



Roj: **SAN 3206/2020** - ECLI: **ES:AN:2020:3206**

Id Cendoj: **28079240012020100101**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **16/11/2020**

Nº de Recurso: **276/2020**

Nº de Resolución: **101/2020**

Procedimiento: **Conflicto colectivo**

Ponente: **EMILIA RUIZ-JARABO QUEMADA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.NACIONAL SALA DE LO SOCIAL

MADRID

SENTENCIA: 00101/2020

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Social

Letrada de la Administración de Justicia:

D^a. MARTA JAUREGUIZAR SERRANO

SENTENCIA Nº : 101/20

Fecha de Juicio: 11/11/2020

Fecha Sentencia: 16/11/2020

Tipo y núm. Procedimiento: CONFLICTOS COLECTIVOS 0000276 /2020

Materia: CONFLICTO COLECTIVO

Ponente: D^a. EMILIA RUIZ-JARABO QUEMADA

Demandante/s: UNION SINDICAL OBRERA

Demandado/s: INDRA SOLUCIONES TI, CIGI, ELA, CIG, CGT, CCOO, COBAS, PROGRESA, RSTIC, UGT-FICA, ASIT, MINISTERIO FISCAL

Resolución de la Sentencia: DESESTIMATORIA

Breve Resumen de la Sentencia: *Conflicto colectivo MSCT. Recuperación de las horas de trabajo no prestadas durante el permiso retribuido. Se solicita la declaración de nulidad de la comunicación de la empresa dirigida a los miembros de la Comisión representativa de negociación del PRR. La AN desestima la demanda. No cabe admitir que las medidas acordadas por la empresa comportaron la inaplicación del convenio, porque la empresa no ha impuesto unilateralmente el disfrute de vacaciones por el periodo correspondiente al permiso retribuido recuperable, puesto que es decisión del trabajador el solicitarlo o no. Este permiso presenta características verdaderamente singulares y excepcionales. Su fuente normativa es el Real Decreto-ley 10/2020, de 29 de marzo y los únicos límites que operan en su recuperación, son los previstos en dicha norma. (FJ 5º)*

AUD.NACIONAL SALA DE LO SOCIAL

GOYA 14 (MADRID)

Tfno: 914007258

Correo electrónico:



Equipo/usuario: JGH

NIG: 28079 24 4 2020 0000282

Modelo: ANS105 SENTENCIA

CCO CONFLICTOS COLECTIVOS 0000276 /2020

Procedimiento de origen: /

Sobre: CONFLICTO COLECTIVO

Ponente Ilma. Sra D^a : EMILIA RUIZ-JARABO QUEMADA

SENTENCIA 101/20

ILMO/A. SR./SRA.PRESIDENTE:

D^a. EMILIA RUIZ-JARABO QUEMADA

ILMOS/AS. SRES./SRAS. MAGISTRADOS/AS:

D. RAMÓN GALLO LLANOS

D^a YOLANDA DE LA FUENTE GUERRERO

En MADRID, a dieciséis de noviembre de dos mil veinte.

La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional compuesta por los Sres./as. Magistrados/as citados al margen y

EN NOMBRE DEL REY

Han dictado la siguiente

SENTENCIA

En el procedimiento CONFLICTOS COLECTIVOS 0000276 /2020 seguido por demanda de UNION SINDICAL OBRERA, representada por la letrada JULIANA BERMEJO DERECHO contra INDRA SOLUCIONES TI, representada por la letrada M^a JESUS HERRERA DUQUE, CGT, representada por la letrada TERESA RAMOS ANTUÑANO, así como contra CIGI, CIG, ELA, CCOO, COBAS, PROGRESA, RSTIC, UGT-FICA y ASIT, quienes no comparecieron a la vista oral, sobre CONFLICTO COLECTIVO, siendo parte el MINISTERIO FISCAL. Ha sido Ponente el Ilmo./a. Sr./a. D./ña. EMILIA RUIZ-JARABO QUEMADA.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. - Según consta en autos, el día 31 de julio de 2020 se presentó demanda por D^a. Julia BERMEJO DERECHO, Letrada del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, en nombre y representación de la CONFEDERACIÓN UNION SINDICAL OBRERA (U.S.O), contra INDRA SOLUCIONES TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN S.L.U., y, como partes interesadas en el procedimiento, las siguientes organizaciones sindicales: COMISIONES OBRERAS DE INDUSTRIA (CCOO-INDUSTRIA), FEDERACIÓN ESTATAL DE INDUSTRIA, CONSTRUCCIÓN Y AGRO DE LA UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES (FICA-UGT), SINDICATO ASIT, CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO (CGT), CONVERXENCIA INTERSINDICAL GALEGA (CIG), COMISIONES DE BASE (CO.BAS), RED SINDICAL TIC (RSTIC), SINDICATO ELA SINDICATO CIGI y SINDICATO PROGRESA, sobre, CONFLICTO COLECTIVO EN MATERIA DE MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE CONDICIONES DE TRABAJO, siendo parte el MINISTERIO FISCAL.

Segundo. - La Sala designó ponente señalándose el día 11 de noviembre de 2020.

Tercero. - Llegado el día señalado tuvo lugar la celebración del acto del juicio en el que la parte demandante, se afirmó y ratificó en su demanda solicitando que se dicte sentencia por la que, se declare la nulidad de los puntos 1 y 2 de la comunicación de la empresa INDRA SOLUCIONES TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN, S.L.U. (ISTI) dirigida a los miembros de la comisión representativa de negociación del Permiso Retribuido Recuperable, en fecha 16 de julio de 2020, relativa a la forma en que será recuperable el citado permiso.

Frente a tal pretensión, COMISIONES OBRERAS DE INDUSTRIA (CCOO-INDUSTRIA), FEDERACIÓN ESTATAL DE INDUSTRIA, CONSTRUCCIÓN Y AGRO DE LA UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES (FICA-UGT), ELA-STV, SINDICATO ASIT, CONVERXENCIA INTERSINDICAL GALEGA (CIG), COMISIONES DE BASE (CO.BAS)), RED SINDICAL TIC (RSTIC), SINDICATO CIGI y SINDICATO PROGRESA, no comparecieron al acto de juicio, pese a constar citados en legal forma.

La Abogada de INDRA SOLUCIONES TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN S.L.U., se opone a la demanda, todo ello en los términos que resultan del acta de juicio y de la grabación de la vista oral.

Cuarto. - De conformidad con lo dispuesto en el artículo 85.6 LRJS se precisa que los hechos controvertidos fueron los siguientes:

- La jornada de los 113 trabajadores no rebasa la jornada máxima anual de convenio.
- En colectivo de Tecnocam las horas a recuperar son 65.
- En el resto de los colectivos, las horas a recuperar son 70.

Quinto. - Recibido el pleito aprueba, se practicaron las pruebas propuestas por las partes y declaradas pertinentes, con el resultado que consta en el acta levantada al efecto.

Sexto. -En la tramitación de estos autos se han observado todas las prescripciones legales.

Resultando y así se declaran, los siguientes,

HECHOS PROBADOS

PRIMERO. - La Unión Sindical Obrera (USO) está legitimada para iniciar el presente Conflicto Colectivo por cuanto tiene implantación suficiente en el ámbito del mismo puesto que, con 41 representantes de un total de 280, es una organización sindical más representativa en la empresa INDRA SOLUCIONES TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN S.L.U., al tener más del 10% de la representación sindical existente en dicha empresa. (Hecho conforme)

SEGUNDO. - La presente demanda afecta al personal que presta sus servicios en los distintos centros de trabajo que la empresa INDRA SOLUCIONES TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN S.L.U. (en adelante ISTI), tiene en diversas provincias pertenecientes a las distintas Comunidades Autónomas del territorio español; se trata, por tanto, de un conflicto colectivo de ámbito estatal. Concretamente la demanda afecta a las aproximadamente 113 personas trabajadoras de la empresa, que ostentan mayoritariamente la categoría de Técnicos de Campo aunque también hay otras personas afectadas que tienen otras categorías, en los que se da la característica común de que no han podido teletrabajar en los momentos más duros de la situación de crisis ocasionada por el COVI-19 y que, en consecuencia, se han visto obligados a realizar trabajo presencial durante los meses que ha durado la declaración del estado de alarma. (Hecho conforme)

TERCERO.- En la actualidad en la empresa se aplican dos convenios colectivos: uno de ellos es del "Convenio del Grupo Tecnocon", publicado en el BOE nº 154, de fecha 28 de junio de 2013, que afecta a los trabajadores de ISTI procedentes del citado grupo empresarial y, el otro convenio aplicable al resto del personal de la empresa es el "XVII Convenio Colectivo de Empresas de Consultoría y Estudios de Mercado y de la Opinión Pública" (BOE nº 57, de 6 de marzo de 2018).(Hecho conforme, descripción 31 y 32)

CUARTO. - El 3 de julio de 2020, se constituyó la comisión negociadora del permiso retribuido recuperable en la empresa INDRA SOLUCIONES TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN, S.L.U., iniciándose el período de consultas, de conformidad con lo previsto en el Real Decreto Ley 10/2020, de 29 de marzo. La citada comisión quedó constituida, de una parte, por representantes de la empresa y, de otra, en representación de las organizaciones sindicales, por 5 representantes de CCOO, 2 de UGT, 2 de USO, 1 de CGT, 1 de COBAS, 1 de CIG y 1 de ASIT/RSTIC; habiendo sido invitados a las reuniones, sin voz ni voto, representantes de los sindicatos CIGI, ELA y PROGRESA.

La finalidad de esta comisión era la de establecer la forma de recuperación del permiso retribuido recuperable establecido por el RD-Ley 10/2020 con carácter obligatorio desde el 30 de marzo de 2020 hasta el 9 de abril de 2020, para todas las personas trabajadoras por cuenta ajena que no estuviesen teletrabajando y que no perteneciesen a las actividades reseñadas en su anexo; siendo 113 las personas trabajadoras de ISTI afectadas por esta medida de un total de 13.000 personas que constituyen la plantilla de la empresa demandada.

Además de la reunión inicial de 3 de julio, se celebraron otras 4 reuniones, los días 7, 9 y 14 de julio de 2020, sin que fuese posible alcanzar un acuerdo entre las partes durante el proceso negociador que se dio por concluido en la última reunión del día 14 de julio de 2020. (Descripción 33 a 38 y 52 (doc. 1 a 4)), cuyo contenido, se da por reproducido.

QUINTO. - Ante la falta de consenso, en fecha 16 de julio de 2020, desde el Departamento de Relaciones Laborales de la empresa se dirigió un correo electrónico a todos los miembros de la comisión representativa de negociación del Permiso Retribuido Recuperable en Indra Soluciones Tecnologías de la Información S.L.U,



adjuntando un documento en el que se detalla la forma en que será recuperable dicho permiso en los siguientes términos:

1. Forma de recuperación

1.- Recuperación diaria, en función del volumen de trabajo, hasta el máximo de 10 horas/día y 45 horas/semana (salvo petición de la persona trabajadora), respetando el descanso diario de 12 horas y el semanal de 1,5 días.

2.- Recuperación compensando las horas de PRR con horas de vacaciones si la persona trabajadora lo solicitase y con el acuerdo por parte de la empresa.

3.- Recuperación en aquellos proyectos con ampliaciones de jornada, incluidas aquellas en fines de semana y/o festivos, previo acuerdo con el empleado. El cómputo por cada día trabajado en fin de semana o festivo, sería de 1,75 días compensados.

4.- Recuperación compensando las horas de PRR con horas o días de libre disposición si la persona trabajadora lo solicitase y con el acuerdo por parte de la empresa.

2. Periodo de recuperación. Recuperación de las horas no compensadas hasta el 31 de diciembre de 2020.

3. Compensación en caso de extinción del contrato de trabajo En caso de extinción de la relación laboral, las horas pendientes de compensar se regularán en el finiquito. (Descripción 39, 40 y 52 (doc. 5 y6))

SEXTO. -Los calendarios laborales y la lista de trabajadores a los que se aplican obran en la descripción 59 y se dan por reproducidos, al haber sido ratificados en el acto del juicio por el testigo de la empresa demandada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. -En cuanto a los hechos declarados probados, los mismos se obtienen de los documentos que en ellos se indica, dando con ello cumplimiento a lo establecido en el artículo 97.2 de la LRJS.

SEGUNDO. - Se solicita, que se dicte sentencia por la que, se declare la nulidad de los puntos 1 y 2 de la comunicación de la empresa INDRA SOLUCIONES TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN, S.L.U. (ISTI) dirigida a los miembros de la comisión representativa de negociación del Permiso Retribuido Recuperable, en fecha 16 de julio de 2020, relativa a la forma en que será recuperable el citado permiso.

Frente a tal pretensión, COMISIONES OBRERAS DE INDUSTRIA (CCOO-INDUSTRIA), FEDERACIÓN ESTATAL DE INDUSTRIA, CONSTRUCCIÓN Y AGRO DE LA UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES (FICA-UGT), ELA-STV, SINDICATO ASIT, CONVERXENCIA INTERSINDICAL GALEGA (CIG), COMISIONES DE BASE (CO.BAS)), RED SINDICAL TIC (RSTIC), SINDICATO CIGI y SINDICATO PROGRESA, no comparecieron al acto de juicio, pese a constar citados en legal forma.

La Abogada de INDRA SOLUCIONES TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN S.L.U., se opone a la demanda, manifiesta que no fue posible llegar a un acuerdo en el periodo de consultas porque la representación sindical tuvo un único objetivo pidiendo la retirada de la medida adoptada por la empresa y la condonación de las horas de permiso retribuido. Alega que, en los puntos 1 y 2 se fija por la empresa, en cuanto a la forma de recuperación, lo siguiente: 1.- Recuperación diaria, en función del volumen de trabajo, hasta el máximo de 10 horas/día y 45 horas/semana (salvo petición de la persona trabajadora), respetando el descanso diario de 12 horas y el semanal de 1,5 días.

2.- Recuperación compensando las horas de PRR con horas de vacaciones si la persona trabajadora lo solicitase y con el acuerdo por parte de la empresa.

De manera que se compensa descanso con descanso entendiendo que son conceptos homogéneos y compensables. La decisión adoptada encaja en la distribución irregular de la jornada contemplada en el artículo 2.4 del Convenio colectivo del Grupo TecnoCom. No se supera la jornada máxima de 1785 horas. La recuperación llega hasta el 31 de diciembre. No se supera anualmente el 8% de la jornada máxima. El artículo 20 del Convenio colectivo de empresas de consultoría establece una jornada máxima de 1800 horas. Si no se supera la jornada máxima y se respetan los periodos mínimos de descanso diario y semanal previstos en la ley y en el convenio colectivo, la medida es legal. En cuanto a las vacaciones la recuperación es voluntaria y sólo cabe si el trabajador prefiere compensar las horas de permiso retribuido con las vacaciones.

En el convenio de TecnoCom el máximo de horas a recuperar son 65 y en el resto del colectivo, 70 horas, sin que se supere el 10% de la jornada anual prevista en el art. 34.2 ET para la distribución irregular de la jornada.

El Ministerio Fiscal en su informe solicita la desestimación de la demanda, el Real Decreto- ley 10/2020 contiene normas excepcionales, siendo de aplicación el artículo 4.2 del Código civil y el artículo 3.3 del ET. Se



ha acreditado que hubo negociación sin que, en la recuperación acordada por la empresa, se hayan traspasado los límites establecidos legalmente.

TERCERO.- El 14 de marzo de 2020 se publicó en el BOE el Real Decreto 463/2020, de 14 marzo, que supuso la declaración por el Gobierno de España del estado de alarma en todo el territorio nacional para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19; situación que fue prorrogada en el tiempo por 4 sucesivos Reales Decretos, siendo el último de ellos el RD 555/2020, de 5 de junio, que prorrogó el estado de alarma hasta las 00:00 horas del día 21 de junio de 2020.

Este primer Real Decreto, (463/2020, de 14 de marzo), por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, adoptó una serie de medidas en relación con la limitación de la movilidad de las personas, así como de las actividades sociales y económicas del país con la finalidad de contener el avance del COVID-19. Todas estas medidas, particularmente las que incidieron en la limitación de la movilidad de las personas, contribuyeron a contener el avance del COVID-19. El teletrabajo, las medidas de flexibilidad empresarial y el resto de medidas económicas y sociales adoptadas permitieron al mismo tiempo minimizar el impacto negativo sobre el tejido empresarial y el empleo. Sin embargo, todas estas medidas no consiguieron controlar la epidemia por lo que, atendiendo a las recomendaciones de los expertos en el ámbito epidemiológico, fue necesario adoptar nuevas medidas para controlar la propagación del virus.

Teniendo en cuenta que la actividad laboral y profesional era la principal causa de la mayoría de los desplazamientos que se producían en el país fue necesario adoptar una medida en el ámbito laboral, que permitiese la limitación de movimientos al máximo posible.

En este contexto se promulgó el " Real Decreto- ley 10/2020, de 29 de marzo (BOE nº 87, de 29 de marzo de 2020), por el que se regula el permiso retribuido recuperable para las personas trabajadoras por cuenta ajena que no presten servicios esenciales con el fin de reducir la movilidad de la población en el contexto de la lucha contra el COVID-19".

Esta norma regula un permiso retribuido recuperable, de carácter obligatorio y limitado en el tiempo entre los días 30 de marzo y 9 de abril de 2020 (ambos incluidos), para todo el personal laboral por cuenta ajena que prestaba servicios en empresas o entidades del sector público o privado que desarrollan las actividades no esenciales calificadas como tal el anexo del Real Decreto-ley.

El artículo 1, relativo al ámbito subjetivo de aplicación, señala: "*El presente real decreto-ley se aplicará a todas las personas trabajadoras por cuenta ajena que presten servicios en empresas o entidades del sector público o privado y cuya actividad no haya sido paralizada como consecuencia de la declaración de estado de alarma establecida por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo*";

indicando, en el punto, 2, las personas trabajadoras excluidas de su ámbito de aplicación.

El artículo 2, concreta las características de este permiso retribuido, estableciendo:

" 1. *Las personas trabajadoras que se encuentren dentro del ámbito de aplicación del presente real decreto-ley disfrutarán de un permiso retribuido recuperable, de carácter obligatorio, entre el 30 de marzo y el 9 de abril de 2020, ambos inclusive.*

2. *El presente permiso conllevará que las personas trabajadoras conservarán el derecho a la retribución que les hubiera correspondido de estar prestando servicios con carácter ordinario, incluyendo salario base y complementos salariales*".

Por lo que respecta a la recuperación de las horas de trabajo no prestadas durante el permiso retribuido, el artículo 3 establece:

" 1. *La recuperación de las horas de trabajo se podrá hacer efectiva desde el día siguiente a la finalización del estado de alarma hasta el 31 de diciembre de 2020.*

2. *Esta recuperación deberá negociarse en un periodo de consultas abierto al efecto entre la empresa y la representación legal de las personas trabajadoras, que tendrá una duración máxima de siete días.*

(....)

Durante el periodo de consultas, las partes deberán negociar de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo. Dicho acuerdo requerirá la conformidad de la mayoría de las personas que integran la representación legal de las personas trabajadoras o, en su caso, de la mayoría de los miembros de la comisión representativa siempre que, en ambos casos, representen a la mayoría de las personas que se hayan visto afectadas por este permiso extraordinario.

(.....)



El acuerdo que se alcance podrá regular la recuperación de todas o de parte de las horas de trabajo durante el permiso regulado en este artículo, el preaviso mínimo con que la persona trabajadora debe conocer el día y la hora de la prestación de trabajo resultante, así como el periodo de referencia para la recuperación del tiempo de trabajo no desarrollado.

De no alcanzarse acuerdo durante este periodo de consultas, la empresa notificará a las personas trabajadoras y a la comisión representativa, en el plazo de siete días desde la finalización de aquel, la decisión sobre la recuperación de las horas de trabajo no prestadas durante la aplicación del presente permiso.

3. En cualquier caso, la recuperación de estas horas no podrá suponer el incumplimiento de los periodos mínimos de descanso diario y semanal previstos en la ley y en el convenio colectivo, el establecimiento de un plazo de preaviso inferior al recogido en el artículo 34.2 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, ni la superación de la jornada máxima anual prevista en el convenio colectivo que sea de aplicación. Asimismo, deberán ser respetados los derechos de conciliación de la vida personal, laboral y familiar reconocidos legal y convencionalmente".

CUARTO. - Del documento remitido por la empresa, y en el aspecto relativo a la forma de recuperación, reproducimos los puntos 1 y 2 cuya legalidad es objeto de debate en el presente procedimiento:

1.- Recuperación diaria, en función del volumen de trabajo, hasta el máximo de 10 horas/día y 45 horas/semana (salvo petición de la persona trabajadora), respetando el descanso diario de 12 horas y el semanal de 1,5 días.

2.- Recuperación compensando las horas de PRR con horas de vacaciones si la persona trabajadora lo solicitase y con el acuerdo por parte de la empresa".

Alega la parte demandante, por lo que respecta al punto primero, que establece la posibilidad de recuperar el permiso retribuido recuperable (en adelante PRR) en función del volumen de trabajo hasta el máximo de 10 horas/día, que dicho apartado vulnera lo establecido en los 2 convenios colectivos de aplicación en la empresa así como las normas fijadas en el Estatuto de los Trabajadores respecto a la distribución irregular de la jornada, superando los límites establecidos en ambos casos a estos efectos.

De una parte, el "Convenio Colectivo de Empresas de Consultoría y Estudios de Mercado y de la Opinión Pública", que se aplica a una parte de la plantilla, en lo relativo a la jornada señala:

"Artículo 20. Jornada laboral.

1. Durante la vigencia del convenio colectivo, la jornada ordinaria máxima de trabajo efectivo, en cómputo anual, será de 1.800 horas anuales, sin perjuicio, en todo caso, de las jornadas actualmente pactadas más favorables para las personas. Su distribución semanal podrá pactarse con la Representación Legal de los Trabajadores en la empresa teniendo en cuenta que, en ningún caso, se podrán realizar más de 9 horas diarias de trabajo efectivo. De acuerdo con lo establecido en el artículo 37.2 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, ninguna fiesta laboral será recuperable.

2. Las Empresas sujetas a este Convenio disfrutarán de jornada intensiva en el mes de agosto. Las empresas que tengan establecida jornada intensiva durante el verano no podrán rebasar las treinta y seis horas semanales durante el período en que la tengan implantada, salvo pacto con la Representación Legal de los Trabajadores.

3. En las empresas en que se realice jornada continuada, las condiciones de temporada más beneficiosa se mantendrán tal y como actualmente se realicen en cada empresa, sin superar la distribución semanal existente o la que pudiera pactarse, conforme a lo establecido en los dos apartados precedentes.

4. A partir de las catorce horas, salvo en período de jornada intensiva, los sábados tendrán la consideración de laboralmente inhábiles. Se exceptúa el personal que ejerce funciones de vigilancia en los locales de las empresas.

5. La Dirección de la empresa, combinando en lo posible los deseos del personal y las necesidades de la producción, fijará los horarios de trabajo conforme a lo establecido en la ley vigente.

6. Toda persona trabajadora desplazada a otra empresa por razón de servicio, se atenderá al horario del centro de trabajo de destino, si bien en cuanto al cómputo de las horas trabajadas mensualmente, se respetarán las existentes en su empresa de origen".

Por lo que respecta al "Convenio del Grupo TecnoCom", aplicable a otra parte del personal de ISTI, en su Sección 2ª, apartado 2.4.4., establece los topes a la distribución irregular de la jornada, señalando que :

- La jornada ordinaria diaria no podrá exceder de 9 horas de lunes a viernes en jornada de invierno.

- La jornada ordinaria diaria no podrá exceder de 8 horas durante la jornada de verano.

El artículo 34 ET dispone:

" 1. La duración de la jornada de trabajo será la pactada en los convenios colectivos o contratos de trabajo.



La duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo será de cuarenta horas semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual.

2. Mediante convenio colectivo o, en su defecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, se podrá establecer la distribución irregular de la jornada a lo largo del año. En defecto de pacto, la empresa podrá distribuir de manera irregular a lo largo del año el diez por ciento de la jornada de trabajo.

Dicha distribución deberá respetar en todo caso los periodos mínimos de descanso diario y semanal previstos en la ley y el trabajador deberá conocer con un preaviso mínimo de cinco días el día y la hora de la prestación de trabajo resultante de aquella.

3. Entre el final de una jornada y el comienzo de la siguiente mediarán, como mínimo, doce horas. El número de horas ordinarias de trabajo efectivo no podrá ser superior a nueve diarias, salvo que por convenio colectivo o, en su defecto, acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, se establezca otra distribución del tiempo de trabajo diario, respetando en todo caso el descanso entre jornadas".

La organización sindical demandante considera que el punto primero de la comunicación de la empresa sobre la forma de recuperación del permiso retribuido recuperable debe declararse nulo por no se ajustado a lo establecido en los convenios de aplicación y en el resto de la normativa aplicable (ET y R.D-Ley 10/2020).

Atendiendo a lo dispuesto en la Sección 2ª, apartado 2.4.4 del Convenio de TecnoCom debe concluirse que la decisión de la empresa sobre la forma de recuperación del permiso retribuido recuperable hasta un máximo de 10 horas/día y 45 horas/semana, si nos hallamos ante un supuesto estricto de distribución irregular de la jornada, es claro que, se supera el tope de 9 horas diarias que, para tal distribución irregular, establece el convenio.

En relación a los trabajadores incluidos dentro del ámbito de aplicación el Convenio colectivo de empresas de consultoría y estudios de mercado y de la opinión pública, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 34.2 ET, debe concluirse que la decisión empresarial, entra dentro de las facultades de la empresa que podrá distribuir, en defecto de pacto, de manera irregular a lo largo del año el 10% de la jornada de trabajo, distribución que deberá respetar, en todo caso, los periodos mínimos de descanso diario y semanal previstos en la ley, que en el presente caso, no se superan, puesto que la jornada anual, según convenio, es de 1800 horas, y en la decisión empresarial, las horas a recuperar son 70.

En suma, en relación a este colectivo, la decisión empresarial, no es contraria a lo dispuesto en el artículo 34.2 ET que prevé, *En defecto de pacto, la empresa podrá distribuir de manera irregular a lo largo del año el diez por ciento de la jornada de trabajo*, sin que rija lo establecido en los puntos anteriores cuando, como en el caso enjuiciado acontece, se respetan los descansos entre jornadas y semanal. Respetándose, asimismo, lo dispuesto en el Real Decreto- ley 10/2020, de 29 de marzo, en cuanto al periodo de recuperación, hasta el 31 de diciembre de 2020, los periodos mínimos de descanso diario y semanal previstos en la ley y en el convenio colectivo, y la no superación de la jornada máxima anual prevista en el convenio colectivo de aplicación. Es importante tener presente que la distribución irregular no consiste en alterar el número de horas pactadas mediante contrato o acuerdo entre empresa y trabajador, sino en alterar su distribución.

QUINTO. -Sin embargo, hay que señalar, que el denominado permiso retribuido obligatorio recuperable presenta características verdaderamente singulares y excepcionales. Su fuente normativa es el Real Decreto-ley y su vigencia en el tiempo muy limitada. Se trata de una norma excepcional y de ámbito temporal que no se aplica a supuestos ni en momentos distintos a los comprendidos expresamente en la misma. (artículo 4.2 código civil)

Podemos considerar que el denominado permiso retribuido obligatorio recuperable, que introduce el RDL 10/2020, en la medida en que se sujeta a un régimen jurídico que conlleva no prestar servicios en un periodo concreto de tiempo para, al mismo tiempo, ser llamado a prestar servicios en otro tiempo, más que un verdadero permiso retribuido nos sitúa en realidad ante una distribución irregular de la jornada, sólo que con origen en el Real Decreto Ley 10/2020, de 29 de marzo y no cabe duda que, los únicos límites que operan en su recuperación, son los previstos en dicha norma, esto es: la recuperación de las horas de trabajo se podrá hacer efectiva desde el día siguiente a la finalización del estado de alarma hasta el 31 de diciembre de 2020. No podrá suponer el incumplimiento de los periodos mínimos de descanso diario y semanal previstos en la ley y en el convenio colectivo, el establecimiento de un plazo de preaviso inferior al recogido en el artículo 34.2 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, ni la superación de la jornada máxima anual prevista en el convenio colectivo que sea de aplicación. Asimismo, deberán ser respetados los derechos de conciliación de la vida personal, laboral y familiar reconocidos legal y convencionalmente. (art. 3.3 del RDL 10/2020).

En cualquier caso, y en directa relación con lo anterior, no puede desconocerse el carácter de temporalidad de la medida de recuperación decidida por la empresa y que en todo momento se ha tratado de consensuar, lo que nos llevan a concluir que no nos encontramos en sede del art. 41 del ET , sino ante la aplicación de una



medida de índole laboral destinada a reparar los perjuicios económicos y en el ámbito del empleo, derivados de la crisis del COVID-19, así como a proteger el empleo y mantener la actividad económica, que ha merecido una respuesta específica y coyuntural, en los términos establecidos en el RDL 10/2020.

De todo lo cual se deriva, que la decisión empresarial impugnada en lo que se refiere a la recuperación diaria, en función del volumen de trabajo, hasta el máximo de 10 horas/día y 45 horas/semana (salvo petición de la persona trabajadora), respetando el descanso diario de 12 horas y en semana de 1,5 días, es ajustada a derecho.

SEXTO. -En segundo lugar, se impugna la decisión empresarial que consiste en: "recuperación compensando las horas de PRR con horas de vacaciones y la persona trabajadora los solicitase y con el acuerdo por parte de la empresa."

En relación con el derecho al disfrute de las vacaciones anuales, dentro de la negociación colectiva sobre recuperación de las horas de trabajo, no es posible alcanzar un acuerdo en el que se compensen total o parcialmente las horas del permiso retribuido recuperable con el período de disfrute de las vacaciones anuales retribuidas y por tanto, tampoco cabe por decisión empresarial, ante la falta de acuerdo, si se tiene en cuenta el carácter indisponible del derecho a vacaciones anuales retribuidas, de modo que su disfrute, en principio, no puede sustituirse por una compensación económica, tal y como se desprende del art.38.1 ET, así como del art. 12 del Convenio sobre las vacaciones (núm. 132) de la OIT. Derecho este que se encuentra asimismo en la Dir 2003/88 y con respecto al cual, con base en el art.137 Tratado CE, la jurisprudencia del TJUE se ha manifestado en el sentido de que el derecho de todo trabajador a disfrutar vacaciones anuales retribuidas debe considerarse un principio del Derecho social comunitario de especial importancia, respecto del cual no pueden establecerse excepciones (STJUE 26-6-01, BECTU, C-173/1999-; 18-3-04, Merino Gómez, C-342/2001-; y 16-3-06, Robinson-Steele y otros, C-131/2004 y 257/2004; así como, la de 22-4-10, Zentralbetriebsrat Landeskrankenhäuser Tirols, C-486/2008 -).

De la jurisprudencia del TJUE se desprende, tal y como recuerda la STS 25-5-11, recurso 3103/2010 -, que:

«a) Corresponde a los Estados Miembros establecer en su normativa interna los requisitos para el ejercicio y la aplicación del derecho de vacaciones, sin poder supeditar, no obstante, a ningún tipo de requisitos la propia constitución del derecho (sentencias BECTU, ap. 53 Shlulz-Hoff ap. 28 y Vicente Pereda, ap. 19).

b) La finalidad del derecho de vacaciones anuales retribuidas consiste en permitir que los trabajadores descansen y dispongan de un tiempo de ocio y esparcimiento (Vicente Pereda, ap. 21).

c) El trabajador que se encuentre en situación de incapacidad temporal durante un periodo de vacaciones previamente fijadas tiene derecho, a petición suya y al objeto de disfrutarlas efectivamente, a tomarlas en fecha distinta a la de la incapacidad temporal (Vicente Pereda, ap. 22)

Por tanto, no resulta admisible la recuperación de las horas no trabajadas mediante su imputación a vacaciones. Ni por decisión unilateral de la empresa, pues ello supondría una clara contravención del art. 38 ET, de acuerdo al cual, el período de disfrute de las vacaciones se debe fijar de común acuerdo entre el empresario y el trabajador. Ni mediando acuerdo en el periodo de consultas, pues la finalidad de las vacaciones no ha podido quedar cumplida ni satisfecha durante un período de confinamiento obligatorio, por cuanto si bien se trata de un período de no trabajo, su situación dista mucho de asimilarse a la existente en período vacacional; en primer lugar, porque él no ha elegido el período de disfrute del indicado permiso sino que le ha sido impuesto, a ello debemos añadir que la situación de alarma le obliga a estar confinado en su domicilio salvo para realizar aquellas actividades necesarias para su subsistencia y, por consiguiente, privado en gran medida de libertad de movimiento, resulta evidente que dicha situación está lejos de facilitarle la tranquilidad y el esparcimiento propios del período vacacional. No cabe olvidar que la finalidad de las vacaciones es asegurar al trabajador el disfrute de un tiempo de descanso, así como de ocio y entretenimiento para recuperarse del esfuerzo físico y psíquico inherente a toda actividad laboral e imprescindible para preservar su salud y dicha finalidad difícilmente se va a conseguir si se descuenta del período vacacional el tiempo correspondiente al disfrute del permiso retribuido recuperable.

Además, la imposibilidad de compensar unilateralmente por la empresa las horas de trabajo a recuperar con el disfrute de las vacaciones se desprende del propio tenor del art.3 RDL 10/2020 que solo habla de recuperar las indicadas horas, omitiendo toda referencia a una posible compensación total o parcial con el período de vacaciones, por lo que de acuerdo con el principio «inclusio unius exclusio alterius» tampoco cabría dicha compensación. que, como se ha expuesto iría en contra del carácter indisponible del derecho al disfrute de las vacaciones que no admite excepciones.

El convenio de TecnoCom en la sección 2ª, establece: " 2.3 Vacaciones. *El personal tiene derecho a disfrutar de 22 días laborables de vacaciones al año o la parte proporcional de ellas, en caso de no permanecer el año*



completo en alta en la compañía. Si el empleado, a petición de la compañía, aceptara cambiar sus vacaciones, ya pactadas con ésta, y si el cambio se produjera con una antelación inferior a quince días, la empresa se hará cargo de los gastos incurridos, previa justificación por parte del empleado. Si, por razones de trabajo ajenas al empleado, quedaran vacaciones pendientes de disfrutar, éstas deberán ser obligatoriamente iniciadas en el año de devengo y disfrutadas antes del 1 de febrero del año siguiente. El personal, que, a la firma de este convenio, viniera disfrutando de días de vacaciones por antigüedad en la compañía, mantendrá los días generados hasta el 31 de diciembre de 2012, sin generar días adicionales. Se computarán por días, con independencia del número de horas de trabajo del día en que se disfruten."

El convenio de empresas de consultoría dispone: " Artículo 21. Vacaciones. 1. Desde el 1 de enero de 2017 todas las personas trabajadoras al servicio de las empresas sujetas a este Convenio disfrutarán de veintitrés días laborables de vacaciones anuales retribuidas, salvo lo dispuesto en el párrafo siguiente. No obstante, se mantendrán las mejoras que las Empresas puedan aplicar las personas trabajadoras que presten servicio en ellas. Por otra parte, las Empresas que disfruten de dos o más meses de jornada intensiva, o bien, que concedan a sus empleados el disfrute de dos o más días no laborables, aunque fueren «recuperables», adicionales a los festivos nacionales, autonómicos y locales aplicables, disfrutarán de veintidós días laborables de vacaciones anuales retribuidas.

2. Las vacaciones se iniciarán siempre en día laborable y terminarán el día inmediatamente anterior de reincorporación al trabajo, salvo en las empresas que tengan establecido un período fijo anual para vacar la totalidad de su plantilla.

3. Cuando el periodo de vacaciones fijado en el calendario de vacaciones de la empresa al que se refiere el párrafo anterior coincida en el tiempo con una incapacidad temporal derivada del embarazo, el parto o la lactancia natural o con el periodo de suspensión del contrato de trabajo previsto en los apartados 4 , 5 y 7 del artículo 48 del ET , se tendrá derecho a disfrutar las vacaciones en fecha distinta a la de la incapacidad temporal o a la del disfrute del permiso que por aplicación de dicho precepto le correspondiera, al finalizar el periodo de suspensión, aunque haya terminado el año natural a que corresponda"

No cabe admitir que las medidas acordadas por la empresa comportaron la inaplicación del convenio, porque la empresa no ha impuesto unilateralmente el disfrute de vacaciones por el periodo correspondiente al permiso retribuido recuperable, puesto que es opción del trabajador el solicitarlo o no, nada impide que los trabajadores puedan optar, en este caso, entre, recuperar el permiso retribuido o, compensar las horas de PRR con horas de vacaciones, pues hay que tener en cuenta, que tal decisión no colisiona con el artículo 38.2 ET, que en cuanto al periodo de disfrute de vacaciones, deberá fijarse de común acuerdo entre empresario y trabajador, de conformidad con lo establecido, en su caso, en el convenio colectivo.

Hay que tener en cuenta que las actuaciones empresariales traen su causa en la publicación del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo , por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19.

El estado de alarma fue objeto de seis sucesivas prórrogas (BOE 86, de 28 de marzo de 2020; BOE 101, de 11 de abril de 2020; BOE 115, de 25 de abril de 2020; BOE 129, de 9 de mayo de 2020; BOE 145, de 23 de mayo de 2020; BOE 159, de 6 de junio de 2020).

La Sala considera que la decisión empresarial impugnada encuentra su cobertura en la normativa que hemos transcrito. Se trata, igualmente, del ejercicio adecuado de un poder de dirección y organización, se ha contado en todo momento con la RLT a través de un proceso negociador. El hecho de que no se haya logrado un acuerdo no minimiza la bondad del proceso negociador ni tacha la actuación empresarial, por esta sola circunstancia, de ilegalidad. sin que nos hallemos ante un supuesto de inaplicación de convenio, ni de modificación sustancial de condiciones de trabajo, ni, en consecuencia, se haya vulnerado el derecho de libertad sindical en su vertiente a la negociación colectiva del sindicato demandante.

En razón a lo expuesto, procede desestimar la demanda en línea con el informe del Ministerio Fiscal.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

Desestimamos la demanda formulada por D^a. Julia BERMEJO DERECHO, Letrada del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, en nombre y representación de la CONFEDERACIÓN UNION SINDICAL OBRERA (U.S.O), contra INDRA SOLUCIONES TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN S.L.U., y, como partes interesadas en el procedimiento, las siguientes organizaciones sindicales: COMISIONES OBRERAS DE INDUSTRIA (CCOO-INDUSTRIA), FEDERACIÓN ESTATAL DE INDUSTRIA, CONSTRUCCIÓN Y AGRO DE LA UNIÓN GENERAL



DE TRABAJADORES (FICA-UGT), SINDICATO ASIT, CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO (CGT), CONVERXENCIA INTERSINDICAL GALEGA (CIG), COMISIONES DE BASE (CO.BAS), RED SINDICAL TIC (RSTIC), SINDICATO ELA SINDICATO CIGI y SINDICATO PROGRESA, sobre, CONFLICTO COLECTIVO EN MATERIA DE MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE CONDICIONES DE TRABAJO, siendo parte el MINISTERIO FISCAL y absolvemos a la empresa demandada de las pretensiones frente a la misma deducidas en demanda.

Notifíquese la presente sentencia a las partes advirtiéndoles que, contra la misma cabe Recurso de Casación ante la Sala Cuarta del 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 Letrado 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 0276 20; si es en efectivo en la cuenta nº 2419 0000 00 0276 20, 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.