

468/12/CVL/BV

21 de noviembre de 2012

Ent. 550/12

**Asunto: CONCILIACIÓN DE LA VIDA LABORAL, PERSONAL Y FAMILIAR.
Licencias o permisos retribuidos: Concepto de enfermedad grave.**

Primero. De conformidad con el art. 37.3.b) del ET, el trabajador, previo aviso y justificación, podrá ausentarse del trabajo con derecho a remuneración, “dos días en los casos de nacimiento de hijo o por el fallecimiento, accidente o enfermedad grave u hospitalización de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad...”

Por su parte el art. 48 del EBEP, también aplicable al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas ex art. 51 ET dispone que:

“Los funcionarios públicos tendrán los siguientes permisos:

a) Por fallecimiento, accidente o enfermedad grave de un familiar dentro del primer grado de consanguinidad o afinidad, tres días hábiles cuando el suceso se produzca en la misma localidad, y cinco días hábiles cuando sea en distinta localidad.

Cuando se trate del fallecimiento, accidente o enfermedad grave de un familiar dentro del segundo grado de consanguinidad o afinidad, el permiso será de dos días hábiles cuando se produzca en la misma localidad y de cuatro días hábiles cuando sea en distinta localidad.”

Viene siendo habitual que en lo que se refiere al concepto de enfermedad grave como causa de permiso retribuido, sea recogido de forma más concisa en los Convenios Colectivos, debiendo acudir a estos para conocer si han regulado algún aspecto referido a la materia, y por el cual se pueda delimitar con mayor exactitud, lo que debamos de entender por enfermedad grave.

No existe al respecto, doctrina o jurisprudencia, que aclare o unifique la cuestión planteada, si bien, a continuación os señalamos algunas de las sentencias que hacen referencia a la misma.

Como señala **Carmen Sánchez Trigueros**, en “Los permisos retribuidos del trabajador”, Aranzadi Editorial pág. 114, en toda calificación de patología es inevitable que existan dosis de subjetivismo o relatividad, por lo que cuando la norma atribuye un permiso para los casos de grave enfermedad está haciendo uso de un concepto que sólo podrá precisarse a la vista de cada caso.

La citada autora considera estéril, la tarea de tipificar determinadas enfermedades como graves, poniendo un ejemplo de que una gripe en una persona adulta no puede ser considerada igual que si la padece un anciano con otra serie de complicaciones. Por este motivo, en ocasiones se ha sugerido que la única forma de evitar las discusiones era la de poner el tema en manos de los profesionales de la medicina, pero esto también tiene sus inconvenientes, pues los diagnósticos médicos no son siempre coincidentes, ni tan solo debe quedar la valoración de la gravedad de la enfermedad en ellos, pues se debe atender a los demás factores que envuelvan el caso concreto.

1) Por lo que se refiere a enfermedades o intervenciones que los Tribunales vienen considerando como graves y por tanto concediendo el permiso establecido en el art. 37 o en el convenio de aplicación, podemos destacar las siguientes sentencias, diferenciadas en distintos bloques en función de la intervención realizada:

Cesárea:

* **Sentencia del TSJ de Andalucía/Sevilla de 29 de mayo de 1.995 Rec. Sup. 599/1994**, en la que se mantiene que la cesárea es una intervención quirúrgica que debe calificarse de enfermedad grave, a los efectos del derecho de los parientes a ausencia del trabajo sin pérdida de remuneración.

* **Sentencia del TSJ de Castilla La Mancha de 3 de junio de 1.996 Rec. Sup. 216/1996**, por la que se concede el permiso por intervención quirúrgica a un familiar. Se practica una cesárea a la hermana del actor.

* **Sentencia del TSJ de Cantabria de 15 de marzo de 1.996 Rec. Sup. 304/1.996**, recaída en demanda de conflicto colectivo, sobre la interpretación del convenio colectivo de la Siderometalúrgica, en el que se establecía el permiso retribuido de un día por hospitalización con intervención quirúrgica de un hijo político, el Tribunal considera incluidos los casos de parto con cesárea de una hija política, aunque el efecto sea el nacimiento de un nieto.

* **Sentencia del TSJ de Cantabria de 29 de julio de 1998 Rec. Sup. 965/1998**, al considerar que la cesárea supone un “plus” respecto del parto, que se traduce en una mayor permanencia de la madre y el hijo en el centro hospitalario.

* **Sentencia del Juzgado de lo Social número 33, de Madrid, de 9 de diciembre de 2002, (JUR 2003\24305)**, según la cual aunque no pueda considerarse la existencia de enfermedad grave, si que se requiere hospitalización, entrando con ello dentro de uno de los otros supuestos previstos en la norma estatutaria.

Extracción de una placa:

* **Sentencia del TSJ de Baleares de 15 de octubre de 1.992 (Ar. 4852)**, en la que se considera enfermedad grave la extracción de una placa en la tibia.

Neumonía sin hospitalización:

* **Sentencia del TSJ de Murcia de 16 de junio de 1.993 Rec. Sup. 711/1992**, donde se concede el permiso sin pérdida de retribución, durante cinco días por neumonía sin hospitalización de su hijo, independientemente de que dos de ellos coincidan con días de libranza. Al ser una necesidad de orden familiar debidamente justificada y no haber disfrutado de los 10 días que le corresponden al año.

Acompañar al hijo al pediatra (siempre que no se trate de control rutinario).

* **Sentencia del TSJ de Cataluña de 19 de julio de 1.997 Rec. Sup. 1455/1997**, recaída en procedimiento de conflicto colectivo, se sostiene que procede el permiso retribuido por el tiempo invertido en acompañar a los hijos al pediatra en caso de enfermedad, siempre que no se trate de un control rutinario.

Mononucleosis infecciosa de un hijo menor.

* **Sentencia del TSJ de Aragón de 9 de abril 2003, Rec. 1200/02 (Arz. 1823/03)**, que reconoce el derecho de la actora a la ampliación del permiso retribuido conforme a lo previsto en el convenio colectivo, durante la enfermedad de su hijo menor que padeció mononucleosis infecciosa, sufriendo gran afección del estado general, adenopatías cervicales, aumento del tamaño del bazo con abdominalgia, realizándose al menor una punción biopsia de las adenopatías infectadas y analítica general con serología y morfología celular.

Fractura de fémur de madre mayor con intervención quirúrgica.

* **Sentencia del TSJ de Castilla y León de 14 de junio 2007, Rec. 329/07, (Arz. 2679/07)**. Reconoció el derecho de la trabajadora a disfrutar del permiso retribuido por enfermedad grave, después de haber disfrutado del permiso por hospitalización de pariente expresando así la distinción y autonomía de sendas causas de permiso retribuido. Según consta en los hechos la madre de la actora de 87 años había ingresado en el hospital, diagnosticándosele una fractura de fémur, siendo sometida a una intervención quirúrgica de reducción y osteosíntesis de fractura basi-cervical con tornillo-placa.

Intervención cardíaca con anestesia total.

* **Sentencia del TSJ de Madrid de 25 de abril 2007, Rec. 966/07, (Arz. Jur. 211213/07).** Reconoció el derecho de la trabajadora a la ampliación del permiso por enfermedad grave de pariente, según convenio, cuando como consecuencia de al enfermedad valvular de corazón que padecía su hijo, hubo que someterlo a una intervención quirúrgica con anestesia total para el implante de prótesis cardíaca y cateterismo.

Intervención quirúrgica con anestesia general y/o con hospitalización.

* **Sentencia del TSJ de Andalucía/ Sevilla de 21 de mayo, Rec. 4096/01, (Arz. 3788/02).** El convenio colectivo regulaba un permiso retribuido por enfermedad grave y por intervención quirúrgica. Se reconoce el derecho del trabajador al permiso solicitado, por cuanto se trataba de una intervención quirúrgica del pariente, pero también porque a juicio del Tribunal debe presumirse la existencia de enfermedad grave cuando el paciente es sometido a una intervención quirúrgica que exige anestesia general, y cuando se debe de proceder al ingreso un día antes de la operación manteniéndose la hospitalización un día después de al operación.

* **Sentencia del TSJ de Madrid de 3 de julio 2001, Rec. 1372/11, Jur 281155/11.** “...padre del actor, estaba ingresado desde el día 3.10.99, en el Servicio de Cirugía del Hospital Nuestra Sra de Sonsoles de Avila, y que continuaba ingresado en el Servicio de Cirugía e día 5.10.99, un internamiento en un hospital, para ser operado es prueba lógica, de que el paciente tiene una enfermedad grave.”

2) Por otro lado, en relación con enfermedades o intervenciones que **no son consideradas graves** por los Tribunales, podemos destacar:

Operación de cataratas:

* **Sentencia del TSJ Aragón 14 de octubre de 1.992 (Ar. 4990).** Considera el Tribunal que una operación de cataratas no es una enfermedad grave, aún cuando haya sido preciso ingreso hospitalario, anestesia general y posterior reposo absoluto.

* **Sentencia del TSJ de Andalucía / Granada de 25 de marzo de 2003, (JUR 2003,137378).**

Varicela:

* **Sentencia del TSJ de Andalucía/Sevilla de 18 de septiembre de 1.996 Rec Sup 332/1996**, en la que se sostiene que no procede la concesión de la licencia retribuida, la varicela sufrida por la hija de cuatro años de edad, porque no se trata de enfermedad grave.

Anginas y vegetaciones:

* **Sentencia del TSJ La Rioja 7 de septiembre de 1.992 (Ar. 4266)**. Se desestima el recurso interpuesto por la actora, por cuanto no es de aplicación el art. 37.3.b) del ET, cuando la trabajadora se ausenta de su puesto de trabajo por intervención de anginas y vegetaciones realizadas al hijo, salvo que se acreditara en el acto del juicio, dicha gravedad, mediante prueba pericial médica.

Luxación de un hombro:

* **Sentencia del TSJ de Andalucía/Granada de 10 de mayo de 2000 Ar. 2596**. Se desestima el derecho al permiso retribuido dada la falta de gravedad de una intervención quirúrgica por luxación de hombro

Cesárea:

* **Sentencia del TSJ de Aragón de 15 de mayo de 2000 Ar. 2242**

* **Sentencia del TSJ de Cataluña de 16 de octubre de 1997, Ar. 4003.**

Extracción de muelas con anestesia local de hija.

* **Sentencia del tribunal Superior de Justicia de Asturias de 12 de marzo, Rec. 2352/03, (Arz. Jur. 127148/04)**. Incluso en un supuesto en el que el propio convenio colectivo establecía junto a la enfermedad grave, como causa de permiso retribuido la intervención quirúrgica señala que *“la intervención quirúrgica de la hija del actor consistente en al extracción de tres muelas, bajo anestesia local, realizada en la clínica del cirujano, y que no requirió ingreso hospitalario, no puede encuadrarse en el concepto de intervención quirúrgica que contemplan aquellas normas a los efectos de generar derecho a los días de permiso demandados.”* De donde lógicamente se desprende que dicha intervención tampoco se consideraría enfermedad grave.

Operación de fimosis con anestesia general de hijo menor.

* **Sentencia del JS número 4 de Madrid de 28 de mayo de 2001.** Esta sentencia, en su fundamentación jurídica parte de la premisa de que la fimosis no puede considerarse una enfermedad grave; sin embargo termina concediendo el permiso al padre, equiparando esta situación a la de la hospitalización, para lo que tiene en cuenta varias circunstancias concurrente como el ingreso, aunque fuera de una parte del día, en hospital público, la edad del hijo: 6 años, la circunstancia de que fuera sometido a anestesia general, y el parentesco.

Extracción de un angioliopoma: intervención quirúrgica sin ingreso hospitalario:

* **Sentencia del JS número 34 de Madrid, de 14 de marzo 2006, (Arz. 701/06),** en un supuesto en el que el convenio colectivo regulaba la intervención quirúrgica como causa de permiso retribuido junto con la enfermedad grave, se desestima la pretensión del trabajador del acceso al permiso retribuido de tres días por cuanto *“la intervención quirúrgica practicada al hermano del demandante es tan simple y sencilla que ni siquiera requiere el ingreso hospitalario”*

Como se observa, el criterio para apreciar la gravedad de la enfermedad es algo subjetivo, si bien entendemos que para su valoración no solo deben tenerse en cuenta el grado de peligrosidad de la misma, sino las circunstancias concretas que rodeen al caso, tal y como ponen de manifiesto algunas de las sentencias señaladas en atención a las circunstancias familiares, como grado de parentesco y edad del pariente.

Segundo. Por otro lado, cabe hacer mención a la posibilidad de establecer por medio de acuerdos o en el propio convenio colectivo, las aclaraciones pertinentes sobre qué situaciones pueden ser consideradas graves, lo que evitaría el desconocimiento por parte del trabajador y el abuso de derecho por parte de la empresa; en este sentido algunos convenios colectivos establecen como enfermedad grave aquella calificada como tal por el facultativo correspondiente, o bien lo relacionan directamente con la necesidad de intervención quirúrgica.

Así, podemos citar la **STSJ del País Vasco de 9 de febrero de 1999, Ar. 2047** y la **SJS de Vitoria de 10 de diciembre de 1999, Ar. 4385**, en las que se interpreta la cláusula del convenio colectivo de Telefónica en la que se establece que todas las intervenciones quirúrgicas se considerarán potencialmente graves, a efectos de la solicitud de licencias.

La **operación de cataratas y la extracción de un pólipo de la cuerda vocal**, casos estudiados en sendas sentencias respectivamente, aunque **no tienen la consideración de enfermedades graves**, dan lugar al permiso remunerado dada la equiparación realizada por

el convenio, siendo la gravedad de la enfermedad únicamente criterio a seguir para determinar la duración del mismo, que según el convenio puede llegar hasta cinco días.

Tercero. De otro lado, debe tenerse en cuenta que en la medida que dentro de los permisos regulados en el art. 37 ET y 48 EBEP se incluye el que trae causa en la hospitalización, diferenciándose así claramente del de enfermedad grave; debemos recordar que cualquier enfermedad o accidente que requiera hospitalización dará lugar al derecho a disfrutar del permiso, con independencia de la valoración de su gravedad. En este sentido, y a modo de ejemplo la doctrina contenida en la sentencia **JS número 33 de Madrid de 9 de diciembre de 2003, JUR 2003\24305** dispone que:

“Ciertamente un parto con cesárea no se puede calificar de enfermedad, pero si consiste en una intervención quirúrgica, situación en la que se precisa, al menos en este caso, de hospitalización prolongada, más allá incluso de los límites fijados convencionalmente para calificar una situación de enfermedad como grave.

Concurriría entonces el requisito constitutivo del derecho preciso para su estimación, hospitalización que no necesariamente ha de derivar de enfermedad a la vista de la redacción dada por la norma.

Tal interpretación a mi entender no repugna a los fines previstos por la norma, sino al contrario, profundiza en su adecuada aplicación, pues parece obvio que quien permanece hospitalizado precisa de la necesaria ayuda de otros y por tanto es plausible que ésta se extienda a todos los familiares hasta el segundo grado por consanguinidad o afinidad, siendo también evidente que si esta ayuda se limita en este caso al permiso de dos días para el padre del nacido, quedaría gravemente perjudicada.”

No obstante, la determinación de la gravedad de una enfermedad a los efectos del devengo del permiso adquiere relevancia en los supuestos en los que a pesar del estado patológico, la hospitalización es irrelevante para la curación. Así la **sentencia del TSJ de Galicia de 21 diciembre 2010, Rec. 4670/2010, (AS 2011\784)**, con cita de la doctrina del Tribunal Supremo recuerda que *“Partiendo de esta normativa legal y convencional, la hospitalización es hecho causante del permiso por infortunio familiar independientemente de si concurre una enfermedad grave. Se trata de hechos causantes diferentes. De este modo, se ostenta derecho al permiso tanto si concurre una enfermedad grave sin hospitalización como si concurre una hospitalización sin enfermedad grave. Basta la concurrencia de un hecho causante. El uso de la disyuntiva “u” es definitivo en la interpretación - STS de 23 de abril de 2009 (RJ 2009, 3249) , RCO 44/2007 -.”*

Saludos...