



Roj: **STS 3202/2018 - ECLI:ES:TS:2018:3202**

Id Cendoj: **28079140012018100749**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **12/07/2018**

Nº de Recurso: **182/2017**

Nº de Resolución: **752/2018**

Procedimiento: **Auto de aclaración**

Ponente: **ROSA MARIA VIROLES PIÑOL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 1514/2017,**
STS 3202/2018

CASACION núm.: 182/2017

Ponente: Excm. Sra. D.^a Rosa Maria Viroles Piñol

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Santiago Rivera Jiménez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 752/2018

Excmo. Sr. y Excmas. Sras.

D.^a. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga

D.^a. Rosa Maria Viroles Piñol

D.^a. Maria Lourdes Arastey Sahun

D. Antonio V. Sempere Navarro

D.^a. Maria Luz Garcia Paredes

En Madrid, a 12 de julio de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto por la sociedad mercantil estatal AENA, S.A., representada y asistida por la letrada D.^a. Ana I. Heras Sancho, y por la entidad pública ENAIRE representada y asistida por el Sr. Abogado del Estado contra la sentencia dictada el 12 de mayo de 2017, por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, en el procedimiento 114/2017, en actuaciones seguidas en virtud de demanda a instancia de la Federación de Servicios a la Ciudadanía de CC.OO. contra la Federación de Servicios Públicos de la UGT, AENA, S.A., ENAIRE, Unión Sindical Obrera, sobre conflicto colectivo.

Han comparecido en concepto de recurridos la Federación de Empleados y Empleadas de los Servicios Públicos de la Unión General de Trabajadores (FeSP-UGT) representada y asistida por el letrado D. Ramón de Román Díez y la Federación de Servicios a la Ciudadanía de CCOO representada y asistida por la letrada D.^a. Rosa González Rozas.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Rosa Maria Viroles Piñol.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- Por la representación de la Federación de Servicios a la Ciudadanía de Comisiones Obreras (FSC-CCOO) se presentó demanda de conflicto colectivo de la que conoció la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, y en la que tras exponer los hechos y motivos que estimaron de aplicación se terminó por suplicar se dicte sentencia en la que se declare:

- «1. Procede el permiso cuando se produzca hospitalización, con o sin intervención quirúrgica.
2. Procede el permiso cuando se produzca intervención quirúrgica ambulatoria -sin hospitalización- seguida de reposo domiciliario.»

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda se celebró el acto del juicio, con la intervención de las partes y el resultado que se refleja en el acta que obra unida a las actuaciones. Recibido el pleito a prueba se practicaron las propuestas por las partes y declaradas pertinentes.

TERCERO.- Con fecha 12 de mayo de 2017 se dictó sentencia por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en la que consta el siguiente fallo:

«En la demanda de conflicto colectivo, promovida por CCOO, a la que se adhirieron UGT y USO, desestimamos la excepción de inadecuación de procedimiento, alegada por las empresas codemandadas. Estimamos la demanda de conflicto colectivo, por lo que declaramos que procede el permiso retribuido previsto en el convenio, cuando se produzca intervención quirúrgica - sin hospitalización - seguida de reposo domiciliario y en consecuencia condenamos a AENA, SA y a ENAIRE ENTIDAD PÚBLICA EMPRESARIAL a estar y pasar por dicha declaración a todos los efectos legales oportunos.»

CUARTO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos:

PRIMERO. - CCOO y UGT son sindicatos más representativos de ámbito estatal y USO es un sindicato de ámbito estatal. - El I Convenio colectivo del Grupo AENA, publicado en el BOE de 20-12-2011, fue suscrito por la Entidad Pública Empresarial AENA y Aena Aeropuertos, S.A, así como por CCOO, UGT y USO.

SEGUNDO. - Obran en autos y se tienen por reproducidas las actas de la CIVCA, que han tratado sobre el permiso retribuido, regulado inicialmente en el art. 83.c del IV Convenio de AENA y en el art. 81 del convenio vigente:

En la reunión de 25-05-2016 se concluyó que se podían pedir los días separadamente, siempre que se justificara suficientemente la necesidad y que el permiso se puede solicitar durante el internamiento.

En la reunión de 9-10-2010 se admitió el derecho a disfrutar permiso cuando se acompañaba a los familiares a los servicios de urgencia.

En la reunión de 23 y 24-12-2010 se conviene que la justificación adecuada, en caso de hospitalización y/o intervención quirúrgica, es aquella que acredita el ingreso hospitalario o la necesidad de atención continuada, durante el período que se solicita el permiso.

En la reunión de los días 19 y 20-11-2014, aplicando ya el convenio vigente, se reconoce el derecho a permiso retribuido tanto para acompañar al familiar al servicio de urgencias, cuanto se le somete a pruebas médicas invasivas.

En la reunión de 7-08-2015 se da la misma respuesta respecto a la necesidad de justificar la hospitalización o la necesidad de atención continuada.

En la reunión de 6 u 7-10-2015 se reitera que la justificación adecuada, en caso de hospitalización y/o intervención quirúrgica, es aquella que acredita el ingreso hospitalario o la necesidad de atención continuada, durante el período que se solicita el permiso.

En la reunión de 10 y 11-03-2016 se vuelve a admitir el derecho por acompañamiento de familiar a urgencias, así como a las pruebas invasivas. - Se reitera también la justificación para los casos de hospitalización y/o intervención quirúrgica antes dicha.

TERCERO.- La empresa demandada reconoce el permiso a los trabajadores, cuando sus pacientes han sido intervenidos quirúrgicamente y se justifica que requieren atención continuada o cuidados domiciliarios.

CUARTO.- El 30-03-2017 se intentó la mediación ante el SIMA, que concluyó sin acuerdo.

Se han cumplido las previsiones legales.»

QUINTO.- Contra dicha resolución se interpusieron recursos de casación por las respectivas representaciones de AENA, S.A. y ENAIRE, siendo admitidos a trámite por esta Sala.



SEXTO.- Impugnados los recursos por las partes personadas, se emitió informe por el Ministerio Fiscal en el sentido de considerar que ambos recursos de casación deben ser desestimados, e instruida la Excm. Sra. Magistrada Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 5 de julio de 2018, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- Por la FEDERACIÓN DE SERVICIOS A LA CIUDADANÍA DE CCOO se formula demanda de Conflicto Colectivo contra la FEDERACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS DE UGT, AENA, SA, ENAIRE ENTIDAD PÚBLICA EMPRESARIAL, y UNIÓN SINDICAL OBRERA, en la que se interesa se dicte sentencia en la que se declare que procede la concesión del permiso retribuido, previsto en el art. 81.1 del Convenio, cuando se produzca intervención quirúrgica ambulatoria - sin hospitalización - seguida de reposo domiciliario. A la demanda se adhirieron UGT y USO.

2.- La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional dictó sentencia en fecha 12 de mayo de 2017 (proc. 114/2017), por la que desestimando la excepción de inadecuación de procedimiento, alegada por las empresas codemandadas, estima la demanda de conflicto colectivo formulada, declarando que procede el permiso retribuido previsto en el convenio, cuando se produzca intervención quirúrgica - sin hospitalización - seguida de reposo domiciliario y en consecuencia condena a AENA, SA y a ENAIRE ENTIDAD PÚBLICA EMPRESARIAL a estar y pasar por dicha declaración a todos los efectos legales oportunos.

3.- Contra la referida sentencia interponen recurso de casación las Entidades AENA S.A. y ENAIRE, en los términos que oportunamente se dirá.

Los recursos son impugnados por los Sindicatos CC.OO. y UGT.

Por el Ministerio Fiscal se emitió informe interesando la desestimación de ambos motivos y la confirmación de la sentencia recurrida.

SEGUNDO.- 1.- Motivo de recurso primero que formula el Abogado del Estado en representación de la Entidad Pública ENAIRE, coincidente con el primero formulado por AENA.-

Al amparo del art. 207 b) de la LRJS , denuncia la recurrente ENAIRE la infracción de los arts. 153 y 163 de la LRJS por inadecuación de procedimiento, por estimar que el procedimiento aplicable al caso no es el de conflicto colectivo, sino el de impugnación de convenio colectivo. Alega el recurrente que cuando la pretensión no está contemplada en el convenio colectivo y se interesa su inclusión, la vía no puede ser otra que la prevista en el art. 163 de la LRJS .

Por AENA con igual amparo procesal, se denuncia la infracción del art. 153.1 LRJS , alegando que no se trata de una mera interpretación del art. 81.1.c) LRJS , sino de un intento de revocar parte de su regulación, alegando que no respeta los mínimos previstos en el art. 37.3.b) del ET .

Reiterada doctrina, compendiada en la STS 447/2017 de 18 mayo (rec. 208/2016) viene explicando que las pretensiones propias del proceso de conflicto colectivo se definen por dos elementos: 1) Uno subjetivo, integrado por la referencia a la afectación de un grupo genérico de trabajadores, "entendiendo por tal no la mera pluralidad, suma o agregado de trabajadores singularmente considerados, sino un conjunto estructurado a partir de un elemento de homogeneidad". 2) Otro objetivo, consistente en la presencia de un interés general, que es el que se actúa a través del conflicto y que se define como "un interés indivisible correspondiente al grupo en su conjunto y, por tanto, no susceptible de fraccionamiento entre sus miembros", o como "un interés que, aunque pueda ser divisible, lo es de manera refleja en sus consecuencias, que han de ser objeto de la oportuna individualización, pero no en su propia configuración general" (STS/IV de 6-6-2001, R. 1439/2000).

En el presente caso, no se cuestiona si la pretensión comporta introducir en el convenio colectivo un supuesto no regulado en el mismo, sino que comporta analizar si el art. 81.1.c) del mismo debe interpretarse o no en el sentido postulado, es decir, de que cuando las intervenciones quirúrgicas sin hospitalización requieran reposo domiciliario, el permiso del trabajador debe ser retribuido; y sin que conste por otro lado, que la CIVCA haya interpretado el precepto para excluir el permiso del convenio.

Siendo la interpretación de los convenios colectivos uno de los objetivos del proceso de conflicto colectivo, es claro que el seguido ha de estimarse adecuado (art. 153.1 LRJ), por lo que ambos motivos han de desestimarse.

2.- Motivo de recurso segundo del recurso formulado por ENAIRE, coincidente con el motivo de recurso segundo formulado por AENA.-



Con carácter subsidiario al anterior, y al amparo de lo dispuesto en el art. 207 e) de la LRJS, denuncia la recurrente ENAIRE la infracción de los arts 81.1.c) del Convenio Colectivo de AENA en relación con los arts.3.1 y 1281 del CC.

Asimismo, por AENA, con igual amparo procesal, se denuncia la interpretación incorrecta y errónea de los arts. 1281 del CC, y en concreto sobre la interpretación del art. 81.1.c) del I Convenio colectivo del Grupo AENA, y los arts. 9.8 del I Convenio colectivo de AENA y 91.4 del ET, en relación a la fuerza vinculante para las partes de las resoluciones de la CIVCA. Alega que la sentencia equipara erróneamente la expresión reposo domiciliario con atención continuada.

Entiende el recurrente que la sentencia recurrida interpreta erróneamente el art. 81.1.c) del Convenio Colectivo de AENA, porque el mismo regula un permiso distinto y perfectamente diferenciado del regulado en el art. 37.3.b) ET.

El motivo no puede prosperar, por cuanto el art. 81.1 c) del convenio colectivo en cuestión dispone su derecho en el supuesto de:

"(...) Por accidente o enfermedad graves del cónyuge o pareja de hecho y parientes hasta segundo grado de consanguinidad o afinidad, tres días, ampliables a cinco días si el trabajador tuviese necesidad de desplazarse fuera de su residencia.

La intervención quirúrgica se considerará a estos efectos como enfermedad grave, siempre que requiera internamiento del afectado o atención posterior continuada por parte del trabajador.

Estos días de permiso podrán disfrutarse de forma no consecutiva, dentro de los treinta días naturales siguientes al hecho causante y siempre que se acredite que subsiste el mismo.

Este permiso podrá disfrutarse cada vez que se produzca un nuevo hecho causante".

El precepto es claro, y si bien utiliza la disyuntiva "o" para delimitar los supuestos de internamiento y de atención posterior continuada, con lo cual, para tener derecho al permiso retribuido, basta con que la enfermedad requiera atención posterior continuada, lo cierto es que, dicha cuestión ha sido abordada por esta Sala IV/ TS en sentencia de 29 de septiembre de 2015 (rec. 292/2014) -citada por la sentencia recurrida-, a propósito del art. 37.3.b) ET, y

"... y en relación con cuyo precepto nuestra sentencia de 25-01-2011 (recud. 216/2009) señalaba que "...el artículo 37.3 del ET no es una norma de derecho necesario absoluto sino de derecho necesario relativo" y que "..... En definitiva, en virtud del principio de norma mínima, deben ser respetados todos y cada uno de los mínimos establecidos en la norma legal de derecho necesario relativo, que en nuestro caso es el artículo 37.3 del ET".

Examinado la relevancia del reposo domiciliario, relacionado con la hospitalización y/o intervención quirúrgica, esta Sala IV/TS, contenida entre otras, en la STS 5-03-2012 (rco. 57/2011), ha estableciendo los criterios siguientes:

a).- Si bien «el accidente y la enfermedad ... han de tener la suficiente entidad como para poder ser calificadas de "graves"..., en principio, la hospitalización no parece necesitar tal cualidad [ni la ley ni el convenio la mencionan] aunque, desde luego, no la excluyan» (STS 21/09/10 [rco 84/09 -]).

b).- Es un principio general de derecho que donde la norma no distingue no debe distinguir el intérprete, máxime cuando se trata de restringir derechos que la misma establece (SSTS 28/02/84 -ril- ... 30/12/07 -rcud 5046/05 -; 26/12/07 -rco 1095/07 -; 26/11/08 -rco 95/06 -; 09/12/10 -rcud 321/10 -) y «lo cierto es que la Ley y el Convenio sólo hablan de "hospitalización", sin distinguir entre las causas que la motivan, ni condicionar el disfrute de la licencia a la concurrencia de otro requisito» (STS 23/04/09 -rco 44/07 -, en interpretación del art. 38.C del Convenio Colectivo Nacional de Grandes Almacenes, con redacción básicamente igual al precepto sectorial ahora debatido).

c).- De «la literalidad del artículo 37-3-b) del Estatuto de los Trabajadores se deriva, al emplearse el nexo disyuntivo "u" ... que la Ley usa un nexo alternativo y de contraposición que indica que basta con que concurra una de esas circunstancias para que nazca el derecho, lo que no ocurriría si hubiese usado un nexo copulativo que exigiría la acumulación de requisitos. Por ello, basta con la hospitalización para que se genere el derecho a la licencia cuestionada, sin que sea precisa la enfermedad más o menos grave ... El vigente texto legal acentúa esa solución interpretativa acorde con su tenor literal, al conceder la licencia sin necesidad de hospitalización, cuando por intervención quirúrgica se precise reposo domiciliario... » (citada STS 23/04/09 -rco 44/07 -).

d).- «Es evidente que el permiso en cuestión no puede estar destinado ... a "holganza, viajes o asuntos propios" del trabajador, lo que podría constituir claros fraudes o abusos de derecho merecedores del correspondiente



reproche empresarial, pero su causa remota tampoco tiene por qué agotarse en el cuidado o atención personal, física y directa al familiar, porque la enfermedad o el ingreso hospitalario de éste puede requerir de aquél otro tipo de dedicación no directamente relacionada con la atención personal, que igualmente pueda justificar la ausencia al trabajo del primero» (de nuevo STS 21/09/10 [-rco 84/09 -]).

e).- El permiso no está previsto «para que el trabajador pueda disfrutar de tres días de asueto, retribuidos, mientras que el familiar hospitalizado ya se encuentra recuperado, o incluso trabajando. Pero aunque, ciertamente, esas situaciones no permitirían seguir haciendo uso, hasta agotarlo, del permiso cuestionado, tal consecuencia no puede ser el resultado del simple alta hospitalaria [no lo regula así el texto del convenio] sino del alta médica, que habría hecho desaparecer la razón última del permiso, justificado por la situación patológica del familiar» (la tan referida STS 21/09/10 [-rco 84/09 -]).

f).- Una elemental interpretación finalística del precepto sitúa la solución del problema -como apunta el Ministerio Fiscal- en la necesidad de atención y cuidados del paciente, por lo que «el permiso por hospitalización de pariente ... ha de ser concedido, cuando concurren el resto de los elementos que configuran tal derecho, "con independencia de que dicho familiar siga o no hospitalizado", es decir, sin que el simple parte de alta hospitalaria conlleve de forma automática la extinción o finalización del permiso, máxime cuando el propio precepto reconoce ese mismo beneficio en los supuestos [perfectamente posibles y parangonables con los del mero alta hospitalaria] en los que, tras una intervención quirúrgica sin hospitalización, el familiar del trabajador únicamente precise reposo domiciliario» (una vez más, STS 21/09/10 [-rco 84/09 -]). Y

g).- La conclusión se refuerza si se tiene en cuenta que usualmente -la experiencia así lo demuestra- el alta hospitalaria no va acompañada el alta médica ni siquiera en los supuestos de cirugía «menor», sino que casi siempre es dada con la recomendación facultativa -expresada o no documentalmente- de que la atención sanitaria recibida vaya seguida de un periodo de reposo, que si es domiciliario de por sí constituye causa independiente del permiso retribuido de que tratamos, por lo que -de no seguirse la tesis que mantenemos- pudiera llegarse a la posible contradicción consistente en que un mismo hecho -el reposo domiciliario- constituyese a la vez causa justificativa del permiso retribuido [si no va precedida de hospitalización] o de la extinción del mismo [si sigue al alta hospitalaria]. Aparte de que no se nos ocultan las dificultades de orden práctico que se producirían para acreditar -por el beneficiario del permiso- la persistencia de la gravedad del proceso pese al alta hospitalaria emitida, lo que nos invita a considerar más oportuno presumir la persistencia de los requisitos del permiso -gravedad/reposo domiciliario- si el alta hospitalaria no va acompañada de la correspondiente alta médica.".

Ello nos lleva a entender, de acuerdo con la referida doctrina, que el "reposo domiciliario" está relacionado directamente con la intervención quirúrgica sufrida por el familiar y su finalidad no está referida únicamente a eximir de trabajo al paciente, sino también a la necesidad de que repose en casa, lo cual deduce la referida sentencia incluso del Diccionario de la RAE, que comporta descansar, interrumpir la actividad para recuperarse, lo que se predica lógicamente del trabajo y también de las actividades que se realicen en el domicilio o fuera de él, como limpiar, hacer la compra, cocinar, así como cualquiera otra que pudiera ser incompatible con la recuperación. Consiguientemente, el presupuesto, para que el reposo domiciliario sea efectivo, es que el paciente cuente con la atención de terceros, en este caso del trabajador, siendo esa la razón de ser del permiso retribuido.

Por otro lado, no puede obviarse la doctrina constante de esta Sala IV/TS en materia de interpretación de convenios colectivos, en cuyo esclarecimiento se combinan las reglas de interpretación de las normas con las de la interpretación de los contratos, atribuyéndose un amplio margen de apreciación a los Órganos jurisdiccionales de instancia ante los que se ha desarrollado la actividad probatoria.

Por las razones expuestas ambos motivos han de desestimarse.

3.- Motivo tercero del recurso que formula la entidad AENA.-

Al amparo del art. 207 e) de la LRJS denuncia el recurrente la infracción de lo dispuesto en el art. 81.1.c) del Convenio Colectivo del Grupo AENA .

Este motivo está íntimamente ligado al anterior, al que nos remitimos, y ha de ser igualmente desestimado.

4.- Motivo cuarto del recurso que formula AENA.-

Con igual amparo procesal, denuncia el recurrente la infracción del art. 3.3 del ET al entender que la sentencia reinterpreta la norma convencional incorporando en la misma la regulación del ET combinando ambas regulaciones.

Este último motivo merece igual suerte desestimatoria, por cuanto queda dicho, pues de admitirse tal afirmación se habría estimado el primero de los motivos de recurso, y no ha sido así por las razones expuestas.



Y además por cuanto la solución de instancia, como refiere el Ministerio Fiscal en su informe es acorde con la doctrina de esta Sala IV/ TS, contenida entre otras, en la sentencia de fecha 16 de abril de 2014 (rec. 183/2013), en cuanto señala que : siendo también el art. 34.2 ET , como el 37.3, una disposición de derecho necesario relativo en cuanto contempla que "el trabajador deberá conocer con un preaviso mínimo de cinco días el día y la hora de la prestación resultante" de la distribución irregular a lo largo del año del 10% de la jornada de trabajo (norma imperativa "hacia abajo" y dispositiva "hacia arriba", es decir, lo que la doctrina ha calificado como principio de norma mínima), la consecuente operación jurídica, según ya expusimos en nuestro citado precedente, " *consiste en un proceso de depuración de la norma convencional, eliminando de ella, uno por uno, todos los aspectos que no respeten los mínimos establecidos en la norma legal de derecho necesario relativo que ha establecido dichos mínimos* ". " *Por eso, a diferencia de lo que ocurre cuando lo que aplicamos es el principio de norma más favorable (de acuerdo con el último inciso del artículo 3.3 del ET), para aplicar el principio de norma mínima no procede, en absoluto, la comparación global [o la compensación de los derechos o ventajas] entre la norma legal que contiene esos mínimos - [en nuestro caso, el artículo 34.2 del ET] - con la norma convencional que regula los diferentes aspectos concernidos por esos mínimos*".

TERCERO.- Por cuanto antecede, procede la desestimación de ambos recursos, y la confirmación de la sentencia recurrida, de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal. Sin costas (art. 235 LRJS).

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido :

1º.- Desestimar los recursos de casación interpuestos por la representación de AENA, S.A. y ENAIRE, Entidad Pública Empresarial, contra la sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de 12 de mayo de 2017, dictada en el procedimiento de Conflicto Colectivo núm. 114/2017, seguido a instancias de la FEDERACIÓN DE SERVICIOS A LA CIUDADANIA DE COMISIONES OBRERAS (FSC-CCOO) frente a AENA, S.A. y ENAIRE, Entidad Pública Empresarial, FSP-UGT y USO.

2º.- Confirmar la sentencia recurrida.

3º.- Sin imposición de costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.