

130/15/CVL/BV

17 de abril de 2015

Ent. 150/15

Asunto: CONCILIACIÓN DE LA VIDA LABORAL Y FAMILIAR. Permisos y licencias retribuidas. Grado de parentesco por consanguinidad y afinidad: derecho de disfrute al padrastro, madrastra, hijastros y hermanastros.

Primero. El art. 37.3 b) del ET señala que: *"3. El trabajador, previo aviso y justificación, podrá ausentarse del trabajo, con derecho a remuneración, por alguno de los motivos y por el tiempo siguiente:*

b) Dos días por el nacimiento de hijo y por el fallecimiento, accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario, de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad."

Para la determinación del grado de parentesco se debe acudir a la legislación civil arts. 915 y ss. del Código Civil, donde se establece el grado de parentesco por consanguinidad. Concretamente, señala la normativa que cada generación forma un grado, y cada serie de grados forma una línea. La línea puede ser recta –cuando descienden uno de los otros-, o colateral –no descienden unos de otros pero tienen un tronco en común. Y finalmente el art. 918 dispone la determinación del grado de parentesco en los siguientes términos:

"En las líneas se cuentan tantos grados como generación o como personas, descontando la del progenitor.

En la recta se sube únicamente hasta el tronco. Así el hijo dista del padre un grado, dos del abuelo y tres del bisabuelo.

En la colateral se sube hasta el tronco común y después se baja hasta la persona con quien se hace la computación. Por esto, el hermano dista dos grados del hermano, tres del tío, hermano de su padre o madres, cuatro del primo hermano, y así en adelante"

Por consiguiente son parientes consanguíneos de segundo grado del trabajador: en línea ascendente, los padres (primer grado) y los abuelos (segundo grado); en línea descendente los hijos (primer grado) y los nietos (segundo grado); y en línea colateral, los hermanos (segundo grado –no hay primer grado en la línea colateral-).

De otro lado, el Código Civil, no define el parentesco por afinidad, tratándose de un criterio de construcción doctrinal, pero integrado en el derecho, siendo numerosas las normas que hacen referencia al parentesco por afinidad, de lo que es paradigma el propio art. 37.3 b) ET.

Entre otras, la **sentencia TS (contencioso) de 20 de diciembre 1994, Rec. 6445/91 (Arz 10705/94)** señala que el parentesco de afinidad *"...como es sabido, existe entre cada cónyuge y los parientes del otro"*. Se trata de la familia política, y por tanto serían parientes por afinidad de hasta segundo grado del trabajador:

En línea ascendente de primer grado los padres de cónyuge o suegros del trabajador.

En línea ascendente de segundo grado los abuelos del cónyuge.

En línea colateral los hermanos del cónyuge o cuñados.

Pero también se incluye el parentesco por afinidad de hasta segundo grado en línea descendente. Lo que incluye como parientes por afinidad del trabajador:

En línea descendente de primer grado los hijos del cónyuge o hijastros del trabajador.

En línea descendente de segundo grado los nietos del cónyuge.

El parentesco por afinidad en línea descendente, se trata de una circunstancia que puede darse con mayor frecuencia en la actualidad que en el pasado, pues no resulta extraño la formación de familias en segundas nupcias, cuando los cónyuges ya cuentan con descendencia.

Así pues los hijos del cónyuge, no consanguíneos del trabajador o hijastros generan derecho a los permisos retribuidos del art. 37.3 b) ET, por tratarse de parientes por afinidad de primer grado, (mismo grado que los padres del cónyuge –suegros- aunque en líneas distintas –descendente y ascendente-).

Segundo. Partiendo de que el trabajador está expresamente incluido en el supuesto de hecho del art. 37.3b) ET, y por lo tanto tiene derecho a disfrutar de los permisos que la norma especifica, cuando el infortunio familiar acaece al hijo de su cónyuge o hijastro, debe concluirse que también tiene derecho al permiso el hijastro del trabajador, cuando sea el padrastro el sujeto causante del permiso, y ello sobre la base de la doctrina del **Tribunal Supremo (Social) en sentencia de 18 de febrero 1998, Rec. (Arz. 2209/98)**, en la que se dispone que el parentesco, tanto cuando lo es por consanguinidad,

como cuando lo es por afinidad es recíproco o bidireccional, de modo que vincula por igual a dos personas, sin que resulte posible concebir un parentesco de una sola dirección. En el caso concreto, se vino a resolver sobre el parentesco por afinidad en línea colateral de segundo grado (cuñados), señalándose que existe dicho parentesco tanto entre el hermano del cónyuge del trabajador, como entre el cónyuge del hermano del trabajador.

“Es cierto que los vínculos de afinidad, y específicamente el vínculo entre cuñados al que se refiere el litigio, no constituyen en todos los casos lo que la doctrina ha llamado una relación simétrica en sentido estricto, en las que las posiciones de las partes sean exactamente iguales a todos los efectos. Pero no parece dudoso que nos encontramos ante una relación bilateral, que proyecta sus principales efectos en doble dirección. Esta bilateralidad de la relación de afinidad permite en principio afirmar que no sólo es cuñado el hermano del cónyuge, sino también el cónyuge del hermano, en cuanto que una u otra posición dependen del punto de vista que se adopte para describir la relación, y en cuanto que ésta, descrita en toda su complejidad, comprende los lazos o vínculos en uno y otro sentido existentes en la misma. Conviene detenerse un poco más en la explicación de este carácter bilateral de la afinidad.

El sustrato social de la relación jurídica de afinidad es la unión o proximidad entre dos linajes que produce la existencia de un eslabón común entre ellos; así lo recuerdan las propias fuentes romanas que se han examinado en este litigio (Digesto 38.10.4.3). Y es justamente esta proximidad la que ha generado unos deberes o usos sociales, que el ordenamiento jurídico convierte, dentro de ciertos grados o líneas, en obligaciones o normas jurídicas de distinto contenido (deberes, permisos, prohibiciones, incompatibilidades).

La anterior consideración de la génesis y desenvolvimiento de la relación de afinidad permite afirmar que el concepto jurídico de la misma no debe definirse al margen o con abstracción completa de los deberes y usos que son práctica entre los afines en la convivencia social. Y justamente estos deberes y usos sociales se caracterizan por la bilateralidad o doble dirección, al menos en la inmensa mayoría de los aspectos de la relación. Así sucede, sin duda, en lo que concierne a los permisos que regulan el art. 37.3 del ET y el directamente en litigio art. 38.1, c) del convenio de grandes almacenes. Como señala gráficamente el informe del Ministerio Fiscal, en la vida social no cabe la distinción en las situaciones de desgracia familiar que contempla la regulación controvertida entre acudir al sepelio del hermano del marido de la trabajadora o acudir al sepelio de la mujer del hermano del trabajador.

En suma, el significado y la finalidad del instituto jurídico-laboral del permiso por desgracia familiar es precisamente armonizar o hacer compatibles las obligaciones de trabajo con los deberes sociales y familiares de asistencia y compañía que surgen en los casos de fallecimiento o enfermedad grave de parientes o afines muy próximos, evitando que el cumplimiento de las primeras pueda anular o impedir por completo el cumplimiento de los segundos. Siendo ello así, no puede acogerse la definición del concepto de afinidad propuesta en el recurso como relación que se proyecta solamente en sentido único desde el cónyuge a los consanguíneos del otro cónyuge."

En cuando a grado de parentesco, entre hijastro y padrastro siempre es el mismo, con independencia de la dirección o línea del parentesco: afinidad primer grado

Tercero. Más compleja se presenta la cuestión sobre el derecho a los permisos del art. 37.3b) ET, entre hermanastros en la medida en que entre ambos no existe parentesco por consanguinidad, pero tampoco por afinidad en su estricta definición, pues no se trata de parientes del cónyuge, ni del cónyuge de los parientes, sino de parientes del cónyuge de los parientes. En definitiva el supuesto de hecho del art. 37.3b) no contempla a los hermanastros como titulares del derecho a los permisos retribuidos por infortunios familiares.

Ahora bien, desde la teleología de los permisos, ello no significa que no puedan ostentar su titularidad en ningún caso, quedando condicionado su ejercicio a la aceptación o criterio empresarial, en cuyo caso podrá instarse el reconocimiento judicial del derecho en base a un interpretación judicial que debería tener en cuenta:

- La finalidad y alcance constitucional de los permisos retribuidos como instrumentos del derecho del trabajador a la conciliación de la vida laboral y familiar.
- La realidad social del tiempo en que se vive donde los usos sociales al amparo de la legislación vigente, posibilitan y otorgan protección a las segundas nupcias, y por lo tanto a la formación de familias a las que cada cónyuge puede aportar sus propios hijos, creando un nuevo conglomerado de relaciones familiares, que todavía no ha sido tenido en cuenta por la legislación en muchos aspectos, como en materia de permisos laborales.
- Las circunstancias concurrentes en cada caso en concreto, y que puedan ser indicativas de que entre los hermanastros ha surgido una verdadera relación de afecto o parentesco análoga a la fraternal. Así la fecha en que los padres contrajeron matrimonio, la edad de los hijos, y si hay o ha habido convivencia entre ellos. De este modo, no sería lo mismo el matrimonio entre una pareja cuyos hijos son adultos y se encuentran

independizados o incluso habiendo formado su propia familia, que el matrimonio entre una pareja con hijos menores, que pasan a convivir en el seno de la misma familia. Así un elemento a considerar determinante sería el que ambos sujetos pertenecieran o hubieran pertenecido al mismo núcleo familiar, y ello puede acreditarse cuando existe o ha existido convivencia en el mismo domicilio junto con los ascendientes.

Atendidos tales criterios, pueden concurrir los requisitos de la analógica que permiten equiparar a los hermanastros a los parientes en línea colateral de segundo grado, a los efectos de los permisos retribuidos.

Saludos...