



**AUD.NACIONAL SALA DE LO SOCIAL
MADRID**

SENTENCIA: 00009/2020

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Social

***Letrada de la Administración de Justicia
D^a. MARTA JAUREGUIZAR SERRANO***

SENTENCIA N^o: 9/2020

Fecha de Juicio: 8/1/2020

Fecha Sentencia: 21/1/2020

Fecha Auto Aclaración:

Tipo y núm. Procedimiento: CONFLICTOS COLECTIVOS 0000245 /2019

Proc. Acumulados: 5/2020

Ponente: D. RAMÓN GALLO LLANOS

Demandante/s: FEDERACION DE SERVICIOS A LA CIUDADANIA DE COMISIONES OBRERAS, CONFEDERACION GENERAL DEL TRABAJO

Demandado/s: ATENTO TELESERVICIOS ESPAÑA SL, CONFEDERACION INTERSINDICAL GALLEGA, FEDERACION DE SERVICIOS MOVILIDAD Y CONSUMO DE UGT, SINDICATO DE TRABAJADORES DE COMUNICACIONES, CENTRAL SINDICAL INDEPENDIENTE Y DE FUNCIONARIOS, UNION SINDICAL OBRERA

Resolución de la Sentencia: ESTIMATORIA PARCIAL

Breve Resumen de la Sentencia: *Reclamándose por CCOO y CGT frente a la empresa ATENTO TELESERVICIOS ESPAÑA SL que se reconozca el derecho de los trabajadores afectados por el conflicto a disfrutar los permisos semanales íntegros, sin que puedan solaparse con días festivos, compensándose en su caso los supuestos que se produzcan de solapamiento y el derecho a disfrutar sin ningún condicionante ni detracción económica el permiso acumulado de lactancia y seguidamente la excedencia por cuidado de hijo la AN desestima la primera de las pretensiones y acoge la segunda.*

La coincidencia de un día de descanso semanal en festivo no genera para el trabajador un día de descanso adicional fuera de los supuestos expresamente previstos en el art. 37.2 tal y como ya puso de manifiesto esta sala en SAN de 3-2-1997, sin que el descanso en festivo tenga reconocimiento alguno en la Directiva 88/2003.

Cuando un trabajador opta de acuerdo con el art 32.1 convenio del contact center por disfrutar del permiso acumulado de 15 días naturales para cuidado del lactante, no asume el compromiso de permanecer de alta en la empresa hasta que el menor objeto de cuidado cumpla nueve meses.



AUD.NACIONAL SALA DE LO SOCIAL

-
GOYA 14 (MADRID)
Tfno: 914007258
Correo electrónico:

Equipo/usuario: BLM

NIG: 28079 24 4 2019 0000259
Modelo: ANS105 SENTENCIA

CCO CONFLICTOS COLECTIVOS 0000245 /2019

Procedimiento de origen: /
Sobre: CONFLICTO COLECTIVO

Ponente Ilmo. Sr: D. RAMÓN GALLO LLANOS

SENTENCIA 9/2020

ILMO/A. SR./SRA.PRESIDENTE:
D^a EMILIA RUIZ-JARABO QUEMADA,

ILMOS/AS. SRES./SRAS. MAGISTRADOS/AS :
D. RAMÓN GALLO LLANOS
D^a MARÍA CAROLINA SAN MARTÍN MAZZUCCONI

En MADRID, a veintiuno de enero de dos mil veinte.

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 0000245 /2019 seguido por demanda de FEDERACION DE SERVICIOS A LA CIUDADANIA DE COMISIONES OBRERAS (letrado D. Ángel Martín) y CONFEDERACION GENERAL DEL TRABAJO (letrada D^a Teresa Ramos) contra ATENTO TELESERVICIOS ESPAÑA SL (letrado D. Enrique García), CONFEDERACION INTERSINDICAL GALLEGA (letrada D^a Rosario Martín), FEDERACION DE SERVICIOS MOVILIDAD Y CONSUMO DE UGT (letrado D. Roberto Manzano), SINDICATO DE TRABAJADORES DE COMUNICACIONES (letrado D. Pedro Feced), CENTRAL SINDICAL INDEPENDIENTE Y DE FUNCIONARIOS (letrado D. Pedro Poves), UNION SINDICAL OBRERA (letrada D^a M^a Eugenia Moreno), sobre CONFLICTO COLECTIVO. Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. D. RAMÓN GALLO LLANOS.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Según consta en autos, el día 30/10/2019 se presentó demanda por FSC-CCOO sobre CONFLICTO COLECTIVO.

Segundo.- La Sala acordó el registro de la demanda y designó ponente, con cuyo resultado se señaló el día 8/1/2020 a las 10:30 para los actos de intento de conciliación y, en su caso, juicio, al tiempo que se accedía a lo solicitado en los otrosíes de prueba.

El 3/1/2020 se presentó demanda por CGT que fue registrada con el número 5/2020.

Tercero.- Los actos de conciliación y juicio, tuvieron lugar el día previsto para su celebración, acordándose, previa audiencia a las partes la acumulación de la demanda 5/2020 a la demanda 245/2019, resultando la conciliación sin avenencia, se inició el acto del juicio en el que:

El letrado de CCOO se afirmó y ratificó en su demanda solicitando se dictase sentencia en la que se declare:

- el derecho de los trabajadores afectados por el conflicto a disfrutar los permisos semanales íntegros, sin que puedan solaparse con días festivos, compensándose en su caso los supuestos que se produzcan de solapamiento.
- el derecho de los trabajadores a disfrutar sin ningún condicionante ni detracción económica el permiso acumulado de lactancia y seguidamente la excedencia por cuidado de hijo.

En sustento de dichas pretensiones alegó que las relaciones laborales en el seno de la demanda se rigen por II Convenio Colectivo de ámbito estatal del sector de Contact Center publicado en el BOE de 12 de julio de 2017, rigiendo también en la misma un acuerdo de compensación de festivos; que en la demandada existe personal que presta servicios en fines de semana (sábado y domingo), realizando el descanso semanal otros días de la semana, y que a dicho personal, cuando es festivo el día en el que realiza el descanso, no se le compensa con un día festivo adicional.

Por otro lado, señaló que el art. 32 del Convenio de aplicación prevé que la reducción de jornada para el cuidado de hijo lactante menor de 9 meses pueda disfrutarse de forma acumulada en los quince días siguientes a la baja por maternidad/paternidad y que la empresa a los trabajadores que una vez finalizados los 15 días de lactancia solicitan excedencia por cuidado de hijos, les detrae de sus haberes parte de los salarios devengados en tales días.

La letrado de CGT se afirmó y ratificó en su escrito de demanda solicitando se citase sentencia en idénticos términos a los solicitados por CCOO, alegando para ello los mismos hechos.

A las peticiones de los demandantes se adhirieron el resto de las organizaciones sindicales demandadas.

Respecto del solapamiento de descanso en festivo, tras referir que en la empresa existen trabajadores que descansan los sábados y domingos, y trabajadores que descansan cada dos semanas en fin de semana, descansando el resto de las semanas otros días consecutivos, alegó que tal solapamiento no da derecho a descanso adicional si no se supera la jornada máxima en su cómputo anual, que en el Convenio de aplicación es de 1764 horas semanales, y explicó la forma en la que la empresa distribuía tal jornada, de manera que en ningún caso de sobrepasaba la jornada máxima anual.

Respecto de la segunda de las peticiones consideró que para tener derecho a la acumulación de las horas de lactancia debía existir una efectiva prestación de servicios durante los 9 primeros meses de vida del lactante, de manera que si tras disfrutar de la acumulación de horas de lactancia previstas en el Convenio se causaba baja en la empresa antes de que el lactante cumpliera nueve meses, resultaba ajustada a derecho la detracción de los salarios abonados durante los 15 días de lactancia de manera proporcional al periodo de dejado de trabajar hasta que el lactante cumpliera los 9 meses.

Tras lo cual, se acordó el recibimiento del juicio a prueba proponiéndose y practicándose la documental y la testifical, tras lo cual las partes elevaron a definitivas sus conclusiones.

El letrado de la empresa demandada solicitó el dictado de sentencia desestimatoria de la demanda.

Cuarto.- De conformidad con lo dispuesto en el *artículo 85.6 LRJS* se precisa que los hechos controvertidos y pacíficos fueron los siguientes:

Hechos controvertidos: -La jornada normal es de 39 horas semanales.-Todo trabajador conoce cuál va a ser su día de descanso entre semana, los casos en que se trabaje de lunes a domingo. -La mayoría de trabajadores aproximadamente el 60% trabajan 2 fines de semana al mes y descansan 2 días entre semana -La empresa cuando se solicita excedencia o se extingue la relación laboral descuenta la parte proporcional de los días correspondientes al periodo de 9 primeros meses del niño descontando los 4 primeros meses.

Hechos pacíficos: -Según el convenio la jornada es de 1764 horas.

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

HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- CCOO tiene la condición legal de sindicato más representativo y tiene, asimismo, presencia y audiencia electoral en la empresa demandada. CGT es un



sindicato representativo en el sector del Contact center y cuenta con implantación en la empresa demandada. – conforme.-

SEGUNDO.- La empresa demandada se encuentra dentro del ámbito de aplicación del II Convenio Colectivo del sector del Contact center (antes TELEMARKETING) publicado en el BOE de 12 de julio de 2017, con vigencia hasta el 31 de diciembre de 2019.

La empresa suscribió el día 17-4-2.015 con la representación social existente en la misma (UGT, CCOO, CGT, STC, USO, CSIF, FASGA, ELA, CIG y STAS) el denominado Acuerdo de compensación de festivos para desarrollar el art. 47 del anterior Convenio sectorial.- descriptor 85-.

TERCERO.- En la empresa existen dos grupos de trabajadores. Uno que realiza siempre el descanso semanal en sábado y domingo. Y otro, que descansa cada dos semanas en sábado y domingo, descansando las semanas restantes en otros días de la semana consecutivos.- testifical de la empresa y cuadrantes aportados obrantes en los descriptores 22 a 25, 35 a 43 y 47 a 55).

CUARTO.- En el supuesto de que un trabajador deba efectuar su descanso semanal en un día que sea festivo, la empresa no concede un día descanso adicional. - conforme-.

QUINTO.- Cuando un trabajador después de la maternidad solicita el permiso de 15 días naturales, prevista en el art. 32.1 del Convenio sectorial, y posteriormente la baja por excedencia para cuidado de hijos, la empresa en la liquidación de salarios detrae la parte proporcional a los percibidos al periodo de tiempo no trabajado desde la baja hasta que el menor causante del permiso cumpla 9 meses - descriptores 27 y 65 a 68-.

SEXTO.- El día 7 de octubre de 2019 se celebró intento de mediación ante el SIMA.

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 lo prevenido en el artículo 97, 2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, la redacción de la resultancia fáctica de la presente resolución descansa bien en hechos conformes, bien en cada una de las fuentes de prueba que en los mismos se indican.

TERCERO.- Se interesa por las dos organizaciones sindicales actoras, en primer lugar, se dicte sentencia en la que se declare el derecho de los trabajadores

afectados por el conflicto- aquellos que no hacen su descanso similar en fin de semana. a disfrutar los permisos semanales íntegros, sin que puedan solaparse con días festivos, compensándose en su caso los supuestos que se produzcan de solapamiento, en la consideración de que la práctica empresarial de no conceder un descanso adicional es contraria a las previsiones del art. 5 de la Directiva 2003/88 de determinados aspectos de ordenación del tiempo de trabajo, así como a las previsiones del art. 37.1 y 2 E.T.

La empresa demanda defiende la legalidad de la práctica empresarial que se impugna y que consta en el hecho cuarto de la demanda, destacando que no existe ningún derecho legal ni convencional a que no se solapen el descanso diario y el descanso por festivo, así como que la jornada máxima del Convenio es de 1764 horas anuales y que la empresa distribuye la jornada a lo largo del año de forma que ningún trabajador con independencia de los días en los que efectúe su descanso, supere dicha jornada máxima anual.

El art. 5 de la norma europea que se invoca por las organizaciones sindicales dispone:

” Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que todos los trabajadores disfruten, por cada período de siete días, de un período mínimo de descanso ininterrumpido de 24 horas, a las que se añadirán las 11 horas de descanso diario establecidas en el artículo 3.

Cuando lo justifiquen condiciones objetivas, técnicas o de organización del trabajo, podrá establecerse un período mínimo de descanso de 24 horas.”

El art. 37 del E.T en sus dos primeros apartados señala:

1. Los trabajadores tendrán derecho a un descanso mínimo semanal, acumulable por periodos de hasta catorce días, de día y medio ininterrumpido que, como regla general, comprenderá la tarde del sábado o, en su caso, la mañana del lunes y el día completo del domingo. La duración del descanso semanal de los menores de dieciocho años será, como mínimo, de dos días ininterrumpidos.

Resultará de aplicación al descanso semanal lo dispuesto en el artículo 34.7 en cuanto a ampliaciones y reducciones, así como para la fijación de regímenes de descanso alternativos para actividades concretas.

2. Las fiestas laborales, que tendrán carácter retribuido y no recuperable, no podrán exceder de catorce al año, de las cuales dos serán locales. En cualquier caso se respetarán como fiestas de ámbito nacional las de la Natividad del Señor, Año Nuevo, 1 de mayo, como Fiesta del Trabajo, y 12 de octubre, como Fiesta Nacional de España.

Respetando las expresadas en el párrafo anterior, el Gobierno podrá trasladar a los lunes todas las fiestas de ámbito nacional que tengan lugar entre semana, siendo, en todo caso, objeto de traslado al lunes inmediatamente posterior el descanso laboral correspondiente a las fiestas que coincidan con domingo.

Las comunidades autónomas, dentro del límite anual de catorce días festivos, podrán señalar aquellas fiestas que por tradición les sean propias, sustituyendo para ello las de ámbito nacional que se determinen reglamentariamente y, en todo caso, las que se trasladen a lunes. Asimismo, podrán hacer uso de la facultad de traslado a lunes prevista en el párrafo anterior.

Si alguna comunidad autónoma no pudiera establecer una de sus fiestas tradicionales por no coincidir con domingo un suficiente número de fiestas nacionales podrá, en el año que así ocurra, añadir una fiesta más, con carácter de recuperable, al máximo de catorce.”

Por otro lado, y en el presente caso se han invocado por las partes los siguientes preceptos del convenio sectorial que resulta de aplicación en la empresa:

“Artículo 22. Jornada.

Durante la vigencia del presente Convenio, incluida en su caso la prórroga o ultraactividad, la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo en cómputo anual será de mil setecientas sesenta y cuatro horas, y de 39 horas semanales de trabajo efectivo.

Aquellas empresas que vinieran realizando una jornada máxima en cómputo anual inferior a la establecida en el presente Convenio mantendrán como condición más beneficiosa la jornada actual.

Anualmente se elaborará el calendario laboral en el que deberán figurar los turnos existentes en el centro de trabajo, incluyéndose un anexo de los horarios especiales que puedan pactarse en cada centro de trabajo. Un ejemplar del mismo se expondrá en un lugar visible en cada centro de trabajo”

Artículo 47. Complementos por festivos y domingos.

1. Quien preste sus servicios en cualquiera de los 14 días festivos anuales, con independencia de la compensación de un día libre retribuido, percibirá los recargos que se establecen en las tablas anexas a este Convenio.

2. Tendrán la consideración de festivos especiales, los siguientes:

El día 25 de diciembre.

El día 1 de enero.

El día 6 de enero.

Dichos días se complementarán con los recargos contenidos en las tablas anexas, con independencia de la compensación de un día libre retribuido.

También tendrán la consideración de festivos especiales los días 24 y 31 de diciembre a partir de las 20:00 horas, complementándose con los recargos contenidos en las tablas anexas, no estableciendo compensación alguna con descanso.

3. Quien preste sus servicios en domingo, percibirá como compensación el recargo que figura en las tablas anexas a este Convenio.

4. No podrán acumularse los recargos de domingos y festivos especiales, y en los supuestos de coincidencia prevalecerá el correspondiente al festivo especial.”

En la empresa, el día de compensación por trabajo en festivo se viene disfrutando con arreglo a lo previsto en el Acuerdo de 17-4-2015.

Siendo esta la normativa aplicable, y resolviendo un supuesto similar al que ahora se suscita, tal y como ha puesto de manifiesto la demanda la cuestión que nos incumbe fue ya resuelta por esta Sala en la SAN de 3-2-1997 en sentido contrario a lo que se propone por los actores. En dicha resolución se razonaba:

“ Para reclamar, el derecho a descanso compensatorio parte el demandante del error de base que supone considerar las fiestas anuales como días de descanso retribuido, de tal manera que si coinciden con un día en que no había obligación de trabajar por otra razón, el empresario está obligado a conceder otro día de descanso para el disfrute real de las 14 fiestas anuales; las fiestas no responden a la finalidad que le atribuye el demandante, sino que se trata de efemérides o celebraciones que el legislador considera como días no laborables para su adecuada conmemoración, es decir, en ellos se exime a los trabajadores de la obligación que sobre ellos pesa de prestar servicios y que, de no mediar ese privilegio, debieran prestarlos en tales fechas, así es que la finalidad que persigue el art. 37.2 ETT alcanza siempre que en esas fechas se excuse a los trabajadores del deber de prestar servicios, bien por aplicación de esta norma, bien porque concurren otras causas que exoneran a los trabajadores de su obligación de trabajar. La ley no garantiza 14 días de descanso en concepto de fiestas anuales, sino que en las fechas señaladas no hay obligación de trabajar, y a lo único que autoriza el art. 37.2 citado es a que el Gobierno traslade a los lunes todas las fiestas de ámbito nacional que tengan lugar entre semana, siendo, en todo caso, objeto de traslado al lunes inmediatamente posterior el descanso laboral correspondiente a las fiestas que coincidan con domingo, pero no ocurre lo mismo con aquellas que coincidan con sábados.”

Este razonamiento que efectuaba esta Sala, y que parece subyacer en la STS de 14-9-2015 – rec 368/2014) cuando señala que :” *la noción de días festivos laborales, regulada en el artículo 37.2 del Estatuto de los Trabajadores , no se identifica con días de "no trabajo", en los que se percibe retribución y no hay que trabajar, bien por disponerlo así el convenio colectivo, por derecho individual del trabajador -por descanso compensatorio, por ejemplo- o por cualquier otra causa.”* , sigue siendo considerado por la misma como vigente y plenamente aplicable al

supuesto que nos ocupa. Debemos señalar que a diferencia del descanso semanal que sí es objeto de protección por el art. 5 de la Directiva 88/2.003, de ahí que no quepa su solapamiento con otro descanso protegido por la misma como es el descanso diario reconocido en el art. 3 de la Directiva-, el descanso en festivo no se contempla más que en el Estatuto de los Trabajadores, y no tiene vinculación alguna con la protección de salud y la seguridad en el trabajo, como sí lo tienen los otros descansos antes referidos, lo que lleva a ratificar la doctrina de esta Sala que hemos expuesto.

Por otro lado, el art. 47.1 del Convenio de aplicación prevé únicamente la existencia de un día de descanso compensatorio por trabajo en festivo, no por descanso en festivo, de lo que nada se dice en el Convenio. Y debiendo acudir a la hora de interpretar tal precepto convencional - dada la naturaleza mixta del Convenio Colectivo como contrato de eficacia normativa, tanto a los criterios fijados en el art. 3,1 Cc para la interpretación de las normas, como a los señalados en los arts. 1281 y ss del mismo cuerpo legal para la hermenéutica contractual -, el art. 1.283 Cc *“Cualquiera que sea la generalidad de los términos de un contrato, no deberán entenderse comprendidos en él cosas distintas y casos diferentes de aquellos sobre que los interesados se propusieron contratar”*, debemos rechazar el primero de los pedimentos de la demanda.

Finalmente, hemos de señalar que no ha quedado acreditado que los trabajadores que no descansan en sábado y domingo realicen a causa del descanso en festivos una jornada de trabajo anual superior a la prevista en el art.22 del convenio, único supuesto este, en el que de conformidad con el art. 35 tendrían la posibilidad de compensar dicho exceso con descanso adicional.

CUARTO.- Por las organizaciones sindicales actoras se pretende en segundo lugar el derecho de los trabajadores a disfrutar sin ningún condicionante ni detracción económica el permiso acumulado de lactancia y seguidamente la excedencia por cuidado de hijo, pretensión a la que se opone la demandada en la consideración de que para disfrutar de las 15 horas de acumulación de horas del permiso para el cuidado del lactante prevista en el art. 32 del convenio de aplicación es necesario que exista una efectiva prestación de servicios durante los nueve primeros meses de vida del lactante.

Para resolver la cuestión hemos de partir del contenido del art. 37.4 del E.T. precepto que en la redacción dada al mismo por el RD Ley 6/2019 dispone:

“4. En los supuestos de nacimiento de hijo, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, de acuerdo con el artículo 45.1.d), para la lactancia del menor hasta que este cumpla nueve meses, los trabajadores tendrán derecho a una hora de ausencia del trabajo, que podrán dividir en dos fracciones. La duración del permiso se incrementará proporcionalmente en los casos de parto, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento múltiples.

Quien ejerza este derecho, por su voluntad, podrá sustituirlo por una reducción de su jornada en media hora con la misma finalidad o acumularlo en jornadas completas en los términos previstos en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso, lo establecido en aquella.

Este permiso constituye un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres, pero solo podrá ser ejercido por uno de los progenitores en caso de que ambos trabajen.”

Con relación a la posibilidad de disfrutar el derecho a la ausencia de forma acumulada que este precepto regula la Sala IV del TS ha efectuado los siguientes pronunciamientos:

1.- La STS de 20-6-2.005 – rec. 83/2004- que señala que el art. 37.4 del E.T es una norma de derecho necesario relativo susceptible de ser mejorada en beneficio de los trabajadores por convenio colectivo, admitiendo en consecuencia la sustitución del entonces denominado “permiso de lactancia”, por un permiso de un mes prevista en el Convenio colectivo, cuando dicha posibilidad de acumulación no estaba aún prevista legalmente, avalando la tesis que expuso esta Sala en la SAN de 29-4-2.004 (proc. 217/2003) que razonaba:” *se concibe el permiso como un mecanismo legal que capacita al hijo a gozar de la atención que precisa por cualquiera de sus progenitores desde su nacimiento, superándose la vinculación necesaria o exclusiva con el deber de lactancia. Dentro de esta línea de evolución debe entenderse la norma colectiva objeto de impugnación. En efecto, lo que hace la norma no es restringir sino ampliar las posibilidades a las que los padres pueden optar para el mejor cuidado de los hijos.”*

2.- La STS de 11-9-2.009 – rec. 133/2.008-, que señaló que la mayor duración de la extensión temporal de reducción de jornada en los supuestos de partos múltiples, no implicaba en los supuestos en los que el Convenio previese la opción por el disfrute acumulado del permiso que este tuviese una duración temporal mayor en tales casos, razonando al respecto:

“si no hay previsión convencional o acuerdo con el empresario, no habrá acumulación y, conforme a la ley, un convenio colectivo podría establecer, tras la vigencia del nuevo artículo 37.4 del Estatuto de los Trabajadores, un tope de acumulación de 14 días, un tope con un número de días superior o inferior, o excluir incluso la acumulación. Por ello, hay que concluir que el artículo 41.V del Convenio Colectivo de Grandes Almacenes ha sido alterado por la disposición adicional 11ª de la Ley Orgánica 11/ 2007 en el sentido de ampliar la duración del permiso que se derivaba de la remisión al texto anterior del artículo 37.4 del Estatuto de los Trabajadores , pero que la nueva norma no ha introducido variación alguna en lo que se refiere al tope de acumulación de 14 días, pues no contiene en este punto ninguna previsión, aparte de reconocer de manera expresa al convenio y al acuerdo contractual la posibilidad de establecer la acumulación en las condiciones que estimen oportunas.

Tampoco puede concluirse que la intención de las partes negociadoras haya sido la de establecer un tope de acumulación móvil en función de un hipotético incremento de las horas de lactancia para el parto múltiple, porque si bien una previsión de esta naturaleza podría responder a los intereses de la parte social, la misma podría no ajustarse a las conveniencias de la empresa, como por lo demás muestra su posición en este conflicto, en la medida en que una mayor acumulación es susceptible de generar problemas de organización de trabajo, aparte de que no hay razón alguna que permita concluir que el tope de catorce días se haya fijado en

proporción al tiempo disponible para la lactancia y no en función de otro criterio. En este sentido una simple operación aritmética muestra que el tope de acumulación fijado es inferior al número de horas de lactancia computables. Por ello, la conclusión de la sentencia recurrida tampoco puede justificarse como interpretación de la norma convencional a partir de los criterios hermenéuticos de los artículos 1281.2º y 1283 del Código Civil, que remiten a la intención evidente de los contratantes y vedan la extensión del contenido obligatorio al margen de los términos del acuerdo.”

3.- La STS de 19-4-2018 – rcud. 1286/2.016- que tras realizar un pormenorizado estudio de la evolución de la protección de los lactantes en la legislación laboral española desde su génesis, analizando la posibilidad de acumular las horas de lactancia prevista en el párrafo 2º dicho precepto razona:

“El derecho al permiso por lactancia se identifica en el art. 37.4 ET con la ausencia de una hora del centro de trabajo para cubrir esa finalidad. La lactancia del menor, ausentándose el trabajador del centro de trabajo, puede suplirse por otras fórmulas y así se ha previsto que pueda sustituirse por la reducción de jornada, en cuyo caso, se identifica esta con una duración concreta -media hora-. Y tanto una u otra forma de ejercer el derecho son mínimos de derecho necesario relativo, como ya se ha dicho por esta Sala, que el Convenio Colectivo debe respetar, como sucede en el que aquí es objeto de interpretación.

A partir de ahí, el legislador ha señalado que la negociación colectiva puede permitir acumular en jornadas completas el derecho. Dado que ese derecho consiste en ausentarse del centro de trabajo, este permiso es el que se acumula y, por tanto, lo es sobre la hora de ausencia. La norma estatutaria acude a la expresión "acumularlo", en clara referencia al derecho y no dice "acumularla" en referencia a la reducción de jornada. Por tanto, lo que se traslada a la negociación colectiva es la acumulación de las horas de ausencia, salvo que esa previsión legal se supere por otra más beneficiosa para el trabajador o la trabajadora o que en acuerdo bilateral entre empresa y trabajador se mejore la norma legal o convencional.”

De la doctrina jurisprudencial expuesta y en lo que afecta al caso que ahora ocupa debemos extraer las siguientes conclusiones:

1.- que la finalidad del permiso es garantizar el cuidado directo del menor por quienes sean sus padres biológicos o adoptivos, guardadores, o acogedores;

2.- que la forma legalmente prevista para disfrutar el permiso para el cuidado de lactante es la prevista expresamente en el primero de los párrafos del art. 37.4 E.T, esto es, *mediante una hora de ausencia del trabajo, susceptible de ser dividida en dos fracciones;*

3.- que el derecho a disfrutar el permiso de forma acumulada y por jornadas completas solo cabe reconocerlo cuando expresamente se prevea en el Convenio colectivo o cuando se llegue a un acuerdo individual con el trabajador;

4.- que el disfrute acumulado del permiso es una mejora respecto de la forma ordinaria prevista en la ley que opera en todo caso como norma de derecho necesario relativo; 5.- que una vez regulada en el convenio la forma del disfrute acumulado del permiso deberá estarse a lo allí establecido, de manera que si en la

acumulación prevista en el convenio no se dio relevancia alguna a las horas que corresponderían legalmente hasta los 9 meses del lactante, este dato carece de trascendencia de cara a la extensión temporal del permiso, debiendo estarse en todo caso a lo fijado en el Convenio.

6.- que el convenio puede superar las previsiones legales por otras más beneficiosas para el trabajador o la trabajadora

Partiendo de lo anterior, en nuestro caso debemos interpretar el art. 32.1 del Convenio de aplicación, que dispone lo siguiente:

“1. Por lactancia de un hijo o hija menor de nueve meses, se tendrá derecho a una hora de ausencia al trabajo, que se podrá dividir en dos fracciones. Voluntariamente, se podrá sustituir este derecho por una reducción de jornada, con la misma finalidad, en media hora si coincide con el comienzo y el final de la jornada o en una hora si dicha reducción se concentra al principio o al final de su turno de trabajo.

Este derecho podrá ser acumulado, fuere cual fuere la modalidad de contratación, en jornadas completas y sustituirlo por 15 días naturales a disfrutar de forma ininterrumpida e inmediatamente después del periodo de la suspensión del contrato por maternidad. En el supuesto de parto múltiple estos derechos se incrementarán proporcionalmente, de tal forma que se tendrá derecho a una hora de ausencia al trabajo, o media hora de reducción de jornada, o una hora si dicha reducción se concentra al principio o al final de su turno de trabajo, o 15 días de descanso ininterrumpido, por cada hijo o hija, a disfrutar en los términos los previstos para el supuesto de parto sencillo.

Este permiso podrá ser disfrutado indistintamente por la madre o el padre en caso de que ambos trabajen.”

Siendo este el precepto a interpretar hemos de recordar como hace la STS de 22-10-2019 (rec. 78/2018) que *“respecto a la interpretación de los convenios colectivos, es doctrina constante de la Sala IV (reiterada en sentencia reciente: STS de 15 de octubre de 2019, Rec. 195/2018) que, atendida la singular naturaleza mixta de los convenios colectivos (contrato con efectos normativos y norma de origen contractual), la interpretación de los mismos debe hacerse utilizando los siguientes criterios: La interpretación literal, atendiendo al sentido literal de sus cláusulas, salvo que sean contrarias a la intención evidente de las partes (arts. 3.1 y 1281 CC; STS 13 octubre 2004, Rec. 185/2003). La interpretación sistemática, atribuyendo a las cláusulas dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas (arts. 3.1 y 1285 CC). La interpretación histórica, atendiendo a los antecedentes históricos y a los actos de las partes negociadoras (arts. 3.1 y 1282 CC). La interpretación finalista, atendiendo a la intención de las partes negociadoras (arts. 3.1, 1281 y 1283 CC). No cabrá la interpretación analógica para cubrir las lagunas del convenio colectivo aplicable (STS 9 abril 2002, Rec. 1234/2001). Y los convenios colectivos deberán ser interpretados en su conjunto, no admitiéndose el “espiguelo” (STS 4 junio 2008, Rec. 1771/2007).*

Por otro lado, y dada la materia sobre la que versa esta norma, como ha puesto de manifiesto la STS de 13-11.2019 (rec.75/2.018) a la hora de interpretarla debe tenerse en cuenta especialmente *“el principio general contenido en el artículo 4 LOI según el que la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas. Ello significa, por un lado, que la igualdad entre mujeres y hombres constituye valor supremo del ordenamiento jurídico; y, por otro, que consecuentemente, la aplicación de tal principio debe considerarse criterio hermenéutico imprescindible para la interpretación de las normas jurídicas.”*. Y ello en casos como el presente implica que, en caso de que puedan sostenerse interpretaciones diferentes de un precepto, debe optarse por aquella que resulte más favorable al ejercicio de los derechos de conciliación en cuanto que, como ponen de relieve tanto la Ley 35/ 1999, la LOI, como el RD Ley 6/2019, se trata de medidas adoptadas por el legislador al amparo del art. 9.2 de la CE, para garantizar el principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo establecido en el art. 14 CE.

Partiendo de lo anterior y de una interpretación literal del precepto convencional se deduce lo siguiente:

1.- que el hecho causante del permiso es la existencia de un hijo menor de nueve meses;

2.- que los sujetos que pueden disfrutar de este derecho a la ausencia son todos los trabajadores de la empresa- con independencia de la modalidad de contratación-;

3.- que el permiso de quince días naturales que se prevé en el mismo expresamente se indica que “sustituye” el derecho a ausentarse en una hora prevista como norma general, y que en todo caso deberá disfrutarse inmediatamente después de la baja de maternidad, lo que implica que la figura se desvincula completamente del derecho de ausencia , e implica que la persona trabajadora deberá optar por uno u otro una vez expirada la suspensión del contrato por maternidad, siendo dicha decisión irrevocable;

4.- que la extensión temporal de este permiso de quince días únicamente se ve alterada en los supuestos de parto múltiple, sin que exista previsión expresa que exija que el trabajador que disfrute del permiso se encuentre de alta un determinado número de días a la conclusión del mismo;

5.- y desde el momento en que la duración del permiso se fija en días naturales y no en laborables, que la acumulación no se vincula al número de horas de ausencia que se habrían generado de haberse disfrutado de la forma prevista legalmente.

En definitiva, el convenio contempla un derecho de ausencia ininterrumpida que “sustituye” al permiso por lactancia de una hora diaria (lo que puede hacer conforme a la STS de 19-4-2018 – rcud. 1286/2.016-: *“lo que se traslada a la negociación colectiva es la acumulación de las horas de ausencia, salvo que esa previsión legal se supere por otra más beneficiosa para el trabajador o la trabajadora*

o que en acuerdo bilateral entre empresa y trabajador se mejore la norma legal o convencional”). Y sus características son que se extiende por quince días naturales al margen de la jornada de cada trabajador y de cuántos días laborables le correspondan hasta los 9 meses del menor, de modo que, se trabaje todos los días o sólo uno o dos por semana, se tendrá derecho a disfrutar de 15 días por lactancia, pues la duración es fija y lineal, no proporcional a la jornada a tiempo completo o parcial de cada trabajador. Por tanto, el eje de la disposición convencional no es el derecho de una hora diaria de ausencia -pues este parámetro no se tiene en cuenta en absoluto-, sino el cuidado del menor de 9 meses, que cifra en todo caso en 15 días naturales por cada hijo.

A esta regulación convencional ha de estarse, que nada precisa respecto de que, posteriormente al disfrute de lo que llega a calificar como “descanso ininterrumpido”, el trabajador o trabajadora deba prestar servicios efectivos durante el tiempo que reste hasta los 9 meses del menor. Ni lo exige, ni se deduce de la redacción convencional, que sustituye el disfrute acumulado por una licencia de 15 días naturales inmediatamente siguientes al período de maternidad.

De este modo, el convenio contempla un derecho subjetivo perfecto, desvinculado de la efectiva lactancia del menor y de un devengo diario en el futuro. Cuestión distinta sería que la norma pactada sólo regulara la acumulación del permiso de lactancia y no estableciera la posibilidad de su “sustitución” por 15 días naturales ininterrumpidos. En tal caso, las circunstancias serían examinadas conforme a otros parámetros, que aquí quedan desplazados en virtud de la redacción convencional.

Ahora bien, no desconoce la Sala que la redacción del precepto analizado presenta algunas expresiones que podrían hacer pensar que lo que se deseaba, con defectuosa técnica, era regular, sin más, la acumulación del permiso devengado diariamente durante los 9 meses del menor, y no, en cambio, generar un derecho distinto y autónomo que lo sustituye- en concreto la expresión *“podrá ser acumulado, fuere cual fuere la modalidad de contratación, en jornadas completas y sustituirlo por...”*

Nos encontraríamos, pues, ante dos interpretaciones posibles: una primera, sustentada en la literalidad, que permitiría disfrutar este derecho de modo compatible con la posterior excedencia por cuidado de hijo, y una segunda, sustentada en presumir la incorrección técnica del precepto y en una intención que no se ha acreditado, que obligaría a sacrificar el disfrute de uno de los dos derechos.

Es un hecho notorio que la conciliación familiar y laboral descansa fundamentalmente en hombros femeninos, con importantes repercusiones en brechas de empleo y de condiciones de trabajo que afectan de modo directo a la línea de flotación de la igualdad de trato y oportunidades entre hombres y mujeres. Sin ir más lejos, según datos proporcionados por el Instituto de la Mujer, en 2017 el 92,34% de las excedencias por cuidado de hijo fueron disfrutadas por las madres (40.536 madres, frente a tan solo 3.363 padres).

La STC 26/2011 afirma que “la dimensión constitucional de todas aquellas medidas normativas tendentes a facilitar la compatibilidad de la vida laboral y familiar

de los trabajadores, tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo o por razón de las circunstancias personales (art. 14 CE) como desde la del mandato de protección a la familia y a la infancia (art. 39 CE), ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa en cada caso concreto, habida cuenta de que el efectivo logro de la conciliación laboral y familiar constituye una finalidad de relevancia constitucional fomentada en nuestro ordenamiento a partir de la Ley 39/1999, que adoptó medidas tendentes a lograr una efectiva participación del varón trabajador en la vida familiar a través de un reparto equilibrado de las responsabilidades familiares, objetivo que se ha visto reforzado por disposiciones legislativas ulteriores, entre las que cabe especialmente destacar las previstas en la Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, en cuya exposición de motivos se señala que las medidas en materia laboral que se establecen en esta ley pretenden favorecer la conciliación de la vida personal, profesional y familiar de los trabajadores, y fomentar una mayor corresponsabilidad entre mujeres y hombres en la asunción de las obligaciones familiares.”

Entra, pues, en el escenario, la dimensión de género, como principio interpretativo que surge en caso de varias opciones a la hora de interpretar y aplicar una norma, dando prevalencia a la más favorable al principio de igualdad de género, que facilita el ejercicio del derecho por las mujeres (SSTSJ Canarias 211/2018, 849/2018, 857/2018, 516/2019, 752/2018, 858/2019, SSTSJ Cataluña 1186/2019, 1558/2018, STSJ Cantabria 45/2019, STSJ Coruña 4821/2018).

Esta perspectiva refuerza nuestra conclusión favorable a la estimación de la demanda en este punto, pues incluso admitiendo un margen de duda, esta debería resolverse a favor de facilitar el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral, resultando ajustada a derecho el pretender disfrutar dos derechos cuyo disfrute sucesivo no resulta incompatible conforme a la específica regulación del art. 32.1 del Convenio colectivo de aplicación.

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

FALLAMOS

CON ESTIMACIÓN PARCIAL DE LAS DEMANDAS DEDUCIDAS POR CCOO Y CGT, a las que se adhirieron UGT, STC, CSIF, CIG y USO, contra ATENTO TELESERVICIOS ESPAÑA SL, declaramos el derecho de los trabajadores a disfrutar sin ningún condicionante ni detracción económica el permiso acumulado de lactancia y seguidamente la excedencia por cuidado de hijo.

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 el *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 nº 0049 3569 92 0005001274 haciendo constar en las observaciones el nº 2419 0000 00 0245 19; si es en efectivo en la cuenta nº 2419 0000 00 0245 19, 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.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.