

Regulación del trabajo en fin de semana e inexistencia de discriminación.

STS-SOC núm. 190/2020, de 3 de marzo.

Eduardo Rojo Torrecilla

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

Resumen: *La sentencia analiza cuál debe ser la interpretación del art. 30 del convenio colectivo de grandes almacenes, que regula el régimen jurídico de descansos en fines de semana. Confirma la sentencia dictada por la Audiencia Nacional y rechaza la tesis de las organizaciones sindicales que presentaron la demanda de tratarse de una norma que provocaría una discriminación indirecta para las trabajadoras.*

Palabras clave: *Discriminación, fin de semana, trabajadoras, conflicto colectivo.*

Abstract: *The sentence analyzes which should be the interpretation of the art. 30 of the collective agreement of department stores, which regulates the legal regime of weekend breaks. It confirms the sentence issued by the Audiencia Nacional and rejects the thesis of the trade union organizations that filed the lawsuit that it is a rule that would cause indirect discrimination for the workers.*

Keywords: *Discrimination, weekend, workers, collective conflict.*

I. Introducción

¿Quién cuida a la familia “pequeña”, es decir a los hijos e hijas, cuando hay que trabajar un fin de semana, ya sea sábado o domingo? Una pregunta a la que tienen que responder todas las personas trabajadoras, un 25 % en el ámbito de la UE según estudios realizados por Eurofound, en las que se da tal circunstancia, y que durante la grave situación de crisis que hemos vivido desde la declaración del estado de alarma se ha extendido para muchas familias a todos los días de la semana ante el cierre de los centros educativos desde mediados de marzo, surgiendo un inevitable debate sobre cómo conciliar vida familiar y laboral y que ya está mereciendo mucha atención por cómo puede impactar en especial en los derechos laborales de las mujeres trabajadoras.

Viene a cuento esta breve reflexión para dar paso al comentario de la sentencia dictada el 3 de marzo, que desestima el recurso de casación interpuesto por las federaciones de servicios de UGT y CCOO contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social de la AN el 20 de junio de 2018^[1], que ya desestimó su demanda presentada en procedimiento de conflicto colectivo. La Sala acoge la propuesta formulada por el Ministerio Fiscal en su preceptivo informe, en el que abogó por la improcedencia del recurso.

El muy escueto resumen oficial de la sentencia, pero que ya nos permite conocer uno de los ejes argumentales que ha motivado mi atención, es la siguiente:

“Descansos en fines de semana. Convenio colectivo de Grandes Almacenes. Interpretación del art. 30 del Convenio. Norma convencional carente de sesgos discriminatorios”.

Estamos en presencia, una vez más de un litigio sobre el concepto de tiempo de trabajo, sobre el que hay una abundante jurisprudencia del TS y por supuesto también por el TJUE. Con respecto a este último, debe citarse por su interés la reciente sentencia de 4 de junio (C-588/18) dictada con ocasión de la petición de decisión prejudicial presentada, al amparo del art. 267 del TFUE por la AN mediante [auto de 3 de septiembre de 2018](#)^[2].

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo (Sala Social).

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 190/2020, 3 de marzo.

Tipo y número de recurso: recurso de casación núm. 190/2018.

ECLI: ES:TS:2020:903.

Ponente: Excm. Sra. Dña. María Lourdes Arastey.

Votos particulares: carece.

III. Problemas suscitados. Hechos y antecedentes

El 25 de abril de 2018 se presentó demanda, en procedimiento de conflicto colectivo, por la federación estatal de servicios, movilidad y consumo de la UGT, contra federación de asociaciones sindicales (FASGA), federación de trabajadores independientes de comercio (FETICO), federación de servicios de CCOO y asociación nacional de grandes empresas de distribución (ANGED).

En el acto del juicio la parte actora se ratificó en su pretensión, solicitando el dictado de sentencia en que se declarara que “a efectos de cómputo del disfrute mínimo de seis fines de semana de descanso en los que se comprendan el sábado y el domingo, que establece el artículo 30 del vigente Convenio Colectivo del sector Grandes Almacenes, no se consideren los fines de semana en los que el sábado resulte día festivo”.

FASGA, FETICO y CCOO se adhirieron a la demanda, y la parte empresarial se opuso a la misma.

Los hechos controvertidos que se suscitaron en el juicio fueron que desde el año 2009 las empresas habían venido actuando de igual manera, concediendo cinco fines de semana sin distinguir que los sábados fueran festivos, y también que las mujeres utilizan más la reducción por guarda legal”.

Fueron declarados hechos conformes que la redacción del artículo litigioso sobre los descansos en fines de semana es la que ya se estableció en el convenio de 2009-2012, con la única modificación posterior de ampliar de cinco a seis semanas dicha regulación. Igualmente, hubo conformidad sobre el dato estadístico de que en el sector de grandes almacenes prestan sus servicios un 70 % de personal femenino y un 30 % de masculino.

IV. Posiciones de las partes

La parte demandante en instancia argumentó que la finalidad del artículo 30 era facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral, y como la presencia femenina es muy mayoritaria en el sector no debería computarse entre los seis fines de semana disponibles aquel en el que el sábado fuera día festivo, ya que dicha práctica penalizaba a las trabajadoras.

La parte empresarial demandada mantuvo tesis contraria, tanto basándose en la interpretación literal del precepto como en su aplicación práctica desde que fue incorporado en el convenio con vigencia para el período 2009-2012. A su parecer, la norma solo introducía una excepción al cómputo de los sábados festivos, cual era el del periodo vacacional, por lo que era clara la voluntad de los sujetos firmantes del convenio. Por otra parte, dado que la medida se aplica por igual a todas las personas trabajadoras, con independencia del hecho de la presencia de un mayor número de mujeres que de hombres entre el personal, sostuvo que en modo alguno se operaba una discriminación indirecta hacia el colectivo femenino.

La tesis desestimatoria de la demanda se basó en que la dicción literal del precepto no efectuaba distinción alguna de los fines de semana si algún sábado es festivo, excluyendo únicamente del cómputo de las seis semanas aquellos que entren dentro del período vacacional, acogiéndose de esta manera la tesis sostenida por la parte empresarial demandada.

A juicio de la AN, la parte actora no pudo probar, como le correspondía ex art. 217.2 LEC, que la voluntad de los sujetos firmantes del convenio fuera la defendida en la demanda.

Para la AN tampoco existió discriminación indirecta, aunque se disponga del dato de una mayor presencia femenina en el sector, ya que “acreditado que la regla general en el sector es que el descanso semanal no se produzca en fin de semana, es claro que el beneficio, pactado en el art. 30 del convenio, persigue beneficiar igualmente a los trabajadores y a las trabajadoras, por cuanto todos ellos querrán disfrutar los días de descanso en las fechas, en que los disfrutaran normalmente sus familiares”.

Contra la sentencia de instancia se presentó recurso de casación que dio lugar a la sentencia que es objeto del presente comentario. El recurso de las organizaciones sindicales, interpuesto al amparo del art. 207 e) de la LRJS, es decir por infracción de normativa y jurisprudencia aplicable alegó que la tesis de la AN, al desestimar la demanda, había ido en contra del art. 1281 del CC (interpretación de contratos), arts. 14 y 39 de la CE (principio de igualdad y no discriminación, y protección de la familia) y de la jurisprudencia sentada por el TC en su sentencia núm. 3/2007 de 15 de enero.

Tal como se expone en el fundamento de derecho segundo de la sentencia del TS, “la aplicación del precepto con la literalidad que acoge la sentencia recurrida comporta una discriminación indirecta, con la trascendencia constitucional que ponen de relieve con la cita de los arts. 14 y 39 CE. Alegan, al respecto, que en el sector al que afecta el conflicto es mayoritario el número de mujeres trabajadoras y extrae de ello la conclusión indicada sobre el efecto discriminatorio”. Por ello, se reitera en el RC la pretensión contenida en la demanda, cual era que a efectos del cómputo de las seis semanas de disponibilidad de sábados y domingos no se computaran aquellos en los que el sábado fuer día festivo.

V. Normativa aplicable al caso

La cuestión litigiosa versa sobre el art. 30 del convenio colectivo de grandes almacenes^[3], que regula el régimen de descanso en actividad comercial en domingos y festivos, y cuyo texto es el siguiente:

“A fin de facilitar la conciliación de la vida laboral con la familiar, los trabajadores con más de cinco días de promedio de trabajo a la semana disfrutarán al menos de seis fines de semana de descanso en los que se comprendan el sábado y el domingo, sin que computen como tales los correspondientes a vacaciones.

Igualmente, los trabajadores con más de tres días de promedio anual de trabajo a la semana, no tendrán obligación de trabajar en domingos o festivos, en centros o establecimientos abiertos al público, más que el 34 por ciento de los domingos y festivos existentes en el año (23).

En casos de actividad no generalizada en domingos y festivos se aplicará la siguiente regulación:

– Hasta dieciséis días de actividad en domingos y festivos al año, estos trabajadores no tendrán obligación de trabajar más que el 50% de los domingos y festivos que en el año la empresa decida abrir al público el centro o establecimiento en cuestión, siempre que el número resultante sea siete o superior a siete.

– De dieciséis a veinticinco aperturas al año, el porcentaje será del 45, con el mismo mínimo antes indicado.

– Por encima de 25 días de aperturas al año se estará al régimen general del 34 % de los domingos y festivos existentes en el año (23).

A efectos del cálculo del número de domingos y festivos con obligación a prestar servicios en todo caso la fracción resultante se elevará al entero”.

VI. Doctrina básica

El TS, tras hacer un sucinto repaso de la realidad de la actividad laboral en el sector, en donde la prestación de trabajo puede desarrollarse todos los días de la semana, y por tanto a los efectos que ahora me interesa analizar ya no sólo en sábados sino también los domingos y otros días festivos, acude al art. 3.1 del CC, a los distintos criterios hermenéuticos para la interpretación posible del precepto convencional en juego, y llega a la misma conclusión que la AN.

Destaco de su argumentación que recuerda que el precepto proviene, sin modificaciones, de convenios precedentes, y resalto también que, al analizar el art. 30, expone que la naturaleza de festivo de un sábado “no presenta peculiaridad alguna a la vista de la posibilidad de que dicho festivo sea igualmente un día de trabajo”.

Ahora bien, el núcleo interesante del debate jurídico se centra a mi parecer en la alegación de las recurrentes de estar en presencia de una discriminación indirecta perjudicial para las trabajadoras (según los hechos probado de instancia, “en el sector trabajan un 70 % de mujeres y un 30 % de hombres”). Del dato estadístico, infieren, según se afirma en el fundamento de derecho segundo de la sentencia del TS, que se produce un efecto discriminatorio hacia el colectivo femenino.

Nuevamente está en juego la cuestión de si se produce una discriminación indirecta, es decir aquella que según la normativa comunitaria se produce, a salvo de excepciones que no afectan al litigio ahora analizado, “cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas con una religión o convicción, con una discapacidad, de una edad, o con una orientación sexual determinadas, respecto de otras personas”

Por consiguiente, la Sala debe analizar si la norma convencional, bajo la apariencia de neutralidad, despliega, por decirlo con las propias palabras de la sentencia, “unos efectos desproporcionados sobre el colectivo femenino”, y tiene “un efecto pernicioso para las mujeres por ser éstas las que integran mayoritariamente el colectivo de trabajadores afectados”.

Será desestimado el recurso por llegar a la conclusión la Sala de que no solo es neutro el precepto, sino que también lo es su impacto, dado que la regulación de la norma se lleva a cabo con independencia de las circunstancias personales de cada persona trabajadora que tenga derecho a esos, como mínimo, seis fines de semana festivos durante el período de prestación de servicios, con inclusión de sábados y domingos y sin que se tome en consideración si el sábado es festivo o no”.

Argumentación razonable y fundamentada de la sentencia, a mi parecer, que se acompaña, y esta es la argumentación obiter dicta que merece tanto jurídica como socialmente más atención, de una crítica nada velada, sino todo lo contrario, al planteamiento de las recurrentes sobre la hipotética discriminación, sin duda en el que debe haber jugado un papel relevante la propia ponente, que lo ha sido de varias

sentencias que cabe calificar de muy importantes desde la perspectiva de género y por tanto de protección de los derechos de las mujeres trabajadoras.

Por su interés, reproduzco textualmente la manifestación, a la par social y jurídica, de la Sala, que me imagino que no habrá sido precisamente del agrado de las recurrentes: “De hecho, la Sala no acierta a comprender la postura de la parte recurrente que parece partir de la idea de que la conciliación de la vida familiar y profesional es netamente femenina. Por el contrario, el mantenimiento de la insinuación de que los derechos de conciliación son derechos de las mujeres perpetúa los mecanismos de discriminación. De ahí que consideremos que resulta perfectamente ajustado a los fines de lograr la igualdad de oportunidades el que el citado precepto del convenio atribuya el beneficio sin distinción, fomentando así la corresponsabilidad familiar mediante el otorgamiento de medidas de conciliación no sesgadas”.

VII. Parte dispositiva

Por todo lo anteriormente expuesto, el TS desestima el recurso interpuesto por la Unión General de Trabajadores (FeSMC-UGT) y la Federación de Servicios de Comisiones Obreras (CCOO) contra la sentencia de la Sala de lo Social de la AN de 20 de junio de 2018 y procede a su confirmación.

Referencias:

1. [^] <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/d9c0d5d3585749f6/20180716> (consulta: 9 de julio).
2. [^] “El TJUE recuerda que en el ámbito de la política social, ex art. 4.2 del TFUE, estamos en presencia de una “competencia compartida”. Al respecto, el art. 2.2 dispone que “Cuando los Tratados atribuyan a la Unión una competencia compartida con los Estados miembros en un ámbito determinado, la Unión y los Estados miembros podrán legislar y adoptar actos jurídicamente vinculantes en dicho ámbito. Los Estados miembros ejercerán su competencia en la medida en que la Unión no haya ejercido la suya. Los Estados miembros ejercerán de nuevo su competencia en la medida en que la Unión haya decidido dejar de ejercer la suya”. Y a partir de aquí da un paso adelante, en la misma línea que la sentencia de 19 de noviembre, para concluir que los permisos remunerados regulados en la normativa convencional española aplicable . “no forman parte del ámbito de aplicación de la Directiva 2003/88, sino del ejercicio, por un Estado miembro, de sus competencias propias”, con un recordatorio posterior, que está por ver de qué forma podrá ser tenido en consideración por la AN en su sentencia, cuál es que el ejercicio de tales competencias propias “no puede, sin embargo, tener como efecto que se menoscabe el nivel mínimo de protección que esta Directiva garantiza a los trabajadores y, en particular, el disfrute efectivo de los períodos mínimos de descanso semanal y de vacaciones anuales retribuidas previstos en los artículos 5 y 7 de la misma”. Rojo Torrecilla, Eduardo. “Sobre las fechas de disfrute de permisos cuando el derecho nace durante el descanso semanal o anual. Estudio de la sentencia del TJUE de 4 de junio de 2020 (asunto

C-588/18)”. <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2020/06/sobre-las-fechas-de-disfrutes-de.html> (consulta: 13 de julio).

3. [^] <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2017-11522> (consulta: 10 de julio).