NOTA.- Se advierte que, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, en relación con lo regulado en el art. 236 bis y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los datos contenidos en esta resolución o acto de comunicación son confidenciales y su traslado o comunicación pública por cualquier medio o procedimiento esté prohibida, sin perjuicio de las competencias que al Consejo General del Poder Judicial se le reconocen en el art. 560.1 - 10 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

CASACION núm.: 73/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Molins García-Atance

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sagrario Plaza Golvano

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Social
PLENO

Sentencia núm. 570/2022

Excmas. Sras. y Excmos. Sres.

D.ª María Luisa Segoviano Astaburuaga

D.ª Rosa María Virolés Piñol

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Ángel Blasco Pellicer

D. Sebastián Moralo Gallego

D.ª María Luz García Paredes

D.ª Concepción Rosario Ureste García

D. Juan Molins García-Atance

D. Ricardo Bodas Martín

D. Ignacio Garcia-Perrote Escartín

En Madrid, a 22 de junio de 2022.

Esta Sala ha visto los recursos de casación ordinario interpuestos por el Letrado D. Enrique Lillo Pérez, en nombre y representación del sindicato Federación de Servicios a la Ciudadanía de Comisiones Obreras (FSC-CC.OO.), por la Letrada Dª Teresa Ramos Antuñano, en nombre y

Firmado por: JUAN MOLINS GARCIA-ATANCE 02/07/2022 08:11 Minerva
Firmado por: ANTONIO VICENTE SEMPERE NAVARRO 02/07/2022 20:11 Minerva
Firmado por: IGNACIO GARCIA PERROTE ESCARTIN 03/07/2022 13:28 Minerva
Firmado por: CONCEPCION R. URESTE GARCIA 04/07/2022 09:44 Minerva
Firmado por: SEBASTIAN MORALO GALLEGO 04/07/2022 12:46 Minerva

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:hoPd-dJss-V8Gn-HtLx-N Puede verificar este documento en https://sedejudicial.justicia.es

representación del sindicato Confederación General del Trabajo (CGT) y por el Letrado D. Enrique García Arévalo, en nombre y representación de la mercantil Atento Teleservicios España SL contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, en fecha 21 de enero de 2020, procedimiento 245/2019, en actuaciones seguidas en virtud de demanda de conflicto colectivo, a instancia de la Federación de Servicios a la Ciudadanía de Comisiones Obreras (FSC-CC.OO.) a la que se adhirieron los sindicatos Federación de Servicios, Movilidad y Consumo de la Unión General de Trabajadores (FeSMC-UGT), Confederación General del Trabajo (CGT) y Unión Sindical Obrera (USO) contra Atento Teleservicios España SL, habiendo sido parte el Ministerio Fiscal.

Ha comparecido en concepto de recurrido la Federación de Servicios, Movilidad y Consumo de la Unión General de Trabajadores (FeSMC-UGT), representada y asistida por el Letrado D. Roberto Manzano del Pino, Unión Sindical Obrera (USO), representada y defendida por la Letrada Dª María Eugenia Moreno Díaz, el Sindicato de Trabajadores de Comunicaciones (STC), representado y asistido por el Letrado D. Pedro Feced Martínez y la mercantil Atento Teleservicios España SL, representada y asistida por el Letrado D. Enrique García Arévalo, presentó escrito impugnando los recursos de FSC-CC.OO. y CGT.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Juan Molins García-Atance.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación letrada de la Federación de Servicios a la Ciudadanía de Comisiones Obreras (FSC-CCOO), se presentó demanda de conflicto colectivo a la que se adhirieron los sindicatos Federación de Servicios, Movilidad y Consumo de la Unión General de Trabajadores (FeSMC-UGT), Confederación General del Trabajo (CGT) y Unión Sindical Obrera (USO) y de la que conoció la Sala de lo Social de la Audiencia

Firmado por: RICARDO BODAS MARTIN 04/07/2022 13:29 Minerva
Firmado por: M. LUZ GARCIA PAREDES 05/07/2022 08:35 Minerva
Firmado por: ROSA M. VIROLES PIÑOL 05/07/2022 09:32 Minerva
Firmado por: ANGEL ANTONIO BLASCO PELLICER 06/07/2022 09:35 Minerva
Firmado por: MARIA LUISA SEGOVIANO ASTABURUAGA 07/07/2022 11:36 Minerva

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:hoPd-dJss-V8Gn-HtLx-N Puede verificar este documento en https://sedejudicial.justicia.es

Nacional, y en la que tras exponer los hechos y motivos que estimó de aplicación terminó suplicando se dictara sentencia por 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. □ Que asimismo, se declare 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. Que se condene a las demandadas a estar y pasar por dicha declaración.»

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

TERCERO.- En fecha 21 de enero de 2020 se dictó sentencia por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, en la que consta el siguiente fallo: «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.»

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

«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).

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:hoPd-dJss-V8Gn-HtLx-N Puede verificar este documento en https://sedejudicial.justicia.es

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.»

QUINTO.- Contra dicha resolución se interpusieron sendos recursos de casación ordinario por las representaciones letradas de la Federación de Servicios a la Ciudadanía de Comisiones Obreras (FSC-CC.OO.), de la Confederación General del Trabajo (CGT) y de la mercantil Atento Teleservicios España SL, siendo admitidos a trámite por esta Sala.

SEXTO.- Impugnado el recurso por la parte recurrida, los sindicatos FeSMC-UGT, USO y STC, se emitió informe por el Ministerio Fiscal en contra de la estimación de los recursos de los sindicatos y a favor de la estimación del recurso de la empresa. Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo del presente recurso el día 11 de mayo de 2022.

SÉPTIMO.- Por providencia de 11 de mayo de 2022 y dadas las características de la cuestión jurídica planteada y su trascendencia, se acordó su debate por la Sala en Pleno, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 197 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. A tal efecto se suspendió el señalamiento acordado para el 11 de mayo, trasladando el mismo para el día 22 de junio actual, convocándose a todos los Magistrados de esta Sala, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- En este conflicto colectivo se suscitan dos cuestiones distintas:

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:hoPd-dJss-V8Gn-HtLx-N Puede verificar este documento en https://sedejudicial.justicia.es

a) Los trabajadores de Atento Teleservicios España SL (en adelante Atento) con contratos en régimen de turnos y que no tienen establecido el descanso mínimo semanal en días fijos de la semana, cuando, en función de los concretos días de prestación de servicios fijados por la empresa, coincide el descanso semanal con un festivo, Atento no les reconoce un día libre adicional a sus trabajadores. Las demandas colectivas acumuladas solicitan que se reconozca a estos trabajadores su derecho a disfrutar dichos descansos semanales sin que puedan solaparse con los días festivos.

b) A los trabajadores de Atento que acumulan en jornadas completas la hora de ausencia al trabajo para el cuidado del lactante del art. 37.4 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET), sustituyéndola por 15 jornadas completas, y que disfrutan sucesivamente de la suspensión del contrato por nacimiento de hijo, del citado permiso de 15 días y de la excedencia por cuidado de hijo, la empresa les descuenta de su nómina la retribución correspondiente a dicho permiso de 15 días. Las demandas colectivas postulan que se reconozca del derecho a disfrutar de dicho derecho sin detracción económica.

2.- La sentencia dictada por la Audiencia Nacional en fecha 21 de enero de 2020, procedimiento 245/2019, estimó en parte las demandas colectivas, desestimando la reclamación relativa a los días festivos y declarando el derecho de los trabajadores a disfrutar sin ningún condicionante ni detracción económica el permiso acumulado por lactancia y seguidamente la excedencia por cuidado de hijo.

3.- Contra ella recurren en casación ordinaria la Federación de Servicios a la Ciudadanía de Comisiones Obreras (FSC-CC.OO.), la Confederación General del Trabajo (CGT) y la empresa Atento.

a) Los recursos formulados por los dos sindicatos deben examinarse conjuntamente porque suscitan la misma cuestión casacional. Denuncian la infracción del art. 37 del ET; del art. 47 del convenio colectivo aplicable; del Acuerdo de empresa de 17 de abril de 2015 en relación con el art. 37.1 y 2 del ET; del art. 5 de la Directiva 200/88/CE y de los arts. 14, 37.1 y 28.1 de la Constitución, alegando que los trabajadores afectados tienen derecho a disfrutar los descansos semanales sin que se solapen con los días festivos.

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:hoPd-dJss-V8Gn-HtLx-N Puede verificar este documento en https://sedejudicial.justicia.es

Los actores argumentan que el colectivo afectado es el de los trabajadores que prestan servicio en régimen de turnos y no tienen establecido el descanso semanal en días fijos sino que lo disfrutan de forma irregular y aleatoria de acuerdo con criterios discrecionales fijados por la empresa, quien hace coincidir su descanso semanal con días festivos, lo que supone un trato desigual.

b) La empresa formula un único motivo en el que denuncia la infracción del art. 37.4 del ET, del art. 32.1 del Convenio Colectivo del sector de contact center y de los arts. 14 y 39 de la Constitución, argumentando que, si un trabajador suspende su contrato por el nacimiento de un hijo y a continuación solicita una excedencia por cuidado de hijo, no existe prestación de servicios, por lo que no se pueden acumular las horas de lactancia.

4.- Los sindicatos FeSMC-UGT, USO y STC presentaron sendos escritos impugnando el recurso de la empresa. La mercantil Atento presentó escrito impugnando los recursos de FSC-CC.OO. y CGT.

El Ministerio Fiscal informó en contra de la estimación de los recursos de los sindicatos y a favor de la estimación del recurso de la empresa.

SEGUNDO.- 1.- En primer lugar, debemos examinar los recursos interpuestos por los sindicatos. La Directiva 2003/88, de 4 de noviembre, regula determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo. En su art. 5 establece:

«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 […]».

2.- El art. 37.1 y 2 ET dispone:

«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 […]

2. Las fiestas laborales, que tendrán carácter retribuido y no recuperable, no podrán exceder de catorce al año, de las cuales dos serán locales […]».

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:hoPd-dJss-V8Gn-HtLx-N Puede verificar este documento en https://sedejudicial.justicia.es

3.- La sentencia del TJUE (Gran Sala) de 4 de junio de 2020, C-588/18, argumentó que «Los artículos 5 (descanso semanal) y 7 (vacaciones anuales) de la Directiva 2003/88 […] deben interpretarse en el sentido de que no se aplican a una normativa nacional que no permite a los trabajadores reclamar el disfrute de los permisos retribuidos que contempla esta normativa en días en los que estos trabajadores deben trabajar cuando las necesidades y obligaciones para las que están previstos estos permisos retribuidos se produzcan durante los períodos de descanso semanal o de vacaciones anuales retribuidas contemplados en estos artículos.»

4.- La sentencia del TS de 23 de septiembre de 1993, recurso 1981/1991, negó que los trabajadores que prestaban servicios de lunes a viernes tuvieran derecho a disfrutar de tres días de descanso adicionales para compensar las fiestas que coincidían en sábado o que se les retribuyeran económicamente estos tres días.

5.- La sentencia del TS de 14 de enero de 2021, recurso 3962/2018, explica que los tiempos de descanso «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, pues no en vano el artículo 40.2 CE encarga a los poderes públicos que garanticen el descanso necesario mediante la limitación de la jornada laboral y las vacaciones periódicas retribuidas.»

TERCERO.- 1.- El régimen jurídico de las fiestas laborales está regulado en el art. 37.2 del ET, junto al descanso semanal. Las fiestas laborales, además de cumplir la finalidad de que toda la sociedad pueda celebrar de forma conjunta ciertas efemérides cívicas y religiosas, lo que refuerza los lazos de convivencia social; contribuyen al descanso de los trabajadores, al igual que el descanso diario, semanal y anual. Se cumple así la previsión del art. 40.2 de la Constitución de garantizar el descanso necesario en el trabajo.

El presente conflicto colectivo se ciñe al colectivo integrado por los trabajadores de Atento que prestan servicios en régimen de turnos y que no tienen establecido el descanso mínimo semanal en días fijos de la semana, cuando, en función de los concretos días de prestación de servicios fijados por la empresa, coincide su descanso semanal con un día festivo.

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:hoPd-dJss-V8Gn-HtLx-N Puede verificar este documento en https://sedejudicial.justicia.es

Las fiestas laborales contribuyen al descanso de los trabajadores, de conformidad con lo previsto en el art. 40.2 de la Constitución, por lo que, respecto de estos trabajadores a turnos que no tienen establecido el descanso semanal en días fijos de la semana, si la empresa fija su prestación de servicios de forma que el descanso semanal coincida con los días festivos, debemos concluir que esos trabajadores tienen derecho a disfrutar sus descansos semanales sin que puedan solaparse con los festivos laborales, compensándose, en su caso, los supuestos que se produzcan de solapamiento.

Por consiguiente, oído el Ministerio Fiscal, procede estimar el recurso de casación ordinario interpuesto por los sindicatos FSC-CC.OO. y CGT, revocar la sentencia de instancia y estimar la primera pretensión de la demanda.

CUARTO.- 1.- El recurso de casación interpuesto por la empresa Atento niega que la hora de ausencia para el cuidado del lactante del art. 37.4 del ET se pueda acumular en jornadas completas cuando los trabajadores disfrutan de la suspensión del contrato por nacimiento de un hijo y, sin solución de continuidad, comienzan una excedencia por cuidado de hijo.

El supuesto litigioso sería el siguiente:

a) Un trabajador disfruta de la suspensión del contrato por nacimiento de un hijo durante 16 semanas prevista en el art. 48.4 del ET.

b) Cuando finaliza dicha suspensión, solicita la acumulación en 15 jornadas completas de la hora de ausencia al trabajo para el cuidado del lactante del art. 37.4 del ET.

c) Sin prestar servicios laborales, a continuación inicia la excedencia por cuidado de un hijo del art. 46.3 del ET.

Por tanto, la controversia radica en determinar si el trabajador puede disfrutar ininterrumpidamente de la suspensión del contrato, de la acumulación en jornadas de la ausencia en el trabajo y de la excedencia por cuidado de hijo, sin prestar servicios laborales en el ínterin.

En el caso de que después de disfrutar del permiso de 15 días, el trabajador preste servicios laborales pero deje de hacerlo antes de que el hijo cumpla nueve meses de edad, la empresa le detrae de su salario la parte proporcional.

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:hoPd-dJss-V8Gn-HtLx-N Puede verificar este documento en https://sedejudicial.justicia.es

El empleador sostiene que no puede acumularse la hora de ausencia del art. 37.4 del ET con base en unas jornadas ficticias porque el trabajador no ha llegado a prestar servicios laborales con posterioridad al nacimiento del hijo, por lo que detrae al empleado la parte proporcional de los salarios correspondientes a esas jornadas.

2.- El art. 37.4 del ET dispone:

«En los supuestos de nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, de acuerdo con el artículo 45.1.d), las personas trabajadoras tendrán derecho a una hora de ausencia del trabajo, que podrán dividir en dos fracciones, para el cuidado del lactante hasta que este cumpla nueve meses […]

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 la empresa respetando, en su caso, lo establecido en aquella.»

3.- El art. 32.1 del II Convenio colectivo de ámbito estatal del sector de contact center establece:

«1. Por lactancia de un hijo o hija menor de nueve meses, se tendrá derecho a una hora de ausencia al 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 […]».

4.- Los arts. 3, 4, 6.2 y 15 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres acuerdan:

«3. El principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres supone la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo, y, especialmente, las derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil.

4. 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

6.2. Se considera discriminación indirecta por razón de sexo la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados

15. El principio de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres informará, con carácter transversal, la actuación de todos los Poderes Públicos. Las Administraciones

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:hoPd-dJss-V8Gn-HtLx-N Puede verificar este documento en https://sedejudicial.justicia.es

públicas lo integrarán, de forma activa, en la adopción y ejecución de sus disposiciones normativas, en la definición y presupuestación de políticas públicas en todos los ámbitos y en el desarrollo del conjunto de todas sus actividades».

5.- Este tribunal argumentó 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» (sentencia del TS de 13 de noviembre de 2019, recurso 75/2018).

Asimismo, esta sala sostuvo que el art. 3 de la Ley Orgánica 3/2007 «es el parámetro sobre el que debe interpretarse la norma y juzgarse la validez del acuerdo, tanto para valorar la concurrencia de una situación de discriminación directa, como para apreciar la eventual existencia de discriminación indirecta en los términos definidos en art. 6.2 de la precitada LO 3/2007» (sentencia del TS de 9 de diciembre de 2021, recurso 76/2020).

6.- Las sentencias del TS de 14 de mayo de 2014, recurso 2328/2013; 29 de enero de 2020, recurso 3097/2017 (Pleno); y 23 de junio de 2021, recurso 161/2019, han admitido la aportación de estadísticas como medio revelador de la existencia de discriminación indirecta, siguiendo la doctrina consagrada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que ha señalado que la discriminación indirecta puede ser demostrada por cualquier medio, incluidos los datos estadísticos, siempre que éstos no se refieran a fenómenos meramente fortuitos o coyunturales y, además, de manera general, resulten significativos (sentencias del TJUE de 9 de febrero de 1999, Seymour-Smith y Pérez, C-167/97; 8 de mayo de 2019, Villar Laíz, C-161/18; y 3 de octubre de 2019, Schuch-Ghannadan, C-274/18; entre otras). Asimismo, el TC sostiene que para abordar el análisis de la discriminación indirecta hay que ir «necesariamente a los datos revelados por la estadística» (sentencias del TC nº 128/1987, 253/2004 y 91/2019, entre otras).

7.- La sentencia del TS de 10 de marzo de 2020, recurso 221/2018, examinó la naturaleza de la acumulación de la reducción de la jornada por lactancia, argumentando que «[e]stamos ante un permiso retribuido que, lógicamente, implica la

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:hoPd-dJss-V8Gn-HtLx-N Puede verificar este documento en https://sedejudicial.justicia.es

efectiva prestación de servicios y que, en suma, supone que el contrato de trabajo no se encuentra suspendido.»

QUINTO.- 1.- El art. 37.4 del ET contiene una norma de derecho necesario relativo que puede ser mejorado por una norma convencional (sentencias del TS de 20 de junio de 2005, recurso 83/2004 y 19 de abril de 2018, recurso 1286/2016). Una vez regulada la acumulación en un convenio colectivo, deberá estarse a lo allí establecido, pudiendo mejorar las previsiones legales en beneficio del trabajador.

El art. 32.1 del II Convenio Colectivo de ámbito estatal del sector de contact center permite la acumulación y sustitución de la hora de ausencia por lactancia, con independencia de la modalidad de contratación, por 15 días naturales a disfrutar de forma ininterrumpida e inmediatamente después del periodo de la suspensión del contrato.

2.- El citado precepto obliga a que el disfrute del permiso de 15 días se realice inmediatamente después de la suspensión del contrato. Se trata de un permiso retribuido cuyo concreto disfrute se precisa en la norma colectiva. El Instituto de la Mujer informa que, en el año 2017, el 92,34% de las excedencias por cuidado de hijo fueron disfrutadas por las madres. Es notorio que la mayoría de las excedencias por cuidado de hijo se disfrutan por mujeres.

La interpretación del citado precepto convencional debe hacerse con el parámetro del art. 3 en relación con los arts. 4 y 6.2 de la Ley Orgánica 3/2007, a fin de evitar la discriminación por razón de sexo.

Si la mayoría de las excedencias por cuidado de hijo se disfrutan por las mujeres, supondría una discriminación indirecta por razón de sexo interpretar ese precepto del convenio colectivo en el sentido de que los trabajadores no pueden disfrutar de la suspensión del contrato por nacimiento de hijo, a continuación acumular los 15 días naturales correspondientes a la hora de ausencia al trabajo del art. 37.4 del ET y posteriormente iniciar la excedencia por cuidado de un hijo, sin sufrir una detracción de salario.

En el caso de que el trabajador inicie la excedencia por cuidado de hijo y se le detraiga el salario, se trataría de un permiso no retribuido que no está previsto en la norma. El empleador no puede hacer detracciones económicas por dicha causa, ni tampoco en el supuesto en el que el contrato de trabajo se extinga

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:hoPd-dJss-V8Gn-HtLx-N Puede verificar este documento en https://sedejudicial.justicia.es

sin que la finalización del contrato sea imputable al trabajador, después de que haya disfrutado de ese permiso de 15 días.

3.- Por ello, oído el Ministerio Fiscal, procede desestimar el recurso de casación ordinario interpuesto por la empresa Atento. Sin condena al pago de costas, por tratarse de un procedimiento de conflicto colectivo (art. 235.2 de la LRJS). Se acuerda la pérdida del depósito para recurrir (art. 228 de la LRJS).

F A L L O

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

1.- Estimar el recurso de casación ordinario interpuesto por los sindicatos Federación de Servicios a la Ciudadanía de Comisiones Obreras (FSC-CC.OO.) y Confederación General del Trabajo (CGT) contra la sentencia dictada por la Audiencia Nacional en fecha 21 de enero de 2020, procedimiento 245/2019. Desestimar el recurso de casación ordinario interpuesto por la empresa Atento Teleservicios España SL.

2.- Revocar en parte la sentencia de instancia. Declarar que los trabajadores de Atento Teleservicios España SL con contrato de trabajo en régimen de turnos que no tienen establecido el descanso mínimo semanal en días fijos de la semana, tienen derecho a disfrutar de sus permisos semanales íntegros, sin que puedan solaparse con los festivos laborales, compensándose, en su caso, los supuestos que se produzcan de solapamiento. Confirmar la sentencia recurrida respecto de la estimación de la reclamación relativa al permiso acumulado de lactancia.
Sin condena al pago de costas. Se acuerda la pérdida del depósito para recurrir.

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:hoPd-dJss-V8Gn-HtLx-N Puede verificar este documento en https://sedejudicial.justicia.es

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

Así se acuerda y firma.

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:hoPd-dJss-V8Gn-HtLx-N Puede verificar este documento en https://sedejudicial.justicia.es