluto, sino relativo, lo que significa que sea disponible para la negociación colectiva exclusivamente al alza, por lo que es manifestación de la norma mínima [ art. 3.3 ET ], que a su vez lo es del principio de jerarquía normativa [ art. 9.3 CE ] y de su plasmación en la ordenación de fuentes del Derecho Laboral [ arts. 3.1 y 85.1 ET ], que en absoluto conculca el derecho a la negociación colectiva [ art. 37.1 CE ], como ha precisado el Tribunal Constitucional [ STC 210/1990, de 20/Diciembre , con cita de las 58/1985 , 177/1988 y 171/1989 ] ( SSTS 23/04/09 -rco 44/07 -; 25/01/11 -rco 216/09 -; y 29/09/15 -rco 292/14 -).

2.- Conforme al art. 37.3.b) ET , «El trabajador, previo aviso y justificación, podrá ausentarse del trabajo, con derecho a remuneración, por alguno de los motivos y por el tiempo siguiente: ... b) Dos días por ... accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario, de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad». Y de acuerdo al art. 33.1 del Convenio Colectivo de aplicación, «Por enfermedad grave justificada u hospitalización se dispondrá de 5 días laborables si se trata del cónyuge o compañero/a o hijo/a y 2 días laborables si se trata de familiares hasta 2 grado de consanguinidad y afinidad. Los días serán laborables, y podrán ser consecutivos o no, pudiendo disfrutarse mientras se mantenga el motivo del hecho causante... Así mismo, los/as trabajadores/as tendrán derecho a dos días naturales cuando se produzca la intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario, de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad».

3.- Sobre esta base normativa nuestra solución no puede ser sino la que adoptamos en la sentencia de 05/03/12 [rco 57/11 ], interpretando normativa convencional de similar expresión y en todo caso de idéntico significado, por entender -una vez más- que la duración del permiso por hospitalización de parientes prevista en el Convenio Colectivo no se extingue con la simple alta hospitalaria, si la misma no va acompañada de alta médica. Al efecto reproducimos literalmente los argumentos entonces empleados:

«... en apoyo de esta conclusión, argüimos las siguientes consideraciones: a).- Si bien «el accidente y la enfermedad ... han de tener la suficiente entidad como para poder ser calificadas de "graves"..., en principio, la hospitalización no parece necesitar tal cualidad [ni la ley ni el convenio la mencionan] aunque, desde luego, no la excluyan» ( STS 21/09/10 [-rco 84/09 -]). b).- Es un principio general de derecho que donde la norma no distingue no debe distinguir el intérprete, máxime cuando se trata de restringir derechos que la misma establece ( SSTS 28/02/84 - ril- ... 30/12/07 -rcud 5046/05 -; 26/12/07 -rco 1095/07 -; 26/11/08 -rco 95/06 -; 09/12/10 -rcud 321/10 -) y «lo cierto es que la Ley y el Convenio sólo hablan de "hospitalización", sin distinguir entre las causas que la motivan, ni condicionar el disfrute de la licencia a la concurrencia de otro requisito» ( STS 23/04/09 -rco 44/07 -...). c).- De «la literalidad del artículo 37-3-b) del Estatuto de los Trabajadores se deriva, al emplearse el nexo disyuntivo "u" [en la redacción vigente, "o"] ... que la Ley usa un nexo alternativo y de contraposición que indica que basta con que concurra una de esas circunstancias para que nazca el derecho, lo que no ocurriría si hubiese usado un nexo copulativo que exigiría la acumulación de requisitos ... » (citada STS 23/04/09 -rco 44/07 -). d).- «Es evidente que el permiso en cuestión no puede estar destinado ... a "holganza, viajes o asuntos propios" del trabajador, lo que podría constituir claros fraudes o abusos de derecho merecedores del correspondiente reproche empresarial, pero su causa remota tampoco tiene por qué agotarse en el cuidado o atención personal, física y directa al familiar, porque la enfermedad o el ingreso hospitalario de éste puede requerir de aquél otro tipo de dedicación no directamente relacionada con la atención personal, que igualmente pueda justificar la ausencia al trabajo del primero» (de nuevo STS 21/09/10 [-rco 84/09 -]). e).- El permiso no está previsto «para que el trabajador pueda disfrutar de tres días de asueto, retribuidos, mientras que el familiar hospitalizado ya se encuentra recuperado, o incluso trabajando. Pero aunque, ciertamente, esas situaciones no permitirían seguir haciendo uso, hasta agotarlo, del permiso cuestionado, tal consecuencia no puede ser el resultado del simple alta hospitalaria [no lo regula así el texto del convenio] sino del alta médica, que habría hecho desaparecer la razón última del permiso, justificado por la situación patológica del familiar» (la tan referida STS 21/09/10 [-rco 84/09 -]). f).- Una elemental interpretación finalística del precepto sitúa la solución del problema ... en la necesidad de atención y cuidados del paciente, por lo que «el permiso por hospitalización de pariente... ha de ser concedido, cuando concurren el resto de los elementos que configuran tal derecho, "con independencia de que dicho familiar siga o no hospitalizado"... » (una vez más, STS 21/09/10 [-rco 84/09 -]). Y g).- La conclusión se refuerza si se tiene en cuenta que usualmente -la experiencia así lo demuestra- el alta hospitalaria no va acompañada el alta médica ni siquiera en los supuestos de cirugía «menor», sino que casi siempre es dada con la recomendación facultativa -expresada o no documentalmente- de que la atención sanitaria recibida vaya seguida de un periodo de reposo, que si es domiciliario de por sí constituye

causa independiente del permiso retribuido de que tratamos, por lo que -de no seguirse la tesis que mantenemos- pudiera llegarse a la posible contradicción consistente en que un mismo hecho -el reposo domiciliario- constituyese a la vez causa justificativa del permiso retribuido [si no va precedida de hospitalización] o de la extinción del mismo [si sigue al alta hospitalaria]. Aparte de que no se nos ocultan las dificultades de orden práctico que se producirían para acreditar -por el beneficiario del permiso- la persistencia de la gravedad del proceso pese al alta hospitalaria emitida, lo que nos invita a considerar más oportuno presumir la persistencia de los requisitos del permiso -gravedad/reposo domiciliario- si el alta hospitalaria no va acompañada de la correspondiente alta médica».

TERCERO.-Las precedentes consideraciones comportan -diversamente a lo que el Ministerio Fiscal sostiene- la estimación del recurso. Sin imposición de costas [art. 235.1 LJS].

## **FALLO**

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

1º.- Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación de la «Confederación Sindical E.L.A.».

2º.- Revocar la sentencia dictada por el TSJ del País Vasco en fecha 21/Febrero/2017 [autos 7/2017 ], declarando el derecho de los trabajadores a disfrutar el permiso retribuido previsto en el art. 31 del Convenio Colectivo de empresa, en tanto que el familiar no haya obtenido el alta médica, presumiendo que por sí misma el alta hospitalaria no excluye la gravedad/necesidad de reposo domiciliario determinantes del permiso.

3º.- No imponer costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.