

Disfrute de permisos en días laborables. Aplicación de la Directiva (UE) 2019/1158 de 20 de junio.

Eduardo Rojo Torrecilla

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Barcelona

Resumen: *Es objeto de comentario la sentencia dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional el 25 de enero. La resolución judicial estima parcialmente las demandas acumuladas interpuestas por varios sindicatos y declara la nulidad, con una excepción de la previsión "días naturales", contenida dos apartados del artículo que regula los permisos en el III Convenio Colectivo para el Sector del Contact Center. La sentencia considera que cabe interpretar el precepto convencional de acuerdo a lo dispuesto en la Directiva 2019/1158/de 20 de junio, por lo que los permisos cuestionados deberán disfrutarse en días laborables.*

Palabras clave: *Permisos. Convenio colectivo. Directiva UE. Sentencia.*

Abstract: *The judgement handed down by the Social Division of the National High Court on 25 January is the subject of commentary. The court decision partially upholds the joined actions brought by several trade unions and declares the nullity, with one exception, of the "calendar days" provision contained in two sections of the article regulating leave in the 3rd Collective Bargaining Agreement for the Contact Centre Sector. The judgement considers that the collective agreement provision should be interpreted in accordance with the provisions of Directive 2019/1158 of 20 June, so that the leave in question should be taken on working days.*

Keywords: *Leave. Collective agreement. EU Directive. Judgment.*

I. Introducción

La polémica sobre el disfrute de los días de permiso reconocidos legal y convencionalmente, y más concretamente de si debe serlo en días naturales o laborables, no es nueva en absoluto, ya que el TS se pronunció al respecto en sentencias dictadas en 2018. El Interés de la resolución judicial dictada el 25 de enero por la Sala Social de la AN radica en ser la primera que se pronuncia sobre la interpretación de dos preceptos convencionales con aplicación de la Directiva 2011/11158 de 20 de junio, transpuesta, parcialmente, al ordenamiento jurídico interno español por el RDL 5/2023 de 28 de junio. Como podremos comprobar más adelante, se acogen las pretensiones de los sindicatos demandantes, con una única excepción, al entender la AN que la citada Directiva debe ser punto de referencia inexcusable para interpretar las dudas que puedan suscitarse en la normativa, legal y convencional, interna.

De los orígenes del conflicto disponemos de información en las páginas web de algunas de las organizaciones sindicales que interpusieron demandas. Así, en la de CCOO Servicios^[1] se publicaba una nota de prensa titulada “La patronal del contact center CEX, a juicio por los permisos en días laborables”, en la que se explicaba que la nueva redacción de art. 37 de la LET “nos obliga a replantear parte del artículo 30 de nuestro Convenio. Los 3 días de permiso del Artículo del Convenio Colectivo de Contact Center apartado b) han sido ampliados por la "Ley de Familias" a 5 días. En nuestra opinión, esto afecta también al periodo de disfrute...”, concluyendo que la única solución posible para poder hacer efectivo el ejercicio del derecho es que “tal como establece el ET, los días de permiso... sean laborables”.

En la misma línea, en la web de la CGT Telemarketing se informaba el 21 de noviembre, en nota de prensa^[2], que “CGT impugna el artículo 30.1 del convenio que regula los permisos retribuidos”, en la que se exponía que “... que nuestro convenio, en el artículo 30.1 b contempla 3 días naturales que han sido sustituidos por 5 con el real decreto 5/2023 del 28 de junio de 2023, sin especificar que estos deban de ser naturales, por lo que, la legislación vigente y la jurisprudencia indican que deben ser laborables. Lo mismo pasa con el artículo 30.1.d) el cual contempla 2 días naturales en caso de fallecimiento de parientes hasta segundo grado, cuando ahora el Estatuto vuelve a no dejarlo reducido a días naturales, con la que se variaría a laborables”, y por ello se interponía la demanda ante la AN para que se reconocieran estos derechos en tales términos.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Sala de lo Social de la Audiencia Nacional.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 9/2024, de 25 de enero.

Tipo y número recurso o procedimiento:

ECLI:ES:AN:2024:54

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Gil Plana.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

El litigio, como ya he apuntado, encuentra su origen en sede judicial con la presentación de varias demandas, en procedimiento de impugnación de convenio colectivo regulado en los arts. 163 a 166 de la Ley reguladora de la jurisdicción social, siendo el apartado 4 del art. 163 el que establece que “La falta de impugnación directa de un convenio colectivo de los mencionados en el apartado 1 de este artículo no impide la impugnación de los actos que se produzcan en su aplicación, a través de los conflictos colectivos o individuales posteriores que pudieran promoverse por los legitimados para ello, fundada en que las disposiciones contenidas en los mismos no son conformes a Derecho...”.

La primera demanda fue presentada por la USO el 11 de noviembre. Con posterioridad, la CGT presentó la suya el día 17, y la Federación de Servicios a la Ciudadanía de CCOO el día 27. Por último, fue presentada por UGT el 15 de diciembre. Todas ellas fueron sucesivamente acumuladas a la primera, habiéndose celebrado el acto de juicio el 9 de enero, ratificándose las demandantes en el contenido de las demandas y en las pretensiones formuladas, mientras que por la parte empresarial se alegó primeramente la excepción procesal formal de inadecuación de procedimiento, y en cuanto al contenido sustantivo o de fondo del conflicto se rechazó la tesis de las organizaciones sindicales y se defendió la conformidad a derecho de la regulación convencional vigente.

IV. Posición de las partes

Por su indudable interés, reproduzco las tesis de ambas partes tal como se recogen en el antecedente de hecho segundo de la sentencia:

Los demandantes, a cuyas tesis se adhirió el sindicato CIG, sostuvieron que debía declararse "... la nulidad del término "natural" previsto en las letras b) y d) del apartado 1º del artículo 30 del III Convenio Colectivo del Sector del Contact Center, al **considerar que el cómputo de los permisos contemplados en el antecitado precepto en días naturales es contrario a lo establecido en la Directiva 2019/1158, el artículo 37 del ET y la jurisprudencia existente en interpretación de este último.** Señalan que el artículo 37 ET es una norma de derecho necesario relativo que puede ser mejorado, y que tras su reforma por el Real Decreto-Ley 5/2023, el acuerdo de la Comisión Paritaria de 12 de julio de 2023 estableció que se reconocerían los días de permiso previstos en la norma legal, siendo su disfrute de acuerdo a lo previsto en el convenio, que se refiere a días naturales. Si bien la jurisprudencia permite un distinto régimen en cuanto a los días naturales, deberá ser a cambio de mejorar lo regulado legalmente, lo que aquí no se produce. Además, inciden los demandantes que la Directiva 2019/1158 prevé expresamente que sean días laborables" (la negrita es mía).

La parte demandada alegó con carácter previo, como ya he indicado, la excepción de inadecuación de procedimiento, "al entender que estamos ante un conflicto que no se sustenta en un interés real y actual, no exponiéndose ni acreditándose en las demandas la existencia de vulneración de la legalidad en los preceptos citados en las demandas, ni que se haya producido una vulneración de lo previsto en el artículo 37 del E", y en cuanto al contenido sustantivo o de fondo del conflicto, manifestó que "... por un lado, ... el artículo 37 del ET no determina la naturaleza de los días, si son hábiles o naturales, y que podrá establecerse en días naturales en el convenio si éste supone una mejora de lo previsto en el antecitado precepto legal", y por otro que el convenio colectivo impugnado "se firmó y publicó en marzo de 2023, siendo conocedoras las partes de la doctrina del Tribunal Supremo en materia de permisos establecida desde la STS de 13 de febrero de 2018, que consagra que los permisos se deben referir a días de trabajo efectivo, días hábiles, siempre que el convenio colectivo contemple que son días hábiles y sin perjuicio de lo establecido como mejora en el convenio; indicando que el convenio vigente habla claramente de días naturales".

Es importante añadir que el Ministerio Fiscal rechazó la tesis procesal de la demanda de la inadecuación del procedimiento seguido, ya que, a su parecer, con el que coincido plenamente, existía "... un conflicto de intereses jurídico real y actual, concretado en la impugnación de un precepto del convenio por contravenir la legalidad estatutaria". En cuanto a las pretensiones de las demandantes, consideró que debían ser estimadas por ser la normativa convencional contraria a la regulación sobre permisos de la LET, ya que el carácter de días hábiles y laborables, y no naturales, de los permisos, "está asentado como criterio jurisprudencial".

V. Hechos probados

Pasa a continuación la sentencia, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 95.2 de la LRJS, a recoger los hechos declarados probados, que versan sobre la publicación del III convenio colectivo del sector en el BOE de 9 de junio de 2023, la legitimación activa de las organizaciones sindicales demandantes para impugnar este, la concreta redacción del artículo 30, b) y d), impugnado, y el acuerdo de la Comisión Paritaria de 12 de julio sobre interpretación del apartado b), habiendo acordado esta que "... "a los efectos de los establecidos en el art. 30 b., se aplicarán los días de permiso establecidos por el ET vigente siendo el modo de disfrute el pactado convencionalmente", y explicando la Sala que dicho acuerdo "viene a dar solución a las consultas realizadas en torno a la aplicación del antecitado precepto del III Convenio colectivo planteadas por los sindicatos CCOO, CGT y CSIF mediante escritos de fechas 29 de junio, 4 y 7 de julio, respectivamente".

VI. Normativa aplicable al caso

Antes de seguir con mi exposición y entrar en el examen y análisis de la fundamentación jurídica de la sentencia que llevará la estimación casi íntegra de las demandas acumuladas, es necesario conocer el contenido de los preceptos convencionales impugnados.

“Artículo 30. Permisos retribuidos.

1. El personal, previo aviso y justificación, podrá ausentarse del trabajo, con derecho a retribución, por alguno de los motivos y por el tiempo siguiente:

... b) Tres días naturales en caso de accidente, enfermedad grave sin hospitalización u hospitalización, o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario, de pariente hasta segundo grado de consanguinidad o afinidad, que serán disfrutados de forma continuada dentro de los diez días naturales, contados a partir del primer día laborable para la persona trabajadora en que se produzca el hecho causante, inclusive.

... d) Dos días naturales en caso de fallecimiento, de pariente hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad; contados a partir del primer día laborable para la persona trabajadora en que se produzca el hecho causante.

... e) En los supuestos contemplados en los anteriores apartados b)... , cuando se necesite hacer un desplazamiento de 200 kilómetros o superior, los permisos aumentarán un día más de lo señalado en cada caso. En el apartado d) cuando se tenga que realizar un desplazamiento de 200 kilómetros o superior el permiso será de cuatro días”.

VII. Doctrina básica

1. Debe la Sala responder primeramente a la excepción procesal formal alegada por la parte demandada de inadecuación de procedimiento. Tras recordar brevemente también la pretensión de las demandantes, y en plena sintonía con el parecer del Ministerio Fiscal, la excepción procesal es rechazada de plano, ya que, siendo la pretensión la que se declare “la nulidad de dos apartados de un precepto convencional -relativo a dos permisos-, articulándose la misma en la vulneración de la legalidad ordinaria -concretamente lo previsto en el artículo 37 ET-, **no puede llegar a otra conclusión de que la pretensión contenida en las demandas acumuladas encaja en la modalidad procesal de impugnación de convenios colectivos al cuestionarse el ajuste al Estatuto de los Trabajadores de una previsión contenida en un convenio colectivo estatutario**” (la negrita es mía) .

2. Es sin duda alguna el fundamento de derecho cuarto, en el que la Sala argumenta su parecer sobre el fondo del litigio, con el que coincido en gran medida y que sólo me suscita una duda que expondré más adelante, la parte de la sentencia que debe merecer más atenta lectura, y considero que la AN ha analizado con rigurosidad el encaje de la normativa legal y convencional interna con la comunitaria, por una parte, la jurisprudencia de la Sala Social del Tribunal Supremo, consolidada desde 2018, de la consideración del disfrute de los permisos como regla general en días hábiles y laborables, por otra, y la posibilidad de mantener el disfrute en días naturales sólo y únicamente cuando la norma convencional mejora lo dispuesto en la normativa legal.

Dado que buena parte del debate versa sobre la aplicación 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, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo, es conveniente referirse primeramente a la misma.

En el apartado 27 de su introducción, se recoge que “Con el fin de ofrecer más oportunidades de permanecer en el mercado de trabajo a los hombres y las mujeres

con responsabilidades en el cuidado de familiares, cada trabajador debe tener derecho a disfrutar de un **permiso para cuidadores de cinco días laborables al año**. Los Estados miembros pueden decidir que dicho permiso pueda tomarse en períodos de uno o varios días laborables por caso...” (la negrita es mía)

En el texto artículo hemos de hacer mención al art. 3 (definiciones), que dispone que

“1. A efectos de la presente Directiva, se aplicarán las definiciones siguientes...

d) «cuidador»: trabajador que dispensa cuidados o presta ayuda a un familiar o a una persona que viva en el mismo hogar que el trabajador y que necesite asistencia o cuidados importantes por un motivo médico grave, conforme a lo definido por cada Estado miembro”

Y también al art. 6, que aborda el permiso para cuidadores:

“1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que cada trabajador tenga derecho a disfrutar de un permiso para cuidadores de cinco días laborables al año por trabajador. Los Estados miembros podrán fijar los detalles adicionales relativos al ámbito de aplicación del permiso para cuidadores y a sus condiciones de conformidad con la legislación o los usos nacionales. El ejercicio de este derecho podrá estar supeditado a su adecuada justificación con arreglo a la legislación o usos nacionales”.

Asimismo, es necesario acudir al Real Decreto-Ley 5/2023 de 28 de junio, que traspone, parcialmente, la citada Directiva, en materia de “conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores”. En su Exposición de Motivos conocemos que **“Se modifica el artículo 37.3 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores... en su letra b), a efectos de transponer al ordenamiento español el permiso de cuidadores previsto en el artículo 6 de la Directiva (UE) 2019/1158**, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019. Así, se amplía el número de días y también el ámbito subjetivo de este permiso... Se introduce, por su parte, una nueva letra b bis) para separar del anterior el permiso por fallecimiento del cónyuge, pareja de hecho o parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, cuya causa es diversa, lo que aconseja esta nueva distribución sistemática...” (la negrita es mía)

Ello se concreta en el art. 137 (modificación del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre):

“Tres. Se modifica el párrafo introductorio, y las letras ... b) y se añade una nueva letra b bis) en el apartado 3 del artículo 37... que quedan redactados como sigue:

«3. La persona trabajadora, previo aviso y justificación, podrá ausentarse del trabajo, con derecho a remuneración, por alguno de los motivos y por el tiempo siguiente:

b) Cinco días por accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario del cónyuge, pareja de hecho o parientes hasta el segundo grado por consanguinidad o afinidad, incluido el familiar consanguíneo de la pareja a de hecho, así como de cualquier otra persona distinta de las anteriores, que conviva con la persona trabajadora en el mismo domicilio y que requiera el cuidado efectivo de aquella.

b bis) Dos días por el fallecimiento del cónyuge, pareja de hecho o parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad. Cuando con tal motivo la persona trabajadora necesite hacer un desplazamiento al efecto, el plazo se ampliará en dos días”.

3. Tras recordar cuáles fueron las tesis defendidas por las partes demandantes y demandada, y repasar la normativa convencional, comunitaria y legal interna aplicable,

la Sala centra la cuestión a resolver con respecto al apartado b) del art. 30 del convenio tras la modificación operada en el art. 37.3 b) de la LET por el RDL 5/2023, subrayando, con acierto a mi parecer, que “El problema que se plantea en la impugnación de este primer permiso no se circunscribe al posible ajuste de la previsión convencional a la reiterada jurisprudencia que ha interpretado el artículo 37.3 del ET, sino a la contravención del precepto legal a tenor de lo dispuesto en la Directiva 2019/1158. **No estamos ante una controversia que exija a esta Sala dilucidar si el precepto es ajustado a nuestra jurisprudencia, sino si resulta ajustado a la antecitada norma comunitaria, debiendo anticiparse que no lo está**” (la negrita es mía).

¿Son días naturales o hábiles y laborables aquellos a los que tienen derecho los trabajadores y trabajadoras para el disfrute del citado permiso? Ya sabemos la respuesta, favorable al carácter hábil y laborable, y ahora interesa conocer la que a mi entender es una buena y bien argumentada fundamentación de la Sala.

En primer lugar, es claro, por la dicción literal del art. 37.3 b) LET que no se especifica si los días deben considerarse “naturales” o bien “hábiles y laborables”. Pues bien, aquí es donde entra en juego la Directiva 2001/1158, transpuesta, en aquello que ahora estoy analizando, al ordenamiento interno tal como se indica expresamente en la disposición final octava del RDL 5/2023, Tras referirse a dicha transposición, y con expresa mención del carácter de días laborables que el art. 6 atribuye a los de permiso para cuidadores, concluye que esta es la obligación que asumen los Estados miembros en cuanto a garantizar el ejercicio del derecho. Por lo que la inexistencia de referencia concreta a si son naturales o hábiles y laborables en el art. 37.3 b) debe resolverse a favor de la segunda por aplicación de la norma comunitaria, subrayando la Sala que tal obligación, que es “clara y concreta”, debe ser observada “por la legislación laboral y la normativa convencional de cada Estado miembro”. Recordemos a este respecto que el art. 16 de la Directiva, regulador del nivel de protección, establece que “1. Los Estados miembros podrán introducir o mantener disposiciones que sean más favorables para los trabajadores que las establecidas en la presente Directiva. 2. La aplicación de la presente Directiva no constituirá una causa que justifique la reducción del nivel general de protección de los trabajadores en los ámbitos de aplicación de la presente Directiva...”.

Ha de dar respuesta la Sala a la tesis de la parte demandada de la existencia de una mejora convencional que fija el apartado d) con respecto al permiso contemplado en el apartado b), en cuanto se aumenta un día más el permiso cuando se requiera efectuar un desplazamiento de 200 kilómetros o superior, y que por consiguiente, con esta mejora quedaría amparada “la configuración como naturales de los días de este permiso cuestionado”.

¿Estamos en presencia de una mejora? Sí... pero sólo para aquellos supuestos en los que se requiera ese desplazamiento, por lo que no es de aplicación a todos los restantes supuestos que se den, siendo así, además, y lo reitera la Sala con acierto, que el debate sobre cómo deben entenderse los días de permiso previstos en el apartado b) deriva de la toma en consideración de la Directiva 2019/11458 y su transposición al ordenamiento interno por el RDL 5/2023. No existe aquí, a diferencia de lo que ocurre con el permiso por fallecimiento regulado en el apartado d) y al que me referiré a continuación, un debate sobre la correcta aplicación de la jurisprudencia del TS respecto a si el precepto convencional mejora o no el marco legal, “sino a si el precepto convencional se ajusta o no a la legalidad configurada por el artículo 37.3 b) del ET puesto en relación con el artículo 6 de la Directiva 2019/1158”.

4. Cuestión distinta, en efecto, es cómo deba abordarse la resolución del conflicto suscitado sobre el permiso por fallecimiento, que no es en absoluto nuevo en nuestro ordenamiento jurídico, ya que aquello que ha realizado el RDL 5/2023 ha sido separarlo del permiso por cuidado de familiar, recordando la Sala, tal como he recogido con anterioridad, que la separación responde a que ambos permisos tienen su razón de ser por “causas diferenciadas que aconsejan esta nueva distribución sistemática”.

Dicho de otra forma, no estamos ante el debate de la transposición de la Directiva 2019/1158, por lo que la resolución del conflicto suscitado sobre la contravención de la norma legal por la convencional ha de resolverse conforme a la jurisprudencia del TS sobre cómo deben calificarse los días de permiso reconocidos en el art. 37.3 de la LET.

A tal efecto, la Sala repasa sintéticamente dicha jurisprudencia. Si esta es clara en cuanto que la norma convencional debe establecer una mejora del régimen legal para que los días de permiso pueden ser considerados naturales, es igualmente claro que este supuesto no se da en el art. 37 d) del convenio, ya que el número de días de permiso es idéntico al del art. 37.3 bis de la LET, y esta es la acertada conclusión a mi parecer a la que llega la Sala, a salvo de una muy concreta matización que va a exponer a continuación por cuanto sí se trata a su parecer de una mejora convencional que permite la consideración como naturales de los días de permiso, y me estoy refiriendo al antes ya citado apartado e), que amplía el período de desplazamiento, en caso de fallecimiento de familiar, hasta cuatro días, siempre que la distancia a recorrer sea 200 kms. o superior.

Para la Sala, existe una mejora convencional, ya que el apartado e) del art. 30 amplía el permiso a cuatro días, en lugar de dos, cuando debe realizarse un desplazamiento que se ajuste al kilometraje indicado en tal precepto, y por ello la ilegalidad del apartado b) debe quedar reducida a los supuesto en que no se cumpla el requisito de tal desplazamiento, mientras que si este es necesario "no cabe apreciar la ilegalidad de la previsión convencional, debiendo disfrutarse el permiso en este concreto supuesto en días naturales".

VIII. Parte dispositiva

Por todo lo anteriormente expuesto, la AN estima parcialmente las demandas acumuladas interpuestas por los sindicatos USO, CGT, CCOO y UGT contra la ACEX y declara la nulidad de la previsión "días naturales", contenida en las letras b) y d) del apartado 1º del art. 30 del III Convenio Colectivo para el Sector del Contact Center, salvo para el supuesto del permiso contemplado en el apartado d) del artículo 30.1 del III Convenio Colectivo del Sector del Contact Center si exige un desplazamiento igual o superior a 200 kilómetros.

IX. Apunte final

Concluyo el comentario reiterando la importancia de esta sentencia, ya que es la primera ocasión en que hay, al menos hasta donde mi conocimiento alcanza, una sentencia sobre la aplicación de la Directiva 2019/1158 en materia de permisos tras su trasposición al ordenamiento interno, y que va en la línea de fortalecer la protección del derecho por cuidado de familiares.

Referencias:

1. [^] <https://www.ccoo-servicios.es/html/59442.html> (consulta: 28 de enero)
2. [^] <https://cgt-telemarketing.es/cgt-impugna-el-articulo-30-1-del-convenio-que-regula-los-permisos-retribuidos/> (consulta: 28 de enero)