

# Sentencia Audiencia Nacional 10/12/2019

**Audiencia Nacional , 10-12-2019 , nº 144/2019, rec.232/2019,**

Pte: Gallo Llanos, Ramón

ECLI: ES:AN:2019:4555

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

Según consta en autos, el día 16 de octubre de 2019 se presentó demanda de CCOO, sobre conflicto colectivo, dicha demanda fue registrada bajo el número 232/2019.

Por Decreto se señaló el día 4 de diciembre de 2019 para la celebración de los autos de conciliación y juicio.

Los actos de conciliación y juicio, tuvieron lugar el día previsto para su celebración, y resultando la conciliación sin avenencia, se inició el acto del juicio en el que:

El letrado de CCOO se afirmó y ratificó en su demanda, solicitando se dictase sentencia en la que se declare:

1.- La nulidad de la decisión empresarial relativa a la implantación como criterio de registro de que todo el personal como oficina y comercial se rija por la consideración de que si se realiza viaje y no se regresa a la oficina en el mismo día se contabiliza como trabajo efectivo 7,45 horas en total y no el tiempo invertido en el viaje más el trabajo efectivamente desarrollado en atención al cliente cuya duración total puede ser superior o eventualmente inferior, con lo cual la empresa está modificando lo relativo a computo de jornada de trabajo.

2.- Se declara la nulidad de la medida consistente en que la prolongación de jornada fuera de lo establecido en el calendario laboral y jornada diaria, es decir las horas extraordinarias están supeditadas a que se cumpla con el requisito de la autorización previa por parte del responsable directo y de la dirección de personas-área recompensa y operaciones, y no a la realización efectiva y material de esos trabajos más allá de la jornada ordinaria o exceso de jornada.

3.- Se declare nula el nuevo cómputo de fichajes de incidencia sobre ausencia para fumar, tomar café, desayunar, que hasta ahora se integraban como tiempo de trabajo dentro de la jornada y no se fichaba ni se descontaba.

Indicó que el presente conflicto afecta todos los trabajadores de la demandada, siendo CCOO es el único sindicato con representación legal en el comité de empresa del centro de Madrid, único centro de la demandada con RLT, si bien existen trabajadores que prestan servicios en centros de trabajo sitios en Valencia y Barcelona.

Refirió que la empresa sin un periodo previo de consultas real y efectivo ni negociación sobre propuestas concretas ha decidido en virtud de correo electrónico que envió a toda la plantilla el 26 de septiembre de 2019, la adopción de una serie de criterios que según dice ella responde a la finalidad de aplicar el Real Decreto Ley 8/2019 de 8 de marzo de medidas urgentes de protección social, en concreto a lo referente al registro de horario, que en realidad vienen a suponer una modificación sustancial de condiciones de trabajo regulando renuevas condiciones de trabajo en materia de jornada, descansos y trabajo efectivo, que no existían con anterioridad, en concreto las siguientes:

a.- se establece por primera vez que en lo relativo a viajes que si no se regresa a la oficina en el día, como es frecuente en puestos comerciales que tienen relación con clientes o supervisan instalaciones, solo se contabilizan como trabajo efectivo 7,45 horas y, por tanto, no contabilizándose como era habitual antes el tiempo de viaje más el tiempo efectivo de atención al cliente;

b- se establece que cualquier prolongación de jornada tiene que ser autorizada formalmente por el responsable directo del colaborador, que lo comunicara mediante correo electrónico, con la suficiente antelación a la dirección de personas-área de recompensa y operaciones y, en consecuencia, está condicionando la consideración o no de horas extraordinarias y la consideración o no de prolongación de jornada a que exista una autorización previa;

c- partiendo de que con anterioridad ni se registraban ni se contabilizaban como tiempo de descanso o de no trabajo las incidencias como salir un momento a fumar, tomar un café, con lo cual nuevamente la empresa unilateralmente regula y establece nuevos tiempos de no trabajo que hasta ahora eran tiempos incluidos en la jornada de trabajo.

Por la empresa demandada se solicitó el dictado de sentencia desestimatoria de la demanda, en la consideración de que el sistema de registro instaurado, en modo alguno, alteraba condiciones de trabajo que se viniesen disfrutando con anterioridad.

Seguidamente, se procedió a la proposición y práctica de la prueba, proponiéndose y practicándose la documental y la testifical tras lo cual las partes valorando la prueba practicada elevaron sus conclusiones a definitivas.

Precisó que el Comité de Empresa de Madrid está formado por 13 delegados de los que 5 son de CCOO y 8 son independientes.

Señaló que la jornada de la empresa es de 7 horas y 45 minutos diarios y que existen dos grupos de trabajadores: el personal de oficinas y los comerciales, teniendo los primeros un régimen de horario flexible con entrada de 8:00 a 10:00 horas y salida a partir de las 17:00 horas disponiendo de una hora para la comida, existiendo un control de accesos respecto de los primeros por el que se pasaba a la entrada y a la salida, que únicamente se utilizaba por la empresa a efectos de control de acceso, no como modo para verificar el cumplimiento de la jornada, y gozando los segundos de total flexibilidad horaria, de forma que planificaban sus horas de forma libre, siendo prueba de ello que no solicitaban permiso retribuido alguno.

Alegó que para dar cumplimiento al RD Ley 8/2.019 la empresa inició un periodo de consultas con la única RLT existente en la empresa, esto es, la del Centro de trabajo de Madrid, celebrando reuniones e intercambiando correos, y no logrando acuerdo, implantó un sistema de registro de jornada.

Defendió que el registro de jornada implantado no suponía alteración alguna de condiciones de trabajo disfrutadas con anterioridad y que los puntos que se impugnan no son sino meras facultades control y vigilancia empresarial por cuanto que:

- respecto de los comerciales se les indica que si han concluido su jornada encontrándose desplazados la empresa les señala que deben pernoctar donde se encuentren abonándose los gastos y dietas correspondientes, y que para sobrepasar su jornada y, por ende, poder devengar horas extraordinarias es necesaria la autorización de la empresa;

- respecto del personal de oficinas se negó que la empresa considerase con anterioridad como tiempo de trabajo

el salir a fumar o a tomar un café.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 85.6 LRJS se precisa que los hechos controvertidos y pacíficos fueron los siguientes:

Hechos controvertidos: -Los comerciales tienen flexibilidad horaria y tienen que trabajar 7,45 horas.- Cuando los comerciales van de viaje, al día siguiente se computa como si entrarán a las 8 de la mañana, con independencia de la hora que entrarán. -Antes de 26 de septiembre no había control de fichaje. -Los tiempos de café, de fumar, etc.. nunca se han considerado tiempo de trabajo.

Hechos pacíficos: -Los miembros del comité de empresa son 5 de CC.OO, y 8 independientes. -Ha habido y reuniones 20.5.19.18.6.19,10.7.19. en fechas 10.5.19,- Los trabajadores tienen jornada ordinaria de 7,45 horas efectivas.

En la tramitación de las presentes actuaciones se han observado todas las formalidades legales.

## **HECHOS PROBADOS**

La empresa demandada tienen centros de trabajo en diversas CCAA, si bien únicamente existen órganos de representación de los trabajadores en Madrid, donde se ha constituido un Comité de Empresa con 13 miembros de los que los 5 fueron elegidos por listas de CCOO y 8 por una candidatura independiente.

Damos por reproducido el calendario laboral de la empresa para el año 2019 aportado por CCOO- descriptor 16 -

La jornada diaria que han de cumplir los trabajadores de la empresa es de 7 horas y 45 minutos de trabajo efectivo- conforme-.

El personal comercial goza de flexibilidad horaria para cumplir con su jornada de trabajo -conforme-.

El personal de oficinas tiene un horario flexible con incorporación al puesto de trabajo de 8:00 a 10:00 horas y salida a partir de las 17:00 horas, pudiendo dedicar una hora para la comida- testifical de la empresa-.

Con anterioridad al 1-10-2019 el personal dedicado a tareas comerciales no registraba su jornada, mientras que para el personal de oficinas que presta servicios en la calle Anabel Segura de Madrid, existía un control de acceso en el edificio mediante un sistema de tornos al que posteriormente se hará referencia- testificales de CCOO y de la empresa.-

El 10-5-2019 la empresa convocó al Comité de empresa de Madrid a una reunión a fin de tratar entre otras cuestiones: "Sistema de fichaje de acuerdo con la normativa y tele-fichaje"- descriptor 24-.

La reunión se celebró ese mismo día, remitiendo la empresa nuevo correo el día 14-5-2019 al Presidente del Comité con un borrador sobre el sistema de fichaje para discutirlo en reunión a celebrar el día 16 siguiente- descriptor 25-.

Desde entonces la empresa y el Comité de Madrid, han debatido sobre el tema en reuniones celebradas los días 20-5-2019,1-6-2019 y 10-7-2019- conforme-. Igualmente han intercambiado correos tratando sobre el tema, obrando el contenido de los mismos en los descriptores 26 a 38 cuyo contenido damos por reproducido.

El día 26-9-2019 la empresa remite correo electrónico a la plantilla en los siguientes términos:

" Buenas tardes,

Como sabéis, el Real Decreto 8/2.019, de 8 de marzo de medidas urgentes de protección social, y en concreto en lo referente al registro de horario, establece la obligatoriedad de aplicar el registro de horario a todos los trabajadores en el centro de trabajo donde se desarrolle su actividad.

La empresa contaba ya con mecanismos de control horario, que han sido adaptados desde la publicación del Real Decreto, para incorporar a todos los colectivos, incluida la plantilla de Galggest, donde está ya implementada la nueva aplicación. Igualmente, comenzaremos a utilizar, para las posiciones comerciales y de teletrabajo, una aplicación de SPEC, que se descargará en sus dispositivos móviles.

Todos los sistemas tendrán parametrizada la jornada diaria, ajustada al calendario laboral, publicado por la empresa el 12 de abril de 2019.

#### Criterios de registro

##### Personal de oficina

Hará uso del sistema de turnos actual, y con el cambio de oficinas, el sistema que se implemente en las mismas a partir del traslado, que podrá ser diferente tecnológicamente pero que obedecerá a los mismos principios:

- El primer y último acceso al registro se llevará a cabo por los turnos instalados en las plantas.
- Se registrará cualquier salida de las plantas, o pausa, indicando cada colaborador en los turnos, la incidencia correspondiente. Se adjunta documento con códigos.
- En caso de salidas puntuales, por trabajo de las instalaciones, se deberán registrar, haciendo uso del código respectivo, como:

Trabajo externo. -si se regresa a la oficina antes de la finalización de la jornada.

Viaje.- si no se regresa a la oficina en el día. En este caso, se contabilizarán como trabajo efectivo 7:45 h. El día de regreso, la entrada se registrará automáticamente a las 8 horas, independientemente de la hora de inicio de la jornada.

Cualquier prolongación de la jornada fuera de lo establecido en el calendario laboral y jornada tiene que ser excepcional, justificada y autorizada por el responsable directo del colaborador, que lo comunicará mediante correo electrónico a la Dirección de Personas, Área de Recompensa y Operaciones- Bernarda: DIRECCION000

Trimestralmente se realizará la revisión de horarios realizados por la Dirección de Personas.

##### Comerciales y Teletrabajadores

Se encuadrarán dentro de este grupo las personas con función predominantemente externa, función comercial o, que realizan trabajos desde su domicilio, para la función de Teletrabajo. Los fichajes se van a realizar por medio de una APP que tendrán que descargar en su teléfono móvil, Se adjunta manual de uso de APP de Outside Works.

En estos casos, y para mantener la flexibilidad de horario que, a día de hoy, tienen las posiciones externas se seguirán los siguientes principios:

a) Jornada de trabajo de gestión sin desplazamiento externo: Se guiará por las mismas normas que trabajo de oficina, con registro de fichajes en la APP. Se adjunta manual de uso de control de Portal de registro de fichajes.

b) Jornadas externas. Se deberán registrar como:

Trabajo externo.-si se regresa a la oficina antes de la finalización de la jornada.

Viaje.- si no se regresa a la oficina en el día. En este caso, se contabilizarán como trabajo efectivo 7:45 h. El día de regreso, la entrada se registrará automáticamente a las 8 horas, independientemente de la hora de inicio de la jornada.

El registro horario no sustituye la adecuada planificación de la jornada comercial.

Como marca la legislación vigente, los colaboradores tendrán sus registros de fichajes, a través del portal de registro de fichajes de la plataforma de fichajes o a través de la APP. Se adjunta Manual de Uso de Portal de registro de fichajes.

Incluimos también un documento con algunas preguntas frecuentes.

Durante el mes de octubre, podéis enviar preguntas y dudas, a las direcciones de correo: DIRECCION001 y DIRECCION002.

Documentos de soporte

Calendario Laboral

Códigos de incidencia

Manual de uso APP OutWorks

Manual de uso registro de fichajes

Preguntas frecuentes.

El nuevo registro de fichajes comenzará el 1 de octubre de 2019.".- descriptores 11 y 39-

Al correo anterior se le ajuntaban los denominados documentos de soporte obrantes a los descriptores 12 y ss, y 39, cuyo contenido damos íntegramente por reproducido si bien de los mismos destacamos a efectos del presente conflicto lo que en el listado de incidencias a registrar para el personal que usa el sistema de turnos se señalan las siguientes: -entreplanta ( reuniones, formación y archivos), - vacaciones, asuntos propios y licencias de convenio, - descanso jornada intensiva (15 minutos)- Viajes- Trabajos exteriores (entrada y salida en el día)- desayuno, salida a fumar, tomar café (puntualizando con relación a esta incidencia que el tiempo dedicado a esta incidencia no se contabiliza como jornada efectiva.

La política de la empresa con relación a los comerciales es que si finalizan su jornada de trabajo en un lugar fuera de su localidad de origen, deben pernoctar en el mismo, para lo cual se les abonan los gastos de alojamiento y las dietas correspondientes. Dicha política era previa al 26-9-2019, y se ha mantenido con posterioridad.

Con anterioridad al 26-9-2019 en el centro de trabajo de la calle Anabel Segura existía un sistema de acceso a

través de turnos, que no se utilizaba por la empresa para hacer un seguimiento de la jornada efectivamente desarrollada por los trabajadores, sin que se controlase de forma alguna si salían a fumar o a tomar café, lo que se admitía dada la flexibilidad del horario y salida de las instalaciones estipulado - testifical de la empresa-.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional es competente para conocer del presente proceso de conformidad con lo dispuesto en los artículos 9, 5 y 67 de la Ley Orgánica 6/85, de 1 de julio, del Poder Judicial, en relación con lo establecido en los artículos 8.1 y 2 g) de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social, sin perjuicio de lo que resolverá en el fundamento de derecho tercero de la presente resolución.

De conformidad con lo prevenido en el artículo 97, 2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, la redacción de la resultancia fáctica de la presente resolución descansa bien en hechos conformes, bien las fuentes de prueba que en los mismos se expresan.

Se ejercita por CCOO una acción de impugnación de MSCT de carácter colectivo frente a la empresa demandada, puesto que considera que con ocasión de la implantación de un sistema de registro de jornada, de forma fraudulenta y prescindiendo de la tramitación establecida en el art. 41.4 E.T, ha modificado en perjuicio de los trabajadores condiciones de trabajo existente con anterioridad a la implementación del registro de jornada, por lo que las mismas deben reputarse como nulas. En concreto se solicita que se anulen las siguientes decisiones empresariales:

1.- la relativa a la implantación como criterio de registro de que todo el personal como oficina y comercial se rija por la consideración de que si se realiza viaje y no se regresa a la oficina en el mismo día se contabiliza como trabajo efectivo 7,45 horas en total y no el tiempo invertido en el viaje más el trabajo efectivamente desarrollado en atención al cliente cuya duración total puede ser superior o eventualmente inferior, con lo cual la empresa está modificando lo relativo a computo de jornada de trabajo;

2.- la medida consistente en que la prolongación de jornada fuera de lo establecido en el calendario laboral y jornada diaria, es decir las horas extraordinarias están supeditadas a que se cumpla con el requisito de la autorización previa por parte del responsable directo y de la dirección de personas-área recompensa y operaciones, y no a la realización efectiva y material de esos trabajos más allá de la jornada ordinaria o exceso de jornada;

3. - el nuevo cómputo de fichajes de incidencia sobre ausencia para fumar, tomar café, desayunar, que hasta ahora se integraban como tiempo de trabajo dentro de la jornada y no se fichaba ni se descontaba.

La empresa, partiendo de que ha sometido a procedimiento de consultas con la RLT el sistema de registro, ateniéndose a lo que dispone el art. 34.9 E.T, defiende la legalidad de todas y cada una de las medidas acordadas, considerando, que si bien admite que el tiempo que tarda un comercial en desplazarse desde la localidad al domicilio o a su centro de trabajo debe reputarse como tiempo de trabajo, el comercial debe planificar su jornada de forma que no se exceda de las 7:45 horas, y si finaliza esta fuera de su domicilio, debe pernoctar en el lugar en el que se encuentre- lo que no es sino una función directiva amparada en el art. 20.4 E.T; por otro lado, considera que la ejecución de horas extraordinarias está supeditada al acuerdo entre el empleador y el trabajador, no a la exclusiva voluntad de este, y niega que el tiempo de ausencia de la oficina para salir a fumar o a tomar un café deba ser considerado como de trabajo efectivo.

Para resolver las pretensiones de la actora y con carácter previo al concreto análisis de las mismas hemos de hacer una serie de consideraciones sobre determinadas materias relacionadas con las cuestiones objeto de debate.

## I.- Sobre el registro de jornada. -

El art. 10 del RD Ley 8/2019 de 8 de marzo en apartado dos añadió un nuevo apartado al art. 34 del TRELET con el siguiente contenido:

"9. La empresa garantizará el registro diario de jornada, que deberá incluir el horario concreto de inicio y finalización de la jornada de trabajo de cada persona trabajadora, sin perjuicio de la flexibilidad horaria que se establece en este artículo.

Mediante negociación colectiva o acuerdo de empresa o, en su defecto, decisión del empresario previa consulta con los representantes legales de los trabajadores en la empresa, se organizará y documentará este registro de jornada.

La empresa conservará los registros a que se refiere este precepto durante cuatro años y permanecerán a disposición de las personas trabajadoras, de sus representantes legales y de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social."

La Exposición de motivos del referido RD Ley justifica dicha innovación normativa razonando en su apartado V lo siguiente:

"Las reglas sobre limitación de la jornada laboral son uno de los elementos que están en el origen del Derecho del Trabajo. Estas reglas se configuran como un elemento de protección de las personas trabajadoras y se aglutinan en torno al establecimiento legal de una jornada máxima de trabajo y su indisponibilidad para las partes del contrato de trabajo, al ser normas de derecho necesario.

La realización de un tiempo de trabajo superior a la jornada laboral legal o convencionalmente establecida incide de manera sustancial en la precarización del mercado de trabajo, al afectar a dos elementos esenciales de la relación laboral, el tiempo de trabajo, con relevante influencia en la vida personal de la persona trabajadora al dificultar la conciliación familiar, y el salario. Y también incide en las cotizaciones de Seguridad Social, mermadas al no cotizarse por el salario que correspondería a la jornada realizada.

A pesar de que nuestro ordenamiento laboral, en línea con los ordenamientos europeos, se ha dotado de normas que permiten cierta flexibilidad horaria para adaptar las necesidades de la empresa a las de la producción y el mercado (distribución irregular de la jornada, jornada a turnos u horas extraordinarias), esta flexibilidad no se puede confundir con el incumplimiento de las normas sobre jornada máxima y horas extraordinarias. Al contrario, la flexibilidad horaria justifica el esfuerzo en el cumplimiento de estas normas, muy particularmente, aquellas sobre cumplimiento de límites de jornada y de registro de jornada diaria...

La introducción del registro de jornada debe contribuir a corregir la situación de precariedad, bajos salarios y pobreza que afecta a muchos de los trabajadores que sufren los abusos en su jornada laboral.

Resulta por ello necesario y urgente proceder a esta reforma normativa para poder dotar de mayor efectividad a la labor de la Inspección del Trabajo y de la Seguridad Social. Debe señalarse que el Plan Director por un Trabajo Digno 2018-2019-2020, aprobado por el Consejo de Ministros el 27 de julio de 2018, señala como uno de sus objetivos la lucha contra «la realización de horas extraordinarias ilegales por superar la cifra máxima permitida de 80 al año, la realización de horas extraordinarias que no son abonadas ni compensadas con descanso, sean o no legales, y las situaciones relacionadas con la organización del trabajo y el establecimiento de altos ritmos, para actuar tanto sobre los aspectos puramente laborales como los relacionados con la incidencia que tales factores tienen en la prevención de riesgos laborales»."

Por otro lado, resulta necesario destacar que la STJUE de 14-5-2019 ( asunto C-55/2018, Deutsche Bank) dando respuesta a petición de pronunciamiento prejudicial promovido por Auto de esta Sala de 30-1-2018 expresó que: "Los artículos 3 , 5 y 6 de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003 , relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, interpretados a la luz del artículo 31, apartado 2, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y de los artículos 4, apartado 1, 11, apartado 3 , y 16, apartado 3 , de la Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa de un Estado miembro que, según la interpretación de esa normativa adoptada por la jurisprudencia nacional, no impone a los empresarios la obligación de establecer un sistema que permita computar la jornada laboral diaria realizada por cada trabajador.", razonando en el párrafo 42 de su fundamentación jurídica que: "objetivo esencial que persigue la Directiva 2003/88, que consiste en garantizar una protección eficaz de las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores y una mejor protección de su seguridad y de su salud, los Estados miembros también deben velar por que el efecto útil de esos derechos quede completamente asegurado, haciendo que los trabajadores se beneficien efectivamente de los períodos mínimos de descanso diario y semanal y del límite máximo de la duración media del tiempo de trabajo semanal establecidos en esta Directiva".

Igualmente, debemos hacer referencia a que con anterioridad a la entrada en vigor del R.D. Ley 8/2019, y del dictado de la STJUE de 14-5-2019, a que se ha hecho referencia, por la doctrina judicial se venía admitiendo la posibilidad de que el empleador de forma unilateral implementase como medida de vigilancia y control amparada en las facultades que al respecto le otorga el art. 20.4 E.T un sistema de registro de jornada para verificar que la incorporación y el abandono del puesto de trabajo por parte del empleado se ajustan al régimen de jornada y horario vigente en la empresa. En tal sentido, debemos hacer referencia la STSJ de las Islas Canarias (Las Palmas) de 12-5-2012 (rec. 398/2012) en la que con cita de la Sentencia de la Sala III del TS de 2-7-2007 (dictada en supuesto de funcionarios del Gobierno de Cantabria) se admite la implantación de un sistema de registro de jornada mediante la identificación por huella digital.

De cuanto acabamos de exponer cabe deducir con relación al registro de jornada:

1.- Que formalmente su adopción debe realizarse, bien en convenio colectivo estatutario, bien por acuerdo de empresa, o en defecto de ambos pactos colectivos, por decisión unilateral del empleador previa consulta con los representantes legales de los trabajadores, consulta esta que ante la falta de previsión expresa del art. 34.9 del E.T, deberá efectuarse respetando al menos las previsiones de los apartados 5 y 6 del art. 65 del E.T.

2.- Que el registro de jornada se configura como una obligación de carácter documental, sirviendo como instrumento útil para garantizar el cumplimiento de elementos fundamentales del contrato de trabajo:

a.- el cumplimiento de las obligaciones empresariales en materia de salario ( art. 4 f) E.T) y cotización ( arts.141 del TRLGSS) ;

b.- el cumplimiento por parte del empresario de las obligaciones establecidas en materia de prevención de riesgos laborales relativas a la ordenación del tiempo de trabajo, en garantía de la seguridad y salud de los trabajadores ( art. 4 d) E.T) ;

c.- y finalmente, el cumplimiento por parte del trabajador de su prestación laboral, ( art. 5 E.T), máxime en el supuesto habitual en que el salario base se fije por unidad de tiempo con arreglo al art. 26.3 del E.T (en este sentido debemos referir la SAN de 20-6-2019- proc. 115/2019).

II.- Sobre la MSCT.-



El art. 41 del TRLET señala en sus dos primeros apartados:

"1. La dirección de la empresa podrá acordar modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo cuando existan probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción. Se considerarán tales las que estén relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa.

Tendrán la consideración de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, entre otras, las que afecten 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.

2. Las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo podrán afectar a las condiciones reconocidas a los trabajadores en el contrato de trabajo, en acuerdos o pactos colectivos o disfrutadas por estos en virtud de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos.

Se considera de carácter colectivo la modificación que, en un periodo de noventa días, afecte al menos a:

- a) Diez trabajadores, en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores.
- b) El diez por ciento del número de trabajadores de la empresa en aquellas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores.
- c) Treinta trabajadores, en las empresas que ocupen más de trescientos trabajadores."

Por otro lado, en su apartado 4 establece el procedimiento que ha de seguir el empleador cuando la MSCT tenga trascendencia colectiva, sancionándose en el art. 138.7 de la LRJS con nulidad cualquier MSCT en la que se haya prescindido del procedimiento establecido legalmente para su adopción.

Con relación al concepto de MSCT, la STS de 25-11-2015 ( rec.229/2014) expresa que "Para delimitar el carácter de la modificación que nos ocupa hay que partir de la clásica afirmación jurisprudencial según la que "por modificación sustancial de las condiciones de trabajo hay que entender aquéllas de tal naturaleza que alteren y transformen los aspectos fundamentales de la relación laboral, entre ellas, las previstas en la lista "ad exemplum" del art. 41.2 pasando a ser otras distintas, de un modo notorio, mientras que cuando se trata de simples modificaciones accidentales, éstas no tienen dicha condición siendo manifestaciones del poder de dirección y del "iusvariandi" empresarial". Añadiendo que "ha de valorarse la importancia cualitativa de la modificación impuesta, su alcance temporal y las eventuales compensaciones pactadas, pues de tales circunstancias dependerá que la intensidad del sacrificio que se impone al trabajador, haya de ser calificado como sustancial o accidental" (SSTS de 11 de diciembre de 1997, rec. 1281/1997 y de 10 de octubre de 2005, rec. 183/2004), lo que conlleva que, en cada caso habrá que analizar las circunstancias concurrentes. En efecto, nuestra jurisprudencia ha insistido en "destacar la imposibilidad de trazar una noción dogmática de

"modificación sustancial" y la conveniencia de acudir a criterios empíricos de casuismo, sosteniéndose al efecto por autorizada doctrina que es sustancial la variación que conjugando su intensidad y la materia sobre la que verse, sea realmente o potencialmente dañosa para el trabajador; o lo que es igual, para calificar la sustancialidad de una concreta modificación habrá de ponderarse no solamente la materia sobre la que incida, sino también sus características, y ello desde la triple perspectiva de su importancia cualitativa, de su alcance temporal e incluso de las eventuales compensaciones" (STS de 26 de abril de 2006, Rec. 2076/2005).".

En consecuencia, para que nos encontremos ante una MSCT de las previstas en los 41.1, 2 y 4 del E.T deben concurrir los siguientes elementos:

- a.- la existencia de una previa condición de trabajo establecida en norma distinta de la ley o del Convenio colectivo- esto es en contrato de trabajo, acuerdo colectivo no estatutario o decisión unilateral del empleador de efectos colectivos;
- b.- que se produzca una decisión empresarial, bien unilateral, bien consensuada que suponga una alteración de tal condición;
- c.- que la misma cualitativamente afecte a las materias citadas ad exemplum en el art. 41.2 E.T o cualesquiera otras, siempre y cuando tenga la necesaria trascendencia en la configuración del contrato de trabajo en los términos que exponía la doctrina jurisprudencial reconocida;
- d.- y que la misma tenga carácter colectivo con arreglo al art. 41.2 E.T en atención al número de afectados.

C.- Sobre el fraude de ley y su prueba.-

Como señalábamos en las SsAN de 10-3-2017 ( proc 2/2017) y de 7-5-2018 ( proc. 22/2018) " el fraude se contempla en el art. 6,4 Cc e implica la realización de un acto bajo el amparo aparente de un norma para conseguir un resultado proscrito por el ordenamiento jurídico, o en palabras de las Ss. TS de 24-11-2015 - rec 86/2015 -,2-12-2014- rec 99/2014 y de 22-12-2014- rec 109/2.014 " el fraude es una conducta intencional de utilización desviada de una norma del ordenamiento jurídico para la cobertura de un resultado antijurídico que no debe ser confundida con la mera infracción o incumplimiento de una norma", recordando por otro lado, la Doctrina de la Sala IV del TS ( STS de 23-11-2016- rec. 94/2016 que confirma la SAN de 10-11-2015 que el fraude no se presume y ha de ser acreditado por el que lo invoca, si quiera pueda acreditarse su existencia -como la de abuso del derecho- mediante pruebas directas o indirectas, admitiendo entre estas últimas el art. 1253 CC las presunciones, cuando entre los hechos demostrados y el que se trata de deducir hay «un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano» (entre tantas, SSTS SG 17/02/14 -rco 142/13 -; 18/03/14 -rcud 1687/13 -; SG 07/04/15 -rco 228/14 -; y; SG 20/05/15 -rco 128/14 -".

Las pretensiones de nulidad expuestas habrán de ser examinadas, pues, desde el prisma de las anteriores consideraciones. Ello implicará que para el éxito de las mismas deberá acreditar:

- 1º.- la existencia de una previa condición de trabajo en los términos que exponíamos;
- 2º.- que el empleador, con ocasión de la implantación de un sistema de registro de jornada y amparándose en la obligación legal que le impone la implantación mismo, de forma torticera, ha alterado tales condiciones de trabajo en perjuicio de los trabajadores, de forma que tal que la modificación de las mismas deba ser tildada de sustancia y no de accidental.

Expuesto lo anterior, a la vista de cuanto se ha declarado probado en la resultancia fáctica de la presente resolución todas y cada una de las pretensiones de la actora deberán ser rechazadas por cuanto que o bien no se

ha acreditado la existencia de una condición de trabajo previa que se vea alterada por el registro de jornada, o bien se parte de premisas fácticas erróneas, como a continuación procederemos a desarrollar.

I.- La primera de las pretensiones es que se declare la nulidad de la decisión empresarial relativa a la implantación como criterio de registro de que todo el personal como oficina y comercial se rija por la consideración de que si se realiza viaje y no se regresa a la oficina en el mismo día se contabiliza como trabajo efectivo 7,45 horas en total y no el tiempo invertido en el viaje más el trabajo efectivamente desarrollado en atención al cliente cuya duración total puede ser superior o eventualmente inferior, con lo cual la empresa está modificando lo relativo a computo de jornada de trabajo.

Con relación a esta primera pretensión, debemos señalar que no se ha acreditado que con anterioridad a la implementación del sistema de registro de jornada, existiese condición contractual generalizada, pacto o acuerdo colectivo, o decisión unilateral del empleador con tal trascendencia en virtud de la cual los trabajadores, comerciales o de oficinas, que hubieran desplazarse, a otra localidad y finalizaran su jornada de 7 horas y 45 minutos en la misma, estuviesen facultados para regresar ese mismo día a su localidad de origen y que el tiempo invertido en tal desplazamiento se reputase como de prolongación de jornada. Antes al contrario, la empleadora a través de la testifical practicada ha probado que la política que al respecto se seguía con el personal comercial era toda la contraria, que se indicaba que debían pernoctar en la localidad en la que habían concluido su jornada de trabajo y regresar al domicilio o centro de trabajo el día siguiente.

El registro de jornada implantado con relación a los viajes expone que el día siguiente al mismo, el trabajador se considera que inicia su jornada a las 8 de la mañana del día de regreso sin necesidad de fichaje, lo cual no altera o modifica en modo alguno y de forma perjudicial para los trabajadores régimen previo existente.

II.- A través de la segunda de las pretensiones se solicita que se anule la medida consistente en que la prolongación de jornada fuera de lo establecido en el calendario laboral y jornada diaria, es decir las horas extraordinarias están supeditadas a que se cumpla con el requisito de la autorización previa por parte del responsable directo y de la dirección de personas-área recompensa y operaciones, y no a la realización efectiva y material de esos trabajos más allá de la jornada ordinaria o exceso de jornada.

Con relación a esta medida cabe destacar que el art. 35. E.T señala en su apartado 1 que "Tendrán la consideración de horas extraordinarias aquellas horas de trabajo que se realicen sobre la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo, fijada de acuerdo con el artículo anterior. Mediante convenio colectivo o, en su defecto, contrato individual, se optará entre abonar las horas extraordinarias en la cuantía que se fije, que en ningún caso podrá ser inferior al valor de la hora ordinaria, o compensarlas por tiempos equivalentes de descanso retribuido. En ausencia de pacto al respecto, se entenderá que las horas extraordinarias realizadas deberán ser compensadas mediante descanso dentro de los cuatro meses siguientes a su realización" , disponiendo en el apartado 4 que " La prestación de trabajo en horas extraordinarias será voluntaria, salvo que su realización se haya pactado en convenio colectivo o contrato individual de trabajo ."

No constanding acreditada la existencia de pacto expreso, ya sea de carácter colectivo o incorporado en masa en los contratos de trabajo en virtud del cual el trabajador se comprometa a la realización de horas extraordinarias, la realización de las mismas, como sucede en el presente, únicamente podrá tener lugar en virtud de pacto entre empleador y empresario que modifique al respecto el contenido del contrato de trabajo, el cual para su perfeccionamiento requerirá el consentimiento de las partes al respecto (ex. art. 1258 Cc).

Pues bien, la mención contenida en el documento fechado el 26-9-2.019 en virtud de la cual (" Cualquier prolongación de la jornada fuera de lo establecido en el calendario laboral y jornada tiene que ser excepcional, justificada y autorizada por el responsable directo del colaborador, que lo comunicará mediante correo electrónico a la Dirección de Personas, Área de Recompensa y Operaciones- Bernarda"), no es más que la forma

en la que la empresa ha decidido expresar su consentimiento al respecto, lo cual no altera condición de trabajo previa- pues no consta acreditado que en estos casos la realización de una jornada más allá de la jornada quedase al arbitrio del trabajador, lo cual, además supondría una manifiesta contravención del art. 1.256 Cc-, pudiendo suponer en muchos casos un incumplimiento por el empresario de la deuda de seguridad y salud que tiene contraída con el trabajador con relación al tiempo de trabajo.

III.- En tercer y último lugar, se solicita sea declarada la nulidad el nuevo cómputo de fichajes de incidencia sobre ausencia para fumar, tomar café, desayunar, que hasta ahora se integraban como tiempo de trabajo dentro de la jornada y no se fichaba ni se descontaba.

Para el buen fin de esta pretensión, y con arreglo a lo arriba expuesto, la organización sindical actora debería haber acreditado la existencia de una CMB en virtud de la cual las ausencias del trabajador para fumar, tomar café o desayunar, eran consideradas por el empleador con anterioridad a la comunicación de 26-9-2019, como tiempo de trabajo efectivo. Y para ello, hemos de señalar como hace la STS de 2-10-2019 (rec. 153/2018) que:

"La STS de fecha 6.03.2019 (RC 242/2017 Sentencias relacionadas STS, Sala de lo Social, Sección: 1ª, 06/03/2019 (rec. 242/2017) Condición más beneficiosa. Doctrina general.) trae a colación diversos pronunciamientos sobre la institución de la condición más beneficiosa, destacando en primer lugar la dificultad de delimitar sus contornos, de forma que resulta "necesario analizar todos los factores y elementos para saber, en primer lugar, si existe la sucesión de actos o situaciones en la que se quiere basar el derecho, y en segundo lugar, si realmente es la voluntad de las partes, en este caso de la empresa, el origen de tales situaciones" ( STS/4ª de 7 abril 2009 -rec. 99/2008 Jurisprudencia citada STS, Sala de lo Social, Sección 1ª, 07-04-2009 (rec. 99/2008)-, 6 julio 2010 -rec. 224/2009 Jurisprudencia citada STS, Sala de lo Social, Sección 1ª, 06-07-2010 (rec. 224/2009) y 7 julio 2010 -rec. 196/2009 Jurisprudencia citada STS, Sala de lo Social, Sección 1ª, 07-07-2010 (rec. 196/2009)-, entre otras).

Como recordábamos en las STS/4ª de 5 junio Jurisprudencia citada STS, Sala de lo Social, Sección 1ª, 05-06-2012 (rec. 214/2011) y 19 diciembre 2012 Jurisprudencia citada STS, Sala de lo Social, Sección 1ª, 19-12-2012 (rec. 209/2011) (rec. 214/2011 Jurisprudencia citada STS, Sala de lo Social, Sección 1ª, 05-06-2012 (rec. 214/2011) y 209/2011 Jurisprudencia citada STS, Sala de lo Social, Sección 1ª, 19-12-2012 (rec. 209/2011), respectivamente), entre otras, se exige ineludiblemente que la adquisición y el disfrute suponga "la consolidación del beneficio que se reclama, por obra de una voluntad inequívoca para su concesión, de suerte que la ventaja se hubiese incorporado al nexo contractual precisamente por "un acto de voluntad constitutivo" de una ventaja o un beneficio que supera las fuentes legales o convencionales de regulación de la relación contractual de trabajo". En suma, resulta decisivo que concurra una voluntad de la empresa de incorporar la condición al nexo contractual, sin que baste con la mera repetición en el tiempo, puesto que lo decisivo es que no se trate de una mera liberalidad o tolerancia del empresario, sino de aquella voluntad de atribuir un derecho al trabajador."

En el presente caso, lo que ha quedado probado es que si bien en centro de trabajo de la demanda Olga existía un control de acceso mediante tornos, que únicamente se utilizaba a efectos de seguridad y prevención de riesgos del edificio, no de control de jornada, se venía tolerando, por una política de confianza empresarial en virtud la cual cada trabajador es responsable de desarrollar la jornada comprometida, que los trabajadores salieran de las instalaciones para fumar o para tomar, café, sin que quepa deducir de tal circunstancia, que la empresa reputase dichas interrupciones de la prestación de servicios como de trabajo efectivo, entre otras cosas, porque no existía un efectivo control y seguimiento de la jornada desarrollada por cada trabajador.

Por todo lo razonado, y como se anunció anteriormente, se dictará sentencia desestimatoria de la demanda.

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

## **FALLO**

Con DESESTIMACIÓN de la demanda deducida por CCOO frente a GALP ENERGIA ESPAÑA SAU, absolvemos a la demandada de los pedimentos contenidos en la misma.

Notifíquese la presente sentencia a las partes advirtiéndoles que, contra la misma cabe recurso de Casación ante el Tribunal Supremo, que podrá prepararse ante esta Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en el plazo de CINCO DÍAS hábiles desde la notificación, pudiendo hacerlo mediante manifestación de la parte o de su abogado, graduado social o representante al serle notificada, o mediante escrito presentado en esta Sala dentro del plazo arriba señalado.

Al tiempo de preparar ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional el Recurso de Casación, el recurrente, si no goza del beneficio de Justicia gratuita, deberá acreditar haber hecho el depósito de 600 euros previsto en el art, 229.1.b de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , y, en el caso de haber sido condenado en sentencia al pago de alguna cantidad, haber consignado la cantidad objeto de condena de conformidad con el art, 230 del mismo texto legal , todo ello en la cuenta corriente que la Sala tiene abierta en el Banco de Santander Sucursal de la Calle Barquillo 49, si es por transferencia con el nº 0049 3569 92 0005001274 haciendo constar en las observaciones el nº 2419 0000 00 0232 19; si es en efectivo en la cuenta nº 2419 0000 00 0232 19, pudiéndose sustituir la consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario, en el que conste la responsabilidad solidaria del avalista.

Llévese testimonio de esta sentencia a los autos originales e incorpórese la misma al libro de sentencias.

Así por nuestra sentencia lo pronunciamos, mandamos y firmamos.