



Roj: **SAN 4396/2017 - ECLI:ES:AN:2017:4396**

Id Cendoj: **28079240012017100159**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **13/11/2017**

Nº de Recurso: **290/2017**

Nº de Resolución: **160/2017**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **EMILIA RUIZ-JARABO QUEMADA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.NACIONAL SALA DE LO SOCIALMADRID SENTENCIA: 00160/2017

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Social

Secretaria D^a. MARTA JAUREGUIZAR SERRANO

SENTENCIA N^o: 160/2017

Fecha de Juicio: 8/11/2017

Fecha Sentencia: 13/11/2017

Fecha Auto Aclaración:

Tipo y núm. Procedimiento: CONFLICTOS COLECTIVOS 0000290 /2017

Proc. Acumulados: 325/2017

Ponente: D^a EMILIA RUIZ JARABO QUEMADA

Demandante/s: FEDERACION SERVICIOS CCOO, CGT

Demandado/s: ASOCIACION DE CONTACT CENTER ESPAÑOLA, CIG, FEDERACION DE SERVICIOS MOVILIDAD Y CONSUMO DE UGT, ELA, LAB

Resolución de la Sentencia: DESESTIMATORIA

Breve Resumen de la Sentencia: *Convenio Colectivo de Contact Center. Excedencia por cuidado de familiares. La AN desestima la demanda y deniega el derecho de los trabajadores a que se les conceda una excedencia con reserva de puesto de trabajo para el cuidado de un familiar, cuando sujeto causante sea un descendiente menor de edad aunque sea mayor de tres años. Se trata de medidas protectoras diferentes que responden a distintas situaciones. La excedencia por cuidado de hijo es de carácter específico frente a la excedencia genérica por cuidado de familiares que no tiene límite de edad, puesto que esta segunda modalidad se introdujo por la reforma del ET llevada a cabo por la Ley 39/1999 de 5 de noviembre, de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras en cuya exposición de motivos se amplía el derecho a la reducción de jornada y excedencia a los trabajadores que tengan que ocuparse de personas mayores y enfermas, en línea con los cambios demográficos y el envejecimiento de la población. Es decir tanto legislador como los firmantes del convenio colectivo quisieron distinguir entre una y otra clase de excedencia y marcaron el límite temporal para la excedencia por cuidado de hijos en tres años, que si bien puede mostrarse insuficiente en aras a conciliar la vida laboral y familiar, la implantación de otro superior no puede obtenerse en esta sede. (FJ 3)*

AUD.NACIONAL SALA DE LO SOCIAL

-

GOYA 14 (MADRID)



Tfno: 914007258

Equipo/usuario: BLM

NIG: 28079 24 4 2017 0000302

Modelo: ANS105 SENTENCIA

CCO CONFLICTOS COLECTIVOS 0000290 /2017

Ponente Ilma. Sra: D^a EMILIA RUIZ JARABO QUEMADA

SENTENCIA 160/2017

ILMA. 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 trece de noviembre de dos mil diecisiete.

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 de CONFLICTO COLECTIVO 0000290/2017, y acumulado 325/2017, seguidos por demanda de FEDERACION SERVICIOS CCOO (letrada D^a Pilar Caballero), CGT (letrado D. Miguel Ángel Garrido) contra ASOCIACION DE CONTACT CENTER ESPAÑOLA (letrada D^a Isabel Rodríguez León), FEDERACION DE SERVICIOS MOVILIDAD Y CONSUMO DE UGT (letrado D. Félix Pinilla), CIG , ELA (no comparece), LAB (no comparece) con representación sobre CONFLICTO COLECTIVO. Ha sido Ponente la Ilma. Sra. D^{ña}. EMILIA RUIZ JARABO QUEMADA.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero .- Según consta en autos, el día 11 de septiembre de 2017 se presentó demanda por DOÑA PILAR CABALLERO MARCOS, Letrada del ICAM, actuando en representación de la FEDERACION DE SERVICIOS DE COMISIONES OBRERAS, contra la patronal ASOCIACIÓN DE CONTACT CENTER ESPAÑOLA (ACE), habiendo sido citados como interesados, FEDERACION DE SERVICIOS MOVILIDAD Y CONSUMO DE LA UNION GENERAL DE TRABAJADORES (UGT), CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO (CGT), CONFEDERACION INTERSINDICAL GALEGA (CIG), EUSKO LANGILEEN ALKARTASUNA (ELA) y LANGILE ABERTZALLEN BATZORDEAK (LAB), sobre CONFLICTO COLECTIVO.

Segundo .- El 11 de octubre de 2017 se presentó demanda por D. MIGUEL ÁNGEL GARRIDO PALACIOS, Letrado del ICAM en nombre y representación de la CONFEDERACION GENERAL DEL TRABAJO, contra ASOCIACION DE CONTACT CENTER (ACE), y como interesados, FEDERACION DE SERVICIOS DE COMISIONES OBRERAS (CCOO), FEDERACION ESTATAL DE SERVICIOS, MOVILIDAD Y CONSUMO DE LA UNION GENERAL DE TRABAJADORES (UGT), CONFEDERACION INTERSINDICAL GALEGA (CIG), EUSKO LANGILEEN ALKARTASUNA (ELA) y LANGILE ABERTZALEN BATZORDEAK (LAB), sobre CONFLICTO COLECTIVO.

Tercero.- En fecha 16 de octubre de 2017 se dictó auto, en cuya parte dispositiva, se acuerda acumular a las presentes actuaciones instadas por la FEDERACIÓN DE SERVICIOS DE COMISIONES OBRERAS, en materia de conflicto colectivo y registradas bajo el número 325/2017 a la demanda registrada bajo el número 290/2017 en materia de conflicto colectivo e instadas por la CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO (CGT).

Cuarto .- La Sala designó ponente, señalándose el día 8 de noviembre de 2017 para los actos de conciliación y, en su caso, juicio.

Quinto .- Llegado el día señalado tuvo lugar la celebración del acto del juicio en el que la parte demandante, se afirmó y ratificó en su demanda, solicitando que se dicte sentencia por la que se declare el derecho de los trabajadores y trabajadoras a que se les conceda una excedencia con reserva de puesto de trabajo para el



cuidado de un familiar, cuando el sujeto causante sea un descendiente menor de edad, aunque sea mayor de 3 años, condenando a la asociación empresarial demandada a estar y pasar por tal declaración.

Frente a tal pretensión, UGT y CIG se adhieren a la demanda.

ELA y LAB, no comparecieron al acto del juicio, pese a constar citados en legal forma.

La letrado de la ASOCIACIÓN DE CONTACT CENTER ESPAÑOLA (ACE) se opone a la demanda, todo ello en los términos que resultan del acta de juicio y de la grabación de la vista oral.

Sexto. - Recibido el pleito a prueba, se practicaron las pruebas propuestas por las partes y declaradas pertinentes, con el resultado que consta en el acta levantada al efecto.

Séptimo. - En la tramitación de estos autos se han observado todas las prescripciones legales.

Resultando y así se declaran, los siguientes,

HECHOS PROBADOS

PRIMERO. - Por Resolución de 12 de julio de 2012, de la Dirección General de Empleo, se acuerda registrar y publicar el Convenio colectivo de ámbito estatal del sector de Contact center (antes telemarketing). (Código de convenio número 99012145012002), que fue suscrito con fecha 23 de mayo de 2012, de una parte, por la asociación empresarial Asociación de Contact Center Española (ACE), en representación de las empresas del sector, y de otra, por los sindicatos CC. OO. y FeS-UGT, en representación de los trabajadores. (BOE de 27 de julio de 2012). (Descriptor 3)

Por Resolución de 29 de junio de 2017, de la Dirección General de Empleo, se acuerda registrar y publicar el II Convenio colectivo de ámbito estatal del sector de contact center (antes telemarketing). (código de convenio número 99012145012002), que fue suscrito con fecha 30 de mayo de 2017, de una parte por la Asociación de Contact Center Española (ACE), en representación de las empresas del sector, y, de otra, por los sindicatos CC.OO. y UGT, en representación de los trabajadores (BOE de 12 de julio de 2017) (descriptor 6)

SEGUNDO.- En fecha 17 de abril de 2017 la Federación de servicios de CC.OO, planteó consulta a la Comisión paritaria de interpretación del Convenio Colectivo Estatal de Contact Center relativa al artículo 31.2.2 del Convenio Colectivo Sectorial de Contact Center . La cuestión que se plantea es que el sujeto causante del derecho a excedencia, si es por razón de edad, no sólo incluye a las personas de edad avanzada, sino también a los menores de edad que cumplan el requisito de parentesco y no puedan valerse por sí mismos por ese mismo motivo. (Descriptor 4)

En fecha 30 de mayo de 2017 tuvo lugar la reunión de la Comisión paritaria que, en relación a esta cuestión, no hubo acuerdo. (Descriptor 5)

TERCERO.- CGT en fecha 24 de octubre de 2017, planteó esta misma cuestión a la Comisión paritaria. (Descriptor 44)

CUARTO.- La mayor parte de las empresas del sector, niegan a sus trabajadores la posibilidad de situarse en situación de excedencia para el cuidado de un familiar, cuando el sujeto causante es un hijo menor, aunque mayor de tres años, por entender que el precepto del convenio colectivo está referido a familiares de edad avanzada.

QUINTO.- El 3 de agosto de 2017 se celebró el procedimiento de mediación ante el SIMA, teniendo como resultado la falta de acuerdo entre las partes intervinientes. (Descriptor 7)

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - En cuanto a los hechos declarados probados, se obtienen de las pruebas que en ellos se indica, dando con ello cumplimiento a lo establecido en el artículo 97.2 de la LRJS .

SEGUNDO .-Se solicita que se dicte sentencia por la que se declare el derecho de los trabajadores y trabajadoras a que se les conceda una excedencia con reserva de puesto de trabajo para el cuidado de un familiar, cuando el sujeto causante sea un descendiente menor de edad, aunque sea mayor de 3 años, condenando a la asociación empresarial demandada a estar y pasar por tal declaración. Cita la parte actora en apoyo de su tesis la S. de la Sala de lo Social del TSJ de Navarra de 23 de febrero de 2006 dictada en el recurso de suplicación 25/2006 .

Frente a tal pretensión, UGT y CIG se adhieren a la demanda.

ELA y LAB, no comparecieron al acto del juicio, pese a constar citados en legal forma.

La letrado de LA ASOCIACIÓN DE CONTACT CENTER ESPAÑOLA (ACE) se opone a la demanda, por existir sentencias de las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia que en relación a este mismo sector desestiman la misma reclamación, citando al efecto, las SS. del TSJ del País Vasco de fecha las 1 de marzo de 2017 y 2 de mayo de 2007 ; así como sentencias relativas a la misma cuestión en otros sectores que deniegan la existencia del derecho a excedencia para el cuidado de un familiar cuando el sujeto causante es un hijo menor pero mayor de tres años. (TSJ Madrid de 17 /11/2014 y 08/10/2007 ; TSJ Aragón de fecha 14/10/2009). Así como sentencias que niegan la reducción de jornada para el cuidado de un familiar cuando el sujeto causante es un hijo menor mayor de seis años (S.TSJ de Castilla- la mancha de 18/5/2006 y del TSJ de Cataluña de 23/7/2003), sin que esta denegación sea contraria a la Directiva del Consejo 96/34/CE, de 3 de junio, relativa al acuerdo marco sobre el permiso parental ,que ha sido derogada por la Directiva 2010/18/UE . En definitiva sostiene la demandada que no es posible desde una perspectiva sistemática, literal y finalista de las normas mencionadas incluir la atención del hijo mayor de tres años de edad en la excedencia contemplada en el artículo 31.2.2 del convenio colectivo de Contact Center puesto que ésta es para el cuidado de familiares que por su edad avanzada, por enfermedad o accidente, no puedan valerse por sí mismos y no desempeñen una actividad retribuida.

TERCERO.- Se suscita la problemática relativa a si es posible incluir a los hijos mayores de tres años de edad en la excedencia para el cuidado de familiares prevista en el precepto convencional en similares términos a los contenidos en el párrafo segundo del artículo 46.3 ET .

El apartado 2 del artículo 31 del convenio colectivo de Contat Center dispone:

" 2. Excedencia por cuidado de familiares.

2.1 Se tendrá derecho a un período de excedencia de duración no superior a tres años para aprender el cuidado de cada hijo o hija, tanto cuando lo sea por naturaleza, como por adopción, o en los supuestos de guarda con fines de adopción o acogimiento permanente, a contar desde la fecha de nacimiento o, en su caso, de la resolución judicial o administrativa.

2.2 también se tendrá derecho a un período de excedencia de duración no superior a dos años, para atender al cuidado de parientes de hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no puedan valerse por sí mismos y no desempeñen actividad retribuida."

En similares términos, el artículo 46 del ET establece:

"(...)

3. Los trabajadores tendrán derecho un periodo de excedencia de duración no superior a tres años para atender al cuidado de cada hijo, tanto cuando lo sea por naturaleza, como por adopción, o en los supuestos de acogimiento, tanto permanente como preadoptivo, a contar desde la fecha de nacimiento o, en su caso, de la resolución judicial o administrativa.

También tendrá derecho a un periodo de excedencia, de duración no superior a dos años, salvo que se establezca una duración mayor por negociación colectiva, los trabajadores para atender al cuidado de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad no pueda valerse por sí mismo, y no desempeñen actividad retribuida."

La redacción inicial del artículo 46.3 ET únicamente contemplaba la excedencia para atender al cuidado de cada hijo, tanto cuando lo sea por naturaleza como por adopción, a contar desde la fecha de nacimiento de este. No se contemplaba la excedencia para el cuidado de otros familiares.

Esta segunda modalidad se introdujo por la reforma del ET llevada a cabo por la Ley 39/1999 de 5 de noviembre, de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras en cuya exposición de motivos recoge:

" Igualmente se amplía el derecho a la reducción de jornada y excedencia a los trabajadores que tengan que ocuparse de personas mayores y enfermas, en línea con los cambios demográficos y el envejecimiento de la población."

Más adelante reitera: *" Por último, se establece la aplicación de la reducción de la jornada o excedencia para atender al cuidado de familiares que por razón de edad, accidente o enfermedad no puedan valerse por sí mismos y no desempeñen actividad retribuida, configurándose este derecho como individual de los trabajadores."*

Con posterioridad la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, amplía la duración de la excedencia para atender el cuidado de un familiar hasta segundo grado a dos años.



Por consiguiente, el actual art.46.3 ET contempla dos supuestos diferentes de excedencia para atender el cuidado de familiares.

El primero para el cuidado de cada hijo, tanto por naturaleza como por adopción, y en los supuestos de acogimiento -permanente o preadoptivo-, y que tendrá una duración no superior a tres años. El trabajador tendrá derecho a la reserva de su puesto de trabajo, durante el primer año [efecto asimilable al de la excedencia forzosa], y durante el resto del tiempo «la reserva quedara referida a un puesto de trabajo del mismo grupo profesional o categoría equivalente». «El primer año de la situación de excedencia por cuidado de hijo se equipara prácticamente a efectos jurídico-laborales a la suspensión del contrato de trabajo, la cual se caracteriza por la reserva del puesto de trabajo (art. 48.1 ET) y por la exoneración de las obligaciones contractuales básicas de trabajar y remunerar el trabajo (art. 45.2. ET)» (TS 4ª 14-11-02)

El segundo supuesto, contemplado en el art.46.3 ET , es el previsto para atender al cuidado de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad no pueda valerse por sí mismo, y no desempeñe actividad retribuida, con duración no superior a dos años, salvo que se establezca una duración mayor por negociación colectiva.

De ello se deriva que los sujetos causantes de una y otra excedencia son distintos, estamos ante dos supuestos claramente diferenciados en los que los sujetos causantes de una y otra clase de excedencia son distintos, a excepción de aquellos casos en que la excedencia cuya aplicación se pretende esté motivada por la atención de un hijo sea o no menor de edad, que por razón de accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo y no desempeñen actividad retribuida-único supuesto en que el sujeto causante sería el mismo.

Por ello se debe concluir que la situación de protección del menor a causa de su edad está expresamente protegida por medio de la excedencia específica para el cuidado de hijos que llega hasta un máximo de tres años, sin que sea dable utilizar el supuesto previsto en el segundo párrafo del artículo 46.3 para eludir el límite establecido en el primer párrafo. Si en el primer párrafo del artículo 46.3 se ha establecido un límite de tres años para los hijos, no es dable soslayar ese límite acudiendo la excedencia del segundo párrafo de este precepto cuando se trate de hijos que no estén enfermos, accidentados ni discapacitados. Hay que entender que se trata de medidas protectoras diferentes que responden a distintas situaciones. La excedencia por cuidado de hijo es de carácter específico frente a la excedencia genérica por cuidado de familiares hasta el segundo grado que no tiene límite de edad, puesto que esta segunda modalidad se introdujo por la reforma del ET llevada a cabo por la Ley 39/1999 de 5 de noviembre, de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras en cuya exposición de motivos recoge:

" Igualmente se amplía el derecho a la reducción de jornada y excedencia a los trabajadores que tengan que ocuparse de personas mayores y enfermas, en línea con los cambios demográficos y el envejecimiento de la población."

Y más adelante reitera: *" Por último, se establece la aplicación de la reducción de la jornada o excedencia para atender al cuidado de familiares que por razón de edad, accidente o enfermedad no puedan valerse por sí mismos y no desempeñen actividad retribuida, configurándose este derecho como individual de los trabajadores."*

También diferencia entre excedencia de una y otra clase el precepto del convenio colectivo de cuya interpretación se trata, incluyendo un período de excedencia de duración no superior a tres años para atender el cuidado de cada hijo o hija, a contar desde la fecha de nacimiento o, en su caso, de la resolución judicial o administrativa en tanto que el segundo regula la excedencia para atender al cuidado de parientes de hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no puedan valerse por sí mismos y no desempeñen actividad retribuida.

Es decir tanto legislador como los firmantes del convenio colectivo quisieron distinguir entre una y otra clase de excedencia y marcaron el límite temporal para la excedencia por cuidado de hijos en tres años, que si bien puede mostrarse insuficiente en aras a conciliar la vida laboral y familiar, la implantación de otro superior no puede obtenerse en esta sede.

El límite temporal establecido se acomoda a la Directiva del Consejo 2010/18/UE relativa al Acuerdo Marco sobre el permiso parental que derogó la Directiva 96/34/CE, puesto que el permiso parental por motivo de nacimiento y adopción que esta contempla puede extenderse hasta los ocho años, debiendo ser el Estado el que defina los límites.

Esta es por tanto la interpretación que debe darse al artículo 46.3 ET y artículo 31.2.1 y 31. 2.2 del Convenio Colectivo de Contact Center , desde una perspectiva sistemática, literal y finalista de las normas mencionadas, sin que se pueda utilizar el supuesto previsto en el artículo 31.2.2 del convenio relativo a la excedencia para atender al cuidado de un familiar para el supuesto contemplado en el artículo 31.2.1 relativo a la excedencia para el cuidado de hijos. Así se han pronunciado, entre otras, las SS. de la Sala de lo Social del TSJ del País



Vasco de 1/03/2017 (recurso 226/2017) y de 2/05/2007 (recurso 424/2007) relativas al precepto del convenio colectivo del sector de Contact Center de cuya interpretación se trata, cuya redacción no se ha modificado en los sucesivos convenios y las SS. de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid de 17/11/2014 (recurso 596/2014) y 08/10/2007 (recurso 2717/2007) y S.TSJ de Aragón de 14/10/2009 (recurso 737/2009), si bien la sentencia del TSJ de Navarra de 23/02/2006 (recurso 25/2006), que la Sala no comparte, permite dicho disfrute.

Por todo ello procede la desestimación de la demanda.

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

FALLAMOS

Desestimamos la demanda formulada por DOÑA PILAR CABALLERO MARCOS, Letrada del ICAM, actuando en representación de la FEDERACION DE SERVICIOS DE COMISIONES OBRERAS y por D. MIGUEL ÁNGEL GARRIDO PALACIOS, Letrado del ICAM en nombre y representación de la CONFEDERACION GENERAL DEL TRABAJO, a la que se han adherido FEDERACION DE SERVICIOS MOVILIDAD Y CONSUMO DE LA UNION GENERAL DE TRABAJADORES (FES-UGT) y CONFEDERACION INTERSINDICAL GALEGA (C.I.G.) contra la patronal ASOCIACIÓN DE CONTACT CENTER ESPAÑOLA (ACE), y como interesados, EUSKO LANGILEEN ALKARTASUNA (ELA) y LANGILE ABERTZALLEN BATZORDEAK (LAB), sobre, CONFLICTO COLECTIVO y absolvemos a los demandados de las pretensiones frente a los mismos deducidas en demanda.

Notifíquese la presente sentencia a las partes advirtiéndoles que contra la misma cabe Recurso de Casación ante la Sala Cuarta del 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 Letrado 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 0290 17; si es en efectivo en la cuenta nº 2419 0000 00 0290 17, 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.