Lan Harremanak, 2024, 52
https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.27057
Edición *In Press* argitalpena

Lan Harremanak
REVISTA DE RELACIONES LABORALES

ISSN: 1575-7048 / e-ISSN: 2444-5819

Los permisos retribuidos tras el RDl 5/2023: cuestiones pendientes y nuevos desafíos interpretativos

Paid leave after Royal Decree-Law 5/2023: Pending issues and new interpretative challenge

JOSÉ ANTONIO RUEDA MONROY

Universidad de Málaga, España

Resumen:

En el presente artículo se examina el régimen jurídico de los permisos retribuidos que se deriva de la reforma implementada por el Real Decreto-ley 5/2023. Tras una aproximación a las notas características de esta institución clásica, se desciende a las novedades normativas, las cuales consisten principalmente en una ampliación subjetiva y material de estos derechos. Posteriormente, se exponen las incertidumbres interpretativas de la actual regulación, algunas preexistentes y otras nuevas, particularmente en torno a la justificación y acreditación de los permisos y de los vínculos subjetivos que los originan, así como en las ambigüedades del nuevo permiso por "fuerza mayor familiar". Se subraya la necesidad de que la negociación colectiva y un desarrollo reglamentario aclaren estas lagunas interpretativas, a fin de mitigar la previsible intensificación de la conflictividad laboral. El análisis se basa en la revisión de bibliografía especializada y jurisprudencia relevante sobre la materia, revelando ambas los desafíos prácticos en la aplicación de estos derechos.

Palabras clave: Convivientes, fuerza mayor familiar, parejas de hecho, permisos retribuidos, RDl 5/2023.

Abstract:

This article examines the legal framework governing paid leave under the reform introduced by Royal Decree-Law 5/2023. Following an overview of the defining features of this traditional institution, the discussion turns to the recent legislative changes, which primarily expand the subjective and material scope of these leave rights. The article then addresses interpretative uncertainties within the current regulation, some of which are longstanding and others newly emerging, particularly concerning the justification and substantiation of leave entitlements and subjective relationships, as well as ambiguities surrounding the new "family force majeure" leave. The need for collective bargaining and regulatory development to clarify these interpretative gaps is emphasized, in order to mitigate the foreseeable increase in labor disputes. This analysis is based on a review

Correspondencia a: José Antonio Rueda Monroy
Email: ruedamonroy@uma.es – ORCID: https://orcid.org/0000-0001-8716-040X
Recibido: 07-11-2024; aceptado: 27-11-2024.
ISSN 1575-7048 - eISSN 2444-5819 / © 2021 UPV/EHU
2021 CC BY Autor/a o Autores/as y UPV/EHU Press

of specialized literature and relevant case law, highlighting the practical challenges involved in implementing these rights.

Keywords: Cohabitants, family force majeure, domestic partnerships, paid leave, Royal Decree-Law 5/2023.

Laburpena:

Artikulu honetan, 5/2023 Errege Lege Dekretuak ezarritako erreformaren ondoriozko ordaindutako baimenen araubide juridikoa aztertzen da. Erakunde klasiko honen ezaugarrietara hurbildu ondoren, araudien berritasunetara jaisten da, nagusiki eskubide horien hedapen subjektibo eta materialean dautzanak. Ondoren, egungo erregulazioa interpretatzeko ziurgabetasunak azaltzen dira, batzuk lehendik zeudenak eta beste batzuk berriak, bereziki baimenen justifikazioari eta egiaztapenari buruzkoak eta horiek eragiten dituzten lotura subjektiboei buruzkoak, bai eta baimen berriaren anbiguotasunei buruzkoak ere, "ezinbesteko familiarrengatik". Negoziazio kolektiboak eta erregelamendu bidezko garapenak interpretazio-hutsune horiek argitu behar dituztela azpimarratu da, lan-gatazkak areagotu daitezkeela aurreikusteko. Azterketa bibliografia espezializatuaren eta gaiari buruzko jurisprudentzia garrantzitsuaren berrikuspenean oinarritzen da, eta biek agerian uzten dituzte eskubide horiek aplikatzeko erronka praktikoak.

Hitz gakoak: Bizikideak, ezinbesteko familiarrak, izatezko bikoteak, ordaindutako baimenak, 5/2023 Errege Dekretua.

1. Introducción

El régimen de licencias o permisos retribuidos constituye un pilar esencial dentro del concepto jurídico y multidimensional del tiempo de trabajo[1]. Los derechos de ausencia incardinados en esta figura tienen un impacto innegable en la relación laboral, constituyendo una de las derivadas claves del tiempo de trabajo al garantizar a las personas trabajadoras el ejercicio de determinados derechos y deberes fuera el ámbito productivo. Como a continuación se analiza, dichos derechos facultan a las personas trabajadoras para ausentarse de su puesto de trabajo en situaciones concretas sin sufrir detrimento económico alguno, pues es el empleador quien asume la obligación de seguir retribuyendo una prestación que no se produce.

Cabe señalar, además, que estos permisos, desde su incorporación al Estatuto de los Trabajadores de 1980 han permanecido prácticamente inalterados, tanto en número como en extensión[2]. No obstante, es posible identificar una expansión de los permisos vinculados a la conciliación, los cuidados y las obligaciones familiares, impulsada

[1] Ya en la Ley de Contrato de Trabajo de 1944 se incluía el concepto de permiso retribuido (art. 35) para contemplar un permiso de siete días ininterrumpido. El art. 67 preveía un derecho de faltar al trabajo con percibo de los salarios, más cercano a lo que hoy conocemos como permiso retribuido.

[2] El artículo 37.3 TRET contaba en 1980 con 5 letras y en la actualidad con 6. Si bien es cierto que en cada uno de los supuestos contemplados se han ido incorporando ciertas ampliaciones y matices y que no solo es el único pasaje del Estatuto en el que se incluyen permisos retribuidos, no se puede decir que estemos ante una materia en la que se suceden los cambios legislativos.

principalmente por normativa comunitaria, como se detalla más adelante. A pesar de su limitada evolución, esta materia sigue siendo fuente de una notable conflictividad y plantea dificultades prácticas significativa de diversa índole, sin que con el paso del tiempo se haya logrado depurar su regulación en los aspectos más problemáticos[3].

Una de las reformas más trascendentes en esta materia es reciente y se implementó mediante el *Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad; de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles y conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores; y de ejecución y cumplimiento del Derecho de la Unión Europea* (RDl 5/2023, en adelante). Esta norma, en el marco de la trasposición de Directivas de la Unión Europea, aborda, entre otros aspectos, la conciliación de la vida familiar y profesional de progenitores y cuidadores. En lo que respecta a los permisos retribuidos, modifica el artículo 37.3 TRET en el siguiente sentido: alterando su párrafo introductorio; modificando las letras a) y b); añadiendo una nueva letra b bis); modificando los apartados 4 y 6; y añadiendo al precepto un nuevo apartado número 9. Esta disposición, que ha sido tildada como una norma "escoba" (De la Flor Fernández, 2023: 41) por aprobar una amalgama de disposiciones pendientes tras la sorpresiva convocatoria electoral del año anterior, pretende adaptar nuestro ordenamiento a diversas disposiciones comunitarias, entre ellas la *Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo*, la cual ha sido ampliamente abordada por la doctrina *iuslaboralista* desde su publicación y hasta nuestros días[4].

A más de un año de la entrada en vigor de estas modificaciones, persisten numerosos interrogantes en cuanto a la aplicación práctica de los permisos. A los problemas interpretativos que ya arrastraba la norma se suman otros nuevos, derivados de aspectos como la ambigüedad de ciertos conceptos, la acreditación de las situaciones protegidas y la exigencia de su justificación, lo que genera situaciones complejas de seguridad jurídica.

El presente trabajo se centra en el análisis jurídico de las modificaciones introducidas en el régimen de permisos retribuidos y su impacto tras un año de vigencia, identificando los problemas derivados de su implementación. Esta propuesta se materializa mediante el análisis documental y del estudio jurisprudencial, efectuándose una revisión tanto de estudios doctrinales relevantes como de las sentencias dictadas por los distintos tribunales con alcance en nuestro país, lo cual permite evaluar la evolución de la normativa y su interpretación a lo largo del tiempo. En consecuencia, el presente se estructura en tres apartados principales, además de esta introducción. A continuación, en un segundo apartado, se abordan los elementos esenciales de los permisos, su naturaleza y el marco normativo aplicable. En el tercer apartado, se analiza en profundidad los

[3] Sobre los numerosos pronunciamientos de los tribunales en la materia, Martínez Yáñez (2020).
[4] Véase, por todos, el análisis del profesor Cabeza Pereiro (2020).

cambios normativos reciente y se esbozan los principales problemas jurídicos detectados. El cuarto apartado se destina al análisis crítico del régimen vigente, a partir de los déficits señalados en el apartado anterior y de las líneas jurisprudenciales existentes sobre la materia. Finalmente, se presentan las conclusiones del estudio.

2. Los permisos retribuidos: naturaleza y marco jurídico

2.1. Una aproximación a la naturaleza de los permisos retribuidos

En el transcurso de la relación laboral, la prestación de los servicios puede verse interrumpida por muy diversas circunstancias. Algunas de estas interrupciones son impuestas *ex lege* y responden a necesidades de protección de la seguridad y salud en el trabajo. Así, la normativa laboral impone límites temporales absolutos y relativos a las jornadas de trabajo que impide que la prestación se alargue más de unos topes en cómputo diario, semanal o anual, además de imponer descansos mínimos en diferentes intervalos. Pero también existen otros ceses temporales de la actividad cuya justificación responde a una función socioeconómica distinta a la protección de la salud de la persona trabajadora. En este sentido, los permisos retribuidos constituyen la figura legal mediante la cual se garantiza el derecho de la persona trabajadora a atender determinados deberes y derechos fuera del ámbito productivo, sin detrimento económico alguno.

Como punto de partida, es necesario destacar la reciprocidad de obligaciones inherente al contrato de trabajo y entre las partes que lo suscriben. Este contrato se configura como un negocio jurídico sinalagmático, donde la obligación principal de la de la persona trabajadora es la prestación del trabajo, y la del empleador, la retribución. En consecuencia, el disfrute de los permisos retribuidos representa una auténtica excepción a esta reciprocidad ya que faculta a la persona trabajadora para interrumpir temporalmente su prestación sin que ello exonere al empleador de su obligación. Exención que se encuentra justificada, como se ha dicho, en la política social y en la protección de ciertos derechos y deberes de las personas trabajadoras.

En consideración de lo apenas mentado, conviene fijar las características de este tipo de ausencia para deslindarla de otras figuras afines y centrar las miras en la que aquí nos ocupa.

2.1.1. Conllevan la interrupción de la prestación laboral pero no la obligación empresarial de remunerar: permiso vs. suspensión

Para comprender la naturaleza de los permisos retribuidos, es esencial distinguir entre la suspensión del contrato de trabajo y la interrupción de la prestación laboral. Un primer acercamiento a estas instituciones permite evidenciar diferencias relacionadas con las obligaciones reciprocas de las partes de la relación laboral. La suspensión, tal y como se contempla en el artículo 45 TRET, exonera a ambas partes de sus obligaciones recíprocas: la persona trabajadora deja de prestar sus servicios y la empleadora no está obligada a remunerar dicho período. Por el contrario, como se ha dicho, los permisos retribuidos constituyen una interrupción temporal en la prestación de servicios que no exime al empleador de su obligación de retribuir. Si bien este binomio plantea aun dificultades si se piensa en algunos supuestos de cese productivo en los que la persona trabajadora sigue percibiendo ciertos emolumentos entre los que se incluyen la

incapacidad temporal, el nacimiento de un hijo o la suspensión por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (arts. 45.c, 45.d y 47 TRET, respectivamente). Empero, en estos supuestos, aunque persista una obligación económica en favor del trabajador, ésta proviene de las prestaciones de Seguridad Social, y no de una retribución empresarial conforme al artículo 26 TRET. Pese a que estos últimos tienen también una clara vocación socioeconómica, estamos ante instituciones y supuestos a los que la Ley le ha dado un tratamiento distinto y separado (Sánchez Trigueros, 1998: 26-28).

En cuanto a la retribución de los permisos retribuidos, asumiendo que se trata de una cuestión controvertida, consideramos aplicable al respecto la doctrina existente en lo relativo a la remuneración del periodo vacacional, lo que implica que la persona trabajadora haya de recibir durante el tiempo de ausencia la renta habitual que venía percibiéndose por la prestación de los servicios, es decir, la remuneración normal o media obtenida en un periodo de actividad[5].

2.1.2. Tienen una finalidad socioeconómica distinta a la protección de la salud o a la seguridad en el trabajo: permiso vs. límites de jornada y descansos

La primera linde trazada que diferencia interrupción y suspensión no evita la confusión entre los permisos retribuidos y los antes mencionados límites de jornadas y descansos obligatorios. En efecto, ambos conllevan la paralización en la obligación principal de trabajar, pero no así en la de remunerar, puesto que los tiempos de descansos también son periodos retribuidos *ex* art. 26 TRET.

La diferenciación entre una y otra figura la encontramos en su finalidad. Mientras que los descansos y límites de jornada responden a una necesidad de protección de la seguridad y salud en el trabajo, los permisos retribuidos están destinados a concretas finalidades que quedan conectadas al tiempo de paralización de los servicios a través de un supuesto típico previsto en la norma. Resulta por tanto clave el conocimiento de las finalidades perseguidas por la norma para profundizar en el análisis puesto que ello tiene repercusión tanto en el inicio del permiso como en su duración. Los permisos retribuidos se encuentran anudados a la causa que los provoca[6]. Son permisos finalistas orientados a

[5] Respecto a las vacaciones así lo establece el artículo 7.1 del *Convenio de la OIT núm. 132, de 24 de junio de 1970, relativo a las vacaciones anuales pagadas*. En relación con los permisos no es un tema del todo resuelto por nuestros tribunales. Resulta muy ilustrativa la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 815/2019, de 3 de diciembre de 2019 (Núm. Rec. 141/2018) en la que analiza la cuestión partiendo del derecho a la autonomía colectiva sobre el régimen de retribución y sus posibles límites, entendiendo que nuestra legislación contempla un derecho de mínimos al abono de todos los conceptos que se hubieren devengado en el caso de haberse prestado los servicios, pero haciendo un distingo en función de la finalidad del permiso (y su posible vinculación con la vulneración de derechos fundamentales o discriminación), excluyendo de esta regla de mínimos a determinados permisos. Con todo, a esta exclusión se opone el Magistrado Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro, quien emite un voto particular al que se adhiere la Magistrada Excma. Sra. Dª Rosa María Virolès Piñol en el que se concluye lo siguiente: «No es necesario que estemos ante licencias vinculadas al ejercicio de derechos fundamentales para que la ausencia al trabajo se compense en los mismos términos que cuando se desarrolla efectivamente. Por razones distintas a las que anidan en el derecho a vacaciones, pero también en estos casos debe defenderse que subsiste el derecho a percibir las retribuciones que ordinariamente vienen devengando quienes disfrutan del permiso». Sobre la inclusión de complementos salariales véase la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 2088/2012 de 6 de marzo de 2012 (Núm. Rec. 80/2011) y, más reciénteme, la Sentencia del Tribunal Supremo, núm. 645/2021, de 23 de junio de 2021 (Núm. Rec. 161/2019) en la que se aprecia discriminación por razón de sexo por el no abono en estos periodos de los pluses de idiomas, festivos/domingos y nocturnidad.

[6] Sentencia del Tribunal Supremos núm. 257/2020, de 17 de marzo de 2020 (Núm. Rec. 193/2018).

la atención de unas necesidades u obligaciones concretas de la persona trabajadora «que requieren de su asistencia personal», encontrándose «indisociablemente ligados al tiempo de trabajo como tal» por lo que ni procede su ejercicio en periodos de descanso, sino que deben disfrutarse en días laborables[7], ni lo podemos considerar como un tiempo de libre disposición para el trabajador: «estas situaciones no son identificables a los tiempos de descanso o a las vacaciones que constituyen tiempo de libre disposición para el trabajador durante los cuales puede desarrollar actividades absolutamente ajenas al trabajo y que tienen su razón de ser en el derecho al descanso que resulta ser consustancial a la propia actividad laboral[8]». Ello implica que su utilización queda sujeta a la justificación de la causa y a su control –con ciertos límites– por parte del empleador, tal y como se analiza a lo largo del presente.

Sin poder adentrarnos demasiado en la cuestión específica de la finalidad, que se extralimita del objeto del presente estudio, se realiza una propuesta de clasificación de los distintos permisos retribuidos que, si bien no proporciona demasiada utilidad práctica en la medida en que no tiene influencia en su régimen jurídico, sí ofrece una perspectiva valiosa para reconocer las razones de política social que subyacen en su configuración.

A) Motivos relacionados con la esfera privada de la persona.

- Que protegen estados de necesidad concretos vinculados con el empleo y su promoción: para concurrir a exámenes (art. 23.1 TRET), para la búsqueda de empleo en el período de preaviso en un despido objetivo (art. 53.1 TRET) y para la formación profesional (art. 23.3 TRET[9])[10].

[7] En la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 junio de 2020 (C-588/18, asunto Fetico) se sostiene lo propio en los siguientes términos: «en la medida en que únicamente tienen por objeto permitir a los trabajadores ausentarse del trabajo para atender a ciertas necesidades u obligaciones determinadas que requieren de su asistencia personal, los permisos retribuidos están indisociablemente ligados al tiempo de trabajo como tal, de modo que los trabajadores no pueden reclamarlos en períodos de descanso semanal o de vacaciones anuales retribuidas».). Los tribunales internos también han reiterado esta característica. Así, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 6 de julio de 2020, núm. 47/2020 (Núm. Rec. 113/2018) ha dictaminado lo siguiente: «El permiso sólo tiene sentido si se proyecta sobre un período de tiempo en el que existe obligación de trabajar, pues -de lo contrario- carecería de sentido que su principal efecto fuese "ausentarse del trabajo"; en consecuencia, lo normal es que los permisos se refieran a días laborables, salvo previsión normativa en contrario». Más recientemente la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 41/2021, de 14 enero de 2021 (Núm. Rec. 3962/2018) y la Sentencia de la Audiencia Nacional de 25 de enero de 2024, núm. 9/2024, de 25 de enero de 2024 (rec n.º 275/2023).

[8] Sentencia del Tribunal Supremo núm. 257/2022, de 17 de marzo 2020 (Núm. Rec. 193/2018).

[9] Encontrándose ligado al *Convenio OIT sobre la licencia pagada de estudios de 1974 (núm. 140)*.

[10] Téngase presente que estas finalidades se encuentran ligadas a intereses públicos, entroncando directamente con el art- 40.1 CE. En este último supuesto, por ejemplo, al pretender la reincorporación inminente de la persona trabajadora que va a ser despedida a un nuevo empleo y procurando "una política orientada al pleno empleo".

- Por razones de conveniencia[11]: el matrimonio, registro o constitución de pareja de hecho (arts. 37.3a TRET y 48l TREBEP), el traslado del domicilio (arts. 37.3c TRET y 48b TREBEP[12]) y los asuntos particulares (48k TREBEP[13]).

B) Motivos relacionados con la atención de deberes familiares y de cuidados.

- Por necesidad de asistencia o cuidados a familiares o convivientes (por accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica con reposo *ex* arts. 37.3b TRET y 48a TREBEP).

- Relacionados con el nacimiento o acogimiento: nacimiento prematuro o hospitalización posparto (arts. 37.5 TRET y 48g TREBEP), exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto y asistencia a las preceptivas sesiones de información y preparación e informes de idoneidad (arts. 37.3f TRET y 48e TREBEP) y lactancia (arts. 37.4 TRET y 48f TREBEP).

- Por fuerza mayor (art. 37.9 TRET).

C) Motivos de interés público.

- Para el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público y personal (arts. 37.3d TRET[14] y 48j TREBEP)

- Para realizar funciones sindicales o de representación del personal (arts. 37.3e TRET y 48c TREBEP).

Como se viene diciendo, la inclusión de tales supuestos en la normativa responde a una clara finalidad de política social, al garantizar que las personas trabajadoras puedan atender estas necesidades personales, familiares, sociales o cívicas[15] sin sufrir un detrimento o perjuicio económico[16]. Pero esta excepción a los principios básicos del

[11] Se le dota de este nombre puesto que, a diferencia de los anteriormente señalados, no responden a concretas circunstancias sobrevenidas que exigen atención del trabajador, sino que se contemplan por razones –más bien– de conveniencia. Acogemos el término de la profesora Sánchez Trigueros (1998: 73), que respecto a los permisos de matrimonio manifiesta que la decisión de no simultanear la actividad laboral en las fechas próximas al evento «arranca más del terreno de la conveniencia que del de la exigencia».

[12] Merece ser mencionado en este apartado también, con la misma finalidad, el artículo 40.6 TRET que prevé en caso de desplazamientos temporales "un permiso de cuatro días laborables en su domicilio de origen por cada tres meses", sin que a estos efectos computen "como tales los de viaje, cuyos gastos correrán a cargo del empresario". Sin bien este último no se podría incluir con los que hemos denominado como "por razones de conveniencia" en la medida en que no es una situación elegida por la persona trabajadora.

[13] Si bien no tiene acogida en nuestro TRET sí tiene una alta incidencia en los convenios colectivos. Dispone de previsión expresa en la norma legal básica que regula el empleo público en el artículo 48 k) TREBEP y la disposición adicional decimotercera del mismo cuerpo legislativo. Estamos ante un permiso retribuido especial, ya que no precisa de ningún hecho desencadenante y, como ha admitido la doctrina científica y jurisprudencial, es causal.

[14] No obstante, en este caso se ha de tener presente en cuanto a la retribución que, según el propio precepto, si por tal cumplimiento se percibe indemnización esta se descontará del salario al que tuviera derecho la persona trabajadora.

[15] Esta diferenciación en cuatro esferas se extrae de Martínez Jiménez (2022: 364). Con todo, estamos ante un debate abierto. Por ejemplo, en los últimos meses se viene debatiendo sobre la necesidad de incluir este tipo de permisos para la atención de las necesidades de las mascotas. Entre otros, Cremades Chueca (2024) o, sobre la inclusión de este tipo de permisos en la negociación colectiva, Muñoz Ruiz (2024).

[16] En otro sentido se puede afirmar que la falta de previsión de tales supuestos podría perjudicar a las finalidades pretendidas puesto que, salvo que fueran atendidas por el trabajador sin contraprestación alguna, no se incentivaría la dedicación por su parte.

contrato comporta que sea el empleador el sujeto que tiene que cargar con esa función socioeconómica antes aludida mediante el abono íntegro del salario y de las cotizaciones a las Seguridad Social: «Diríase que la empresa asume un riesgo al que es ajena (pues la interrupción trae su origen de eventos que imposibilitan o tornan gravoso el cumplimiento de la obligación de trabajar a quien la asumió), quizá por la ocasionalidad, excepcionalidad o breve duración de la mayoría de circunstancias que dan derecho al disfrute del permiso» (Sánchez Trigueros, 2020: 210). Es por ello por lo que, resulta difícil conjugar o guardar la adecuada proporción entre el reconocimiento de estos derechos con las necesidades operativas de las empresas que, dicho sea de paso, será distinta en función de muchas otras variables, como tamaño, facturación, estructura, etc.

En este punto se pueden fijar las principales características de los permisos retribuidos. Estamos ante un derecho de la persona trabajadora[17] que la exonera de su obligación de trabajar por el cumplimiento de un supuesto típico vinculado a una función socioeconómica, mientras se mantiene la obligación empresarial de retribución y de cotizar a la seguridad social. La imprevisibilidad de estos permisos debido a que están vinculados al acaecimiento del hecho típico puede ser reconocida como otra de sus características, sin que esta forme «parte de su esencia», ya que no siempre se dará esta circunstancia, como sucede en los asuntos particulares, en general, en los calificados como "por razones de conveniencia", o en otros que se devenguen de situaciones periódicas, como la celebraciones de Pleno de una Corporación municipal que se realiza el último viernes de cada mes (Sánchez Trigueros, 1998: 29). En cualquier caso, estas cuestiones, junto con la frecuencia de su ejercicio, representan aspectos críticos para la gestión empresarial y la aplicación práctica de estos derechos, subrayando la necesidad de un equilibrio entre las garantías de los trabajadores y la viabilidad económica y operativa de las empresas.

2.2. Marco normativo y protección

El tiempo de trabajo en general y su regulación ha tenido un papel principal en las instituciones internacionales con competencias en el mundo del trabajo. Ello contrasta con la normativa internacional y supranacional relacionada con los permisos retribuidos que es mucho más limitada. Desde sus orígenes, el movimiento obrero ha tenido como una de sus demandas principales la reducción del tiempo de trabajo, siendo muestra de ello el primer *Convenio de la OIT (núm. 1) de 1919 sobre las horas de trabajo en la industria*. Sin embargo, cuando se trata de interrupciones del tiempo de trabajo, el marco jurídico internacional apenas se limita a la protección de derechos básicos, como el descanso mínimo (entre otros, los Convenios 14 y 106 OIT) y las vacaciones anuales (*Convenio 132 OIT sobre las vacaciones pagadas de 1970*, que establece el derecho a una licencia anual, remunerada, de un mínimo de tres semanas por un año de servicios). Las normas internacionales que se ocupan de interrupciones no vinculadas al descanso son simbólicas. Ejemplo de estas es el *Convenio de la OIT (núm. 140) sobre la licencia pagada de estudios de 1974* que fue ratificado por España en 1978[18]. También se

[17] Vinculado, por tanto, al principio de irrenunciabilidad del art. 3.5 TRET.

[18] Otro ejemplo, aunque no está ratificado por nuestro país, es el *Convenio OIT (núm. 183) sobre la protección de la maternidad, del año 2000*, que establece en su artículo 10.1 que «la mujer tiene derecho a una o varias interrupciones por día o a una reducción diaria del tiempo de trabajo para la lactancia de su hijo» y en su apartado siguiente que «estas interrupciones o la reducción diaria del tiempo de trabajo deben

encuentran muestras de disposiciones sin fuerza normativa, como la *Recomendación OIT (núm. 165) OIT los trabajadores con responsabilidades familiares de 1981* en la que se incluyen licencias especiales para atender circunstancias concretas, como la enfermedad de familiares o la licencia parental.

En la Unión Europea, la protección del tiempo de trabajo se ha desarrollado principalmente mediante Directivas en materia de seguridad y salud, estableciendo estándares mínimos «en lo que se refiere a los períodos de descanso diario, de pausas, de descanso semanal, a la duración máxima de trabajo semanal, a las vacaciones anuales y a aspectos del trabajo nocturno, del trabajo por turnos y del ritmo de trabajo[19]». Lo propio se puede extrapolar al Consejo de Europa y a las menciones al respecto se acogen en la Carta Social Europea[20]. Con todo, la normativa comunitaria ha avanzado considerablemente en políticas de conciliación de la vida familiar y profesional que han auspiciado la aparición de permisos específicos con derecho a salario. El ejemplo más significativo es la ya mentada *Directiva (UE) 2019/1158.*

La limitada atención de la normativa internacional y supranacional hacia los permisos retribuidos no impide que los ordenamientos nacionales otorguen a los trabajadores, en mayor o menor medida, este tipo de licencias para atender situaciones análogas a las previstas en la legislación española. Como se ha tenido la ocasión de comprobar, nuestra norma laboral básica concentra la mayoría de este tipo de permisos en el artículo 37.3 TRET, aunque pueden encontrarse en otros preceptos estatutarios. Por su parte, en el ámbito del empleo público es el artículo 48 TREBEP el que se ocupa con carácter principal de esta institución.

En relación con el régimen laboral, estas normas han de ser reconocidas como de derecho necesario relativo, de forma que constituyen un derecho de mínimos que puede ser mejorado a través de la negociación colectiva, según lo dispuesto en el artículo 3.1 TRET. Cabe señalar en este sentido que, en el caso de los permisos retribuidos, la regla de la norma más favorable (artículo 3.3 TRET) puede generar conflictos interpretativos. La concurrencia de normas colectivas y disposiciones legales que presentan en su conjunto muchas variaciones atendiendo a la amplia gama de situaciones que protegen han suscitado controversias en la práctica laboral, especialmente en torno a la posibilidad de aplicar criterios más favorables de manera fragmentada o, dicho en otras palabras, el "espigueo normativo". Lo propio también surge de la confrontación del TRET con los convenios colectivos y con el régimen previsto en el TREBEP para los empleados públicos (que podría considerarse como más favorable). Pues bien, nuestros tribunales han descartado la validez de la técnica del espigueo en relación con cada permiso concreto[21]. Consecuencia directa de ello es que recientemente haya dictaminado la

contabilizarse como tiempo de trabajo y remunerarse en consecuencia». Sí se encuentra ratificado sobre la misma materia el *Convenio OIT (núm. 103) de 1952 el (núm. 3) de 1919.*

[19] Preámbulo de la *Directiva 2003/88/ce del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de noviembre de 2003 relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo*.

[20] La versión revisada del año 1996, que fue ratificada por España en el 2021, alude al horario, a los festivos, a las vacaciones, al descanso semanal o al propio trabajo nocturno (art. 2).

[21] Por todas, la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 enero 2011 (Núm. Rec. 1680/2010) en la que determina que «el Convenio constituye un conglomerado de derechos y obligaciones de los trabajadores que admiten ser regulados de distintas formas, salvo los que sean indisponibles o de derecho necesario absoluto -tal y como antes se razonó- lo que no es el caso, pues los permisos que hayan de disfrutar los

Audiencia Nacional que no constituye una modificación sustancial de las condiciones de trabajo la modificación, por parte de la empresa, de un acuerdo sobre permisos retribuidos que acoge el tenor literal del RDl 5/2023, dado que este resulta en líneas generales más beneficioso este para las personas trabajadoras y se aplica en virtud del principio de jerarquía normativa[22].

En términos de protección y garantías es importante destacar que una denegación injustificada del derecho a estos permisos puede vulnerar derechos constitucionales. Se ha de prestar especial atención a las distintas situaciones protegidas o finalidades normativa. En este sentido, la protección de la familia está garantizada en el artículo 39CE, que asegura su protección social, económica y jurídica, lo cual se relaciona directamente con permisos como los relativos a la lactancia o al cuidado de familiares en caso de enfermedad grave (que también tiene vínculos estrechos con el derecho a la no discriminación *ex* art. 14 CE como se verá). Por otro lado, el artículo 28.1 CE garantiza la libertad sindical, en cuyo ámbito se incluyen permisos como el crédito horario para la representación de los trabajadores. Así, la negativa a conceder estos permisos puede constituir una vulneración de derechos fundamentales, lo que, conforme a la doctrina del Tribunal Supremo, daría lugar a una indemnización compensatoria por daños morales, además de la indemnización por el perjuicio derivado del retraso o la inefectividad de los derechos reconocidos[23].

Por último, téngase presente que en el marco de la legislación ordinaria la infracción de las normas sobre permisos retribuidos se considera infracción grave (art. 7.5 de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social) tipificándose como tal «la transgresión de las normas y los límites legales o pactados en materia de jornada, trabajo nocturno, horas extraordinarias, horas complementarias, descansos, vacaciones, permisos, registro de jornada y, en general, el tiempo de trabajo a que se refieren los artículos 12, 23 y 34 a 38 del Estatuto de los Trabajadores».

3. Los últimos cambios en la configuración legal de los permisos retribuidos: una adaptación normativa a los tiempos que corren

El RDl 5/2023 ha introducido modificaciones concretas pero sustanciales en la regulación de permisos retribuidos en el ordenamiento español. Esta reforma merece un análisis detallado para, en un apartado posterior, profundizar en sus implicaciones prácticas. Conforme a la exposición de motivos de la propia norma, la reforma obedece en gran medida a la transposición de la Directiva 2019/1158, cuyo objetivo principal es reforzar la conciliación de responsabilidades, situándola en «un lugar central». En este sentido, siguiendo el tenor literal de la reforma, «de un lado se evita penalizar o duplicar

trabajadores, salvando los previstos en el artículo 37.3 ET , pueden regularse de distinta forma en el Convenio, sin que sea lícito, como ha disco esta Sala en múltiples ocasiones, extraer lo que resulte más favorables de varias disposiciones aplicables, utilizando la denominada técnica del "espigueo"».

[22] La empresa tras el aumento legal de la duración del permiso recogido en el art. 37.3b) TRET procedió a suprimir unilateralmente los días adicionales reconocidos en el convenio por desplazamiento. Véase la Sentencia de la Audiencia Nacional Núm. 87/2024, de 11 julio de 2024 (Num. Proc. 146/2024).

[23] Respecto a la primera de las vulneraciones señaladas, véase la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña núm. 4569/2024, de 26 de abril de 2024 (Núm. Rec. 7066/2023). En relación con la vulneración del derecho a la libertad sindical, lo propio se ha reconocido en la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 903/2024, de 11 de junio de 2024 (Núm. Rec. 472/2021).

los sistemas de protección frente a las situaciones descritas –crianza de los hijos e hijas, cuidado de mayores y dependientes– y de otro, con el límite necesario, introducir los requisitos mínimos de cada permiso y las mejoras que no resultan absorbibles». A continuación, se concretan los puntos que materializan esta cuestión en lo referido al objeto de este estudio, los permisos retribuidos. Es importante destacar el dinamismo de esta parcela del derecho laboral influida por una normativa no muy precisa y que sufre de constantes interpretaciones judiciales, como se comprueba de la jurisprudencia relacionada[24].

3.1. Extensión del ámbito subjetivo del permiso de asistencia a personas convivientes

La nueva regulación amplia el derecho a permisos retribuidos en caso de *accidente, enfermedad grave, hospitalización o intervención quirúrgica que precise reposo* de los artículos 37.3b) TRET y 48a) TREBEP a aquellas personas convivientes en el mismo domicilio que la persona trabajadora siempre que la primera requiera del cuidado efectivo de esta, independientemente de la existencia vínculo de parentesco. Se vienen a reconocer situaciones en las que el vínculo es por convivencia y no necesariamente por lazos familiares tradicionales por consanguinidad o afinidad. La finalidad de esta modificación, expresada por el Ejecutivo en la propia exposición de motivos de la reforma, responde al mandato de la Directiva 2019/1158, que establece en su artículo 6 (en relación con el artículo 3c) la obligación de los Estados miembros de garantizar un permiso de cinco días laborables al año para cuidados por cada persona trabajadora. La norma comunitaria admite la incorporación de «detalles adicionales relativos al ámbito de aplicación», «condiciones de conformidad con la legislación o los usos nacionales» y supeditar el permiso a alguna justificación. Así, en España se exige que las circunstancias del permiso estén ligadas a la atención de necesidades concretas de salud de un conviviente. Con todo, según la definición que contempla la mentada Directiva, la necesidad de asistencia o cuidados ha de ser «importante» y «por un motivo médico grave»[25], lo que evidencia que la norma interna ha contemplado un supuesto causante mucho flexible (Sánchez Trigueros, 2024: 93) pero, a su vez, más específico (Solà i Monells, 2023: 9).

Por otra parte, la normativa española impondría en virtud del primer inciso del artículo 37.3 TRET («previo aviso y justificación») la acreditación de la necesidad tanto de la necesidad de cuidados como la convivencia. En este caso, asaltan algunas dudas en cuanto a la forma de acreditación de estos extremos, sin que la norma especifique los medios para ello, lo que dificulta su aplicación práctica, tal y como analizaremos en el siguiente apartado. Asimismo, la reforma establece que la ausencia será retribuida, una previsión dineraria que no se encuentra en el marco de la Directiva (Blasco Jover, 2023: 23), la cual se limita a establecer un el permiso anual de cinco días por los motivos relacionados. Precisamente esta es otra mejora de la norma española, que condiciona el

[24] A modo de ejemplos recientes de decisiones judiciales que afectan al núcleo de estos permisos: la exigencia de pernocta para causar el permiso de hospitalización (STSJ de Navarra de 22 de diciembre de 2023, nº rec 330/2023), la consideración de la asistencia al dentista como permiso de visita médica según lo previsto en convenio colectivo (SAN de 22 de julio de 2024, nº rec. 144/2024) o en relación con las incidencias de las reformas y las mejoras de los permisos con respecto a los derechos adicionales que contemplaban los convenios colectivos (SAN de 11 de julio de 2024 (nº rec. 146/2024).

[25] Terminología que ha sido tachada de «deliberadamente imprecisa» (Cabeza Pereiro, 2020: 66).

permiso únicamente a la concurrencia del hecho causante, sin límite anual alguno, acotándose temporalmente en cinco días por cada acontecimiento (Solà i Monells, 2023: 12). La misma ampliación subjetiva se aprecia en el artículo 48a) TREBEP.

3.2. Equiparación de derechos a permisos entre parejas de hecho y matrimonio

En correspondencia con lo dispuesto en el artículo 3.1e) de la Directiva sobre conciliación y con el concepto de familia que allí se incluye, la reforma de 2023 ha reconocido explícitamente que las parejas de hecho tienen derecho a algunos de los permisos retribuidos de los contemplados en nuestra normativa laboral (lo propio también se ha reconocido respecto a otros derechos conciliatorios previstos en el TRET, como los contemplados en el art. 34.8, 37.6 y 46.3 TRET). Este reconocimiento se ha efectuado mediante la ampliación subjetiva de permisos que ya se le reconocía al cónyuge, equiparándose esta institución con el matrimonio respecto a estos concretos derechos[26]. Así se reconoce en el permiso retribuido a la pareja de hecho en caso de registro de la unión (art. 37.3a TRET), ante las situaciones de accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización de la pareja o un familiar hasta el segundo grado por consanguineidad de esta, sin que se habilite en este caso el permiso por afinidad (art. 37.3b TRET) y en caso de fallecimiento de la pareja de hecho (art. 37.3.b bis TRET). Con anterioridad a la reforma, la jurisprudencia era taxativa en cuanto a la imposibilidad de extender estos efectos a las parejas de hecho sobre la base de que «resultan realidades diferentes y no equivalentes[27]». Por tanto, con esta previsión normativa se supera esa doctrina jurisprudencial, aunque, ciertamente, esta previsión legal y su interpretación rígida había sido bastante limada por los convenios colectivos que en gran número reconocían esta equiparación de forma expresa (CCOO, 2020: 315-316). Con todo, la renovación comentada no ha sido del todo completa ya que aún se excluye a persona trabajadora del permiso por fallecimiento cuando el deceso es de un familiar de la pareja de hecho, lo que ha sido tachado de sorprendente (Aragón Gómez, 2024: 93). En este sentido, si nos atenemos al tenor literal del precepto «la pareja de hecho no constituye parentesco ni obviamente por consanguinidad ni por afinidad, como sí ocurre en este último caso con el matrimonio» (De la Flor Fernández, 2023: 44).

Por otro lado, en la renovación efectuada en el régimen aplicable a los funcionarios y funcionarias públicas se aprecian notables diferencias. La literalidad del artículo 48a) TREBEP no reconoce el permiso por accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica cuando el sujeto causante sea un familiar de primer o segundo grado de la pareja de hecho, a diferencia del TRET que –como se ha visto– hare referencia expresa al familiar consanguíneo de la pareja de hecho cuando se refiere a los parientes. Además, en lo relativo a la formalización de la pareja, en esta sede se admite, adicionalmente al registro, la «constitución formalizada por documento público» (art. 48l TREBEP), sin exigir su inscripción registral, previsión esta última alineada con la regulación prevista para el reconocimiento de la pensión de viudedad (art. 221.2 LGSS y

[26] Ciertamente, aunque antes de la reforma tampoco se podía considerar incluido en el artículo 37.3b) TRET al cónyuge puesto que solo se hacía referencia al familiar de segundo grado, era ilógica su exclusión (Blasco Jover, 2013: 31).

[27] Véase, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 717/2019, de 22 de octubre 2019 (Núm. Rec. 78/2018)

38.4 LCPE). Pese a que estamos ante una configuración novedosa que se introduce por una misma norma en ambos textos para superar la institución del matrimonio mediante la equiparación de derechos, el resultado es sustancialmente distinto, lo que resulta llamativo en tanto en cuanto que produce cierta descoordinación normativa.

3.3. Ampliación temporal del permiso por asistencia a familiares y convivientes

El permiso previsto para familiares y –ahora también, tras la ampliación de su ámbito subjetivo– convivientes en casos de accidente, enfermedad grave, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización con necesidad de reposo regulado en el artículo 37.3b) TRET se amplía hasta los cinco días. Se elimina así la anterior diferenciación según la necesidad o no de desplazamiento. En los casos en los que existía tal necesidad el permiso era de cuatro días y en otro caso de dos, sin que ahora se distinga los supuestos en los que se precise desplazamiento. Esta ampliación uniforme a cinco días pudiera deberse a la incorporación de los cuidadores –convivientes–, colmándose así con las exigencias temporales de la Directiva (cuestión reseñada en el punto 3.1). También puede tener causa en la escisión que se produce entre la regulación de este permiso y el de fallecimiento, que tradicionalmente se han venido contemplado en un mismo precepto y ahora, con la reforma, se separan, ubicándose este último en una nueva letra, la b bis), la cual mantiene su duración original. Esta separación es plausible puesto que estamos ante permisos con causas y finalidades distintas.

En cuanto al régimen del TEBEP, nuevamente se han destacar diferencias. El artículo 48 a) TREBEP mantiene la doble duración de estos permisos, aunque tras la reforma se vincula al grado de parentesco y no en función de si el suceso ocurre o no en la misma localidad. En este ámbito, si el sujeto causante es cónyuge, pareja de hecho o pariente hasta el primer grado (por consanguinidad o afinidad) o conviviente, el permiso será de cinco días hábiles (antes tres, o cinco si el suceso se producía en distinta localidad). Si estamos ante familiares dentro del segundo grado de consanguinidad o afinidad, el permiso previsto se reduce a cuatro días hábiles (antes dos, o cuatro si el suceso se producía en distinta localidad). Otra diferencia entre ambas regulaciones es la referencia expresa en el TREBEP a que estos días son hábiles. Sin embargo, estamos ante un detalle que no tiene trascendencia práctica en la medida en que, tal y como se ha expuesto, es reiterada la doctrina que admite que el disfrute de los permisos retribuidos, por su propia naturaleza, ha de producirse en días hábiles[28].

3.4. Introducción del permiso por causa de fuerza mayor familiar en el TRET

El RDl 5/2023 incluye un nuevo permiso por causa de fuerza mayor en el art. 37.9 TRET para «cuando sea necesario por motivos familiares urgentes relacionados con familiares o personas convivientes, en caso de enfermedad o accidente que hagan indispensable su presencia inmediata». Estamos ante un nuevo supuesto de exoneración de trabajar que parte de un supuesto típico para nada claro, debido a la inclusión en el supuesto de hecho de numerosos conceptos jurídicos indeterminados. La norma española

[28] Véase al respecto Rojo Torrecilla (2024).

ha adoptado casi literalmente el artículo 7 de la Directiva 2019/1158, siendo este el origen de las ambigüedades e imprecisiones que se destacan (Barcelón Cobedo, 2024: 127, Sánchez Trigueros, 2024: 96), lo que va a generar sin lugar a dudas dificultades interpretativas en torno a estos conceptos. Este permiso da respuesta a las mismas situaciones que las ya contempladas con anterioridad en la cláusula 7.1 de la Directiva 2010/18/UE, con también un tenor literal idéntico. En cuanto al objeto, según lo expresado por el legislador tanto comunitario como interno el permiso se contempla para «motivos familiares urgentes o inesperados», es decir, situaciones imprevistas.

En contraste, el TREBEP no ha sufrido ninguna modificación en lo ateniente a este tipo de permiso, sin que lo contemple como tal. De ello se derivaría que este tipo de personal al servicio de la Administración no dispone de dicho derecho (De La Flor Fernández 2023: 52), si bien hay que tener en cuenta que el propio TREBEP ya contempla otros derechos no previstos en la normativa laboral con los que potencialmente se podría atender situaciones análogas, como son los relacionados en las letras "i" (reducción de jornada retribuida por enfermedad muy grave de familiar de primer grado), "j" (permiso por deberes relacionados con la conciliación de la vida familiar y laboral)[29] o "k" (asuntos particulares) del artículo 48.

Antes de abordar el análisis crítico de los principales problemas que sigue planteando la regulación actual, cabe adelantar que, sin duda, estas reformas reflejan un enfoque más inclusivo y extenso en lo que se refiere a la conciliación familiar y los cuidados, ampliando derechos a sujetos que no estaban suficientemente cubiertos, como las parejas de hecho y las personas convivientes sin vínculo familiar. Además, se incrementa la duración de algunos permisos y se refuerza la protección en caso de emergencias familiares. La intención, por tanto, parece loable. No obstante, es necesario advertir sobre los déficits regulatorios y las dificultades en la implementación práctica de estas disposiciones, además de considerar el impacto productivo y económico de la extensión sin seguridad jurídica que la misma podría generar a los empresarios. Asimismo, procede aclarar que no se ha incorporado a este estudio el permiso parental,

[29] Del análisis jurisprudencial realizado en el presente no se atisba una excesiva conflictividad en torno a la interpretación de tal pasaje, lo cual parece sorprendente atendiendo a que estamos ante una norma con grades dosis de indeterminación. Recientemente, por ejemplo, se ha pretendido utilizar esta vía para justificar la ausencia por la cuarentena del descendiente por la COVID-19. Entre otras, Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo N° 2 de Albacete núm. 27/2024, de 19 de febrero de 2024 [Núm. Proc. 205/2022], Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo N°. 1 de Logroño núm. 248/2021 de 17 de diciembre de 2021 [Núm. Rec. 152/2021] o sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Contencioso-administrativo) núm. 3223/2020, de 23 de julio de 2020 (Núm. Rec. 176/2020). No obstante, con incidencia en lo que nos ocupa, se hace mención a la *Guía Interpretativa de la Circular de la D.G.P. de 3 de mayo de 2016, sobre Vacaciones, Permisos y Licencias de la policía*, a la que se alude en las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso-administrativo) núm. 709/2021 y 1109/2023, de 12 de abril de 2021 y 26 de octubre de 2023, respectivamente (Núm. Rec. 1027/2019 y Rec. 389/2021) y en la que se expresa que el referido permiso se prevé para los casos «en los que un familiar directo o dependiente requiere asistencia médica ordinaria o de urgencias, pero no hospitalización, debiendo permanecer en el domicilio asistido permanentemente». Sin duda que esta interpretación alinea este permiso del TREBEP con los supuestos que ahora se prevén en el TRET para fuerza mayor. Sin embargo, parece que en el ámbito del empleo público no se alcanza al conviviente sin relación de parentesco. En sentido similar, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso-administrativo) núm. 211/2022, de 17 de febrero de 2022 (Núm. Rec. 1918/2019).

dado que, a pesar de su denominación, constituye un supuesto de suspensión del contrato (añadido en el nuevo apartado "o" del artículo 45 TRET) y que, previsiblemente, será compensado económicamente mediante una prestación de Seguridad Social.

4. Problemas técnicos-jurídicos derivados de la reforma: la adicción de nuevas incertidumbres a las ya existentes

4.1. Incertidumbres en el permiso por fuerza mayor: definición de "fuerza mayor familiar", retribución y duración

Como se ha anunciado, la última reforma sobre permisos ha introducido un derecho a la ausencia laboral retribuida en casos de "fuerza mayor familiar", para atender necesidades urgentes relacionada con un familiar o conviviente en caso de enfermedad o accidente si es indispensable la presentica inmediata de la persona trabajadora. Entendemos que la principal novedad de esta previsión normativa radica en su carácter retribuido, dado que, anteriormente, aunque esta causa de cese no estuviese reconocida *ex lege*, no podía ser exigible en tales casos (urgentes y que requiere presencia inmediata) la prestación laboral o, cuanto menos, no podía reprocharse disciplinariamente por el empresario, aunque la retribución dependiera de la liberalidad del empleador. Incluso, en una interpretación ampliada, este derecho a la ausencia se podría entender derivado de la configuración del deber inexcusable (aunque no de carácter público de los contemplados en el art. 37.3d TRET)[30] o, en todo caso, como una circunstancia excepcional y justificable no considerable como abandono del puesto de trabajo y sin que, por ende, pudieran llevar aparejada las correspondientes consecuencias sancionadoras (en conexión con el art. 54.2.a TRET)[31].

La inclusión de este derecho de ausencia con referencias dinerarias nos lleva al marco jurídico de los permisos retribuidos por lo que no hay dudas que debe interpretarse que «únicamente puede ser utilizado en tiempo de trabajo» ya que, como se ha dicho, «si el evento familiar urgente acaece en tiempo de descanso ninguna incidencia provoca en el desarrollo de la actividad productiva» (Arias Domínguez, 2024). El hecho de que sea retribuido, lo que supera las previsiones de la Directiva, ha sido aplaudido desde la doctrina puesto que es importante desde el punto de vista de la corresponsabilidad, en la medida en que «en el caso de que no fueran retribuidas estas horas, existiría una alta probabilidad de que fueran mayoritariamente las mujeres las que utilizarían este derecho» (Nieto Rojas, 2023: 93).

Antes de entrar en la cuestión retributiva, conviene hacer referencia a su ámbito objetivo puesto que el derecho aquí presenta importantes ambigüedades. Su objeto se circunscribe a la cobertura de "motivos familiares urgentes" vinculados a "familiares o convivientes" en casos de accidente o enfermedad, sin especificar grado alguno de parentesco ni la gravedad del suceso, sino que exijan una presencia inmediata e indispensable. La indeterminación conceptual abre la puerta a la interpretación subjetiva sobre la necesidad de ausencia en cada caso, pues no se establece parámetro claro para evaluar el grado de necesidad e inmediatez exigido. En este sentido, algo puede ser más o menos necesario o inmediato dependiendo de cada persona trabajadora o incluso del

[30] En el caso de los empleados públicos en el art. 48 j) TREBEP.

[31] En estos supuestos injustificación es lo que daría origen a la sanción, que no sucedería tras haber acontecido un suceso como el que narra la norma. Vid. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso-administrativo) núm. 720/2024 de 26 de junio de 2024 (Núm. Rec. 1078/2020).

familiar o conviviente afectado, o de ambos (Barcelón Cobedo, 2024: 128). Se ha expresado que el referido permiso puede ser utilizado ante «una llamada de la escuela solicitando la recogida inmediata de un hijo que tiene fiebre o la necesidad de acompañar al servicio médico de urgencias a una madre aquejada de forma repentina por fuertes dolores de estómago» (Solà i Monells, 2023: 15), sin embargo, estimamos que este derecho no podrá ser del todo automático, sino que dada su imprevisibilidad e ímpetu, habrá que ponderar los efectos sobre la productividad de tiene tal abandono del puesto el empresario. Piénsese, entre otras muchas situaciones, en un médico que está llevando a cabo una operación quirúrgica grave en el momento que recibe la llamada a la que hemos hecho referencia *supra*. No parece que, pese al tenor literal del precepto, pueda llevar a efectos de forma inmediata el derecho al permiso.

Pero es que, además, surge una contradicción entre el objeto, acotado a la atención de "motivos familiares urgentes", y los sujetos causantes, puesto que la norma seguidamente admite que pueden estar relacionado con convivientes (se entiende que sin vínculo familiar), lo que dificulta «entrever cuándo tales motivos familiares se darán para la atención de una persona con la que no existe vínculo de familiaridad» (Vigo Serralvo, 2024). En este aspecto la norma de transposición ha ido más allá que la Directiva, que prevé únicamente, en concordancia con su objeto, el permiso en beneficio de familiares en el artículo 7, precepto que habrá de servir de base junto el artículo 37.3b) TRET para delimitar el concepto abierto de familiar previsto en este artículo 37.9 TRET conforme al principio de interpretación sistemática (Solà i Monells, 2023: 15).

En relación con la duración y retribución del permiso se ha de atender a la separación en dos párrafos del artículo 37.9 TRET. Se diferencia por un lado (en el primero) el derecho general de ausencia por las causas especificadas y, por otro (en el segundo) el periodo de retribución de hasta cuatro días al año, pudiendo el convenio colectivo mejorar este límite. En este sentido, tal y como han podido aclarar ya nuestros tribunales, «la remisión que se efectúa al Convenio colectivo o al Acuerdo de empresa, únicamente es para determinar la forma de acreditación del motivo de la ausencia», sin que por tanto se exija concreción adicional alguna o pacto colectivo expreso para entender este periodo como retribuido[32]. Ahora bien, cuestión distinta será determinar a qué se refiere la norma con que sean «retribuidas las horas de ausencia por las causas previstas en el presente apartado equivalentes a cuatro días al año»[33]. Tal expresión ("horas de ausencia…equivalentes a cuatro días al año"), que ha sido tachada de "no muy afortunada", ya que parece hacer referencia a "cuatro jornadas de trabajo" (Vigo Serralvo, 2024)[34]. Este tope se presentaría como "un crédito de horas anuales" para atender a estos asuntos. Entendemos que es la opción más lógica teniendo en cuenta la naturaleza de permiso retribuido (que conlleva que este periodo haya de incardinarse en tiempo efectivo de trabajo) y lo previsiblemente momentánea (de algunas horas) de la necesidad que pretende atender (ya que las graves, que requieren hospitalización o intervención quirúrgica, se articularan vía 37.3 a TRET). En este sentido, reiteramos, que una interpretación sistemática nos lleva a entender que la persona trabajadora podrá hacer uso de las horas necesarias en cada ocasión hasta llegar al tope de cuatro jornadas al año

[32] Véase la Sentencia de la Audiencia Nacional de 13 de febrero de 2024, núm. 19/2024, de 13 de febrero de 2024 (Núm. Rec. 315/2023). Así lo venía manifestando parte de la doctrina (Nieto Rojas 2023: 94, Sánchez Trigueros 2024: 97).

[33] La Directiva deja en manos de los Estados miembros la duración en el sentido que dispone que estos «podrán limitar el derecho de cada trabajador a ausentarse a un tiempo determinado por año, por caso, o por año y por caso».

[34] Aunque señala el autor que «ningún criterio hermenéutico conduzca inopinablemente a esa solución».

(Barcelón Cobedo, 2024: 128). Solo las horas que no superen este límite serán retribuidas, sin perjuicio de la necesaria acreditación –*a posteriori*, dada la urgencia– de unas y otras. Tendrá incidencia en la duración del permiso retribuido la contratación a tiempo parcial horizontal, puesto que en estos casos los días o –según nuestro entender– las jornadas, son inferiores en número de horas a la de un contrato a tiempo completo (o a la de un trabajador a tiempo parcial vertical)[35]. Por último, el tenor literal de la norma parece no admitir la acumulación de estos periodos año tras año.

4.2. Problemas en la acreditación del vínculo subjetivo: parejas de hecho y convivientes

La renovación del régimen de permisos retribuidos ha provocado que se planteen dificultades en cuanto a la acreditación del vínculo subjetivo con respecto a la persona causante con los nuevos supuestos incorporados. Tanto la acreditación de la pareja de hecho como la situación de convivencia introducen complejidades prácticas en el régimen de permisos.

En relación con la pareja de hecho sucede que carece de un marco uniforme de reconocimiento legal a diferencia del matrimonio y sus ritos. La oficialización de la pareja de hecho varía en función de la normativa autonómica o incluso local, lo cual puede dificultar la prueba de su existencia y facilita posibles abusos mediante sucesivas declaraciones de parejas de hecho para la obtención del permiso. Piénsese en una persona que una vez al año oficializa vía declaración municipal una pareja de hecho nueva, dando de baja a la anterior, lo cual parece desproporcionado. Se entiende que estaríamos ante situaciones susceptibles de ser rechazadas por el empresario ya sea por su relación con el fraude de ley o por considerarse abuso del derecho (arts. 6.4 o 7.2 CC, respectivamente). En este sentido, ha sido descartado por nuestros tribunales que se pueda disfrutar de forma sucesiva del permiso por formalización de pareja de hecho y el de matrimonio respecto de la misma persona, puesto que puede ser considerado un fraude además de ir en contra de la finalidad de la norma[36].

Por otro lado, la nueva situación de convivencia prevista en los permisos de asistencia (art. 37.3b TRET) y de fuerza mayor plantea también problemas a los efectos de la acreditación. En este caso la fórmula más garantista de acreditar la misma sería mediante un certificado de empadronamiento, pero en la práctica este documento no siempre refleja la realidad actualizada de la convivencia. Esta falta de previsión junto con la no exigencia de duración o estabilidad en la convivencia mutua a los efectos de originar el derecho puede llamar a la picaresca a la hora de intentar acreditar tal convivencia con cualquier otro medio de prueba válido en derecho. Máxime cuando el precepto obliga a entender que el único requisito al respecto es la convivencia actual (De La Flor Fernández, 2023: 52). Se observa que queda bastante reducido el margen de apreciación que puede tener el empresario en estos casos, que se verá constreñido a otorgar el permiso con pruebas que pueden ser poco concluyentes, por ejemplo, una mera declaración de la persona que habita en el mismo domicilio que la trabajadora.

[35] Se ha entendido, en sentido contrario, que la referencia debería ser la jornada de un trabajador a tiempo completo, por lo que no tendría incidencia la contratación a tiempo parcial, teniendo estos trabajadores en la práctica más días de permiso (Sánchez Trigueros 2024: 98).

[36] Véase, por todas, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) núm. 746/2020, de 13 de octubre de 2020 (Núm. Rec. 149/2020) en la que se hace un repaso de la doctrina jurisprudencial existente al respecto. La doctrina científica también se ha posicionado en contra de esta posibilidad (Nieto Rojas, 2023: 93 y Blasco Jover, 2023: 20).

4.3. Escollos en la justificación de elementos habilitantes y su conexión con la fecha de inicio y duración: la necesidad de reposo domiciliario y cuidado efectivo

El artículo 37.3 TRET inicia exigiendo el "previo aviso" y la "justificación" de la causa de la ausencia retribuida. Estos elementos se erigen como auténticos presupuestos normativos que permiten el acceso al derecho. Estos requisitos son coherentes con otros deberes inherentes a la relación laboral que obligarían en todo caso (incluso sin la existencia de estos requerimientos del art. 37.3) a la persona trabajadora a comunicar diligentemente al empresario las ausencias o el cese en la prestación de los servicios que afecte a la producción. Y ello puesto que son necesarios para organizar la actividad empresarial y prevenir un uso abusivo de los permisos. Lo propio se deriva de los deberes de actuación diligente y buena fe contractual contemplados en los artículos arts. 5.1 y 20.2 TRET, que llevan implícito la comunicación de las ausencias y los motivos de las mismas y, en su caso, la correspondiente justificación[37]. Esta cuesta afirmación permite aseverar que el disfrute de los permisos retribuidos regulados extramuros del artículo 37.3 TRET también han de ser comunicados y justificados al empresario pese a que no se exija por ningún precepto, lo que parece razonable. Igualmente sucede con respecto a los previstos en el TREEBEP ya que su artículo 48 no contiene previsión alguna relativa a esta necesidad. Sin embargo, como se reitera –ahora en palabras del Tribunal Supremo– el aviso y la justificación vienen «determinados por la necesidad de organizar el proceso productivo y de prevenir el uso abusivo[38]». Otro asunto distinto es el cuándo y el cómo de tal comunicación, ya que existen permisos respecto a los cuales no tiene sentido la exigencia de la previa comunicación por su propia naturaleza (por ejemplo, el comentado de fuerza mayor que requiere urgencia y presencia inmediata, lo que parece incompatible con el preaviso). Por su parte, no se exigirá justificación el disfrute de los días de asuntos propios previstos en el TREBEP puesto que, como hemos referenciado, son acausales.

Como ya se ha mencionado, estas cuestiones están estrechamente ligadas a la duración del permiso si se considera, de acuerdo con su naturaleza causal, que su finalidad tiene que observarse durante todo el periodo de su disfrute y, en su caso, en todo el período legal o convencionalmente establecido, circunstancia que no impide una justificación *ex post*[39]. Lo propio resulta aplicable a la fecha de inicio, habiendo reconocido nuestros tribunales que «como premisa general, hay que aceptar que el permiso sólo tiene sentido si sirve para atender a la causa que lo permite, de ahí que se exija una cierta inmediatez entre la necesidad que cubre el permiso y el efectivo disfrute de éste[40]».

[37] Así lo ha entendido recientemente la jurisprudencia en algunas resoluciones derivadas de las modificaciones producidas en el art. del RD 625/2014 en cuanto a la gestión de las bajas médicas y la supresión de que la persona trabajadora entregue el parte de confirmación, lo que no obsta, según las sentencias que se relacionan, a que se informe a la empresa de la ausencia. En este sentido la Sentencia de la Audiencia Nacional núm. 94/2023 de 14 de julio de 2023 (procd. n.º 123/2023) y STSJ Asturias núm. 1313/2024 de 26 de julio de 2024 (Núm. Rec. 1135/2024). Sobre las consecuencias de la falta de preaviso y justificación, véase la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana núm. 745/2005, de 10 de marzo de 2005 (Núm. Rec. 3634/2004).

[38] Así se ha pronunciado recientemente con respecto a la acreditación del crédito horario sindical en la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 903/2024, de 11 de junio de 2024 (Rec. n.º 472/2021).

[39] Véase al respecto de estas cuestiones la reciente STSJ Cataluña núm 20/2024, de 6 de junio de 2024 (Núm. Rec. 15/2024).

[40] Entre muchas otras, la ya citada Sentencia del Tribunal Supremo núm. 41/2021, de 14 enero de 2021 (Núm. Rec. 3962/2018).

Estas exigencias vinculadas a la finalidad vienen planteando algunos escollos en los permisos relacionados especialmente en lo que respecta a la necesidad de cuidados efectivos y a la de reposo exigidas en los artículos 37.3b) TRET y 48a) TREBEP.

El permiso de cinco días por intervención quirúrgica sin hospitalización está condicionado al reposo domiciliario. Sin embargo, pese a que estemos ante un requisito constitutivo del permiso y relevante para su duración la acreditación de este extremo viene siendo controvertida ya que es difícilmente deducible la documentación válida para justificar tales necesidades. A tales efectos, los tribunales vienen reconociendo que la persona trabajadora ha de acreditar «la realidad de la intervención quirúrgica sin hospitalización y que dicha intervención precisase de reposo domiciliario[41]», sin que la ley exija que se trate «de un reposo absoluto, por lo que el reposo relativo daría también derecho al permiso[42]». En cuanto a la documentación a aportar, resulta válida cualquier prescripción o recomendación facultativa de reposo admitiéndose un informe médico emitido en el mismo día del procedimiento quirúrgico en el que simplemente se hace referencia a la necesidad de «reposo domiciliario[43]» distinguiéndose entre "reposo" y "especiales cuidados en el domicilio", sin que el reposo este «en absoluto reñido con el cuidado del paciente»[44]. Se evidencia, por tanto, la necesidad de distinguir el reposo (exigido en el permiso por operación quirúrgica sin hospitalización) del cuidado efectivo (exigible a los convivientes distintos a los familiares), categoría distinta pero que también presenta problemas y de la que nos ocuparemos seguidamente.

Se ha de deducir de lo visto hasta ahora que la necesidad de reposo se debe mantener durante los días del permiso (en la actualidad máximo cinco según el TRET) puesto que, en palabras de nuestros tribunales «si las necesidades de atención al familiar tan solo requieren de la disponibilidad de, por ejemplo, tres días laborables, los cuales no necesariamente han de disfrutarse de forma continuada, la interpretación más lógica, razonable y coherente es que la persona empleada pueda disfrutar de estos tres días de permiso retribuido y no de cinco, pues en los dos días de exceso no concurre la causa que justifique la ausencia del puesto de trabajo. Sostener la tesis contraria supone ignorar o eludir la regla de causalidad que rige en este permiso retribuido[45]».

Para concluir con el reposo se ha de profundizar sobre los vínculos que puede tener con el permiso de hospitalización (recuérdese que los supuestos de accidente o

[41] Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Granada) núm. 3444/2023, de 1 de diciembre de 2023 (Núm. Rec. 2532/2021).

[42] *Ibidem*. En el mismo sentido la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña núm. 1414/2023, de 20 de abril de 2023 (Núm. Rec. 458/2021), con el siguiente tenor literal: «Con independencia del debate que enfrenta a las partes acerca del alcance y la interpretación que ha de darse a la terminología recogida en documento médico (recomendación/tratamiento versus prescripción, reposo relativo versus reposo absoluto), lo cierto es que contiene una indicación inequívoca efectuada por el facultativo sobre el reposo de la persona recién intervenida y el acompañamiento para su cuidado los primeros días tras la intervención, indicación médica que lleva implícita la valoración de todas las circunstancias concurrentes (edad del paciente, enfermedad y tipo de intervención, tratamiento posterior...). Entiende la Sala que viene acreditada la concurrencia de circunstancias normales y usuales en las que la enfermedad de un familiar hace preciso y/o aconseja la presencia del pariente a fin de proceder a la asistencia y apoyo del enfermo durante los días posteriores a un ingreso o intervención quirúrgica que así lo aconseje.

[43] El contenido del informe era: «analgesia habitual si precisa; reposo domiciliario; los puntos caerán solos en aprox. 1 mes; mantener la herida limpia y seca; retirar venda transcurridas 24 h desde la intervención; citar en 1 mes en consultas de Dr Martín por OF».

[44] En este sentido la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Ciudad Real núm. 40/2024, de 22 febrero de 2024 (Núm. Proc. 440/2022).

[45] Sentencia Tribunal Superior de Cataluña núm. 20/2024, de 6 de junio de 2024 (Núm. Rec. 15/2024).

enfermedad grave y el de hospitalización no exigen el reposo, por lo que no se precisa acreditar este extremo). El permiso de hospitalización, que se agotaría con el alta hospitalaria, está estrechamente ligado con el que ahora se comenta puesto que tras la misma se podría precisar –y así será en muchos supuestos– reposo domiciliario. En estos casos el permiso de hospitalización se habría de extender durante el lapso en el que perdure esta necesidad de reposo domiciliario siempre que no se agoten los cinco días previstos en el precepto. Así lo ha corroborado recientemente la Audiencia Nacional con base en el nuevo precepto y siguiendo los criterios anteriormente sentados por el Tribunal Supremo[46]. Por tanto, aunque estemos ante supuestos de hecho distintos (hospitalización e intervención quirúrgica con reposo) contemplados en el mismo precepto, el reposo complementaria a la hospitalización «sin que el simple 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[47]». Quizás en uno y otro caso, tanto en el reposo tras hospitalización como en el reposo por intervención quirúrgica, se podría recomendar al facultativo que exprese o precise algún detalle más en el informe médico de alta hospitalaria a los efectos de dar cumplimiento con el trámite de justificación al empresario. Pese a que no sea fácil imaginar situaciones de hospitalización de pocos días o intervenciones quirúrgica que lleven aparejada el alta médica, es razonable que el empresario requiera algún tipo de certeza en cuanto a estos extremos. Mientras tanto, el Tribunal Supremo presume la necesidad de reposo si no existe alta médica: «no se nos ocultan las dificultades de orden práctico que se producirían para acreditar -por el beneficiario del permiso- la persistencia de la gravedad de proceso pese al alta hospitalaria emitida, lo que nos invita a considerar más oportuno presumir la persistencia e los requisitos del permiso -gravedad/reposo domiciliario- si el alta hospitalaria no va acompañada de la correspondiente alta médica[48]».

Como a estas alturas se habrá comprobado los problemas interpretativos se derivan de unos presupuestos normativos basados en conceptos jurídicos indeterminados, las cuales inundan el artículo 37.3 b) TRET (enfermedad grave, operación quirúrgica, reposo, cuidado efectivo…). Lo propio se fomenta con la la ampliación de los permisos para abarcar o proteger las situaciones de cuidado. Como se ha visto, el citado precepto ha extendido el clásico permiso de asistencia en caso de enfermedad grave o accidentes y hospitalización o intervención quirúrgica con reposo a los convivientes siempre que la persona trabajadora «requiera el cuidado efectivo de aquella» sin embargo, no se especifican situaciones concretas de cuidados ni la intensidad del mismo, dando nuevamente lugar a distintas interpretaciones[49]. Ciertamente, el TRET en otros pasajes

[46] Sentencia de la Audiencia Nacional núm. 101/2024 de 24 de julio de 2024 (Núm. Rec. 157/2024). Se destaca en esta resolución la vinculación de estos permisos con la corresponsabilidad de deberes familiares, la cual se expresa en los siguientes términos: «la interpretación que postula la empresa según la cual el permiso habrá de extenderse únicamente hasta que finalice la hospitalización, con independencia de la prescripción de reposo domiciliario, resulta contraria al referido principio de igualdad real, pues no hace sino perpetuar la denominada "brecha laboral de género", ya que implica que el colectivo que tradicionalmente asume los cuidados vea mermados sus derechos por esta causa, a la par, que supone un desincentivo para que los hombres asuman el deber de corresponsabilidad en las cargas familiares».

[47] Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de setiembre de 2010 (Núm. Rec. 84/2009).

[48] *Ibidem*. No obstante, téngase de nuevo presente que la regulación de los permisos en la fecha de la referida sentencia era menor que la contemplada en la actualidad, por lo que tal presunción tendría hoy una intensidad mayor.

[49] Se ha criticado que en este precepto y para los convivientes se exija los cuidado efectivos en la medida en que «es incongruente si se atiende a la justificación del permiso que es el accidente o enfermedad grave,

cita la relación de cuidados, pero en cada una de estas referencias existe algún vínculo adicional entre persona trabajadora y cuidador, como ocurre con el lactante o los supuestos de la guarda legal, consanguinidad, afinidad, guarda, etc. Es este vínculo, que no es presupuesto normativo en el supuesto que nos ocupa, el que serviría para apreciar la necesidad de cuidados. Aquí la misma –la necesidad de cuidados efectivos– está expresamente desligada de los vínculos familiares hasta segundo grado puesto que así queda configurado en el precepto ("así como de cualquier *otra persona distinta* a las anteriores"). Resulta muy ilustrativo a tales efectos el siguiente extracto de una reciente Sentencia del TSJ de Galicia:

> en los casos en los que exista el vínculo familiar (conyugal o more uxorio, consanguíneo o por afinidad) la mera existencia de ese vínculo confiere el derecho al disfrute de cinco días por accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario. No es preciso, en tales supuestos, ni que se acredite la convivencia de la persona trabajadora con el enfermo, accidentado o paciente, ni que éste requiera el cuidado efectivo de aquélla. Tales circunstancias solo resultan exigibles y han de acreditarse en los supuestos en que la persona conviviente con el trabajador en el mismo domicilio y necesitada de sus cuidados no se encuentre unida a éste por ninguno de los vínculos antes señalados. La distinción entre ambos supuestos es clara y nos lleva a alcanzar la conclusión de que solo para los supuestos en los que se trate de cuidado de personas sin vínculo familiar de los señalados en la primera parte del precepto será exigible, para el disfrute del permiso, que se acredita la convivencia y la necesidad de cuidado por parte de quien solicita el permiso, por lo que procede la estimación de la demanda[50].

Con todo, siguen estando las dudas en cuanto a la forma de acreditar tanto la convivencia como la necesidad de cuidados.

Nuevamente se ha de hacer referencia en este permiso a su destino, esto es, a la finalidad pretendida por la norma, debiendo la persona trabajadora estar en el tiempo de su uso en alguna medida dedicada a esta atención ya sea directamente (con una atención personal física y directa) o indirectamente (con otras tareas de asistencia o apoyo puntual, menos próximas). De no ser así, la conducta de la persona trabajadora es claramente reprochable desde el punto de vista empresarial, sin que pueda dedicarse este tipo de permisos al asueto o al descanso, a modo de permiso por asuntos propios o vacaciones[51]. En relación con ello, recientemente la Audiencia Nacional ha resuelto que, en ausencia de previsión convencional al respecto, no se puede obligar a la persona trabajadora a iniciar el permiso el día del hecho causante, flexibilizando este requisito que venía siendo polémico y facilitando así la conciliación laboral y familiar, acogiendo una interpretación con una clara perspectiva de género, como reconoce expresamente: «la interpretación que postula la empresa según la cual el permiso habrá de iniciarse de forma obligatoria a la fecha del hecho causante resulta contraria al referido principio de igualdad real, pues no hace sino perpetuar la denominada "brecha laboral de género", ya que implica que el colectivo que tradicionalmente asume los cuidados vea mermados sus derechos por esta causa, a la par, que supone un desincentivo para que los hombres asuman el deber de

la hospitalización o la intervención quirúrgica sin hospitalización que requiera reposo domiciliario; circunstancias para las que, en cierta medida, es indiferente que la persona en cuestión no pariente requiera un cuidado efectivo ya que, en realidad, la vinculación con la persona trabajadora es la convivencia» (Barcelón Cobedo, 2023: p. 125).

[50] Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia núm. 3159/2024, de 27 de junio de 2024 (Núm. Rec. 17/2024.

[51] En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de setiembre de 2010 (Núm. rec. 84/2009), en la que por eso opta por acoger el término "hacer uso" que "disfrutar" cuando se trata del ejercicio de los permisos retribuidos.

corresponsabilidad en las cargas familiares. En definitiva, ante la ausencia de previsión normativa en el Convenio, el inicio del cómputo del permiso en cuestión no tiene por qué coincidir con la fecha del hecho causante pues la finalidad del permiso y la realidad del tiempo en el que la norma debe ser aplicada permiten que sean los/as trabajadores/as afectados/as quienes determinen la fecha de inicio en función de sus posibilidades de conciliación y mientras el hecho causante permanezca[52]». Si bien es cierto que esta doctrina parece coherente con la finalidad del permiso, permitiendo la atención de la situación protegida en tanto que persista tal necesidad (de cuidados, de atención a familiar hospitalizado…), y es admisible de acuerdo con su tenor literal que no exige el uso inmediato, tal flexibilización puede acarrear alguna desproporción con respecto a la carga que tiene que soportar el empresario. Piénsese que aplicando el mismo criterio se podría exigir el uso del permiso de forma no consecutiva o fraccionada, siempre que –claro está– persista la necesidad, lo que ha sido defendido por parte de la doctrina (Blasco Jover, 2013: 50). De añadiría, puede ocurrir que se hayan generado varios permisos por un mismo hecho causante (aspecto que se analiza a continuación), lo que dificulta aún más la gestión empresarial.

Se desprende de todo lo anterior que este pasaje normativo necesita una importante depuración en relación con la exigencia de reposo domiciliario y de cuidados efectivos. Estamos ante requisitos de justificación de unas necesidades concretas que superan la mera acreditación del vínculo y el hecho causante que presenta grandes aristas y dificultades probatorias, puesto que se vincula al inicio del derecho y a su mantenimiento en el tiempo. Sucede que estas dificultades, nuevamente, perjudican a ambas partes de la relación, ya que en muchos casos quedará a discreción del empresario la valoración en última instancia de la oportunidad del permiso salvo que la persona trabajadora opte por acudir a los tribunales.

4.4 Superposición de permisos: compatibilidad entre permisos y concurrencia de familiares y/o convivientes

Otro de los desafíos que encuentra la actual regulación de los permisos retribuidos tiene que ver con supuestos en los que un mismo hecho genera el derecho a varios ceses temporales en la prestación de servicios, los cuales pueden suceder respecto a varios sujetos distintos (dos o más personas trabajadoras con vínculo con el causante, concurriendo o no en la misma empresa) o referente a un sujeto con derecho a varios permisos entre sí. La casuística puede ser muy variada, pero se trata de exponer aquí algunos supuestos que pudieran ser frecuentes en la práctica. Téngase presente que la ampliación tanto subjetiva como en la duración de estos permisos añade complejidad a este asunto, sin que exista previsión al respecto.

Se comienza por mencionar aquellos supuestos en los que la persona trabajadora tendría derecho a varios permisos u otros ceses temporales de la prestación por haber acaecido diversos supuestos típicos de los contemplados en la normativa. Ya se ha hecho referencia en el apartado anterior a la regla de concurrencia entre supuestos contemplados en el artículo 37.3.b) TRET, cuando una misma persona ha sido hospitalizada y con posterioridad precisa reposo domiciliario, sin que el alta hospitalaria signifique la extinción del permiso cuando persista necesidad de reposo y siempre que no se hayan agotado los cinco días. Cuestión distinta son las recaídas respecto a un mismo proceso patológico, en las que, pese a que la jurisprudencia ha sido vacilante, prima la intención

[52] Sentencia de la Audiencia Nacional núm. 167/2024, de 12 de septiembre de 2024 (Núm. Rec. 167/2024). Así lo estimaba ya la doctrina. Véase Blasco Jover (2013: 48-49).

de no restringir donde no lo hace la norma, aunque habrá de estarse a las circunstancias de cada caso[53].

Pero las posibilidades pueden ir más allá de este supuesto. Por un lado, podrían darse otras situaciones de acontecimientos sucesivos (por ejemplo, un accidente con posterior fallecimiento) en los que la ley tampoco distingue y, por tanto, no parece adecuado restringir el derecho, siempre y cuando haya acaecido el hecho típico y siga respondiendo a su finalidad. En esa línea, estimamos que «siempre y cuando se cumplan los requisitos necesarios para dar lugar a los distintos permisos, nada debe objetarse a que sean concedidos de manera sucesiva e independiente» (Basterra Hernández, 2017). Por otro lado, también pueden acaecer diversos hechos típicos al mismo tiempo en relación con dos familiares distintos, como ocurriría en supuestos de hospitalización de familiar con, además, fallecimiento de otro familiar derivado de un mismo hecho trágico, o que al mismo tiempo y de forma independiente suceda a dos familiares distintos. En estos casos cabe preguntarse si ambos permisos comienzan a computarse en el mismo día y se superponen o si una vez agotado el tiempo previsto para uno comienza a computar el otro. Nuestra opinión era partidaria de la primera opción. Por lo general y tal y como se ha visto, el *dies a quo* de los permisos retribuidos es el primer día hábil desde el suceso que los origina[54], por lo que habría que entender que, pese a haberse generado dos derechos distintos, los tiempos de ausencia se solapan, consumiéndose ambos periodos a la vez. Esta interpretación es acorde con la doctrina jurisprudencial que mantenía el criterio de la "razonable inmediación[55]", que garantizaba la proximidad temporal entre el hecho desencadenante y el uso del permiso con el objeto de atender a los fines previsto por este. Sin embargo, este criterio parece que se flexibilizaría con la doctrina que emana de la ya citada Sentencia de la Audiencia Nacional núm. 167/2024, de 12 de septiembre de 2024 (Núm. Rec. 167/2024) que permite, en ausencia de previsión en convenio, el uso del permiso en fecha posterior siempre que perdure la necesidad de cuidados o atención de la situación protegida. Esta nueva interpretación nos lleva a posicionarnos en favor del uso sucesivo de los permisos siempre que habiendo acaecido el supuesto de hecho persista la necesidad protegida. Todo ello también es lógico si atendemos a que en ocasiones no es suficiente con la asistencia de una sola persona ante este tipo de necesidades o cuidados, sino que es común que los familiares –o convivientes– se vayan alternando en el tiempo. Esta fórmula permitiría la organización versátil de los posibles beneficiarios de los permisos.

Por último, se aborda el supuesto en el que existan varias personas potencialmente beneficiarias del permiso sobre un mismo sujeto causante (y hecho típico) y concretamente si el empresario estaría obligado a concederlo conociendo que existe otro

[53] La regla general pasa por estimar que cada hospitalización, por ejemplo, es un hecho causante diferente. En este sentido la STSJ Galicia STSJ Galicia núm. 5921/2010, de 21 de diciembre de 2010 (Núm. Rec. 4670/2010). En el mismo sentido, admitiendo el disfrute del permiso por hospitalización a los familiares tras el alumbramiento, entre otras, la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 71/2020, de 29 de junio de 2020 (Núm. Rec. 6369/2018)

[54] Entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 73/2023, de 25 de enero de 2023 (Núm. Rec. 124/2021).

[55] Entre otras, la ya citada Sentencia del Tribunal Supremo núm. 257/2022, de 17 de marzo 2020 (Núm. Rec. 193/2018). Sobre el particular Sánchez Trigueros manifiesta: «En esta línea (adecuado uso del derecho, atención a su finalidad) suele preconizarse su necesaria conexión entre momento de disfrute y causa que lo genera; pese a que socialmente pueda pensarse de otro modo, la recta aplicación de los preceptos conduce a exigir «una razonable inmediación» entre el uso de la licencia y la causa desencadenante» (Sánchez Trigueros, 2020: 210). Utiliza también este termino Martínez Yáñez (2020: 94).

pariente o conviviente disfrutando del mismo (ya sean o no personas trabajadoras de la misma empresa). Esta problemática se ha visto agravada tras la reforma con la ampliación subjetiva de los permisos (y en relación con relaciones menos formales u oficiales como podrían ser las de convivencia y parejas de hecho) y con la extensión temporal de los mismos, aflorando nuevos conflictos en cuanto a la operatividad en la concesión, gestión y los estándares en cuanto a su justificación. Esta problemática se derivaría esencialmente del permiso por asistencia de cinco días y ahora con el permiso por fuerza mayor familiar. Entendemos que en estos casos se ha de tener presente que la situación de necesidad que van a atender los distintos sujetos beneficiarios es la misma, por lo tanto, habrá que estar a la efectividad del permiso para cumplir con su fin[56]. Todo ello sin olvidar lo ya dicho sobre las posibilidades de alternar en la atención o en los cuidados, aspecto que no se puede ni obviar ni descartar. Esto es lo más coherente y es la solución aplicada en un pleito en el que se dirimía sobre si ambos cónyuges tenían derecho simultáneamente al permiso para atender la enfermedad grave del hijo: «para salvar la duda planteada en el sentido de si dicha licencia debe reconocerse a ambos o a uno solo de los cónyuges (cuando los dos trabajan para la empresa), hemos de acudir al espíritu y finalidad perseguida por la norma (que es el elemento de hermenéutica que prima sobre cualquier otro, como dice el art. 3.1 del Código Civil) y conforme al mismo, es de ver que dicha finalidad de atención al hijo quedaba debidamente atendida con la concesión de la licencia a uno de los cónyuges (en este caso a la esposa), de donde hay que concluir que resultaba excesivo su reconocimiento también al otro esposo, como entendió correctamente la sentencia de instancia que, por ello, debe ser confirmada, previa desestimación del recurso[57]». Esta lógica que debe primar en cuanto a la interpretación del derecho, nos lleva a descartar la posible concurrencia de familiares o convivientes en la aplicación del permiso por fuerza mayor familiar y ello puesto que el supuesto de hecho requiere que la presencia sea indispensable, es decir, siendo poco compatible en este contexto la concurrencia de más de una persona.

En definitiva, se podría decir que en cada uno de los supuestos no podemos entender el permiso retribuido como una especie de derecho automático a su disfrute, sino que se genera y a su vez se agota, cuando ocurre lo propio con los fines previstos en la normativ

5. Conclusiones finales

Del trabajo efectuado se extraen las siguientes conclusiones.

Primera: Los permisos retribuidos constituyen una excepción a la obligación principal de trabajar inherente al objeto del contrato laboral. Esa excepcionalidad encuentra su propósito en la necesidad de atender una finalidad específica, plasmada en la norma a través de un hecho típico. El catálogo de permisos se concentra en el artículo 37.3 TRET, y en 40 TRBEP en lo relativo al personal que presta sus servicios en el sector

[56] Para Blasco Jover sería inadmisible «la cláusula del convenio o del pacto individual o la conducta patronal que negaran la concesión del permiso a uno de los solicitantes cuando fueran dos (o más) los trabajadores de la empresa que reclamaran hacer uso del permiso por el mismo sujeto causante. Del tenor normativo claramente se deduce que el art. 37.3.b). ET no excluye de ninguna manera el caso de que dos o más familiares que trabajen en la misma empresa o departamento puedan disfrutar del permiso aunque el hecho y el sujeto causante sean los mismos. Lo que es tanto como decir que se está ante un derecho personal de cada trabajador y que, como tal, puede ser ejercitado de forma individualizada» (Blasco Jover, 2013: 36). De esta parte se entiende que la solución no puede ser siempre automática, como se trata de justificar.

[57] Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla), núm. 239/1996, de 23 de enero de 1996 (Núm. Rec. 242/1995)

público. Estas disposiciones se configuran como un *numerus clausus*, sin perjuicio de su posible ampliación vía negociación colectiva o pacto individual. El carácter excepcional de estos permisos y su vinculación con la finalidad que los motiva impide realizar interpretaciones extensivas o flexibles de su régimen, ya que estas podrían desequilibrar las obligaciones y derechos de las partes de la relación laboral. En este contexto, el empresario debe ser avisado del uso del permiso y tiene la facultad de exigir una justificación razonable del mismo mediante una actuación prudente. A través de la fiscalización de su uso, incluida en sus poderes de control, el empresario puede verificar que el permiso se ha empleado para atender las necesidades previstas en la norma, estando facultado para ejercer su potestad disciplinaria en caso de uso indebido.

Segunda: El Real Decreto-ley 5/2023 ha procedido a la reforma del marco jurídico de los permisos adaptando nuestro ordenamiento a las exigencias que contempla la Directiva (UE) 2019/1158 sobre conciliación. Si bien esta modernización resultaba necesaria, destacándose al respecto la incorporación de derechos para las parejas de hecho o los convivientes que presten cuidados, la reforma presenta deficiencias en términos técnico-jurídicos que agravan la indeterminación de ciertos conceptos normativos, agravando las incertidumbres interpretativas ya existentes en esta área, la cual ya era conflictiva. Esta situación afecta especialmente a la acreditación de la convivencia, la necesidad de cuidados efectivos, la extensión del permiso de cinco días del permiso por hospitalización o intervención quirúrgica tras el aumento de su duración, así como en la justificación de la situación de reposo. Asimismo, la introducción de un nuevo permiso que pivota sobre un concepto poco definido, el de "fuerza mayor familiar", dificulta la determinación del estándar objetivo que otorga el derecho al mismo. Estas ampliaciones en el ámbito subjetivo y material, junto con la extensión temporal de ciertos permisos aumenta los problemas en cuanto a la superposicion y concurrencia de estos, ocasionando conflictos con difícil solución práctica. Se aprecia, además, una creciente descoordinación entre el régimen de permisos configurados en el TRET y en el TREBEP que no ayuda a su aplicación.

Tercera: El sistema de permisos retribuidos, si bien parco e impreciso en su configuración legal, debe entenderse como de derecho necesario relativo, susceptible de ampliación, precisión y ajuste, a través de otras fuentes normativas de nuestro ordenamiento, especialmente mediante la negociación colectiva. Las normas paccionadas resultan idóneas para ajustar los permisos a las particularidades de cada sector y contexto geográfico. Sin embargo, se evidencia una carencia de regulación en este sentido, lo cual dificulta tanto el acceso como la gestión de los permisos. Resulta necesario que los convenios colectivos se adapten con celeridad a las nuevas disposiciones del TRET, renovando su tenor literal e incorporando a los nuevos sujetos y situaciones previstas. No obstante, dada la tradición negociadora en este campo (que a lo sumo se ocupa de suplementar las medidas previstas en la norma laboral) y la litigiosidad que se suscita en relación con los permisos, resultaría conveniente un desarrollo reglamentario que aclare aspectos formales, como los requisitos de preaviso y justificación, con el fin de reducir la inseguridad jurídica actual.

Cuarta: Para finalizar, se puede expresar que el régimen actual de permisos retribuidos presenta considerables desafíos en términos de precisión normativa, justificación y equilibrio entre los intereses de las partes de la relación laboral, lo cual,

previsiblemente, aumentará la ya elevada litigiosidad en la materia. La interpretación de esta categoría sigue sujeta a la evolución jurisprudencial, lo que se ha evidenciado durante el primer año de vigencia de la reforma. En tanto no se produzca una clarificación normativa o reglamentaria, los operadores jurídicos, los empresarios y las personas trabajadoras continuarán actuando en un terreno incierto, caracterizado por mucha incertidumbre y poca certeza.

6. Bibliografía

ARAGÓN GÓMEZ, Cristina (2024) "La transposición de la Directiva 2019/1158 de conciliación de la vida familiar y profesional al ordenamiento español: análisis de los nuevos permisos por razón de cuidado del Real Decreto-Ley 5/2023, de 28 de junio" *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, Nº. 480, 85-110.

ARIAS DOMÍNGUEZ, Ángel (2024) "Los permisos familiares por fuerza mayor deben ser retribuidos", *Revista de jurisprudencia laboral*, Número 2/2024. Disponible en (Último acceso: 7-10-2024): https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2024-0000000262

BARCELÓN COBEDO, Susana (2024) "Adaptación de jornada, reducciones y permisos en materia de conciliación en el RDL 5/2023", *Temas Laborales*, 171/2024, 103-136.

BASTERRA HERNÁNDEZ, Miguel (2017) "Los permisos retribuidos del artículo 37.3 del ET: un análisis aplicativo", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 195.

BLASCO JOVER, Carolina (2023) "Cuando se cierra una puerta se abre una ventana: el RD ley 5/2023 salva in extremis la esencia de la ley de familias", *Lex Social, Revista De Derechos Sociales*, 13 (2), 1–49. Disponible en (Último acceso 5-11-2024): https://doi.org/10.46661/lexsocial.8310

BLASCO JOVER, Carolina (2013) *Tiempo de trabajo y permisos del trabajador por motivos personales y sindicales*, Valencia: Tirant Lo Blanch.

CABEZA PEREIRO, Jaime (2020) "La Directiva de conciliación de la vida familiar y laboral", *Revista de Derecho Social*, Núm. 92, 2020, 41-80.

CCOO (2020), *La regulación legal y convencional del tiempo de trabajo*, Observatorio de la negociación colectiva. Madrid: Lefebvre.

CREMADES CHUECA, Oriol (2024) "Bienestar de los animales de compañía y derecho del trabajo: convergencias y propuestas" *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, n. 479, 79–114.

DE LA FLOR FERNÁNDEZ, Mª Luisa (2023) "La Directiva sobre conciliación y su trasposición en España", *Temas Laborales*, 168/2023.

MARTÍNEZ JIMÉNEZ, Rocío (2022) "La reordenación de los permisos retribuidos" en Maldonado Montoya, Juan Pablo *et al.* (dir.), *La reordenación del tiempo de trabajo*. Madrid: BOE, 363-401.

MARTÍNEZ YÁÑEZ, Nora María (2020) "Los permisos retribuidos tras un periodo de turbulencias judiciales", *Labos*, Vol. 1, Nº 3, 86-108.

MUÑOZ RUIZ, Ana Belén (2024) "Convenios colectivos "Pet Friendly": ¿avance laboral del futuro?", *El foro de Labos*. Disponible en: https://www.elforodelabos.es/2024/02/convenios-colectivos-pet-friendly-avance-laboral-del-futuro/?utm_source=mailpoet&utm_medium=email&utm_campaign=las-ultimas-newsletter-total-entradas-de-nuestro-blog_5 (Último acceso 21-10-2024).

NIETO ROJAS, Patricia (2023) "La trasposición de la Directiva 2019/1158 de conciliación de la vida familiar y la vida profesional a través del RD Ley 5/2023", *Revista de Estudios Jurídicos Laborales y de Seguridad Social*, 7/2023, 75-102.

ROJO TORRECILLA (2024) "Aplicación de la Directiva (UE) 2019/1158 de 20 de junio", Revista de jurisprudencia laboral, Número 2/2024. Disponible en Último acceso: 7-10-2024): https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2024-00000002619.

SÁNCHEZ TRIGUEROS, Carmen (2020) "Sobre la superposición de permisos a descansos o vacaciones. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de junio de 2020, asunto C-588/18" *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 451, 209-215.

SÁNCHEZ TRIGUEROS, Carmen (1998) *Los permisos retribuidos del trabajador: régimen jurídico de las interrupciones no periódicas, preavisadas y justificadas del contrato de trabajo*. Pamplona: Aranzadi.

SOLÀ I MONELLS, Xavier (2023) *"Las modificaciones introducidas por el Real Decreto-Ley 5/2023, de 28 de junio, en cumplimiento de la Directiva (UE) 2019/1158, de 20 de junio: otro importante paso adelante hacia la conciliación corresponsable", IUSLabor 3/2023.* Accesible en https://raco.cat/index.php/IUSLabor/article/view/420733/516700 (Último acceso 4-11-2024).

VIGO SERRALVO, Francisco (2024) "Algunas dudas interpretativas sobre el permiso por causa de fuerza mayor del art. 37.9 ET" Disponible en (Último acceso: 7-10-2024) https://asesoriajaurbano.com/dudas-interpretativas-permiso-por-causa-fuerza-mayor-art-379/