

194/13/CVL/BV

2 de mayo 2013

Ent. 219/13

Asunto: Conciliación de la vida laboral, personal y familiar. Permiso retribuido para el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público y personal: acompañar a hijo menor a consulta médica.

Se plantea la existencia de soporte legal para mantener el derecho al permiso retribuido para llevar al hijo a consulta médica, al margen de lo que pudiera preverse en convenio colectivo, o de la existencia de una condición más beneficiosa, y en cuanto el objeto de dicha consulta médica no se enmarque en los supuestos de accidente, enfermedad grave o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise de reposo domiciliario, comprendidos en el art. 37.3 b) ET.

Igualmente, y en cuanto no concurrieran las circunstancias que en cada caso concreto fueran determinantes del nacimiento del derecho al permiso con retribución, se plantea si la ausencia por dicha causa pudiera constituir una falta de asistencia al trabajo sancionable por la empresa.

Primero. En tales términos consideramos que la cobertura legal del permiso para llevar al hijo a consulta médica, vendría de la mano del art. 37.3 d) ET que regula el permiso retribuido para el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público y personal. Dispone dicho precepto 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:

...

d) Por el tiempo indispensable, para el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público y personal, comprendido el ejercicio del sufragio activo. Cuando conste en una norma legal o convencional un período determinado, se estará a lo que ésta disponga en cuanto a duración de la ausencia y a su compensación económica...”

1.-Pues bien, el art. 39 de la Constitución Española relativo a la protección de la familia establece un mandato a los poderes públicos para asegurar “la protección integral de los hijos”, al tiempo que el apartado tercero establece el deber de los padres de “prestar asistencia de todo orden a los hijos”.

2.- En desarrollo del mandato constitución y dentro de las atribuciones que implica la patria potestad en relación con los hijos, así como entre los deberes legalmente establecidos respecto de los familiares sobre los que pesa el deber legal de alimentos, se encuentra la necesidad de velar y cuidar por ellos, entre cuyos contenidos esenciales se encuentra, precisamente, el procurar las atenciones y cuidados que exige la atención de su salud. Es por ello que el procurar y facilitar asistencia sanitaria a tales parientes, lejos de ser una mera conducta social o una recomendación ética, se configura normativamente como una exigencia ineludible de interés público que pesa, legalmente, sobre determinados familiares.

Precisamente el art. 142 del Código Civil incluye entre el deber legal de alimentos las asistencia médica, obligación que alcanza a los ascendientes, descendientes y hermanos, y que alcanza concreciones específicas en relación con el cónyuge y los hijos como consecuencia de la patria potestad y la tutela o acogimiento (arts. 110, 154 y 173 CC).

2.- Una desatención de tales cuidados determina responsabilidad de los progenitores, lo que además de activar la potestad sancionadora del estado al integrar la comisión de figuras delictivas, impone al mismo tiempo el deber de resarcimiento de los perjuicios causados, además de poner en marcha los mecanismos legalmente establecidos para asignar el acogimiento o la tutela de la persona desamparada.

3.- Desde esta perspectiva, no puede haber dudas de que acompañar al hijo a la consulta médica constituye un verdadero deber legal, de contenido inexcusable en la medida que es personal y no puede transferirse a un tercero, y cuya omisión genera la responsabilidad de la persona que incurre en la violación del mismo. Y la misma consideración tiene que acompañar a ascendientes o parientes de primer grado que no pueden por sus propios medios realizar dicha actividad.

4.- Desde el punto de vista laboral, ello determina que se tenga que considerar como un deber inexcusable que genera los permisos correspondientes a dicha situación, entre los que se encuentra la consideración del tiempo invertido como retribuido y no recuperable, de conformidad con el art. 37.3.d) ET.

5.- En todo caso, ello no permite que siempre y en todo caso el acompañamiento a la asistencia médica tenga tal consideración, sino que es posible llevar a cabo un análisis circunstanciado de los factores que ponen en evidencia que el acompañamiento a la consulta médica es un verdadero deber, y no una mera conveniencia o decisión personal. Deberían de tomarse en cuenta las siguientes circunstancias:

a - Que en relación con los hijos menores en general bajo patria potestad o tutela, o acogimiento, se trate de una necesidad médica concreta y real, cuya atención médica no

pueda dispensarse en términos tales que sean compatibles con el horario de trabajo, sin que ello comprometa de alguna manera el derecho a la salud.

b - Que en relación con otros familiares, el mismo deber legal existe cuando se trate de los que carecen de posibilidades de prestar dicha atención médica por sus propios medios, por razón de su edad, estado físico, etc..., y en particular, cuando pese sobre el trabajador el deber legal de alimentos, que comprende igualmente velar por la salud.

c - Que incluso en caso de que otra persona pueda físicamente llevar a cabo dicho acompañamiento, la presencia física del trabajador sea necesaria para asegurar dicha atención médica de su hijo o familiar, especialmente, a la hora de ofrecer los aspectos necesarios para determinar el diagnóstico, y que en la normalidad de los casos, no puede sustituirse por la intervención de un tercero (empleado, familiar o amigo que carece de la necesaria intermediación y conocimiento de tales circunstancias).

Segundo. Por otro lado, es evidente que el art. 37 del ET protege los intereses del trabajador, más concretamente los relacionados con su derecho a la conciliación de la vida laboral y familiar, al establecer la posibilidad de ausencia del trabajo por motivos familiares sin que ello pueda enturbiar su vida laboral y sin merma alguna de sus retribuciones.

Sobre el alcance que deba darse a los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar, la doctrina judicial ha venido a señalar de manera reiterada la necesidad de adoptar criterios interpretativos que doten a los mismos de un carácter flexible que ante la situación de necesidad de conciliación, permita conferirles la máxima eficacia.

Así el TC en su **sentencia de 15 de enero 2007, Rec. 6715/03**, con ocasión de pronunciarse sobre el alcance de uno de los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar, concretamente sobre el derecho a la reducción de jornada por guarda legal y elección de horario, los siguientes principios que podemos sintetizar a continuación:

1.- Prevalencia de las medidas para evitar la discriminación de la mujer y la protección de la familia: (FJ 6) *“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.”*

2.- Necesidad de que el órgano judicial, no sólo tenga en cuenta como se ve afectado el derecho fundamental de la mujer, sino que acoja la interpretación más favorable para su efectividad. “...El hecho de que el órgano judicial no se haya planteado la cuestión de si denegar a la trabajadora la reducción de jornada solicitada constituía o no un obstáculo para la compatibilidad de su vida familiar y profesional supone no valorar adecuadamente la dimensión constitucional ex art. 14 CE de la cuestión que se le planteaba, de suerte que, como hemos afirmado en diversas ocasiones en relación con otros derechos fundamentales, el reproche que desde la perspectiva constitucional merece formularse contra la Sentencia recurrida en amparo “no es tanto ni sólo que haya renunciado a interpretar la normativa aplicable de la manera más favorable a la efectividad del derecho fundamental, sino que ni siquiera haya tenido en cuenta que este derecho estaba en juego y podía quedar afectado” (SSTC 191/1998, de 29 de septiembre, FJ 5; y 92/2005, de 18 de abril, FJ 5).

3.- El ET no establece un sistema de como se tiene que concretar la reducción de jornada, por lo que se habrá de razonar en cada supuesto como se ve afectado el interés prevalente de la mujer y la familia, y en su caso, las dificultades organizativas de la empresa. Según la Sentencia: *A ello contribuye el propio precepto legal,(art. 37.5 y 6 ET) que no contiene ninguna precisión sobre la forma de concreción horaria de la reducción de jornada, ni establece si en su determinación deben prevalecer los criterios y las necesidades del trabajador o las exigencias organizativas de la empresa, lo que posibilita una ponderación de las circunstancias concurrentes dirigida a hacer compatibles los diferentes intereses en juego.”*

La **Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2000 (RJ 2000/7209)**, también sobre el derecho a la reducción de jornada por guarda legal sostiene que: “ *tal precepto forma parte del desarrollo del mandato constitucional (artículo 39 de la Constitución que establece la protección a la familia y a la infancia. Finalidad que ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa”*

Sobre el particular, también la **sentencia del Juzgado de lo Social nº 34 de Madrid, procedimiento nº 742/2005, (Arz. 977/06)**, en un proceso en el que la empresa denegaba al trabajador con residencia en Madrid la ampliación de dos a cuatro días de un permiso por la hospitalización de familiar que exigía el desplazamiento a Ciudad Real, fundamentando la empresa su decisión en el escaso tiempo que conllevaba dicho viaje en AVE. Dispone la sentencia que:

“Tampoco puede compartirse la filosofía jurídica de la Empresa en interpretación del permiso que nos ocupa a cuyo tenor se considera que el permiso es una excepción a la obligación de trabajar y sólo deba ampliarse a cuatro días cuando la duración de los desplazamientos a efectuar puedan neutralizar los fines del permiso. Esta concepción excepcional en el momento actual debe considerarse superada por el marco legal

constitucional cuyo Intérprete ha señalado, a propósito de las vacaciones, que su finalidad no es la reposición de la fuerza de trabajo, sino la realización por el trabajador de sus fines personales y familiares. En el mismo sentido, ha de entenderse que el permiso retribuido que nos ocupa no puede configurarse negativamente, como se hizo durante el pasado régimen autoritario, como excepción de la obligación de concurrir al trabajo o justificación de la inasistencia al trabajo, sino, positivamente, como consecuencia ineludible del principio de conciliación de la vida familiar y personal. La interpretación de la norma ha de responder por consiguiente a principios radicalmente opuestos a los postulados pues no procede una interpretación restrictiva del derecho en virtud del principio de excepcionalidad, sino amplia en virtud de los principios pro jure y pro actione ya que tratándose de una garantía del trabajador la interpretación del precepto debe ser a favor de la eficacia del derecho garantido.”

Tercero. En cuanto al criterio judicial mantenido con relación al permiso retribuido para acompañar al hijo a consulta médica, podemos traer a colación **la sentencia del TSJ de Galicia de 17 junio 2011, Rec. 5906/2007, (JUR 2011\256243)**, en la que consta que la trabajadora tenía una hija afectada por una minusvalía del 58%, y diagnosticada, de síndrome de Down y canal A-V completo mas ductus, de lo que fue operada en el Hospital Ramón y Cajal de Madrid, siendo revisada anualmente en dicho centro. Solicitado permiso retribuido durante tres días para la revisión anual, la empresa dice reconocer con carácter extraordinario dos días de permiso en cuanto el convenio colectivo no prevé permiso para tales circunstancias, considerando el tercer día como día de libre disposición, e incrementando la jornada en el día previo al disfrute del permiso. La sentencia de instancia dispuso el derecho de la trabajadora a ausentarse durante los tres días sin pérdida de retribución al considerar concurrente la existencia de un deber inexcusable de carácter público y personal causa del permiso retribuido ex art. 37.7.d) ET, resolución que confirma el TSJ en los siguientes términos:

“...nada cabe objetar, en principio, al sr. Juez " a quo", por aplicar al caso el artículo 37.3 d) del ET , porque entiende que, incluso el requisito más discutible, que exige éste, cual es el de la presencia de un deber inexcusable de carácter publico y personal, para justificar la ausencia, también está presente, desde el momento en que, en el artículo 110 de Código Civil , se establece la obligación de los padres de velar por los hijos menores; en que esta obligación tuitiva es insoslayable y con un matiz publico evidente; y en que ese deber es, incluso, mas intenso, en el caso enjuiciado, ante la deficiente situación clínica crónica de la hija menor de la actora; y, por otra, se consideran necesarios, para llevar a cabo la revisión, los tres días solicitados, desde el momento en que, si se excluía el primero (concretamente el 17), debería realizar el viaje a Madrid, en el plazo, que iba entre las 15 horas de este día, en que finalizaba la demandante la jornada laboral, y las 9 horas del 18, en que estaba señalada la revisión; y ello sería muy precipitado, dada la distancia existente entre Vigo y Madrid, y los

inconvenientes de carácter general, que origina cualquier desplazamiento largo; procede desestimar el recurso y confirmar el fallo de la sentencia de instancia.”

Por su parte, **Ricardo Escudero** en su artículo “La aplicación de la Directiva 92/85 en España”, publicado en La Igualdad de Trato en el Derecho Comunitario Laboral- Aranzadi Editorial, pag 290 y 291, comenta la **Sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Álava de 22 de mayo de 1989**, en la que se enjuicia un supuesto en el que el trabajador asistió a la consulta por prescripción médica que había aconsejado que el padre asistiera con sus dos hijas; la sentencia condena a la empresa a pagar las horas empleadas en el cumplimiento de tal obligación personalísima. Comentando esta Sentencia, el citado autor apela, no solo al art. 37 del ET, sino al 39.3 de la Constitución Española y al 154 y siguientes del Código Civil

También reviste interés la **sentencia del TSJ de Castilla y León de 11 de noviembre 2003, Rec. 1043/03, (JUR 2004\186496)**, relativa a un permiso de asistencia a consulta médica para el propio trabajador. En Pacto de 1/6/1993 entre la Administración Sanitaria del Estado y Organizaciones Sindicales más representativas en el Sector, se dispuso un permiso en los siguientes términos *"podrán concederse permisos por el tiempo indispensable para el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter publico o personal. El tiempo indispensable, salvo justificación, estará limitado a un máximo de 4 horas"*. La trabajadora, solicito la concesión de permiso por consulta médica con cargo a la empresa, la cual concedió un día de libre disposición, con cargo a la trabajadora. La sentencia señala que el permiso solicitado por la trabajadora se encuadra, en el permiso del cumplimiento de deber inexcusable previsto en el Pacto.

Aunque en dicha sentencia el beneficiario del permiso es propio trabajador, nada obsta a la aplicación de dicha doctrina cuando la ausencia venga determinada por la necesidad de acompañar a un familiar que no puede valerse por sí mismo a la consulta médica, habida cuenta del deber legal impuesto al trabajador para con sus responsabilidades familiares, en los términos aducidos en el primer punto del presente informe.

Saludos...