

COMENTARIOS NORMATIVOS

Elección de descansos y vacaciones por preferencias de conciliación familiar

Jesús Lahera Forteza

Consultor Abdón Pedrajas & Molero.
Profesor Titular Dcho. Trabajo UCM

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

Contenido de comunicaciones individuales de despidos objetivos en el marco de despidos colectivos

Jorge Mancheño Andrade

Abogado Abdón Pedrajas & Molero

PRÁCTICA LABORAL

Consideración de los excedentes por cuidado de hijo o familiares en las elecciones sindicales

Antonio Pedrajas Quiles

Socio Director Abdón Pedrajas & Molero

ELECCIÓN DE DESCANSOS Y VACACIONES POR PREFERENCIAS DE CONCILIACIÓN FAMILIAR

Jesús Lahera Forteza,

Consultor Abdón Pedrajas & Molero. Profesor Titular Dcho. Trabajo UCM.
jlf@abdonpedrajas.com.

La elección de descansos y vacaciones por preferencias de conciliación familiar es otra dimensión de la organización flexible del tiempo de trabajo conexas a este bien jurídico que debe recibir soluciones satisfactorias en una empresa.

Tanto el descanso semanal del art. 37.1 ET como el derecho de vacaciones anuales del art. 38.1 ET apenas tienen legalmente integrada la conciliación familiar, salvo en el art. 38.3 ET en supuestos de coincidencia del permiso de maternidad y el tiempo de vacaciones.

Por lo tanto, es obligado conectar jurídicamente esta regulación con el art. 34.8 ET, más aún tras la Ley 3/2012 que, como novedad significativa, menciona “los descansos” entre las medidas a promover para hacer efectiva la conciliación laboral, personal y familiar junto con la productividad de la empresa. Además, los criterios del convenio colectivo deducibles de los arts. 37.1, 38.2 y 34.8 ET, junto con los acuerdos individuales, son esenciales en la incorporación

de la conciliación familiar a los descansos semanales y vacaciones de los trabajadores.

Por un lado, el descanso semanal del art. 37.1 ET ya parte, de suyo, con una regla general del disfrute en fin de semana que, más allá de connotaciones religiosas o de tradición social, tiene una clara motivación en la conciliación familiar al ser el tiempo de descanso semanal escolar de los hijos. El convenio, acuerdo colectivo o pacto individual pueden excepcionar esta regla fijando otros días de la semana, estableciendo turnos si continúa la actividad empresarial en fin de semana o acumulando en períodos de 14 días los descansos semanales, pero atendiendo siempre al bien jurídico de la conciliación familiar del art. 34.8 ET en las negociaciones.

Resultará lícito ofrecer así preferencias de elección del descanso semanal a los padres o limitaciones a los turnos de fin de semana por estas razones, teniendo además el pacto individual o una adecuada política de recursos humanos un espacio enorme para dar soluciones



Resulta lícito ofrecer preferencias de elección del descanso semanal a los padres o limitaciones a los turnos de fin de semana por estas razones)

eficientes y equilibradas a los problemas que se puedan plantear.

Además, incluso ante el desacuerdo entre empresa y trabajador, cabe, de manera unilateral, intentar rechazar trabajar los fines de semana por coincidir con obligaciones familiares, aunque también la empresa pueda en ello justificar por motivos organizativos este tipo de medidas proporcionadas.

El mejor escenario es el acuerdo o la atención unilateral empresarial a este bien jurídico, pero ante la controversia se puede llegar a plantear

una impugnación judicial por la vía del art. 139 LJS donde puede ser ponderado y valorado que el trabajador no tenga que trabajar en fin de semana por sus responsabilidades familiares.

Por otro lado, las vacaciones anuales se desenvuelven en el marco general convencional, conforme al art. 38.2 ET, que tiene que dialogar con la llamada del propio art. 34.8 ET. Es, por tanto, lícito que el convenio o acuerdo colectivo establezca posibles diferencias de trato entre padres o trabajadores con cuidado de familiares y el resto de la plantilla en la planificación de las vacaciones.



El pacto individual, que termina determinando las fechas concretas de su disfrute, canalizará habitualmente estas pretensiones, sobre todo en las deseables coincidencias de partes de tiempo de las vacaciones laborales de los padres y de los hijos.

El preaviso de dos meses de conocimiento del trabajador de las fechas de este descanso, previsto en el art. 38.3 ET, tiene también una motivación en la conciliación familiar, personal y laboral que facilita una adecuada organización vital de este ocio.

Las controversias ante la falta de acuerdos tienen en este caso un cauce procesal específico en el art. 125-126 LJS, en la modalidad de conflictos en fechas de vacaciones, donde el trabajador puede hacer valer motivos de conciliación familiar.

Es éste un espacio propicio para evitar, en la terminología de la STC 26/2011, “discriminaciones por circunstancias familiares”, ponderando

muy bien los intereses empresariales y personales en juego.

El único problema que sí recibe una solución legal directa, clara y satisfactoria con la conciliación familiar en los tiempos de descanso es la coincidencia del permiso de maternidad y del tiempo de vacaciones del art. 38.3 ET. Esta cuestión ya había sido resuelta por la jurisprudencia europea en la STJUE 18 de marzo de 2004 (Asunto Merino) con la separación entre finalidades distintas de ambos descansos - el cuidado tras el parto y del hijo en la maternidad o el ocio y la salud laboral en las vacaciones - lo que obliga a los estados miembros a acumular ambos tiempos en el marco del art. 7 de la directiva europea 93/104, hoy 2003/88.

Este criterio fue recibido por la jurisprudencia constitucional en la STC 324/2006, desde la óptica de la no discriminación por razón de género del art. 14 CE, y por la jurisprudencia ordinaria en la STS 10 de noviembre de 2005, con expresa referencia a la doctrina europea.

Resultaba así inevitable el cambio legal del art. 38.3 ET, que recibe finalmente esta jurisprudencia en la LO 3/2007 y luego con mayor precisión en la Ley 3/2012: cuando el período de vacaciones “coincida en el tiempo con el período de suspensión del contrato previsto en los arts. 48.4 y 48.bis, se tendrá derecho a disfrutar las vacaciones en fechas distintas... aunque haya terminado el año natural a que correspondan”.

Tras el matiz de la Ley 3/2012, está claro que este derecho se proyecta en la suspensión de contrato por maternidad y por paternidad. La elección en estos casos de las fechas distintas de vacaciones, de común acuerdo entre el trabajador y la empresa conforme al art. 38.2 ET, rompe con la regla general de la anualidad, pudiendo ser disfrutadas “aunque haya terminado el año natural a que correspondan”, garantizando así plenamente la conciliación laboral, familiar y personal.

Es también lícito que el convenio o acuerdo colectivo establezca posibles diferencias de trato entre padres o trabajadores con cuidado de familiares y el resto de la plantilla en la planificación de las vacaciones)

Contenido de comunicaciones individuales de despidos objetivos en el marco de despidos colectivos

Jorge Mancheño Andrade,

Abogado Abdón Pedrajas & Molero. jma@abdonpedrajas.com.

**STJS MADRID, DE 24 DE JULIO DE 2014.
PONENTE ILMO. SR. D. ENRIQUE JUANES FRAGA**

Resumen: El TSJ de Madrid revoca la sentencia de instancia que declaró la improcedencia de un despido individual de una trabajadora afectada por un despido colectivo al estimar que la carta de despido debía concretar los criterios de selección que se utilizaron para la afectación de dicha trabajadora.

Supuesto de hecho: La cuestión a analizar tiene que ver con la impugnación de un despido individual de un trabajador afectado por el despido colectivo que concluyó con acuerdo con los representantes de los trabajadores. Entre otras cuestiones, el trabajador, que no discutía la causa económica que motivó el despido colectivo, alegaba que su carta de despido no concretaba los criterios de selección que se habían aplicado, de aquellos que fueron pactados en el periodo de consultas del despido colectivo, lo cual contravenía lo dispuesto en el artículo 53.1.a) ET, puesto en relación con el artículo 51.4 ET. Declarada la improcedencia del despido, la empresa plantea en su recurso de suplicación que no existe obligación alguna de concretar tales criterios de selección en la carta de despido individual derivada de un despido colectivo que ha concluido con acuerdo, tesis que es finalmente aceptada por la Sala.

Comentario: El artículo 51.4 ET determina la obligación de que los despidos individuales se efectúen conforme a las reglas del artículo 51.3 ET, entre las que se encuentra la exigencia de hacer constar en la carta su "causa". A partir de este planteamiento, se vienen sucediendo una serie de conflictos en relación con el alcance que de este concepto debe considerarse en supuestos como el que nos ocupa. La sentencia analizada viene a estimar el planteamiento de la empresa. Ello sobre la base de que ese requisito legal no determina la obligación de consignar en estas cartas de despido los criterios de selección concretos que son aplicados para los trabajadores, ni cómo, a partir de ellos, resulta la elección del trabajador afectado, cuando

estos criterios han sido debidamente acordados en el periodo de consultas. Además de dicho fundamento, se argumenta por la Sala, acogiendo doctrina anterior a la reforma laboral de 2012 que mientras no se acredite una situación de discriminación, de fraude o abuso de derecho en la elección, la empresa no está obligada a acreditar en estos supuestos más allá de la afectación de la causa económica al puesto de trabajo que se pretende amortizar, sin que sea exigible un rigor superior en los despidos individuales en el marco de un despido colectivo que en los despidos objetivos individuales que nos alcancen los umbrales de un colectivo.

Ciertamente, esta cuestión está generando una fuente recurrente de conflictos en el ámbito judicial, quizá debido a la existencia de otros pronunciamientos que, a diferencia de lo sostenido por la sentencia comentada, mantienen una posición contraria y determinan la necesidad de que estas cartas de despido sí deben concretar las razones por las que un trabajador ha sido afectado (STSJ País Vasco de 8 de abril de 2014). Sin embargo, los fundamentos y argumentos tomados en consideración por la sentencia objeto de este comentario son adoptados con carácter mayoritario, ya no sólo en Madrid, sino también en otras plazas (Cantabria, STSJ de 23 de octubre de 2014).

En todo caso, y a falta de pronunciamientos consolidados en Unificación de Doctrina a partir de los cuales se pueda ofrecer una mayor seguridad jurídica (la STS de 4 de junio de 2014 se inclina por la posición que mantiene la sentencia comentada, aunque los supuestos de hecho difieren), desde el punto de vista de la práctica empresarial, resulta conveniente que, en la medida de lo posible, sean consignadas en las cartas de despido individuales de los trabajadores afectados por un despido colectivo los parámetros objetivos o criterios de selección (pactados en el periodo de consultas) que han llevado a la afectación del trabajador, de cara a garantizar, con mayores probabilidades, la validez de la decisión empresarial.)

Consideración de los excedentes por cuidado de hijo o familiares en las elecciones sindicales

Antonio Pedrajas Quiles,

Socio- Director Abdón Pedrajas & Molero.



El art. 46.3 ET regula las excedencias por cuidado de hijos o familiares, teniendo derecho el excedente a una reserva de puesto de trabajo durante el primer año, quedando dicha reserva referida a un puesto del mismo grupo profesional o categoría equivalente a partir de entonces.

Así, la excedencia se configura como un supuesto de suspensión contractual, donde las partes se ven liberadas de sus recíprocas obligaciones de trabajar y abonar el sueldo. Sin embargo, ¿qué papel juegan estos excedentes durante el proceso electoral?

O dicho de otro modo, ¿pueden tener la consideración de electores y elegibles cuando su contrato de trabajo está suspendido?

El art. 69.1 ET dispone que los representantes unitarios se elegirán por “*todos*” los trabajadores. El art. 69.2 ET asocia la condición de elector y elegible a “*todos*” los trabajadores con las condiciones de edad y antigüedad allí establecidas.

El término “*todos*” parece abarcar a trabajadores con el contrato de trabajo suspendido que tienen reservado su puesto de trabajo. No se exige que el trabajador esté en activo en el momento de las elecciones.

La suspensión contractual exime de obligaciones recíprocas de “*trabajar y de remuneración*”, en los términos del art. 45.2 ET, pero pervive en el resto de efectos jurídicos derivados de la continuidad de la relación laboral, entre los que se encuentra el derecho de participación electoral del art. 4.1.g ET en conexión con los citados arts. 69.1 y 69.2 ET.

Como elector resulta clara la inclusión. Pero también como elegible, porque el derecho de participación electoral en su vertiente activa debe prevalecer, dada la ausencia de prohibición legal, correspondiendo a los sindicatos y a los electores confiar en alguien que pueda desempeñar su mandato electoral, aún estando inactivo temporalmente en la empresa.

Hay una serie de laudos que concluyen en esta dirección:

■ Sentando la doctrina general, Laudo 22 diciembre de 1995.

■ En supuestos de excedencia sindical, Laudo 31 octubre de 1994, Laudo 5 junio 1995 y Laudo 16/98 Javier Marín Barrero.

■ Con carácter específico respecto al excedente por cuidado de hijo, Laudo 31 enero de 1995, Laudo 30 junio 1999, Laudo 20 septiembre 2008 y Laudo 29 marzo 2007.

■ Tan sólo el Laudo 29 noviembre de 1994, en un caso de excedencia sindical, admite la condición de elector pero no la de elegible de un liberado sindical porque no podrá representar con toda su dedicación a sus compañeros del centro de trabajo.

El resto de laudos eluden esta cuestión y entienden que corresponde a los sindicatos y electores confiar o no en alguien con el contrato suspendido. Apenas existe doctrina judicial en la materia pero la que hay va también en esta dirección de admisión.

Por ejemplo, la SJS nº 2 Gijón de 24 octubre de 1985 afirma que la suspensión contractual con reserva de puesto no puede privar de la

La suspensión contractual exime de obligaciones recíprocas de “trabajar y de remuneración” (art. 45.2 ET), pero pervive en el resto de efectos jurídicos derivados de la continuidad de la relación laboral)

participación electoral. En definitiva, y aunque pudiese cuestionarse que un trabajador con el contrato de trabajo suspendido tenga la condición de elector y, sobre todo, de elegible, el criterio que tiene mayor seguridad jurídica es admitir en el censo como elector y elegible a los excedentes por cuidado de hijo del art.46.3 ET.)

BREVES

* **CALENDARIO LABORAL.** Resolución de 17 de octubre de 2014, de la Dirección General de Empleo, por la que se publica la relación de fiestas laborales para el año 2015. *BOE 24 de octubre de 2014*)

* **SEGURIDAD SOCIAL.** Orden ESS/2003/2014, de 29 de octubre, por la que se fijan para el ejercicio 2014 las bases normalizadas de cotización a la Seguridad Social, por contingencias comunes, en el Régimen Especial de la Seguridad Social para la Minería del Carbón. *BOE 1 de noviembre de 2014*)

* **SALARIOS. MODELO DE RECIBO DE SALARIO.** Orden ESS/2098/2014, de 6 de noviembre, por la que se modifica el anexo de la Orden de 27 de diciembre de 1994, por la que se aprueba el modelo de recibo individual de salarios. *BOE 11 de noviembre de 2014*)

* **MEDIDAS TRIBUTARIAS.** Orden HAP/2178/2014, de 18 de noviembre, por la que se aprueba el modelo 410 de pago a cuenta del Impuesto sobre los Depósitos en las Entidades de Crédito y se establecen las condiciones y el procedimiento para su presentación y se modifica la Orden EHA/3127/2009, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el modelo 190 para la declaración del resumen anual de retenciones e ingresos a cuenta del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas sobre rendimientos del trabajo y de actividades económicas, premios y determinadas ganancias patrimoniales e imputaciones de renta y se modifican otras normas tributarias. *BOE 24 de noviembre de 2014*)

Información elaborada por:

Abdón Pedrajas & Molero
ABOGADOS & ASESORES TRIBUTARIOS

www.abdonpedrajas.com