

Licencias retribuidas, reducciones de jornada, suspensiones, excedencias: Un balance de Jurisprudencia

Paid leaves, reduction of working hours, suspension, extended leave of absence: A report on Jurisprudence

LUCÍA MARTÍN RIVERA*

I. INTRODUCCIÓN

La doctrina judicial y la jurisprudencia han sido profusa a la hora de interpretar la regulación de los permisos retribuidos, las reducciones de jornadas y las causas por las que se suspende el contrato de trabajo, incluidos los supuestos de excedencias.

En este trabajo nos vamos a ocupar fundamentalmente del análisis de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, pero también analizaremos la doctrina jurisdiccional y la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que está jugando un papel notable en la conformación de los ordenamientos laborales de los Estados miembros. Aunque nuestro objetivo es hacer un análisis de la jurisprudencia de los últimos años, debemos partir de pronunciamientos judiciales anteriores para comprobar en qué medida la jurisprudencia ha abordado nuevos aspectos de los institutos indicados, o ha modificado anteriores soluciones jurisprudenciales.

La doctrina jurisprudencial en esta materia ayuda fundamentalmente a adaptar la normativa general a la casuística de estos institutos, que puede ser susceptible de importantes variaciones debido a que se trata de derechos, que, en algunos casos, están íntimamente relacionados con cambios o transformaciones sociales sobrevenidas.

En primer lugar, analizaremos los pronunciamientos judiciales que afectan a las licencias o permisos retribuidos regulados en el art. 37.3 ET. En relación con ellos, tratamos en un primer momento diversas cuestiones generales que tienen una notable trascendencia práctica. Estas son: el alcance respectivo del preaviso y de la justificación que requiere el disfrute de los diferentes supuestos de licencias; la composición de la retribución cuando el trabajador está de permiso; cómo deben computarse estas interrupciones a efecto de la jornada de trabajo; y, por último, cuál debe ser el momento inicial o *dies a quo* a efectos del cómputo de comienzo de los permisos. Posteriormente abordamos de manera singular los supuestos concretos por los que el trabajador puede interrumpir la actividad laboral. Como se sabe estas circunstancias tienen, a veces que ver con la necesidad del cumplimiento de deberes públicos; pero la

*Profesora TEU de la Universidad de Málaga.

mayoría de ellas vienen determinadas por la conciliación de la vida personal o familiar del trabajador. Son estas últimas las que mayor controversia judicial han planteado en los últimos años.

En segundo lugar, nos centraremos en los supuestos en los que el ordenamiento jurídico permite las reducciones de la jornada de trabajo. Nos vamos a centrar exclusivamente en el análisis jurisprudencial de tres modalidades de reducciones. Nos vamos a ocupar en un primer momento del permiso o reducción por cuidado del lactante, ya que a pesar de las modificaciones introducidas por RDL 6/2019, relativas a su configuración como un derecho individual de hombres y mujeres, y su carácter no transferible, sigue estando vigente gran parte de la jurisprudencia reciente, aunque han quedado resueltas otras cuestiones como las relativas a la titularidad del derecho. Posteriormente, nos centraremos en la reducción de la jornada por “guarda legal” o para el cuidado de familiares desvalidos (art. 37.6 ET). En ella analizamos dos cuestiones de bastante trascendencia práctica; una hace referencia al propio contenido y alcance de este derecho; y la otra a cuál debe ser el módulo (diario, semanal, mensual, o anual) sobre el que debe operar la reducción de la jornada. Finalmente, abordamos la reducción de jornada por cuidado de menores afectados de cáncer u otra enfermedad grave (párrafo tercero del art. 37.6 ET). En este caso, la mayor conflictividad judicial se ha presentado fundamentalmente en torno al devengo de la prestación económica que es concomitante a este derecho.

En tercer lugar nos vamos a referir a las causas que suspenden el contrato de trabajo (art. 45 ET), analizando cuestiones relativas por ejemplo al alcance que tiene la reserva del puesto de trabajo cuando la suspensión se debe al mutuo acuerdo; también trataremos la litigiosidad relativa a los descuentos salariales de los días de huelga; o las dudas que plantea la calificación que merece el despido de un trabajador que tiene su contrato en suspenso por enfermedad. En el caso del nuevo supuesto de suspensión por nacimiento introducido por el Real Decreto-Ley 6/2019, que configura la maternidad y la paternidad como un derecho individual de la persona

trabajadora, intransferible tanto para la maternidad natural o la civil, han puesto fin a alguna de las principales cuestiones judiciales en torno a estas causas suspensivas como la transferencia del derecho en favor del otro progenitor.

Finalmente en relación con la excedencia nos vamos a ocupar de la excedencia voluntaria y por cuidado de hijos y familiares. Sin duda las cuestiones que más interrogantes han planteado giran en torno al reingreso preferente del trabajador excedente voluntario; y sobre si merece la calificación de despido nulo la negativa empresarial al reingreso por inexistencia de vacante en el supuesto de una excedencia por cuidado de hijos o familiares.

2. LOS PERMISOS RETRIBUIDOS DE LOS TRABAJADORES

El art. 37.3 ET contempla, como se sabe, una serie de situaciones que interrumpen el contrato de trabajo y que permiten al trabajador ausentarse del trabajo y dejar de realizar su actividad laboral. Aunque estas situaciones exoneran al trabajador de la obligación de trabajar durante períodos normalmente breves, no liberan al empresario de su obligación de abonar la retribución durante los días de su disfrute, ni de cotizar a la Seguridad Social.

Tales permisos se justifican por la necesidad de que el trabajador pueda compaginar sus obligaciones laborales con otros intereses legítimos. Las causas o circunstancias que justifican las interrupciones tienen lugar, a veces, con el cumplimiento de deberes públicos; pero la mayoría de ellas vienen determinadas por la conciliación de la vida personal o familiar del trabajador. Por otra parte, las interrupciones contempladas en el art. 37.3 ET no son periódicas ni seguras, y este carácter impredecible las distingue de otras interrupciones del contrato de trabajo retribuidas que también contempla o bien el propio art. 37.1 y 2 ET o bien el art. 38 en referencia al descanso semanal, las fiestas laborales o las vacaciones¹.

¹ En este sentido, SANCHEZ TRIGUEROS, C., en “Los permisos retribuidos del trabajador”. Aranzadi. 1999, pág 26-30, pone

Los permisos recogidos en el art. 37.3 del ET constituyen un mínimo de derecho necesario que puede ser mejorado por los convenios colectivos y por el contrato de trabajo. La mejora del convenio colectivo puede consistir en una mayor duración del permiso, o bien en establecer circunstancias nuevas que permitan al trabajador la interrupción de la actividad laboral.

2.1. Permisos retribuidos del artículo 37.3 ET: cuestiones generales

La doctrina jurisprudencial ha abordado determinados problemas que afectan al conjunto de los permisos retribuidos. A saber: el preaviso y la justificación que requiere el disfrute de los permisos; los elementos que deben incluirse en su retribución; su cómputo a efecto de la jornada de trabajo; y el momento inicial o *dies a quo* de comienzo de los mismos. De todas estas cuestiones nos vamos a ocupar en los párrafos siguientes.

A. Dos requisitos instrumentales: previo aviso y justificación de los permisos

El artículo 37.3 del ET establece que el ejercicio de los permisos requiere “previo aviso y justificación”. La necesidad de avisar con antelación al empresario ha planteado diversas dudas. La primera es si la expresión “previo aviso” comporta la autorización por parte del empresario. La doctrina judicial ha venido entendiendo, con razón, que no es necesaria la autorización empresarial, siendo sólo precisa la comunicación al empleador. En consecuencia, la falta de pronunciamiento del empresario o su negativa no podrá frustrar el derecho².

También ha sido clara la jurisprudencia al negar la posibilidad de crear requisitos

de manifiesto las diferencias de los permisos retribuidos con las suspensiones del contrato de trabajo y con otras interrupciones periódicas del contrato de trabajo. Por su parte, BASTERRA HERNÁNDEZ, M., en “Los permisos retribuidos del art. 37.3 del ET: un análisis aplicativo”. REDT, núm. 195, 2017, pág. 3. insiste en estas diferencias, señalando que, aunque los permisos no son estrictamente tiempo de descanso, entre estos últimos y los permisos retribuidos existe cierta afinidad, y eso lo demuestra la propia ubicación donde se regulan.

² STSJ Madrid 20 de julio de 1992.

adicionales al requerimiento de preaviso y justificación, incluso en aquellos casos en los que el permiso retribuido sea de creación convencional. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo, de 22 de septiembre de 2009, en la que se solicitaba que se declarase el derecho de los trabajadores a disfrutar del permiso retribuido contemplado en el artículo 29-2 del III Convenio Colectivo Estatal del Sector de Telemarketing (permiso para consulta médica)³, sin más requisitos o limitaciones que las recogidas en dicho precepto. El Tribunal Supremo (TS), resuelve que por justificación oportuna debe entenderse la que requieran las circunstancias de cada caso y no la que requiera la empresa, quien no puede limitar el ejercicio del derecho exigiendo unos justificantes, sobre la hora de cita médica, el inicio de la misma y o su terminación⁴.

Por su parte, también conviene poner de manifiesto que se viene admitiendo un margen de tolerancia sobre que el aviso tenga que ser previo al disfrute del permiso. Se consiente que la comunicación se realice con posterioridad al hecho que ha desencadenado el permiso, en aquellos casos en los que el carácter urgente del acontecimiento puede dificultar extraordinariamente o imposibilitar el aviso previo. En estos casos, la comunicación al empresario se debe hacer a la mayor brevedad posible para causar el mínimo daño a la empresa⁵.

B. La cuantía de la retribución de los permisos

Una doctrina jurisprudencial ya antigua se ha pronunciado respecto a cuál debe ser la cuantía de la retribución en los días en los que el trabajador está de permiso. Desde entonces

³ El citado artículo 29-2 dispone: “Los trabajadores tendrán derecho hasta 35 horas retribuidas al año, para asistir a consultas de médicos de la Seguridad Social, debiendo avisar con la mayor antelación posible y debiendo presentar la justificación oportuna”.

⁴ Esta doctrina sigue pronunciamientos anteriores como los de la STS 14 marzo de 1989 en los que, frente a la posible exigencia por parte del empresario de requisitos adicionales, señalaba, que el poder de dirección del empresario no puede estar por encima de las exigencias legales que hablan exclusivamente de preaviso y justificación.

⁵ RODRIGUEZ GONZÁLEZ, S., “Tiempo de trabajo y vida privada”. Comares, 2016, pág. 321.

el criterio general de los tribunales ha sido que debe abonarse el salario que correspondería al trabajador si el mismo hubiese realizado su prestación laboral⁶.

A pesar de esta doctrina, se han planteado dudas respecto a si se tiene derecho a percibir determinados complementos salariales, que parecen estar vinculados a la realización del trabajo efectivo. En este sentido, el TS ha negado expresamente en Sentencia de 24 de febrero 2006 el derecho a percibir un plus de domingos y festivos a aquellos trabajadores que estén de permiso en esos días, argumentando que, si la finalidad de ese plus es la de resarcir de las incomodidades resultantes de trabajar en esas fechas, su percepción debe depender exclusivamente del ejercicio de la actividad profesional. Con base en las mismas razones dos sentencias del TS, una de 15 de septiembre 1995, y otra de 18 de marzo 2009, han negado también el percibo del plus de nocturnidad en la retribución de los permisos del art. 37.3 ET.

De esta doctrina cabe deducir que, aunque el trabajador debe percibir como regla general el salario como si hubiese trabajado, y eso incluye el salario base y todos los complementos salariales, determinados complementos, que tienen un carácter funcional, no se devengarían, porque requieren que se realice la prestación de trabajo, y por lo tanto se actualice la circunstancia que los motivó. Estos complementos estarían incluidos en los que se fijan en función del puesto de trabajo que son aquellos en los que se valoran aspectos materiales del trabajo, o su calidad. Así, el plus de nocturnidad, de horas extraordinarias, de domingos y festivos y de disponibilidad. En

⁶ SANCHEZ TRIGUEROS, C., en "Los permisos retribuidos del trabajador", op. cit; aporta numerosas sentencias en este sentido. Sirva como ejemplo de todas ellas la STSJ de Valencia de 1 de marzo 1990 en la que se establece que: "derecho a remuneración comprende todos los complementos salariales, todos los conceptos retribuidos como si realmente se hubiese trabajado". Por su parte, la Sentencia del TSJ del País Vasco 23 de marzo 2010 ha reiterado que, durante las situaciones de licencias retribuidas, los trabajadores tienen derecho a percibir el total de los conceptos salariales, tanto fijos como variables, y a ser retribuidos con un salario igual al que habrían percibido de haber prestado servicios con arreglo a la jornada prefijada para esos días.

cambio, respecto de otros complementos fijados en función del puesto de trabajo, como el de toxicidad, penosidad, o turnos rotativos, productividad o incentivos, entiendo que sería cuestionable su no retribución, ya que lo que se valora para su devengo es una característica determinada del trabajo realizado que no se pierde por estar el trabajador disfrutando de una licencia.

En esta línea se ha pronunciado el Tribunal Supremo respecto a cómo se deben retribuir las vacaciones. Esta jurisprudencia nos puede servir de guía, porque al igual que en los permisos retribuidos durante las vacaciones se interrumpe la prestación laboral pero no se exonera al empresario de retribuirlos. El Tribunal Supremo en sentencia de 8 de junio del 2016 distinguía entre aquellas cantidades que claramente deben ser retribuidas en el salario de vacaciones, a las que denomina "«núcleo» -zona de certeza", y aquellas en las que su devengo puede ser dudoso; a éstas últimas las denomina "«halo» -zona de duda". El primer grupo estaría integrado por "el salario base, los conceptos -complementos- debidos a «condiciones personales» del trabajador [antigüedad, titulación, idiomas...] y a circunstancias de la «actividad empresarial» [toxicidad; penosidad; peligrosidad...]. Según el Tribunal Supremo, estas partidas salariales siempre deben integrar el salario de vacaciones porque son percibidas por los trabajadores individualmente considerados. El segundo grupo de complementos, siguiendo esta jurisprudencia sobre vacaciones, estaría integrado por aquellos atribuibles a circunstancias relativas al concreto «trabajo realizado», y su calificación como retribución ordinaria o extraordinaria "dependerá de las circunstancias concurrentes [particularmente la habitualidad en su ejecución]. En suma, la habitualidad en la ejecución de algunos complementos debe determinar también su devengo o su exclusión del salario en los permisos retribuidos⁷.

⁷ Otra cuestión relacionada con la retribución de los permisos es la que resuelve la STSJ de Castilla y León de 14 de mayo 2013 al establecer que un día de licencia o permiso debe equivaler a un día de trabajo sin pérdida de retribución. No estando justificado las diferencias económicas entre día de trabajo ordinario y día de permiso o licencia. "La concesión de los permisos y licencias no se realiza por jornadas, sino por días,

C. Cómputo de los permisos a efectos de la jornada de trabajo

Respecto a cómo deben computarse los permisos a efectos de la jornada laboral los tribunales vienen determinando que se trata de tiempo de trabajo efectivo, y por tanto se tendrá en cuenta y computará dentro de los máximos fijados en la jornada. Como ha puesto de manifiesto la doctrina científica, se produce una ficción jurídica por la que se consideran trabajados unos periodos de tiempo en los que el trabajador no tiene que realizar la prestación de servicio⁸. En este sentido hay una doctrina jurisdiccional asentada hace tiempo que determina que los permisos no se conciben como “una disminución de la jornada laboral”⁹.

Por cierto, esta doctrina parece limitada a los permisos legales del art. 37 ET, y no a los permisos convencionales. Por ejemplo, el carácter recuperable o no de los permisos por asuntos propios ha sido objeto de análisis en diversas sentencias del Tribunal Supremo, muchas de las cuales giran en torno a la interpretación del Convenio Colectivo Estatal de las Empresas de Seguridad. El artículo 46 del mencionado Convenio concede un día de ausencia por asuntos propios a los trabajadores, sin determinar si éste tiene carácter recuperable o no. El Alto Tribunal ha considerado que los permisos por asuntos propios, en este caso, no son tiempo de trabajo efectivo, pues de haber pretendido que los días de permiso por asuntos propios no fueran recuperables, los negociadores del convenio habrían realizado las correspondientes deducciones en la jornada de forma que no fuese preciso recuperar esos días para cumplirla¹⁰.

En conclusión, de esta jurisprudencia podemos extraer que el caso de que los permisos

sean de creación convencional, el carácter recuperable o no de los mismos dependerá de lo que determine el convenio colectivo; si el convenio determine que no son recuperables de manera expresa, éstos serían recuperables siempre y cuando la ausencia determine una inobservancia de la jornada fijada en el convenio colectivo.

Otra cuestión importante que se ha planteado en relación con los permisos y su influencia en la jornada de trabajo hace referencia a si la duración de los permisos debe ser la misma para un trabajador a tiempo parcial que para un trabajador a jornada completa. La STS 15 de septiembre del 2006 establece que la regla general aplicable a los trabajadores a tiempo parcial, no es ya la de “la igualdad de derechos pura y simple, sino la de acomodar el disfrute de aquellos derechos que no se consideran divisibles a la proporcionalidad derivada de la situación desigual en que se encuentran”¹¹.

Con base en este argumento considera que el disfrute de 2 días por asuntos propios “no debe reconocerse a los trabajadores a tiempo parcial en su plenitud literal” sino “de manera proporcional a la jornada que realizan en relación con la ordinaria”.

Esta doctrina supone aplicar en su totalidad a esta clase de trabajadores aquellos derechos que por su naturaleza sean indivisibles y, en cambio, reconocérselos sólo proporcionalmente cuando el beneficio es susceptible de algún tipo de medición. A nuestro juicio, los permisos retribuidos legales en el caso de los trabajadores a tiempo parcial deberían ser indivisibles. La proporcionalidad podría aplicarse a aquellos permisos de creación convencional como el de los días por

con lo que la garantía de mantenimiento de la retribución que contempla el artículo 46 del Convenio Colectivo Estatal de las Empresas de Seguridad se aplica a todo el día de disfrute del permiso no respecto a la jornada” como venía haciendo la empresa.

⁸ BASTERRA HERNÁNDEZ, M., “Tiempo de trabajo y tiempo de descanso”. Tirant lo Blanch. 2017, pág 63.

⁹ STCT 3 de marzo de 1982.

¹⁰ STS 14 de marzo del 2011; 20 de septiembre del 2011; y 26 septiembre 2011.

¹¹ Esta sentencia resuelve una demanda de Conflicto Colectivo interpuesta por Comisiones Obreras que afecta a unos 70 trabajadores contratados a tiempo parcial. Uno de los motivos que se plantea en la demanda es XIX Convenio Colectivo de la empresa demandada Saba Aparcaments, S.A. para los años 2003 a 2006, versa sobre la interpretación y aplicación de los arts. 18.e), y 19, tercer párrafo del referido Convenio Colectivo de empresa. Concretamente se cuestiona la interpretación del art. 18.e), en cuanto establece que el trabajador podrá ausentarse del trabajo con derecho a remuneración, hasta 2 días al año, por asuntos propios.

asuntos propios, pero no debe ser predicada de los supuestos que contempla el art. 37.3 del ET. Por ejemplo, en el caso del permiso por infortunios familiares la proporcionalidad no tendría mucho sentido si atendemos a la finalidad del permiso de atender a tales circunstancias infortunadas, las cuales no se ven reducidos porque se trate de un trabajador a tiempo parcial. Lo mismo cabría decir del día por traslado por domicilio, el permiso por cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público y personal, el de funciones sindicales, o el permiso por exámenes prenatales. Cuestión diferente sería si el convenio hubiese ampliado los plazos mínimos que el ET establece para estos permisos donde normalmente sí se podría establecer la proporcionalidad respecto a la mejora que ha realizado el convenio colectivo.

D. Día inicial en el que debe comenzar el cómputo de los permisos

El problema de cuál deba ser el momento en el que se inicie el disfrute de los diferentes permisos retribuidos que contempla el art. 37.3 ET es una cuestión de suma relevancia en la práctica. La estrecha conexión entre el suceso o acontecimiento que genera el permiso y el momento del disfrute de éste evidencian una necesaria inmediatez en el ejercicio de estos permisos. Por esta razón la doctrina judicial y la científica han venido entendiendo que los permisos habrán de disfrutarse justo a continuación del acaecimiento del hecho que los motiva¹².

Esto ha determinado que el permiso no se pueda fraccionar, ni tampoco disfrutar antes de que se actualice el acontecimiento que lo desencadena ni su disfrute extemporáneo. Tampoco será posible acumular los permisos a situaciones que el trabajador no está trabajando como las vacaciones, o suspensiones por maternidad¹³.

Cuestión distinta es la que se plantea cuando los días del permiso solicitado coincidan con un día festivo o con el descanso semanal. En estos casos se había entendido mayoritariamente que el permiso no sería trasladable a días hábiles¹⁴. No obstante, últimamente esa doctrina tradicional se ha modificado por parte de la jurisprudencia. En efecto, el *dies a quo* en el que va a comenzar el cómputo del permiso cuando el hecho causante que lo desencadena coincide en día festivo ha sido debatida en una reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 2018 que establece, que si el día en el que se produce el hecho que justifica el permiso no es laborable, el permiso por matrimonio, nacimiento de hijo o fallecimiento de familiar se inicia el primer día laborable que le siga. Asimismo, para los supuestos de accidente, enfermedad grave u hospitalización, el día inicial de disfrute debe entenderse el primer día laborable. La Jurisprudencia del Tribunal Supremo no distingue entre permisos cortos y largos, refiriéndose en la citada sentencia al permiso por matrimonio. Pero posteriormente la Audiencia Nacional en sus sentencias de 13, 20 y 28 de junio de 2018 sí hace esa distinción. El permiso por matrimonio estaría dentro de los permisos largos, y la mención en el precepto legal a “días naturales”, comportaría necesariamente que su cómputo incluyera días laborables y días no laborables. Esta argumentación puede parecer contraria a la Jurisprudencia del TS reseñada; pero tal vez la contradicción pueda salvarse si entendemos que esta doctrina se entiende referida a la cualidad de los días del permiso por matrimonio y no al inicio del cómputo del mismo. Reforzaría esta idea el hecho de que cuando la AN se refiere a los permisos cortos (nacimiento de hijo, enfermedad grave, accidente, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización, y fallecimiento de parientes hasta segundo grado de consanguinidad o afinidad), se hace mención a “días” y no a “días naturales”.

¹² SANCHEZ TRIGUEROS, C., en “Los permisos retribuidos del trabajador”. Op. cit. pág. 52. En este sentido también TCT de 3 de marzo de 1982, y STCT 29 de agosto de 1983. Más recientemente TS de 12 de mayo de 2009, donde se señala que “lo referente al día de la boda como incluido dentro de los 15 días de permiso por matrimonio, el recurso no merece acogida.”

¹³ En este sentido, pero referido más concretamente al

permiso por matrimonio BLASCO JOVER, C., “Tiempo de trabajo y permisos del trabajador por motivos personales y sindicales”. Tirant lo Blanch. Valencia 2013, pag 25.

¹⁴ MONTOYA MELGAR, A., *Derecho del Trabajo*, Tecnos ed. 39, pág. 450, haciendo referencia a una sentencia del TCT 31 de agosto de 1982, establece que si algún día de los solicitados coincidiese con festivo no será trasladado a días hábiles.

2.2. Jurisprudencia sobre los hechos causantes de los permisos retribuidos

En los apartados siguientes vamos a analizar aquellas materias que afectan de manera singular a los supuestos contemplados en el art 37.3 ET.

A. Permiso o licencia por matrimonio

El art. 37.3. a) ET reconoce al trabajador “quince días naturales en caso de matrimonio”¹⁵. Como pudimos ver en el apartado anterior el propio precepto establece que los días son naturales, y el TS en sentencia de 12 de mayo de 2009 estableció que la fecha en que se celebra el matrimonio debe estar incluida en los quince días, salvo cuando la celebración de la ceremonia se realice en día no laborable para el trabajador, “*en cuyo caso el plazo comenzará a contar desde el primer día laborable*”. El traslado al primer día laborable cuando la ceremonia se realice en día no laborable ha sido posteriormente confirmado por la ya analizada sentencia del TS de 13 de febrero de 2018. Por su parte, la doctrina judicial ha afirmado que la justificación del permiso se encuentra “*en el hecho mismo del matrimonio como acontecimiento*”¹⁶; o, dicho de otra forma, el hecho causante del permiso no es el cambio de estado civil del trabajador sino el acto mismo de la boda¹⁷.

Cuestión que ha sido también debatida es si en el supuesto del art. 37.3 a) ET puede entenderse comprendidas las parejas de hecho o los nuevos modelos de convivencia familiar continuada y de género, distintos al de las uniones matrimoniales; Tal inclusión ha sido negada por la AN en sentencia de 8 de enero del 2018¹⁸. Esta misma sentencia establece,

¹⁵ Cabe entender que la referencia al matrimonio contenida en el citado artículo, se extiende a cualquier matrimonio que pueda celebrarse al amparo de la normativa en vigor, incluyendo por tanto a los del mismo sexo (Disposición adicional 1ª de la Ley 13/2005, de 1 de julio, de reforma del Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio).

¹⁶ STSJ País Vasco 3 de marzo 1998.

¹⁷ Por su parte, BASTERRA HERNÁNDEZ, M., en “Los permisos retribuidos del art. 37.3 del ET: un análisis aplicativo”. REDT, núm. 195, 2017, pág 4.

¹⁸ La doctrina judicial ya se había pronunciado en este

también, que los convenios colectivos pueden extender el derecho a otro tipo de situaciones como son las uniones de hecho si bien dicha extensión debe realizarse explícitamente¹⁹.

Cuando el convenio colectivo ha equiparado las parejas de hecho al matrimonio a efectos de concederle un permiso retribuido, se ha planteado si en el caso de que coincidan los mismos integrantes, y cuando ya hayan disfrutado de ese derecho podrían solicitar de nuevo el permiso si contrajeran matrimonio. La doctrina jurisdiccional se ha pronunciado sobre esta cuestión entendiendo que habiendo disfrutado del mismo cuando se constituyeron en pareja de hecho no cabe su disfrute por razón de haber contraído matrimonio²⁰. En cambio, sí parece obviamente que se tendría derecho a disfrutar de nuevo del permiso en caso de segundas nupcias.

B. Permiso por infortunios familiares

El artículo 37.3 b) ET contemplaba antes del RDL 6/2019²¹ dos circunstancias distintas que permitían al trabajador interrumpir su jornada laboral. La primera era el nacimiento de un hijo biológico; y la segunda, la atención por parte del trabajador de diversos infortunios familiares de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad. Desde el 8 de marzo 2019 deja de estar vigente el permiso retribuido de 2 días por nacimiento de hijo. Por tanto, el art. 37.3 b) ET, ahora se refiere exclusivamente al permiso por infortunios familiares. Las adversidades familiares

sentido. Sirva de ejemplo la Sentencia del TSJ Madrid de 8 de abril de 1994.

¹⁹ SSTSJ Andalucía, 2 de marzo 2010. La doctrina también suele ser partidaria de esta interpretación. Así ROJO TORRECILLAS, E., en “Permisos y licencias (análisis del artículo 37.3 de la ley del estatuto de los trabajadores y de su desarrollo convencional)”. AA. VV. Tiempo de Trabajo, Bomarzo, 2011, pág 2013. “si la causa desencadenante del permiso es “la celebración del contrato de matrimonio jurídico”, el disfrute de ese permiso no lo recibirán las personas que formen una pareja de hecho y tampoco se extenderá, a salvo de regulación convencional expresa, al disfrute de permisos que se reconocen ampliamente en sede colectiva cuando se trata, por ejemplo, de matrimonios de familiares, es decir que no se reconocerá si los familiares formalizan una pareja de hecho.

²⁰ STSJ Castilla y León, de 11 de junio 2015.

²¹ Art.2.9 BOE 7 de marzo 2019.

son el fallecimiento, el accidente, la enfermedad grave u hospitalización, y la intervención quirúrgica sin hospitalización. Por su parte, la duración del permiso es de dos días ampliable a cuatro días en el caso de que el trabajador necesite desplazarse.

El determinar cuándo se produce un desplazamiento a efectos de la ampliación del permiso suele ser objeto de regulación por parte del convenio colectivo. En algunos casos los convenios han establecido un kilometraje mínimo para dar derecho a la ampliación; o han señalado que el desplazamiento ha de ser fuera de la provincia. El problema se plantea cuando el convenio no se pronuncia al respecto. El Tribunal Supremo establece como criterio general en este supuesto analizar las circunstancias concretas de cada caso, como la distancia entre los municipios, si se dispone o no de medio de transporte, o si existen buenas conexiones (STS 4 de junio del 2012)²².

El art.37.3 b) ET hace referencia a “días” y no a “días naturales”, por lo tanto, como vimos en su momento, debe entenderse que su disfrute va referido a días laborables²³.

Como ya dijimos en el apartado anterior, el TS establece que si el día en el que se produce el hecho que justifica el permiso no es laborable, el permiso por infortunios familiares se inicia el primer día laborable que le siga, tal y como se ha establecido en la STS de 13 de febrero de 2018. En este mismo sentido cabría preguntarse si esta doctrina también sería aplicable cuando el hecho causante del permiso surge mientras el trabajador está disfrutando de sus vacaciones. La jurisprudencia tradicional establece que el disfrute de los permisos exige cierta inmediatez²⁴.

²² En este sentido el TS sigue una antigua doctrina del TCT, sentencia de 18 de octubre de 1988, que establecía que no se debía atender a aspectos puramente formales, como puede ser el mero cambio de localidad o de municipio, sino a la distancia, las dificultades del transporte, etc.

²³ AN 13, 20 y 28 de junio de 2018.

²⁴ STS 17 de enero de 2008. Anteriormente la doctrina jurisdiccional también se había pronunciado en este sentido. Por ello se deniega el derecho a disfrutar del permiso de tres días que al efecto establece el convenio sin descartarlo de las vacaciones STSJ de Cataluña de 18-06-2001.

Es cierto que podemos encontrar algunas sentencias que han considerado que en estos casos se conservaría el derecho a disfrutar del permiso una vez transcurrido el periodo de vacaciones; pero se trata de resoluciones en relación con el extinto permiso por nacimiento de hijos, y respecto a la regulación convencional y no a la legal²⁵.

Varias son las cuestiones que ha planteado el permiso por hospitalización de familiar. En primer lugar, la hospitalización no exige la concurrencia de la nota de “gravedad” aunque tampoco la excluye (STS 21 de septiembre 2010). En segundo lugar, el Tribunal Supremo mantiene una doctrina reiterada que establece que el alta hospitalaria del familiar sin alta médica no produce la extinción anticipada del permiso ya iniciado (STS 21 septiembre 2010; 5 de marzo del 2012; 13 de junio 2018). Esto será así, salvo que el convenio colectivo disponga otra cosa, condicionando la duración a que el hecho causante “se mantenga durante el disfrute del permiso”, en cuyo caso se extinguirá con el alta hospitalaria y no con el alta médica (STS 4 de octubre 2015). Finalmente se ha establecido que solo se generaría el permiso por hospitalización sin pernoctar si existe intervención quirúrgica²⁶.

Por otra parte, el Tribunal Supremo entiende que el alumbramiento generará, un permiso por hospitalización para los familiares hasta segundo grado²⁷.

²⁵ Respecto al permiso por nacimiento de hijos la STSJ Galicia de 23 noviembre del 2015 entendió que se conserva el permiso por nacimiento de hijos con independencia de que éste se produzca en periodo vacacional. Esta sentencia argumenta que, aunque la jurisprudencia tradicional establece que el disfrute de los permisos exige cierta inmediatez, la interpretación del convenio objeto de discordia, en el que se reconocía un permiso de 4 días en caso de nacimiento de hijos o adopción, debe ser conforme al contexto de corresponsabilidad entre hombres y mujeres en el que se estableció. Por ello señalaba que “nos parece evidente la intención de los negociadores de blindar los permisos retribuidos por nacimiento de hijos y por adopción de los días festivos y del descanso semanal, y por la misma razón también de las vacaciones”. Sin embargo, señalaba esta sentencia que esta doctrina no se extiende a la previsión legal que establece el art. 37 b) ET, siendo esta interpretación válida exclusivamente para este permiso de creación convencional.

²⁶ AN 26 de julio 2018.

²⁷ STS 23 de abril del 2009. También se planteó si con

C. Permiso por traslado de domicilio

El trabajador dispone según establece el art. 37.3 c) ET con carácter remunerado de “un día por traslado del domicilio habitual”. Este permiso no presenta una litigiosidad muy abundante, pero sí de notable interés.

El Tribunal Supremo determinó en su momento que el uso del permiso no puede restringirse al traslado de muebles, pudiendo el trabajador dedicar ese tiempo a cualquiera de las gestiones relacionadas con dicho cambio (STS de mayo de 1992); esta doctrina significa que el permiso por traslado de domicilio no se limita a las operaciones de “mudanza”. También se ha puesto de manifiesto que el traslado ha de referirse al cambio de domicilio o residencia habitual y permanente, quedando excluido de este permiso los traslados de segunda vivienda o de residencia temporal²⁸.

D. Permiso por el cumplimiento de un deber público y personal y para el ejercicio del sufragio activo

El artículo 37.3 d) establece que el trabajador dispondrá “del tiempo indispensable para el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público y personal, comprendido el ejercicio del sufragio activo”. Dos son las cuestiones fundamentales que ha planteado este permiso en la jurisprudencia la primera hace referencia a que debemos entender por “inexcusable deber de carácter público y personal”; y la segunda corresponde a la duración del permiso.

motivo de la hospitalización subsiguiente al parto, el otro progenitor podría disfrutar acumulativamente el permiso por nacimiento de hijo y, además, del permiso por ingreso de un familiar. En principio se entiende que, si el ingreso hospitalario fuese el estrictamente necesario y habitual para el parto, el otro progenitor únicamente podría hacer uso del permiso derivado del nacimiento de un hijo. Ahora bien, si hubiera alguna complicación relacionada con el parto o la cesárea determinase que el ingreso hospitalario se prorrogase más allá de esos primeros días el trabajador podría tener derecho a ambos permisos (STSJ Galicia de 16 de diciembre del 2014).

²⁸ STSJ Canarias de 28 de octubre 2005. Téngase en cuenta también que conforme al artículo 40 del Código Civil, “para el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones civiles, el domicilio de las personas naturales es el lugar de su residencia habitual”.

En referencia a la primera cuestión la doctrina ha entendido que cualquier deber o exigencia contemplada por el ordenamiento jurídico ha de considerarse un deber de inexcusable cumplimiento. La anotación del carácter público del deber parece indicar que se trate de una obligación impuesta por una Administración o un Poder Público. Y por último, el carácter personal del deber aparecerá cuando su cumplimiento no pueda ser llevado a cabo a través de sustitución o representación²⁹.

En este mismo sentido el Tribunal Supremo ha establecido que el deber inexcusable de carácter público puede definirse como la obligación que incumbe a una persona, impuesta por una norma, cuyo cumplimiento le genera una responsabilidad de índole civil, penal o administrativa (STS 12 de mayo 2009).

Las circunstancias que se han considerado que encajan dentro del concepto de cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público y personal pueden ser muy variadas. No pretendemos ser exhaustivos, y por ello nos vamos a referir a las más habituales, o a las que han presentado mayores problemas. En primer lugar hay que decir que el ejercicio del sufragio activo es mencionado expresamente en el art. 37.3.d) ET³⁰, a diferencia de otros posibles deberes que comporten este carácter³¹. Por otra parte, también se ha considerado como supuesto que se incluye en este permiso la participación en una mesa electoral³². La comparecencia

²⁹ SANCHEZ TRIGUEROS, C., en “Los permisos retribuidos del trabajador”. Op, cit. Pág 141, y BASTERRA HERNÁNDEZ, M. en “Los permisos retribuidos del art. 37.3 del ET: un análisis aplicativo”.

³⁰ La mención expresa fue introducida en la Ley por la reforma de 1994. Con ello se puso fin definitivamente a la polémica acerca de si el ejercicio del derecho al voto podía estar incluido en este permiso. Ejemplo de la existencia de esta polémica se pone de manifiesto en Las STS 9 de mayo de 1990 y STS de 20 de diciembre de 1990.

³¹ EL RD 605/1999 de 16 de abril en su art. 13 establece que se podrá disponer “en su horario laboral hasta de cuatro horas libres para el ejercicio del derecho al voto que serán retribuidas. Cuando el trabajo se preste en jornada reducida se efectuará la correspondiente reducción proporcional”.

³² STSJ Andalucía, 12 de junio 2014. En este mismo sentido. ROJO TORRECILLAS, E. en “Permisos y licencias (análisis del artículo 37.3 de la ley del estatuto de los trabajadores y de su desarrollo convencional). Op. cit. pág 224.

como miembro de un jurado, o la comparecencia como testigo en un juicio encajarían también en el supuesto de este permiso. En este último supuesto el TS, en Sentencia de 12 de mayo 2009, ha entendido que la asistencia del trabajador como demandante en otros procesos judiciales, aunque no sean laborales deben ser entendidos a estos efectos como un deber inexcusable de carácter público y personal. También se ha planteado judicialmente si el tiempo necesario para asistir a revisiones médicas ante el organismo público competente para acceder, mantener o revisar el reconocimiento de las situaciones de discapacidad debe ser también considerado como un deber inexcusable de carácter público y personal, dando en este caso la doctrina jurisprudencial una respuesta afirmativa³³.

No se debe considerar, sin embargo, un permiso de esta naturaleza, el tiempo necesario para acudir a consultas médicas con un hijo menor de edad, cuando se ha excedido el tiempo otorgado por el convenio colectivo para atender estas necesidades³⁴.

E. Permisos para realizar funciones sindicales o de representación

El art. 37.3.e) ET reconoce el derecho del trabajador a ausentarse del trabajo con derecho a remuneración, “para realizar funciones sindicales o de representación del personal en los términos establecidos legal o convencionalmente”. Este permiso hay que conectarlo con el art. 68.e) ET, que concede a los representantes unitarios un crédito de horas mensuales “para el ejercicio de sus funciones de representación”; con el art. 10.3 LOLS, ya que a los delegados sindicales se les extiende tales garantías cuando no formen parte del comité de empresa; con el art. 9.2 LOLS puesto que los representantes sindicales que participen en comisiones negociadoras tendrán derecho a la concesión de los permisos retribuidos que sean necesario, y por último con el art. 37.1 LPRL, para los delegados de prevención.

No es éste un permiso que haya planteado en los últimos tiempos mucha conflictividad laboral. El Tribunal Supremo en sentencia

³³ STSJ Cataluña de 26 de mayo 2016.

³⁴ STSJ Galicia de 14 de julio 2017.

de 23 de marzo del 2015 se pronunció sobre si para el cálculo del crédito horario debe tenerse en cuenta el período de vacaciones. La jurisprudencia ya había indicado que el crédito no experimenta una reducción en los períodos de incapacidad temporal, donde se produce una suspensión de la actividad laboral, lo que se diferencia de la interrupción legal que suponen las vacaciones. En esta sentencia se vendrá a confirmar que el crédito sindical debe relacionarse con los períodos en los que hay obligación de trabajar, y con ello se excluiría del cómputo de las vacaciones. Por lo tanto, las horas por crédito horario han de multiplicarse por 11 meses y no por 12, excluyendo de esta forma el mes de vacaciones.

F. Permiso por realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto o para obtención de declaración de idoneidad para la adopción

El art. 37.3. f) ET reconoce un permiso por el tiempo indispensable “para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto” así como para, en los casos de adopción o acogimiento, o guarda con fines de adopción “asistir a las preceptivas sesiones de información y preparación y la realización de los preceptivos informes psicológicos y sociales previos a la declaración de idoneidad, que deban tener lugar dentro de la jornada de trabajo”³⁵.

Como podemos apreciar la letra f) del artículo 37.3 ET contempla tres supuestos o circunstancias que justificarían este permiso.

La cuestión más controvertida desde el punto de vista judicial se ha centrado fundamentalmente en la titularidad del permiso para la asistencia a técnicas de preparación al parto, planteándose si puede ser solicitado por el hombre para asistir junto a su pareja al curso correspondiente. El art. 37.3 ET habla de “trabajadores” con carácter general, aunque el art. 26.5 LPRL habla de “trabajadoras embarazadas”.

³⁵ Art. 26.5 LPRL recoge el derecho de las trabajadoras embarazadas a ausentarse del trabajo sin pérdida de remuneración cuando deban realizar exámenes prenatales dentro de su jornada de trabajo.

Los tribunales no parecen haber sido muy proclives en extender el permiso al otro progenitor. Como ejemplo podemos citar la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Sevilla, de 23 de abril de 2007, que establece que las licencias para cursos de preparación al parto “*corresponde únicamente a la mujer embarazada*” a lo que añade que “*los exámenes prenatales y la realización de técnicas de preparación al parto implican una actividad reservada a la mujer, y, la obtención de un permiso vinculado al parto ha de considerarse una medida específica de protección de la mujer por su condición de tal*”³⁶.

3. REDUCCIÓN DE LA JORNADA DE TRABAJO

Nuestro ordenamiento laboral contiene una serie de reducciones o adaptaciones de jornada que pretenden fundamentalmente facilitar a los trabajadores la conciliación de su trabajo con la vida familiar. Así la ausencia o reducción de jornada por lactancia, o por nacimiento de hijos prematuros u hospitalización (art. 37.4 y 5 ET); y la reducción de la jornada por guarda legal, para el cuidado familiares desvalido y para el cuidado de menores afectados de cáncer u otra enfermedad grave (art. 37.6 ET) persiguen, que el trabajador pueda compatibilizar sus obligaciones profesionales con determinadas exigencias de su vida privada, sin tener que abandonar su carrera profesional³⁷.

La ausencia o reducción de la jornada por nacimiento de hijos prematuros que requieran hospitalización, ha perdido cierta aplicación práctica debido a las modificaciones que se introdujeron en la suspensión del contrato de trabajo por maternidad biológica, donde se ampliaba la duración de la suspensión para

el supuesto de que el recién nacido debiera permanecer hospitalizado por parto prematuro con falta de peso, o por otra circunstancia que aconsejen su hospitalización después del parto. Y también por la propia aparición de la suspensión por paternidad a raíz de la LO 3/2007 de Igualdad Efectiva para Mujeres y Hombres. Este supuesto apenas tiene conflictividad laboral, y por esa razón no la vamos a tratar en este trabajo. Por el mismo motivo tampoco vamos a tratar la reducción de jornada, prevista en el art. 37.8 ET para las trabajadoras víctimas de violencia de género y trabajadores víctimas del terrorismo.

3.1. Permiso o reducción de la jornada para el cuidado del lactante

El permiso por lactancia ha sido modificado por el art.2.9, y 16 RDL 6/2019 (BOE 7-3-19), que da una nueva redacción al art. 37.4 ET³⁸.

Este permiso pasa a denominarse para el cuidado del lactante, y se establece como principal novedad que lo pueden disfrutar ambos progenitores, adoptantes, guardadores o acogedores de un menor de 9 meses, mientras que antes sólo lo podía disfrutar uno de ellos en caso de que ambos trabajasen. El ejercicio del derecho no puede transferirse al otro progenitor, adoptante, guardador o acogedor³⁹. Asimismo, cuando ambos progenitores o asimilados ejerzan este derecho con la misma duración y régimen, el periodo de disfrute puede extenderse hasta que el lactante cumpla 12 meses, con reducción proporcional del salario a partir del cumplimiento de los 9 meses. Dicha reducción se complementa con una nueva prestación económica denominada corresponsabilidad en el cuidado del lactante. A pesar de estas modificaciones, gran parte de la jurisprudencia reciente sobre el permiso de lactancia sigue estando vigente. En cambio, otras cuestiones que habían planteado pro-

³⁶ En el mismo sentido STSJ de Madrid de 17 de enero del 2005.

³⁷ RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, S., “Tiempo de trabajo y vida privada”. Comares, 2016, pág 213, señala que a diferencia de otras figuras que favorecen la conciliación, como los permisos y las excedencias que se configuran como derechos a la ausencia, las reducciones de jornada se encuentran en los denominados derechos de presencia, evitando de esta forma un alejamiento del puesto de trabajo.

³⁸ Ver art. 37.4 y disp.adic.19ª, redacc RDL 6/2019 art.2.9 y 16.

³⁹ Sólo en el caso de que dos personas trabajadoras de la misma empresa ejercen este derecho por el mismo sujeto causante, la dirección empresarial puede limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa, que debe comunicar por escrito.

blemas en la jurisprudencia anterior han sido zanjadas por la nueva redacción del precepto, como podremos comprobar enseguida.

La nueva redacción del permiso del cuidado del lactante y su configuración como un derecho individual de ambos progenitores o asimilados resuelve la litigiosidad judicial que se había creado en torno a la titularidad del derecho, la cual pivotaba fundamentalmente en torno a dos cuestiones. La primera hacía referencia a si la titularidad era indistinta entre mujeres y hombre o había una preferencia en favor de la mujer trabajadora⁴⁰. Este tema quedó resuelto a raíz de la Sentencia del TJUE 30 de septiembre 2010 caso Roca Álvarez que apostaba por la titularidad indiferenciada entre mujeres y hombres en el supuesto del permiso por lactancia y en consecuencia forzaba a una nueva redacción del art. 34.4 ET. En esta nueva redacción se establecía que el permiso de lactancia era un derecho individual de los trabajadores (hombre o mujeres) pudiéndose ser disfrutado por uno de los progenitores en caso de que ambos trabajasen⁴¹.

La segunda cuestión ha girado, precisamente, en torno a la exigencia de que ambos progenitores trabajen. En efecto, la exigencia de este requisito ha sido interpretada de diferentes formas por los tribunales. De hecho, que la madre se encontrara en situación de desempleo, o en situación de excedencia ha supuesto en algunos casos la denegación del permiso para el otro progenitor⁴². En cambio, otros tribunales han mantenido una doctrina más acorde con la redacción actual, y con la propia evolución de los diferentes modelos de familia, y han establecido que la exigencia de que ambos progenitores tengan que trabajar

⁴⁰ Téngase en cuenta que, aunque la Ley 39/1999 introdujo un nuevo pasaje al art. 34.4 en el cual se señalaba que el permiso podría ser disfrutado "por la madre o el padre en el caso de que ambos trabajen", seguían manteniendo como titular originario o preferente al comenzar el artículo diciendo que eran la "las trabajadoras por lactancia de un hijo de nueve meses a la que se le concedía el derecho.

⁴¹ Esta nueva redacción fue introducida por RDL 3/2012 de 10 de febrero, convalidado posteriormente por la Ley 3/2012 del 6 de julio.

⁴² SSTSJ Andalucía, 1 de septiembre 2015; 5 de noviembre 2015, 18 julio 2016; 19 de enero 2017; y STSJ Castilla y León, Burgos, 12 de septiembre 2012.

para la concesión del derecho podría resultar discriminatorio para las familias monoparentales, o parejas separadas en las que se reconoce el derecho a un solo progenitor⁴³.

El art. 37.4 ET nunca ha establecido, y tampoco lo hace en su nueva redacción de manera expresa, el carácter retribuido del permiso. No obstante, tal carácter retribuido ha sido reconocido por los tribunales⁴⁴. En este sentido, la jurisprudencia ha mantenido que el permiso no puede suponer una pérdida económica para el trabajador, y deben retribuirse todos los conceptos salariales. Así la STS 9 de diciembre del 2009, analizando el Convenio Colectivo de Grandes Almacenes, establece que la retribución del permiso de lactancia debe ser íntegra, comprendidos también los complementos vinculados al cumplimiento de objetivos y los complementos funcionales.

Respecto a las modalidades del disfrute de este permiso conviene poner de manifiesto que el artículo 37.4 ET sigue estableciendo, ya que este punto no ha sido modificado por el RDL 6/2019, tres formas diferentes de ejercer el derecho. En primer lugar, se establece la posibilidad de que el trabajador se ausente una hora, pudiendo repartir esa ausencia en dos fracciones de 30 min. En segundo lugar, la modalidad anterior podrá sustituirse por una reducción de la jornada en media hora. Finalmente, se contempla la posibilidad de acumular el tiempo de reducción en jornadas completas en los términos previstos en la negociación colectiva, o en el acuerdo a que se llegue con la empresa.

En este último supuesto se ha planteado la duda de si la acumulación debía hacerse respecto a la hora de ausencia, o respecto a la media hora de reducción de la jornada de trabajo. La STS 419/2018 de 19 de abril resuelve esa controversia al establecer que la acumulación en jornadas completas debe obtenerse acudiendo a la hora de ausencia y no a la me-

⁴³ En este sentido, STSJ de Cataluña de 7 de marzo del 2018. La sentencia STSJ de Andalucía (Málaga) 30 de enero del 2014 reconoció el permiso a un trabajador varón a pesar de que la madre no trabajaba.

⁴⁴ SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., "El permiso por lactancia a la luz de la reciente jurisprudencia". REDT, núm. 213, 2018, págs.29 y 30.

dia hora de reducción de jornada. Otro tema que también resuelve esta sentencia es el de determinar si el derecho a la acumulación es directamente ejercitable cuando el convenio prevé esa opción, o es necesario además un ulterior acuerdo individual con el empresario⁴⁵. La sentencia comentada establece que el convenio que se analiza no debe quedar al acuerdo de las partes, y entiende, por tanto, que existe derecho a la acumulación cuando el convenio colectivo lo disponga, aunque sea de manera genérica como ocurre en el caso enjuiciado.

Referente a la posibilidad de acumulación en jornadas completas, también se ha planteado si la acumulación debe hacerse sobre días *naturales*, o días laborables. Respecto de este supuesto litigioso la STSJ de Navarra 12 de enero 2017 entiende que debe hacerse en día laborables.

3.2. La reducción de la jornada por “guarda legal” o para el cuidado de familiares desvalidos

El art. 37.6 del ET confiere al trabajador la posibilidad de reducir su jornada diaria de trabajo a quienes “*por razones de guarda legal tenga a su cuidado directo algún menor de 12 años o una persona con discapacidad física, psíquica o sensorial, que no desempeñe una actividad retribuida*”. La reducción debe ser como mínimo de un octavo y como máximo de la mitad de dicha jornada, y la misma va a implicar una reducción proporcional del salario. Es este un derecho que se concede de forma individual a todos los trabajadores ya sean hombres o mujeres.

Una cuestión que ha sido recurrente en los tribunales hace referencia al propio contenido y alcance de este derecho, planteándose si es posible solicitar el cambio de horario, o el cambio de turno de trabajo sin que este suponga una reducción de la jornada. El Tribunal Supremo ha establecido en varias sentencias que esta interpretación no estaría amparada

por el precepto legal⁴⁶ señalando que: “*no se trata de un supuesto de reducción de jornada y horario, sino solo de una petición de cambio de horario, y por tanto de turnos, sin reducción de jornada, carente de apoyo legal*”⁴⁷. El cambio de horario sin reducción de la jornada suele acogerse por parte de la jurisprudencia como una manifestación del art. 34.8 ET que reconoce el derecho del trabajador a la adaptación de la duración y distribución de la jornada ordinaria de trabajo con la finalidad de compatibiliza trabajo y familia, remitiéndose en el desarrollo de este derecho a la negociación colectiva o al acuerdo que se llegue con el empresario.

La pregunta que nos tendríamos que hacer a continuación es si estaría incluido en este supuesto legal la solicitud de la reducción de jornada y elección de turno conjuntamente. En este punto la doctrina judicial no ha sido pacífica. El Tribunal Constitucional (TC 3/2007, de 15 de enero) ha mantenido una postura que va más allá de la literalidad del artículo 37.6 ET apostando por la potenciación de la protección de la familia, frente a aquellas sentencias que han defendido que al no haber en el texto legal una mención expresa al derecho de reducción de jornada y elección de turno conjuntamente, salvo que se disponga de tal posibilidad en convenio, esta no sería posible⁴⁸. Según el máximo intérprete de la Constitución la empresa debe motivar y fundamentar con causas objetivas de organización y produc-

⁴⁶ Ver TS 13 de junio del 2008, 18 de junio 2008. En el mismo sentido, TS 20 mayo del 2009 y 19 de octubre de 2009.

⁴⁷ TS 18 de junio de 2008.

⁴⁸ Con base en esta doctrina del TC, el TSJ de Andalucía de 1 de febrero del 2018 entiende que una interpretación finalista de la norma para proteger el derecho a la familia y por ende la conciliación de la vida familiar y laboral, exigirá de la empresa una prueba fehaciente de la inviabilidad de la solicitud de la trabajadora y no bastará con la mera negativa empresarial en base al literal del artículo 37.6 del Estatuto de los Trabajadores. Por ello, al limitarse la empresa a denegar a la trabajadora que había solicitado una reducción de jornada de trabajo por guarda legal junto con la adscripción a turno fijo, cuando la misma realizaba turnos rotativos, sin una justificación de la inviabilidad de esa medida por razones organizativas le da la razón a la trabajadora. En sentido contrario, TSJ Cataluña 7 de marzo del 2017 deniega a una trabajadora el derecho a reducir la jornada con adscripción a un turno fijo argumentando que su *jornada ordinaria* de trabajo incluía turno rotativo.

⁴⁵ Ver SEMPERE NAVARRO, A., ¿Cuándo y cómo se acumula el permiso de lactancia? (al hilo de la STS SOC 419/2018 de 19 de abril) *Aranzadi Doctrinal*, núm. 7, 2018.

ción, las decisiones en las que se pretenda desestimar la petición de adscripción a un turno fijo para el desarrollo de la reducción de jornada, ya que lo contrario podría implicar una discriminación indirecta por razón de sexo⁴⁹.

Otra cuestión que ha planteado bastante conflictividad judicial han sido la determinación de cuál debe ser el módulo (diario, semanal, mensual, o anual) sobre el que debe operar la reducción de la jornada. Antes de la reforma laboral del 2012 la reducción de la jornada por guarda legal no hacía referencia a un módulo concreto donde operar la reducción, no obstante, tras la reforma se introduce en el ET que ésta debe hacerse en "la jornada de trabajo diaria". Este cambio legislativo ha sido criticado por la doctrina⁵⁰ por considerar que esta limitación de la jornada al módulo diario resulta más restrictiva que la anterior fórmula y reduce en consecuencia las diferentes posibilidades para que esta medida sea lo más eficaz posible y permita a los trabajadores compatibilizar de verdad su vida laboral y familiar. De hecho antes de la modificación del texto legal los tribunales admitían claramente la posibilidad de que la reducción se llevara a cabo en un módulo superior al diario, permitiendo que al día se trabajara el mismo número de

días reduciéndose los días de la semana trabajados o los meses del año⁵¹.

Ahora bien, después del cambio legislativo que constriñe la reducción de la jornada al módulo diario, los tribunales han tenido la oportunidad de pronunciarse sobre este extremo, y han declarado que la reducción en estos casos no tiene por qué verse limitada o agotada a la jornada diaria, si el convenio colectivo hace referencia a la "jornada ordinaria" (AN, en su Sentencia de 23 de marzo de 2015)⁵². El TS ha confirmado esta tesis en sus Sentencias de 18 de mayo de 2016 -sentencia que confirma la citada SAN de 23 de mayo 2015- y de 15 de septiembre de 2016 señalando que la regulación del ET en esta materia no constituye un mínimo de derecho absoluto sino que puede ser mejorada por convenio colectivo, de ahí que si el convenio de aplicación prevé que la reducción corresponde al trabajador dentro de su "jornada ordinaria", éste será de aplicación preferente al tratarse de una norma más favorable para los trabajadores. Pero cabría preguntarse qué ocurriría si el convenio no se pronunciase sobre este extremo, o pronunciándose se refiriera de manera literal al precepto del ET, cuya referencia como sabemos es la jornada diaria de trabajo. En este caso, una cierta doctrina judicial exige que una denegación de este tipo venga justificada por razones organizativas de la empresa, y no simplemente en atención a la mera literalidad del precepto, haciendo de esta forma una interpretación más finalista de las medidas de conciliación de la vida familiar y laboral⁵³.

⁴⁹ STC3/2007 de 15 de enero "La dimensión constitucional de la medida contemplada en los apartados 5 y 6 del art. 37 LET y, en general, la de todas aquellas medidas tendentes a facilitar la compatibilidad de la vida laboral y familiar de los trabajadores, tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) de las mujeres trabajadoras como desde la del mandato de protección a la familia y a la infancia (art. 39 CE), ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa....., lo que posibilita una ponderación de las circunstancias concurrentes dirigida a hacer compatibles los diferentes intereses en juego".

⁵⁰ BASTERRA HERNÁNDEZ, M., "Las reducciones y adaptaciones de jornada en atención a las necesidades personales y familiares del trabajador", Revista de Derecho Social, Núm. 78, Abril 2017, pág. 111, 112; BALLESTER PASTOR, M.A., "De como el RD Ley 3/2012 ha degradado el derecho fundamental a la conciliación de responsabilidades", Derecho Social, núm. 57, 2012, pág.109. MOLINA NAVARRETE, C., "Nuevo revés judicial a la reforma laboral. La reducción de jornada por guarda legal no se agota en la "diaria", (Comentario a la Sentencia de la Audiencia Nacional 49/2015, de 23 de marzo). RTSS, núm. 386, mayo 2015 pág. 150.

⁵¹ TS 20 de junio 2000.

⁵² AN 23 de marzo de 2015 "el derecho a la reducción de jornada no comporta, con base al redactado del art. 37.5 ET introducido por el RDL 3/12, que dicha reducción deba ejercerse necesariamente dentro de los márgenes de jornada diaria de trabajo, sino que en aplicación del precepto del convenio que lo regula, al que remite el art.37.6 del ET corresponde al trabajador dentro de su jornada ordinaria". MOLINA NAVARRETE, C., "Nuevo revés judicial a la reforma laboral. La reducción de jornada por guarda legal no se agota en la "diaria" (Comentario a la Sentencia de la Audiencia Nacional 49/2015, de 23 de marzo). Op.cit pág. 150.

⁵³ Este parece ser el criterio del TSJ del País Vasco de 23 de septiembre, en Sentencia 1657/2014, cuando señala que debe ser el empresario "el que muestre de forma clara e indubitativa la excepcionalidad de la denegación de la reducción".

3.3. Reducción de jornada por cuidado de menores afectados de cáncer u otra enfermedad grave

El párrafo tercero del art. 37.6 ET establece la posibilidad de solicitar una reducción de jornada destinada al cuidado de menores de dieciocho años afectados por cáncer u otra enfermedad grave, durante el período que requiere hospitalización y tratamiento continuado. La reducción de la jornada de trabajo debe ser de al menos un cincuenta por ciento y lleva aparejada la consiguiente merma salarial. Los titulares del derecho serán tanto los progenitores como los adoptantes y acogedores, ya se trate de un acogimiento preadoptivo o de carácter permanente.

A diferencia de otras reducciones de la jornada para este supuesto está prevista una prestación económica por parte de la seguridad social. El art. 190-192 LGSS regula la prestación económica que lleva por título “por cuidado de menores afectados de cáncer u otra enfermedad grave” desarrollada por RD 1148/2011, de 29 julio. Para que proceda el pago de esta prestación es necesario que los dos progenitores, adoptantes o acogedores trabajen, ya sea como trabajadores asalariados o como trabajadores autónomos. Pero el derecho a percibir la prestación sólo se va a reconocer a uno de ellos (art.191.2 LGSS).

La litigiosidad judicial se ha presentado fundamentalmente entorno al devengo de esta prestación económica. La prestación económica que establece el art. 190 LGSS señala que la “necesidad de hospitalización y tratamiento y del cuidado” del menor de 18 años debe ser constatado “mediante informe del servicio público de salud u organismo administrativo sanitario de la comunidad autónoma correspondiente”. Con base en ello se ha establecido que si la enfermedad no implica hospitalización, aunque el menor deba tener cuidados domiciliarios la prestación no será reconocida⁵⁴.

La exigencia de que ambos progenitores desempeñen una actividad retribuida para el

devengo de la prestación ha sido criticada por la doctrina científica que entiende que esta regulación no contempla a las familias monoparentales⁵⁵.

Y plantea determinadas cuestiones que giran en torno a si se extingue la prestación por la pérdida del puesto de trabajo, o baja en la Seguridad Social de uno de los progenitores, ya que el art. 190 LGSS, en relación con el 2.1 del RD 1148/2011 condiciona el acceso a la prestación a que ambos progenitores trabajen y que por lo tanto estén afiliados y en situación de alta en algún régimen público de Seguridad Social⁵⁶. Recientemente el Tribunal Supremo aborda esta cuestión en STS 2471/2018 de 12 de junio. La cuestión objeto de controversia se centra en determinar si la madre divorciada que tiene concedida la guarda y custodia de una hija afectada por una enfermedad grave puede seguir disfrutando la prestación otorgada para su cuidado cuando el otro progenitor causa baja en el Sistema de la Seguridad Social. La sentencia concluye que el progenitor que no trabaja puede prestar a su hijo la atención que requiere la enfermedad, tenga o no la custodia del menor. Por lo tanto, en este caso se pierde el derecho a la prestación económica. Es cierto que la sentencia parece dejar abierta la posibilidad de dar otra solución al establecer que “puede pensarse que cuando exista una sola persona en condiciones de atender al menor (por incapacidad, fallecimiento o inexistencia de otra progenitora)” resulte necesario acomodar las genéricas previsiones del art. 7.3.b) del Real Decreto 1148/2011, que como hemos mencionado establece como causa de extinción de la prestación el cese en su actividad laboral de una de las personas progenitoras.

⁵⁵ En este sentido, RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, S., “Tiempo de trabajo y vida privada”, op. cit. pág. 313 y 314.

⁵⁶ STSJ de Andalucía (Málaga) de 11 de diciembre del 2014, resolvía un supuesto en el que uno de los progenitores padecía una enfermedad grave que lo situaba en una situación de incapacidad permanente, y se planteaba si este supuesto llevaba aparejada la pérdida de la prestación económica por parte de la Seguridad Social. La Sala argumentaba que, al estar el contrato suspendido y no extinguido, valorando la situación del otro cónyuge y la persistencia de la necesidad de cuidados del menor la prestación debía mantenerse.

⁵⁴ TSJ Castilla y León 6 de marzo del 2013 y TSJ de Cataluña 22 de enero del 2014.

4. SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

El art. 45 ET define la suspensión como la “exoneración de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo”⁵⁷. Son trece, las causas que pueden dar lugar a la suspensión temporal del contrato de trabajo, pero como el orden que sigue el Estatuto al enumerar las causas de suspensión es poco sistemático, vamos a ordenarlas englobando supuestos similares y en función de que los motivos suspensivos se deban a la voluntad conjunta de las partes, a la voluntad de alguna de las partes, o a hechos que no dependen de la voluntad de las partes.

4.1. Suspensión del contrato de trabajo por mutuo acuerdo

El art. 45 ET, en su apartado a) y b) prevé la posibilidad de suspender el contrato de trabajo por mutuo acuerdo o por causas consignadas en el contrato de trabajo. En estos casos, la duración y efectos de la suspensión dependerán de lo que se fije en el propio acuerdo, puesto que, a diferencia de las restantes causas suspensivas, no está prevista legalmente la reserva del puesto de trabajo. Esto significa que tanto la duración de la suspensión, como la reincorporación deben pactarse necesariamente, a través de un pacto suspensivo.

Una de las cuestiones sobre la que se ha pronunciado el Tribunal Supremo versa sobre cómo debe calificarse la negativa del empresario a la reincorporación del trabajador cuando la reserva del puesto de trabajo estaba expresamente establecida en el pacto suspensivo. La Sentencia del TS 26 de octubre 2016 establece que, si en el pacto de suspensión se acuerda expresamente la reserva del puesto de trabajo, la negativa de la empleadora a la readmisión tras la finalización del período suspensivo, equivale a un despido improcedente. A lo que se añade que si existieran causas justificadas para extinguir o amortizar su puesto de trabajo, debería haber acudido al

⁵⁷ VIDA SORIA, J., *La suspensión del contrato de trabajo*. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1965.

procedimiento establecido, para los despidos objetivos⁵⁸.

De esta forma, las causas de extinción no operan de manera automática en estos supuestos, siendo necesaria primero la reincorporación del trabajador para luego seguir el procedimiento previsto en función de la causa extintiva alegada.

La jurisprudencia también ha tenido que pronunciarse varias veces sobre las diferencias que existen entre un pacto suspensivo de mutuo acuerdo y los pactos de prejubilación. El Tribunal Supremo ha establecido que las prejubilaciones no constituyen un supuesto de suspensión del contrato de trabajo, sino de extinción pactada por mutuo acuerdo, salvo que en los mismos se haya manifestado claramente la voluntad de temporalidad del pacto de prejubilación, o se haya previsto expresamente la posibilidad de reingreso del trabajador⁵⁹.

Por su parte, la jurisprudencia ha considerado que la promoción de un trabajador a un puesto de alta dirección no supone una extinción del contrato ordinario de trabajo sino que implica una suspensión de la relación laboral común⁶⁰.

⁵⁸ El TS había señalado con anterioridad en Sentencia de 25 de octubre de 2000, “no es lo mismo la pérdida de un puesto de trabajo que se está desempeñando y que constituye normalmente el medio de vida del trabajador, que el desvanecimiento del derecho expectante a ocupar una vacante en la empresa en la que se prestaron servicios, y de la que el trabajador se apartó, en el caso típico para el desempeño de otro puesto de trabajo o de otra actividad profesional”.

⁵⁹ En este sentido, STS 14 de diciembre 2001; STS 25 de junio 2001 y STS 1 de junio 2004. Esta última sentencia estableció “Es cierto que esta Sala en alguna sentencia, concretamente en la de 18 de mayo de 1998, admitió la posibilidad de que con la prejubilación el contrato laboral quedase meramente suspendido, sin embargo, posteriormente y de forma reiterada (...), ha sentado el criterio de que la prejubilación conlleva, inevitablemente la extinción del contrato de trabajo existente con el trabajador prejubilado”. En efecto, la STS 18 de mayo 1998 se calificó un pacto de prejubilación como suspensión del contrato por mutuo acuerdo al tratarse de una situación de carácter temporal o transitorio en la que se mantenían ciertos compromisos.

⁶⁰ STS de 19 de octubre de 1994. Véase en este sentido. MANEIRO VÁZQUEZ, Y., “Suspensión del contrato de trabajo por mutuo acuerdo”. AL, núm. 19, 2009.

4.2. Suspensiones dependientes de la voluntad de alguna de las partes

En este segundo grupo están incluidas aquellas causas que se deben a la voluntad del trabajador, o a la voluntad del empresario. En el primer caso estaríamos haciendo referencia a la suspensión para el ejercicio de cargo público, representativo o sindical, voluntariamente asumido por el trabajador (art.45 f) ET, y la suspensión para el ejercicio del derecho de huelga (art. 45l ET). Por su parte, las suspensiones debidas a la voluntad del empresario nos encontraríamos con la suspensión de empleo y sueldo (art.45.h ET), y la suspensión por cierre patronal, (art.45 m ET).

Sólo vamos a tratar aquí las novedades jurisprudenciales relativas a la suspensión del contrato de trabajo por el ejercicio del derecho de huelga, y más concretamente la cuestión relativa a los descuentos salariales de los días de huelga. La complejidad de la estructura salarial ha generado una gran litigiosidad y controversia. La jurisprudencia ha ido consolidando una doctrina en esta materia estableciendo que cuando el trabajador ejerce su derecho a la huelga deja de cobrar no sólo el salario correspondiente a los días de huelga sino también como la parte proporcional de los días de descanso de cada semana y de las pagas extraordinarias⁶¹. Los días de huelga no pueden descontarse de las vacaciones ni de los festivos, excepto si la huelga se realiza en días festivos o es ilegal. La doctrinal judicial posteriormente ha ido perfilando esta doctrina para adaptarla a cada caso en concreto. Por ejemplo, se ha establecido que el importe de la hora ordinaria de trabajo se obtiene mediante la división de la retribución anual fijada por convenio por horas de trabajo al año⁶².

Respecto a la deducción de los descansos semanales se ha señalado que debe descontarse el equivalente a 0,40, -que es el resultado de dividir los dos días de descanso por los cinco trabajados⁶³. También se ha establecido que si

el día de huelga coincide con el de descanso por compensación de trabajo en día festivo, no cabe sumar a la deducción proporcional del descanso semanal el salario correspondiente el día de huelga por suponer una doble e injustificada penalización⁶⁴.

4.3. Suspensiones por hechos ajenos a la voluntad de las partes

Este grupo de supuestos de suspensión es el más numeroso y también el que más controversias judiciales ha planteado. En muchos casos son circunstancias que afectan al trabajador. Estas pueden estar motivadas por la salud de éste; por la necesidad de conciliar su vida laboral y familiar; o incluso por el cumplimiento de intereses públicos. Otras causas legales de suspensión atienden más bien a intereses de la empresa, permitiendo la suspensión del contrato por causas económicas, técnicas, organizativas, o de producción, y también por fuerza mayor. Nosotros nos vamos a centrar sólo en aquellas circunstancias que afectan al trabajador.

A. La salud del trabajador como causa de suspensión del contrato de trabajo: la Incapacidad Temporal o Permanente del trabajador

La salud del trabajador por causa de enfermedad (laboral o común) o accidente (profesional o común) puede impedir la realización del trabajo durante cierto tiempo. Por ello el art. 45.1 c) ET contempla estas circunstancias como causa de suspensión del contrato de trabajo.

La Incapacidad Temporal (IT) del trabajador tendrá una duración máxima de 365 días prorrogables otros 180 días (en total 545 días), cuando se presuma que durante ellos puede el trabajador ser dado de alta médica por curación. Si bien, en aquellos casos en los que persista la necesidad de tratamiento médico, por la expectativa de recuperación o la mejoría del estado del trabajador, podrá retrasarse dicha duración máxima hasta un máximo de 730 días desde la fecha en que se inició la incapacidad temporal (arts. 169

⁶¹ STS 11 de octubre de 1994, 18 de abril de 1994 y 26 de mayo de 1992.

⁶² STS 10 de febrero del 2005.

⁶³ Sentencia de AN 25 de septiembre 2013.

⁶⁴ STS 2 de junio 2014.

y 174.2 LGSS). Ahora bien, si el trabajador transcurridos dichos plazos, no mejorara estaríamos ante un nuevo supuesto de incapacidad, la Invalidez Permanente (IP) en sus grados de incapacidad permanente total para la profesión habitual, incapacidad permanente absoluta para todo trabajo y gran invalidez y en estos casos, sólo subsiste la suspensión de la relación laboral cuando a juicio del órgano de calificación la situación del trabajador pueda mejorar de tal forma que pueda reincorporarse al trabajo, con reserva del puesto de trabajo durante un periodo de 2 años, a partir de la fecha de la declaración de invalidez permanente (art.48.2 ET).

Respecto a la posibilidad de mantener la suspensión del contrato de trabajo durante el plazo máximo de 2 años, a pesar de que el trabajador haya pasado a la situación de invalidez permanente, tal y como está previsto en el art.48.2 ET, la jurisprudencia ha señalado que la mejoría a la que se refiere este artículo no puede ser una mera posibilidad sino que debe tratarse de una auténtica probabilidad, a lo que añade que si la gran invalidez o incapacidad permanente es reconocida por Sentencia, será esta última la que ha de señalar la previsible mejoría (STS 17 de septiembre 2001).

El hecho que determina que el trabajador deba reincorporación a su puesto de trabajo es el alta médica. El Tribunal Supremo ha señalado en este sentido que en los casos de incapacidad temporal el contrato se encuentra en suspenso hasta que recaiga resolución administrativa declarando la inexistencia de incapacidad permanente, momento en el que nace el deber del trabajador de reincorporarse al trabajo (STS 27 de marzo 2013).

Por otra parte, se ha señalado que existe responsabilidad patrimonial de la Administración Pública cuando ésta se retrasa más allá de los dos años en dictaminar la resolución que declara la inexistencia de grado de incapacidad, habiendo el trabajador perdido el derecho a la reincorporación a su puesto de trabajo y por tanto produciéndose la extinción del contrato de trabajo. A lo que se añade que, aunque el trabajador no haya recurrido el cese, se origina la responsabilidad y el perjuicio ocasionado al trabajador deberá ser

indemnizado con un importe equivalente a la indemnización que le hubiere correspondido por un despido improcedente⁶⁵.

Una cuestión que viene siendo controvertida es la relativa a la calificación que merece el despido de un trabajador que tiene su contrato en suspenso por enfermedad. La jurisprudencia ha venido considerando que estos despidos deben declararse como improcedentes, reservando la nulidad para supuestos puntuales en los que se aprecie discriminación⁶⁶.

El TC ha corroborado esta tesis al establecer que la enfermedad sólo puede constituir un factor de discriminación cuando *“sea tomado en consideración como un elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad en sí misma considerada o en la estigmatización como persona enferma de quien la padece”*⁶⁷.

No obstante, el reconocimiento por TJUE en Sentencia de 1 diciembre 2016 de la enfermedad prolongada como una forma de discapacidad⁶⁸, parece estar abriendo las puertas a

⁶⁵ Sentencia de AN (cont.-advo.) 17 de abril 2013.

⁶⁶ En este sentido, la STS 12 julio 2004, establecía que la calificación de improcedencia del despido, con las consecuencias indemnizatorias que ello lleva consigo se corresponden perfectamente con el contenido del art. 6 Conv. 158 OIT. El Tribunal Supremo de fecha 13 febrero 2008 diferencia claramente la enfermedad de la discapacidad para terminar considerando que el despido en caso de la primera, no puede ser considerado como discriminatorio. Esta tesis posteriormente fue confirmada por STS 3 de mayo del 2016. M. RODRÍGUEZ-PINERO y BRAVO-FERRER, «Despido por enfermedad y discriminación», RL, núm. 20 (2008), pág. 5.

⁶⁷ Sentencia del TC 62/200 de 26 mayo. *“La enfermedad, sin adjetivos o cualificaciones adicionales, es una situación contingente de mera alteración de la salud, que puede y suele afectar por más o menos tiempo a la capacidad de trabajo del afectado. Como es de experiencia común, el colectivo de trabajadores enfermos en un lugar o momento determinados es un grupo de los llamados efímeros o de composición variable en el tiempo. La discapacidad es, en cambio, una situación permanente de minusvalía física, psíquica o sensorial, que altera de manera permanente las condiciones de vida de la persona discapacitada. En concreto, en el ordenamiento español la discapacidad es considerada como un ‘estatus’ que se reconoce oficialmente mediante una determinada declaración administrativa, la cual tiene validez por tiempo indefinido”*.

⁶⁸ DUEÑAS HERRERO, L. J., «¿La situación de incapacidad temporal puede ser motivo de discriminación?», Derecho de las

la posibilidad de calificar estos despidos como nulos por discriminatorios⁶⁹.

El TJUE⁷⁰ establece en esta sentencia que para que pueda asimilarse la enfermedad a la discapacidad, no sería necesario que se hubiese reconocido de manera administrativa una incapacidad temporal, si bien añade que para que la enfermedad se asimile a la discapacidad debe producir una limitación en el trabajador con carácter duradero.

B. Suspensión por maternidad y paternidad: suspensión del contrato de trabajo por nacimiento y por adopción o guarda con fines de adopción y acogimiento

El Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación engloba con la denominación de suspensión por nacimiento, las anteriores causas de suspensión del contrato de trabajo por parto y paternidad. El art.2. diez, del mencionado Real Decreto-Ley da una nueva redacción al art. 45.1.d), al art. 48.4. 5 y 6 ET.

La suspensión por paternidad o “progenitor distinto de la madre biológica” se equipara en duración a la de la madre biológica, siendo de 16 semanas para cada progenitor⁷¹.

Relaciones Laborales, núm. 5 (2017), pág. 426., y LÓPEZ ÁLVAREZ, M.J., en “A vueltas con la calificación del despido por enfermedad”. REDT num. 209/2018.

⁶⁹ En este sentido, STSJ País Vasco, 19 diciembre.

⁷⁰ El origen de esta sentencia se encuentra en una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social núm. 33 de Barcelona, que finalmente consideró nulo el despido de un trabajador en situación de Incapacidad Temporal por accidente laboral. En este sentido, RUIZ CASTILLO, M.M., “Discriminación por causa de discapacidad y obesidad. Condiciones de Empleo y Relaciones de Trabajo en el Derecho de la Unión Europea. Un estudio de Jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Dir. GARCÍA MURCIA. Aranzadi, 2017, pág 673 y 674.

⁷¹ El periodo de suspensión del otro progenitor es de aplicación progresiva:

- desde el 1-4-2019 es de 8 semanas, de las que 2 deben disfrutarse de forma ininterrumpida después del parto; si bien la madre biológica puede ceder al otro progenitor hasta 4 semanas de su descanso no obligatorio;
- desde el 1-1-2020 es de 12 semanas, de las que las 4 primeras deben disfrutarse de forma ininterrumpida después del

En ambos casos es obligatoria el disfrute de las 6 semanas ininterrumpidas inmediatamente posteriores al parto. Otra novedad importante es que estos permisos ahora tienen un carácter intransferible, eliminándose la posibilidad de que la madre biológica pueda transferir parte de su permiso en favor del otro progenitor, tal y como estaba previsto en la legislación anterior, y viceversa. Por otra parte, se reconoce también un período de suspensión de 16 semanas para cada adoptante, guardador o acogedor, por lo que en estos supuestos, ya no han de optar por la distribución del disfrute de las 16 semanas de duración recogidas antes de la modificación, sino que la suspensión tendrá una duración de 16 semanas para cada adoptante, guardador o acogedor.

En definitiva, la suspensión por nacimiento, o por adopción o acogimiento se configuran como un derecho individual de la persona trabajadora sin que pueda transferirse su ejercicio al otro progenitor adoptante, guardador con fines de adopción o acogedor.

Estos importantes cambios legislativos han puesto fin a alguna de las principales disputas judiciales en torno a estas causas suspensivas como era la relativa a la diferente duración, y prestación, de la suspensión de paternidad y la de maternidad⁷²; o la relativa a la transferencia del derecho en favor del otro progenitor.

Si conviene poner de manifiesto aquí la equiparación que ha hecho la Jurisprudencia del Tribunal Supremo en el caso de la gestación subrogada a la suspensión por adopción. En este sentido se ha establecido que: “*La relativa apertura del elenco de supuestos protegidos permite cierta flexibilidad interpretativa que antes no existía. Podría pensarse que la posición de los progenitores en los casos de*

parto; si bien la madre biológica puede ceder al otro progenitor hasta 2 semanas de su descanso no obligatorio;

- desde el 1-1-2021 es de 16 semanas, de las que las 6 primeras deben disfrutarse de forma ininterrumpida después del parto.

⁷² El Tribunal Constitucional había señalado, que esta diferente duración no es discriminatoria, pues la finalidad de ambos permisos era diferente, ya que mientras que para la maternidad se protegía la salud de la mujer, en la paternidad se trataba de favorecer la conciliación de la vida personal, familiar y laboral (STC 17 de octubre 2018).



*maternidad subrogada es similar a la que, también como progenitores, ocupan aquéllos que se hallan en supuestos de adopción o acogimiento*⁷³. Las circunstancias que motivan la litigiosidad en este extremo se derivan del hecho de que la gestación subrogada no tiene acogida legal en España considerándose un negocio jurídico nulo de pleno derecho⁷⁴. Pero la sentencia del TEDH de 26 de junio considera que no pueden perjudicarse los derechos del menor, cuyo interés superior debe guiar una interpretación integradora de la normativa interna aplicable, y en consonancia con esta jurisprudencia el Tribunal Supremo ha entendido que, acreditada legalmente la filiación por un medio como la inscripción registral no anulada, y constatada la realidad de la atribución de la custodia y cuidado del menor, debe reconocerse la prestación por maternidad o paternidad objeto del litigio⁷⁵.

C. Suspensión por riesgo durante el embarazo y por lactancia

Según el art. 45.1.e) ET el contrato de trabajo se puede suspender por *“riesgo durante el embarazo de la mujer trabajadora”*, y *“por riesgo durante la lactancia natural de un menor de nueve meses”*, en los términos previstos en el art. 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL)⁷⁶. Este último artículo, que lleva por título *“Protección de la maternidad”* establece que es necesario realizar una evaluación de riesgo específico del puesto de trabajo de la trabajadora embarazada o con un parto reciente; si esta evaluación confirma que existe un riesgo específico para la trabajadora embarazada o en periodo de lactancia

el empresario debe proceder a adaptar su puesto de trabajo para evitar esa exposición al riesgo específico. Dichas medidas incluirán, cuando resulte necesario, la no realización de trabajo nocturno y de trabajo a turnos. En el caso de que las anteriores medidas no fueran posibles, el empresario procederá a cambiar a la trabajadora de puesto de trabajo. Ante la imposibilidad de realizar estas dos medidas previas, porque dicho cambio de puesto no resultara técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados, podrá declararse el paso de la trabajadora afectada a la situación de suspensión del contrato, y se solicitará la prestación por riesgo en el embarazo y durante la lactancia.

La jurisprudencia ha señalado en relación con la suspensión por riesgos durante la lactancia natural, que es la que más conflictividad judicial ha planteado que su constatación requiere la evaluación de riesgo específico, que determine la naturaleza el grado y la exposición de la trabajadora al correspondiente factor de riesgo y la relevancia de todo ello con la propia trabajadora y con la lactancia natural⁷⁷.

Por su parte, el TJUE de 19 de octubre de 2017 en el caso Otero Ramos, impone al empresario el deber de determinar, directamente o por medio de los servicios de prevención, la evaluación del riesgo de las trabajadoras en periodo de lactancia, lo que requiere un examen específico de la situación de la trabajadora que tenga en cuenta su situación individual para determinar si su salud o la de su hijo están expuestas a un riesgo. La propia sentencia afirma que cuando no se realiza esta evaluación se priva a la afectada y a su hijo de la protección que debería otorgársele,

⁷³ STS 16 de noviembre 2016 y 25 de octubre 2016.

⁷⁴ La L 14/2006, de 26 octubre, sobre técnicas de reproducción humana asistida declara la nulidad de pleno derecho del contrato de gestación por sustitución.

⁷⁵ STS 16 de noviembre 2016 y 25 de octubre 2016.

⁷⁶ El art. 48 ET redactado conforme al RD 6/2019 ha introducido un apartado nuevo que establece que en el supuesto de riesgo durante el embarazo o de riesgo durante la lactancia natural, en los términos previstos en el artículo 26 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, la suspensión del contrato finalizará el día en que se inicie la suspensión del contrato por parto o el lactante cumpla nueve meses, respectivamente, o, en ambos casos, cuando desaparezca la imposibilidad de la trabajadora de reincorporarse a su puesto anterior o a otro compatible con su estado.

⁷⁷ STS 3 de mayo de 2011 *“para que la prestación por riesgo durante la lactancia natural pueda percibirse en los términos previstos en los arts. 135 bis y ter LGSS, han de cumplirse todos los requisitos normativamente previstos de manera sucesiva, esto es, la identificación de riesgos específicos para la trabajadora en situación de lactancia natural, la imposibilidad de adaptación de las condiciones del puesto específico y por último la imposibilidad de cambio de la trabajadora a un puesto de la misma o diferente categoría que no tenga esos riesgos o con niveles de riesgo tolerables y controlado”*. En el mismo sentido STS 21 de marzo 2013.

añadiendo que “no se puede tratar del mismo modo a una trabajadora en periodo de lactancia que a cualquier trabajador”. El TJUE concluye que la falta de evaluación supone un trato menos favorable a una mujer, vinculado a la lactancia, y constituye una discriminación por razón de sexo⁷⁸.

Con base a esta jurisprudencia nuestro Tribunal Supremo ha señalado que “en supuestos en que la evaluación de riesgos no perfile de modo específico la incidencia de los riesgos del puesto de trabajo durante el periodo de lactancia, resultaría contrario al derecho a la igualdad y no discriminación de la trabajadora que se le negara la posibilidad de acreditar que efectivamente los riesgos sí constatados con carácter general pueden tener una incidencia específica durante el periodo de lactancia, como ocurre en el presente caso. Bastará a la trabajadora con acreditar que la evaluación de riesgos no se acomodaba a aquellas premisas esenciales”⁷⁹.

Podemos encontrar varias sentencias del Tribunal Supremo que han considerado que procede la suspensión del contrato de trabajo y la correspondiente prestación de riesgo durante la lactancia prevista artículos 188, 189 de la LGSS, en el supuesto de una tripulante de cabina de navegación que debe permanecer varios días fuera de su casa y además no se acredita que la aerolínea le haya ofrecido un puesto de trabajo alternativo⁸⁰.

⁷⁸ Un análisis exhaustivo de esta sentencia lo encontramos en ÁLVAREZ ALONSO, D., “Maternidad”. En Condiciones de Empleo y Relaciones de Trabajo en el Derecho de la Unión Europea. (Dir. GARCÍA MURCIA, J). Aranzadi. 2017, pág 363-365.

⁷⁹ STS 26 de junio del 2018.

⁸⁰ En este sentido, STS de 24 de abril, 21 de junio, y 22 de noviembre de 2012. Los argumentos para fallar en favor de las tripulantes de cabina son los siguientes: 1) la distribución horaria del trabajo del personal de vuelo y el lugar de la prestación de servicios en vuelo impiden normalmente “la pauta de las tomas propias de la lactancia natural” “así como la extracción de la leche materna y su conservación, por la falta de espacio adecuado de las aeronaves y la insuficiencia de las instalaciones frigoríficas”; 2) tal impedimento de “compatibilizar la toma o la extracción de la leche” materna puede comportar, según regla de experiencia, riesgos para la salud de la madre (“mastitis”) o para la propia subsistencia de la lactancia natural (“inhibición definitiva de la leche”); y 3) la conducta de la empresa de negar la influencia negativa en la salud de la madre y en la alimentación del bebé de las circunstancias de trabajo de

Por su parte, el Tribunal Supremo también ha especificado que, aunque las circunstancias de trabajo a turnos o en jornada nocturna no son factores de riesgo por sí mismo para la lactancia “la influencia de los tiempos de trabajo sobre la efectividad de la lactancia natural no puede desdeñarse como elemento de influencia en la calidad y cantidad del amamantamiento so pena de incurrir en la contravención de la propia finalidad protectora buscada”. De ahí que, en caso de trabajo a turnos o con horarios y jornadas que impidan la alimentación regular del menor, “sea necesario tomar en consideración la efectiva puesta a disposición de la trabajadora de las condiciones necesarias que permitan la extracción y conservación de la leche materna”⁸¹. Con base en estos argumentos se le ha concedido la prestación por riesgo durante la lactancia (denegada en principio por el INSS) y por tanto se ha admitido que encajaría en el supuesto de suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante la lactancia el caso de una enfermera de urgencia que realiza jornada de 24 horas de disponibilidad permanente o presencial de 9 a 9 horas, cada seis días, realizando tareas propias de su cargo en actividad asistencial en situaciones de urgencia y emergencias tanto en domicilio como en la vía pública⁸².

5. EXCEDENCIAS

El art. 46 ET regula las excedencias, estableciendo un confuso régimen legal. La excedencia forzosa es contemplada por el ET como una causa de suspensión del contrato de trabajo -art. 45.1.k) ET- y, por ello, lleva aparejados los efectos típicos de la suspensión -conservación del puesto y cómputo de la antigüedad- (art. 46.1 ET). Por el contrario, en

la actora equivale a la negativa de ofrecimiento de un puesto alternativo exento de riesgo, por lo que es procedente en estos casos la declaración de suspensión del contrato en vía jurisdiccional, y el consiguiente reconocimiento de la prestación pedida por la trabajadora.

⁸¹ STS 26 de junio del 2018.

⁸² En las STS 26 de junio del 2018 y 24 de enero del 2019 se reconoce la prestación por riesgo durante la lactancia a una ATS-DUE en el servicio de urgencias del SAMU que trabaja de noche y está sometida a turnos de trabajo.



la excedencia voluntaria (art. 46.2 ET) el empleado podrá adoptar esas decisiones, no con la seguridad de la reserva de puesto, pero sí al menos con una expectativa de poder reanudar la relación de servicios en el futuro. En una situación intermedia se encuentra la excedencia por cuidado de hijos y familiares (art. 46.3 ET), ya que se articula como una modalidad de excedencia forzosa en relación con los efectos suspensivos del contrato de trabajo, pero es un derecho cuyo ejercicio será voluntario para el trabajador. En este trabajo nos vamos a ocupar de la excedencia voluntaria y la de cuidado de hijos y familiares por ser las que más discusiones judiciales han planteado.

5.1. Excedencia voluntaria

La jurisprudencia ha puesto de manifiesto claramente que la excedencia voluntaria no es un supuesto legal de suspensión del contrato de trabajo como si es la excedencia forzosa. A diferencia de esta última, la excedencia voluntaria, constituye una situación jurídica muy peculiar, en la que el trabajador tiene derecho a unas expectativas de reingreso y no una reserva de puesto de trabajo. La base de la excedencia voluntaria se encuentra en el interés personal o profesional del trabajador excedente voluntario, por lo que no estaría justificada la conservación del puesto de trabajo como en el caso de la excedencia forzosa⁸³. En este sentido la STS 26 de octubre 2016 haciéndose eco de una sentencia anterior del TS (S 25-10-2000) señala que: *“el tratamiento legal diferenciado entre la excedencia voluntaria común y las restantes vicisitudes del contrato de trabajo mencionadas, encuentra justificación en la distinta valoración que merecen los intereses de la empresa”*.

⁸³ La jurisprudencia de esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo entendió que este derecho preferente al reingreso del trabajador en excedencia voluntaria común es un derecho potencial o expectante, condicionado a la existencia de vacante en la empresa, y no un derecho incondicional, ejercitable de manera inmediata en el momento en que el trabajador excedente exprese su voluntad de reingreso (STS de 18 de julio 1986). En este punto se diferencian las regulaciones legales de la excedencia voluntaria común de un lado, y de la suspensión del contrato de trabajo y las excedencias forzosas o especiales de otro, situaciones estas últimas caracterizadas por la conservación del puesto de trabajo por parte del trabajador (STS 25 de octubre 2000).

Sin duda las cuestiones que más interrogantes han planteado en materia de excedencias voluntarias giran en torno al reingreso preferente del trabajador excedente. Cómo se sabe el trabajador en excedencia voluntaria no tiene derecho a la reserva del puesto de trabajo. Como dice art. 46.5 ET conserva sólo “un derecho preferente al reingreso en las vacantes de igual o similar categoría a la suya que hubiera o se produjeran en la empresa”. Esto significa, que la excedencia voluntaria no obliga al empresario a reservar al trabajador excedente el puesto de trabajo desempeñado con anterioridad. La empresa puede disponer de la plaza vacante del trabajador excedente como quiera, y ello en el ejercicio de sus facultades directivas⁸⁴. El empresario puede contratar a otro trabajador para el desempeño de esas funciones, o externalizar las mismas⁸⁵.

También se ha admitido la posibilidad de amortizarla⁸⁶. En este sentido, y recopilando sentencias anteriores del Tribunal Supremo se ha señalado que: *“... durante el periodo de duración de la situación de excedencia voluntaria la empresa no está obligada a reservar al excedente voluntario las vacantes que pudieren producirse, sino que puede disponer de ellas y cubrirlas con nuevas contrataciones, o reasignando y distribuyendo sus cometidos laborales entre otros trabajadores, o bien incluso procediendo a la amortización de la misma, en el correcto ejercicio de sus facultades de dirección y organización del trabajo”*⁸⁷.

Por su parte, a la hora de considerar la existencia de vacantes sobre la que pueda operar el derecho preferente al reingreso, el Tribunal Supremo ha señalado que no se puede considerar la existencia de vacantes cuando la empresa deja sin contenido los puestos de trabajo que ocupaban otros trabajadores cuyos contratos de trabajo se extinguen, sin haber realizado ninguna actuación para contratar a nuevos trabajadores o encomendar las tareas, funciones y cometidos de los mismos a otros con peor derecho que el actor. En este sentido, también se ha señalado que

⁸⁴ STS 12 de febrero 2015.

⁸⁵ STS 30 de noviembre 2012, y STS 21 de enero 2010.

⁸⁶ STS 30 abril 2012.

⁸⁷ STS 24 enero 2018.

estando la plaza cubierta mediante un contrato temporal a tiempo parcial, siendo la de la excedente indefinida y a tiempo completo, no procede el reingreso del trabajador que ha solicitado su reincorporación después de una excedencia voluntaria⁸⁸. Esta situación no equivale a un incumplimiento de una oferta de contrato, una vez que se ha acreditado que el puesto se cubrió de forma temporal y a jornada parcial.

Desde un punto de vista geográfico, la jurisprudencia ha entendido que el excedente no necesariamente ha de reincorporarse en el centro de trabajo que ocupaba con anterioridad a la excedencia. De modo que, si no existen vacantes en el centro de trabajo en el cual trabajaba antes de haber solicitado la excedencia, puede la empresa ofrecerle otros puestos de trabajo, aunque estén en distintas localidades. Ahora bien, el Tribunal Supremo introduce un matiz al señalar en Sentencia de 13 de julio 2017, que el rechazo por el trabajador de la oferta de vacante de la misma categoría en otra localidad que implica cambio de residencia, no supone renunciar a su derecho de reingreso preferente. En estos casos, el trabajador conserva su derecho a continuar en excedencia hasta que se produzca plaza vacante que no suponga cambio de residencia, y la negativa de la empresa a incorporar laboralmente al trabajador tampoco puede considerarse un despido.

5.2. Excedencia por cuidado de hijos y familiares

Como hemos dicho al principio de este apartado la excedencia por cuidado de hijos y familiares se organiza como una modalidad de excedencia forzosa en cuanto a la reserva del puesto de trabajo y al cómputo de la antigüedad, pero comparte con la excedencia voluntaria el ser un derecho cuyo ejercicio será potestativo para el trabajador. Los supuestos para los que está prevista esta excedencia son dos. En primer lugar, el art. 46.3 ET prevé la posibilidad de que el trabajador solicite una excedencia para el “cuidado de cada hijo, tanto cuando sea natural, como por adopción, o en los supuestos de acogimiento, tanto permanente como preadoptivo. En segundo lugar, el

art. 46.3 párr. 2 ET concede una excedencia también para el cuidado de un familiar “*hasta el segundo grado de consanguinidad y afinidad, que por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad no pueda valerse por sí mismo y no desempeñe actividad retribuida*”.

Los tribunales han precisado que los sujetos causantes de uno y otro supuesto de excedencia son distintos; y por ello han negado la posibilidad de solicitar una excedencia por cuidado de familiares para el cuidado de menores que tengan más de tres años de edad. En este sentido se ha pronunciado SAN 13 de noviembre 2017. Esta sentencia trata de solventar la problemática relativa a si es posible incluir a los hijos mayores de tres años de edad en la excedencia para el cuidado de familiares prevista en el precepto convencional en similares términos a los contenidos en el párrafo segundo del artículo 46.3 ET. La Sentencia señala que “... estamos ante dos supuestos claramente diferenciados en los que los sujetos causantes de una y otra clase de excedencia son distintos, a excepción de aquellos casos en que la excedencia cuya aplicación se pretende esté motivada por la atención de un hijo sea o no menor de edad, que por razón de accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo y no desempeñen actividad retribuida-único supuesto en que el sujeto causante sería el mismo”⁸⁹.

Una cuestión que también viene siendo debatida por la jurisprudencia es la calificación que merece la negativa empresarial al reingreso alegando la inexistencia de vacante. Como se sabe, durante el primer año el trabajador tiene derecho a la reserva de su puesto de trabajo, en los mismos términos que la excedencia forzosa. Tras ese primer año, la reserva quedará referida a un puesto de trabajo del mismo grupo profesional o categoría equivalente. Ello significa que, aunque se mantiene el derecho a reserva de puesto, esta reserva ya no viene referida al puesto ocupado en el momento de iniciarse la excedencia. No obstante, la obligación de

⁸⁸ STS 28 de noviembre 2017.

⁸⁹ En este mismo sentido, ya se habían pronunciado con anterioridad la doctrina jurisprudencial SSTSJ Aragón 14 de octubre 2009; Castilla y León 18 de noviembre 2015; y País vasco, 1 de marzo 2017. En sentido contrario podemos citar STSJ de Navarra 23 de febrero 2006.

reincorporación es automática, sin esperar a que exista vacante⁹⁰. En Sentencia de 21 de febrero del 2013 el Tribunal Supremo entendió que la negativa al reingreso tras el primer año de excedencia por cuidado de hijos alegando la inexistencia de vacante constituye un despido nulo “*si la excedencia por cuidado de hijo garantiza al trabajador el derecho a la reserva del puesto de trabajo en la empresa, no nos encontramos ante un derecho potencial o expectante que depende de la existencia de vacantes en la empresa, sino ante un derecho ejercitable en el momento en que el trabajador excedente solicita su reincorporación a la empresa, al tener ésta la obligación de reservarle (conservarle) su puesto de trabajo durante el primer año o un puesto del mismo grupo profesional o*

categoría equivalente si la excedencia se prolonga transcurrido el año, de manera que la negativa empresarial al reingreso alegando la inexistencia de vacante, lleva como consecuencia que la decisión empresarial sea calificada como un despido, sin necesidad de considerar si existe o no puesto vacante, ya que el puesto de trabajo del excedente, ha de existir por imperativo legal”. Meses después el Tribunal Supremo en Sentencia de 23 de septiembre del 2013 parece matizar esa doctrina al entender, que la negativa de la reincorporación del trabajador por parte de la empresa aludiendo la falta de vacante no puede entenderse siempre como un despido, ya que de ella no se deduce una voluntad unilateral de dar por extinguida la relación laboral⁹¹.

⁹¹ En este sentido la sentencia rescata una doctrina jurisprudencial anterior de la sala y afirma que : “*existe «un criterio claro de diferenciación entre despido y negativa al reingreso en la excedencia, declarando que cuando el trabajador solicita el reingreso y la empresa no contesta su petición o la rechaza pretextando falta de vacantes o circunstancias análogas que no suponen el desconocimiento del vínculo existente entre las partes, el trabajador podrá ejercitar la acción de reingreso, mientras que cuando se produce una negativa rotunda e inequívoca que implica el rechazo de la existencia de la relación entre las partes, esta negativa no es ya únicamente un desconocimiento del derecho a la reincorporación, sino un rechazo de la existencia de algún vínculo entre las partes, y la acción que debe ser ejercitada frente a ella es la de despido”*.”

⁹⁰ En este sentido ver, Sentencia STSJ Castilla-La Mancha 9 de enero 2017 y Galicia 22 de noviembre 2011.

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ ALONSO, D., “Maternidad”. En *Condiciones de Empleo y Relaciones de Trabajo en el Derecho de la Unión Europea*. (Dir. García Murcia, J). Aranzadi. 2017.
- BASTERRA HERNÁNDEZ, M. en “Los permisos retribuidos del art. 37.3 del ET: un análisis aplicativo”. REDT, núm. 195, 2017.
- BASTERRA HERNÁNDEZ, M., “Tiempo de trabajo y tiempo de descanso”. Tirant lo Blanch. 2017.
- DUEÑAS HERRERO, L.J., «¿La situación de incapacidad temporal puede ser motivo de discriminación?», *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 5 (2017).
- LÓPEZ ÁLVAREZ, M.J. en “A vueltas con la calificación del despido por enfermedad”. *Revista Española de Derecho del Trabajo* núm. 209/2018.
- MANEIRO VÁZQUEZ, Y., “Suspensión del contrato de trabajo por mutuo acuerdo”. AL, núm. 19, 2009.
- MOLINA NAVARRETE, C., “Nuevo revés judicial a la reforma laboral. La reducción de jornada por guarda legal no se agota en la “diaria” (Comentario a la Sentencia de la Audiencia Nacional 49/2015, de 23 de marzo). RTSS, núm. 386, mayo 2015.
- MONTOYA MELGAR, A., *Manual de Derecho del Trabajo*, Tecnos ed. 39.
- RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, S., “Tiempo de trabajo y vida privada”. Comares, 2016, pág 321.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, «Despido por enfermedad y discriminación», RL, núm. 20 (2008).
- ROJO TORRECILLAS, E., “Permisos y licencias (análisis del artículo 37.3 de la ley del estatuto de los trabajadores y de su desarrollo convencional). AA. VV. *Tiempo de Trabajo*, Bomarzo, 2011.
- RUIZ CASTILLO. M.M., “Discriminación por causa de discapacidad y obesidad”. *Condiciones de Empleo y Relaciones de Trabajo en el Derecho de la Unión Europea. Un estudio de Jurisprudencia del Tribunal de Justicia*. Dir. GARCÍA MURCIA. Aranzadi.
- SANCHEZ TRIGUEROS, C. en “Los permisos retribuidos del trabajador”. Aranzadi. 1999.
- SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., “El permiso por lactancia a la luz de la reciente jurisprudencia”. NREDT, Núm. 213, 2018.
- SEMPERE NAVARRO, A., ¿Cuándo y cómo se acumula el permiso de lactancia? (al hilo de la STS SOC 419/2018 de 19 de abril. Aranzadi Doctrinal, núm. 7, 2018.
- VIDA SORIA, J., “La suspensión del contrato de trabajo”. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1965.

RESUMEN

La regulación de los permisos retribuidos, las reducciones de jornadas de trabajo, la suspensión del contrato de trabajo y los distintos supuestos de excepciones, han sido objeto de abundante interpretación por parte de la doctrina judicial y la jurisprudencia. La doctrina jurisprudencial analizada en este trabajo se refiere fundamentalmente a la del Tribunal Supremo, pero también a la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que está jugando un papel notable en la conformación de los ordenamientos laborales de los Estados miembros.

Este estudio trata de hacer un análisis de la jurisprudencia de los últimos años. Pero debemos partir de pronunciamientos judiciales anteriores para comprobar en qué medida ha abordado nuevos aspectos de los institutos indicados, o ha modificado anteriores soluciones jurisprudenciales.

La doctrina jurisprudencial ayuda a completar la regulación legal, y a configurarla. En algunos casos cubre lagunas legales; en otros sirve para armonizar nuestra legislación a los mandatos de la Unión Europea; y en otros, como en nuestro objeto de estudio, adapta la normativa general a la casuística de esta materia, que puede ser susceptible de importantes variaciones debido a que se trata de derechos, que, en algunos casos, están íntimamente relacionados con cambios o transformaciones sociales sobrevenidas.

En relación con las licencias o permisos retribuidos regulados en el art. 37.3 ET, tratamos en un primer momento diversas cuestiones generales que tienen una notable trascendencia práctica. Estas son: el alcance respectivo del preaviso y de la justificación que requiere el disfrute de los diferentes supuestos de licencias; la composición de la retribución cuando el trabajador está de permiso; cómo deben computarse estas interrupciones a efecto de la jornada de trabajo; y, por último, cuál debe ser el momento inicial o *dies a quo* a efectos del cómputo de comienzo de los permisos.

Como se sabe el art. 37.3 ET contempla hasta seis supuestos por los que el trabajador puede interrumpir la actividad laboral. Estas circunstancias tienen, a veces que ver con la necesidad del cumplimiento de deberes públicos; pero la mayoría de ellas vienen determinadas por la conciliación de la vida personal o familiar del trabajador. Estas últimas, son las que mayor controversias judiciales han planteado en los últimos años, como ha sido el caso del extinto permiso por nacimiento de hijos y el permiso por infortunios familiares.

Nuestro ordenamiento laboral también contempla una serie de reducciones o adaptaciones de jornada que pretenden fundamentalmente facilitar a los trabajadores la conciliación de su trabajo con la vida familiar. En este trabajo nos vamos a centrar exclusivamente en el análisis jurisprudencial de tres modalidades de reducciones. En primer lugar, veremos el permiso por lactancia que tras la nueva redacción al art. 37.4 ET introducida por RDL 6/2019 pasa a denominarse para el cuidado del lactante. A pesar de las modificaciones introducidas relativas a su configuración como un derecho individual de hombres y mujeres, y su carácter no transferible, gran parte de la jurisprudencia reciente sobre el permiso de lactancia sigue estando vigente, aunque con la nueva redacción han quedado resueltas otras cuestiones como las relativas a la titularidad del derecho. En segundo lugar, nos centraremos en la reducción de la jornada por “guarda legal” o para el cuidado de familiares desvalidos (art. 37.6 ET). En

ella analizamos dos cuestiones de bastante trascendencia práctica; una hace referencia al propio contenido y alcance de este derecho; y la otra a cuál debe ser el módulo (diario, semanal, mensual, o anual) sobre el que debe operar la reducción de la jornada. Finalmente, abordamos la reducción de jornada por cuidado de menores afectados de cáncer u otra enfermedad grave (párrafo tercero del art. 37.6 ET). En este caso, la mayor conflictividad judicial se ha presentado fundamentalmente en torno al devengo de la prestación económica que es concomitante a este derecho.

Respecto a las causas que suspenden el contrato de trabajo (art. 45 ET), las hemos ordenado sistemáticamente en tres grandes grupos: suspensiones por la voluntad conjunta de las partes; suspensiones por la voluntad de alguna de las partes; y suspensiones involuntarias. Del primer grupo analizamos dos cuestiones relativas al alcance que tiene la reserva del puesto de trabajo cuando la suspensión se debe al mutuo acuerdo y la diferencia entre este supuesto y las prejubilaciones. Del segundo grupo sólo vamos a tratar las novedades jurisprudenciales relativas a la suspensión del contrato de trabajo por el ejercicio del derecho de huelga, y más concretamente la litigiosidad relativa a los descuentos salariales de los días de huelga. El tercer grupo es el más numeroso y también el que más controversias ha planteado, entre ellas la relativa a la calificación que merece el despido de un trabajador que tiene su contrato en suspenso por enfermedad o la concerniente a la evaluación del riesgo específico en la suspensión por riesgo para la lactancia. En el caso del nuevo supuesto de suspensión por nacimiento introducido por el Real Decreto-Ley 6/2019, que configura la maternidad y la paternidad como un derecho individual de la persona trabajadora, intransferible tanto para la maternidad natural o la civil, las modificaciones introducidas han puesto fin a alguna de las principales cuestiones judiciales en torno a estas casusas suspensivas como la transferencia del derecho en favor del otro progenitor.

En relación con la excedencia nos vamos a ocupar de la excedencia voluntaria y por cuidado de hijos y familiares. Sin duda las cuestiones que más interrogantes han planteado en materia de excedencias voluntarias giran en torno al reingreso preferente del trabajador excedente. Y respecto a la excedencia por cuidado de hijos y familiares se ha debatido por la jurisprudencia si la calificación que merece la negativa empresarial al reingreso alegando la inexistencia de vacante es o no la de despido nulo.

Palabras claves: Conciliación de la vida familiar y laboral; excedencia por cuidado de hijos; excedencias voluntarias; licencias retribuidas; permisos parentales; reducciones de jornada por conciliación de la vida laboral; suspensión por riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia.

ABSTRACT The regulation of paid leaves, reductions in working hours, the suspension of the work contract and the different assumptions of leaves, have been the subject of abundant interpretation by judicial doctrine and jurisprudence. The jurisprudential doctrine analyzed in this paper refers fundamentally to that of the Supreme Court, but we are also going to deal with the jurisdictional doctrine and jurisprudence of the Court of Justice of the European Union, which is playing a notable role in the conformation of the labor laws of the Member States, moving from more classic issues such as discrimination, to the treatment of parental leave.

This study tries to make an analysis of the jurisprudence of the different courts of recent years, in order to determine the evolution and development of these working conditions. For this we must start from previous judicial pronouncements to verify to what extent the jurisprudence has addressed new aspects of the indicated institutes or has modified previous jurisprudential solutions.

Jurisprudential doctrine helps to complete the legal regulation, and to configure it. In some cases it covers legal gaps; in others it serves to harmonize our legislation with the mandates of the European Union; and, finally, it adapts the general regulations to the diverse casuistry characteristic of this matter, which may be susceptible of important variations because they are rights, which, in some cases, are closely related to changes or social transformations that have taken place.

In relation to paid leaves, regulated in art. 37.3 ET, we are dealing at first with various general issues on which the jurisprudence has been pronounced and which are of great practical importance. These are: the scope of the notice and the justification that requires the enjoyment of the different assumptions that give right to the licenses; the composition of the compensation when the worker is on leave; how these interruptions should be computed for the purpose of the work day; and finally, we highlight the latest jurisprudence that is pronounced on what should be the initial moment or dies a quo for the purpose of computing the start of permits.

As it is known the art. 37.3 ET contemplates up to six cases for which the worker can interrupt the work activity. These circumstances have, sometimes to do with the need to fulfill public duties; but most of them are determined by the conciliation of the worker's personal or family life.

Our labor legal system also includes a series of reductions or adaptations of working hours that fundamentally aim to facilitate workers' conciliation of their work with family life. In this paper we are going to focus exclusively on the jurisprudential analysis of three types of reductions. First, we will see the permission for breastfeeding that after the new wording to art. 37.4 ET introduced by RDL 6/2019 is renamed for infant care. Despite the changes introduced regarding its configuration as an individual right of men and women, and its non-transferable nature, much of the recent jurisprudence on breastfeeding leave is still valid, although with the new wording other issues have been resolved, as for example those related to the ownership of the right. Secondly, we will focus on reducing the working day by "legal guardianship" or for the care of helpless relatives (article 37.6 ET). In it we analyze two questions of considerable practical significance, one refers to the content and scope of this right; and the other refers to what the module should be (daily, weekly, monthly, or annual) on which the reduction of the working day should operate. Finally, we address the reduction of working hours for the care of minors affected by cancer or other serious illness (third paragraph of Article 37.6 ET). In this case, the greatest judicial conflict has arisen fundamentally around the economic benefit originate that is concomitant to this right.

Regarding the causes that suspend the employment contract (Article 45 ET), we have ordered them systematically in three large groups. Suspensions by the joint will of the parties; suspensions by the will of some of the parties; or finally involuntary suspensions that affect workers or employers. From the first group, we analyzed two questions regarding the scope of the reservation of the job when the suspension is due to mutual agreement and the difference between this assumption and early retirement. Of the second group, we are only going to deal with the jurisprudential novelties related to the suspension of the labor contract for the exercise of the right to strike, and more specifically the controversy regarding salary discounts on strike days. The third group is the most numerous and also the one that has raised the most judicial controversies. Thus, the health of the worker due to illness that entails the suspension of the employment contract has raised several issues, the most important being the qualification that deserves the dismissal of a worker whose contract is suspended. In the case of the new case of suspension by birth introduced by Royal Decree-Law 6/2019, and which forms motherhood and paternity as an individual right of the worker, non-transferable both for natural or civil motherhood, the modifications introduced have put an end to some of the main legal controversies surrounding these suspensive cases, such as the one concerning the different duration and benefit of the suspension of paternity and maternity; or the one concerning the transfer of the right in favor of the other parent. There have also been significant legal disputes surrounding the evaluation of the specific risk that suspension of risk requires during breastfeeding.

In relation to the leave of absence we are going to take care of the voluntary leave and care of children and relatives. Undoubtedly the questions that have raised the most questions in terms of voluntary leave revolve around the preferred re-entry of the surplus worker. And regarding the leave of absence for the care of children and relatives, it has been debated by case law whether the qualification that the business refusal to re-enter due to the absence of a vacancy is or is not that of dismissal.

Keywords: Conciliation of employment and familial demands; leave of absence for caring children; voluntary leave of absence; remunerated leaves; parental leaves; reduction of working hours; suspension of the contract of employment due to risk during pregnancy and nurse.