



Roj: **STS 1431/2025 - ECLI:ES:TS:2025:1431**

Id Cendoj: **28079140012025100232**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **27/03/2025**

Nº de Recurso: **73/2023**

Nº de Resolución: **255/2025**

Procedimiento: **Recurso de casación para la unificación de doctrina**

Ponente: **RAFAEL ANTONIO LOPEZ PARADA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 5513/2022,**
STS 1431/2025

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 255/2025

Fecha de sentencia: 27/03/2025

Tipo de procedimiento: CASACION

Número del procedimiento: 73/2023

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 25/03/2025

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Antonio López Parada

Procedencia: AUD.NACIONAL SALA DE LO SOCIAL

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Alfonso Lozano De Benito

Transcrito por: AGS

Nota:

CASACION núm.: 73/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Antonio López Parada

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Alfonso Lozano De Benito

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 255/2025

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Ángel Blasco Pellicer

D. Sebastián Moralo Gallego

D. Ignacio Garcia-Perrote Escartín

D.^a Isabel Olmos Parés

D. Rafael Antonio López Parada

En Madrid, a 27 de marzo de 2025.

Esta Sala ha visto los recursos de casación interpuestos Federación Estatal de Servicios, Movilidad y Consumo de la UGT (FESMC-UGT), representada y asistida por el letrado D. Bernardo García Rodríguez y Grupo Constant Servicios Empresariales, SLU representada y asistida por el letrado D. Albert Rodríguez Arnaíz, contra la sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, de fecha 5 de diciembre de 2022, recaída en su procedimiento de impugnación de convenios, autos número 287/2022, promovido a instancia de la Federación Estatal de Servicios, Movilidad y Consumo de la UGT (FESMC-UGT), contra Grupo Constant Servicios Empresariales, SLU y Comité Intercentros de Grupo Constant Servicios Empresariales; con intervención del Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Rafael Antonio López Parada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-Por la representación de Federación Estatal de Servicios, Movilidad y Consumo de la UGT (FESMC-UGT) se interpuso demanda de impugnación de convenios, de la que conoció la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional.

En el correspondiente escrito, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminaba suplicando se dictara sentencia por la que:

«declare la nulidad, por ilegalidad, de los siguientes pasajes del Convenio Colectivo impugnado, que se resaltan en negrita y subrayados:

- Artículo 39.6:

"Ningún otro concepto distinto de los anteriormente indicados integrará el salario de las personas trabajadoras afectados por el presente Convenio, con absoluta independencia de lo dispuesto al efecto por cualquier otro Convenio de ámbito superior.

- Artículo 22.1 bis, número 3:

"3. Mediante el presente convenio colectivo, se establecen los criterios objetivos y formales por los que debe regirse el llamamiento de las personas fijas-discontinuas.

El llamamiento se hará con la máxima antelación posible, que además deberá ser un tiempo necesario para que la persona trabajadora pueda incorporarse al puesto de trabajo al inicio de la jornada. El llamamiento se hará con una antelación mínima de 48 horas, excepto en los servicios sorpresivos -que se acredite por parte de la empresa la imposibilidad de llamamiento con esta antelación mínima-.

El llamamiento debe realizarse siempre por escrito, ya sea por WhatsApp, mensaje de texto o bien mediante comunicación por escrito entregada en mano, por email por otro medio que permita dejar constancia de la debida notificación a la persona interesada con las indicaciones precisas de las condiciones de su incorporación. Los referidos llamamientos se notificarán a los datos de contacto (teléfono, e-mail) que la persona trabajadora haya comunicado a la empresa al inicio de la prestación de servicios o posterior modificación por escrito a la misma.

En el llamamiento se definirá el centro de trabajo, puesto de trabajo, categoría profesional, convenio colectivo de aplicación y remuneración aplicable duración del periodo de actividad.

El criterio de selección para el llamamiento será el de adecuación del perfil al puesto de trabajo, de manera que de entre las personas fijas discontinuas inactivas se avisará primero a las que tengan un perfil más adecuado al puesto de trabajo a cubrir. El criterio de adecuación del perfil estará determinado por las habilidades, las competencias, la experiencia, la categoría profesional que mejor se adapte a la descripción del puesto de trabajo; priorizando a las personas trabajadoras que hayan prestado servicios previamente para el centro de trabajo que requiere el llamamiento. En el caso de existir personas fijas discontinuas inactivas con el mismo perfil, el criterio de selección será la antigüedad en el puesto de trabajo concreto.

La incorporación al llamamiento se hará con flexibilidad en la gestión del tiempo de trabajo, de manera que siempre que sea posible se permita la conciliación entre la vida personal y laboral. Para ello, cuando el llamamiento sea en menos de 48 horas, y siempre que sea posible, se facilitará el inicio de la primera jornada en turno u horario que facilite la conciliación del trabajador. Esta flexibilidad estará condicionada con la garantía de la cobertura del servicio de manera óptima.

Sin perjuicio de lo anterior, la empresa trasladará a la representación legal de las personas trabajadoras, con la suficiente antelación, al inicio de cada año natural, un calendario con las previsiones de llamamiento anual, o, en su caso, semestral, así como los datos de las altas efectivas de las personas fijas discontinuas una vez se produzcan.

La incomparecencia de la persona trabajadora al llamamiento bajo las condiciones indicadas anteriormente supondrá su renuncia al puesto de trabajo, y por lo tanto su baja voluntaria.

En el caso de llamamiento con las siguientes antelaciones se seguirá el siguiente escalado en cuanto a los plazos de respuesta por parte de la persona trabajadora:

Llamamientos entre 24-48 horas: 3 horas.

Llamamientos entre 12-24 horas: 2 horas.

Llamamientos entre 3-12 horas: 1 hora.

Llamamientos entre 1-3 horas; respuesta inmediata (llamada telefónica).

La persona trabajadora podrá rechazar los llamamientos de manera justificada y motivada. Para que así sea considerada la negativa, la respuesta será de conformidad al siguiente escalado:

Llamamientos realizados entre 3 y 48 horas: 2 rechazos anuales (en año natural).

Llamamientos realizados entre 1 y 3 horas: ilimitados.

En llamamientos realizados con más de 48 horas de antelación, no se podrá rechazar dicho llamamiento.

Las personas fijas-discontinuas podrán ejercer las acciones que procedan en caso de incumplimientos relacionados con el llamamiento, iniciándose el plazo para ello desde el momento de la falta de este o desde el momento en que la conociesen".

- Artículo 28. Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo.

La dirección de la Empresa podrá modificar las condiciones de trabajo cuando existan probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción y afecten, entre otras, a las siguientes materias: a) Jornada de trabajo.

b) Horario y distribución del tiempo de trabajo.

c) Régimen de trabajo a turnos.

d) Sistema de remuneración y cuantía salarial.

e) Sistema de trabajo y rendimiento.

f) Funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el artículo 39 del Estatuto de los Trabajadores .

Las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo podrán ser de carácter individual o colectivo y siempre deberán ser notificadas a los afectados, estando ambas partes, en cuanto a la regulación legal, a lo dispuesto en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores .

Dadas las especiales características de la actividad que regula este Convenio Colectivo, cuando se proceda a la modificación de la jornada o del horario o de la distribución del tiempo de trabajo, se entenderá que existen en todo caso razones vinculadas a la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la Empresa que amparan la medida cuando se dé alguna de las siguientes circunstancias:

- La solicitud expresa del empresario cliente respecto a la sustitución de uno o varias personas trabajadoras; y/o.

- La pérdida del servicio contratado; y/o.

- La reducción del servicio contratado.

Para prestar servicios en procesos productivos continuos durante las veinticuatro horas de día, las personas trabajadoras participarán, previa organización y planificación por la Dirección de la Empresa, en la obligada rotación de los mismos con el único límite de no ocupar el turno de noche más de dos semanas consecutivas, salvo adscripción voluntaria".

- Artículo 32, segundo párrafo:

"Los festivos intersemanales se deberán trabajar siempre que exista un servicio a cubrir o así este previsto en el cuadrante de turno, todo ello sin perjuicio de que, en cómputo anual, deba de compensarse económicamente o con descanso el exceso de horas trabajadas".

Y condene a la empresa y al comité intercentros codemandados a estar y pasar por tal 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.-Con fecha 05 de Diciembre de 2022 la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva:

« Previo rechazo de la falta de legitimación activa invocada, ESTIMAMOS PARCIALMENTE la demanda formulada por el sindicato Federación Estatal de Servicios, Movilidad y Consumo de la UGT de la UGT de la UGT (FESMC-UGT) y declaramos la nulidad por ilegalidad de los párrafos resaltados en negrita de los artículos del VIII Convenio colectivo de Grupo Constant Servicios Empresariales, SLU publicado en el BOE el 28-7-2022 y que se indican a continuación:

A.- Artículo 39.6: **"Ningún otro concepto distinto de los anteriormente indicados integrará el salario de las personas trabajadoras afectados por el presente Convenio, con absoluta independencia de lo dispuesto al efecto por cualquier otro Convenio de ámbito superior.**

B.- Artículo 22. Contratación del personal operativo.

1 bis. Contrato fijo-discontinuo.

1. El contrato por tiempo indefinido fijo-discontinuo se concertará para la realización de trabajos de naturaleza estacional o vinculados a actividades productivas de temporada, o para el desarrollo de aquellos que no tengan dicha naturaleza pero que, siendo de prestación intermitente, tengan periodos de ejecución ciertos, determinados o indeterminados.

El contrato fijo-discontinuo podrá concertarse para el desarrollo de trabajos consistentes en la prestación de servicios en el marco de la ejecución de contratos mercantiles o administrativas que, siendo previsibles, formen parte de la actividad ordinaria de la empresa.

2. El contrato se formalizará por escrito y deberá reflejar los elementos esenciales de la actividad laboral que son el lugar de trabajo: el grupo profesional, la jornada y la distribución horaria si bien estos últimos podrán figurar con carácter estimado, sin perjuicio de su concreción en el momento del llamamiento.

3. Mediante el presente convenio colectivo, se establecen los criterios objetivos y formales por los que debe regirse el llamamiento de las personas fijas-discontinuas.

El llamamiento se hará con la máxima antelación posible, que además deberá ser un tiempo necesario para que la persona trabajadora pueda incorporarse al puesto de trabajo al inicio de la jornada. El llamamiento se hará con una antelación mínima de 48 horas, **excepto en los servicios sorpresivos -que se acredite por parte de la empresa la imposibilidad de llamamiento con esta antelación mínima-.**

El llamamiento debe realizarse siempre por escrito, ya sea por WhatsApp, mensaje de texto o bien mediante comunicación por escrito entregada en mano, por email o por otro medio que permita dejar constancia de la debida notificación a la persona interesada con las indicaciones precisas de las condiciones de su incorporación. Los referidos llamamientos se notificarán a los datos de contacto (teléfono, e-mail) que la persona trabajadora haya comunicado a la empresa al inicio de la prestación de servicios o posterior modificación por escrito a la misma.

En el llamamiento se definirá el centro de trabajo, puesto de trabajo, categoría profesional, convenio colectivo de aplicación y remuneración aplicable duración del periodo de actividad.

El criterio de selección para el llamamiento será el de adecuación del perfil al puesto de trabajo, de manera que de entre las personas fijas discontinuas inactivas se avisará primero a las que tengan un perfil más adecuado al puesto de trabajo a cubrir. El criterio de adecuación del perfil estará determinado por las habilidades, las competencias, la experiencia, la categoría profesional que mejor se adapte a la descripción del puesto de trabajo; priorizando a las personas trabajadoras que hayan prestado servicios previamente para el centro de trabajo que requiere el llamamiento. En el caso de existir personas fijas discontinuas inactivas con el mismo perfil, el criterio de selección será la antigüedad en el puesto de trabajo concreto.

La incorporación al llamamiento se hará con flexibilidad en la gestión del tiempo de trabajo, de manera que siempre que sea posible se permita la conciliación entre la vida personal y laboral. **Para ello, cuando el llamamiento sea en menos de 48 horas, y siempre que sea posible, se facilitará el inicio de la primera jornada en turno u horario que facilite la conciliación del trabajador. Esta flexibilidad estará condicionada con la garantía de la cobertura del servicio de manera óptima.**

Sin perjuicio de lo anterior, la empresa trasladará a la representación legal de las personas trabajadoras, con la suficiente antelación, al inicio de cada año natural, un calendario con las previsiones de llamamiento anual, o, en su caso, semestral, así como los datos de las altas efectivas de las personas fijas discontinuas una vez se produzcan.

La incomparecencia de la persona trabajadora al llamamiento bajo las condiciones indicadas anteriormente supondrá su renuncia al puesto de trabajo, y por lo tanto su baja voluntaria.

En el caso de llamamiento con las siguientes antelaciones se seguirá el siguiente escalado en cuanto a los plazos de respuesta por parte de la persona trabajadora:

Llamamientos entre 24-48 horas: 3 horas.

Llamamientos entre 12-24 horas: 2 horas.

Llamamientos entre 3-12 horas: 1 hora.

Llamamientos entre 1-3 horas; respuesta inmediata (llamada telefónica).

La persona trabajadora podrá rechazar los llamamientos de manera justificada y motivada. Para que así sea considerada la negativa, la respuesta será de conformidad al siguiente escalado:

Llamamientos realizados entre 3 y 48 horas: 2 rechazos anuales (en año natural).

Llamamientos realizados entre 1 y 3 horas: ilimitados.

En llamamientos realizados con más de 48 horas de antelación, no se podrá rechazar dicho llamamiento.

Las personas fijas-discontinuas podrán ejercer las acciones que procedan en caso de incumplimientos relacionados con el llamamiento, iniciándose el plazo para ello desde el momento de la falta de este o desde el momento en que la conociesen.

6. Las personas trabajadoras fijas-discontinuas no podrán sufrir perjuicios por el ejercicio de los derechos de conciliación, ausencias con derecho a reserva de puesto de trabajo y otras causas justificadas en base a derechos reconocidos en la ley o los convenios colectivos. Las personas trabajadoras fijas-discontinuas tienen derecho a que su antigüedad se calcule teniendo en cuenta toda la duración de la relación laboral y no el tiempo de servicios efectivamente prestados, con la excepción de aquellas condiciones que exijan otro tratamiento en atención a su naturaleza y siempre que responda a criterios de objetividad, proporcionalidad y transparencia.

7. Grupo Constant Servicios Empresariales, S.L.U. notificará a las personas fijas-discontinuas y a la representación legal correspondiente sobre la existencia de puestos de trabajo que se vayan a cubrir con contratación indefinida en el mismo centro de trabajo y categoría profesional.

Las personas fijas discontinuas tendrán preferencia de acceso al proceso de selección para la cobertura de plazas disponibles como personal indefinido. Una vez comunicada esta situación a dicho personal, se procederá a la realización del proceso de selección correspondiente con todas las candidaturas disponibles y en base a criterios objetivos.

8. Las personas trabajadoras fijas-discontinuas tendrán la consideración de colectivo prioritario para el acceso a las iniciativas de formación del sistema de formación profesional para el empleo en el ámbito laboral durante los periodos de inactividad.

C.- Artículo 28. Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo.

La dirección de la Empresa podrá modificar las condiciones de trabajo cuando existan probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción y afecten, entre otras, a las siguientes materias:

- a) Jornada de trabajo.
- b) Horario y distribución del tiempo de trabajo.
- c) Régimen de trabajo a turnos.
- d) Sistema de remuneración y cuantía salarial.
- e) Sistema de trabajo y rendimiento.

f) Funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el artículo 39 del Estatuto de los Trabajadores.

Las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo podrán ser de carácter individual o colectivo y siempre deberán ser notificadas a los afectados, estando ambas partes, en cuanto a la regulación legal, a lo dispuesto en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores.

Dadas las especiales características de la actividad que regula este Convenio Colectivo, cuando se proceda a la modificación de la jornada o del horario o de la distribución del tiempo de trabajo, se entenderá que existen en todo caso razones vinculadas a la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la Empresa que amparan la medida cuando se dé alguna de las siguientes circunstancias:

- La solicitud expresa del empresario cliente respecto a la sustitución de uno o varias personas trabajadoras; y/o.

- La pérdida del servicio contratado; y/o.

- La reducción del servicio contratado.

Para prestar servicios en procesos productivos continuos durante las veinticuatro horas de día, las personas trabajadoras participarán, previa organización y planificación por la Dirección de la Empresa, en la obligada rotación de los mismos con el único límite de no ocupar el turno de noche más de dos semanas consecutivas, salvo adscripción voluntaria.

D.- Artículo 32. Festivos.

Se disfrutarán los correspondientes legalmente al municipio en que se radique cada centro de prestación de servicios. El descanso semanal será de día y medio (1,5) ininterrumpido, y se disfrutará en el día de la semana que por cuadrante o necesidades de la prestación de servicios corresponda.

Los festivos intersemanales se deberán trabajar siempre que exista un servicio a cubrir o así este previsto en el cuadrante de turno, **todo ello sin perjuicio de que, en cómputo anual, deba de compensarse económicamente o con descanso el exceso de horas trabajadas.**

Condenamos a los demandados Grupo Constant Servicios Empresariales, SLU, Comité Intercentros de Grupo Constant Servicios Empresariales, a estar y pasar por lo acordado.»

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

«1.-La mercantil demandada Grupo Constant Servicios Empresariales, SLU tiene por objeto: La información en los accesos, custodia y comprobación y funcionamiento de las instalaciones, y de gestión auxiliar, realizadas en edificios particulares por porteros, conserjes y personal análogo. La comprobación y control del estado de calderas e instalaciones generales en cualquiera clase de inmuebles, para garantizar su funcionamiento y seguridad física, servicios de mantenimiento mediante albañiles, pintores, electricistas, mozos, etc.. Servicios de cajera, dependientes de comercio y tiendas en general, almacén, así como cualesquiera otros servicios que se puedan prestar en auxilio de la labor desempeñada por el comercio como reponedores de mercancías, ordenanzas, reponedores de estanterías, repartidores, promotoras, aparcacoches, etc.. Servicios de jardinería y mantenimiento. El control y tránsito en zonas reservadas o de circulación restringida en el interior de fábricas, plantas de producción de energía, grandes centros de proceso de datos y similares. Las tareas de recepción, comprobación de visitantes y orientación de los mismos, así como las de control de entradas, documentos o carnets privados, en cualquier clase de edificios o inmuebles, reparto de documentación y mensajería. Servicios de organización de congresos, asambleas y similares, azafatas. Limpieza de edificios y locales, tareas de mantenimiento con limpieza de edificios y locales. Toda clase de asistencia sanitaria a domicilio por cuenta ajena. Servicios de mensajería, paquetería, logística y almacenaje. Servicios de formación, consultoría de organización, recursos humanos, clima laboral, selección de personal, 'outplacement'. Servicios de externalización de almacenes en general. Servicios de 'outsourcing'. Servicios de asesoramiento laboral, legal, y económico. La asistencia sanitaria con enfermeras, auxiliares de enfermería, auxiliares de geriatría y cuidadores, tanto a domicilio como en Centros Médicos propios y ajenos. La gestión de Centros Médicos, Sanitarios y Residencias Geriátricas, propios y ajenos. Servicios de externalización de hostelería, restaurantes y comercios afines. Formación privada y eventos, el asesoramiento y consultoría de formación y desarrollo, y la gestión y realización de formación bonificada y subvencionada. Servicios auxiliares para trabajos administrativos de archivo y similares. La instalación, mantenimiento y reparación para las actividades de electricidad, fontanería, protección contra incendios, aire acondicionado, megafonía, redes de datos. La instalación y mantenimiento de aparatos, dispositivos, sistemas de seguridad y equipos técnicos de seguridad. Quedan excluidas del objeto social todas aquellas actividades para cuyo ejercicio la Ley exija requisitos especiales que no queden cumplidos por esta sociedad Las actividades integrantes del objeto social,

podrán ser desarrolladas, total o parcialmente, de modo indirecto mediante la titularidad de acciones o de participaciones en sociedades, nacionales o extranjeras.

2.-Cuenta con centros de trabajo desplegados por todo el territorio nacional y con 78 representantes electos de los trabajadores de los que 8 pertenecen a UGT.

3.-El 3-1-2022 se constituyó la comisión negociadora del convenio colectivo integrada en la parte social por nueve miembros del comité intercentros: 4 de FASGA, 3 de USO, 1 de CCOO y 1 de ELA. **4.-**Llegan las partes a un acuerdo el 29-4-2022 y el VIII convenio se publica en el BOE el 28-7-2022. Su contenido se da por reproducido.

5.-El V convenio colectivo de esta empresa fue anulado por la SAN 14/24, autos 431/2013, que obra al D3 y se da por reproducida.

Se han cumplido las previsiones legales. »

QUINTO.-1. En el recurso de casación formalizado por Federación Estatal de Servicios, Movilidad y Consumo de la UGT (FESMC-UGT) se alegan los siguientes motivos:

PRIMERO.- Al amparo del art. 207 e) LRJS se denuncia la infracción del art. 16.3 ET en relación con la Directiva 2019/1152, y vulneración del art. 1.1 ET y doctrina de la Sala en sentencia de 21.9.2015 REC 259/2014 y 8.2.2021 REC 84/2019.

SEGUNDO.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 207 LRJS, en su letra e) por infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate; sobre el plazo de preaviso para el llamamiento de las personas con contrato fijo discontinuo, en concreto en relación a lo dispuesto en el artículo 16.3 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET), que establece el régimen jurídico del llamamiento de las personas trabajadoras con contrato fijo discontinuo, en relación al artículo 7.2 del Código civil, que prohíbe el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo; y por vulneración de lo dispuesto en los artículos 4.2.m y 10 de la Directiva (UE) 2019/1152, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea; sobre el periodo mínimo de preaviso a que tiene la persona trabajadora, antes del comienzo de la tarea encomendada, y la previsibilidad mínima del trabajo, respectivamente.

2. En el recurso de casación formalizado por Grupo Constant Servicios Empresariales, SLU en el que se alegan los siguientes motivos:

PRIMERO.- Al amparo del art. 207 e) LRJS se denuncia la infracción de los art. 84.2 ET, art. 42.6 ET así como del art. 218.1 LE Civil.

SEGUNDO.- Al amparo del art. 207 e) LRJS se denuncia la infracción del art. 16.3 ET y art. 10.1 b) de la Directiva 2019/1152 de 20.6.2019, así como de los arts. 28.1 y 37 CE.

TERCERO.- Al amparo del art. 207 e) LRJS se denuncia la infracción del art. 41 ET y art. 24 CE.

Los recursos fueron impugnados por el abogado D. Albert Rodríguez Arnaiz en representación de Grupo Constant Servicios Empresariales, SLU y por el abogado D. Bernardo García Rodríguez en representación de Federación Estatal de Servicios, Movilidad y Consumo de la UGT (FeSMC-UGT)

SEXTO.-Admitido a trámite los recursos de casación por la Sala, se dio traslado por diez días al Ministerio Fiscal que emitió informe en el sentido de considerar que los dos recursos deben ser desestimados.

Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 25 de marzo de 2025, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.La sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional estimó parcialmente la demanda presentada por el sindicato Federación Estatal de Servicios, Movilidad y Consumo de la Unión General de Trabajadores (FESMC-UGT) y declaró la nulidad por ilegalidad de determinadas previsiones del VIII Convenio colectivo de Grupo Constant Servicios Empresariales, SLU, publicado en el BOE de 28-7-2022.

2.Contra dicha sentencia se alzan en casación ante esta Sala tanto el sindicato demandante como Grupo Constant Servicios Empresariales, S.L.U. El sindicato demandante pretende en su recurso de casación la declaración de nulidad de determinados preceptos respecto a los cuales la Audiencia Nacional desestimó su demanda, declarando su validez. Por el contrario la empresa demandada pretende en su recurso de casación la íntegra desestimación de la demanda, para que se declaren ajustados a Derecho los preceptos impugnados

del convenio colectivo referido afectados por la declaración de nulidad contenida en la sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional.

3.Cada uno de los dos recursos ha sido impugnado por la parte contraria.

4.El Ministerio Fiscal ha emitido informe.

SEGUNDO.- 1.Debemos comenzar por inventariar los preceptos del convenio colectivo cuya legalidad se controvierte en este proceso casacional, especificando para cada uno de ellos lo resuelto por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional.

En el proceso de instancia el sindicato pretendió la anulación por ilegalidad de cuatro artículos del convenio de empresa:

- El 39.6 por contravenir el 84.2 ET en cuanto determina qué concretas materias pueden ser objeto de negociación en el ámbito de empresa;
- El 22.1 bis en relación al llamamiento de los fijos discontinuos, porque no respetaría la directiva 2019/1152 en cuanto a los plazos de preaviso para el llamamiento, ni tampoco sería conforme a ley el método establecido para contactar con el trabajador;
- El 28 en cuanto fija como causa objetiva para las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo la solicitud del cliente respecto de la sustitución de trabajadores;
- Y el 32 referido a la compensación por festivos que no sería acorde con el artículo 37.2 del Estatuto de los Trabajadores.

En cuanto al artículo 39.6, la sentencia de la Audiencia Nacional declara la nulidad del mismo. En relación con este artículo el primer motivo casacional de la empresa recurrente, amparado en la letra e del artículo 207 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, denuncia la vulneración por la sentencia de instancia de los artículos 84.2 y 42.6 del Estatuto de los Trabajadores, así como del artículo 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En cuanto al artículo 22.1.bis, la sentencia de la Audiencia Nacional declara la nulidad de varios incisos y párrafos del mismo. El recurso del sindicato demandante, articulando dos motivos de recurso amparados en la letra e del artículo 207 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, pretende que se amplíe la declaración de nulidad contenida en la sentencia de la Audiencia Nacional para incluir otros puntos del precepto en relación con las cuales se desestimó su pretensión. Por el contrario la empresa en su recurso instrumenta un segundo motivo casacional amparado también en la letra e del artículo 207 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social mediante el cual pretende la declaración de validez del precepto en los puntos en los que la sentencia de la Audiencia Nacional ha estimado la demanda y anulado el mismo.

Por lo que respecta al artículo 28, la sentencia de la Audiencia Nacional estima la demanda y declara la ilicitud del inciso "la solicitud expresa del empresario cliente respecto a la sustitución de uno o varias personas trabajadoras". La empresa en su recurso de casación articula un tercer motivo casacional amparado también en la letra e del artículo 207 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social mediante el cual denuncia la vulneración del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores y 24 de la Constitución, pretendiendo la declaración de validez del inciso en cuestión.

Finalmente la sentencia de la Audiencia Nacional declaró la nulidad del inciso que dice "todo ello sin perjuicio de que, en cómputo anual, deba de compensarse económicamente o con descanso el exceso de horas trabajadas" dentro del artículo 32 (festivos) del convenio colectivo, sin que tal declaración sea objeto de cuestionamiento ya en el recurso de casación.

Por tanto en esta sentencia vamos a resolver sobre los motivos de casación relativos a los artículos 39.6, 22.1. bis y 28 del convenio colectivo. Por razones de orden sistemático analizaremos primero los motivos casacionales relativos a los artículos 39.6 y 28, que solamente articula la empresa en su recurso y finalmente analizaremos todo lo relativo al artículo 22.1.bis, sobre el que giran los recursos de ambas partes.

2. ARTÍCULO 39.6

El artículo 39 del VIII Convenio colectivo de Grupo Constant Servicios Empresariales, SLU (BOE 28 de julio de 2022) regula la estructura salarial y en su número seis dice:

"Ningún otro concepto distinto de los anteriormente indicados integrará el salario de las personas trabajadoras afectados por el presente Convenio, con absoluta independencia de lo dispuesto al efecto por cualquier otro Convenio de ámbito superior".

Ese número 6 del artículo ha sido anulado por la sentencia recurrida al considerar el mismo contrario a Derecho. La Audiencia Nacional considera que, al establecer que ningún otro concepto distinto de los indicados en el convenio de empresa puede integrar el salario, el artículo 39.6 pretende regular la concurrencia de convenios en materia salarial. La Audiencia Nacional entiende que el establecimiento de reglas para resolver los conflictos de concurrencia entre convenios de distinto ámbito no entra dentro de las facultades de los negociadores de un convenio de empresa. La sentencia se basa en el artículo 83.2 del Estatuto de los Trabajadores, que reserva esta facultad a los acuerdos interprofesionales y a los convenios sectoriales de ámbito estatal o autonómico., lo cual excede el ámbito de un convenio de empresa.

En su recurso, Grupo Constant Servicios Empresariales SLU articula en relación con este precepto convencional un único motivo de casación amparado en la letra e del artículo 207 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social en el que denuncia la infracción del artículo 84.2 del Estatuto de los Trabajadores, el artículo 42.6 del Estatuto de los Trabajadores, así como del 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Argumenta que el artículo 39.6 no pretende establecer reglas para resolver los conflictos de concurrencia entre convenios de distinto ámbito, sino que única y exclusivamente pretende tasar los conceptos que deben integrar el salario de las personas trabajadoras afectadas por su convenio colectivo. La empresa señala que, según consta como hecho probado en la sentencia recurrida, su objeto social corresponde a "Otras actividades de apoyo a empresas", y que no existe convenio colectivo sectorial de empresas multiservicio que pudiera ser de aplicación. Por lo tanto, considera que no se da el supuesto de concurrencia de convenios regulado en el artículo 84 del Estatuto de los Trabajadores y que la disposición controvertida nada tiene que ver con ello. En consecuencia, la fundamentación jurídica de la decisión de anular el artículo 39.6 sería incorrecta. Además, Grupo Constant alega que la sentencia incurre en incongruencia al razonar sobre una pretensión ajena al debate procesal, pronunciándose sobre un extremo no incluido en las pretensiones de la parte demandante. Argumenta que la sentencia reconoce expresamente que el artículo 39.6 no contraviene los artículos 84.2 y 42.6 del Estatuto de los Trabajadores, que eran los fundamentos de la demanda, por lo que debería haberse desestimado la demanda en este punto.

3. Nos encontramos ante una impugnación de la validez de un convenio colectivo que fue concluido el 29 de abril de 2022, vigente ya la reforma introducida por el Real Decreto-ley 32/2021. Por tanto el convenio colectivo no podía infringir la regulación resultante de esa reforma sin incurrir en causa de nulidad.

La demanda rectora de los autos pretendía la declaración de nulidad del precepto contenido en el artículo 39.6 del Estatuto de los Trabajadores en base a dos argumentos, el primero relativo a la vulneración del artículo 84.2 del Estatuto de los Trabajadores, que tras la indicada reforma legal ha suprimido la prioridad aplicativa de los convenios de empresa sobre los convenios de sector. Y el segundo relativo al artículo 42.6, que regula cuál ha de ser el convenio aplicable en el caso de empresas contratistas y subcontratistas y termina diciendo que "cuando la empresa contratista o subcontratista cuente con un convenio propio, se aplicará este, en los términos que resulten del artículo 84". No es controvertido que la actividad de la indicada empresa Grupo Constant es la subcontratación de servicios. La sentencia de la Audiencia Nacional decreta la nulidad del indicado precepto porque dice que, más allá de su concreto contenido, está intentando regular la concurrencia de convenios y dicha materia es ajena a un convenio de empresa.

La primera cuestión que hemos de plantearnos por ello es si la sentencia de la Audiencia Nacional ha incurrido en este punto en una incongruencia extra petitum y la respuesta debe ser negativa. La pretensión de nulidad del precepto se contenía en la demanda, por lo que ninguna incongruencia se produce si se estima tal pretensión. Por otra parte, en relación con la causa de pedir, la pretensión de la demanda se sustentaba en la regulación de la concurrencia de convenios tras la reforma laboral introducida por el Real Decreto-ley 32/2021, discrepando materialmente del contenido regulado en el convenio en este punto y lo que hace la sentencia es, dentro del mismo marco conceptual, planteado en la demanda, anular en base a que la regulación de la concurrencia convencional no es materia propia de un convenio de empresa. La Audiencia Nacional resuelve aplicando el Derecho vigente, según la interpretación del mismo que asume, dentro del marco conceptual del debate planteado, por lo que ninguna incongruencia existe, sino mera aplicación del principio iura novit curia, debiendo recordarse que en este orden jurisdiccional no se exige que la demanda incorpore fundamentación jurídica (artículo 80.1 de la Ley de la Jurisdicción Social), lo que implica que en nuestro orden jurisdiccional, donde la causa de pedir se configura esencialmente por el material fáctico que aporta el demandante, la aplicación del principio iura novit curia es particularmente extensa.

4. Superada esta cuestión procesal, lo primero que hemos de analizar por tanto es si la causa de anulación del precepto controvertido por la Audiencia Nacional es correcta. Solamente si no lo fuera deberíamos entrar a analizar las causas subsidiarias de impugnación del recurso que se elevan.

La cuestión entonces sería si un convenio colectivo de empresa, como el que aquí nos ocupa, puede legítimamente regular la concurrencia de convenios, estableciendo preceptos para tal supuesto. No se trata,



en esta fase del análisis, si puede regular la concurrencia de manera divergente a la prevista en el Estatuto de los Trabajadores, sino simplemente si la puede regular. Ocurre sin embargo que la empresa recurrente no cuestiona en su recurso esta argumentación de la sentencia de instancia, sino que la admite tácitamente y solamente alega que, dado que, dado que "no existe convenio colectivo sectorial de empresas multiservicio" y "por ello, no existe ningún convenio colectivo de ámbito superior que pudiera ser de aplicación a esta parte", no hay concurrencia alguna que regular y el apartado 6 del artículo 39 del Convenio colectivo impugnado no tendría como contenido la de establecer "ningún tipo de reglas para resolver los conflictos de concurrencia entre convenios de distinto ámbito". Al no tratarse de una norma reguladora de la concurrencia entre convenios no estaría afectada por ese vicio de incompetencia en el que la sentencia recurrida fundamenta la declaración de nulidad del precepto.

Esta argumentación no puede ser acogida. Basta con leer el tenor literal del precepto para comprobar que su objeto es que la estructura salarial regulada en el convenio de empresa pueda ser alterada por "cualquier otro Convenio de ámbito superior". Es decir, está regulando la eventual concurrencia del citado convenio con otro de ámbito superior, si bien ceñida a una concreta materia, que es la estructura salarial. La argumentación del recurso por tanto debe ser rechazada, ya que sí estamos en presencia de una norma reguladora de la concurrencia entre convenios introducida en el convenio de empresa. El hecho de que actualmente ese hipotético convenio superior no exista no impide que estemos ante una norma reguladora de la concurrencia convencional, porque lo característico de las normas jurídicas es su vocación de aplicarse a situaciones futuras, posteriores a su entrada en vigor, previendo la solución a supuestos de hecho que, aunque no existan en el momento de dicha entrada en vigor, sí pueden producirse en un tiempo ulterior. El que en el momento de pactar el convenio de empresa no existiera un convenio de ámbito superior aplicable no supone que dicha situación no pueda producirse en el futuro y por eso la norma convencional intenta regularla para el caso de que llegue a aparecer. Frente a lo argumentado por la empresa en este punto del recurso, el precepto convencional controvertido sí es una norma destinada a la regulación de la concurrencia convencional. Y no argumentándose otra cosa distinta contra la solución adoptada en esta concreta materia en la sentencia de instancia este motivo debe desestimarse.

5. ARTÍCULO 28

El artículo 28 del VIII Convenio colectivo de Grupo Constant Servicios Empresariales, SLU regula las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y dentro de dicha regulación contempla determinados supuestos en los que "se entenderá que existen en todo caso razones vinculadas a la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la Empresa que amparan la medida". Entre esas circunstancias justificativas de una modificación sustancial de las condiciones de trabajo incluye la siguiente:

"La solicitud expresa del empresario cliente respecto a la sustitución de uno o varias personas trabajadoras".

Ese inciso ha sido anulado por la sentencia recurrida al considerar el mismo contrario a Derecho. La Audiencia Nacional argumenta que esta causa no se corresponde con las causas objetivas de naturaleza económica, técnica, organizativa o de producción exigidas por el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores que puedan afectar al cliente, sino que apunta a quejas referidas a su comportamiento laboral. Por ello considera que admitir esta causa como válida implicaría el ejercicio de la potestad disciplinaria del empresario, evitando las reglas establecidas en el artículo 58.1 del Estatuto de los Trabajadores. Además, señala que la posible impugnación de esta decisión se realizaría por la vía del artículo 138 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, encontrándose con una causa ya preestablecida, lo que limitaría sus derechos de defensa y podría suponer una vulneración del artículo 24.1 de la Constitución Española.

En su recurso Grupo Constant instrumenta un motivo de la letra e del artículo 207 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social en el que alega infracción del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores y del artículo 24 de la Constitución Española. Argumenta que la solicitud del cliente para la sustitución de trabajadores está relacionada con las "características de la actividad" y debe entenderse en el contexto del artículo 28 del convenio colectivo, que hace referencia a "las especiales características de la actividad". Sostiene que esta causa solo puede operar cuando comporte una "modificación de la jornada o del horario o de la distribución del tiempo de trabajo", lo que es ajeno a la finalidad disciplinaria de la que habla la sentencia de instancia, que aplica al respecto una presunción sobre la intencionalidad de la empresa carente de fundamento.

6.El artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores permite a la empresa, como una de las partes del contrato de trabajo, introducir unilateralmente modificaciones sustanciales en las condiciones laborales, pero para ello requiere una determinada causalidad. La ausencia de causa de la modificación sustancial es determinante de su ilicitud, que debe llevar a la declaración de su carácter injustificado (artículo 138.7 de la Ley de la Jurisdicción Social).

La definición de la causa habilitante que permite a la empresa imponer una modificación sustancial de las condiciones de trabajo se lleva a cabo en el artículo 41.1 del Estatuto de los Trabajadores de la siguiente manera: "Probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción", que deben estar "relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa".

Se utiliza por tanto la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados, que no implica desde luego la admisión de la arbitrariedad, sino que en cada caso requiere del intérprete un análisis del supuesto de hecho alegado como justificación para concluir si el mismo puede entenderse o no comprendido dentro del concepto. Además el precepto exige que dichas causas justificativas estén "probadas", lo que desde luego impone un condicionante adicional en orden a la revisión jurisdiccional de las mismas, en cuanto exige de la empresa que alegue la juridicidad de una decisión de modificación sustancial que aporte la carga de la prueba de la causa que alega.

La revisión jurisdiccional de la medida empresarial forma parte del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva de la persona trabajadora y ello implica que la decisión sobre si concurre o no una causa justificativa de la medida, previa valoración la prueba y fijación de hechos probados, compete en exclusiva al órgano judicial. No cabe por tanto sustituir al órgano judicial por otra persona, de manera que sea la voluntad y decisión de ésta la que decida si existe o no una causa justificativa suficiente de la medida empresarial. Por tanto, como correctamente dice la sentencia de instancia, una norma convencional como la aquí analizada afecta al derecho constitucional a la tutela judicial efectiva de la persona trabajadora, al imponer la decisión de una persona (en este caso la empresa cliente) sobre la valoración que habrá de hacer el órgano judicial. Esa es la consecuencia que tiene construir la mera decisión de la empresa cliente como causa autónoma justificativa de la modificación sustancial y por ello ha de confirmarse su ilicitud.

Por supuesto la empresa cliente puede reclamar de la empleadora modificaciones en el servicio prestado, pero si dicha modificación tiene consecuencias laborales como pueden ser modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo de los operarios adscritos, la empleadora habrá de reclamarle la información y datos necesarios para poder acreditar que sus medidas laborales están "relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa". Debemos recordar a este respecto la norma contenida en el artículo 51.8 del Estatuto de los Trabajadores (que incorpora en este punto el artículo 2.4 de la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos), aplicable analógicamente en el ámbito de otros procedimientos como los del artículo 41 ó 47, que nos dice que "cualquier justificación del empresario basada en el hecho de que la empresa que tomó la decisión no le ha facilitado la información necesaria no podrá ser tomada en consideración a tal efecto".

En definitiva en el ámbito de las relaciones entre las empresas las causas que puedan llevar a la extinción o a la modificación del contrato de servicios entre ellas se regulan por la legislación mercantil, pero las consecuencias laborales que puedan implicar sus vicisitudes contractuales tienen su orden regulatorio en el ámbito del Derecho del Trabajo. Aunque los convenios colectivos puedan precisar los conceptos jurídicos contenidos en el Estatuto de los Trabajadores para adaptar los mismos a las particularidades del sector o empresa, lo que no pueden hacer es derogar in peius la legislación laboral, como tampoco pueden transferir a la empresa cliente las facultades propias del empleador en el contrato de trabajo, lo que extraería el supuesto de hecho del ámbito del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores y lo llevaría al del artículo 43, lo que determinaría la ilicitud.

Por tanto este motivo del recurso de la empresa también se desestima.

7. ARTÍCULO 22.1.BIS

El artículo 22.1.bis del VIII Convenio colectivo de Grupo Constant Servicios Empresariales, SLU regula el contrato fijo discontinuo. Del mismo solamente transcribimos el número tres, que concentra todos los debates de legalidad producidos en el seno de este proceso judicial:

"3. Mediante el presente convenio colectivo, se establecen los criterios objetivos y formales por los que debe regirse el llamamiento de las personas fijas-discontinuas.

El llamamiento se hará con la máxima antelación posible, que además deberá ser un tiempo necesario para que la persona trabajadora pueda incorporarse al puesto de trabajo al inicio de la jornada. El llamamiento se hará con una antelación mínima de 48 horas, excepto en los servicios sorpresivos -que se acredite por parte de la empresa la imposibilidad de llamamiento con esta antelación mínima-.

El llamamiento debe realizarse siempre por escrito, ya sea por WhatsApp, mensaje de texto o bien mediante comunicación por escrito entregada en mano, por email o por otro medio que permita dejar constancia de la debida notificación a la persona interesada con las indicaciones precisas de las condiciones de su

incorporación. Los referidos llamamientos se notificarán a los datos de contacto (teléfono, e-mail) que la persona trabajadora haya comunicado a la empresa al inicio de la prestación de servicios o posterior modificación por escrito a la misma.

En el llamamiento se definirá el centro de trabajo, puesto de trabajo, categoría profesional, convenio colectivo de aplicación y remuneración aplicable duración del periodo de actividad.

El criterio de selección para el llamamiento será el de adecuación del perfil al puesto de trabajo, de manera que de entre las personas fijas discontinuas inactivas se avisará primero a las que tengan un perfil más adecuado al puesto de trabajo a cubrir. El criterio de adecuación del perfil estará determinado por las habilidades, las competencias, la experiencia, la categoría profesional que mejor se adapte a la descripción del puesto de trabajo; priorizando a las personas trabajadoras que hayan prestado servicios previamente para el centro de trabajo que requiere el llamamiento. En el caso de existir personas fijas discontinuas inactivas con el mismo perfil, el criterio de selección será la antigüedad en el puesto de trabajo concreto.

La incorporación al llamamiento se hará con flexibilidad en la gestión del tiempo de trabajo, de manera que siempre que sea posible se permita la conciliación entre la vida personal y laboral. Para ello, cuando el llamamiento sea en menos de 48 horas, y siempre que sea posible, se facilitará el inicio de la primera jornada en turno u horario que facilite la conciliación del trabajador. Esta flexibilidad estará condicionada con la garantía de la cobertura del servicio de manera óptima.

Sin perjuicio de lo anterior, la empresa trasladará a la representación legal de las personas trabajadoras, con la suficiente antelación, al inicio de cada año natural, un calendario con las previsiones de llamamiento anual, o, en su caso, semestral, así como los datos de las altas efectivas de las personas fijas discontinuas una vez se produzcan.

La incomparecencia de la persona trabajadora al llamamiento bajo las condiciones indicadas anteriormente supondrá su renuncia al puesto de trabajo, y por lo tanto su baja voluntaria.

En el caso de llamamiento con las siguientes antelaciones se seguirá el siguiente escalado en cuanto a los plazos de respuesta por parte de la persona trabajadora:

Llamamientos entre 24-48 horas: 3 horas.

Llamamientos entre 12-24 horas: 2 horas.

Llamamientos entre 3-12 horas: 1 hora.

Llamamientos entre 1-3 horas; respuesta inmediata (llamada telefónica).

La persona trabajadora podrá rechazar los llamamientos de manera justificada y motivada. Para que así sea considerada la negativa, la respuesta será de conformidad al siguiente escalado:

Llamamientos realizados entre 3 y 48 horas: 2 rechazos anuales (en año natural).

Llamamientos realizados entre 1 y 3 horas: ilimitados.

En llamamientos realizados con más de 48 horas de antelación, no se podrá rechazar dicho llamamiento.

Las personas fijas-discontinuas podrán ejercer las acciones que procedan en caso de incumplimientos relacionados con el llamamiento, iniciándose el plazo para ello desde el momento de la falta de este o desde el momento en que la conociesen."

8.La sentencia recurrida anula varios incisos de ese precepto al considerar los mismos contrarios a Derecho. En concreto anula:

– El inciso "excepto en los servicios sorpresivos -que se acredite por parte de la empresa la imposibilidad de llamamiento con esta antelación mínima" al final del segundo párrafo.

– El inciso que dice. "Para ello, cuando el llamamiento sea en menos de 48 horas, y siempre que sea posible, se facilitará el inicio de la primera jornada en turno u horario que facilite la conciliación del trabajador. Esta flexibilidad estará condicionada con la garantía de la cobertura del servicio de manera óptima", situado en la parte final del sexto párrafo.

–Todo el párrafo nueve, que dice:

"En el caso de llamamiento con las siguientes antelaciones se seguirá el siguiente escalado en cuanto a los plazos de respuesta por parte de la persona trabajadora:

Llamamientos entre 24-48 horas: 3 horas.

Llamamientos entre 12-24 horas: 2 horas.

Llamamientos entre 3-12 horas: 1 hora.

Llamamientos entre 1-3 horas; respuesta inmediata (llamada telefónica).

La persona trabajadora podrá rechazar los llamamientos de manera justificada y motivada. Para que así sea considerada la negativa, la respuesta será de conformidad al siguiente escalado:

Llamamientos realizados entre 3 y 48 horas: 2 rechazos anuales (en año natural).

Llamamientos realizados entre 1 y 3 horas: ilimitados".

En lo referente al primer inciso anulado, relativo al preaviso de llamamiento inferior a 48 horas para los "servicios sorpresivos", la Audiencia Nacional considera que no cabe utilizar los llamamientos de los trabajadores fijos discontinuos para cubrir incrementos imprevisibles de la actividad empresarial, porque tal supuesto es el que está contemplado en el artículo 15.2 del Estatuto de los Trabajadores para uno de los tipos de contratos temporales por circunstancias de la producción, mientras que en el caso de los contratos fijos discontinuos el artículo 16.1 los permite "para el desarrollo de trabajos consistentes en la prestación de servicios en el marco de la ejecución de contratos mercantiles o administrativos que, siendo previsibles, formen parte de la actividad ordinaria de la empresa". Por tanto la característica de la imprevisibilidad sería propia de los contratos temporales y al incluirla en la regulación de los contratos fijos discontinuos se "adultera la adecuada aplicación" de los artículos 15 y 16 del Estatuto de los Trabajadores.

A partir de este razonamiento anula también los otros dos puntos anteriormente citados, porque al entender que el convenio colectivo configura el llamamiento con antelación inferior a 48 horas a los supuestos de trabajos imprevisibles, de la nulidad de la inclusión en el ámbito del contrato fijo discontinuo de los trabajos imprevisibles deduce también la nulidad de cualquier plazo de llamamiento inferior a 48 horas, lo que arrastra los otros dos puntos mencionados

Sin embargo la Audiencia Nacional desestima las pretensiones de nulidad de otros puntos de esta norma esgrimidas por el sindicato demandante. En concreto:

–En relación con el plazo general mínimo de 48 horas de preaviso para el llamamiento en el contrato fijo discontinuo considera que la determinación de este plazo corresponde a los agentes sociales a través de la negociación colectiva. Entiende que los términos "antelación adecuada" del artículo 16.3 del Estatuto de los Trabajadores y "preaviso razonable" del artículo 10 de la Directiva 2019/1152 son equivalentes y su concreción debe hacerse por convenio colectivo, como así se ha hecho.

–Y, en relación con la previsión de que el llamamiento se pueda realizar por WhatsApp, aplicación de mensajería o correo electrónico, usando los datos de contacto (teléfono, e-mail) que la persona trabajadora haya comunicado a la empresa al inicio de la prestación de servicios o posterior modificación por escrito a la misma, considera que se trata de una comunicación escrita y que "de ellas queda constancia suficiente para advenir su existencia y contenido", al igual que lo que ocurre "cuando se utilizan los buzones de voz como medio de comunicación no escrito". Por otra parte afirma que en el suplico de la demanda no se ha pedido la nulidad del inciso: "Los referidos llamamientos se notificarán a los datos de contacto (teléfono, e-mail) que la persona trabajadora haya comunicado a la empresa al inicio de la prestación de servicios o posterior modificación por escrito a la misma".

9.En su recurso, Grupo Constant formula un motivo de la letra e del artículo 207 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social alegando la infracción del artículo 16.3 del Estatuto de los Trabajadores y el artículo 10.1 b) de la Directiva 2019/1152, así como de los artículos 28.1 y 37 de la Constitución Española. La empresa considera que la anulación de los plazos de llamamiento inferiores a 48 horas es contraria a estas disposiciones, ya que son resultado de la negociación colectiva y responden a criterios objetivos y formales. Argumenta que los servicios ofrecidos a sus clientes requieren una respuesta inmediata, por lo que los plazos de llamamiento impugnados son necesarios. Declarar la nulidad de estos plazos atentaría directamente contra los artículos 28.1 y 37.1 de la Constitución Española, que garantizan la libertad sindical y el derecho a la negociación colectiva. Grupo Constant defiende la libertad que debe tener la negociación colectiva para decidir el plazo de llamamiento de los fijos discontinuos, tal y como el propio tribunal reconoce en otro fundamento jurídico, destacando cómo toda esta regulación fue objeto de un especial esfuerzo de los interlocutores en la negociación del convenio colectivo. Por otra parte dice que la configuración convencional se aleja del trabajo a demanda por cuanto el mismo precepto convencional recoge la posibilidad de la persona fija discontinua de rechazar el llamamiento efectuado por la empresa en los llamamientos inferiores a 48 horas.

10.Por su parte el recurso del sindicato contiene dos motivos de casación, ambos amparados en la letra e del artículo 207 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

En el primero alegan la infracción del artículo 16.3 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, en relación con la Directiva (UE) 2019/1152, artículo 16.1 del Estatuto de los Trabajadores y la doctrina jurisprudencial contenida en las sentencias del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 2015 (rec 259/2014 - ES:TS:2015:4086) y nº 163/2021, de 8 de febrero (rec 84/2019 - ES:TS:2021:518). Cuestiona aquí la legalidad de que la forma de llamamiento a través de WhatsApp o correo electrónico, "por no ser tales medios una forma escrita de comunicación, señaladamente la vía de comunicación a través de la aplicación de mensajería WhatsApp, y porque no garantizan la constancia debida del llamamiento, al exigirse además que las notificaciones por tales medios, se realicen al teléfono móvil de la persona trabajadora, con capacidad para la aplicación de mensajería WhatsApp, o a su dirección de correo electrónico particular, por no ser tales medios proporcionados por la empresa. Por otra parte dice que el artículo 3 de la Directiva (UE) 2019/1152 exige que la información al trabajador se proporcione y transmita "en papel o, siempre que sea accesible para el trabajador, que se pueda almacenar e imprimir y que el empleador conserve la prueba de la transmisión o recepción, en formato electrónico". Finalmente aduce que la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales, ha sido aplicada por la jurisprudencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, que considera que el número de teléfono personal y la cuenta de correo electrónico propios del trabajador son medios propios de éste que no está obligado a facilitar a la empresa y por el principio de ajenidad en los medios debe ser ésta la que proporcione a los trabajadores los esenciales para el desenvolvimiento del contrato, como son los necesarios para realizar el llamamiento. Aduce también que el artículo 6.3 del Reglamento General de Protección de Datos dice que "no podrá supeditarse la ejecución del contrato a que el afectado consienta el tratamiento de los datos personales para finalidades que no guarden relación con el mantenimiento, desarrollo o control de la relación contractual". De todo lo cual concluye que debió declararse la nulidad de la mención a WhatsApp y email contenida en el tercer párrafo del precepto cuestionado y también del conjunto del inciso "Los referidos llamamientos se notificarán a los datos de contacto (teléfono, e-mail) que la persona trabajadora haya comunicado a la empresa al inicio de la prestación de servicios o posterior modificación por escrito a la misma".

En el otro motivo de su recurso, el sindicato alega infracción del artículo 16.3 ET, del artículo 7.2 del Código Civil (prohibición del abuso de derecho), y de los artículos 4.2.m y 10 de la Directiva 2019/1152. Se cuestiona aquí el plazo de preaviso para el llamamiento, no ya el declarado nulo en la sentencia de la Audiencia Nacional, sino también el de 48 horas.

11. Vamos a tratar de manera unitaria el problema relativo al plazo de preaviso del llamamiento, resolviendo los dos recursos contrapuestos sobre dicha materia en base a unos principios comunes. Los dos anclajes normativos de la materia se encuentran, por una parte, en el artículo 16.3 del Estatuto de los Trabajadores y en segundo lugar en el artículo 10 de la Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea.

El artículo 16.3 del Estatuto de los Trabajadores dice que "mediante convenio colectivo o, en su defecto, acuerdo de empresa, se establecerán los criterios objetivos y formales por los que debe regirse el llamamiento de las personas fijas-discontinuas" y que "en todo caso, el llamamiento deberá realizarse (...) con una antelación adecuada". Por su parte el artículo 10 de la Directiva 2019/1152, bajo el título "previsibilidad mínima del trabajo", dice:

"1. Si el patrón de trabajo de un trabajador es total o mayoritariamente imprevisible, los Estados miembros garantizarán que el empleador no obligue a trabajar al trabajador a menos que se cumplan las dos condiciones siguientes:

- a) el trabajo tiene lugar en unas horas y unos días de referencia predeterminados, según lo mencionado en el artículo 4, apartado 2, letra m), inciso ii), y
- b) el empleador informa al trabajador de una tarea asignada con un preaviso razonable establecido de conformidad con la legislación, los convenios colectivos o la práctica nacionales, según lo mencionado en el artículo 4, apartado 2, letra m), inciso iii).

2. Si no se cumple uno o ninguno de los requisitos establecidos en el apartado 1, el trabajador tendrá derecho a rechazar una tarea asignada sin que ello tenga consecuencias desfavorables (...)

4. Los Estados miembros podrán establecer las modalidades de aplicación del presente artículo, de conformidad con la legislación, los convenios colectivos o la práctica nacionales".

Como hemos visto la sentencia de la Audiencia Nacional considera que la obligación resultante del artículo 16.3 del Estatuto de los Trabajadores de que el llamamiento se haga con una antelación adecuada y la resultante del artículo 10 de la Directiva de que el empleador informe al trabajador de una tarea asignada con un preaviso razonable tienen un contenido igual. Sin embargo también dice que ambos preceptos remiten a



un desarrollo normativo, que se ha realizado por convenio colectivo, que precise el significado de lo que se considera antelación adecuada o razonable y que por tanto los negociadores colectivos tienen plena libertad para establecer dicho plazo. Considera que en el caso concreto de este convenio colectivo el plazo inferior a 48 horas no es legal porque se prevé para el supuesto de necesidades imprevisibles y por tanto vulnera el artículo 16.1 del Estatuto de los Trabajadores, que solamente permitiría la contratación de trabajadores fijos discontinuos para cubrir necesidades previsibles.

Pues bien, en relación con la libertad de los negociadores colectivos para fijar mediante convenio el preaviso mínimo del llamamiento, lo cierto es que la obligación de que ese plazo sea adecuado o razonable es una exigencia normativa que el convenio colectivo debe respetar. No obstante ese plazo es un concepto jurídico indeterminado cuyo alcance habrá de decidirse en función de las circunstancias de cada caso concreto. Si los negociadores colectivos, a la vista de las características del sector y tomando en consideración los intereses de las empresas y las personas trabajadoras del mismo, fijan un plazo de preaviso mínimo de los llamamientos, ese plazo tiene una presunción de razonabilidad, puesto que el artículo 16.1 del Estatuto de los Trabajadores remite al desarrollo por la negociación colectiva. Esa presunción será desde luego más intensa en el caso de convenios con ámbito funcional amplio, de naturaleza sectorial y suscritos por las organizaciones empresariales y sindicales con suficiente representatividad en el sector.

12. Debe por ello subrayarse que la razonabilidad mínima del plazo de preaviso que los negociadores colectivos deben respetar se refiere en este caso a uno de los supuestos en los que se pueden concertar contratos de trabajo fijo discontinuo conforme al artículo 16.1 del Estatuto de los Trabajadores, que es "el desarrollo de trabajos consistentes en la prestación de servicios en el marco de la ejecución de contratos mercantiles o administrativos que, siendo previsibles, formen parte de la actividad ordinaria de la empresa". El propio precepto que justifica el recurso a la contratación fija discontinua en el caso de contratos incorpora la referencia a la previsibilidad, de manera que estamos en un ámbito en el que la actividad debe obedecer a una previa planificación de los recursos. En el contexto de ese particular tipo de contratación fija discontinua debemos tomar como referencia normativa el contenido del artículo 34.2 del Estatuto de los Trabajadores cuando regula otro tipo de llamamientos, que es el que se produce en el caso de distribución irregular de la jornada a lo largo del año (las conocidas como "bolsas de horas" de amplio uso en los sectores industriales). En ese caso el precepto legal establece que "el trabajador deberá conocer con un preaviso mínimo de cinco días el día y la hora de la prestación de trabajo resultante de aquella". Ese plazo mínimo de antelación del llamamiento en el marco de la distribución irregular de jornada constituye un mínimo legal, no susceptible de reducción por convenio colectivo.

Pues bien, si para una persona trabajadora sujeta a una distribución irregular de jornada, que con carácter ordinario no puede exceder del diez por ciento de la jornada de trabajo anual (aunque en este caso ese porcentaje se puede elevar mediante convenio colectivo o, en su defecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores), disfrutando por tanto de una previsibilidad de su jornada en el 90% restante, la Ley fija un mínimo inderogable de cinco días de antelación temporal para los llamamientos, no nos parece que un plazo de 48 horas, como el fijado en el convenio colectivo impugnado, cumpla con el requisito de razonabilidad exigible en los supuestos en los que la condición de fijos discontinuos está vinculada a la prestación de servicios en el marco de la ejecución de contratos mercantiles o administrativos, es decir, al requerimiento de prestación de servicios realizado por la empresa principal según sus necesidades.

13. La empresa alega que los plazos de llamamiento prefijados no son ilícitos en tanto en cuanto el propio convenio colectivo prevé la posibilidad de que sean rechazados sin consecuencias. Sin embargo no es esto lo que prevé el convenio colectivo. Si atendemos al tenor del artículo 22.1. bis encontramos que dice lo siguiente en relación con este problema:

"La incomparecencia de la persona trabajadora al llamamiento bajo las condiciones indicadas anteriormente supondrá su renuncia al puesto de trabajo, y por lo tanto su baja voluntaria.

En el caso de llamamiento con las siguientes antelaciones se seguirá el siguiente escalado en cuanto a los plazos de respuesta por parte de la persona trabajadora:

Llamamientos entre 24-48 horas: 3 horas.

Llamamientos entre 12-24 horas: 2 horas.

Llamamientos entre 3-12 horas: 1 hora.

Llamamientos entre 1-3 horas; respuesta inmediata (llamada telefónica).

La persona trabajadora podrá rechazar los llamamientos de manera justificada y motivada. Para que así sea considerada la negativa, la respuesta será de conformidad al siguiente escalado:

Llamamientos realizados entre 3 y 48 horas: 2 rechazos anuales (en año natural).

Llamamientos realizados entre 1 y 3 horas: ilimitados.

En llamamientos realizados con más de 48 horas de antelación, no se podrá rechazar dicho llamamiento".

Por consiguiente en modo alguno prevé la naturaleza voluntaria de los llamamientos, salvo en supuestos totalmente extremos. No puede acogerse por tanto la alegación de la empresa al respecto.

14. La conclusión es que debe estimarse en este punto el recurso del sindicato para anular la antelación mínima fijada para los llamamientos de 48 horas y los preceptos que así lo disponen. Con ello debe desestimarse el recurso de la empresa también en relación con este punto, ya que lo que pretende es la declaración de licitud de plazos de llamamiento inferiores al de 48 horas que ya estamos considerando fuera de los parámetros de razonabilidad exigibles.

15. Pasando al problema relativo a la forma de llamamiento y a la validez de que el mismo se realice mediante WhatsApp o correo electrónico, la Audiencia Nacional recordó al demandante que no había incluido entre sus pretensiones de anulación el inciso del convenio colectivo que dice que "los referidos llamamientos se notificarán a los datos de contacto (teléfono, e-mail) que la persona trabajadora haya comunicado a la empresa al inicio de la prestación de servicios o posterior modificación por escrito a la misma". Sin embargo dice que la parte demandante ha planteado esta cuestión al fundamentar la pretensión anulatoria sobre la forma de llamamiento y por ello entra a conocer de la cuestión de fondo "para no caer en incongruencia". Esta Sala comprueba cómo en el suplico de la demanda rectora de estos autos sí se incluye la pretensión de declaración de nulidad de ese concreto texto, por tanto debemos analizar plenamente la pretensión en relación con el fondo.

La primera constatación que debemos hacer es que el número de teléfono (móvil o fijo) o la dirección de correo electrónico, como ocurre con la dirección del domicilio, cuando corresponde a una persona física identificada o identificable, constituye un dato personal. Así resulta de la definición de dato personal contenida en el punto 1 del artículo 4 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales (Reglamento General de Protección de Datos, RGPD). Por tanto cualquier operación realizada con esos datos personales, desde la recogida hasta su destrucción, pasando por su conservación consulta o utilización, constituye un tratamiento en el sentido del punto 2 del mismo artículo 4 RGPD.

El tratamiento de datos personales puede ser lícito o ilícito, según el tipo de dato (si se trata de un dato ordinario o de un dato de categoría especial del artículo 9 RGPD) y de la existencia de una base jurídica del tratamiento suficiente, así como del respeto en el tratamiento de los principios y las limitaciones derivadas del Reglamento. En este caso la dirección de correo electrónico, como la dirección física o el número de teléfono son datos personales de categoría general, por lo que se aplican las bases de tratamiento del artículo 6 RGPD. No consta si en la recogida del dato existe consentimiento del interesado, puesto que el propio convenio no prevé si la recogida del dato se hace de forma obligatoria o tiene naturaleza voluntaria, por lo que no opera como legitimación de la previsión convencional la base jurídica de la letra a del artículo 6.1 RGPD. Pero sí puede operar la base legitimadora de la letra b de dicho artículo 6.1 RGPD, esto es, que el tratamiento sea necesario para la ejecución de un contrato en el que el interesado es parte. Al respecto cabe diferenciar dos supuestos:

A) Aquellos casos en los que el interesado se ve obligado a aportar elementos de su propiedad para la ejecución de la prestación laboral, implicando además el tratamiento de datos personales. Esto puede ocurrir cuando la persona trabajadora se ve obligada a aportar su propio teléfono móvil, como pudiera ocurrir si se estableciera dicho dispositivo como medio de aviso en las situaciones de guardia o disponibilidad. En ese sentido la sentencia de esta Sala de 8 de febrero de 2021, rec 84/2019, que invoca el sindicato recurrente, se refería a un supuesto en el que el trabajador debía aportar para la actividad empresarial un teléfono móvil con conexión a internet de su propiedad, instalando en él una aplicación informática de la empresa que permitía la geolocalización del dispositivo durante la jornada laboral, pero ese supuesto es totalmente disímil al que aquí nos ocupa.

B) Otros casos en los que la aportación del número de teléfono, móvil o fijo, o de una dirección de correo electrónico se prevén como meros medios de contacto ocasional. Hay que partir de que durante la vida del contrato de trabajo, cuando éste es presencial, las relaciones entre el empresario y la persona trabajadora tendrá lugar ordinariamente en tiempo y lugar de trabajo. No obstante pueden existir situaciones muy diversas en las que el desarrollo del contrato puede exigir contactar con el trabajador fuera del centro u horario de trabajo, en cuyo caso la empresa tiene una base de legitimación al amparo de la letra b de dicho artículo 6.1 RGPD para tratar el dato personal correspondiente a la forma de contacto con el trabajador. Esta forma de contacto puede ser el domicilio físico personal del trabajador, un apartado de correos, un teléfono fijo o móvil o medios de comunicación electrónicos como aplicaciones de mensajería o el correo electrónico.

El tratamiento de este dato, imponiendo la obligatoriedad de su recogida, debe respetar los principios de proporcionalidad, minimización y limitación de la finalidad, pero no es a priori ilícito. La sentencia de esta Sala de 21 de septiembre de 2015, rec 259/2014, que igualmente se invoca, consideró que no era aplicable esta base de legitimación (en aquel momento regulada en artículo 6.2 de la Ley Orgánica de Protección de Datos), pero lo hizo considerando que en aquel supuesto no eran datos necesarios para el mantenimiento o cumplimiento del contrato de trabajo, ni imprescindibles a tal efecto, puesto que la relación laboral en aquel caso se dijo que podía desenvolverse y de hecho lo había venido haciendo hasta fechas recientes sin tales instrumentos. Ello remite a un análisis casuístico y apreciando el supuesto de los llamamientos de trabajadores fijos discontinuos consideramos que no existe una desproporción en la exigencia de un medio de comunicación electrónico para recibir los mismos, puesto que la comunicación en el domicilio físico de la persona trabajadora convertiría el sistema de llamamientos en lento e inseguro, inapropiado para esta finalidad. El convenio colectivo aquí no impone un medio concreto, sino simplemente que deja que sea el trabajador el que indique sus datos de contacto a tales efectos e incluye como posibilidades, además de WhatsApp, mensaje de texto o email, la comunicación escrita entregada en mano. Que permita al trabajador proporcionar como dato de contacto uno de naturaleza electrónica nos parece adecuado a nuestra realidad social actual y consideramos que la base de legitimación del artículo 6.1.b RGPD es suficiente, sin prejuzgar ahora si su aplicación en casos concretos pudiera exceder los principios limitadores del tratamiento.

Por tanto desde el punto de vista del RGPD existe una base jurídica que permite lícitamente utilizar el dato personal del correo electrónico o número de teléfono móvil para la realización de llamamientos. Desde ese punto de vista no concurre ilicitud.

Tampoco observamos que con ello se contraría el tenor de la Directiva 2019/1152, como alega el sindicato recurrente, en cuanto que la misma pueda exigir que el llamamiento se haga en soporte papel. El artículo 3 de la Directiva dice que "el empleador proporcionará por escrito a cada trabajador la información exigida en virtud de la presente Directiva" y que "la información se proporcionará y transmitirá en papel o, siempre que sea accesible para el trabajador, que se pueda almacenar e imprimir y que el empleador conserve la prueba de la transmisión o recepción, en formato electrónico". Ese precepto se refiere a "la información exigida en virtud de la presente Directiva", delimitando así su ámbito de aplicación por referencia al artículo 4.2 de la propia Directiva y por tanto no incluye los llamamientos del trabajador fijo discontinuo.

El precepto nuclear por tanto es exclusivamente el artículo 16.3 del Estatuto de los Trabajadores. Dicho precepto, tras remitir a convenio colectivo o, en su defecto, acuerdo de empresa, "los criterios objetivos y formales por los que debe regirse el llamamiento de las personas fijas-discontinuas", fija un límite que debe aplicarse "en todo caso" y es que "el llamamiento deberá realizarse por escrito o por otro medio que permita dejar constancia de la debida notificación a la persona interesada con las indicaciones precisas de las condiciones de su incorporación".

Por tanto la obligación que fija contiene una disyuntiva: o se hace por escrito o, en caso contrario, debe hacerse por un medio que permita dejar constancia de la debida notificación a la persona interesada. Del texto del precepto se desprende también que el llamamiento debe incluir "las indicaciones precisas de las condiciones de su incorporación", pero esto, que será aplicable tanto si se opta por la forma escrita como si se opta por otro medio que cumpla las condiciones prescritas, no es objeto de debate aquí.

Pues bien, no debe confundirse la forma escrita con el soporte de la misma, que puede ser de naturaleza electrónica y no solamente el papel. Por el contrario también puede usarse el soporte papel para comunicar informaciones no escritas, por ejemplo mediante imágenes o fotografías, o el soporte electrónico para comunicar incluso sonidos, imágenes, vídeos, etc.. Esas no serían comunicaciones escritas, independientemente del soporte.

La consideración como comunicación escrita de las realizadas en soporte electrónico ya fue admitida como tal por el artículo 23.3 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico ("siempre que la Ley exija que el contrato o cualquier información relacionada con el mismo conste por escrito, este requisito se entenderá satisfecho si el contrato o la información se contiene en un soporte electrónico") y ha sido admitido su carácter de documento escrito por la sentencia de esta Sala de 23 de julio de 2020, rec 239/2018 (independientemente del valor procesal para revisar hechos probados, que exige mayores requisitos). Por tanto el llamamiento por WhatsApp o correo electrónico cumple esa exigencia. Es cierto que con ello se está dando por supuesto que la forma escrita por sí misma ya permite "dejar constancia de la debida notificación a la persona interesada". Y esto será efectivamente así cuando la empresa que haga el llamamiento lo haga de forma que guarde recibo fidedigno del mismo, tanto mediante la firma de recibo en papel o medios técnicos informáticos a tal efecto, lo cual será de su interés para el caso de que tuviera que acreditar haber realizado el llamamiento y notificado correctamente el mismo con todas las indicaciones que debe contener.

Por tanto este motivo de recurso del sindicato demandante debe desestimarse.

TERCERO.- 1.Lo anteriormente razonado lleva a desestimar el recurso de casación interpuesto por Grupo Constant Servicios Empresariales, S.L.U. y a estimar parcialmente el interpuesto por la Federación Estatal de Servicios, Movilidad y Consumo de la Unión General de Trabajadores (FESMC-UGT)

2.Tratándose de procedimiento tramitado por el procedimiento de conflicto colectivo (artículo 163.3 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social) no procede la imposición de costas a la parte que ha visto desestimado completamente su recurso (artículo 235.2), pero sí decretar la pérdida del depósito constituido para recurrir conforme al artículo 217.1 de la citada Ley.

FALLO

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

1. Desestimar el recurso de casación interpuesto por Grupo Constant Servicios Empresariales, S.L.U., contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de fecha 5 de diciembre de 2022 en el procedimiento 287/2022.

2.- Sin condena en costas. Se decreta la pérdida del depósito constituido para recurrir.

3- Estimar parcialmente el recurso de casación interpuesto por la Federación Estatal de Servicios, Movilidad y Consumo de la Unión General de Trabajadores (FESMC-UGT) contra la indicada sentencia.

4.- Revocar en parte la sentencia recurrida para declarar también la nulidad por ilegalidad de los siguientes párrafos e incisos del artículo 22.1.bis del VIII Convenio colectivo de Grupo Constant Servicios Empresariales, SLU publicado en el BOE el 28-7-2022:

"El llamamiento se hará con una antelación mínima de 48 horas..."

"En llamamientos realizados con más de 48 horas de antelación, no se podrá rechazar dicho llamamiento."

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

Así se acuerda y firma.