



Laudo: 1/16/JCV
Procedimiento 41-2016-12
Ámbito: Empresarial
Partes interesadas: Parque Isla Mágica S.A. y Comité de Empresa
Árbitro designado: Jesús Cruz Villalón

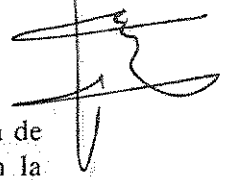
En Sevilla, a 5 de febrero de dos mil dieciséis, Jesús Cruz Villalón, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Sevilla, actuando como árbitro nombrado por las partes conforme al acuerdo suscrito el 18 de enero de 2016 en el marco del Sistema Extrajudicial de Resolución de Conflictos Laborales de Andalucía (SERCLA), ha dictado el siguiente

LAUDO ARBITRAL

I. ANTECEDENTES

Primero.- En el marco de una discrepancia entre las partes sobre la situación de alta o baja en la Seguridad Social durante el período de negociación colectiva en la empresa, representados por D. _____, en su calidad de presidente del comité de empresa, y D^a _____, en su condición de representante de la dirección de la empresa, las partes acordaron someter sus posiciones discrepantes a un arbitraje a través del SERCLA, proponiendo a quien suscribe como árbitro. El referido compromiso arbitral es formalizado entre las partes, por medio de escrito que consta en el expediente, que es registrado en la sede del SERCLA con fecha 18 de enero de 2016.

Notificada la designación como árbitro por parte del SERCLA, una vez aceptada por este árbitro su designación como tal, se procede a conceder el plazo reglamentariamente previsto para la formulación de las alegaciones previas al tiempo que se les cita para el acto de comparecencia, a celebrar el lunes 1 de febrero de 2016 a las 13:00 h., en la sede del SERCLA. Dentro del plazo concedido las respectivas partes remiten al árbitro a través del SERCLA sus respectivas alegaciones, que constan en el correspondiente expediente.





Segundo.- El acto de comparecencia se celebra en la sede de Sevilla del SERCLA el día y a la hora indicados, con la presencia de los representantes de ambos bancos de la comisión negociadora, interviniendo en nombre del banco social D^a _____ y del banco empresarial D. _____

En dicho acto de comparecencia las partes completan sus alegaciones y defienden sus posiciones. En ese acto el árbitro les ofrece la posibilidad de aportar la documentación que estimen oportuna, si bien las partes entienden que no es ello preciso pues la información transmitida y la fundamentación jurídica queda reflejada con suficiencia en las alegaciones formuladas por escrito y de palabra.

Tercero.- En el curso de la comparecencia ambas partes han delimitado de mutuo acuerdo que el objeto del presente procedimiento arbitral se ciñe a dilucidar si en Derecho la empresa está obligada o tiene prohibido legalmente dar de alta en la Seguridad Social y, por tanto, proceder a efectuar las cotizaciones correspondientes, de los trabajadores que componen la parte social de la mesa de negociación durante el período de desarrollo del proceso negociador. En sentido contrario, se precisa que el presente arbitraje no ha de resolver otras posibles cuestiones derivadas o efectos adicionales consecuencia de la admisión o rechazo de la pretensión formulada por la representación de los trabajadores.

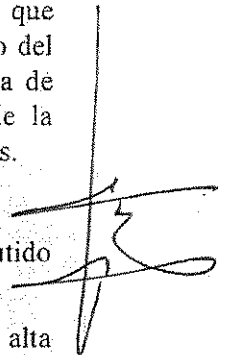
Cuarto.- Como hechos relevantes a tomar en consideración en el asunto discutido se identifican los siguientes.

Todos los representantes de los trabajadores respecto de los que se reclama su alta en la Seguridad Social tienen la condición de trabajadores fijos discontinuos, que prestan sus servicios exclusivamente en el período de apertura del centro de trabajo, sin que lo hagan cuando el Parque se encuentra cerrado.

En estos momentos el Parque se encuentra cerrado, de modo que los representantes de los trabajadores no se encuentran prestando servicios.

El artículo 60 del Convenio Colectivo vigente, publicado en el Boletín Oficial de la Provincia de Sevilla de 11 de octubre de 2014, establece entre otras cosas lo siguiente:

“Tres miembros del Comité de Empresa, designados por dicho Órgano, serán dados de alta con un mes de antelación a la fecha prevista de apertura del Parque al público, y se mantendrán en tal situación hasta los quince días siguientes a la fecha finalización de la Temporada, para propiciar un mejor desarrollo de sus actividades sindicales y representativas. Las jornadas comprendidas en los referidos periodos de permanencia en alta se computarán con cargo al crédito horario sindical, a excepción de un número total de 500 horas”.



“Los componentes del Comité de Empresa y los Delegados o Delegadas Sindicales que tengan la condición de fijos discontinuos permanecerán en alta desde el primer día de la temporada hasta la finalización de la misma, con independencia del orden que ostenten en las bolsas de llamada”.

La empresa, si bien entiende que legalmente no procede, en aras de facilitar el inicio de la negociación colectiva, una vez denunciado el convenio por parte de la representación de los trabajadores, y con vistas a facilitar la presentación de la propuesta de negociación por parte de la representación de los trabajadores, procedió a dar de alta en la Seguridad Social a los componentes del banco social con fecha 13 de noviembre hasta el 30 de noviembre. En idénticas circunstancias, una vez constituida formalmente la comisión negociadora del convenio colectivo con fecha de 1 de febrero de 2016, la empresa ha procedido a dar de alta en la Seguridad Social a los citados representantes de los trabajadores, a pesar de que el Parque se encuentra cerrado en estos momentos y sin perjuicio de cuál sea la decisión que en su caso se pueda adoptar sobre esta cuestión a través del presente laudo.

En procesos negociales precedentes, bien lo sean de renegociación del convenio colectivo, de expedientes de regulación de empleo o de procedimientos de inaplicación del convenio colectivo, las partes han desarrollado las negociaciones tanto en período de apertura como parcialmente también de cierre del parque. Si bien no existe un pronunciamiento claro al respecto por parte de la dirección de la empresa, la representación de los trabajadores afirma que en tales períodos se les ha mantenido en la situación de alta en la Seguridad Social cuando las negociaciones se han desarrollado en parte durante fases de clausura del Parque.

Quinto.- Nos remitimos a las alegaciones de las respectivas partes en lo que hace referencia a la fundamentación jurídica de sus respectivas posiciones, dejando constancia de que la representación de los trabajadores entiende que tiene derecho a mantenerse en alta en la Seguridad Social durante el período de negociación del convenio colectivo con independencia de que ello se produzca durante periodos de apertura o cierra del Parque, en tanto que la representación de la empresa entiende que no sólo no está obligada a proceder a efectuar la mencionada alta sino que tampoco le está permitido hacerlo durante el período en el que el Parque se encuentra cerrado, pudiendo incluso incurrir en una infracción administrativa tipificada como tal por la legislación vigente.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- A los efectos de poder resolver la cuestión planteada, la primera consideración a abordar es si resulta viable que un representante de los trabajadores por su condición de trabajador fijo discontinuo pueda encontrarse en alta en la Seguridad Social durante el período de inactividad, es decir, durante el tiempo en que no presta servicios debido a que el Parque no se encuentra abierto.

La representación de la empresa entiende que la situación de alta en tal período resulta inviable debido, en primer lugar, a la inexistencia de relación laboral por cuenta ajena. A juicio de la empresa los contratos de los representantes de los trabajadores han decaído mientras permanece el cierre del Parque, considerando que otra cosa sería que la negociación del convenio colectivo se llevara a cabo durante la temporada productiva de la empresa y, consecuentemente, durante la vigencia de sus contratos de trabajo.

Al respecto conviene precisar cuáles son las características particulares que se producen en un contrato de trabajo fijo discontinuo y, en concreto, en qué situación contractual se encuentra quien ha celebrado un contrato de estas características durante el período de inactividad empresarial por ser fuera de la temporada. Al margen de que la legislación laboral establece dos variantes de fijo discontinuo en función de que la temporada se lleve a cabo o no en fechas ciertas (arts. 12.3 y 16 ET), lo decisivo es que se trata de un contrato por tiempo indefinido que se diferencia de manera cualitativa respecto de las diferentes modalidades de contratación de duración determinada, en particular respecto del contrato temporal eventual. La consecuencia más significativa a estos efectos reside en que el contrato no se extingue a la finalización de cada temporada ni se renueva al inicio de la apertura del Parque, sino que es un contrato único que mantiene vivo el vínculo entre las partes a lo largo de todo el tiempo, al margen de las interrupciones de la prestación de servicio que se produzcan en los períodos de inactividad. Ni siquiera se trata de una situación de suspensión de la relación laboral, en el sentido que a esta situación le otorga la legislación laboral de exoneración de las obligaciones mutuas de trabajar y remunerar el trabajo (art. 45.2 ET), pues la interrupción de la prestación no deriva de hechos sobrevenidos no contemplados inicialmente en el momento de celebración del contrato de los que derive la mencionada "exoneración". De este modo, el período de inactividad se asimila en gran medida a otras muchas interrupciones que se producen de forma habitual en cualquier otro contrato de trabajo, como son los fines de semana y festivos, así como los períodos de vacaciones anuales. Prueba elocuente de que el vínculo contractual entre las partes pervive es que ambas partes coinciden en que estos trabajadores mantienen su condición de miembros del comité de empresa, sin que concluya por el hecho de que cierre la actividad del Parque al final de cada temporada.

Segundo.- Alegación estrechamente vinculada con la anterior es la relativa a si un trabajador puede encontrarse en situación de alta durante los períodos de interrupción de la prestación de servicios del trabajador fijo discontinuo, a resultas del cierre del Parque. Desde esta perspectiva la empresa entiende que no es posible esa situación de alta durante tal período, en la medida en que el trabajador no se encuentra prestando servicios activos. En concreto, para la dirección de la empresa la obligación de dar de alta a un trabajador deriva de una prestación real de servicios, circunstancias que precisamente no se producen durante el período de inactividad. La Ley General de la Seguridad Social a estos efectos resulta bastante imprecisa, pues se limita a indicar que “los empresarios estarán obligados a solicitar la afiliación al Sistema de Seguridad Social de los trabajadores que ingresen a su servicio, así como a comunicar dicho ingreso y, en su caso, el cese en la empresa de tales trabajadores para que sean dados, respectivamente de alta y de baja en el Régimen General” (art. 139 LGSS); impreciso por cuanto que no contempla específicamente el caso aquí enjuiciado, en la medida en que se refiere exclusivamente a la notificación de la baja cuando el trabajador “cese en la empresa”, sin precisar si ello abarca al cese en la prestación de servicios pero sin cese en la empresa. Tampoco resulta suficientemente precisa la Ley cuando se refiere a la duración de la obligación de cotizar durante este período de interrupción de la actividad por parte de un fijo discontinuo, pues de manera algo confusa afirma que “La obligación de cotizar se mantendrá por todo el período en que el trabajador esté en alta en el Régimen General o preste sus servicios, aunque estos revistan carácter discontinuo” (art. 144.2 LGSS).

Mayor claridad se deduce de la regulación reglamentaria de la materia, conforme al Real Decreto 84/1996, de 25 de enero, sobre inscripción de empresas, afiliación, alta y baja de trabajadores. Conforme a su art. 7.1 “Mediante el acto administrativo de alta, la Tesorería General de la Seguridad Social reconoce a la persona que inicia una actividad o se encuentra en una situación conexas con la misma, su condición de comprendida en el campo de aplicación del Régimen de la Seguridad Social que proceda en función de la naturaleza de dicha actividad o situación, con los derechos y obligaciones correspondientes”. De dicho precepto, efectivamente, lleva la razón de principio la empresa cuando anuda la situación de alta al inicio de una actividad profesional por parte del trabajador y, por tanto, a su continuidad en la prestación de servicios, especialmente de la percepción de retribuciones de las que deriva la correlativa obligación de cotización, de modo que el cese en la prestación de servicios (aunque perviva el vínculo contractual) de principio determina la correspondiente baja en la Seguridad Social, del mismo modo que el cese de la retribución en paralelo determina el cese de la cotización.

No obstante, la norma también contempla determinadas situaciones en las que, sin concurrir la presencia de prestación de servicios, también se contempla la exigencia de mantenimiento del alta en la Seguridad Social, aludiendo a ello el precepto, cuando se refiere a “una situación conexas”. Tal situación conexas en la que no hay efectiva prestación de servicios, a su vez puede ser de dos tipos: una, aquella en la que la situación se identifica como si se estuviesen prestando efectivos servicios en la medida en que

legalmente se mantiene la obligación retributiva del trabajador (por ejemplo, el período de vacaciones anuales y los permisos retribuidos), o bien aquellas situaciones que la norma asimila al alta. Estas segundas son las que se encuentran contempladas en el art. 36 del Reglamento de referencia, donde, entre otras, se contemplan los períodos de inactividad entre trabajos de temporada; expresamente se establece que “continuarán comprendidos en el campo de aplicación del Régimen de la Seguridad Social en que estuvieran encuadrados, pero en situación asimilada a la de alta en el mismo, quienes, aun cuando hubieren cesado en la prestación de servicios o en el desarrollo de la actividad determinante del encuadramiento en dicho Régimen, se encuentren en alguna de las siguientes situaciones: los períodos de inactividad entre trabajos de temporada” (art. 36 RD 84/1996).

Precisamente ésta última es la situación que más directamente afecta a los trabajadores fijos discontinuos que se encuentran en el período de inactividad en los períodos que discurren entre temporada y temporada (STSJ, Valencia, 6 de noviembre de 2001, JUR 2002/266741). Eso sí, tales trabajadores, de principio, lo que se encuentran es en una situación asimilada al alta, pero no de alta real o efectiva. En definitiva, desde el punto de vista de la empresa, al no encontrarse en una situación de alta real, se debe proceder a darles de baja durante el período de inactividad, en tanto que el Parque se encuentre cerrado.

A la postre, la representación de los trabajadores no reclama que se le considere en situación de alta asimilada (que le corresponde hacerlo a la Tesorería General de la Seguridad Social) sino el alta efectiva durante el período de negociación colectiva (que en su caso le correspondería efectuarlo a la empresa).

Tercero.- En última instancia, lo que las partes están discutiendo es un deber de alta real, de la que derive el correlativo deber de cotización a la Seguridad Social. En efecto, en el caso de los períodos de inactividad entre trabajos de temporada, con independencia de que exista una situación de asimilación al alta, de principio no concurre un deber de cotización a la Seguridad Social por parte de la empresa.

En definitiva, a estos efectos lo importante es si se produce un alta real con correlativa obligación de cotizar. Lo que se determina legalmente es que “la obligación de cotizar se mantendrá por todo el período en que el trabajador esté en alta en el Régimen General o preste sus servicios, aunque estos revistan carácter discontinuo” (art. 144.2 LGSS). Mucho más precisa es la regulación relativa a la cotización a los trabajadores a tiempo parcial, que ha de entenderse aplicable a los trabajadores fijos discontinuos aquí tomados en consideración, en la medida en que su especialidad no es otra que la de realizar una jornada de trabajo “al año” inferior a la de un trabajador a tiempo completo (art. 12.1 ET). Pues bien, conforme a la regulación para este tipo de trabajadores la cotización estará constituida por “las retribuciones efectivamente percibidas en función de las horas trabajadas” (art. 246.1 LGSS). Más aún, lo definitivo en términos de interpretación sistemática de la normativa de Seguridad Social es el hecho de que, si reglamentariamente



se considera que durante el período de inactividad entre temporadas el trabajador fijo discontinuo se encuentra en situación asimilada al alta (art. 36 RD 84/1996), en sentido contrario durante este tiempo no se encuentra en situación de alta real.

De todo lo anterior se deduce que, como regla general, los trabajadores fijos discontinuos, con independencia de su situación de asimilados al alta, no se deben dar de alta real durante el período de inactividad durante el tiempo que el Parque se encuentra cerrado, por lo que la empresa los puede mantener de baja sin cotizar por ellos, en la medida en que al no prestar servicios no perciben retribución alguna de la empresa.

Cuarto.- La conclusión precedente, tal como hemos referido, constituye la regla general para estos trabajadores durante su situación de inactividad entre temporada. No obstante, hemos de precisar todavía en qué medida se presenta alguna situación especial derivada de su actividad de dedicación a la tarea de negociación colectiva. La empresa considera que la precedente conclusión se mantiene inalterable, en la medida en que se insiste en que el alta real va anudada a la efectiva prestación de servicios y la correlativa cotización se encuentra necesariamente conectada a la retribución derivada de la misma. Por el contrario, la representación de los trabajadores considera que en este período rige un régimen particular como instrumento de tutela del ejercicio de su derecho a la negociación colectiva y, por extensión, de garantía de la acción sindical derivada de la regulación general en materia de libertad sindical.

A estos efectos, el precepto principal de referencia aplicable no es otro que el art. 9.2 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical, conforme al cual "Los representantes sindicales que participen en las Comisiones negociadoras de convenios colectivos manteniendo su vinculación como trabajador en activo en alguna empresa tendrán derecho a la concesión de los permisos retribuidos que sean necesarios para el adecuado ejercicio de su labor como negociadores, siempre que la empresa esté afectada por la negociación".

La jurisprudencia ha interpretado que dicho precepto es aplicable tanto cuando quien integra el banco social en la mesa de negociación colectiva son miembros designados por las secciones sindicales como miembros designados por el comité de empresa (STS 23 de diciembre de 2005, RJ 1792/2006), al mismo tiempo que ha declarado que se trata de un crédito de horas disponibles con independencia de lo previsto en esta materia por el Estatuto de los Trabajadores. En estos términos, el precepto de referencia es aplicable para la presente negociación colectiva en el Parque Isla Mágica, con independencia de que los miembros del banco social hayan sido designados por el comité de empresa.

El precepto de referencia está concebido sobre todo para no impedir que el cumplimiento de las obligaciones laborales derivadas de su contrato de trabajo dificulte la dedicación a las actividades de negociación del convenio colectivo. Pero también está previsto como un mecanismo de exoneración del tiempo de trabajo debido a una

dedicación a las actividades representativas propias de la negociación del correspondiente convenio colectivo. De este modo, si bien la aplicación de la regla es más sencilla cuando se trata de períodos en los que la negociación coincide con los períodos de prestación de servicios durante el tiempo de apertura del Parque; sin embargo, no estableciendo diferencia a estos efectos el precepto, ni tratamientos de exclusión para los trabajadores fijos discontinuos, ha de aplicarse el principio "*ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*" y, por tanto, deducir que también resulta aplicable a los períodos entre temporadas. La única exigencia que contempla el precepto en cuestión es que se trate de trabajadores "en activo"; ahora bien, a estos efectos la exclusión ha de interpretarse en sentido estricto respecto de quienes tengan el contrato extinguido, en situación de suspensión de la relación laboral o en excedencia, situaciones que, como razonamos en el fundamento primero, no se dan en estos casos de los fijos discontinuos, que se encuentran con el contrato vivo sin perjuicio de que no exista obligación de prestación de servicios.

Pues bien, estas situaciones de permisos retribuidos se someten legalmente al mismo régimen laboral y de seguridad social que aquellas en las que existe efectiva prestación de servicios, a semejanza del resto de los permisos retribuidos o de vacaciones anuales. La protección que dispensa la legislación laboral y de seguridad social a los representantes de los trabajadores, a los efectos de que no sufran ningún perjuicio derivado de su acción sindical, consiste precisamente en esta garantía de asimilación a todos los efectos como si se tratase de tiempo de trabajo efectivo del tiempo de negociación conforme a este adicional crédito horario del art. 9.2 LOLS. Baste para captar el tratamiento legal de este régimen jurídico del crédito horario, que la normativa prevé la hipótesis del representante sindical que, vía un acuerdo de acumulación en su persona del crédito de otros compañeros, puede llegar a liberarse por completo de la realización de toda prestación de servicios, si bien es retribuido plenamente como si trabajase, viene retribuido como el resto de sus compañeros y, por ende, se encuentra en situación de alta y cotizando sin diferencia alguna de tratamiento, insistimos, al resto de sus compañeros. Destáquese también que para la legislación de seguridad social tienen la consideración de accidente de trabajo "los que sufra el trabajador con ocasión o como consecuencia del desempeño de cargos electivos de carácter sindical, así como los ocurridos al ir o al volver del lugar en que se ejerciten las funciones propias de dichos cargos" (art. 156.2 b LGSS).

Quinto.- Una aclaración adicional resulta imprescindible respecto del régimen de estos permisos retribuidos (art. 9.2 LOLS). Debe llamarse la atención sobre el hecho de que el legislador, a resultas del ejercicio de los permisos retribuidos, no contempla como efecto derivado una ampliación de la jornada de trabajo de los representantes en cuestión, sino en términos materiales una sustitución del tiempo de servicios pactado y obligado por el período de dedicación a la actividad sindical, es decir, un a modo de cambio de horario, sustituyendo el horario previsto de trabajo por el horario previsto de negociación. Precisamente por ello, la Ley denomina a este tiempo "permiso", es decir, interrupción de la prestación de trabajo equivalente al tiempo de dedicación a la negociación colectiva.

Tan es así que alguna precisa resolución judicial ha estimado que el tiempo de negociación colectiva no tiene que coincidir exactamente con el horario preciso de prestación de servicios por parte del trabajador; puede realizarse fuera del horario de trabajo, sin perjuicio de que ello determine la ausencia de prestación de servicios por parte del trabajador en otro momento (STSI, Castilla-La Mancha, 23 de octubre de 2003, AS 464/2004).

Tal doctrina, que compartimos plenamente, entendemos que resulta perfectamente aplicable al caso aquí controvertido, del que deriva que el ejercicio del permiso retribuido por los miembros del banco social durante el período de negociación colectivo se asimila a todos los efectos a período de trabajo efectivo, también a efectos de alta y cotización a la Seguridad Social, si bien como compensación reduce el tiempo de trabajo efectivo posterior durante el período de apertura del Parque de estos trabajadores y, por ende, reduce proporcionalmente el tiempo de cotización a la Seguridad Social durante este tiempo de apertura. De lo contrario no sería propiamente un permiso retribuido sino una ampliación de jornada de trabajo.

En definitiva durante este período aplicando el tratamiento de permiso retribuido, la empresa debe dar de alta real a los trabajadores, pero sin que ello en cómputo anual le obligue a ampliar la jornada de trabajo teórica de los mismos que determine una ampliación en cómputo anual de los días de cotización.

Sexto.- Por último, para cerrar el análisis del presente asunto, debe examinarse si existe algún tipo de equiparación posible de esta situación con la ampliación de la situación de alta real contemplada en el artículo 60 del convenio colectivo, donde se establece una ampliación del tiempo de cotización a la Seguridad Social para tres miembros del comité de empresa, un mes antes de la apertura del Parque y quince días posteriores a su cierre. En este caso no nos encontramos ante una simple ampliación del crédito horario contemplado legalmente para los representantes de los trabajadores, como un mero incremento cuantitativo del crédito horario, más allá de lo previsto legalmente. Se trata ciertamente de un tratamiento a favor de los representantes de los trabajadores adicional al previsto legalmente, pero de naturaleza diversa en cuanto a su régimen jurídico respecto de lo estipulado para los permisos retribuidos tanto del Estatuto de los Trabajadores como de la Ley Orgánica de Libertad Sindical. En este caso, el período de alta no recibe el tratamiento de "permiso retribuido", de modo que no comporta una compensación con menor trabajo durante el tiempo de apertura del centro de trabajo. A tenor de ello, por su carácter excepcional y diferenciado respecto del instituto del crédito horario previsto legalmente en las dos Leyes antes referidas, su régimen no es aplicable al caso aquí discutido, que por lo demás no se encuentra contemplado en el convenio colectivo sino que como hemos visto deriva de la previsión contemplada en la Ley Orgánica.

DISPOSICIÓN ARBITRAL

Se declara que a los representantes del banco social de la comisión negociadora del Parque Isla Mágica S. A. les resulta de aplicación los permisos retribuidos contemplados en el artículo 9.2 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical, de lo que deriva que durante el tiempo dedicado a la negociación colectiva los mismos deben mantenerse en situación de alta real en la Seguridad Social, sin que ello comporte una ampliación en cómputo anual de los días de cotización.

El presente Laudo Arbitral es de carácter vinculante y de obligado cumplimiento, equiparado a las sentencias firmes a efectos de su ejecución definitiva en los términos previstos por el artículo 68.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

El presente laudo arbitral, puede impugnarse ante el Juzgado de lo Social a través del procedimiento de conflictos colectivos conforme a lo establecido por los artículos 11.1.a y 163.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

Por el Servicio Extrajudicial de Resolución de Conflictos Laborales de Andalucía se procederá a la notificación del presente Laudo a las partes del procedimiento arbitral.

Dado en Sevilla, a 5 de febrero de 2016




Fdo.: Jesús Cruz Villalón