



Roj: **SAN 4561/2019 - ECLI:ES:AN:2019:4561**

Id Cendoj: **28079240012019100147**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **27/12/2019**

Nº de Recurso: **215/2019**

Nº de Resolución: **147/2019**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **RAMON GALLO LLANOS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 4561/2019,**
STS 2581/2022

AUD.NACIONAL SALA DE LO SOCIALMADRID 00147/2019

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Social

Letrado de la Administración de Justicia

D^a. MARTA JAUREGUIZAR SERRANO

SENTENCIA Nº: 147/2019

Fecha de Juicio: 17/12/2019

Fecha Sentencia: 27/12/2019

Fecha Auto Aclaración:

Tipo y núm. Procedimiento: CONFLICTOS COLECTIVOS 0000215 /2019

Proc. Acumulados: 267/2019

Materia: CONFLICTO COLECTIVO

Ponente: RAMÓN GALLO LLANOS

Demandante/s: UNION SINDICAL OBRERA, CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO

Demandado/s: T-SYSTEMS ITC IBERIA, S.A., FEDERACION DE SERVICIOS DE COMISIONES OBRERAS (CC.OO SERVICIOS), FEDERACION ESTATAL DE SERVICIOS DE LA UGT FEDERACION ESTATAL DE SERVICIOS DE LA UGT, MINISTERIO FISCAL

Resolución de la Sentencia: ESTIMATORIA PARCIAL

AUD.NACION AL SALA DE LO SOCIAL

-

GOYA 14 (MADRID)

Tfno: 914007258

Correo electrónico:

Equipo/usuario: CEA

NIG: 28079 24 4 2019 0000228



Modelo: ANS105 SENTENCIA

CCO CONFLICTOS COLECTIVOS 0000215 /2019

Procedimiento de origen: /

Sobre: CONFLICTO COLECTIVO

Ponente Ilmo/a. Sr/a: RAMÓN GALLO LLANOS

SENTENCIA 147/2019

ILMO/A. SR./SRA.PRESIDENTE:

D^a EMILIA RUIZ-JARABO QUEMADA

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

D. RAMÓN GALLO LLANOS

D^a MARÍA CAROLINA SAN MARTÍN MAZZUCCONI

En MADRID, a veintisiete de diciembre de dos mil diecinueve.

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 0000215 /2019 seguido por demanda de UNION SINDICAL OBRERA(letrada D^a M^a Eugenia Moreno Díaz), CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO(letrada D^a Silvia González Arribas), contra T-SYSTEMS ITC IBERIA, S.A.(letrado D. Jonathan Gil Mingorance), FEDERACION DE SERVICIOS DE COMISIONES OBRERAS (CC.OO SERVICIOS)(letrado D. Armando García López) , FEDERACION ESTATAL DE SERVICIOS DE LA UGT (letrado D. José Antonio Mozo Saiz), MINISTERIO FISCAL sobre CONFLICTO COLECTIVO. Ha sido Ponente el Ilmo./a. Sr./a. D./ña. RAMÓN GALLO LLANOS.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Según consta en autos, el día 2 de octubre de 2019 se presentó demanda por USO sobre conflicto colectivo, dicha demanda fue registrada bajo el número 215/2019.

El día 2 de diciembre de 2019 se presentó demanda por CGT que fue registrada bajo el número 267/2019

Segundo.- Por Auto de fecha 2-12-2.019 la Sala acordó acumular las actuaciones 215/2019 las registradas con el número 267/2019, fijándose como día para la celebración de los actos de conciliación y juicio el día 17 de diciembre de 2019.

Tercero.- 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:

Contestadas que fue la excepción, se acordó el recibimiento del juicio a prueba proponiéndose y practicándose la documental y la testifical, tras lo cual las partes elevaron a definitivas sus conclusiones.

La letrada de USO se afirmó y ratificó en su escrito demanda solicitando se dictase sentencia en la que se declare: - la nulidad de la práctica empresarial de incluir en los contratos de trabajo cláusulas que establezcan la obligatoriedad del sistema de guardias y la vulneración del derecho a la libertad sindical por parte de la empresa demandada en su vertiente de negociación colectiva y en consecuencia se condenen a la empresa al abono de una indemnización de 6.250 euros por el daño moral producido por la vulneración de nuestro derecho a la libertad sindical.

En sustento se su petición argumentó que el conflicto promovido afecta a todos los trabajadores de la empresa T-SYSTEMS ITC IBERIA SAU que desarrollan su actividad en los distintos centros de trabajo que tiene la empresa en territorio nacional y a los que se adenda un anexo en el contrato de trabajo donde se les impone la obligación de realizar guardias a los que les resulta de aplicación el Convenio colectivo de la empresa, suscrito el 19 de febrero de 2019, suscrito en representación de los trabajadores por los sindicatos CC.OO. y UGT, aplicándose con anterioridad al mismo el Convenio del Grupo de Empresas T- System de fecha 13-11-2.013; ue tanto en uno como en otro convenio la adscripción al servicio de guardias era voluntaria y por un periodo de un año, transcurrido el mismo, el trabajador podía renunciar a hacer guardias; que a raíz de una comunicación



emitida por la empresa en fecha 13-3-2.019 se ha tenido conocimiento de la existencia de cláusulas anexas a contratos de trabajo individuales en virtud de las cuales los trabajadores consienten hacer guardias durante toda la vida del contrato sin posibilidad de revocación, lo que a juicio de la parte lesiona su derecho a la libertad sindical puesto que la empresa ha negociado en masa y a través de contratos de trabajo individuales, condiciones de trabajo distintas de las estipuladas en el Convenio colectivo.

La letrada de CGT se afirmó y ratificó en su demanda, y efectuando idénticas alegaciones a las efectuadas por USO, solicitó se dictase sentencia en la que:

1. Se declare la nulidad de la cláusula contractual que impone a los trabajadores/as la obligatoriedad de la realización del servicio de guardias.
2. Se declare la vulneración del derecho a la libertad sindical en su vertiente de negociación colectiva y en consecuencia se condene a la empresa al abono de una indemnización de 6.250 euros por el daño moral producido.

Los letrados de UGT y CCOO se adhirieron a las demandas deducidas de contrario.

El letrado de la empresa se opuso a la demanda solicitando se desestimase íntegramente la misma o, subsidiariamente, que se datasen los efectos de la nulidad a los contratos suscritos antes de la entrada en vigor del Convenio colectivo del grupo T-System.

Admitiendo la existencia de las cláusulas referidas, defendió que no eran contrarias al Convenio colectivo, y negó que se tratase de una contratación de adhesión en masa por cuanto que las mismas afectaban a un número ínfimo de trabajadores (310 sobre un número total de 2.998, de los que sólo poco más de 100 habían prestado servicios de guardia en el último año).

Añadió que las cláusulas estaban ya referidas en los contratos de trabajo, y que las mismas eran en todo caso, necesarias para dar cumplimiento a los contratos de servicios suscritos por la empresa.

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

El Ministerio Fiscal informó favorablemente a la estimación de la demanda.

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

Hechos controvertidos: -En la empresa hay 2298 empleados. -De ellos 310 tienen cláusula por contrato. -En los últimos meses han realizado 107 personas el servicio de guardia. -El cambio sustancial del art. 20 es el precio de las guardias.-Las guardias no se realizan durante toda la vida del contrato, en caso de que el trabajador cambie de servicio. -Desde el inicio se explica al trabajador que va a ser adscrito al servicio de guardias.

Hechos pacíficos -El actual convenio es de 19 de febrero 2019, entro en vigor al día siguiente. -La cláusula del art. 20 tiene idéntica redacción en convenio de 2013 y 2019; en cuanto a voluntariedad es lo mismo, cambia el precio.

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 T-Systems regula sus relaciones laborales por el Convenio Colectivo de empresa T-Systems ITC Iberia SAU suscrito el día 19-2-2.019, publicado en el B.O.E. con fecha 3 de junio de 2019, dicho convenio entró en vigor al día siguiente de su firma. Con anterioridad había resultado de aplicación en la empresa el Convenio colectivo del grupo de empresas T-Systems (T-Systems ITC Iberia SAU, T-Systems Eltec SL y D-Core Network Iberia SL) que fue suscrito, con fecha 11 de noviembre de 2013 y publicado en el BOE de 22-1-2.014.

Dichos convenios regulan en su art. 20.1 las disposiciones generales sobre el régimen de guardias - conforme y en todo caso el texto de los Convenios obra en los descriptores 91 y 92.-. La principal novedad del nuevo Convenio es que ha variado la retribución de las guardias.- hecho conforme.-

La empresa demandada tiene centros de trabajo en varias CCAA- conforme.-



SEGUNDO.- El presente conflicto afecta a aquellos trabajadores de la demandada que tienen suscrito en su contrato como cláusula adicional, el compromiso de prestar servicio de guardia, que a fecha 30-10-2.019 eran un total de 310 trabajadores, siendo la plantilla de la empresa de 2.298 empleados.- descriptor 58-

El contenido de la cláusula suscrita por estos 310 trabajadores es el siguiente:

"Cláusula de guardias e intervenciones planificadas. El trabajador acepta y se compromete a realizar los servicios de guardias e intervenciones planificadas que el Departamento en el que esté adscrito el trabajador determine periódicamente, La regulación de las mismas, incluida su compensación, se determinará según lo establecido en el Convenio colectivo de aplicación y en su defecto, según lo establecido en la política/normativa interna de aplicación en cada momento."- descriptor 73.-

El número de trabajadores que han suscrito dichas cláusulas que han efectuado servicio de guardias en los 12 meses anteriores a octubre de 2019 fue de 107.- descriptor 93-

Este tipo de cláusulas se encuentra en contratos de trabajo celebrados antes de la entrada en vigor del primero de los Convenios a que se ha hecho referencia, y en contratos de trabajo celebrados con posterioridad.

TERCERO. - La práctica para realizar la adscripción voluntaria al sistema de guardias, venía siendo a través de la remisión, por el trabajador a su responsable, de una comunicación vía email. Y posteriormente, a través del portal del empleado, en cada uno de los usuarios, la empresa habilita una casilla para adscribirse voluntariamente a las guardias por periodos de un año prorrogable.- conforme.-

CUARTO. - El día 13-3-2.019 la empresa remitió a la plantilla un comunicado a la plantilla en los siguientes términos:

"Apreciado/a colaborador/a:

Mediante este comunicado, nos gustaría aclarar e informar sobre la finalidad e interpretación de la Disposición Transitoria Cuarta del nuevo Convenio colectivo de T-Systems Iberia.

La referida Disposición se refiere exclusivamente a aquellos supuestos en los que la realización de guardias por parte de las personas trabajadoras sea de carácter voluntario.

Por consiguiente, esta Disposición no resulta aplicable a aquellas personas que tienen pactada en su contrato de trabajo la obligatoriedad de realizar guardias, y por lo tanto, no pueden de manera unilateral cesar en la realización de las mismas como ha informado y recomendado recientemente cierta sección sindical.

En consecuencia, aquellos de vosotros que acordasteis con la Empresa la obligatoriedad de realizar guardias, reflejada en el contrato de trabajo, deberéis continuar realizándolas."

Y se procede a deshabilitar la casilla de adscripción voluntaria al sistema de guardias, apareciendo en determinados perfiles: *"adscrito al sistema de guardias por contrato"* - descriptores 70 y 71-

QUINTO. - El 21-5-2.019 por parte de la sección sindical de USO se remitió correo electrónico a la empresa en los siguientes términos:

"A raíz de la problemática surgida tras el comunicado de la empresa el 13 de marzo de 2019 en relación al servicio de guardias, donde la empresa manifiesta la existencia de anexos en los contratos donde se recoge la obligatoriedad de realizar guardias, solicitamos a la empresa el listado de trabajadores que en su contrato de trabajo tienen un anexo donde se recoja la obligatoriedad de realizar guardias, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 64 del Estatuto de los Trabajadores, así como la jurisprudencia referente al derecho de información de las Secciones Sindicales Estatales, que se desarrolla en la Sentencia de 22 de febrero de 2018."- descriptor 72.-

SEXTO.- Damos por reproducidos los contratos suscritos por la demanda con el centro de telecomunicaciones y tecnologías de la Generalitat de Cataluña, así como con la compañía Gas Natural.- descriptores 94 a 100-

SÉPTIMO. - Damos por reproducido el modelo de oferta de trabajo aportado por la empresa y obrante al descriptor 101 en el que se hace constar:

"GUARDIAS. El candidato manifiesta que es conocedor de que el puesto de trabajo que le ofrece la compañía implica un compromiso de disponibilidad con el objetivo de cubrir los servicios que su Departamento presta para empresas clientes. Por ello, el candidato, de manera voluntaria, muestra su total conformidad y se compromete a realizar las guardias que el departamento al que esté adscrito determine periódicamente, según lo regulado en el Convenio Colectivo de T- System Iberia."

OCTAVO. - El departamento de recursos humanos de la empresa considera que el personal afectado por el presente conflicto asume el compromiso de realizar guardias durante toda la vigencia de su contrato de



trabajo, siendo el mismo irrevocable, y pudiéndose guardias al mismo, si se encuentran planificadas en su departamento de adscripción - testifical de la empresa a preguntas de USO.-

NOVENO. - Damos por reproducidas las actas de la negociación del convenio colectivo en vigor aportadas por USO en las que consta que la posición de la parte social con relación a las guardias fue la de "mantener la voluntariedad".- descriptor 111.-

DÉCIMO.- La empresa remitió correo los miembros de un comité de empresa en el que los convocaba para una reunión a celebrar el día 11-1-2018 para informarles de una guardia existente en el departamento NOC, así como de las condiciones y motivos de su implementación.- descriptor 102.-

UNDÉCIMO.- El día 23-5-2.019 se celebró intento de mediación en el SIMA, extendiéndose acta sin acuerdo.- descriptor 2.-

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 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* .

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 cada una de las fuentes de prueba que en los mismos se indican.

TERCERO.- Como se deduce del antecedente fáctico tercero de la presente resolución la primera cuestión que debe ser objeto de resolución no es otra que determinar si la empresa a través de la inclusión en los contratos de trabajo del colectivo afectado por el presente conflicto de la cláusula en virtud de la cual, dichos trabajadores asumían voluntariamente la obligación de prestar servicios de guardia durante toda la vida del contrato vulnera el derecho a la libertad a la libertad sindical de las actoras, como por ellas se sostiene, o, si por el contrario, resulta una cláusula lícita y amparada por los sucesivos Convenio de aplicación, como se refiere por la empresa.

Para ello hemos de partir de los siguientes datos:

a.- El art. 20.1 del Convenio del Grupo T-Systems suscrito el día 11-11-2013 regulaba las disposiciones generales del Servicio de Guardia en los siguientes términos:

"Con el fin de que las empresas puedan cumplir los compromisos contraídos con sus clientes, que vienen impuestos por las características propias del servicio contratado, la Dirección de las Empresas, previa información y consulta con la representación legal de los trabajadores, podrá establecer un servicio de guardia localizada o presencial, en sábados, festivos o en días laborables fuera del horario habitual de trabajo de la persona, con el fin de atender las incidencias que pudieran presentarse en los servicios contratados por los clientes y que se considere necesarios.

Por razones organizativas, de planificación y de distribución homogénea de la actividad laboral, es interés de la Dirección de las empresas, que todos los empleados adscritos a un determinado servicio/cliente, en donde sea necesario implementar un servicio de guardias, puedan realizar dicho servicio de forma que se evite su concentración en solo unos pocos empleados.

En consecuencia, las personas trabajadoras que se encuentren adscritos a un determinado servicio y cumplan el perfil técnico y de experiencia requerido para el servicio de guardia, podrán adscribirse voluntariamente al mismo, quedando con ello obligadas a su realización por periodos de un año renovables. Si estas personas realizasen de forma regular guardias semanales con una frecuencia promedio de una al mes, quedarán entonces exentos de aplicarles las medidas de distribución irregular de la jornada establecidas en el artículo 34.2 del Estatuto de los Trabajadores , durante el periodo anual del servicio de guardias y siempre que se mantenga dicha regularidad.

En la realización del servicio de guardias se respetarán siempre los periodos de descanso entre jornadas y semanal legalmente establecidos.

Sin detrimento del servicio y con la autorización del responsable inmediato, las personas trabajadoras que se encuentren adscritas a un mismo servicio, podrán voluntariamente intercambiar su guardia.

Todas las guardias, sean o no último nivel de resolución técnica, tendrán definido un nivel de escalado jerárquico, que será el responsable final de los servicios para los que se presta la guardia.



Para cada servicio de guardia se pactará un calendario de guardias de 3 meses, procurando distribuir de forma equitativa los fines de semana, festivos y festivos especiales entre las personas adscritas a dicho servicio.

En la elaboración del calendario de guardias se contará con el personal adscrito al servicio de guardia, sin superar el límite máximo anual de guardias por persona. En los servicios de turno continuado no se hará coincidir la guardia de contingencia con el periodo de descanso.

En general, cada persona adscrita al servicio de guardias realizará durante el periodo anual un máximo de 18 guardias de una semana de duración."

b.- en las negociaciones del Convenio colectivo vigente, las secciones sindicales incidieron en la necesidad de mantener el carácter voluntario de las adscripción al sistema de guardias, y fruto de las mismas se dio la siguiente redacción al art. 20.1 del precepto convencional:

"Con el fin de que la empresa pueda cumplir los compromisos contraídos con sus clientes, que vienen impuestos por las características propias del servicio contratado, la Dirección de la Empresa, previa información y consulta con la representación legal de los trabajadores, podrá establecer un servicio de guardia localizada o presencial, en fin de semana, festivos o en días laborales fuera del horario habitual de trabajo de la persona, con el fin de atender las incidencias que pudieran presentarse en los servicios contratados por los clientes y que se consideren necesarios.

Por razones organizativas, de planificación y de distribución homogénea de la actividad laboral, es interés de la Dirección de la Empresa que todos los empleados adscritos a un determinado servicio/cliente, en donde sea necesario implementar un servicio de guardias, puedan realizar dicho servicio de forma que se evite su concentración en unos pocos empleados.

En consecuencia, las personas trabajadoras que se encuentren asignadas a un determinado servicio/departamento y cumplan el perfil técnico y de experiencia requerido para el servicio de guardia, podrán adscribirse voluntariamente al mismo, quedando con ello obligadas a su realización por periodos de un año (12 meses consecutivos) y de carácter renovable.

La persona trabajadora podrá quedar eximida de su obligación contraída en caso que dentro del periodo anual de adscripción se produzca alguna de las siguientes situaciones especiales en las que se prevea una duración prolongada de la misma:

- 1. Últimos tres meses de embarazo de la trabajadora.*
- 2. Embarazo de alto riesgo de la pareja de la persona trabajadora.*
- 3. Seis meses desde el inicio de una situación de paternidad/maternidad.*
- 4. Enfermedades muy graves de familiares de 1er. Grado.*
- 5. Enfermedad muy grave sobrevenida de un familiar de segundo grado que conviva con la persona trabajadora.*
- 6. Discapacidad sobrevenida igual o superior al 33% de un familiar de primer grado o de segundo grado que conviva con la persona trabajadora.*
- 7. Enfermedad sobrevenida de la persona trabajadora sin proceso de Incapacidad Temporal y por prescripción facultativa de médico de la Seguridad Social.*

Las personas trabajadoras que realicen de forma regular guardias semanales con una frecuencia promedio de una al mes, quedarán entonces exentos de aplicarles las medidas de distribución irregular de la jornada establecidas en el art. 34.2 del Estatuto de los Trabajadores , durante el periodo anual del servicio de guardias y siempre que se mantenga dicha regularidad.

En la realización del servicio de guardias se respetarán siempre los periodos de descanso entre jornadas y descanso semanal legalmente establecidos.

Sin detrimento del servicio y con la autorización del responsable inmediato, las personas trabajadoras que se encuentren adscritas a un mismo servicio, podrán voluntariamente intercambiar su guardia.

Todas las guardias, sean o no último nivel de resolución técnica, tendrán definido un nivel de escalado jerárquico, que será el responsable final de los servicios para los que se presta la guardia.

Para cada servicio de guardia se pactará un calendario de guardias de al menos 3 meses, procurando distribuir de forma equitativa los fines de semana, festivos y festivos especiales entre las personas adscritas a dicho servicio.



En la elaboración del calendario de guardias se contará con el personal adscrito al servicio de guardia, sin superar el límite máximo anual de guardias por persona. En los servicios de turno continuado no se hará coincidir la guardia de contingencia con el periodo de descanso.

Cada persona adscrita al servicio de guardias realizará durante el periodo anual un máximo de 126 días de guardia, sin que puedan superarse 18 fines de semana de guardia, salvo que la persona trabajadora quiera voluntariamente superar estos límites."

Dicho Convenio, que varía la retribución de los servicios de guardia, en su disposición transitoria 4ª dispone lo siguiente:

" Disposición transitoria cuarta. Guardias.

Las personas trabajadoras que a la fecha de firma del presente Convenio Colectivo tengan adquirido voluntariamente el compromiso de adhesión anual al servicio de guardias, y dado que se produce una modificación del mismo que entrará en vigor una vez estén adaptados los sistemas informáticos, será necesario que entonces confirmen o no su continuidad de adhesión a través del procedimiento que se establezca en los citados sistemas.

Las personas trabajadoras que a la fecha de firma del presente Convenio Colectivo tengan adquirido voluntariamente el compromiso de adhesión anual al servicio de guardias, y dado que se produce una modificación del mismo que entrará en vigor una vez estén adaptados los sistemas informáticos, será necesario que entonces confirmen o no su continuidad de adhesión a través del procedimiento que se establezca en los citados sistemas."

d.- la empresa no deja ejercitar la opción de revocar su adscripción al sistema de guardias a aquellas personas trabajadoras que mediante contrato se comprometieron a hacer guardias durante la vigencia del mismo, y que fueron contratadas para departamentos en los que podría implementarse sistema de guardias, en la consideración de que en estos casos la adscripción del trabajador al sistema de guardias es irrevocable y se mantiene durante toda la vida del contrato;

e.- dichas cláusulas, en unos casos existían en contratos celebrados con anterioridad a la entrada en vigor del Convenio de 2.013 se han mantenido en los contratos de trabajo durante la vigencia de los dos convenios referidos, y en otros casos se han incluido en los contratos con posterioridad a la entrada en vigor de tales normas convencionales, sin que conste que se haya comunicado dicha circunstancia a los RLT;

f.- más de 13 por ciento de la plantilla- 310 trabajadores- ha asumido el compromiso irrevocable de prestar guardias mediante contrato individual de trabajo, si bien en el último año, solo han prestado servicios efectivos de guardia 107 trabajadores.

Expuestos tales datos, hemos de señalar que la Doctrina de los pactos individuales en masa y su eventual vulneración del derecho a libertad sindical en su vertiente del derecho a la negociación colectiva (arts. 28.1 CE y 2.2 de la LOLS), aparece sintetizada en las Ss. TS de 29-1.2019 (rec 168/2018) y de 11-10-2.016 (rec 68/2016) de la forma siguiente:

"La jurisprudencia constitucional, reflejada esencialmente en la STC 238/2005 de 26-septiembre y en las que en ella se citan (entre otras, SSTC 105/1992 de 1-julio , 208/1993 de 28-junio , 107/2000 de 5-mayo y 225/2001 de 26-noviembre), en la que se aborda el problema "relativo a determinar si la voluntad individual de los trabajadores, manifestada por la aceptación voluntaria de una oferta formulada por la empresa, puede, sin vulneración del derecho de negociación colectiva, modificar respecto de los mismos el contenido de lo pactado con carácter general en el convenio colectivo aplicable", dándose una respuesta negativa "al entender que de lo contrario, de prevalecer la autonomía de la voluntad individual de los trabajadores sobre la autonomía colectiva plasmada en un convenio legalmente pactado entre los sindicatos y la representación empresarial, quebraría el sistema de negociación colectiva configurado por el legislador, cuya virtualidad viene determinada por la fuerza vinculante de los convenios constitucionalmente prevista en el art. 37.1 CE " ..., razonando la citada sentencia que "no cabe argumentar en contrario que el convenio colectivo permanece vigente pues su contenido no se altera para aquellos trabajadores que no acepten la oferta de la empresa, toda vez que ello significaría la quiebra de la fuerza vinculante y el carácter normativo que tienen legalmente reconocido los pactos sustanciales del convenio. Con ello, añadíamos a continuación, «no queremos decir, naturalmente, que los convenios colectivos petrifiquen o hagan inalterables las condiciones de trabajo en ellos pactadas, sometidas siempre a las fluctuaciones técnicas, organizativas, productivas o de cualquier otro orden que surgen por el paso del tiempo en las relaciones laborales como, en general, en todas las relaciones jurídicas. Pero en los propios convenios colectivos y en el ET, se establece el sistema para su modificación o denuncia, contando siempre con la voluntad de la representación legítima de las partes. De no hacerse así y mantenerse vigente un convenio sin que, en determinadas partes esenciales del mismo..., sea de obligado cumplimiento para todos los integrantes del sector regulado, se vendría



abajo el sistema de la negociación colectiva que presupone, por esencia y conceptualmente, la prevalencia de la autonomía de la voluntad colectiva sobre la voluntad individual de los afectados por el convenio. Sólo la unión de los trabajadores a través de los sindicatos que los representan, permite la negociación equilibrada de las condiciones de trabajo que persiguen los convenios colectivos y que se traduce en la fuerza vinculante de los mismos y en el carácter normativo de lo pactado en ellos»... concluyendo que "la autonomía individual -o la decisión unilateral de la empresa- no puede proceder a la modificación de las condiciones de trabajo establecidas en un convenio colectivo cuando ello, atendiendo a la trascendencia, importancia y significado de las condiciones laborales afectadas, eluda o soslaye la función negociadora de las organizaciones sindicales o vacíe sustancialmente de contenido efectivo al convenio".

El examen de los datos expuestos desde el prisma de la doctrina jurisprudencial transcrita nos ha de llevar a concluir que por parte de la demandada y a través de una negociación individual en masa se ha vulnerado el derecho a la libertad sindical de las organizaciones actoras en su vertiente de derecho a la negociación colectiva (arts. 28.1 CE y 2.2 d) de la LOLS porque, con independencia de que la empresa al amparo del texto convencional pueda o no imponer puntuales servicios de guardia con carácter obligatorio al amparo del texto del Convenio colectivo,- lo que se sostiene por la empresa, y resulta de todas formas discutible e irrelevante para el presente caso, pues en ese caso no sería necesario recabar el consentimiento del trabajador ni en el contrato ni posteriormente- , lo cierto es que la intención de las partes negociadoras tanto en Convenio de Grupo del año 2013, como en el Convenio de empresa del 2.019 fue que la adscripción al servicio de guardia de forma permanente fuese voluntaria y revocable de año en año.

Desde el momento en que la empresa mediante contrato individual de trabajo recaba tal consentimiento en condiciones distintas a las previstas en el Convenio colectivo, privando al trabajador de la posibilidad de revocación referida prevista en tal norma, cabe concluir con claridad que la demanda mediante pactos individuales en masa, de espaldas a la representación unitaria y sindical de los trabajadores, está alterando la regulación convencional acordada con dicha representación, lo que vulnera la libertad sindical de las organizaciones sindicales que la integran.

Y no enerva la anterior conclusión, ni la circunstancia de que dichos pactos ya existiesen con anterioridad a la entrada en vigor de los convenios referidos, pues el mínimo respeto a los mismos debió llevar a la empleadora a dejar de incluir dichas cláusulas en los contratos de trabajo y a tener por no puestas, las obrantes en los ya celebrados, por resultar incompatibles con el nuevo régimen pactado de relaciones de trabajo, ni que solo afecten a poco más de un 13 por ciento de la plantilla- 310 trabajadores-, pues, como se ha manifestado por las organizaciones actoras los arts. 40, 41, 47 y 51 E.T reputan colectiva cualquier decisión que afecte a más de 30 trabajadores en una empresa de las características de la demandada, y si bien dicho criterio no es directamente aplicable al presente caso, debe ser ponderado para determinar el alcance colectivo de la práctica empresarial.

CUARTO.- Acreditada pues la conculcación del derecho a la libertad sindical denunciada por USO Y CGT, debemos examinar la procedencia o improcedencia de las consecuencias que dichas organizaciones sindicales anulan a la misma en el suplico de sus demandas, y que consisten en la declaración de la nulidad de la práctica empresarial de incluir en los contratos de trabajo cláusulas que establezcan la obligatoriedad del sistema de guardias y la de la vulneración del derecho a la libertad sindical por parte de la empresa demandada en su vertiente de negociación colectiva, y que se indemnice a las mismas con la cantidad de 6.250 euros.

A tal fin, hemos de partir del contenido del art. 182.1 de la LRJS ("*1. La sentencia declarará haber lugar o no al amparo judicial solicitado y, en caso de estimación de la demanda, según las pretensiones concretamente ejercitadas: a) Declarará la existencia o no de vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas, así como el derecho o libertad infringidos, según su contenido constitucionalmente declarado, dentro de los límites del debate procesal y conforme a las normas y doctrina constitucionales aplicables al caso, hayan sido o no acertadamente invocadas por los litigantes. b) Declarará la nulidad radical de la actuación del empleador, asociación patronal, Administración pública o cualquier otra persona, entidad o corporación pública o privada. c) Ordenará el cese inmediato de la actuación contraria a derechos fundamentales o a libertades públicas, o en su caso, la prohibición de interrumpir una conducta o la obligación de realizar una actividad omitida, cuando una u otra resulten exigibles según la naturaleza del derecho o libertad vulnerados. d) Dispondrá el restablecimiento del demandante en la integridad de su derecho y la reposición de la situación al momento anterior a producirse la lesión del derecho fundamental, así como la reparación de las consecuencias derivadas de la acción u omisión del sujeto responsable, incluida la indemnización que procediera en los términos señalados en el artículo 183.*"), precepto este que ampara tanto la declaración de la vulneración del derecho fundamental que se pretende, como la nulidad de la práctica empresarial impugnada, que contrariamente a lo solicitado por la demandada con carácter subsidiario ha de extenderse a los contratos celebrados con anterioridad a la entrada en vigor del Convenio de 2013, que como norma más favorable debió de aplicarse a los contratos de trabajo con arreglo



a los arts. 3.1 c) y 3.5 E.T, anulando las condiciones menos favorables en ellos estipuladas, y al no haberlo hecho la empresa, obvió la fuerza vinculante del convenio estatutario.

QUINTO.- En orden a determinar la indemnización solicitada, las organizaciones sindicales la cifran en 6.250 euros, con arreglo a la sanción máxima que impone la LISOS para este tipo de conductas- al efecto se citan los arts 7.7 y 7.8 que tipifican los hechos como infracción grave-, y 40.1 b) que sanciona los mismos con multa de hasta 6.250 euros.

El art. 183 de la LISOS dispone en sus dos primeros apartados:

"1. Cuando la sentencia declare la existencia de vulneración, el juez deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que, en su caso, le corresponda a la parte demandante por haber sufrido discriminación u otra lesión de sus derechos fundamentales y libertades públicas, en función tanto del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental, como de los daños y perjuicios adicionales derivados.

2. El tribunal se pronunciará sobre la cuantía del daño, determinándolo prudencialmente cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa, para resarcir suficientemente a la víctima y restablecer a ésta, en la medida de lo posible, en la integridad de su situación anterior a la lesión, así como para contribuir a la finalidad de prevenir el daño."

La STS de 24-10-2019 (rec. 10/2019) expone la doctrina de la Sala IV del TS a la hora de determinar el quantum, con arreglo a los preceptos transcritos de la forma siguiente:

"U na recapitulación histórica de la doctrina de esta Sala en materia de indemnización por vulneración de derechos fundamentales es la que lleva a cabo la STS 13 de diciembre de 2018, Recurso: 3/2018 : tras una etapa inicial de concesión automática en la que se entendió procedente la condena al pago de la indemnización por los daños morales causados, sin necesidad de que se acreditara un específico perjuicio, considerando que éste debía de presumirse (así, STS/4ª de 9 junio 1993 -rcud. 3856/1992 - y 8 mayo 1995 -rec. 1319/1994 -), se pasó a exigir la justificación de la reclamación acreditando indicios o puntos de apoyo suficientes en los que se pudiera asentar la condena (así, STS/4ª de 11 junio 2012 -rcud 3336/2011 - y 15 abril 2013 -rcud. 1114/2012 -).

No obstante, la jurisprudencia se ha ido decantando por entender que "dada la índole del daño moral, existen algunos daños de este carácter cuya existencia se pone de manifiesto a través de la mera acreditación de la lesión... lo que suele suceder, por ejemplo, con las lesiones del derecho al honor o con determinadas conductas antisindicales ..." STS/4ª de 18 julio 2012 -rec. 126/2011 -). Lo que acabamos corroborando en atención a la nueva regulación que se ha producido en la materia tras el art. 179.3 LRJS -y 183.1 y 2 LRJS -, en la medida que, si bien es exigible identificación de "circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización solicitada", se contempla la excepción en el caso de los daños morales unidos a la vulneración del derecho fundamental cuando resulte difícil su estimación detallada.

Y hemos añadido que el art. 183.2 LRJS viene a atribuir a la indemnización no sólo una función resarcitoria (la utópica restitutio in integrum), sino también la de prevención general (STS/4ª de 5 febrero y 13 julio 2015 - rec. 77/2014 y 221/2014, respectivamente-, 18 mayo y 2 noviembre 2016 - rec. 37/2015 y 262/2015, respectivamente -, y 24 enero y 19 diciembre 2017 - rcud. 1902/2015 y 624/2016 , respectivamente-)." ."

En el presente caso, y atendiendo a la doble finalidad de la indemnización- resarcitoria y preventiva-, consideramos que la aplicación de la LISOS como criterio orientador, determina que la indemnización se fije en la cantidad de 3126 euros, cuantía mínima prevista para la tipificación de la infracción en su grado máximo, ponderando circunstancias tales como el número de trabajadores afectados y que la práctica contraria al Convenio se ha mantenido de forma dilatada en el tiempo ocultándose a la representación de los trabadores, las cuales estimamos relevantes tanto para cuantificar el daño moral ocasionado por la conducta antisindical, como para prevenir conductas futuras de similares características.

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

FALLAMOS

ESTIMAMOS parcialmente LAS DEMANDAS DEDUCIDAS POR USO Y CGT, a las que se han adherido UGT Y CC.OO, contra T-SYSTEMS ITC IBERIA SA y en consecuencia:

1.- Declaramos la nulidad de la cláusula contractual que impone a los trabajadores/as la obligatoriedad de la realización del servicio de guardias.

2. Declaramos la vulneración del derecho a la libertad sindical en su vertiente de negociación colectiva y en consecuencia se condene a la empresa al abono a cada una de las organizaciones sindicales actoras de una indemnización de 3.126 euros por el daño moral producido.



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 0215 19; si es en efectivo en la cuenta nº 2419 0000 00 0215 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.

FONDO DOCUMENTAL CEND