

Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Social, Sentencia de 14 Jul. 2017, Rec. 1094/2017

Ponente: Fernández de Mata, Emilio.

Nº de Recurso: 1094/2017

Jurisdicción: SOCIAL

El permiso retribuido para el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público y personal no engloba acompañar a los hijos al médico

PERMISOS RETRIBUIDOS. Licencia por un deber inexcusable de carácter público. La obligación del cuidado de los hijos no es pública, por lo que no está incluida en el ámbito de este permiso. Es en el ámbito de la empresa, donde se tiene que regular, en el marco del Plan de Igualdad para conciliar la vida laboral y familiar, un régimen de permisos no retribuido para que el padre o la madre puedan atender a situaciones que exijan su presencia. Se trata de una obligación de naturaleza privada y no pública y no es un deber personal, al ser sustituible por delegación, y, en cualquier caso, la asistencia a la consulta médica podría hacerse por el padre y no necesariamente por la madre, al ser compartidas las atribuciones de la patria potestad, siendo por tanto una mejora voluntaria.

El TSJ Galicia estima el recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 5 de Vigo y absuelve a la empresa de la demanda en reclamación del derecho de la actora a disfrutar de una licencia por un deber inexcusable de carácter público y personal.

T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL A CORUÑA SECRETARÍA SRA. FREIRE CORZO CG

PLAZA DE GALICIA S/N

15071 A CORUÑA

Tfno: 981-184 845/959/939

Fax: 881-881133/981184853

NIG: 36057 44 4 2016 0001762

Equipo/usuario: MG

Modelo: 402250

RSU RECURSO SUPLICACION 0001094 /2017

Procedimiento origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000356 /2016

Sobre: OTROS DCHOS. LABORALES

RECURRENTE/S D/ña UNISONO SOLUCIONES DE NEGOCIO SA, Penélope

ABOGADO/A: MARIA EXTREMADOURO PEREIRO,

PROCURADOR: ,

GRADUADO/A SOCIAL:

RECURRIDO/S D/ña:

ABOGADO/A:

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

ILMA. SRA. D^a ROSA RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

ILMO. SR. D. EMILIO FERNÁNDEZ DE MATA

ILMA. SRA. D^a. RAQUEL NAVEIRO SANTOS

En A CORUÑA, a catorce de julio de dos mil diecisiete.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española ,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el RECURSO SUPPLICACION 0001094 /2017, formalizado por UNISONO SOLUCIONES DE NEGOCIO S.A. y D^a Penélope , contra la sentencia dictada por XDO. DO SOCIAL N. 5 de VIGO en el PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000356 /2016, seguidos a instancia de D^a Penélope frente a UNISONO SOLUCIONES DE NEGOCIO SA, siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo/a Sr/Sra D/D^a EMILIO FERNÁNDEZ DE MATA.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: D/D^a Penélope presentó demanda contra UNISONO SOLUCIONES DE NEGOCIO SA, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia de fecha veinticinco de noviembre de dos mil dieciséis que estimó en parte la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes:

PRIMERO.- La actora, doña Penélope , provista del DNI NUM000 , viene prestando servicios a tiempo completo como teleoperadora especialista, por cuenta y bajo la dependencia de la empresa Unísono Soluciones de Negocio, S.A. SEGUNDO.- La actora tiene a su cargo a sus dos hijos menores de edad, con los que convive, llamados Eulalio y Elisabeth . TERCERO.- Su hijo Eulalio , nacido el NUM001 de 2001, padece una enfermedad cardíaca sujeta a revisiones periódicas a cargo del Servicio de Cardiología Pediátrica. CUARTO.- El Convenio Colectivo de Contact Center, aplicable a la relación laboral, reconoce en su artículo 28.1 g) un permiso retribuido por el tiempo indispensable para el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público y personal. Por su parte, el apartado segundo de dicho precepto reconoce a los trabajadores un crédito anual de 35 horas retribuidas para asistir a consultas de médicos de la Seguridad Social, debiendo avisar con la mayor antelación posible y debiendo presentar la justificación oportuna, procurando, en la medida de lo posible, adaptar sus horas de visitas médicas a sus tiempos de descanso. Por último, el artículo 29 de ese marco convencional dispone como permiso no retribuido que los trabajadores que tengan a su cargo hijos menores de nueve años, o ascendientes mayores de sesenta y cinco años, dispondrán del tiempo necesario para acompañar a los mismos a las consultas médicas oportunas, previo aviso y justificación. QUINTO.- Tras la consulta de 26 de octubre de 2015 la actora había consumido el crédito de 35 horas que tasa el convenio para acudir a consultas médicas, bien a título personal o bien para acompañar a sus dos hijos sujetos a su patria potestad. SEXTO.- La actora se ausentó los días 5 y 30 de noviembre de 2015 para acompañar a su hijo Eulalio en consultas externas en el Hospital Materno Infantil (5 de noviembre) y para recogerlo en el Hospital tras la expedición del alta médica (30 de noviembre), tras haberse sometido a una intervención quirúrgica el día 25 de noviembre por el que permaneció ingresado entre el 24 y el 30 de noviembre. La actora decidió imputar la ausencia del día 24 de noviembre y su crédito de horas sindicales. SÉPTIMO.- La actora es miembro del Comité de Empresa en el centro de trabajo de Vigo por el sindicato CGT. OCTAVO.- La actora dedujo papeleta de conciliación

previa el día 18 de febrero de 2016, que tuvo lugar el día 30 de marzo con el resultado de tenerse por intentada sin avenencia. La demanda ha sido interpuesta el día 28 de abril de 2016.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente:

FALLO: Estimar parcialmente la demanda en materia de reclamación de reconocimiento de derecho interpuesta por DOÑA Penélope contra la empresa UNISONO SOLUCIONES DE NEGOCIO, S.A., declarando el derecho de la actora a disfrutar de una licencia por un deber inexcusable de carácter público y personal durante las jornadas del 5 y 30 de noviembre y, con arreglo a este pronunciamiento, condeno a la demandada a estar y pasar por esta declaración.

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte demandante y demandada siendo impugnado por la demandada UNISONO SOLUCIONES DE NEGOCIO, S.A. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el paso de los mismos al Ponente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia estima parcialmente la demanda interpuesta, declarando el derecho de la actora a disfrutar de una licencia por un deber inexcusable de carácter público y personal durante las jornadas del 5 y el 30 de noviembre y, con arreglo a este pronunciamiento, condena a la demandada a estar y pasar por esta declaración.

Frente a este pronunciamiento se alza la parte actora, que interpone recurso de suplicación e interesa que se revoque la sentencia y se dicte otra por la que se estimen íntegramente las pretensiones de la demanda inicial elevadas a definitivas en la vista oral.

Igualmente se alza la representación de la empresa demandada, que interpone recurso de suplicación e interesa que se revoque la sentencia y se dicte otra por la que, se desestime íntegramente de la demanda rectora y se condene en costas.

SEGUNDO.- Para ello, la representación de la empresa demandada, en el primero de los motivos de su recurso y con amparo procesal en el artículo 193.b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , solicita la modificación del relato fáctico de la sentencia y concretamente del hecho probado tercero, que considera debe quedar así redactado: "Tras la consulta de 26 de octubre de 2015 la actora había consumido el crédito de 35 horas que tasa el convenio para asistir a consultas médicas, bien a título personal o bien para acompañar a sus dos hijos sujetos a la patria potestad de sus progenitores", con base en que el juez a quo ha cometido un error a la hora de apreciar la prueba documental, ya que de ninguno de los documentos aportados por la actora resulta que los menores estén sujetos en exclusiva a la patria potestad de la madre, sino todo lo contrario, tal cual consta en los documentos obrantes a los folios 34 a 36.

La modificación solicitada no puede prosperar, pues del documento invocado, libro de familia, no puede extraerse en absoluto que los menores estén sometidos a la patria potestad de ambos progenitores, sino que los hijos lo son de ambos y, además, aun cuando así no fuera, el dato es irrelevante, por cuanto nadie ha alegado ni discutido que sea la madre al única titular de la patria potestad o que la misma sea compartida, ni de la redacción dada por el juez a quo puede extraerse que la patria potestad sea exclusiva de la madre, sino que los hijos menores se encuentran sujetos a su patria potestad.

TERCERO.- Seguidamente la empresa demandada, en el segundo de los motivos de su recurso y con amparo procesal en el artículo 193.c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , que se ha producido la infracción, por incorrecta aplicación del artículo 37.3.d) del Estatuto de los Trabajadores , en relación con los artículos 28 y 29 del Convenio Colectivo Estatal del sector de contact center, por entender que no nos encontramos en presencia de un deber inexcusable encuadrable en el artículo 37.3.d) del Estatuto de los Trabajadores y el artículo 28.1.g) del Convenio Colectivo , ya que la obligación de velar por los hijos y el cumplimiento de los deberes de la patria potestad recogido en el artículo 110 del Código Civil , es una obligación de naturaleza privada y no pública y no se trata de un deber personal, al ser sustituible por delegación, y, en cualquier caso, la asistencia a la consulta médica podría hacerse por el padre y no necesariamente por la madre, al ser compartidas las atribuciones de la patria potestad, siendo por tanto una mejora voluntaria, por lo que la demanda debe ser íntegramente desestimada.

Por su parte, la parte actora, en el único motivo del recurso y con idéntico amparo procesal, alega la infracción del

artículo 37.3.d) del Estatuto de los Trabajadores y del artículo 110 de la Constitución Española , toda vez que el artículo 39.2 de la Constitución Española establece como un principio rector de la política social la protección integral de los hijos y los artículos 110 y 142 del Código Civil señalan que los padres deben velar por sus hijos, por lo que la demanda debe ser estimada en su integridad.

Estas dos posiciones, sustentadas por las partes, se ven amparadas por la doctrina judicial.

Coincidiendo con la posición de la empresa demandada, podemos citar la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Las Palmas de Gran Canaria, de fecha 27 de febrero de 2017 , que señala: "Para dar solución a la cuestión así planteada hay que partir de la propia regulación legal que establece: "...Por el tiempo indispensable, para el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público y personal , comprendido el ejercicio del sufragio activo. Cuando conste en una norma legal o convencional un periodo determinado, se estará a lo que esta disponga en cuanto a duración de la ausencia y a su compensación económica.

Cuando el cumplimiento del deber antes referido suponga la imposibilidad de la prestación del trabajo debido en más del veinte por ciento de las horas laborables en un periodo de tres meses, podrá la empresa pasar al trabajador afectado a la situación de excedencia regulada en el artículo 46.1.

En el supuesto de que el trabajador, por cumplimiento del deber o desempeño del cargo, perciba una indemnización, se descontará el importe de la misma del salario a que tuviera derecho en la empresa..."

Habla el legislador de deber inexcusable público, y remite para el caso de que el cumplimiento de tal deber impida la prestación de trabajo en más de un 20%, al artículo 46.1 del Estatuto de los Trabajadores que regula las excedencias.

La doctrina, con fundamento en las normas legales correspondientes, incluye en este supuesto:

- a) el ejercicio del sufragio activo, que cita el propio artículo 37.
- b) la participación en una mesa electoral. En este supuesto se incluyen los presidentes y vocales de las mesas electorales, los interventores y los apoderados de cada mesa (L.O. 3/1985).
- c) la intervención como miembro de un Jurado (L.O. 5/1985).
- d) la intervención como testigo en un juicio, tanto en el proceso civil (artículo 292 LEC), como en el proceso penal (artículo 410 y 707 LE Criminal) y en el laboral (Disposición Final 4 LRJS).
- e) la asistencia a juicio como demandante.
- f) el desempeño de un cargo político para el que haya sido elegido, designado o nombrado.

A partir de todo lo expuesto estima la Sala que el recurso no puede prosperar, pues no estamos a presencia de lo que la ley califica como deber público inexcusable, sino de una obligación legal impuesta a los padres por el Código Civil, que se desenvuelve en el ámbito de los relaciones privadas.

Las normas que se invocan no determinan que la obligación del cuidado de los hijos sea pública.

Lo que hacen es establecer reglas de protección de los hijos que tienen rango constitucional y que se desarrollan en el ámbito del Código Civil donde se regula el ejercicio de la patria potestad, con un régimen de derechos y obligaciones.

De ahí que sea en el ámbito de la empresa, donde se regule, en el marco del Plan de Igualdad, para conciliar la vida laboral y familiar, un régimen de permisos no retribuido para que el padre o la madre puedan atender a situaciones que exijan su presencia.

Se trata de facilitar la conciliación, partiendo de la idea de que, en principio, no había cobertura legal para esas faltas al trabajo, porque no constituye legalmente un deber público, aquella atención a los hijos.

La regulación legal de la patria potestad se encuentra en el Código Civil (artículo 154), concebida como una función (deber) de los padres para con los hijos, o como dice el propio artículo 154, como una responsabilidad parental, que se ejercerá siempre en interés de los hijos.

Pero ello no altera su carácter privado, a pesar de estar sometido al control judicial como señalan los artículos 156 y

158 del mismo cuerpo legal ".

Por su parte, en coincidencia con la tesis sustentada por la parte actora, podemos citar la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 17 de junio de 2011 , que señala: "...por una parte, nada cabe objetar, en principio, al sr. Juez " a quo", por aplicar al caso el artículo 37.3 d) del ET , porque entiende que, incluso el requisito más discutible, que exige éste, cual es el de la presencia de un deber inexcusable de carácter público y personal, para justificar la ausencia, también está presente, desde el momento en que, en el artículo 110 del Código Civil , se establece la obligación de los padres de velar por los hijos menores; en que esta obligación tuitiva es insoslayable y con un matiz publico evidente; y en que ese deber es, incluso, más intenso, en el caso enjuiciado, ante la deficiente situación clínica crónica de la hija menor de la actora; y, por otra, se consideran necesarios, para llevar a cabo la revisión, los tres días solicitados, desde el momento en que, si se excluía el primero (concretamente el 17), debería realizar el viaje a Madrid, en el plazo, que iba entre las 15 horas de este día, en que finalizaba la demandante la jornada laboral, y las 9 horas del 18, en que estaba señalada la revisión; y ello sería muy precipitado, dada la distancia existente entre Vigo y Madrid, y los inconvenientes de carácter general, que origina cualquier desplazamiento largo; procede desestimar el recurso y confirmar el fallo de la sentencia de instancia".

En el caso concreto debemos asumir que no nos encontramos en presencia de un permiso por el tiempo indispensable para el cumplimiento inexcusable de carácter público y no sólo por los argumentos contenidos en la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Las Palmas de Gran Canaria, de fecha 27 de febrero de 2017 , sino también por cuanto no resulta en modo alguno razonable ni comprensible que el Convenio Colectivo Estatal de Contact Center establezca, en sus artículos 28.2 y 29 , el derecho a asistir a consulta médica, bien sea el propio trabajador, bien acompañando a persona sometida a su patria potestad o a su cuidado, como permisos de carácter autónomo, bien sean retribuidos o no retribuidos, y diferentes al permiso retribuido por tiempo indispensable para el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público y personal, regulado en el artículo 28.1.g) del Convenio Colectivo , para, a continuación, llegar a la conclusión, de que las asistencias a consultas médicas con hijos menores de edad, que la propia demandada reconoce que se encuentran contenidas, como permiso retribuido, en el artículo 28.2 del Convenio Colectivo , de forma conjunta con las asistencias a consultas médicas de la propia trabajadora y siempre que no superen las 35 horas anuales, cuando superen dicha duración de 35 horas, pasan a ser un permiso retribuido por tiempo indispensable para el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público y personal.

Es decir, es evidente la intención de las partes negociadoras del convenio de reflejar en el mismo, como un derecho o una condición más beneficiosa diferente al permiso establecido en el artículo 37.3.d) del Estatuto de los Trabajadores y en el artículo 28.1.g) del Convenio Colectivo , los permisos para asistencia a consultas médicas regulados en los artículos 28.2 y 29 del Convenio Colectivo , sobre todo cuando la empresa ha reconocido expresamente que considera que, en el primero de dichos preceptos convencionales y como permiso retribuido, se encuentra no sólo la asistencia a consulta médica por parte de la propia trabajadora demandante, sino también cuando acompaña a otras personas bajo su patria potestad y/o cuidado, y siempre hasta el límite de las 35 horas anuales.

Pero es que, a mayor abundamiento, aun cuando asumiéramos la tesis sustentada en la sentencia de esta Sala dictada el 17 de junio de 2011 , que no puede obviarse fue dictada en un supuesto absolutamente diferente, en el que la empresa no reconocía la existencia de ningún tipo de permiso retribuido para acudir con un hijo menor de edad a una consulta médica, tampoco podría prosperar el permiso de la actora y sí el de la empresa demandada, ya que el artículo 37.3.d) del Estatuto de los Trabajadores establece, en cuanto al permiso por el tiempo indispensable, para el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público y personal, comprendido el ejercicio del sufragio activo, que cuando conste en una norma legal o convencional un periodo determinado, se estará a lo que esta disponga en cuanto a duración de la ausencia y a su compensación económica, existiendo en el artículo 28.2 del Convenio Colectivo Estatal de Contact Center una limitación temporal de 35 horas anuales para que el permiso sea retribuido, duración que la actora ha superado.

En consecuencia, debe desestimarse el recurso interpuesto por la trabajadora y estimar el interpuesto por la empresa, revocando la sentencia recurrida y desestimando la demanda inicial del procedimiento, con absolucón de la empresa demandada, sin que puedan imponerse las costas del recurso a la demandante recurrente, ya que la misma goza del beneficio de justicia gratuita por disposición legal.

Por todo ello y vistos los preceptos legales de general y especial aplicación;

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por la GRADUADA SOCIAL DÑA. ESTHER LÓPEZ MELÓN, en la representación que ostenta de DÑA. Penélope y estimando el recurso de suplicación interpuesto por la LETRADA DÑA. MARÍA EXTREMADOURO PEREIRO GONZÁLEZ, en la representación que tiene acreditada de la EMPRESA UNÍSONO SOLUCIONES DE NEGOCIO S.L., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número Cinco de los de Vigo, en fecha veinticinco de noviembre de dos mil dieciséis, en autos seguidos a instancia de DÑA. Penélope frente a la EMPRESA UNÍSONO SOLUCIONES DE NEGOCIO S.L., sobre OTROS DERECHOS LABORALES, debemos revocar y revocamos la resolución recurrida, desestimando la demanda y absolviendo a la empresa demandada de los pedimentos contenidos en la misma.

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Galicia.

MODO DE IMPUGNACIÓN : Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de Casación para Unificación de Doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala dentro del improrrogable plazo de diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la sentencia. Si el recurrente no tuviera la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de seguridad social deberá efectuar:

- El depósito de 600 € en la cuenta de 16 dígitos de esta Sala, abierta en el Banco de SANTANDER (BANESTO) con el nº **1552 0000 37 seguida del cuatro dígitos correspondientes al nº del recurso y dos dígitos del año del mismo** .
- Asimismo si hay cantidad de condena deberá consignarla en la misma cuenta, pero con el código **80** en vez del 37 ó bien presentar aval bancario solidario en forma.
- Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria desde una cuenta abierta en cualquier entidad bancaria distinta, habrá que emitirla a la cuenta de veinte dígitos **0049 3569 92 0005001274** y hacer constar en el campo "Observaciones ó Concepto de la transferencia" los 16 dígitos que corresponden al procedimiento (**1552 0000 80 ó 37 **** ++**).

Una vez firme, expídase certificación para constancia en el Rollo que se archivará en este Tribunal incorporándose el original al correspondiente Libro de Sentencias, previa devolución de los autos al Juzgado de lo Social de procedencia.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día de su fecha, por el Ilmo. Sr. Magistrado-Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencia de este Tribunal. Doy fe.