

La AN considera que tiene carácter retribuido el permiso de horas por fuerza mayor relacionado con familiares o personas convivientes

Se plantea en el recurso si el art. 37.9 del ET, en la redacción dada por el RD-Ley 5/2023, de 28 de junio, genera en favor del trabajador que disfruta de las horas previstas en el mismo - ausencia por fuerza mayor de hasta 4 días al año- un derecho a que tales horas sean retribuidas, o si, por el contrario, el derecho a la retribución únicamente se genera cuando se pacte en el Convenio Colectivo o en un acuerdo de empresa, de forma que ante la ausencia de pacto al respecto no es dable exigir retribución alguna.

Señala la Sala que, conforme a la realidad social sobre la que se plasma la norma, los permisos vinculados a cuidados de familiares y convivientes son ejercitados mayoritariamente por mujeres. Así, cualquier duda interpretativa que pueda surgir debe resolverse efectuando un enjuiciamiento con perspectiva de género, respetando el principio de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres. Ello determina que si el art. 37.9 de ET se interpreta en el sentido de que la retribución de las horas de fuerza mayor se supedita al pacto colectivo expreso, resulta contrario al 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 mermada su retribución por esta causa. En consecuencia, tienen carácter retribuido las ausencias por fuerza mayor reguladas en el precepto.

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Social

Sentencia 19/2024, de 13 de febrero de 2024

RECURSO Núm: 315/2023

Ponente Excmo. Sr. RAMON GALLO LLANOS

En MADRID, a trece de febrero de dos mil veinticuatro.

La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional compuesta por los Sres./as. Magistrados/as citados al margen y

EN NOMBRE DEL REY

Han dictado la siguiente

SENTENCIA

En el procedimiento CONFLICTOS COLECTIVOS 0000315 /2023 seguido por demanda de CONFEDERACION INTERSINDICAL GALEGA (CIG) (Letrada D.ª Marta Carretero Martín), al que se acumularon los procedimientos 325/2023 seguido por demanda de CONFEDERACION GENERAL DEL TRABAJO (Letrada D.ª Teresa Ramos Antuñano) y 327/2023 seguido por demanda de UNION SINDICAL OBRERA (Letrada D.ª M. Eugenia Moreno Díaz) contra UNISONO SOLUCIONES DE NEGOCIO S.A (Letrada D.ª Gracia María Mateos Ruíz); como partes interesadas: FEDERACION DE SERVICIOS DE COMISIONES OBRERAS (Letrada D.ª M. Pilar Caballero Marcos), FEDERACIÓN ESTATAL DE SERVICIOS DE UGT (Letrado D. Roberto Manzano del Pino), SINDICATO DE TRABAJADORES UNIDOS SINDICALMENTE INDEPENDIENTES (TU-SI) (Letrado D. Virgilio Romero Benjumea), CENTRAL SINDICAL

INDEPENDIENTE Y DE FUNCIONARIOS (CSI- F) (Letrada D.^a M. Lourdes Herrezuelo Sánchez), CORRIENTE SINDICAL DE IZQUIERDAS (CSI) (no comparece) sobre CONFLICTO COLECTIVO. Ha sido Ponente el Ilmo./a. Sr./a. D./ña. RAMÓN GALLO LLANOS.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. - Según consta en autos, el día 14 de diciembre de 2.023 se presentó demanda por CIG sobre conflicto colectivo, dicha demanda fue registrada con el número 315/2023 por Decreto de fecha 14 de diciembre de 2023 señalándose como fecha para la celebración de los actos de conciliación y vista el día 7 de febrero de 2.024.

Segundo. - El día 19 de diciembre de 2.023 se presentó demanda por CGT que fue registrada con el número 325/2023. Por Auto de fecha 20 de diciembre de 2.023 se acordó acumular a la demanda registrada bajo el número 315/2023 la demanda registrada bajo el número 325/23 manteniendo la fecha prevista para los actos de conciliación y juicio.

Tercero. - El día 22 de diciembre de 2.023 se presentó demanda por parte de USO que fue registrada con el número 327/2023. Por Auto de fecha 20 de diciembre de 2023 se acordó a la demanda registrada bajo el número 315/2023 la demanda registrada bajo el número 327/23 manteniendo la fecha prevista para los actos de conciliación y juicio.

Cuarto- Los actos de conciliación y juicio, tuvieron lugar el día previsto para su celebración, y resultando la conciliación sin avenencia, se inició el acto del juicio.

La letrada de CIG se afirmó y ratificó en su escrito de demanda y se adhirió a las de CGT y USO, solicitando se dictase sentencia que:

a) Declare que el permiso regulado en el artículo 37.9 ET tiene carácter retribuido, sin necesidad de que así se indique en convenio colectivo o acuerdo entre la empresa y la representación legal de las personas trabajadoras.

b) Condene a la demandada a estar y pasar por la declaración anterior.

En sustento de su pretensión señaló que la empresa tiene centros de trabajo en diversas CCAA, gozando CIG con representación en el centro de Vigo, precisando que el objeto del presente Convenio es la impugnación del comunicado emitido por la empresa demandada el día 10 de noviembre de 2.023 remitió un comunicado considerando que a falta de regulación en el Convenio colectivo o de acuerdo de empresa al respecto el permiso del art. 37.9 del E.T no era retribuido.

Defendió el carácter retribuido del permiso con arreglo a la interpretación gramatical el art. 37.9 del E.T, así como en la Exposición de Motivos del RD. Ley que lo introdujo en nuestra legislación.

La letrado de CGT, tras adherirse a las otras dos demandas presentadas, se afirmó y ratificó en la suya solicitando se dictase sentencia en la que el derecho de las personas trabajadoras a la retribución de las horas de ausencia por razones de fuerza mayor, de hasta 4 días al año, según establece el art.37.9 ET, que hayan podido disfrutar.

Hizo descansar su pretensión en idénticos hechos que CGT si bien recalcó que con anterioridad a la comunicación de 10-11-2.023 la empresa había reconocido el carácter retribuido del permiso, y que tras la comunicación CGT se abrió a negociar un acuerdo de empresa no siendo atendida tal petición, y en cuanto a su fundamentación jurídica hizo referencia al Considerando 29 de la Directiva 2019/1158 así como al art. 7 de la misma, siendo la norma nacional de trasposición el RD-Ley 5/2023.

La letrado de USO, tras adherirse al resto de demandas se afirmó y ratificó en su escrito de demanda solicitando se dictase sentencia en la que se declare el carácter retribuido de las ausencias por fuerza

mayor de hasta 4 días al año reguladas en el art. 37.9 E. T. y, en consecuencia, se reconozca el derecho de las personas trabajadoras a la retribución de las horas de ausencia por razones de fuerza mayor, de hasta 4 días al año, del art.37.9 ET, que hayan podido disfrutar.

Aduciendo los mismos hechos que las anteriores demandantes, agregó en sustento de su fundamentación jurídica lo referido en el anteproyecto y en el proyecto de Ley de familias que precedieron al RD Ley 5/2023.

CCOO, UGT Y TUSI se adhirieron a las demandas.

La empresa demandada se opuso a la demanda solicitando el dictado de sentencia desestimatoria de la misma.

Reconoció los aspectos fácticos de la demanda, precisando que tras la promulgación la empresa consideró que el denominado permiso por fuerza mayor era retribuido, lo que atribuyó a un erróneo asesoramiento, que fue corregido a raíz de la comunicación de fecha 10-11-2.023.

Con carácter procesal invocó las excepciones de:

- Inadecuación de procedimiento por no existir un conflicto actual y real, puesto que no se ha instado una negociación de carácter sectorial.
- Falta de agotamiento de la vía previa por no haberse sometido la cuestión a la Comisión Paritaria del Convenio colectivo, pues afecta a permisos reconocidos en la norma colectiva como permisos no retribuidos como las horas por visitas médicas (art. 31 del C col de Contact Center). Invocó al respecto la SAN dictada en los autos 375/2018.

En cuanto al fondo precisó:

- Que la interpretación gramatical de la norma ha de llevar concluir que el carácter retribuido debe fijarse en el Convenio colectivo o en el Acuerdo de empresa y que a falta de estos no cabe solicitar alguna remitiéndose a lo razonado en la STS de 3-3-2.023 con relación a la compensación de gastos en situaciones de Trabajo a distancia.
- Que la interpretación sistemática ha de llevar a idéntica conclusión por cuanto que el permiso de regula en el apartado 9 del art. 37 y no en el apartado 3.
- Que la norma europea que se traspone no impone que el permiso sea retribuido.

Quinto.- En la tramitación de las presentes actuaciones se han observado todas las formalidades legales.

Resultado y así se declaran, los siguientes

HECHOS PROBADOS

PRI MERO. - La empresa demandada que explota centros de trabajo radicados en más de un Comunidad Autónoma rige sus relaciones laborales con arreglo al III Convenio Colectivo del sector del Contact Center suscrito con fecha 14 de marzo de 2023, de una parte por la Asociación de Compañías de Experiencia con Cliente (CEX), en representación de las empresas del sector, y de otra por los sindicatos CCOO, y UGT y fue publicado en el BOE de fecha 9-6-2.023.

SEGUNDO.- Los sindicatos CIG, CGT y USO tienen implantación en la empresa demandada.- conforme-

TERCERO.- Obra en el descriptor 78 el Anteproyecto de Ley de Familias elaborado por el Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030 que damos íntegramente por reproducido. Igualmente damos por

reproducido el descriptor 79 en el que obra el Proyecto de Ley de Familias publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 14-4-2023.

CUARTO.- Con ocasión de los acuerdos adoptados en el Consejo de Ministros celebrado el día 27 de junio de 2023 la Vicepresidencia Segunda del Gobierno y el Ministerio de Trabajo y Economía Social emitieron una nota informativa con el texto obrante en el descriptor 85 que damos por reproducido si bien nos interesan destacar los siguientes pasajes:

"En el Consejo de Ministros celebrado hoy El Gobierno refuerza el derecho a la conciliación y a la protección a las personas trabajadoras... La norma contempla permisos retribuidos de 5 días en caso de accidente o enfermedad graves y de 4 días en casos de fuerza mayor...

...27 de junio de 2023.- El Consejo de Ministros ha aprobado el Real Decreto- ley 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.

La norma incluye la trasposición de 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*.

Además, se establece el permiso para ausentarse del puesto de trabajo con derecho a remuneración. Se contemplan:

...

4 días retribuidos para el nuevo derecho a ausentarse del trabajo por causa de fuerza mayor cuando sea necesario por motivos familiares urgentes e imprevisibles, en caso de enfermedad o accidente que hagan indispensable su presencia inmediata. "

QUINTO.- Tras la entrada en vigor del RD Ley 5/2023 la empresa demandada consideró que las horas de ausencia reguladas en el art. 37.9 E. T debían ser retribuidas.- conforme-.

SEXTO.- El 10-11-2023 la empresa remitió un correo a las secciones sindicales en los términos siguientes:

"Informaros que, respecto al permiso retribuido por horas de ausencia equivalentes hasta 4 días para "causa de fuerza mayor 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", aunque en un primer momento, con carácter conservador, mantuvimos el carácter retribuido del mismo, una nueva revisión de dicho precepto en profundidad, unido al estudio de la reciente doctrina administrativa sobre el asunto, nos lleva a concluir que dicho permiso tiene carácter NO retribuido salvo que el convenio colectivo, o en su defecto acuerdo con la empresa, indique lo contrario"

- descriptor 2-.

Dicho correo fue respondido por CGT el mismo día en los términos siguientes: " Desde CGT Unisono Madrid solicitamos el inicio de un proceso negociador para llegar a un acuerdo, tal y como se indica en el Estatuto de los Trabajadores art. 37.9 "

SÉPTIMO. - El día 12 de diciembre de 2023 se celebró intento de mediación ante el SIMA extendiéndose acta de desacuerdo.

Se han cumplido las previsiones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-, La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional es competente para conocer del presente proceso de conformidad con lo dispuesto en los artículos 9, 5 y 67 de la Ley Orgánica 6/85, de 1 de julio, del Poder Judicial, en relación con lo establecido en los artículos 8.1 y 2 g) de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social.

SEGUNDO.- De conformidad con el art. 97.2 de la LRJS los hechos declarados probados se fundan bien en hechos conformes o se deducen de cada uno de los descriptores que en los mismos señalan.

TERCERO.- Por los tres sindicatos actores se solicita que la Sala dicte sentencia declarando el carácter retribuido en todo caso de las denominadas horas de ausencia reguladas en el apartado 9 del art. 37 del E.T, pretensión ante la cual la empresa ha opuesto sendas excepciones de carácter procesal que impedirían un pronunciamiento respecto del fondo del asunto.

I.- En primer lugar se aduce la inadecuación de procedimiento al entender que no existe un conflicto real y actual, puesto que no consta si quiera intentada una negociación de carácter sectorial al respecto.

La excepción debe rechazarse, puesto que en este caso concurre idéntica situación a la examinada en la STS de 3-4-2.018- rec 106/2.017- en la que se concluyó que existía una situación de conflicto real y actual, procedemos a transcribir cuanto razonaba el Alto Tribunal en la misma por considerar que resulta perfectamente extrapolable al presente caso:

"el ejercicio de la acción de conflicto colectivo se halla condicionado su justificación por la existencia de una verdadera controversia y la concurrencia de una necesidad de protección jurídica que, por tanto, no puede quedar huérfana de tutela judicial. Ello ha de llevarnos a analizar el supuesto concreto a fin de evitar el planteamiento de cuestiones futuras o hipotéticas (lo hemos reiterado en la STS/4.ª de 29 junio 2015 -rcud. 2400/2014 - y las que allí se citan).

El conflicto colectivo jurídico presupone una controversia que puede ser solventada aplicando una norma jurídica, pues lo que se cuestiona es la existencia, el alcance, el contenido o los sujetos de una relación jurídica disciplinada por la ley o por el convenio colectivo, o afectada por decisión o práctica de empresa, en tanto se están cambiando de alguna manera las condiciones de trabajo y, como es lógico, surge la controversia.

Y esto es sin duda lo que aquí acontece pues el sustrato preprocesal sobre el que se asienta la demanda se halla constituido por la discrepancia del sujeto colectivo legitimado -el sindicato- frente a una decisión empresarial de alcance colectivo que -en mayor o menor medida (esto es lo que se debate)- altera la situación previa existente.

El conflicto es real porque la decisión empresarial no goza de la aquiescencia del sindicato demandante -y los adheridos a la demanda-, de cuya legitimación no se suscita duda; y es actual porque tal decisión ha entrado ya en vigor y supone un cambio sobre el sistema de utilización de vehículos existente. Por tanto, con independencia del número de los concretos trabajadores que puedan finalmente ser contrarios a sus efectos, despliega los mismos sobre el colectivo de potencialmente afectados ".

En efecto, en nuestro caso, la situación de un conflicto interpretativo real y actual y de carácter interpretativo de una norma legal, se evidencia en la reacción sindical ante la postura manifestada por la empresa de considerar como no retribuidas las horas de ausencia del vigente artículo 37.9 E.T, sin que sea presupuesto necesario intentar una negociación colectiva a nivel sectorial.

II.- Igualmente y con invocación del art. 91 E.T en relación con los arts. 80, 88 y 31 del Convenio colectivo del III Convenio colectivo del Contact Center se ha aducido la excepción de falta de

agotamiento de la vía previa por cuanto que la cuestión no ha sido sometida al dictamen de la Comisión Paritaria Sectorial.

El art. 91 ET dispone lo siguiente:

"1. Sin perjuicio de las competencias legalmente atribuidas a la jurisdicción social, el conocimiento y resolución de las cuestiones derivadas de la aplicación e interpretación de los convenios colectivos corresponderá a la comisión paritaria de los mismos.

2. No obstante lo establecido en el apartado anterior, en los convenios colectivos y en los acuerdos a que se refiere el artículo 83.2 y 3, se podrán establecer procedimientos, como la mediación y el arbitraje, para la solución de las controversias colectivas derivadas de la aplicación e interpretación de los convenios colectivos. El acuerdo logrado a través de la mediación y el laudo arbitral tendrán la misma eficacia jurídica y tramitación que los convenios colectivos regulados en esta ley, siempre que quienes hubiesen adoptado el acuerdo o suscrito el compromiso arbitral tuviesen la legitimación que les permita acordar, en el ámbito del conflicto, un convenio colectivo conforme a lo previsto en los artículos 87, 88 y 89.

Estos acuerdos y laudos serán susceptibles de impugnación por los motivos y conforme a los procedimientos previstos para los convenios colectivos. Específicamente cabrá el recurso contra el laudo arbitral en el caso de que no se hubiesen observado en el desarrollo de la actuación arbitral los requisitos y formalidades establecidos al efecto, o cuando el laudo hubiese resuelto sobre puntos no sometidos a su decisión.

3. En los supuestos de conflicto colectivo relativo a la interpretación o aplicación del convenio deberá intervenir la comisión paritaria del mismo con carácter previo al planteamiento formal del conflicto en el ámbito de los procedimientos no judiciales a que se refiere el apartado anterior o ante el órgano judicial competente.

4. Las resoluciones de la comisión paritaria sobre interpretación o aplicación del convenio tendrán la misma eficacia jurídica y tramitación que los convenios colectivos regulados en esta ley.

5. Los procedimientos de solución de conflictos a que se refiere este artículo serán, asimismo, de aplicación en las controversias de carácter individual, cuando las partes expresamente se sometan a ellos."

Partiendo del contenido de este precepto legal es claro que las Comisiones Paritarias que puedan crear los convenios colectivos no pueden tener competencias para resolver conflictos como el presente en el que lo que se discute es la interpretación de una norma legal, y ello con independencia de que la norma cuya interpretación resulta controvertida pueda tener una incidencia tangencial en el Convenio colectivo.

No resulta de aplicación en el presente caso lo que razonábamos en nuestra SAN de 9-4-2018 (autos 375/2017) por cuanto que el conflicto versaba sobre la aplicación que un determinada empresa efectuaba de la distribución irregular de la jornada, la cual estaba expresamente regulada en el convenio colectivo en virtud de la remisión a la negociación colectiva que se contiene en el art. 34.2 E.T, lo que no sucede en el presente caso, en el que el principal argumento de la empresa para no retribuir las denominadas horas de fuerza mayor reguladas en el vigente art. 37.9 E.T es precisamente que no se encuentran reguladas ni en el Convenio colectivo, ni en Acuerdo de empresa.

CUARTO.- No existiendo, a juicio de la Sala, objeciones procesales a que la Sala efectúe un pronunciamiento respecto del fondo del asunto, la cuestión a resolver no es otra que determinar si la empresa, en un supuesto como el actual que no existe desarrollo por pacto colectivo (ya sea mero acuerdo de empresa, ya Convenio colectivo estatutario) del art. 37.9 E. T en la redacción dada al mismo por el RD Ley 5/2023, está obligada a retribuir las horas de ausencia por fuerza mayor previstas

en el referido precepto, teniendo en cuenta que hasta el 10-11-2023 se había mostrado proclive a su retribución.

La primera cuestión debemos resolver es si el vigente art. 37.9 del E.T genera en favor del trabajador que disfrute de las horas previstas en el mismo un derecho a que tales horas sean retribuidas de origen legal, o, si por el contrario el derecho a la retribución de las mismas únicamente se genera cuando se pacte en el Convenio colectivo o en acuerdo de empresa, de forma que ante la ausencia de pacto al respecto no es dable exigir retribución alguna.

Por lo tanto, toca interpretar el art. 37.9 E. T conforme a criterios de interpretación literal o gramatical, sistemática, lógica o finalista y sociológica del precepto, criterios hermenéuticos estos previstos en el art. 3 del Cc a la hora de interpretar las normas de eficacia general (*"Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas"*).

1.-Interpretación literal o gramatical

Los términos en los que está redactado el art. 37.9 del E.T son los siguientes:

"La persona trabajadora tendrá derecho a ausentarse del trabajo por causa de fuerza mayor 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.

Las personas trabajadoras tendrán derecho a que sean retribuidas las horas de ausencia por las causas previstas en el presente apartado equivalentes a cuatro días al año, conforme a lo establecido en convenio colectivo o, en su defecto, en acuerdo entre la empresa y la representación legal de las personas trabajadoras aportando las personas trabajadoras, en su caso, acreditación del motivo de ausencia."

Aun cuando se pueda objetar que la redacción del párrafo 2.º del precepto resulta mejorable, consideramos que es claro que el primer inciso del mismo reconoce un derecho a que la persona que se ausente del trabajo por las causas previstas en el párrafo 1.º del mismo mantenga su derecho a la retribución, y que 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 perjuicio de que por aplicación de los principios de norma mínima y norma más favorable, mediante dichos pactos colectivos puedan reconocerse bien derechos adicionales, bien mejorar los términos del derecho que reconoce la ley.

Para reforzar este argumento hemos de señalar que el legislador cuando quiere supeditar un derecho su eventual reconocimiento en un Convenio colectivo o en un acuerdo de empresa no efectúa el reconocimiento del derecho en términos tan absolutos como lo hace en este precepto. Así si acudimos al art. 34.4 E.T (*" Siempre que la duración de la jornada diaria continuada exceda de seis horas, deberá establecerse un periodo de descanso durante la misma de duración no inferior a quince minutos. Este periodo de descanso se considerará tiempo de trabajo efectivo cuando así esté establecido o se establezca por convenio colectivo o contrato de trabajo."*), vemos que establece una forma clara de supeditación del derecho (en este caso a la consideración de la pausa como trabajo efectivo), a lo que se pacte de forma colectiva. Ello en nuestro caso implicaría la utilización de una fórmula similar a la siguiente: *" Las personas trabajadoras tendrán derecho a que sean retribuidas las horas de ausencia por las causas previstas en el presente apartado equivalentes a cuatro días al año cuando así se haya pactado en Convenio colectivo o en acuerdo de empresa"*, términos estos que no aparecen en la redacción del art. 37.9 E.T.

Se puede objetar a esta interpretación que el precepto - lo que sucede además con el resto de los permisos retribuidos del art. 37.3 E.T no especifica cual debe ser la retribución de las denominadas horas por fuerza mayor-, y por ello no puede exigirse retribución alguna en cuanto que no se concrete en acuerdo colectivo- como razonó interpretando esta Sala los arts. 7 y 11 de la Ley 10/2021 de trabajo a distancia- pero ello como veremos a continuación resulta innecesario pues el propio ordenamiento jurídico nos da las pautas concretas y específicas para fijar la misma.

En efecto, la jurisprudencia viene considerando que toda norma pactada o práctica de empresa que implique merma de la retribución por el hecho de disfrutar un permiso retribuido vinculado con los derechos de conciliación implica una discriminación indirecta por razón de género- SAN de 19-6-2.023 - autos 114/2023-, y la Sala IV del TS desde la STS -12-2.019 - rec. 141/2018-, aplicando los art. 3 y 6.2 de la LO 3/2007 de Igualdad efectiva de mujeres y hombres.

2.-Interpretación sistemática

Para efectuar una interpretación sistemática del precepto, hemos de tener en cuenta, que con anterioridad a la introducción del precepto, las interrupciones de la prestación laboral por causas de fuerza mayor de carácter temporal estaban reguladas en los arts. 45. 1 l) y 47. 5 y 6, como causas de suspensión del contrato de trabajo en las que el empleador estaba exonerado de retribuir, conforme al art. 45.2 E. T, encontrándose mientras tanto el trabajador en situación legal de desempleo para el trabajador (art. 267. 1 b), 2.º de la LGSS) susceptible de generar una prestación o un subsidio por esta causa.

Sin embargo, el legislador al introducir en nuestra legislación el referido precepto, que no viene a sino a regular un derecho a la interrupción de la prestación, cuando se genera una situación de fuerza mayor en la esfera familiar o de convivencia de la persona trabajadora, no la desarrolla en el art. 47- como se hizo con la fuerza mayor impropia derivada de lo que tradicionalmente venía denominándose "factum prínceps" -"limitaciones en la actividad normalizada de la empresa que sean consecuencia de decisiones adoptadas por la autoridad pública competente, incluidas aquellas orientadas a la protección de la salud pública"-, sino que lo regula en el art. 37 del E.T rubricado como "Descanso semanal, fiestas y permisos.", precepto este que regula interrupciones en la prestación de servicios que en principio son retribuidas, debiendo significarse que en este artículo cuando la ausencia acarrea la pérdida consiguiente del salario (apartados 4 a 7 del art. 37), así se expresa en el precepto.

Por lo tanto, no puede aceparse la tesis defendida por la empresa según la cual el hecho de que este permiso de horas por fuerza mayor no esté regulado en el art. 37.3 E.T, implica que la ley no reconozca que la ausencia deba ser retribuida.

3.- Interpretación histórica y finalista

Tanto la Exposición de motivos del RD Ley 5/2023, como los trabajos que precedieron el mismo en lo que hoy toca- el ante proyecto y el proyecto de la Ley de Familias que no llegaron a tramitarse definitivamente al concluir la anterior legislatura- justifican la introducción del apartado 9 del art. 37 en la necesidad de trasposición de la Directiva 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.

De dicha directiva nos interesa reproducir los siguientes pasajes:

- los considerandos 28 y 29 que refieren lo siguiente:

" (28) Además del derecho al permiso para cuidadores establecido en la presente Directiva, todos los trabajadores deben conservar su derecho a ausentarse del trabajo, sin menoscabo de sus derechos laborales adquiridos o en proceso de adquisición, por causa de fuerza mayor por motivos familiares

urgentes o inesperados, que en la actualidad se regula en la Directiva 2010/18/UE, *en las condiciones establecidas por los Estados miembros.*

(32) Aunque los Estados miembros pueden decidir libremente si conceden una remuneración o una prestación económica en el permiso para cuidadores, se les anima a que introduzcan dicha remuneración o prestación, a fin de garantizar que los cuidadores ejerzan realmente este derecho, en particular los hombres.."

- el art. 7 Ausencia del trabajo por causa de fuerza mayor

"Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que cada trabajador tenga derecho a ausentarse del trabajo por causa de fuerza mayor, por motivos familiares urgentes, en caso de enfermedad o accidente que hagan indispensable la presencia inmediata del trabajador. Los Estados miembros podrán limitar el derecho de cada trabajador a ausentarse del trabajo, por causa de fuerza mayor, a un tiempo determinado por año, por caso, o por año y por caso."

La Directiva no impone que la ausencia del trabajo por fuerza mayor sea retribuida, sino que deja a la opción del legislador nacional que sea retribuida o no, sin embargo, efectúa una recomendación a los distintos estados a que sea de carácter retribuido.

Partiendo de lo anterior, la lectura de los referidos trabajos previos a los que se ha hecho referencia (Anteproyecto y proyecto de ley de familias) a la hora de configurar este permiso recalcan su carácter retribuido sin más sin supeditarlos a pacto alguno.

Y la propia Exposición de Motivos de la norma expresa a la hora de referirse al art. 37.9 E.T recoge el guante lanzado en el considerando 32 de la Directiva opta porque el permiso sea retribuido en todo caso:

"Se introduce un nuevo apartado 9 al citado artículo 37, en el que se transpone el artículo 7 de la Directiva 2019/1158, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, *que da respuesta a aquellas situaciones, distintas de las de los permisos de cuidadores y parentales, que permiten a las personas trabajadoras ausentarse por razones justificadas de urgencia familiar y que requieren la presencia inmediata de aquéllas. Tal y como se recoge en el considerando 28 de la Directiva, se refiere a "motivos familiares urgentes o inesperados", esto es, a la necesidad de atender sucesos esporádicos, previéndose como retribuidas las horas equivalentes a cuatro días al año, sin perjuicio de lo que al respecto pudieran establecer los convenios colectivos.*"

En consonancia con lo anterior la Nota Informativa que emitió la Vicepresidencia 2.ª del Gobierno y el Ministerio de Trabajo Economía social de la que se da cuenta en el hecho probado cuarto de esta resolución recalca que la intención del Gobierno es que los 4 días de horas de ausencia por fuerza mayor familiar sean retribuidos.

4. - Interpretación sociológica.-

La realidad social sobre la que se plasma esta norma ha sido puesta de manifiesta por la jurisprudencia, por todas la ya citada STS 9-12-2019, y no es otra que los permisos vinculados a cuidados de familiares y convivientes son ejercitados mayoritariamente por mujeres. Esta misma descripción de la realidad social es la que se deduce de los considerandos de la Directiva 2019/1158 que pretende transformar la misma favoreciendo mecanismos que faciliten la corresponsabilidad en la asunción de los deberes familiares.

Partiendo de lo anterior, cualquier duda interpretativa que pueda surgir debe resolverse efectuando un enjuiciamiento con perspectiva de género, teniendo el carácter informador del Ordenamiento Jurídico del principio de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres conforme proclama el art. 4 de la LO 3/2.007, de forma que dicha igualdad sea verdaderamente efectiva.

Pues bien, la interpretación que postula la empresa según la cual la retribución de las meritadas horas de fuerza mayor se supedita al pacto colectivo expreso, resulta contrario 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 mermada su retribución por esta causa, a la par, que supone un desincentivo para que los hombres asuman el deber de corresponsabilidad en las cargas familiares.

QUINTO.- Siendo lo razonado en el anterior fundamento de derecho de por sí suficiente para estimar las tres demandas interpuestas, desciendo al caso concreto y admitiendo a efectos dialécticos que para que el permiso de horas por fuerza mayor regulado en el art. 37.9 E.T genere derecho a retribución es necesaria la previsión al respecto en Convenio colectivo o acuerdo de empresa, en el caso que nos ocupa debería estimarse la demanda.

En efecto, consta, y así incluso se ha alegado por la letrada de la empresa demandada y se deduce de los términos de la comunicación de 10-11-2.023, que tras la promulgación del RD Ley 5/2023 la política de la empresa fue considerar que dichas horas fuesen retribuidas, lo que en todo caso supondría una decisión empresarial de efectos colectivos que mejoraría la ley, la cual sólo sería alterable acudiendo al procedimiento de MSCT del art. 41 del E.T.

Para enervar su conclusión se viene a señalar que su posición inicial se debió a un consentimiento viciado. Al respecto, se aduce que tal decisión estuvo motivada por "un error" - nada se argumenta al respecto de que el mismo fuese vencible o invencible o excusable o inexcusable, con la trascendencia que tales matices tiene de cara una eventual nulidad de una declaración de voluntad- y que la lectura de "doctrina administrativa"- se omite cualquier cita a artículo doctrinal alguna o resolución administrativa que de modo contundente avale su tesis-, le ha llevado a la conclusión que defiende en el juicio y que corrige su error.

Tales argumentos no son suficientes para evidenciar cualquier vicio de la voluntad, máxime teniendo en cuenta los recursos que una empresa de la entidad de la demandada dispone para asesorarse jurídicamente.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Previa desestimación de las excepciones de inadecuación de procedimiento y falta de agotamiento de la vía previa y ESTIMANDO LAS DEMANDAS interpuestas por CIG, CGT y USO a las que se han adherido CCOO, UGT, TUSI Y CSIF contra UNISO NO SOLUCIONES DE NEGOCIO S.L declaramos el carácter retribuable de las ausencias por fuerza mayor de hasta 4 días al año reguladas en el art. 37.9 E. T. y, en consecuencia, se reconozca el derecho de las personas trabajadoras a la retribución de las horas de ausencia por razones de fuerza mayor, de hasta 4 días al año, del art.37.9 ET, que hayan podido disfrutar, condenando a la empresa a estar y pasar por dichas declaraciones.

Notifíquese la presente sentencia a las partes advirtiéndoles que, contra la misma cabe recurso de Casación ante el Tribunal Supremo, que podrá prepararse ante esta Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en el plazo de CINCO DÍAS hábiles desde la notificación, pudiendo hacerlo mediante manifestación de la parte o de su abogado, graduado social o representante al serle notificada, o mediante escrito presentado en esta Sala dentro del plazo arriba señalado.

Al tiempo de preparar ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional el Recurso de Casación, el recurrente, si no goza del beneficio de Justicia Gratuita, deberá acreditar haber hecho el depósito de 600 euros previsto en art. 229.1.b de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, y, en el caso de haber sido condenado en sentencia al pago de alguna cantidad, haber consignado la cantidad objeto de

condena de conformidad con el art. 230 del mismo texto legal, todo ello en la cuenta corriente que la Sala tiene abierta en el Banco de Santander Sucursal de la Calle Barquillo 49, si es por transferencia con el (IBAN ES55) n.º 0049 3569 92 0005001274 haciendo constar en las observaciones el n.º 2419 0000 67 0315 23; si es en efectivo en la cuenta n.º 2419 0000 67 0315 23, pudiéndose sustituir la consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario, en el que conste la responsabilidad solidaria del avalista.

Llévese testimonio de esta sentencia a los autos originales e incorpórese la misma al libro de sentencias.

Así por nuestra sentencia lo pronunciamos, mandamos y firmamos.