

NUEVA SENTENCIA PIONERA DE USO: EL PERMISO DE FUERZA MAYOR DEBE SER RETRIBUIDO

Resumen

El carácter retribuido del nuevo permiso de fuerza mayor de 4 días del Artículo 37.9 del E.T. y la imposibilidad de disminuir su retribución ni por las empresas ni por los negociadores, en los Convenios Colectivos y Acuerdos de Empresa.

ANTECEDENTES DE HECHO

La empresa Unísono remite un comunicado con el siguiente contenido:

“Informaros que, respecto al permiso retribuido por horas de ausencia equivalentes hasta 4 días para "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", 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 a concluir que dicho permiso tiene carácter no retribuido salvo que el convenio colectivo, o en su defecto acuerdo con la empresa, indique lo contrario”.

A esto se añade, que empezamos a detectar que cada vez más empresas de renombre y peso en el mercado están comenzando a cuestionar el carácter remunerado del permiso por fuerza mayor; aunque no todas las empresas han planteado este cuestionamiento, es evidente un aumento en el número de grandes empresas que consideran que la cuestión de la remuneración debe ser determinada a través de la negociación colectiva.

Al ser un permiso de nueva creación, no existe actualmente ningún convenio colectivo ni acuerdo de empresa que incluya disposiciones específicas sobre él.

El artículo 37. 9 del Estatuto de los Trabajadores regula el Permiso de Fuerza Mayor, con el siguiente redactado:

“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.”

Como se puede apreciar al leer el precepto, la redacción del mismo podía haber sido más precisa.

ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

La Sentencia de la Sala Social de la Audiencia Nacional de 13 de febrero de 2024 da respuesta al objeto del conflicto planteado por la parte social, desde USO entendimos que el vigente art. 37. 9 del E.T genera en favor del trabajador el derecho a ser retribuido, sin que la necesidad de que el convenio colectivo o acuerdo de empresa lo estableciera.

Para ello, la sentencia interpreta el texto del artículo 37.9 del E.T. conforme a los criterios de interpretación de las normas de origen legal.

El artículo 3.1 del Código Civil que establece los criterios para interpretar las normas:

1. Interpretación Literal o Gramatical
2. Interpretación Sistemática
3. Interpretación Histórica y Finalista
4. Interpretación Sociológica

1.- Interpretación literal o gramatical

La interpretación gramatical consiste en interpretar una norma según el sentido común de las palabras y frases utilizadas, así como las reglas gramaticales y sintácticas del idioma en el que está redactada la norma.

La sentencia comienza observando que la redacción del texto podría ser mejorable; entiende que analizando el texto se trata de un permiso de carácter retribuido, esta conclusión la alcanza basándose por un lado en el tenor literal del propio texto, así como realizando una comparativa con otras redacciones del propio Estatuto de los Trabajadores, donde el legislador sí ha decidido supeditar el derecho a la negociación colectiva.

Como ejemplo, hace referencia al artículo 34.4 del ET, que recordemos nos indica:

“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.”

Como podemos ver comparando ambas redacciones, en esta segunda es claro que el legislador supedita que sea *“tiempo de trabajo efectivo”* al convenio o contrato de trabajo. A diferencia de nuestro caso: *“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”*.

Y finaliza este criterio, recordando que para el caso en que se cuestione a que el E.T. no indica la cantidad a retribuir por dicho permiso, y que serán los convenio colectivo o acuerdos de empresa quienes la fijen. La sentencia estima que la jurisprudencia ya da respuesta a la cantidad que debe retribuirse, y recuerda que debe ser la normal, puesto que una disminución supondría una discriminación indirecta por sexo, puesto que estamos ante un derecho vinculado a la conciliación. En este sentido hace referencia a la Sentencia 19 de junio de 2023 (Sitel) y la STS de 3 diciembre de 2019 (Grupo El Árbol)

En ambas sentencias donde fuimos demandantes.

2.- Interpretación sistemática

La interpretación sistemática tiene en cuenta cómo encaja el artículo 37.9 ET en el conjunto de la norma.

La empresa venía alegando que no debía considerarse retribuido por no estar regulado dentro del artículo 37.3 Estatuto de los Trabajadores.

La Audiencia Nacional considera que el legislador, pese a que estamos ante un supuesto de interrupción de la prestación laboral por causa de fuerza mayor de carácter temporal, no la sitúa en el artículo 47 ET donde ya se localizan otros supuestos sin que contengan el elemento retribuido.

En cambio, el legislador, encuadra el presente permiso en el art. 37 del E.T, precepto que regula interrupciones en la prestación de servicios que en principio son retribuidas, y que en caso de no de serlo lo indica expresamente.

Lo que le lleva a concluir que, puesto que no se indica expresamente la ausencia de retribución, por el orden sistemático del precepto, debe ser retribuido.

3.- Interpretación histórica y finalista

Este enfoque interpretativo tiene en cuenta el trasfondo histórico y la finalidad que motivó la creación de la norma.

Para ello la sentencia analiza: la exposición de motivos del RD Ley 5/2023 así como el ante proyecto y el proyecto de la Ley de Familias; en ambos casos nos remite a la necesidad de la 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 indica 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 de la conveniencia del carácter retribuido del mismo.

El anteproyecto y el proyecto de la Ley de Familias (antecedentes de nuestro actual artículo 37.9 ET a pesar de que no se llegaron a tramitar) reconoce el carácter retribuido. Así como la propia exposición de motivos del RD Ley 5/2023.

Además, la Nota Informativa que emitió la Vicepresidencia 2ª del Gobierno y el Ministerio de Trabajo Economía social, recalca que la intención del Gobierno es que los 4 días de horas de ausencia por fuerza mayor familiar sean retribuidos.

4.- Interpretación sociológica.

La interpretación sociológica busca entender cómo las normas se inscriben en el tejido social y contribuyen a la configuración de la sociedad en su conjunto.

La realidad social sobre la que se aplica la norma está reflejada tanto en la STS de 3 de diciembre de 2019 (Grupo El Árbol) como en los Considerandos de la Directiva de 20 de junio de 2019, y que se traspone en nuestro ordenamiento con el del RD Ley 5/2023.

La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, en su artículo 4, incluye la igualdad entre hombres y mujeres como un principio informador del ordenamiento jurídico.

Es decir, cualquier duda interpretativa que pueda surgir debe resolverse efectuando un enjuiciamiento con perspectiva de género, para que el Principio de Igualdad de trato y no discriminación sea realmente efectivo.

La postura de la empresa, de interpretar el permiso de fuerza mayor como no retribuido, *“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.”*

En resumen, la sentencia coloca sobre la norma los distintos focos interpretativos literal o gramatical, sistemáticos, histórico, finalista y sociológico.

La Audiencia Nacional considera que con todo lo expuesto es suficiente para estimar que el permiso del artículo 37.9 ET tiene carácter retribuido.

Y añade, que, en el presente supuesto, la defensa de la empresa al considerar que el cambio de criterio se debió a un error, no ha sido acreditado, por lo que no son suficientes para evidenciar cualquier vicio de la voluntad, máxime teniendo en cuenta los recursos que una empresa de la entidad de la demandada dispone para asesorarse jurídicamente. En todo caso, modificar la

decisión empresarial solo sería posible a través del procedimiento de MSCT del artículo 41 E.T., en el supuesto defendido por la empresa.

CONCLUSIONES

La presente sentencia resulta muy didáctica al ir analizando de uno en uno los criterios interpretativos de una norma, destacar el criterio de perspectiva de género, como establece la Ley Orgánica 3/2007.

Recuerda a la empresa que no puede cambiar arbitrariamente de criterio en la aplicación de una norma sin que exista justificación alguna y sin seguir el procedimiento de modificación sustancial de las condiciones de trabajo regulado en el artículo 41 E.T.

A nivel práctico, tenemos que tener en cuenta que no sólo nos dice que el permiso del artículo 37.9 del E.T. tiene carácter retribuido, siempre que se dé el supuesto de hecho y con una duración máxima de 4 días; sino que tiene especial relevancia la sentencia, al estimar que la retribución no puede ser minorada ni por la empresa unilateralmente ni por los convenios colectivos o acuerdos de empresa. Los negociadores únicamente podrán mejorar el permiso de fuerza mayor de 4 días, en ningún caso podrán establecer una regulación del mismo que empeore las condiciones establecidas por el legislador.

El origen del permiso referido lo encontramos tanto en el espíritu tanto de Directiva del 20 de junio de 2019 que se traspone, como del RD Ley 5/2023, así como en la jurisprudencia citada.

Su finalidad es la de paliar las dificultades de conciliación entre la vida familiar y laboral que, debido a los horarios ampliados y los cambios en los calendarios de trabajo, hace especialmente difícil el acceso de las mujeres al empleo. La falta de permisos remunerados para padres y madres en muchos países de la Unión Europea contribuye a que las mujeres se vean obligadas a asumir más responsabilidades en el cuidado familiar. Esto crea desequilibrios de género en el trabajo y la familia.

El presente permiso retribuido de fuerza mayor surge con la finalidad de abordar estos estereotipos y promover permisos y flexibilidad laboral para reducir la carga no remunerada de las mujeres y facilitar su participación plena en el empleo.

Para lograr la igualdad efectiva entre hombres y mujeres, se están implementando medidas desde la perspectiva de la corresponsabilidad.

Entendida la corresponsabilidad como medida para promover la igualdad de género al desafiar los roles tradicionales de género que asignan ciertas responsabilidades y roles a hombres y mujeres. Favoreciendo así un enfoque más equitativo en el hogar y en el trabajo, permitiendo que ambos géneros participen de manera activa y equitativa en todas las esferas de la vida.

Esta sentencia ataja la reciente práctica de empresas de todo tipo que estaban interpretando que el permiso de fuerza mayor del art. 37.9 ET carecía de retribución salvo, que un convenio colectivo o acuerdo de empresa lo estableciera. Lo que dejaba a voluntad de la empresa o la fuerza negociadora de la parte social, el carácter retribuido del mismo. Lo que habría provocado que el efecto fuera el contrario al pretendido tanto por el legislador europeo como español.

Sindicalmente tendremos que estar pendientes de que las futuras regulaciones en convenios o acuerdos de empresa respetan el mínimo de derecho necesario del Estatuto de los Trabajadores, sin que puedan disminuir la retribución percibida por el mismo.