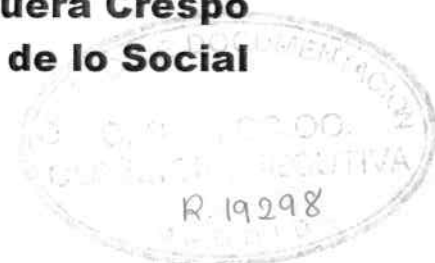


**Permisos retribuidos y ausencias al
trabajo computables como jornada:
especial consideración del crédito
horario**

José Folguera Crespo
Magistrado de lo Social



PERMISOS RETRIBUIDOS Y AUSENCIAS AL TRABAJO COMPUTABLES COMO JORNADA. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DEL CRÉDITO HORARIO.

1.- Permisos y ausencias con derecho a retribución

1.1.- Concepto. Suspensiones e interrupciones en la relación laboral

Con arreglo a la definición más usual, se definen los permisos y ausencias retribuidas como la situación en la que se encuentra el contrato de trabajo cuando por alguna causa prevista en el ordenamiento el trabajador queda dispensado transitoriamente de realizar su prestación, manteniendo el derecho a la retribución¹.

Se ha venido distinguiendo a estos fines entre *suspensiones* (del contrato o de la relación laboral) e *interrupciones* (de la prestación de trabajo), para comprender en este último concepto, frente a las suspensiones y excedencias citadas en primer lugar, tanto las interrupciones periódicas y regulares (descanso semanal, fiestas) como las *interrupciones no periódicas* (RAYÓN, PALOMEQUE) u *ocasionales* (MONTROYA), en las que, además de otras hipótesis posibles (así las interrupciones en la prestación imputables al empresario, “imposibilidad de la prestación”, art. 30 ET), están incluidos los permisos y ausencias no retribuidos. En las interrupciones, como notas distintivas, subsiste, por una parte, la obligación de satisfacer el salario, a pesar de no existir prestación efectiva, y por otra la ausencia de prestación tiene carácter transitorio (*transitoriedad*), o mejor aún, ocasional, al estar vinculada a un hecho o a un período predeterminado, por contraposición a los descansos periódicos de producción regular. Se trata, además, de interrupciones de corta duración en la mayoría de los casos, salvo alguna excepción.

Como recuerda la doctrina (Sentencia Tribunal Superior de Justicia núm. 1359/200Andalucía-Málaga, de 26 julio, en recurso de Suplicación núm. 1047/2001), bajo la tradicional denominación de «permisos» se alude a una serie de interrupciones del contrato de trabajo o supuestos en los que el empleado posee un verdadero derecho a ausentarse del trabajo sin pérdida alguna de retribución; a diferencia de lo que sucede en otras interrupciones ordinarias (vacaciones y descanso semanal), por virtud de estos permisos el trabajador deja de desarrollar una actividad a la que estaba obligado.

Por otro lado, así como en los supuestos de suspensión contractual se produce (en general) el cese «de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo» (art. 45.2 ET), en los permisos se mantiene la obligación retribuida y la derivada de cotizar a la Seguridad Social (art. 69.1 del Reglamento General de Cotización, aprobado por Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre) (como ocurre asimismo en permisos sin sueldo, STSJ Cantabria de 15 febrero 2000, Rec. Suplic. núm. 94/2000).

¹ RAYÓN SUAREZ, Enrique, “Descanso semanal, fiestas y permisos” Comentarios al art. 37 ET, en “El Estatuto de los Trabajadores”, Tomo VII, EDESA, pág. 319.

El empresario asume así un riesgo al que es ajeno (pues la interrupción trae su origen de eventos que imposibilitan o tornan gravoso para el trabajador el cumplimiento de su obligación de trabajar), quizá por la ocasionalidad, excepcionalidad o breve duración de la mayoría de circunstancias que dan derecho al disfrute del permiso.

En su día se criticó doctrinalmente la distinción entre suspensión e interrupción (DE LA VILLA, MATIA PRIM), por la heterogeneidad de los supuestos contemplados en el precepto legal, si bien reconociendo en todo caso y al propio tiempo su utilidad a efectos prácticos. Conviene en todo caso no perder de vista esa originaria distinción, para resolver las situaciones planteadas, especialmente ante las nuevas figuras reguladas o ante la sucesión de situaciones de una y otra clase en un determinado supuesto. A todo ello debe añadirse que no existe homogeneidad plena entre los distintos supuestos que se agrupan normativamente en el mismo precepto del Estatuto, lo que tendrá obligada proyección a la hora de aplicar cada una de las situaciones.

1.2. Notas características de la norma legal. Negociación colectiva

El Estatuto de los Trabajadores señala que, para ausentarse del trabajo en los casos previstos, el trabajador deberá hacerlo con previo aviso y justificación (art. 37.3 ET). Se trata de una *norma completa*² y no necesitada de desarrollo a través de normas complementarias (*lex perfecta*), que genera directamente por tanto derechos y obligaciones y es directamente invocable.

Es, además, una *norma de derecho necesario*, no renunciable y vinculante en la negociación colectiva, en cuyo contenido típico debe entenderse incluida (art. 85.1 ET) y en la contratación individual, pero que puede ser mejorada a través de ambas fuentes complementarias, y que puede ser también adaptada, en cuanto a su ejercicio y disfrute, aunque en muy diverso grado, mediante ellas.

No es pacífica, no obstante, la cuestión relativa a si cabe la minoración o reducción del derecho legalmente definido (en cuanto al ámbito subjetivo u objetivo del derecho) a través de la negociación colectiva. Así, en STSJ La Rioja 16.5.2000, Rec. Supl. 130/2000, conforme al criterio tradicional del Tribunal Central de Trabajo (S. 29.4.1983) se indica, a propósito del permiso por enfermedad grave de parientes, y en cuanto a la posible inclusión en la misma del parentesco por afinidad, que no preveía el convenio aplicable, que “esta última disposición se encuentra dentro de las denominadas de mínimos de derecho necesario, que deben ser respetadas en todo caso tanto por los convenios colectivos como por los contratos individuales de trabajo. Dicho de otro modo, no se trata de que deba aplicarse la norma laboral, bien estatal, bien convencional, más favorable para el trabajador, apreciada en su conjunto y en cómputo anual, respecto de los conceptos cuantificables; y tampoco se trata de la aplicación de la prohibida técnica del «espiguelo», consistente en seleccionar las condiciones más favorables de dos o más convenios o normas –tal y como ha

² BODAS MARTÍN, Ricardo, “La jornada laboral”, Ed. Dykinson, pág. 39.

declarado esta misma Sala de lo Social, entre otras muchas, en sentencias de 9 (dos), 16 (tres) de noviembre de 1999 y 11 y 25 de enero; 1 de febrero (dos) y 17 de febrero del año 2000— sino que la norma en cuestión es de derecho necesario y si bien puede ser mejorada a favor del trabajador bien por contrato individual bien por convenio colectivo, sin embargo es de obligada observancia en todo caso”. En el mismo sentido, la STSJ Comunidad Valenciana, de 24 enero 2002, en Recurso de Suplicación núm. 3336/2001, relativa a RENFE, niega validez a un acuerdo entre empresa y trabajadores que limita los derechos estatutarios en materia de licencias y permisos por asuntos propios, estimando la invalidez del acuerdo en lo que respecta a las licencias por respeto a las normas de derecho necesario.

En cambio, otras resoluciones permiten la reducción de estos derechos en convenio colectivo, o se remiten a la aplicación de la disposición (legal o convencional) que en cómputo global anual salarial reconozca mayores derechos (STSJ P.Vasco 20.5.1997, 23.9.1992, Cataluña 2.5.97). Esta tesis, aceptable para elegir el convenio aplicable, al menos a igualdad de elementos de conexión, a fin de evitar interesados procesos selectivos parciales de normas de distintas fuentes normativas (el denominado *espigueo*), no es útil, en cambio, para determinar la preferencia del cuerpo normativo legal sobre el convencional colectivo, puesto que, por definición, la regulación convencional, en materia de derecho necesario rígido o absoluto, y no en el ámbito del denominado derecho necesario relativo, disponible convencionalmente, se construye sobre la norma imperativa, que presupone y a la puede añadir mejoras. De este modo, la primera posición doctrinal, antes descrita en el párrafo anterior, se ajusta más al contenido del art. 3.2 ET, puesto que en materia de permisos y licencias no se está en presencia de un concepto salarial o al menos directamente cuantificable, por lo que no procede la aplicación del cómputo anual propio de los conceptos salariales, aunque por definición todo derecho del trabajador pueda tener un coste salarial determinado, directo o indirecto.

En cambio, nada parece oponerse al establecimiento de un régimen de permisos alternativos más favorable en conjunto que el previsto legalmente, a través de la modalización o desarrollo antes indicado, en el que las duraciones máximas y mínimas se amplíen para una gama más amplia de casos que los previstos legalmente, aunque sea a costa de reducir determinados periodos o de diversificar supuestos. Así, puede establecerse una graduación de las causas determinantes, ampliando los máximos y previendo situaciones intermedias no expresamente contempladas en la norma legal. De hecho no se ha suscitado incompatibilidad con la norma legal de ciertas previsiones normativas, eventualmente inferiores a la estructura legal estricta en algunos casos, pero más favorables ciertamente en conjunto, heredadas de regulaciones de régimen interior o normativas laborales de ciertas empresas públicas. Pero esta regulación alternativa ha de hacerse siempre partiendo del carácter de derecho necesario mínimo que tiene el umbral normativo del Estatuto de los Trabajadores.

La cuestión se hace más compleja aún en el caso de los permisos y licencias vinculados a la compatibilización de la vida familiar y laboral (ley 39/1999), que constituyen trasposición de normas y obligaciones de derecho comunitario, dado que las directivas de referencia, para cuya obligación final de resultado, que se impone a los Estados miembros, no puede ser óbice la autonomía negocial de los sujetos privados, suelen contener además una expresa salvedad en cuanto a que su vigencia no quedar sin efecto por el hecho de que puedan adoptarse convenciones colectivas al respecto. Así, la Directiva 2002/73/CE, de 23 septiembre 2002, sobre igualdad de hombres y mujeres, que modifica la **Directiva** 76/207/CEE, de 9 febrero 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo señala, en su artículo 2.1. que los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente **Directiva** a más tardar el 5 de octubre de 2005, o *garantizarán que, a más tardar en dicha fecha, los interlocutores sociales hayan introducido las disposiciones requeridas mediante acuerdos*. Los Estados miembros adoptarán todas las medidas necesarias para poder garantizar en todo momento los resultados que exige la presente **Directiva**. Pero de nuevo aquí existe un margen de flexibilidad importante para que el resultado normativo de conjunto satisfaga los mínimos de la regulación comunitaria.

1.3. Ejercicio del derecho: autotutela o solicitud previa.

En cuanto al modo de reconocimiento y disfrute del derecho, la ley no somete el ejercicio del derecho a una previa autorización o conformidad del empresario. Antes al contrario, faculta al trabajador para ausentarse (“el trabajador podrá ausentarse...”), aunque, eso sí, previo aviso y justificación. Ahora bien, conforme a la regla general en materia de derechos y obligaciones del contrato de trabajo, podría objetarse la inadmisibilidad de la autorrealización del propio derecho por el trabajador –a diferencia de la autotutela que, igualmente con carácter general, se le atribuye al empresario, proporcionando eficacia inmediata a sus decisiones-. Pero en este caso la ley atribuye directamente una facultad al trabajador, que éste puede ejercitar directamente, siempre que cumpla los dos requisitos indicados (así, STSJ La Rioja de 5 marzo 2002, Rec. Suplic. núm. 11/2002). ‘Se trata, con todo, de una cuestión que no suele ser abordada explícitamente.

En efecto, en la mayoría de las ocasiones, por la brevedad de la situación que da lugar a la licencia o permiso, al menos en las modalidades de licencia de corta duración, no es frecuente, ni es normalmente posible siquiera, una manifestación de voluntad previa del empresario concediendo o reconociendo el derecho. Por el contrario, a diferencia de lo que ocurre con las vacaciones –sujetas por otra parte a un bien diferente régimen de disfrute y concesión-, la legalidad del permiso se suele analizar una vez disfrutado el derecho por el trabajador. Se trata así, ante todo, de resolver si la ausencia del trabajador, una vez producida, es justificada o injustificada, para determinar, a su vez, si debe producir o no los efectos legales correspondientes. Así, puede analizarse desde la perspectiva de su retribución, con ocasión de una reclamación de cantidad, porque el empresario no haya abonado la retribución correspondiente a ese período de ausencia; o incluso, si ha mediado

sanción, por ausencia injustificada, ha de analizarse si la falta al trabajo estuvo amparada por el derecho del trabajador. A su vez, la denegación de un permiso o licencia injustificada puede dar lugar a indemnización de daños y perjuicios, pero siempre que se prueben éstos (STSJ Galicia, de 6 noviembre 1997, rec. supl. núm. 3193/1997).

La comparecencia regular al trabajo, por otra parte, como obligación ordinaria del contrato de trabajo, no precisa orden empresarial explícita, salvo que exista una modalización o especificación adicional en cuanto a la forma o el lugar en que dicha asistencia haya de tener lugar, en función de una concreta controversia previa, por lo que no habrá lugar, en la hipótesis normal, a la aplicación del principio de obediencia propio del contrato de trabajo respecto de las órdenes empresariales (cumple y recurre, *solve et repete*), principio que no es compatible, a su vez, con la naturaleza del derecho, que es facultad del trabajador no sometida a previa autorización.

Con todo, hechas las anteriores precisiones, no obstante, y a pesar de la ambigüedad en que se mantiene el modo de ejercicio del derecho, hay que señalar que la negativa a comparecer al llamamiento empresarial o la utilización del permiso sin preaviso o sin la debida justificación, anterior o posterior, o sin fundamento legal, puede ser conceptuada como incumplimiento grave y culpable a efectos sancionadores, sea por las faltas de asistencia o por la negativa a cumplir la orden empresarial abandonando el trabajo, en función de las concretas circunstancias. Lo es en concreto la negativa a reincorporarse una vez concluido el período legal de disfrute. Así, una vez transcurrido dicho período “tan sólo una autorización expresa o tácita del empleador o causas de fuerza mayor debidamente comunicadas y acreditadas, podrían justificar la ausencia” ((STSJ Asturias 26.1.01, Rec. 1779/2000, y, en análogo sentido, STSJ Extremadura 1711.1997).

En contraste con esta indefinición sobre aspecto tan esencial del disfrute de permisos y licencias, la doctrina jurisprudencial en materia de crédito horario, en congruencia con los criterios que se expondrán más adelante sobre la exclusión de un control o vigilancia empresarial sobre el ejercicio de la función representativa, ha excluido expresamente la exigencia de una previa solicitud del trabajador y de ulterior concesión por el empresario. Los representantes de los trabajadores no precisan autorización del empresario para ausentarse del trabajo en uso del crédito horario que les corresponde, según el Estatuto de los Trabajadores o el Convenio Colectivo que lo haya mejorado (STSJ núm. 1359/2001 Andalucía (Málaga) de 26 julio 2001, Rec. Supl. núm. 1047/2001), si bien será necesario que se dé aviso a la empresa con la antelación necesaria o posible, para que pueda atender a las necesidades que plantea la ausencia, pero sin requerir el asentimiento del empleador, como se deduce del art. 37.2, párrafo primero, apartado e), del Estatuto de los Trabajadores. Si las horas a emplear no son coincidentes con las de trabajo, además, no serán necesarios ni los preavisos ni la justificación, ya que «no puede entenderse que la realización de funciones de representación equivalga, en cualquier caso, a trabajo efectivo y exima al representante de la obligación de rendir jornada en las horas no coincidentes del mismo día» (Tribunal Central de Trabajo, de 30 de octubre de 1981).

Una última precisión de carácter general es que, en el entendimiento usual de los tribunales, el derecho al disfrute de los permisos y licencias, como el de las vacaciones, se refiere necesariamente al año natural (STSJ Madrid de 14 enero 1998, en rec. supl. núm. 3628/1997), por lo que el ejercicio del derecho, cuando tal sea el caso, ha de tomar ordinariamente dicha referencia temporal. Pero la analogía termina ahí, puesto que a los permisos y licencias ordinarios no se les aplican las determinaciones normativas propias de las vacaciones, conforme a la regulación interna y a los convenios internacionales OIT, y en particular, no se tiene derecho, por ejemplo, a la inclusión de los permisos y licencias no disfrutados en la liquidación de partes proporcionales al fin del contrato (STSJ Galicia de 11 febrero 1998, en rec. supl. núm. 5534/1997).

1.4. Requisitos para el ejercicio del derecho

a) Previo aviso

Si bien en el Estatuto de los Trabajadores desaparece la referencia que la Ley de Contrato de Trabajo y la Ley de Relaciones Laborales hacían, en análoga situación, a que el aviso al empresario se haga “con la posible antelación”, la interpretación práctica de los tribunales del precepto hoy vigente permite igualmente que el aviso se efectúe, según las exigencias de la buena fe, en función de las posibilidades temporales y por los medios normalmente disponibles por el trabajador. De modo que el aviso, en circunstancias singulares que así lo impongan, puede ser simultáneo o incluso posterior en el tiempo al inicio del disfrute. Téngase en cuenta, no obstante, que para el trabajador será normalmente más fácil cumplir anticipadamente la obligación de aviso, que no la de aportar la justificación documental, por lo que ha de ser más rigurosa la exigencia del aviso previo, sin exigencia de formalidad especial alguna, ciertamente, pero sí acreditando la puesta en conocimiento del hecho del empresario o de los jefes inmediatos. El trabajador deberá aportar algún principio de prueba de que efectuó el aviso, o demostrar que el empresario conocía de antemano la ausencia y su motivo, o incluso podrá deducirse por presunciones tal conocimiento de otras circunstancias. El empresario no está obligado a probar un hecho negativo (la falta de preaviso), aunque es cierto que a veces puede deducirse también ese hecho negativo de otras circunstancias, siempre que exista el debido enlace lógico entre ambos hechos. Por el contrario, al trabajador le corresponde, como hecho constitutivo de su pretensión, la prueba de haber preavisado tal circunstancia.

b) Justificación

En la interpretación literal del precepto, mientras que el aviso ha de ser previo, salvo circunstancias excepcionales, la justificación de la causa determinante de la licencia no tiene por qué serlo. En particular, según se viene entendiendo usualmente por los tribunales, debe acomodarse a las circunstancias concurrentes y puede hacerse, por tanto, *ex post*, aunque, eso sí, con la necesaria diligencia, puesto que, con independencia de que la justificación última de las ausencias pueda excluir

una sanción, o incluso el descuento salarial, el trabajador que haya incurrido en una demora injustificada en el aviso o en la justificación puede ser responsable de los daños y perjuicios causados. De modo correlativo, la conformidad del empresario con la ausencia, a renglón seguido del preaviso, puede efectuarse de modo condicionado a la justificación posterior de su causa determinante por el trabajador, de modo que si no se aporta la justificación o no existe la misma, resultará injustificada y procederá el descuento o el impago de la percepción correspondiente, así como también las eventuales medidas disciplinarias, proporcionadas a la entidad y duración de la ausencia. No obstante, hay que recordar que, como antes se apuntó, y particularmente en proceso por despido o sanción, la aportación extemporánea de la justificación, incluso en juicio, excluirá normalmente la sanción, puesto que lo que se sanciona son las faltas “injustificadas” (art. 54.2.a) ET). No obstante, el convenio colectivo puede distinguir entre la falta de previo aviso y de justificación, y asignar consecuencias diversas, retributivas y disciplinarias, o incluso indemnizatorias, a la falta de aviso o de justificación, o al cumplimiento demorado de ambos requisitos, en función de los distintos supuestos concurrentes. Finalmente, también en ocasiones se ha considerado, de modo riguroso, que la falta de aviso, a pesar de la justificación posterior, puede dar lugar a falta sancionable con despido (así en la STSJ País Vasco de 20 marzo 2001, Recurso de Suplicación núm. 2/2001, que declara procedente el despido de un trabajador que no preavisó de su ausencia por matrimonio, aunque sí lo comunicó una semana más tarde).

La necesidad de la justificación no desaparece cuando el motivo determinante de la licencia esté relacionado con elementos de intimidad personal, como ocurre en el caso de los datos sensibles de carácter personal derivados de enfermedad u otra causa. Como señala la Sentencia del Juzgado de lo Social de Madrid num. 25 de 3.12.2001 (proc. núm. 713/2001), el trabajador tiene derecho a preservar tanto su intimidad y por derivación la de su cónyuge, como garantiza el art. 18.1 de la CE; pero que ello sea así, no le exime de la necesaria carga probatoria de que el familiar por quien considera debe gozar de un día de permiso retribuido, tiene una dolencia de esas características, todo ello de acuerdo a lo previsto en el art. 217.3 de la LEC. Por tanto, la empresa no podrá exigirle que muestre un informe médico, pero tampoco el trabajador podrá disfrutar de los derechos inherentes a un permiso de estas características, si no se conoce el alcance de la dolencia.

En suma (STSJ Andalucía, Málaga, de 26 julio 2001, rec. supl. núm. 1047/2001) se pide que la ausencia se produzca «previo aviso y justificación» del trabajador a su empresario; lo que significa que con una antelación razonable (en función de cada caso; en muchas ocasiones será mínima o incluso imposible) debe hacerse saber a la contraparte que se producirá la ausencia (cualquier medio de comunicación será válido y no hay sino sumisión a las reglas de la buena fe a que alude art. 20.1 «in fine» ET). La justificación (a la que el empresario puede renunciar por la notoriedad de la causa o la confianza en la palabra de su trabajador) ha de aportarse en el momento en que sea posible (anterior o posterior al disfrute del permiso). El disfrute de los días ha de dedicarse al fin que justifica la ausencia, lo que se traduce en que el permiso ha de ser coetáneo al motivo o causa, ya que ha de darse una razonable relación de proximidad o inmediatez, estableciéndose al efecto un número de días naturales, ampliables por pacto individual o colectivo. Nótese que

el derecho no pende de un previo período de actividad en la empresa, sino exclusivamente de la concurrencia del motivo contemplado para cada supuesto. Así, las causas definidas en la ley no impiden que otras normas estatales, la negociación colectiva, la costumbre o el acuerdo individual amplíen el elenco de supuestos: incluso la propia Ley se refiere a ello en lugares diversos del propio 37.3.

1.3. Efectos de la licencia o permiso.

a) Dispensa de la asistencia al trabajo

El Estatuto de los Trabajadores reconoce el derecho a ausentarse del trabajo, lo que comprende, desde luego, la inasistencia al lugar de trabajo y no solamente la salida anticipada del mismo. Pero también estará comprendida la presencia en el lugar o centro de trabajo sin prestación, o la dedicación a otras actividades distintas, en determinadas modalidades de licencias y permisos, dada la diversidad de situaciones que contempla la regulación legal, que en muchos casos no se desarrollan necesariamente fuera del centro de trabajo (funciones representativas, lactancia, o incluso las técnicas de preparación al parto), pero siempre sin prestación de trabajo.

b) Derecho a remuneración

El Estatuto de los Trabajadores garantiza, de modo genérico y sin mayor especificación, el derecho a retribución durante el tiempo de la licencia o permiso. Se abre así un ámbito a la determinación ulterior de su alcance por medio de la negociación colectiva o contrato individual. Una tradicional doctrina del Tribunal Central de Trabajo estableció tempranamente que han de abonarse durante la licencia todos los conceptos que integren el salario real, tal y como lo define el art. 26.1 ET y, a la sazón, el art. 2º del Decreto de Ordenación de Salario, comprendiendo por tanto salario base y complementos salariales, exceptuando dietas y suplidos que no tienen carácter salarial (SSTCT 20.4.81, 28.4.1981, 25.5.1982, 20.2.1985). Así lo entendió también el Tribunal Supremo (Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 1992), ya que “en relación a los **permisos** retribuidos, el art. 37.3 del Estatuto no precisa nada más a su mandato de que el permiso sea retribuido; y esa sola invocación conduce a sostener que deben incluirse el salario base y los complementos salariales que suman el salario real”.

En los términos de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 24 abril 2001, (Recurso de Suplicación núm. 620/2001), que se remite a una precedente Sentencia de 9 de mayo de 1994, “ha de retribuirse por el importe del salario que hubiera recibido el trabajador de haber prestado servicios con arreglo a la jornada que tuviera prefijada para ese día... el salario propio de ese tiempo de trabajo que no ha de cumplir; no, del resto de remuneraciones que no lo retribuyen, sino que son compensación de gastos que tenga por tal motivo; pero sí, en cambio, de todo el salario correspondiente a ese tiempo no trabajado... Con ello, además, se atiende la finalidad de la norma, que persigue la protección del interés del trabajador por

atender necesidades personales, puesto en peligro si por ausentarse del trabajo perdiese parte del salario que hubiese obtenido”.

La retribución se mantiene en el caso de que proceda la concesión de la licencia, por cumplir las condiciones determinantes para ello. En caso contrario, el salario correspondiente a la ausencia no se devenga, y el empresario no debe satisfacerlo, o lo que es lo mismo, puede deducir el porcentaje correspondiente del salario semanal o mensual. Ahora bien, el hecho de que no se descuente importe alguno, o que se siga abonando el importe total, en supuestos de ausencia no protegida por la norma, por mera dejadez y sin convalidación expresa o tácita, no supone necesariamente la génesis de una condición más beneficiosa, a cuyo reconocimiento en estos casos los tribunales laborales se han mostrado tradicionalmente renuentes (STCT 30.12.1985, STS Andalucía - Sevilla de 7 julio 1999, rec. supl. núm. 1230/1999).

Además de los conceptos extrasalariales o indemnizatorios, que compensan gastos derivados de la realización del trabajo y que no procede abonar, al no tener lugar el gasto que origina su devengo, hay determinados conceptos salariales que tampoco procede abonar en permisos y licencias. Este es el caso del denominado *plus festivo*, previsto en normas convencionales, y que es un complemento de puesto de trabajo, no abonable en las horas en las que los trabajadores no prestan servicios efectivos, es decir, que no se abona, entre otras hipótesis, cuando hagan uso del permiso retribuido para ejercer el derecho de sufragio activo. Así lo entendió la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, en Sentencia de 6 de noviembre de 1995 y STSJ Andalucía (Málaga) de 14 de febrero de 2000. Del mismo modo, entre los conceptos que han de ser abonados al trabajador puede excluirse, por definición, el *plus de asistencia* (SSTSJ Cataluña de 22 junio 1999 y Canarias -Las Palmas- 4 diciembre 1997), que no retribuye tiempo de trabajo, sino la falta de absentismo; así como también una *prima de productividad* establecida en función de las horas de presencia (STSJ Aragón de 23 enero 1999, rec. supl. núm. 1148/1998).

En cuanto al *plus de disponibilidad*, a diferencia de las horas extraordinarias, debe entenderse incluido en la retribución correspondiente al período de licencia. Como indica la Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 21 diciembre 1993, en Recurso núm. 3839/1992, el complemento de disponibilidad (previsto en el convenio de RTVE, en aquél caso) no responde a una actividad extraordinaria del trabajador, sino a una característica especial del concreto puesto de trabajo que le obliga a la disponibilidad habitual y a constantes alteraciones de los horarios de trabajo. Su incompatibilidad con la percepción de horas extraordinarias no permite calificarlo como complemento por actividad extraordinaria, sino por el puesto de trabajo de características especiales. En definitiva, el complemento de disponibilidad no compensa el trabajo realizado por encima de la jornada ordinaria. El complemento compensa no un exceso de jornada, sino una disponibilidad o situación de localización; corresponde a la jornada ordinaria y por ello se dice que es incompatible con la percepción de horas extraordinarias y se computa solamente en la parte coincidente con la jornada ordinaria. Los *pluses de turnicidad* también deben incluirse en la retribución de los permisos, además de en las vacaciones (STSJ

Andalucía –Sevilla- de 9 enero 2001) (complemento previsto en el convenio de la Consejería de Educación de la Junta de Andalucía. Como igualmente el denominado plus de montaña previsto en un convenio colectivo (STS 20 mayo 1992, recurso núm. 1634/1991, sobre el convenio colectivo de Administración Turística Española) ya que las razones que justifican el plus de montaña son de aislamiento y las climatológicas, y no lo perciben otros trabajadores que los destinados en centros que reúnen las características requeridas, a pesar de que su percepción depende del desarrollo de la función en las condiciones previstas al efecto, de suerte que en todo el tiempo en que los trabajadores permanecen alejados del puesto de trabajo, por cualquier causa, no devengan el plus de referencia, en similitud, puramente formal sin embargo, con el plus de transporte.

2.- Ausencias al trabajo por motivos familiares

2.1.- Matrimonio.

La licencia, cuya duración es de quince días naturales (permiso unitario, no fraccionable a voluntad del trabajador, y que engloba los periodos de descanso intersemanal, festivos y vacaciones que pueda haber entre tanto), tiene su causa precisamente en el matrimonio, que ha de ser contraído en forma legalmente reconocida, civil o religioso. De este modo, quedan fuera las *uniones de hecho, more uxorio*, sean entre personas del mismo sexo (STSJ Madrid de 25.3.1998, en rec. supl. núm. 1283/1998) o de distinto sexo, y las uniones bajo ritos o formas no reconocidas, en general. No obstante, los convenios colectivos tienden a extender el derecho a las parejas o uniones de hecho, en paralelo con el proceso de reconocimiento legal de estas uniones, a través de medidas administrativas (registros de uniones de hecho) o incluso de medidas legislativas o al menos proyectos, en el ámbito autonómico o estatal. En cualquier caso, los tribunales son renuentes al reconocimiento de efectos, siquiera a estos limitados fines de los permisos y licencias, a las uniones de hecho, a pesar de la inscripción en el correspondiente registro de uniones de hecho (STSJ Andalucía –Granada- de 30.10.1992, en rec. supl. 1577/1999, SJS 3 Navarra 20.6.2002, proc. num. 231/02). Por otra parte, a pesar de extenderse en norma convencional los derechos del convenio a las uniones de hecho, esa ampliación de titularidad no supone por sí sola que el permiso por matrimonio se extienda a las ceremonias con análoga función que el matrimonio oficial, si se celebran mediante ritos no reconocidos oficialmente. Al menos ese es el razonamiento, sumamente artificioso, de alguna resolución, sobre la base de que los titulares del permiso no son los cónyuges, o los unidos de hecho, sino los futuros contrayentes (STSJ P.Vasco 3.3.1998).

Con independencia de lo anterior, los convenios colectivos pueden mejorar el mínimo legal, sea en su duración, en la forma de cómputo o en el momento de disfrute. A falta de norma de convenio colectivo, el día del matrimonio ha de estar comprendido en el período de disfrute, puesto que la convocatoria eclesiástica o judicial, al proceder de la iniciativa de los contrayentes, no puede entenderse como cumplimiento de un deber público, si bien lo habitual es que comience con el día de la ceremonia. Puede disfrutarse de forma sucesiva en caso de nuevo matrimonio,

las directivas en la materia, puesto que la Directiva Europea 96/34, de 3 de junio de 1996 (ap. 1 cláusula 2 Anexo) no es suficientemente precisa. En realidad, exige un permiso parental «durante un mínimo de tres meses», hasta que el menor alcance una determinada edad, «que puede ser de hasta ocho años y que deberán definir los Estados miembros y/o los interlocutores sociales», lo que lleva al tribunal a estimar que aquella Directiva es convencional, esto es, constituye la base orientadora para que los legisladores internos promulguen la normativa adecuada, pero adolece de inconcreción, que impide su aplicación directa ante la ausencia de norma del ordenamiento interno, remitiendo a una eventual reclamación frente al Estado por falta de la adecuada trasposición (doctrina Francovich). En realidad el período de suspensión ya previsto satisface estas exigencias mínimas, pero se sigue acusando la falta de permisos que han de ser cubiertos con las vacaciones o con otros permisos, pero que no se acomodan a las necesidades de la adopción internacional.

2.3 Fallecimiento, accidente, enfermedad u hospitalización

El accidente o la enfermedad han de ser graves, requieran o no hospitalización (STSJ Com. Valenciana 10.2.2000, rec. supl. 619/1997). En este punto suele existir confusión, ya que la ley (desde la nueva redacción por Ley 39/1999) comprende tanto la alternativa de enfermedad como la de hospitalización (disyuntiva y no copulativa), excluyéndose, en principio, las intervenciones leves ambulatorias. No obstante, aun en estos casos (i.e., intervenciones oculares mediante técnicas de laser, microcirugía o laparoscopias) se impone un examen casuístico y cabe considerar incluso el reconocimiento de un período menor, si se acredita la necesidad de que un pariente o familiar acompañe a la persona intervenida, en especial si no existen otros parientes que puedan asumir esa función. Por el contrario, si la enfermedad no es grave no procede la licencia, incluso aunque se haya concedido por mera tolerancia a otro trabajador: enfermedad de madre y suegra, no grave, a la que van a intervenir de luxación de hombro (STSJ Andalucía –Granada- 10.5.2000, rec. supl. 2407/1998).

Particular litigiosidad ha suscitado la práctica de cesáreas en el nacimiento de hijos, para resolver si estaría incluida en la licencia por nacimiento de hijo o bien puede entenderse como un supuesto de hospitalización, generando un permiso adicional. Algunas resoluciones estiman que ha de asimilarse al supuesto de nacimiento de hijo (STSJ Cataluña 4.6.2002, rec. supl. 420/2002, STSJ Aragón 15.5.2000, rec. supl. 232/1999), mientras que otras (STSJ Cantabria 29.7.1998, rec. supl. 965/1998 consideran que la cesárea a efectos de permiso de hospitalización es una intervención quirúrgica. La hospitalización, con todo, no presupone necesariamente la gravedad (STSJ Castilla y León –Burgos- 6.7.1998, rec. supl. 212/1998). Como dice la STSJ Andalucía –Sevilla- de 21.5.2002, en rec. supl. núm. 4096/2001, si bien en el caso de enfermedad se exige que ésta sea grave, en el supuesto de intervención quirúrgica, tal circunstancia no se exige en la dicción literal del texto, pese a lo cual la gravedad había que presumirla en el caso examinado al tratarse de una intervención que exigía anestesia general.

salvo limitación convencional, que podría entenderse a su vez como contraria a norma imperativa. Cabe la acumulación a las *vacaciones*, siempre que el régimen de fijación de la fecha de disfrute de éstas lo permita, puesto que el origen de uno y otro derecho es diverso y no se condicionan mutuamente por sí solos.

El *preaviso*, con la suficiente antelación, es en este caso obligado, puesto que la fecha de la ceremonia es conocida de antemano por los contrayentes y la *justificación*, por su parte, tiene una forma característica (certificación del registro civil o de la autoridad religiosa, o incluso del registro de uniones de hecho si tal fórmula está reconocida en el convenio colectivo a estos fines).

2.2. Nacimiento de hijo

La licencia es de dos días de duración (naturales, art. 5.2 CC), ampliable a cuatro en caso de desplazamiento, que puede y suele ser objeto de precisión en los convenios, pero que en defecto de éstas ha de interpretarse en términos de realidad social, sobre la base de que bastará un desplazamiento no usual o de entidad superior al que realice el trabajador habitualmente para acudir al trabajo (así el que le obligue a pernoctar durante el permiso fuera de su domicilio y lugar de residencia), sin reducirse tampoco únicamente a los desplazamientos de largas distancias. El titular de la licencia es exclusivamente el padre, ya que la madre dispone de las situaciones y prestaciones propias de la maternidad, y debe disfrutarse en el momento del hecho, no posteriormente (STSJ Cataluña (Sala de lo Social), de 18 junio 2002, rec. supl. núm. 7823/2001), aunque haya coincidencia con periodo vacacional. El permiso (de tres días laborables en aquél caso, que corresponde a todo trabajador por alumbramiento de la esposa, con sueldo y sin descontarlo de las vacaciones reglamentarias, reconocido en el convenio colectivo de la empresa) no puede desconectarse de su finalidad específica que es subvenir a las necesidades que crea un hecho de esta naturaleza, de ahí que tal permiso sea para disfrutar cuando acaece el nacimiento del hijo y no en un momento posterior, al igual que los permisos por enfermedad grave de familiares o por fallecimiento de alguno de ellos no pueden disfrutarse cuando la enfermedad ha desaparecido o los funerales han tenido lugar, dado que la necesidad a que responden ya no existe.

Comprende tanto el nacimiento de hijos matrimoniales como nacidos fuera del matrimonio, con arreglo a la sustancial igualdad de los hijos al margen de su filiación (art. 108 CC), siempre que se acredite la filiación por medio del Registro civil, y ello aunque el texto del convenio, en ocasiones, por estar arrastrado de anteriores redacciones bajo la normativa que discriminaba la filiación extramatrimonial pueda sugerir que solamente procede en caso de hijos matrimoniales. En caso de adopción o acogimiento, preadoptivo o permanente, no procede permiso, sino tan sólo la suspensión del contrato con reserva de puesto de trabajo prevista en el art. 48.4 párrafo cuarto ET, por lo que se echa de menos el establecimiento de permisos para los trámites previos de adopción, particularmente en los desplazamientos que requiere la adopción internacional. En este punto se ha suscitado la posible contradicción de la normativa interna con las reglas comunitarias, que alguna resolución (STSJ País Vasco de 26 septiembre 2000, rec. supl. núm. 1161/2000), la resuelve en el sentido de la falta de efecto directo de

Operaciones sucesivas en un mismo proceso patológico dan lugar a permisos sucesivos y no se limitan a una sola ausencia (STSJ Aragón 6.3.2000, rec. supl. 1137/1998). Se afirma así que toda intervención quirúrgica es potencialmente grave (afirmación necesitada de mayores precisiones, no obstante) y en el caso de que la normativa interna aplicable condicione la duración al criterio de los servicios médicos de empresa, la actuación de éstos se limita a determinar este extremo y no pueden negar la procedencia misma del permiso (STSJ P.Vasco 9.2.1999, rec. supl. 2047/1998).

En cuanto al requisito de parentesco, se considera incluidos a los cónyuges separados (STSJ P.Vasco 30.11.1999, rec. supl. 1826/1999), mientras que debe excluirse a los divorciados, por los efectos del divorcio sobre el vínculo matrimonial. El vínculo de afinidad ha sido analizado por las SSTS 18.2.1998, rec. 539/1997, – Sala General- y 27.5.1998, rec. 4572/1997, sobre si dentro de la relación de afinidad se comprenden solamente los hermanos (hermanos y hermanas) del cónyuge del trabajador (o trabajadora), o se comprenden también los cónyuges de los hermanos (hermanos y hermanas), pronunciándose por esta última solución. En el caso de concurrir en más de un trabajador el requisito de parentesco ha de accederse al permiso de todos ellos, ya que son independientes entre sí (STSJ Andalucía –Sevilla- 21.5.2002).

Anteriormente se aludió a la razonable proximidad que ha de existir entre el hecho determinante y la licencia. Como señala la STSJ Aragón 21.11.2002, rec. supl. 1142 /2002, “no ofrece duda que debe haber una vinculación directa entre el permiso y la enfermedad u hospitalización, pero si éstas se prolongan durante más de dos días forzoso es concluir que no es exigible que el inicio del disfrute del permiso coincida forzosamente con el inicio de la enfermedad u hospitalización por las razones siguientes. 1) El supuesto de hecho normativo no establece esta exigencia, sin que deba imponerse un requisito que el propio precepto no prevé. 2) La situación de necesidad que fundamenta el establecimiento de este permiso en el convenio colectivo (cuidar o acompañar a un familiar enfermo u hospitalizado) subsiste a lo largo de todo el período de duración de la enfermedad grave u hospitalización, lo que justifica que se pueda disfrutar el permiso durante el lapso temporal en que se prolongue la dolencia o el internamiento en un centro hospitalario. 3) En cuanto a la alegación de la empresa recurrente de que el citado precepto no atribuye al trabajador la facultad de elegir los días de permiso lo cierto es que el mentado precepto reza: «el trabajador, avisando con la posible antelación (...)». Por ende el citado precepto establece que, una vez que concurre el supuesto normativo previsto, el trabajador únicamente tiene que avisar al empleador y justificar la circunstancia que determina el disfrute del permiso. Si en el supuesto de autos concurre la causa justificativa del permiso (la enfermedad grave u hospitalización) y el trabajador cumple con sus dos obligaciones de avisar y de justificar, ninguna exigencia se deriva del antes citado precepto convencional que imponga la coincidencia temporal entre el comienzo de la enfermedad u hospitalización y del permiso”.

En cuanto a los permisos para consulta médica, la STSJ Andalucía –Sevilla- de 4.6.1999, si la orden de acudir al médico la emite la empresa y ha de ser necesariamente cumplida por los trabajadores y si esa orden de la empleadora es consecuencia de su deber de velar por la salud de sus productores afectados por un siniestro laboral, ella ha de abonar el tiempo empleado en el examen médico. En el caso de trabajadores de jornada reducida, no por ello ha de reducirse proporcionalmente la licencia (STSJ Madrid, 3.7.2002, rec. supl. 1998/2002), puesto que la morbilidad no es proporcional al tiempo de prestación de servicios.

Finalmente, la duración de la licencia es distinta a la reconocida al personal funcionario (ley 53/2002, art. 58), lo que puede ocasionar contrastes en el caso de coexistir personal laboral y funcionario al servicio de una misma administración pública, si bien conforme a la doctrina jurisprudencial (Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 29 diciembre 1992, Recurso núm. 90/1992) esa diferencia de trato no puede conceptuarse como discriminatoria..

2.4. Traslado por cambio de domicilio

El art. 37.3.c) del Estatuto de los Trabajadores establece un permiso retribuido de un día por traslado del domicilio habitual (el lugar de residencia habitual, art. 40 CC), sin necesidad de justificación adicional por el trabajador. La STS 7.5.1992, en rec. 1755/1991, señaló que la adición en normativas internas de un requisito adicional, como que el traslado requiera traslado de muebles, no está autorizado por la norma, ni constituye un complemento o condición indispensable para su aplicación. Tampoco puede entenderse implícito en la regulación legal. Es notoria la posibilidad de cambios de domicilio sin traslado de muebles y esta circunstancia ni se ha tenido en cuenta por el Estatuto de los Trabajadores para vincular a su concurrencia la concesión del permiso, ni priva a éste de su finalidad, pues, aunque no exista tal traslado, el cambio de domicilio es susceptible por sí mismo de determinar la necesidad de disponer de un tiempo libre adicional para la realización de determinadas gestiones relacionadas con dicho cambio. Por otra parte, es también notorio que el traslado de domicilio puede justificarse por diversos medios sin que sea necesario para ello que tenga lugar un traslado de muebles. Es controvertido si el permiso de matrimonio absorbe este permiso, por estar comprendido el traslado en el cambio de estado civil (como afirma la STSJ Navarra, 29.10.1996), o bien cabe entender que el matrimonio no supone necesariamente traslado de domicilio del trabajador, si el otro cónyuge se traslada al domicilio de aquél, o si los cónyuges, por razones profesionales, han de mantener domicilios separados, como es cada vez más frecuente, por residir en distintos lugares hasta tanto pueden tener un destino profesional en un mismo punto geográfico.

2.5. Cuidado de un menor o disminuido

No es un supuesto de licencia, sino una reducción de jornada, con reducción también del salario en la misma proporción (art. 37.5 ET). La STSJ Cataluña de 15 enero 1990, en rec. supl. núm. 149/1989, señala que, ante los contradictorios pronunciamientos anteriores del Tribunal Central de Trabajo de 2 febrero y 6 y 21 julio 1988: a) el mandato legal establece un derecho a realizar jornada reducida en

favor de los **trabajadores** que tengan a su cargo la guarda o custodia de un menor de seis años o disminuido psíquico o físico; b) este derecho y su ejercicio tienen una específica finalidad de cooperar a la guarda y custodia del menor, finalidad que ha de servir de guía en la aplicación de la norma y ha de ser determinante en la solución de los conflictos de intereses; c) como en todos los derechos, corresponde a su titular determinar la oportunidad y modo de su ejercicio, mas, al igual que los restantes, con el límite que le impone el derecho de los demás, en este caso el del empleador; d) es a consecuencia de lo anterior que ni el derecho del trabajador puede hacer ilusorio el del empresario a organizar la empresa en la forma que estime más idónea para los resultados de la empresa, ni esta facultad organizativa puede ejercitarse de manera que impida atender la finalidad esencial del derecho del trabajador, y, en los casos de colisión de intereses, deba prevalecer, aquella posición que se acredite es más idónea para la atención del menor o disminuido, con sacrificio del interés empresarial que no es, a estos efectos, objeto de una especial protección como lo es el del trabajador. Asimismo con el carácter de reducción de jornada, y no de permiso o licencia, se reconoce el derecho correspondiente a quien asuma el cuidado de un familiar vinculado al trabajador por un parentesco de hasta el segundo grado por consanguinidad o afinidad (art. 37.5. párr. segundo ET).

2.6. Permisos por lactancia

El permiso reconocido a la mujer trabajadora, por lactancia (natural o artificial, a falta de distinción en la ley y porque puede ser disfrutado por el padre) de un hijo menor de nueve meses, de una hora diaria de ausencia del trabajo, que pueden dividirse en dos fracciones, presenta la particularidad de que puede ser sustituido por media hora de reducción de jornada, a voluntad de la trabajadora. Puede ser disfrutado indistintamente por la madre o por el padre en el caso de que ambos trabajen. Sin embargo (STSJ Andalucía –Sevilla- de 24.4.2001, rec. supl. 3634/2000), no cabe el disfrute simultáneo por ambos progenitores, de modo que si lo solicita el padre se le deniega por falta de renuncia de la madre. En caso de parto múltiple, cabe ampliar el período en función del número de hijos habidos, sobre la base del interés predominante del menor. Señala la STSJ Castilla-La Mancha 25.3.1999, rec. supl. 642/1998, que si la esposa del trabajador ha hecho uso del derecho contemplado en el artículo 45.1 d) en relación con el artículo 48.4 del Estatuto de los Trabajadores, conforme a los cuales, es causa de suspensión de la relación laboral la maternidad de la mujer trabajadora con la duración y régimen jurídico establecido en el citado artículo 48.4, durante dicho período de suspensión, la esposa del recurrente queda exonerada de la obligación de trabajar (artículo 45.2 del Estatuto de los Trabajadores) y tiene derecho a un subsidio equivalente al 100% de la base reguladora correspondiente (artículo 133 quater de la Ley General de la Seguridad Social; lo que impide al esposo y padre del menor solicitar al propio tiempo el permiso por lactancia contemplado en el artículo 37.4 del Estatuto de los Trabajadores, precisamente porque su esposa no trabaja. En supuestos de jornada inferior a la normal o a tiempo parcial, la ausencia o la reducción de jornada no se reducen proporcionalmente, porque, como indica la STSJ P.Vasco 24.4.2001, rec. supl. 423/2002, no solamente se sustituyó jornada normal por jornada en la modificación del art. 37.4 ET, sino porque reducir el tiempo previsto es anular en la práctica el beneficio pretendido.

El nacimiento de hijo prematuro o que deba permanecer hospitalizado a continuación del parto permite una ausencia retribuida del trabajo de una hora, que puede ejercitar el padre o la madre, con posibilidad de reducir la jornada de trabajo hasta un máximo de dos horas, con reducción proporcional del salario.

La titularidad del derecho corresponde a la madre, con independencia de que pueda ser disfrutado por el padre o la madre indistintamente si ambos trabajan, pero no desde luego exclusivamente al trabajador, en línea con lo resuelto por el Tribunal Supremo en sentencia de 28 de diciembre de 2000, recurso 1479/2000, a propósito de la suspensión del contrato del art. 48.4 ET en la redacción anterior, las Salas de lo Social de Galicia de fecha 2 de noviembre de 1999, recurso 3783/1998 y de Aragón de 30 de enero de 1997, recurso 42/1996, así con la de Andalucía, sede de Málaga, de 19 de mayo de 2000, recurso 299/2000, y P.Vasco 24.4.2001, en contraposición con las SSTSJ P.Vasco de 2.2.1999 y Aragón 7.10.1992 que llegaron a otra conclusión. De modo que si la madre no trabaja por cuenta ajena (o incluso si no está en activo, como en la suspensión por maternidad, no procede reconocer al padre el derecho. No obstante esta doctrina no tiene en cuenta la finalidad de conciliación de la vida familiar y laboral, a la que se añade manifiestamente un propósito añadido de carácter antidiscriminatorio, favoreciendo la incorporación del varón a las responsabilidades familiares y reduciendo la carga asumida por la mujer en exclusiva en el pasado.

Respecto de la posible compatibilidad entre la reducción de jornada por cuidado de un menor con el permiso por lactancia, la STSJ Com. Valenciana de 25.4.2002 señala que ambas instituciones tienen una diferente finalidad ya que el permiso para lactancia se dirige a compatibilizar el desarrollo de la actividad profesional sin merma alguna para el trabajador con la atención de las acuciantes necesidades que en los primeros meses de vida exige el ser humano, mientras que la reducción de jornada supone optar por el cuidado del menor en detrimento de la realización y de la retribución profesional, no existiendo ningún precepto legal del que pueda además inferirse la incompatibilidad.

A los permisos anteriores se añade un permiso, por el tiempo indispensable (lo que excluye interpretaciones ampliatorias como las que, a contrario sensu, son posibles en otras licencias, para la realización por la mujer trabajadora de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto que deban realizarse dentro de la jornada de trabajo (art. 37.3. ap. f) ET y art. 26.5 LPRL. Se suscita la cuestión de si los trabajadores pueden disfrutar también de este derecho, ya que el Estatuto, a diferencia de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, no lo limita expresamente a la mujer trabajadora, si bien con el diferente contenido formativo necesario para la función de apoyo que corresponde al trabajador.

3. Deberes públicos y funciones representativas

3.1. Cumplimiento de un deber público

El permiso tiene por finalidad el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público y personal (art. 37.3 d) ET). La falta de alguna de estas notas puede excluir el reconocimiento del permiso, por no ser inexcusable el deber, por no tener carácter público o por no ser personal, si admite delegación o representación por medio de tercero. Por otra parte, como nota común a esta modalidad de licencia por cumplimiento de deberes públicos, las indemnizaciones percibidas se descontarán del salario a que tuviere derecho el trabajador (art. 37.3.d) párrafo tercero ET).

a) Deber de sufragio activo y designación para mesas electorales o como interventores y apoderados.

A este respecto se ha estimado que no existe discriminación en la distinta duración de la licencia asignada a determinados trabajadores en función de las características de su puesto de trabajo, como el personal de urgencias de centro hospitalario (STSJ Madrid 11.7.2001, rec. supl. 2698/2001. A su vez, ciertas retribuciones, como el plus festivo, no abonable en las horas en las que los trabajadores no prestan servicios efectivos, no se hacen efectivas tampoco durante el permiso retribuido (STSJ Cantabria 15.2.2000, 14.2.2000, S.Aud. Nac. 6.11.1995).

b) Asistencia a juicio como testigo o perito o miembro del Tribunal del Jurado

La asistencia a juicio como testigo previa citación constituye una manifestación del deber público personal e inexcusable al que se refiere el precepto legal. Se ha entendido, no obstante, en alguna ocasión (STSJ Andalucía –Sevilla- 21.10.1992), que la empresa no está obligada a retribuir a los testigos del trabajador demandante. Por su parte, la asistencia a juicio, como testigo, expresamente comunicada, y autorizada por la empresa, aunque con reservas en cuanto al abono del salario correspondiente, en el que se interviene de modo efectivo como testigo o incluso la disponibilidad para prestar igualmente declaración, confirmada por la expedición del justificante por el Juzgado, constituye igualmente una manifestación de la colaboración requerida por el órgano jurisdiccional y por ello mismo el deber inexcusable a que se refiere el art. 37.3. d) ET, cumplidos los requisitos de previo aviso y justificación del primer párrafo de iguales precepto y apartado. En contra, no obstante, puede citarse la STSJ Asturias 18.12.1998, rec. supl. 1923/1998. Otra cosa es que, si el trabajador falta por asistir a juicio, promovido por él mismo, y pierde, no tenga que abonar la empresa el salario, como carga, más procesal que sustantiva, impuesta al trabajador y eventualmente relacionable con el contenido del art. 75.3 LPL. Los textos sustantivos aplicables al contrato de trabajo anteriores a 1931 no consideraban justificada la ausencia del trabajador por asistencia a juicio, por lo que se entendía que no tenía derecho a retribución alguna. Es únicamente cuando se establece como causa justificada de ausencia del trabajador el cumplimiento de un deber público, en términos literalmente coincidentes con la dicción actual del Estatuto de los Trabajadores (art. 80, ap. 2º LCT 1931 y Texto Refundido de 1944,

art. 67) que se regula esta causa de inasistencia, generando el derecho al abono del salario. Ese derecho, sin embargo, se matiza posteriormente en el texto procesal de 1958, art. 91, en los términos sucesivamente recogidos por las leyes procesales laborales posteriores (1963, 1966, 1973, 1980 y 1990), si bien ampliando desde 1980 al supuesto del día de comparecencia ante el organismo de conciliación previa, IMAC, SMAC o análogo. Pero la asistencia a juicio, con participación activa en él, y no como mero espectador, equivale a cumplir el deber público que justifica la inasistencia al trabajo. Otra cosa es que, si es el trabajador quien ha promovido el juicio, y no obtiene sentencia favorable, se le pueda no abonar, o descontar posteriormente, el salario de ese día.

Por su parte, la STSJ Andalucía –Málaga- de 23.2.2001, rec. supl.2404/1999, considera ausencias injustificadas las ocasionadas por la asistencia a juicio con perito médico a instancia de parte, por no existir cumplimiento de un deber inexcusable.

c) Desempeño de cargo público

Señala a este respecto la STSJ Castilla y León –Valladolid- de 25.9.1989, rec. 161/1989, que el art. 37.3.º de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores, cuando en su apartado d) se refiere al tiempo indispensable para el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público y personal, ha de incluirse el cargo de Concejal, en la medida en que no suponga la imposibilidad de la prestación del trabajo debido que se señala en el párrafo segundo de dicho apartado (imposibilidad de prestar el trabajo en más del 20% de las horas laborables en un período de tres meses, que faculta a la empresa para pasar a excedencia al trabajador). El cargo de concejal es un cargo público que impone a quienes lo ostentan la obligación de cumplir las tareas inherentes al mismo, entre las que se encuentran las de asistir a los plenos y comisiones en que se adoptan los acuerdos precisos para el gobierno del Municipio, asistencia obligatoria, con derecho por tanto a las licencias, previstas en el Convenio Colectivo de aplicación para los cargos sindicales o públicos, por el tiempo necesario para la asistencia a las sesiones (art. 75.4 Ley 7/1985).

3.2. Funciones representativas

3.2.1. Supuestos comprendidos

El ap. e) del art. 3 del art. 37 Estatuto de los Trabajadores reconoce el derecho del trabajador a permisos retribuidos, siempre previo aviso y justificación, para realizar funciones de representación del personal en los términos establecidos legal o convencionalmente; genérica remisión que se corresponde, entre otros, con los siguientes casos:

- 1.- los *miembros de comités de empresa y delegados de personal* disponen de un crédito horario mensual (quince a cuarenta horas, que pueden acumularse

en determinados representantes) «para el ejercicio de sus funciones de representación» [art. 68 e) ET].

2.- Un derecho idéntico está reconocido a favor de los *delegados sindicales* por el art. 10.3 LOLS. Tanto en este caso como en el anterior (STSJ Andalucía –Málaga- 26.7.2001, rec.supl. 1047/2001) la Jurisprudencia viene admitiendo una amplísima interpretación de lo que sean «funciones de representación» y respaldando la imposición de sanciones por uso indebido sólo si es reiterado, grave, manifiesto.

3) Los representantes sindicales que participen en las *Comisiones negociadoras de Convenios Colectivos* manteniendo su vinculación como trabajador en activo en alguna empresa tendrán derecho a la concesión de los **permisos** retribuidos que sea necesarios para el adecuado ejercicio de su labor como negociadores, siempre que la empresa esté afectada por la negociación (art. 9.2 LOLS).

4) También los Delegados de Prevención se benefician de esta construcción respecto del tiempo invertido en reuniones del Comité de Seguridad y salud de la empresa o en actividades preventivas conexas (art. 37.1.III LPRL).

3.2.2. Modo de ejercicio del derecho

El Tribunal Supremo, en la Sentencia de 7 de mayo de 1986, recuerda que el permiso que el trabajador ha de solicitar al empresario tiene en realidad la naturaleza de *un simple aviso previo* al ser obligatoria su concesión salvo razones extraordinarias; sobre la base de tal doctrina hay que indicar que nos encontramos ante una obligación a cargo del trabajador de comunicar la ausencia prevista, no ante un derecho del empresario a autorizar o no aquélla. La Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 1993, abundando en la misma idea, expresa que el crédito horario no requiere acto de petición alguna al empresario, sino que su utilización se produce mediante su consumo a medida que lo vaya exigiendo la función representativa, por consiguiente sin necesidad de declaración expresa o de concesión empresarial alguna; no obstante, para intervenir en la negociación de convenios colectivos de ámbito superior a la empresa, le será concedido por el empresario el correspondiente permiso retribuido (STSJ Andalucía –Málaga- 26.7.01, rec. supl. 1047/2001).

No previene el Estatuto de los Trabajadores la manera en que el representante debe efectuar la comunicación al empresario, así es que será válida cualquiera que sea la forma elegida, tanto la verbal como la escrita, si bien respecto de la primera, como indica la última resolución citada, pueden surgir problemas de prueba cuando se cuestione su cumplimiento; excusado es decir que esta regla no es aplicable a los representantes «liberados» que por acumulación de horas de otros representantes están dispensados de trabajar durante toda la jornada; poco interés puede mostrar el empresario en conocer el verdadero destino que el representante da a las horas de su crédito, puesto que en ningún caso podría aprovechar la actividad laboral del interesado.

La justificación de la ausencia será necesaria únicamente cuando el empresario la exija, y una vez se hayan consumido las horas de crédito; no se admite una fiscalización detallada y minuciosa, aunque sí una vigilancia y control por los propios representados, pues sus intereses son los que se trata de proteger, en la forma que a continuación se expone en el siguiente apartado.

La sentencia del Tribunal Supremo de 10 febrero de 1990 reconoce al empresario la potestad de ejercitar las facultades disciplinarias previstas en el art. 58 del Estatuto de los Trabajadores, al coincidir en una misma persona las funciones de representación y de prestación de la actividad laboral y desarrollarse ambos dentro del ámbito de la empresa; pero esa imbricación debe ser entendida de modo restrictivo, y sólo tendrá relevancia en aquellos casos en los que el empleo del crédito horario en provecho propio sea manifiesto y habitual. No se descarta de manera absoluta la posibilidad de que el empresario reclame al trabajador, en determinadas ocasiones, justificación del tiempo empleado, cuando no lo sea para funciones puramente representativas. De este modo, en la STC de 13 de marzo de 1985 en que algunos miembros del comité asistieron a una reunión informativa convocada por el sindicato, con la autorización de la empresa para interrumpir la jornada de trabajo, pero con la advertencia de que las horas empleadas serían descontadas de sus haberes. Se razona en dicha sentencia que la privación del crédito horario previsto en el art. 68 e) del ET constituye una violación del derecho fundamental de libertad sindical y no puede imputarse necesariamente a dicho crédito, para actividades de representación, las horas destinadas a cualquier reunión sindical cuyo objeto y finalidad no se justifican.

3.2.3. Control de la utilización del crédito horario.

Como señala la STSJ Cataluña 3.3.2000, Rec. Supl. 8481/1999, la jurisprudencia, en un primer momento, fue tajante en cuanto a las consecuencias derivadas del uso irregular del crédito horario, entendiendo que las horas retribuidas han de serlo para el desempeño de actividades sindicales y no para el uso particular; no obstante, posteriormente experimenta un giro restrictivo (SSTS de 7 de mayo de 1986, 29 de septiembre de 1989, 21 de septiembre de 1990, 5 de diciembre de 1989 y 31 de mayo de 1990, entre otras). En estas resoluciones se parte del principio de que el crédito horario está configurado como una garantía de la función representativa y que la actividad de los delegados en orden a sus funciones es multiforme, comprendiendo actuaciones que de alguna manera repercutan en interés de los trabajadores que tienen derecho a no estar sometidos a vigilancia en el cumplimiento de sus funciones y que existe una presunción de probidad en el cumplimiento de las mismas.

Ello no significa que deba excluirse la facultad de la empresa del control sobre el ejercicio de dicha actividad. De acuerdo con la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio de 1990 «el crédito horario sindical corresponde al trabajador en beneficio exclusivo del colectivo de trabajadores a los que representa y defiende, quienes en definitiva por la confianza depositada en sus representantes elegidos, han de exigir a estos últimos el adecuado uso de aquel crédito horario. Sin

embargo, no es menos cierto que el ejercicio de esa actividad representativa se injerta en el desarrollo de un contrato de trabajo, cual es el mantenido por el representante colectivo o sindical con la empresa, en el que la empleadora sacrifica o cede parte de un derecho que, legalmente, le corresponde, en aras a la consecución de un fin de índole colectivo-laboral. De aquí que no quepa excluir absolutamente a la empresa del control sobre el ejercicio de dicha actividad representativa-sindical y del consiguiente crédito horario al efecto, establecido, pues si es evidente que un mal uso de este último transgrede la buena fe y lealtad debida al colectivo de trabajadores representado, también lo hace en relación a la lealtad debida a la empresa cuyo sacrificio de horas de trabajo debido no se ve adecuadamente correspondido o compensado». En dicha Sentencia también se argumenta que «si bien el ejercicio de ese derecho inherente al desempeño de función representativa no permite una interpretación restrictiva que lo coarte o someta a controles indebidos o contrarios a la imprescindible libertad de acción que le debe ser inherente, sin embargo, cuando se llegue a advertir un manifiesto uso del crédito horario en cuestión, que contradice la finalidad a que, legalmente, responde, lógicamente ha de rechazarse tal anómalo desenvolvimiento, tanto desde la perspectiva del colectivo laboral representado como de la empresa que coopera al desarrollo de la actividad de representación colectiva». Así, en los casos en los que se recurre a simular unas actividades representativas en tiempo realmente impensable, ello constituye un ilícito laboral y es sancionable el uso indebido del crédito horario por atentar al interés de los representados y quebrantar los postulados de la buena fe y la recíproca lealtad exigibles en la relación laboral (SSTS de 21 de mayo de 1990 [RJ 1990\4476] y 12 de febrero de 1990 [RJ 1990\896]). Partiendo de dicha facultad de la empresa, la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 1989 (RJ 1989\7987), declara que «la presunción de que las horas solicitadas para el ejercicio de las tareas representativas son empleadas correctamente, conduce a interpretar de modo restrictivo la facultad disciplinaria del empresario, que sólo podrá alcanzar el despido en supuestos excepcionales en los que el empleo en propio provecho del crédito horario concedido por el art. 68 e) a los representantes de los trabajadores sea manifiesto y habitual, es decir una conducta sostenida que ponga en peligro el derecho legítimo de la empresa a que los representantes formen cuerpo coherente con los representados», añadiendo que «la complicación de la vida moderna y la variedad y diversidad de actividades implicadas en la función representativa lleva a los delegados de personal a tener que realizar no sólo en lugares múltiples sus tareas, sino también en tiempos y ocasiones varias, privándoles si estos tiempos y ocasiones no coinciden con horas de trabajo, de dedicación familiar y personal que es legítimo sean compensadas en parte, haciendo uso del crédito de horas, que les concedió el art. 68 e), pues éste es para el ejercicio de sus funciones, pero no para ejercerlas con un horario, que pueda controlar el empresario».

Esta facultad de control, que no se le niega al empresario, ha de ser ejercida con respeto a la dignidad del propio representante, cualquier extralimitación violaría el derecho de representación, y así lo declaró el Tribunal Supremo en sentencia de 29 de septiembre de 1989 (RJ 1989\6546), ante un supuesto en que al trabajador, miembro del comité de empresa, se le puso un vigilante jurado para que le acompañase cuando acudía a las reuniones del comité, pues el sometimiento del representante de los trabajadores a restricciones de vigilancia singulares, que no

afectan a los demás, supone una traba o limitación a su derecho de libre actividad o libre ejercicio.

3.2.4. Acumulación de crédito horario.

El último párrafo del art. 68 ET autoriza a pactar en Convenio Colectivo la acumulación de horas de los distintos miembros del comité de empresa y, en su caso, de los delegados de personal, en uno o varios de sus componentes, sin rebasar el máximo total, pudiendo quedar relevados del trabajo (*liberados*), sin perjuicio de su remuneración.

Ha destacado a este respecto la doctrina que esta posibilidad de acumulación se justifica por la esencia misma de la función representativa. En la Sentencia del TCT de 17 de junio de 1983 se apuntaba ya que el fundamento del crédito horario radica en facilitar el ejercicio de las funciones representativas singular y colectivamente, “y por ello se atenúa el individualismo, permitiendo, de acuerdo con los empresarios, pactar en convenio la cesión y acumulación de dichas horas entre los representantes, sin que se establezca más limitación que la de no rebasar el máximo total; si uno de los representantes, y por causas ajenas a su voluntad para ejercer sus funciones, no puede hacer uso de su derecho, es indudable que cada miembro nuevo puede disfrutar de las horas mensuales que a aquél correspondan o al representante cesado”.

La acumulación de horas de actividad representativa puede dar lugar a que alguno de los miembros del comité de empresa se vea dispensado de prestar servicios, lo que no será posible para los delegados de personal, pues dado el escaso número de representados, no alcanzarán normalmente las horas asignadas, para llegar a eximir de trabajar a uno de ellos de manera absoluta, a no ser que por acuerdo con el empresario el crédito horario se aumente hasta ese límite, o bien que el trabajador liberado lo sea a tiempo parcial con una jornada pactada que no exceda de la suma de horas que correspondería conjuntamente a los tres delegados de personal. La acumulación solamente es posible si hay acuerdo con el empresario, y el Estatuto dice que ha de estar manifestada en Convenio Colectivo, pero, como también se ha destacado, puede tener eficacia suficiente a estos fines cualquier otro acuerdo que en tal sentido puedan alcanzar el empresario y los representantes de los trabajadores.

El crédito horario se configura como una garantía o prerrogativa de los representantes de los trabajadores, con la finalidad de hacer más fácil del desempeño del cometido que les es propio (STSJ Andalucía de 26.7.01 antes citada). En repetidas ocasiones lo ha proclamado así el Tribunal Supremo (sentencias de 29 de septiembre, 2 de octubre, 27 de noviembre y 5 de diciembre de 1989 y 10 de febrero y 5 de junio de 1990) en el sentido de que la actividad del miembro del comité de empresas, en orden a sus funciones representativas, es multiforme, comprendiendo

cualquier actuación que de forma directa o indirecta representa el interés de los trabajadores; el crédito horario está configurado como una garantía de la función representativa; sus representantes tienen derecho a desempeñar sus funciones sin estar sometidos a una vigilancia singular; que existe la presunción de probidad en el desempeño de sus funciones; que el titular natural del derecho de representación es el colectivo de los trabajadores representados, sin perjuicio de que la empresa pueda ejercitar su facultad disciplinaria en supuestos excepcionales en los que quede patente el abuso.

En línea con lo expuesto, se ha considerado (STSJ 2002 Málaga, Andalucía de 26 julio 2002, rec. supl. núm. 970/2002), a propósito del Servicio Andaluz de Salud que es lícita la creación de bolsa de horas única para cada provincia y organización sindical, con acumulación de los créditos horarios de todos los delegados: licitud, atribución del número de delegados sindicales y del crédito horario en función de la legalidad vigente y del pacto suscrito entre empresa y sindicatos, sin que ello ocasione vulneración del derecho de libertad sindical.

3.2.5. Garantía de Indemnidad retributiva

El art. 37.3.e), del Estatuto de los Trabajadores garantiza el mantenimiento de la retribución durante el ejercicio de las funciones representativas, dentro del crédito de horas asignado a estos fines. Anteriormente se analizó el amplio alcance dado a este principio, con carácter general, en materia de permisos y licencias. Ahora bien, en el ejercicio de las funciones representativas la garantía ha cobrado una significación mucho más amplia y cualitativamente distinta, especialmente como consecuencia de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, sobre cuya base se ha construido el denominado principio o garantía de *indemnidad retributiva*, también denominado (STSJ Baleares de 14 septiembre 2001, rec. supl. núm. 390/2001) «principio de omniequivalencia retributiva».

En el primer aspecto, se ha sostenido que el concepto de retribución es más amplio que el de salario contenido en el art. 26 ET (STSJ Com.Valenciana 6.2.96). Se comprenden en la garantía, desde luego, los diversos pluses y complementos: turnicidad, asistencia y puntualidad (a diferencia de lo que ocurre, como regla general, en las licencias del trabajador no representante), primas y productividad, comisiones; en términos tales que el ejercicio de la función representativa no suponga una merma o una sanción para el trabajador que desempeña las mismas (SSTS 20.5.1992, STSJ Extremadura 18.11.1994, STSJ Castilla La Mancha 9.10.96), excluyéndose, no obstante, conceptos resarcitorios o indemnizatorios (como las dietas, STSJ Asturias, de 19 abril 2002), y en general cuando compensen gastos, o de carácter extraordinario, tales como las horas de esta misma naturaleza. Se incluye, por tanto, un incentivo por consecución de objetivos (STSJ Navarra 30.12.1998, rec. 492/98). Como guía o criterio práctico (STSJ núm. 110/2001 Madrid (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 29 junio 2001, rec. supl. núm. 2266/2001), se formula el principio de que “la asunción de un cargo representativo sindical no debe provocar la

pérdida de un derecho que se hubiera devengado trabajando, pero tampoco la consecución del que no se hubiera obtenido trabajando en circunstancias normales”. Así, a propósito de un Plus de Seguridad en la Conducción (conductores EMT) se estima que no es una retribución ordinaria del trabajo, sino que lo pactado en el Convenio es un plus por calidad en la prestación del servicio, cuyo devengo es de extraordinaria dificultad y de excepcional consecución, dado los términos de su concesión como fueron negociados y que requiere ineludiblemente el cumplimiento de las condiciones pactadas para ser debido su pago, por lo que no se reconoce el concepto reclamado.

Como resume la Sentencia del TSJ Andalucía –Sevilla- de 8.10.2002, rec. 532/2002, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado reiteradamente en relación con el derecho de los liberados sindicales a percibir la misma retribución que les correspondería en el caso de encontrarse en activo, pues como ya declarara en su sentencia núm. 95/1996 «la vertiente individual del derecho fundamental de libertad sindical comprende principalmente el derecho a constituir sindicatos, el de afiliarse al de su elección (teniendo en cuenta que nadie puede ser obligado a afiliarse a un sindicato) y a que los afiliados desarrollen libremente su actividad sindical (STC núm. 197/1990), sin que nada de lo anterior pueda implicar perjuicio alguno para los trabajadores, naturalmente si se cumplen los requisitos legalmente establecidos». En consecuencia (concluye la STC 87/1998, citando de nuevo la STC 74/1998), «dentro del contenido del derecho de libertad sindical reconocido en el art. 28.1 CE (RCL 1978\2836) se encuadra, pues, el derecho del trabajador a no sufrir, por razón de su afiliación o actividad sindical, menoscabo alguno en su situación profesional o económica en la empresa». Se trata de una «garantía de indemnidad» (STC 87/1998), que veda «cualquier diferencia de trato por razón de la afiliación sindical o actividad sindical de los trabajadores y sus representantes, en relación con el resto de los trabajadores» (STC 74/1998). En definitiva, el derecho a la libertad sindical queda afectado y menoscabado si la actividad sindical tiene consecuencias negativas para quien la realiza o si éste queda «perjudicado» por el «desempeño legítimo de la actividad sindical» (STC 17/1996, de 7 de febrero).

De acuerdo con la STC núm. 191/1998, «un liberado o relevado de la prestación de servicios por realizar funciones sindicales sufre un perjuicio económico si percibe una menor retribución que cuando prestaba o presta efectivamente su trabajo. Lo anterior puede constituir un obstáculo objetivamente constatable para la efectividad del derecho de libertad sindical, por su potencial efecto disuasorio para la decisión de realizar funciones sindicales. Obstáculo que repercute no sólo en el representante sindical que soporta el menoscabo económico, sino que puede proyectarse asimismo sobre la organización sindical correspondiente, afectando, en su caso, a las tareas de defensa y promoción de los intereses de los trabajadores que la Constitución encomienda a los sindicatos (art. 7 Constitución Española [RCL 1978\2836]), que son los representantes institucionales de aquéllos, como este Tribunal viene diciendo desde las sentencias del TC núms. 70/1982 y 37/1983».

3.2.6. Límites del crédito horario y ejercicio de funciones representativas fuera de la jornada de trabajo.

Si a los representantes sindicales o de los trabajadores se les requiere para realizar sus funciones representativas fuera de su jornada de trabajo, el tiempo invertido en ellas se compensa con descanso (STSJ Extremadura, 20.4.1999, rec. supl. 142/1999), computándose dentro del crédito horario y mientras no se exceda de éste, no debe plantearse cuestión alguna, sea quien sea el que insta la actuación del representante, ya que constituye un supuesto de ejercicio normal del derecho al crédito horario establecido legalmente; así, el representante tiene una jornada de trabajo más reducida y el resto, hasta la ordinaria, debe dedicarlo a las actividades propias de su cargo representativo. Ahora bien, si el ejercicio de esas actividades supera el crédito horario, no existe norma legal alguna que establezca que ese exceso se haya de compensar también con descanso, detrayéndolo de la jornada de trabajo reducida que ya disfruta el representante; puesto que ni el art. 60 e) del Estatuto de los Trabajadores, ni el 10.3 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical establecen tal cosa, salvo lo dispuesto en convenio colectivo, que en ocasiones condicionan el derecho a que la actuación propia del cargo se realice a requerimiento de la empresa, no por iniciativa personal o sindical. El disfrute solamente del crédito horario solamente procede desde la constitución del comité, con independencia de que mediara impugnación judicial al respecto (STSJ Galicia, 2.11.1999, rec. supl. núm. 3785/1996).

Como indica la STSJ Cataluña 5.4.2002, las horas retribuidas guardan relación con la necesidad de salvaguardar las funciones de representación. La ley no establece el momento del ejercicio de esas funciones de representación, por lo que ha de entenderse que habrá de ser el adecuado a la finalidad intrínseca de las mismas y, lógicamente, habría de coincidir, en principio, con la jornada de trabajo por cuanto es dentro del propio centro de trabajo donde, en gran medida, tales funciones van a tener que desarrollarse. Ahora bien, eso que parece configurarse como una regla lógica de carácter general, ha de adaptarse a la finalidad de la propia garantía sindical de suerte que, con arreglo a ello, habrán de incluirse dentro de las horas remuneradas aquellas en las que, quien ostente representación, tenga que destinar su tiempo a las labores propias de la misma. Sobre esa base, concluye la misma resolución que si bien no hay duda de que la interpretación jurisprudencial hace necesario admitir la no coincidencia cuando el trabajador con cargo representativo tiene asignado horario nocturno, también debe aplicarse en los supuestos de trabajo a turnos en general cuando los distintos miembros de las secciones sindicales o del comité se hallan asignados a turnos distintos o respecto de los trabajadores con turno de tarde cuando la función llevada a cabo obedece a la asistencia a una convocatoria de ámbito superior al propio de la empresa y que, por consiguiente, no depende de su decisión, de suerte que el horario de la asamblea o reunión no fue fijado por los mismos, sino determinado externamente en un ámbito sectorial e intersindical.

Por otra parte, el cambio de afiliación sindical no supone la pérdida del crédito horario (STSJ Andalucía –Málaga- de 4 diciembre 1998, rec. supl. núm. 1342/1998), sobre la base de que si el crédito horario es individual, aun naciendo de la pertenencia a un ente colectivo, el hecho de estar afiliado a un sindicato o no estar

afiliado, darse de baja y afiliarse a otro sindicato sin dejar de pertenecer al Comité, no puede alterar el derecho que nace al individuo. En el mismo sentido, la STSJ Andalucía –Málaga- de 10.11.2000, rec. supl.1202/1999 niega toda eficacia a la comunicación de un sindicato en la que renuncia a usar durante un determinado período el crédito horario de sus afiliados en el Comité de Empresa, sobre la base de que la garantía de la disposición del crédito de horas mensuales retribuidas por cada uno de los miembros del Comité de Empresa, en cada centro de trabajo, viene establecida en la letra e) del art. 68 del Estatuto de los Trabajadores, por lo que no puede privarse a los demandantes de la totalidad de dicho crédito horario descontando todas las horas consumidas como liberados sindicales ya que estas horas no le correspondían sólo a ellos, sino a todos los miembros de su Sección Sindical. No obstante, la titularidad individual o colectiva del crédito horario dista mucho de ser cuestión pacífica, puesto que otras resoluciones, especialmente a propósito de la acumulación de créditos, consideran que solamente puede agruparse el disfrute del crédito horario de los actuales representantes, sin incluir los puestos vacantes, entre otras consecuencias (STSJ Madrid 19.9.1989), mientras que se pronuncian a favor de la titularidad colectiva las SSTSJ Asturias 23.9.1994, Aragón 4.12.1991, Andalucía 16.11.1993. Singular es el caso de la transferencia de servicios a las CCAA, en el que se ha estimado que solamente se conserva el crédito horario de los representantes efectivamente transferidos (STSJ Andalucía –Sevilla- 29.6.1999, rec. supl. 1710/1999). Particularmente rigurosa es la STSJ Canarias, Santa Cruz de Tenerife, Canarias (Sala de lo Social), de 16 febrero 2001, rec. supl. 987/2000, que declara procedente el despido por ausencias al haberse utilizado el crédito acumulado de representantes que ya no estaban en activo.

En cuanto al tiempo de negociación colectiva, y su distinción respecto del crédito horario, tiene interés la STSJ Asturias de 27.9.2000, rec. supl., 3016/2000. El crédito horario tiene, según esta resolución, una finalidad concreta de ejercicio de funciones de representación que en rigor son distintas al menos en su concepto, a la negociación pues más bien hace referencia a un crédito de horas a emplear en las relaciones con los representados, de reuniones del propio comité, reuniones con asesores sindicales o técnicos y otras facetas de estas funciones distintas de la participación en la negociación propiamente dicha. Cita en este sentido la STSJ Andalucía de 16-11-1993, referida a los miembros de un comité de empresa que forman parte de la comisión negociadora de un convenio de ese ámbito y en relación con el art. 9-2 LOLS, declara que no cabe descontar del crédito horario retribuido las horas empleadas en la negociación del convenio colectivo, solución a la que hay que llegar en este caso por aplicación analógica (art. 4.1 del Código Civil) al no estar prevista la situación de los trabajadores que forman parte de una comisión negociadora de convenio colectivo sea éste de ámbito empresarial como el que nos ocupa o incluso cuando siendo de superior afectación sean integrantes de dicha comisión, unido al tácito reconocimiento de la disposición de dichas horas por el reconocimiento previo de la capacidad de interlocución.

Respecto de los cargos electivos sindicales, la STS 25.10.1999, en rec. casac. 1363/1999, interpreta el art. 9.1 a) de la Ley Orgánica de Libertad Sindical (LOLS), que reconoce a «**quienes ostenten cargos electivos a nivel provincial, autonómico o estatal**» el derecho al «**disfrute de los permisos no retribuidos necesarios para**

el desarrollo de las funciones sindicales propias de su cargo». Siguiendo el tenor del propio art. 9.1 a) de la LOLS este derecho a **permisos** no retribuidos puede ser objeto de «**limitaciones**» en atención a «**las necesidades del proceso productivo**», mediante «**acuerdo**». No especifica la Ley si tal acuerdo puede ser individual entre el cargo electivo sindical y la empresa para la que trabaja, o colectivo entre la empresa y el sindicato correspondiente, o alternativamente una u otra cosa.

De este modo, el derecho de los cargos electivos de los sindicatos al disfrute de **permisos** no retribuidos para el desarrollo de las actividades propias de su función representativa exige, de acuerdo con el art. 9.1 a) de la LOLS, los siguientes requisitos o presupuestos: a) la solicitud por parte de un cargo electivo sindical, es decir, por parte de quien desarrolla una función representativa en un órgano del sindicato para cuyo desempeño se recibe mandato mediante votación mayoritaria de acuerdo con los estatutos sindicales; b) la posición de dicho cargo electivo sindical en el «nivel provincial, autonómico o estatal» de una organización sindical más representativa; y c) la correspondencia de la actividad para cuyo desarrollo se pide permiso con la función sindical propia del cargo. Ha de tenerse en cuenta, además, que el ejercicio de este derecho a permiso no retribuido ha de atender en la medida de lo posible a las necesidades del proceso productivo, de acuerdo con los deberes generales de buena fe y de colaboración con la empresa [art. 5 a) y e) del Estatuto de los Trabajadores, y con la previsión específica de «limitaciones» a su disfrute [art. 9.1 a) LOLS inciso final].

4.- Permisos para actividades formativas y exámenes.

En cuanto a la duración del permiso, si por días completos o solamente durante el tiempo indispensable, la STS 15.7.1998, rec. casac. 3589/1997 se pronuncia por la primera solución, bien que en las concretas circunstancias y texto del convenio interpretado. El criterio de la concesión por días, según esta Sentencia, es más generoso y evita conflictos de aplicación, mientras que el criterio del tiempo necesario pondera más la limitación del coste que las licencias suponen para el empleador, pero ello no es razón para estimar que el primer criterio sea ilógico o contrario a la finalidad de la norma. Por el contrario, el tiempo dedicado a un examen convocado por la empresa, cuando su aceptación es voluntaria para el trabajador y se realiza fuera de la jornada de trabajo, no puede calificarse como tiempo de trabajo, ni está expresamente asimilado a éste, aunque la participación en el examen o el tiempo de desplazamiento necesario para ello den lugar a permiso retribuido cuando coinciden con la jornada de trabajo (Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 7 mayo 1992, Recurso núm. 1755/1991).

En cuanto a las condiciones de celebración de los exámenes, muestran preocupación por los candidatos diversas resoluciones (así la STSJ Com. Valenciana 18.1.2000, rec. supl. 693/1997), de modo que si bien disponían aquéllos de medios de transporte público suficientes para efectuar el correspondiente traslado desde su lugar de residencia en la tarde de la víspera de los exámenes, no les es exigible que dicho viaje deban realizarlo en condiciones que puedan mermar su rendimiento en los correspondientes ejercicios para el acceso a las administraciones públicas a los que concurren, lo que razonablemente puede acontecer cuando se ha de efectuar

un viaje de varias horas para llegar al destino al finalizar la tarde y concurrir a exámenes en las primeras horas del día siguiente. La STSJ Aragón de 21.7.1999 completa el argumento al decir que lo contrario sería reducir de forma muy simplista todo lo que significa un examen final, decisivo (en definitiva), al mero aspecto del horario; olvidando todo el entorno que rodea al examinando el día de la prueba, así como los aspectos humanos, singularmente emocionales, tensionales, y previo e inmediato esfuerzo preparatorio, por lo que es razonable que el permiso quede anudado al día del examen, con independencia de que el horario interfiera o no el turno de trabajo. En contra de lo anterior se ha considerado que “las consecuencias de que el trabajador quiere estudiar y trabajar a la vez debe soportarlas exclusivamente él, no pudiendo imponer al empresario, en este caso la Administración, la obligación de tener que soportar más carga que la que le impone el propio Convenio Colectivo. El hecho de trabajar en horario nocturno, ha facilitado, sin duda, al actor la posibilidad de mejorar su formación” (STSJ Madrid, 23.2.2000, rec. supl. 89/20000).

Los permisos individuales de formación son abordados en la STSJ Comunidad Valenciana de 6.6.2000, rec. supl. núm. 2755/1997, para concluir que el art. 13 ANFC regula los permisos individuales de formación, en el que la concesión de los mismos no se condiciona a que las acciones formativas para las que se soliciten estén directamente relacionadas con la actividad profesional actual del trabajador, como parecen entender la juzgadora de instancia y la empresa demandada. Por el contrario, dichos permisos, tal como vienen establecidos en el precepto alegado por el recurrente, pueden ser usados para atender a cualesquiera acciones formativas que cumplan los requisitos que en el mismo se determinan de estar «dirigidas al desarrollo o adaptación de las cualificaciones técnico-profesionales del trabajador» y que sean «reconocidas por una titulación oficial», y entre los que no se comprende, como se ha dicho, la exigencia de que la acción formativa para la que se soliciten esté vinculada con la profesión actual del trabajador. No puede ser de otro modo atendiendo a los términos de la exposición de motivos del Acuerdo Nacional de Formación Continua, en sintonía con el Convenio OIT núm. 140, sobre licencia pagada de estudios, que asume la función de desarrollar el entonces art. 22 del Estatuto de los Trabajadores (actual art. 23 ET) en cuanto al régimen de permisos a que se refiere su apartado l b), entre los que han de comprenderse los vinculados a la realización de estudios encaminados a la obtención de una titulación oficial que contribuya a la promoción profesional del trabajador en cualquier área de actividad (STCT de 7 de marzo de 1985).

Sobre la utilidad para la actividad laboral, la STSJ Aragón 21.12.2000, rec. supl. 2/2000, indica que, en primer lugar, cuando se exija un determinado informe de un superior, aun de carácter vinculante, para establecer tal extremo, ello no implica que ulteriormente el órgano jurisdiccional no pueda controlar las razones de la negativa a autorizar el correspondiente permiso para la formación retribuido, y si la negativa del superior jerárquico es injustificada, reconocer el derecho al disfrute del permiso. En segundo lugar, en el caso entonces contemplado la negativa a la concesión del permiso no se fundaba en necesidades del servicio, sino exclusivamente en la consideración de que el curso no estaba directamente relacionado con las tareas de la actora y en el escaso interés de la participación en el

curso de la misma, al existir intervenciones formativas específicas complementarias. A juicio de la Sala el trabajo de una asistente social que presta sus funciones en un centro penitenciario está claramente relacionado con el tema objeto del curso: la violencia doméstica

