



Roj: **SAN 746/2021 - ECLI:ES:AN:2021:746**

Id Cendoj: **28079240012021100046**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **18/03/2021**

Nº de Recurso: **164/2020**

Nº de Resolución: **44/2021**

Procedimiento: **Conflicto colectivo**

Ponente: **MARIA ISABEL CAMPOS TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.NACIONAL SALA DE LO SOCIAL

MADRID

SENTENCIA: 00044/2021

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Social

Letrada de la Administración de Justicia

D^a. MARTA JAUREGUIZAR SERRANO

SENTENCIA Nº : 44/2021

Fecha de Juicio: 4/11/2020

Fecha Sentencia: 18/3/2021

Fecha Auto Aclaración:

Tipo y núm. Procedimiento: CONFLICTOS COLECTIVOS 0000164 /2020

Proc. Acumulados:

Ponente: MARIA ISABEL CAMPOS TORRES

Demandante/s: COMISIONES OBRERAS DE INDUSTRIA (CC.OO-INDUSTRIA), FEDERACIÓN DE INDUSTRIA, CONSTRUCCIÓN Y AGRO DE LA UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES(UGT-FICA)

Demandado/s: AIR LIQUIDE HEALTHCARE ESPAÑA, S.L SECCION SINDICAL INTERSINDICAL CANARIA DE AIR LIQUIDE HEALTHCARE ESPAÑA, MINISTERIO FISCAL,

Resolución de la Sentencia: ESTIMATORIA

AUD.NACION AL SALA DE LO SOCIAL

-

GOYA 14 (MADRID)

Tfno: 914007258

Correo electrónico:

Equipo/usuario: CEA

NIG: 28079 24 4 2020 0000166

Modelo: ANS105 SENTENCIA

CCO CONFLICTOS COLECTIVOS 0000164 /2020



Procedimiento de origen: /

Ponente Ilmo/a. Sr/a: MARIA ISABEL CAMPOS TORRES

SENTENCIA 44/2021

ILMO/A. SR./SRA.PRESIDENTE:

D^a EMILIA RUIZ-JARABO QUEMADA

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

D. RAMÓN GALLO LLANOS

D^a MARIA ISABEL CAMPOS TORRES

En MADRID, a dieciocho de marzo de dos mil veintiuno.

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 0000164 /2020 seguido por demanda de COMISIONES OBRERAS DE INDUSTRIA (CC.OO-INDUSTRIA) (letrada D^a Blanca Suárez Garrido), FEDERACIÓN DE INDUSTRIA, CONSTRUCCIÓN Y AGRO DE LA UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES(UGT-FICA) (letrado D. Enrique Aguado Pastor) contra AIR LIQUIDE HEALTHCARE ESPAÑA, S.L (letrado D. Carlos Jacob Sánchez) SECCION SINDICAL INTERSINDICAL CANARIA DE AIR LIQUIDE HEALTHCARE ESPAÑA(no comparece), MINISTERIO FISCAL, sobre CONFLICTO COLECTIVO. Ha sido Ponente el Ilmo./a. Sr./a. D./ña. MARIA ISABEL CAMPOS TORRES.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - Según consta en autos, con fecha de 22 de mayo de 2020 los representantes de la FEDERACIÓN DE INDUSTRIA, CONSTRUCCIÓN Y AGRO DE LA UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES (UGT-FICA) y de COMISIONES OBREAS (CCOO-INDUSTRIA) han presentado, demanda de CONFLICTO COLECTIVO contra AIR LIQUIDE HEALTHCARE ESPAÑA, S.L., SECCION SINDICAL INTERSINDICAL CANARIA, con citación del Ministerio Fiscal.

SEGUNDO. - La Sala acordó el registro de la demanda designo ponente, con cuyo resultado se señaló el día 4/11/2020 a las 10:30 horas para los actos de intento de conciliación y, en su caso juicio.

TERCERO. - Los actos de conciliación y juicio, tuvieron lugar el día previsto para su celebración ;n, y resultando la conciliación ; sin avenencia, se inicio ; el acto del juicio en el que:

El letrado de la parte actora UGT-FICA se afirmó y ratifico en su demanda. He hizo una distinción para el caso de que se tratase o no de salario. Puntualizó que este ticket se pagaba a finales del mes en función de los días efectivos de trabajo del mes siguiente(pagándose siempre en situación de trabajo en activo).Podían hacer uso del mismo a su libre albedrio , es decir, podían gastarlo o no a diferencia de la dieta que se cobra cuando se sale fuera del domicilio del centro del trabajador .Se trata de un derecho que esta protegido en el Convenio de aplicación , así mismo en el art 37 del mismo establece el derecho al ticket y lo llama salario .De igual forma ,argumentó que en e teletrabajo , se pide la comida al katering , así que se considera necesario el ticket trabajo ya que de lo contrario , sería mucho más laborioso el hacer la comida y conciliar la vida familiar , es decir, es más gravoso si tiene que preparar la comida .

La letrada de CCOO-Industria, se ratificó en la demanda y añadió que la situación de teletrabajo está protegida por el Acuerdo Marco Europeo y por el RD 28/2020.Manifestó que ya se les exigía a las empresas que se les tratara igual .La cuestión estriba en determinar si la empresa ha aplicado el artículo 41 del ET de manera fraudulenta .De igual forma , resaltó que el único objetivo es el ahorro de la empresa , ya que no existe razón alguna para modificar el horario, salvo ahorrar el ticket comida y no se ha justificado el porqué de esa modificación de la jornada . Entendía la letrada que dicha medida es nula, carente de justificación y , por lo tanto , la empresa debe seguir abonando la ayuda a la comida en los términos que se venía haciendo .

La empresa, se opone a la demanda. Alegó como excepción procesal, la caducidad. Hizo constar, que el 19 de marzo se comunicó, a través de correo electrónico, el horario continuado y con fecha 3 de abril, se recordó el no derecho al cobro del cheque comida, ya que no es un concepto salarial. La fecha de interposición de la demanda es de fecha de 22 de mayo, por lo que estaría caducado el derecho y el procedimiento.



En cuanto al fondo, refirió las siguientes cuestiones: los centros de llenado, siguieron realizando las funciones ya que reparten oxígeno tanto al hospital, como a las casas, y lo que se hizo fue establecer turnos, para que los trabajadores no coincidieran y se pudiera mantener las distancias de seguridad, por otra parte, las personas que teletrabajaban comenzaron a tener jornada continuada y se suprimió el ticket comida, ya que manifestó que no era necesario ya que no se realizaba dicho gasto.

Se abrió el 6 de abril un periodo de consultas y manifestó el letrado de la empresa, que no se refirió en modo alguno a la jornada continuada, que se instauró al comenzar el teletrabajo, ya que se entendió que facilitaba la conciliación familiar, ya que es una cuestión que está instaurada en la empresa. En julio, agosto y los viernes, no se cobra dicho ticket, ni en casos de incapacidad temporal, ni vacaciones, es decir, cuando no presta trabajo en efectivo.

Los RLT sacaron el tema de los cheques después, ya que, en las primeras reuniones, no se habló de esto. Esto es consecuencia de una situación excepcional, que ya se venía haciendo. Son medidas dictadas al amparo del RD 8/2020, 15/2020, y 555/2020 que prorroga todos los efectos de estas medidas ya que se adoptan en el marco de la empresa en estación que persiste aún en el tiempo.

Acto seguido, se procedió a la proposición y práctica de la prueba, documental y testifical, tras lo cual las partes valorando la prueba practicada, elevaron sus peticiones a definitivas.

El Ministerio Fiscal, solicitó sentencia estimatoria por entender que se había vulnerado el derecho a la libertad sindical y solicitó que se declarara la nulidad de las condiciones de trabajo.

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

- No se cobra ticket restaurante ni en IT ni en vacaciones.
- En la actualidad se está negociando en la empresa cómo va a ser el teletrabajo.
- Como la empresa pide tickets restaurantes teniendo en cuenta las ausencias anteriores; cuando un trabajador trabaja todos los días del mes pide 15, 16, 17 tickets restaurante.

Y los **hechos controvertidos**:

- El periodo de consultas se abre solo para el colectivo de llenado.
- Ya está instalada jornada continuada para julio, agosto y todos los viernes del año.
- En las primeras reuniones solo se habla del colectivo de llenado.
- A esta empresa no se le aplica el antiguo convenio de Air Liquide porque procede del grupo Gas Medi.

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

Resultado y así se declaran, los siguientes

HECHOS PROBADOS

PRIMERO. -La empresa AIR LIQUIDE HEALTHCARE ESPAÑA, .S. L., (ALHE) incluye en su objeto social las siguientes actividades:

"La compra incluso por importación de los productos sanitarios, equipos, fungibles cualesquiera otros materiales que sean necesarios para la prestación de los servicios médicos o sanitarios a los que se dedica la Sociedad) La fabricación, distribución, suministro y compra y venta, bajo todas sus formas del aire líquido, del oxígeno, del nitrógeno y de cualesquiera otros gases o mezcla de los mismos especialmente comprimidos o líquidos, destinados a las aplicaciones medicinales. La fabricación y la compra y venta de: (a) la fabricación, distribución y el suministro de todo tipo de gases medicinales; (b) el suministro o alquiler de instalaciones y aparatos destinados al tratamiento médico, mediante la administración de gases; c. la intermediación en la prestación de todo tipo de servicios médicos y asistenciales. La prestación de todo tipo de servicios médicos y asistenciales, incluyendo, entre otros, los relacionados con la oxigenoterapia o gases medicinales y los de terapias respiratorias a domicilio."

Esta actividad engloba dos líneas de negocio: (a) La actividad de Home Healthcare (actividad domiciliaria) proporciona cuidados de salud a domicilio en colaboración con las prescripciones médicas a los pacientes que sufren enfermedades crónicas como EPOC (enfermedad pulmonar obstructiva crónica), o apnea del sueño. Estos servicios de cuidados de salud a domicilio han sido desarrollados como continuación de los cuidados

de salud en el hospital; (b) la actividad de Medical Gases (actividad hospitalaria) suministra oxígeno medicinal, tanto en hospitales, como en clínicas, para el cuidado de los pacientes crónicos.

SEGUNDO. - Es de aplicación entre las partes del presente conflicto el XX Convenio General de la Industria Química, publicado mediante Resolución de 26 de julio de 2018, de la Dirección General de Trabajo, de 13 de abril de 2018, (BOE» núm. 191, de 8 de agosto de 2018).

TERCERO. - El objeto de la presente litis, es la modificación de condiciones que afecta a los trabajadores que, como consecuencia de la situación creada por el COVID 19, en especial, por la declaración del estado de alarma, siguiendo las instrucciones de la empresa, han pasado a desarrollar el trabajo a distancia (teletrabajo) fuera del centro de trabajo, bien en su domicilio bien en otro domicilio designado por ellos. Dichos trabajadores están afectados por la decisión empresarial consistente en modificar la jornada, fijándola entre las 8.00h y las 16.0h y suprimiendo la hora de descanso para comer, y en suprimir los tickets comida.

CUARTO.- En fecha 3 de abril , la empresa inició el periodo de consulta vía e-mail a los representantes de los trabajadores , con el siguiente contenido : (descriptor 2)

"Buenos días,

A la vista de la especial situación ante la que nos encontramos, y como consecuencia de las especiales necesidades que están surgiendo en los diferentes centros de llenado, iniciamos el período de consultas en aras a formalizar un acuerdo en cuanto a las condiciones del trabajador que prestan sus servicios en dichos centros.

Como quiera que la situación es de extrema necesidad y urgencia, y dado que conocemos el modelo seguido en Industrial, os vamos a pasar las actas y el modelo de comunicación a los trabajadores para que lo valoréis y nos deis una respuesta lo antes posible.

En breve os remitiremos dichos documentos.

Un saludo"

QUINTO.- La sección sindical estatal de UGT en el grupo Air Liquide , contestó al e-mail transcrito "ut supra" lo siguiente : (descriptor 3)

"Buenos días,

En lo relativo a nuestra petición de apertura del procedimiento legal de modificación sustancial de las condiciones de trabajo, con el objeto de regularizar las medidas llevadas a cabo por ustedes de forma unilateral, les comentamos lo siguientes requerimientos:

- En lo relativo a los aspectos formales:

Han de establecerse las reuniones, en este caso vía hangouts, a la mayor brevedad posible y entre los actores necesarios para llevar a cabo el citado procedimiento.

Que en lo que confiere al acta que nos envían a la representación legal de los trabajadores, en la cual se establece un periodo de consultas abierto el pasado 16 de marzo y cerrado el pasado 30 de marzo, atenta contra diferentes derechos, así como a la valoración objetiva de la ética y la buena fe de las partes.

Así pues, les instamos a iniciar procedimiento en las formas oportunas, en pro de la seguridad física y jurídica de las personas que representamos.

- En lo relativo a la modificación sustancial de las condiciones de trabajo:

Requerimos la relación de personas a las que se les han modificado sus condiciones de trabajo, en todos los ámbitos en los que haya o esté sucediendo, y principalmente en los siguientes:

Personal de los centros de llenado.

Personal realizando teletrabajo.

Resto de personal al que le afecten de forma sustancial, las medidas llevadas a cabo por la empresa.

En consecuencia, con lo anterior, relación de afectación en cada uno de los puestos de trabajo o personas en caso individual, sirvan como ejemplos, los cambios de turnos de trabajo, las modificaciones de jornada, la supresión de pluses, la supresión de las subvenciones de comida, etc., ya que desconocemos el alcance colectivo de estas u otras medidas, ni a quién afecta.

En el caso del personal afecto en los centros de llenado, al que se le obliga a trabajar festivos, acordar de forma clara el modo de remuneración o compensación de todo el excedente de jornada.



Con el objeto de que, dentro de esta situación, los perjuicios sean los menores hacia las personas obligadas a trabajar en estas circunstancias, las personas se asignarán a cada uno de los turnos por acuerdo entre los trabajadores. En caso de desacuerdo mediará la RLT del centro de trabajo, y en el caso hipotético de la imposibilidad de acuerdo los turnos rotarán semanalmente.

- En lo relativo a la seguridad y salud de las personas trabajadoras:

En primer lugar, somos conscientes de la posible ausencia de equipos de protección individual en muchos casos, y tras analizar los documentos emitidos por la dirección de seguridad, manifestamos que en los centros de llenado y con el objeto de maximizar la protección de los trabajadores más expuestos, se han de establecer medidas preventivas de carácter colectivo como:

La segregación de las zonas comunes para los diferentes equipos de trabajo, dentro de las características posibles del centro, y en caso de imposibilidad física, el decalaje horario de los diferentes grupos de trabajo, para evitar la coincidencia física entre equipos y zonas comunes, incrementando, tanto la protección entre las personas, como la garantía productiva.

El establecimiento del tiempo necesario entre turnos y por lo tanto entre equipos, para proceder a la limpieza/desinfección de las zonas comunes entre la salida de un equipo y la entrada del siguiente.

Consideramos que las personas sometidas a este ritmo de trabajo, deben descansar al menos 30 minutos durante su jornada, no coincidiendo en este descanso más de una persona al mismo tiempo.

En cuanto a la limpieza de equipos contaminados por COVID-19 y teniendo en cuenta la ausencia de EPIs y que la posibilidad de contagio por contacto es alta, establecer, posterior a la declaración responsable por parte de cada uno de los trabajadores involucrados, la no intervención en este procedimiento de alto riesgo a personas que convivan o puedan tener contacto directo con otras personas de alto riesgo, sirva como ejemplo convivencia con mayores (padres, abuelos), personas inmunodeprimidas... así como cualquier persona considerada de alto riesgo en esta pandemia según el Ministerio de Sanidad.

Ante la ausencia de Equipos de protección, ya mencionada, establecer medidas alternativas como lanzas de limpieza de gran longitud, barreras físicas como pantallas de metacrilato con orificio sellado para el manejo de lanzas, y un largo etc.

Ponerles de manifiesto dos cuestiones puntuales a modo de comentario, en primer lugar, la coordinación de las acciones de crisis en este sindicato dentro de las empresas del grupo se lleva a cabo desde esta sección sindical estatal legalmente constituida conforme a LOLS, por acuerdo expreso de su representación. Por otro lado, y en cuanto a la decisión de la empresa de la supresión de los vales de comida en algunos colectivos, aparte de no compartirla, pensamos que en esta situación hay cosas más importantes de las que ocuparse.

Todos estos requerimientos, como ya expresado, se hacen con el fin de no tener que inmiscuir a Autoridad Laboral o vernos inmersos en procedimientos judiciales, que con seguridad darán peor solución a los problemas a los que nos enfrentamos.

Por lo expuesto, rogamos inicien en forma el procedimiento requerido, ya que los derechos y la salud de los que trabajamos para Air Liquide Healthcare son prioritarios en esta situación."

SEXTO.- Obra en autos el ACTA DE COMISIÓN MODIFICACIÓN DE HORARIOS COVID-19 AIR LIQUIDE HEALTHCARE ESPAÑA, S.L. de fecha 16.03.2020, con el siguiente contenido : (descriptor 4)

"1. Constitución de la comisión, inicio del periodo de negociación y traslado propuesta empresarial.

Se constituye la comisión negociadora por la dirección empresarial y por las Secciones Sindicales de empresa citadas en el encabezamiento que, a su vez, representan al 100% de los trabajadores de los centros afectados por las modificaciones horarias. Igualmente, se inicia el período de negociación que finalizará, como máximo, el próximo 30 de marzo de 2020, fijando reuniones los días 19 y 26 de marzo.

2. Modificación urgente y excepcional de horarios, turnos de trabajo y medidas de organización del trabajo .

La representación empresarial, realiza un resumen de las causas productivas y preventivas que soportan la modificación de condiciones en cuanto horarios y turnos de trabajo, de los colectivos de personas trabajadoras de los centros de llenado que ocupan los puestos de trabajo incluidos en la propuesta que se adjunta a la presente.



La RLT valorará la propuesta de la empresa y en la próxima reunión nos comentará su opinión al respecto, y emitirá, si lo considera, una contrapropuesta".

SÉPTIMO.-Iniciado el periodo de consulta , en fecha de 6 de abril de 2020 tuvo lugar la primera reunión: en ella se recogen los tres puntos tratados: (a) constitución de la comisión negociadora, integrada por las secciones sindicales de UGT y de CCOO, (b) revisión de las medidas de seguridad y salud y procedimientos establecidos, y (c) modificación urgente y excepcional de horarios, turnos de trabajo y medidas de organización del trabajo. (descriptor 4)

OCTAVO. - En fecha de 8 de abril de 2020 tuvo lugar la segunda reunión, en la que ninguna de las cuestiones tratadas es objeto del pleito. El día 14 de abril de 2020 tuvo lugar la modificación urgente y excepcional de horarios, turnos de trabajo y medidas de organización del trabajo. Ambas partes convinieron en mantener los turnos implantados por la empresa hasta la finalización del estado de alarma, con conforme al decreto vigente en esa fecha, tendría lugar el 26 de abril de 2020. Así se recoge en el acta: (descriptor 49.)

"2. Modificación urgente y excepcional de horarios, turnos de trabajo y medidas de organización del trabajo.

(...)

Con respecto a la situación del teletrabajo, se informa por parte de la empresa que no hay prisa por volver al trabajo presencial, ya que se ha constatado que la actividad funciona y no hay fecha definida para la finalización de la situación.

Por parte de la RLT se pone de manifiesto que no están de acuerdo con la modificación de jornada de partida con una hora para comer a jornada continua, llevada a cabo por la empresa a las personas que teletrabajan, ni con la medida implantada por parte de la empresa de retirar la subvención de comida al personal que están en teletrabajo con jornada intensiva. Consideran así que, aún obviando el principio de voluntariedad de este modelo de prestación de servicio dado las circunstancias, no pueden dejar pasar el cumplimiento del otro principio que rige en derecho de no modificación de condiciones contractual izadas. Solicitan pues la reversión de ambas medidas.

La empresa se mantiene en la postura adoptada y explica a la RLT que se trata de una diferencia en la definición del concepto de ticket comida que tiene la empresa y que tiene la RLT."

NOVENO. - En fecha de 20 de abril de 2020, con carácter previo a la reunión prevista para el día 22, la empresa emitió el comunicado denominado "PROPUESTA SOBRE ORGANIZACIÓN DE TRABAJO DURANTE SITUACIÓN EXCEPCIONAL COVID-19". En este escrito se recogen las medidas que había ido adoptando la empresa desde el inicio de la situación de alarma en los distintos centros. Lo que interesa al presente conflicto se recoge en el punto cuarto:

"4. TELETRABAJO

Para todo el personal que se encuentre prestando sus servicios en la modalidad de teletrabajo se propone la adaptación del horario de la jornada de trabajo que venían desarrollando en sus centros de trabajo. Por lo tanto, esta adaptación del horario del régimen de jornada actual, se concretaría en una jornada continuada con hora de inicio a las 8.00 horas y hora de finalización a las 16.00 horas. Las causas que concurren para esta propuesta de adaptación son, principalmente de carácter conciliador, puesto que dicha organización les permite conciliar su vida familiar y personal con el desarrollo normal de las funciones inherentes a su puesto de trabajo, y en razones preventivas, evitando que este colectivo tenga que salir a comer fuera de su domicilio, al no existir en todo el país ningún establecimiento de hostelería o restauración abierto.

Por otro lado, como quiera dichas personas trabajadoras van a estar prestando sus servicios desde casa, se suprime la necesidad que surgía antes, de comer fuera de casa y tener que acudir a un establecimiento de hostelería, con el gasto que eso conlleva. Por ello, en tanto se mantenga la situación que trae causa de la presente medida, se suprimirán los tickets restaurante para el personal que realice teletrabajo, evitándose de esta manera la implantación de medidas más gravosas para las personas trabajadoras."

En fecha de 22 de abril de 2020 tuvo lugar la cuarta reunión:

El único punto tratado estuvo referido a la propuesta empresarial relativa a la organización de trabajo durante situación excepcional COVID-19". En relación con la cuestión conflictiva la empresa no hizo ninguna manifestación; tan sólo recoge las manifestaciones realizadas por los representantes de los trabajadores:

"1. Propuesta sobre organización de trabajo durante la situación excepcional COVID-19(...)

Con respecto a las medidas establecidas en la propuesta, relativas al ámbito laboral, destacan que no están de acuerdo con las medidas que se han llevado a cabo con el personal que está realizando el Teletrabajo. En



primer lugar, consideran incongruente el establecimiento de un horario de jornada continua de 8.00h a 16.00h para ese colectivo, ya que el problema de seguridad para la salud de los trabajadores, ya se solventaba con el establecimiento del teletrabajo sin necesidad de implantar una jornada continua, y además, la consecuencia del establecimiento de esa jornada continua, implica la retirada del ticket comida y lo consideran inadmisibles.

Considera la RLT que es aberrante trabajar 8 horas de manera continua sin parar a comer, y dificulta la conciliación de la vida laboral.

Por parte de la empresa, se explica que la subvención de comida se aplica para solventar la necesidad de tener que comer fuera de casa, y esa es la coherencia que se ha aplicado en este supuesto. En este sentido, la empresa recuerda a la RLT que hay un colectivo que está en la calle o trabajando en los centros que, pese a realizar jornada continua, si están percibiendo el ticket comida.

Por último, la RLT también quiere poner de manifiesto que la empresa ha llevado a cabo grandes e importantes medidas y acciones para minimizar los efectos de esta crisis, y hace un reconocimiento en este sentido, pero consideran que existen dos "manchas" que son la implantación de la jornada continua y la retirada de los tickets al personal que hace teletrabajo.

La RLT informa a la empresa que se van a reunir entre ellos para valorar en conjunto la propuesta y dar una respuesta en un plazo de 48-72 horas."

DECIMO. - En fecha de 27 de abril de 2020 tuvo lugar la quinta y última reunión, que puso fin al período de consultas:

El único punto tratado estuvo referido a la propuesta empresarial relativa a la organización de trabajo durante la situación excepcional COVID-19. El acta tan sólo recoge las manifestaciones realizadas por los representantes de los trabajadores, que se comprometen a remitir a la empresa un informe aclaratorio por cada sindicato, en relación a la negativa informada a la propuesta, acta, que puso fin al periodo de consultas, que obra en autos y damos por reproducida. (descriptor52)

Se han cumplido las previsiones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 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 Organica 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,

SEGUNDO. - 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 en las fuentes de prueba que en los mismos se expresan.

TERCERO.- Expuestas las peticiones de las partes, y los hechos en los que se sustentan las mismas, se deben resolver en primer lugar aquellas objeciones de carácter procesal opuestas como excepciones por la demandada que impedirían un pronunciamiento total o parcial sobre el fondo del asunto. Se alega por parte de la demandada la excepción de caducidad ya que el 19 de marzo se emitió comunicación con el horario continuado y en fecha 3 de abril se había recordado el no derecho a no cobrar el cheque comida, ya que no es concepto salarial, con lo que la empresa alega en base a estas fechas la excepción procesal de caducidad.

Pues bien, de la documental obrante en autos y de los hechos probados y transcritos, hemos de señalar, que el inicio de las negociaciones se produce en fecha de tres de abril de 2020, concluyendo el periodo de negociaciones el día 27 de abril, fecha en que se firma el acta de reunión de la comisión de la organización de trabajo durante situación excepcional COVID-19 de Air Liquide Healthcare España, S.L., comunicación que se realiza dentro del plazo establecido, con lo cual no procede estimar la excepción procesal de caducidad aducida por la demandada ya que fue interpuesta dentro de los 20 días hábiles siguientes desde que se notificó por escrito la decisión a los trabajadores o sus representantes, tal y como preceptúa el art 138 LRJS.

CUARTO.-Entrando en el fondo del asunto, en el que se interesa la declaración de nulidad o, en su caso, que se declare injustificada la decisión de modificación sustancial de condiciones de carácter colectivo, llevada a cabo por la empresa, por violación de derechos fundamentales de libertad sindical en su vertiente de negociación colectiva, condenando a la empresa a reponer a los afectados en sus anteriores condiciones de jornada y entrega de tickets de comida, así como al abono de los daños y perjuicios que la decisión empresarial produjere una vez aplicada durante el tiempo en que se mantengan sus efectos, mediante el abono de las



horas y el pago de los tickets suprimidos, conforme al cálculo establecido en el ordinal décimo del relato de hechos de la demanda.

La cuestión litigiosa se centra en determinar- partiendo de que es pacífica la jurisprudencia según la cual la empresa no puede modificar sustituyendo de forma súbita la normativa convencional , que, desde siempre y pacíficamente venía aplicando a sus trabajadores, sin seguir el procedimiento legalmente establecido al efecto- , así la STS de 1 de julio de 2010 - que confirmó la SAN de 28 de mayo de 2009 (proc. 51/2007) con cita a su vez de su anterior sentencia de 21 de mayo de 2009 , y las SS de los TSJ, entre otras, la STSJ de 27/11/2012 TSJ de Canarias, (Las Palmas); STSJ de Galicia de 17/11/2010 , S TSJ de Andalucía/ Sevilla de 10/5/2012 y 10/5/2018 (recurso 942/18)- sí resulta o no procedimiento adecuado el de modificación sustancial de las condiciones de trabajo previsto en el artículo 41.2 y 6 ET .

Para resolver esta cuestión, conviene precisar, como recoge la SAN de 28-05-2009, nº 47/2009, rec. 51/2007 que, " El convenio colectivo estatutario es una norma, integrada en el sistema de fuentes del derecho del trabajo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3 ET , cuya aplicación no es disponible, puesto que vincula a todos los empresarios y trabajadores, incluidos dentro de sus ámbitos funcionales, personales y territoriales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 37, 1 CE , en relación con el artículo 82, 3 ET , siendo criterio reiterado y pacífico en la jurisprudencia, por todas, sentencias del TS 10- 07-2000 ; TS 20-01-2009 , rec. 3737/2007 y por la doctrina judicial, por todas, sentencia del TSJ Cantabria 12-09-2008, que el convenio colectivo aplicable viene determinado por la actividad preponderante de la empresa " .

Pero también hay que tener presente que El art . 41 ET no permite de forma indiscriminada que el empleador modifique condiciones colectivas cuando en las previsiones del cualquier modificación de esta naturaleza viene condicionada a la existencia de "probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción" - art . 41.1 ET - y a un concreto procedimiento de modificación - art. 41.6 -, de forma que sólo con el concurso de tales requisitos causales y de forma puede aceptarse legalmente aquella modificación.

En el supuesto sometido a nuestra consideración , ha de decidirse si se han cumplido los requisitos para que la empresa pueda imponer la medida de modificación sustancial de las condiciones de trabajo que la demandada ha decidido tras haber seguido el procedimiento que determina el artículo 41 del ET que terminó sin acuerdo , de fecha de 27 de abril de 2020 , acta con la que se puso fin al periodo de negociación. Teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo Los apartados 2 y 6 del artículo 41 prescriben:

"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.

6. La modificación de las condiciones de trabajo establecidas en los convenios colectivos regulados en el título III deberá realizarse conforme a lo establecido en el artículo 82.3."

Y "Artículo 82. Concepto y eficacia.

(...)

Sin perjuicio de lo anterior, cuando concurren causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores legitimados para negociar un convenio colectivo conforme a lo previsto en el artículo 87.1, se podrá proceder, previo desarrollo de un periodo de consultas en los términos del artículo 41.4, a inaplicar en la empresa las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo aplicable, sea este de sector o de empresa, que afecten a las siguientes materias:

(...)

En caso de desacuerdo durante el periodo de consultas cualquiera de las partes podrá someter la discrepancia a la comisión del convenio, que dispondrá de un plazo máximo de siete días para pronunciarse, a contar desde que la discrepancia le fuera planteada. Cuando no se hubiera solicitado la intervención de la comisión o esta no hubiera alcanzado un acuerdo, las partes deberán recurrir a los procedimientos que se hayan establecido en los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico, previstos en el artículo 83, para solventar de manera efectiva las discrepancias surgidas en la negociación de los acuerdos a que se refiere este apartado, incluido el compromiso previo de someter las discrepancias a un arbitraje vinculante, en cuyo caso el laudo arbitral tendrá la misma eficacia que los acuerdos en periodo de consultas y solo será recurrible conforme al procedimiento y en base a los motivos establecidos en el artículo 91.

Cuando el periodo de consultas finalice sin acuerdo y no fueran aplicables los procedimientos a los que se refiere el párrafo anterior o estos no hubieran solucionado la discrepancia, cualquiera de las partes podrá someter la solución de la misma a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos cuando la inaplicación de las condiciones de trabajo afectase a centros de trabajo de la empresa situados en el territorio



de más de una comunidad autónoma, o a los órganos correspondientes de las comunidades autónomas en los demás casos. La decisión de estos órganos, que podrá ser adoptada en su propio seno o por un árbitro designado al efecto por ellos mismos con las debidas garantías para asegurar su imparcialidad, habrá de dictarse en plazo no superior a veinticinco días a contar desde la fecha del sometimiento del conflicto ante dichos órganos. Tal decisión tendrá la eficacia de los acuerdos alcanzados en periodo de consultas y solo será recurrible conforme al procedimiento y en base a los motivos establecidos en el artículo 91.

El resultado de los procedimientos a que se refieren los párrafos anteriores que haya finalizado con la inaplicación de condiciones de trabajo deberá ser comunicado a la autoridad laboral a los solos efectos de depósito".

Además, La STS de 16 /5/2011, en relación con el alcance y contenido de las causas o razones justificativas de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, expuso claramente que no estriba su razón de ser en superar una situación de "crisis" empresarial sino en "mejorar" la situación de la empresa, de manera que tal decisión, mediante una más adecuada organización de los recursos, favorezca la posición competitiva de la empresa, o la eficacia del servicio prestado por la misma, o una y otra cosa a la vez, sin que haya de acreditarse la superación de vicisitudes negativas, pero y aun con la reforma introducida por el Real Decreto Ley 3/2012 en el artículo 41 del E.T. , no puede afirmarse que haya admitido el legislador discrecionalidad absoluta del empresario, que en todo caso, como dice la SAN de 11 noviembre de 2013 (proc. 288/2013) " *deberá acreditar la concurrencia de circunstancias en su empresa, basadas en las causas reiteradas, que incidan en su competitividad, su productividad o su organización del trabajo, que justifiquen razonablemente las modificaciones propuestas, puesto que las modificaciones tienen por finalidad promocionar una mejora en la competitividad y en la productividad de la empresa, así como en la mejor organización de sus sistemas de trabajo*", de manera que, no puede admitirse que goce la empresa de una potestad, completa, ilimitada y discrecional, que le permita en cualquier caso, modificar las condiciones laborales de sus trabajadores; se trata de una facultad ejercitable únicamente cuando existan razones probadas y la adopción de las medidas modificativas pueda coadyuvar de manera real, a mejorar o favorecer la posición de la empresa en el mercado,

sirviendo tales medidas de medio para conseguir optimización de los recursos y mayor adecuación de la empresa a las necesidades de competitividad.

En definitiva, tras la interpretación jurisprudencial del precepto examinado, hemos de entender que la MSCT no se presenta como un simple medio para lograr un incremento del beneficio empresarial, sino una medida racional para corregir deficiencias en los diversos planos -económico, productivo , técnico u organizativo que el art. 41.1 ET contempla.

Pues bien, en el caso que nos ocupa, la empresa en ningún momento alegó la concurrencia de causa alguna, salvo las especiales circunstancias derivadas del COVID-19 por la declaración del estado de alarma y a las que la parte actora en ningún momento se opuso , pero el hecho de modificar la forma de realizar el trabajo no permite que se realice ninguna otra modificación tal y como señala el artículo "Artículo 10 bis. Teletrabajo.

(...)

a) *Definición: Tiene consideración de teletrabajo la forma de organización y/o ejecución del trabajo que utiliza la tecnología de la información en el contexto de un contrato o relación de trabajo que es realizado de manera preponderante en el domicilio del trabajador o en el lugar libremente elegido por éste, de modo alternativo a su desarrollo presencial en el centro de trabajo de la empresa.*

(...)

Como sólo modifica la manera de realizar el trabajo, el paso al teletrabajo en sí no modifica el estatuto laboral del teletrabajador. En ese caso el rechazo por parte del trabajador a prestar sus servicios en régimen de teletrabajo no es en sí motivo de rescisión de la relación laboral ni de modificación de las condiciones de empleo de este trabajador.

(...)

d) *Condiciones de empleo: Los teletrabajadores tendrán los mismos derechos garantizados en la ley y en el presente Convenio en cuanto a las condiciones de empleo que los trabajadores comparables que trabajan en las instalaciones de la empresa, salvo las que se deriven de la propia naturaleza del trabajo realizado fuera de estas últimas.*

La empresa deberá establecer los medios necesarios para asegurar el acceso efectivo de estos trabajadores a la formación profesional para el empleo, a fin de favorecer su promoción profesional. Asimismo, a fin de posibilitar



la movilidad y promoción, deberá informar a los trabajadores a distancia de la existencia de puestos de trabajo vacantes para su desarrollo presencial en sus centros de trabajo.

Dado el carácter individual y voluntario del teletrabajo, empresa y trabajador/es afectado/s fijarán las condiciones de dicha forma de trabajo, salvo en los aspectos en los que pudiera existir acuerdo colectivo con los representantes de los trabajadores, en los que se estará a lo acordado.(...)"

Ahora bien aceptado el teletrabajo, significa que se mantienen la actividad y la producción; por tanto, la concentración de la jornada en ocho horas continuadas, suprimiendo la hora de descanso y, a la vez, el ticket, no responde a ninguna de las causas objetivas; según la empresa, la supresión del descanso justifica y da lugar a la supresión del ticket; es decir, se suprime la hora de descanso para justificar la supresión del ticket; ahora bien, ni una ni otra supresión están justificadas en causa objetiva alguna; en los comunicados y en las reuniones habidas la empresa ha invocado que la medida se adopta para conciliar la vida familiar, pero ni es cierto que tal medida ayude a conciliar la vida familiar ni, aunque lo fuera, podría ser adoptada, pues perjudica gravemente a los afectados, que se ven privados de una parte de su retribución, ya que conforme a lo dispuesto en el art 33 se considera masa salarial; " Artículo 33. Incrementos salariales.

I. Modelo de referencia salarial. Las organizaciones signatarias del presente Convenio Colectivo han optado, tras la experiencia de los últimos años, por referir los aumentos salariales pactados a la MSB de las empresas. Se pretende así generalizar el ámbito de obligar del presente Convenio Colectivo, facilitando la adhesión de aquellas empresas que en la actualidad se hallaran vinculadas por Convenios de su propio nivel, todo ello sin quiebra al respecto del principio de autonomía y libertad de las partes.

1. Se considera MSB la formada por los conceptos siguientes, con las aclaraciones que se incluyen a continuación:

1.1 Retribuciones salariales brutas.

Nota A:

Salario base.

Plus Convenio.

Complemento Personal.

Antigüedad.

Beneficios y pluses.

Incentivos.

Complementos y primas.

Pagas extraordinarias. 11

Complemento de Puesto de Trabajo.

Comisiones.

Horas Extraordinarias.

1.2 Otros conceptos económicos.

Nota B:

Dietas.

Premios y prestaciones especiales.

Becas.

Cuantías asignadas a formación profesional.

Subvenciones a comedores.

Viviendas.

Otros beneficios sociales no retributivos.

Notas:

a) Estos conceptos estarán referidos a todos los trabajadores y personal que perciba algún devengo de la empresa, exceptuando solamente al personal comprendido en el grupo profesional número 0. No se



descontará nada en caso de haber existido huelga o cualquier tipo de suspensión de los contratos de trabajo, incorporándose, en tal caso, las cantidades teóricas dejadas de percibir por los trabajadores.

b) Comprende los conceptos no estrictamente salariales que constituyen un elemento de coste atribuible al factor trabajo.

(...)

2. Una vez calculada la MSB a tenor de los factores y conceptos antes enumerados, las empresas detraerán del montante total las cantidades que correspondan a las masas siguientes:

2.1 Las masas que correspondan a cantidades y conceptos sometidos a la propia evolución natural de su coste y administrados por la propia empresa, tales como:

a) Complementos salariales en especie, de manutención, alojamiento, casa, habitación y cualesquiera otros suministros.

b) Los de carácter asistencial y social empresarial, tales como formación profesional, cultural, deportiva, recreativa, economatos, comedores, ayuda familiar, guarderías, transportes, etc.

Estas exclusiones no se realizarán en el supuesto de que los trabajadores perciban cantidades a tanto alzado por estos conceptos, en cuyo caso se aumentarán las correspondientes partidas, que irán a incrementar sus importes o se repartirán con el resto del aumento.

2.2 Las masas que correspondan a dietas, horas extraordinarias y comisiones de ventas. Las empresas, junto con los representantes de los trabajadores, determinarán en este caso el régimen salarial al que han de ajustarse como cantidades globales excluidas de la Masa Salarial Bruta y que, como tales, podrán tener un tratamiento salarial diferente del resto de conceptos que sí forman parte de la misma.

2.3 Las masas que correspondan a premios y prestaciones especiales abonados de una sola vez. 12

2.4 Las masas que correspondan horas de formación abonadas al amparo de lo dispuesto en el artículo 89, letra d), del presente Convenio Colectivo

Pues teniendo lo expuesto la única medida ajustada a la situación excepcional que atravesamos es la del teletrabajo , pero no existe justificación alguna , ni ha quedado probado por parte de la empresa que exista ninguna de las causas necesarias para considerar justificada la modificación sustancial de las condiciones de trabajo , con lo cual no procede ni la supresión del ticket comida ni la jornada continuada de 8 horas ya que vulnera lo dispuesto en el artículo 34 ET conforme al cual se establece un periodo de descanso no inferior a quince minutos cuando la jornada diaria continuada exceda de 6 horas , tal y como acontece en este caso .Dicho precepto dispone :". Jornada.(...)4. Siempre que la duración de la jornada diaria continuada exceda de seis horas, deberá establecerse un periodo de descanso durante la misma de duración no inferior a quince minutos. Este periodo de descanso se considerará tiempo de trabajo efectivo cuando así esté establecido o se establezca por convenio colectivo o contrato de trabajo.

En el caso de los trabajadores menores de dieciocho años, el periodo de descanso tendrá una duración mínima de treinta minutos, y deberá establecerse siempre que la duración de la jornada diaria continuada exceda de cuatro horas y media."

QUINTO . - De cuanto antecede, habida cuenta que, la cuestión litigiosa consiste en determinar si la empresa tiene potestad para modificar unilateralmente el Convenio que venía aplicando desde siempre a los trabajadores, cuestión que ha quedado resuelta de forma negativa puesto que al no haberse acreditado que concurren alguna de las causas que se señalan a las que alude el art 41 ET, la empresa no puede modificar sustituyendo de forma súbita, la normativa convencional que, desde siempre y pacíficamente, venía aplicando a sus trabajadores, por otra que además les causa perjuicio , ya que se les suprime el tiempo de descanso y a su vez se les quita una parte del salario con la supresión del cheque comida .

El art. 41 ET no permite de forma indiscriminada que el empleador modifique condiciones colectivas cuando en las previsiones de la cualquier modificación de esta naturaleza viene condicionada a la existencia de "probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción" - art . 41.1 ET - y a un concreto procedimiento de modificación - art. 41.4 -, de forma que sólo con el concurso de tales requisitos causales y de forma puede aceptarse legalmente aquella modificación, por las razones expuestas, procede estimar íntegramente la demanda, habida cuenta que no ha resultado justificada la imposición de dichas medidas

En línea con el informe del Ministerio Fiscal, la Sala aprecia la lesión del derecho a la libertad sindical ya que se está inaplicando lo regulado en su Convenio .

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



FALLAMOS

Estimamos la demanda interpuesta por los representantes de la FEDERACIÓN DE INDUSTRIA, CONSTRUCCIÓN Y AGRO DE LA UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES (UGT-FICA) y de COMISIONES OBREAS (CCOO-INDUSTRIA) contra AIR LIQUIDE HEALTHCARE ESPAÑA, S.L., SECCION SINDICAL INTERSINDICAL CANARIA, con citación del Ministerio Fiscal, y declaramos la nulidad de la decisión de modificación sustancial de condiciones de carácter colectivo, llevada a cabo por la empresa, por violación de derechos fundamentales de libertad sindical en su vertiente de negociación colectiva, condenando a la empresa a reponer a los afectados en sus anteriores condiciones de jornada y entrega de tickets de comida, así como al abono de los daños y perjuicios que la decisión empresarial produjere una vez aplicada durante el tiempo en que se mantengan sus efectos, mediante el abono de las horas y el pago de los tickets suprimidos, conforme al cálculo establecido en el ordinal décimo del relato de hechos de la demanda, es decir, procede establecer una compensación por la supresión del descanso equivalente al valor de las horas no descansadas, a razón de un cuarto de hora por día efectivo de trabajo y de media hora los menores de 18 años, siendo el importe de la hora la cantidad resultante de dividir el salario anual del afectado por la jornada anual de 1752 horas, establecida en el artículo 42 del convenio colectivo. Asimismo, procede la compensación de los tickets de comida suprimidos mediante el abono de su valor.

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 0164 20; si es en efectivo en la cuenta nº 2419 0000 00 0164 20 (IBAN ES55), 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.