

CASACION núm.: 120/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Alfonso Lozano De Benito

TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Social

Sentencia núm. 271/2022

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D^a. María Luisa Segoviano Astaburuaga

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Ángel Blasco Pellicer

D^a. Concepción Rosario Ureste García

D. Ignacio Garcia-Perrote Escartín

En Madrid, a 29 de marzo de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto por las mercantiles Ilunion Contact Center, S.A., e Ilunion CEE Contact Center, S.A., representadas y defendidas por el Sr. Pérez Morales, contra la sentencia nº 58/2019 dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, de 26 de abril de 2019, en autos nº 65/2019 y acumulados 78/2019, seguidos a instancia de la Federación de Servicios CC.OO. y la Confederación General del Trabajo (CGT) contra Ilunion CEE Contact Center, S.A., Ilunion Contact Center, S.A., la Federación Estatal de Servicios de la Unión General de Trabajadores (FES-UGT) y la Central Sindical Independiente de Funcionarios (CSIF), sobre conflicto colectivo.

Han comparecido en concepto de recurridos la Central Sindical Independiente de Funcionarios (CSIF), representada y defendida por el

Letrado Sr. Poves Oñate, la Federación de Servicios CC.OO., representada y defendida por el Letrado Sr. García López, la Confederación General del Trabajo (CGT), representada y defendida por la Letrada Sra. Escribano Clemente, la Federación Estatal de Servicios de la Unión General de Trabajadores (FES-UGT), representada y defendida por el Letrado Sr. Manzano del Pino.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Federación de Servicios CC.OO. interpuso demanda de conflicto colectivo del que conoció la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional. Tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminaba suplicando se dicte sentencia por la que se declare *la nulidad de la medida adoptada unilateralmente por las empresas consistente en suprimir el uso de las 35 horas médicas del Convenio para reposo domiciliario sin parte de baja de los propios trabajadores y trabajadoras prescrito por el facultativo correspondiente mediante el oportuno justificante así como para atender a los hijos menores que se encuentren en edad de asistir a pediatra y a ascendientes mayores de sesenta y cinco años, en los casos en que, como consecuencia de la visita médica, el facultativo prescriba reposo domiciliario sin parte de baja, mediante el oportuno justificante y subsidiariamente la improcedencia de la misma.*

La Confederación General del Trabajo (CGT) interpuso demanda de conflicto colectivo del que conoció la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional. Tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminaba suplicando se dicte sentencia por la que se declare *la nulidad de la medida que se pretende adoptar por la empresa consistente en dejar sin efecto la práctica habitual de la empresa de autorizar el uso de las 35 horas médicas del Convenio para los casos en que el facultativo correspondiente prescriba reposo domiciliario sin parte de baja al trabajador mediante el oportuno justificante, con todos los efectos inherentes a dicha declaración. La nulidad de la medida que se pretende adoptar por la empresa consistente en dejar sin efecto la práctica habitual de la empresa de autorizar el uso de las 35 horas médicas para atender a los hijos menores o a ascendientes mayores de sesenta y cinco años, previa*

asistencia al facultativo correspondiente que emita el correspondiente justificante recomendando reposo domiciliario, con todos los efectos inherentes dicha declaración, o subsidiariamente se declaren las medidas como injustificadas. El derecho a disfrutar del uso de las 35 horas médicas del Convenio para los casos en que el facultativo correspondiente prescriba reposo domiciliario sin parte de baja al trabajador mediante el oportuno justificante, con todos los efectos inherentes a dicha declaración. El derecho a disfrutar del uso de las 35 horas médicas para atender a los hijos menores o a ascendientes mayores de sesenta y cinco años, previa asistencia al facultativo correspondiente que emita el correspondiente justificante recomendando reposo domiciliario. Que se condene a la Empresa a estar y pasar por los anteriores pronunciamientos.

Por auto de 27 de marzo de 2019 se acordó acumular a alas presentes actuaciones instadas por la Federación de Servicios CC.OO., en materia de conflicto colectivo y registrada bajo el nº 65/2019, la demanda registrada bajo el nº 78/2019 en materia de conflicto colectivo e instada por la Confederación General del Trabajo (CGT).

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda de conflicto colectivo, se celebró el acto del juicio en el que la parte actora se afirmó y ratificó en la demanda, oponiéndose la demandada, según consta en acta. Recibido el juicio a prueba, se practicaron las propuestas por las partes y declaradas pertinentes.

TERCERO.- Con fecha de 26 de abril de 2019 se dictó sentencia ahora recurrida, con el siguiente fallo: «Con ESTIMACIÓN PARCIAL DE LAS DEMANDAS DEDUCIDAS POR CCOO y CGT contra UNION SINDICAL OBRERA, FEDERACION ESTATAL DE SERVICIOS DE LA UNION GENERAL DE TRABAJADORES (FES-UGT), CENTRAL SINDICAL INDEPENDIENTE Y DE FUNCIONARIOS (CSIF), ILUNION CEE CONTACT CENTER SA e ILUNION CONTACT CENTER SA.1.-Declaramos la nulidad de la medida adoptada unilateralmente por las empresas consistente en suprimir el uso de las 35 horas médicas del Convenio para reposo domiciliario sin parte de baja de los propios trabajadores y trabajadoras prescrito por el facultativo correspondiente mediante el oportuno justificante así como para atender a los hijos menores que se encuentren en edad de asistir a peditra y a ascendientes mayores de sesenta y cinco años, en lo que afecta todas los centros de trabajo de las mismas excepto en la de Jaén. 2.- Declaramos el derecho de todos los centros de trabajo de las demandadas excepto los destinados en la de Jaén, a disfrutar del uso de las 35 horas médicas del Convenio para los casos en que el facultativo correspondiente prescriba reposo domiciliario sin parte de baja al trabajador mediante el oportuno justificante,

con todos los efectos inherentes a dicha declaración ya disfrutar del uso de las 35 horas médicas para atender a los hijos menores o a ascendientes mayores de sesenta y cinco años, previa asistencia al facultativo correspondiente que emita el correspondiente justificante recomendando reposo domiciliario. 3.- Condenamos a la Empresa a estar y pasar por los anteriores pronunciamientos».

CUARTO.- Dicha sentencia declara probados los siguientes hechos:

«1º.- CCOO y CGT son organizaciones sindicales con suficiente implantación en las empresas demandadas y ámbito de actuación superior al del presente conflicto. CCOO es a su vez una organización sindical más representativa a nivel estatal-conforme-.

2º.- El presente conflicto afecta a todo el personal en plantilla de las empresas demandadas pertenecientes al Grupo Ilunion, S. L. que cuentan con centros de trabajo en más de una comunidad autónoma. En concreto afecta a los trabajadores que prestan servicios en las plataformas internas de Madrid, Sevilla y Barcelona, y en las externas de Jaén, Logroño, Oviedo, Santander y Bilbao.-conforme- .

3º.- Ilunion Contact Center, S. A. fue constituida el 1 de marzo de 1989 bajo la denominación de Servicios de Telemarketing, S. A. adoptando el 23 de abril de 2015 su denominación actual. Por su parte, Ilunion CEE Contact Center, S. A. fue constituida el 29 de diciembre de 1989 bajo la denominación de Accesible Travel, S. A. adoptando su denominación actual el 10 de marzo de 2015. Dado el elevado número de personas con discapacidad contratadas, determinados centros de trabajo de la Sociedad han sido declarados por las Autoridades Laborales “Centro Especial de Empleo”. Ambas sociedades están participadas al 100% por Grupo Ilunion, S. L. del que forman parte. En 2015 se produjo la fusión entre Grupo Ilunion, S. L. y Corporación Empresarial ONCE, S. A- conforme-.

4º.- Las empresas demandadas se encuentran dentro del ámbito de aplicación del II Convenio colectivo de ámbito estatal del sector de Contact Center (antes Telemarketing) (código de convenio número 99012145012002), que fue suscrito con fecha 30 de mayo de 2017, de una parte por la Asociación de Contact Center Española (ACE), en representación de las empresas del sector, y, de otra, por los sindicatos CC.OO. y UGT, en representación de los trabajadores. El artículo 28 de dicho Convenio, Permisos Retribuidos, en su apartado 2, establece:

“2. El personal tendrá derecho al uso de hasta 35 horas retribuidas al año, para asistir a consultas de médicos de la Seguridad Social, debiendo avisar con la mayor antelación posible y debiendo presentar la justificación oportuna. No obstante ello, las personas afectadas procurarán adaptar, cuando así resulte posible, sus horas de visitas médica a sus tiempos de descanso.”

Esta regulación, salvo en lenguaje de género, es idéntica a la que se contenía en el artículo 29 del III Convenio Colectivo Estatal del Sector de Telemarketing 2004.2006. El art. 63 del Convenio regula los complementos por IT.

5º.- El 19-2-2017 las Secciones Sindicales de Madrid de COMFIA-CCOO en Sertel y CEE Sertel y las empresas entonces denominadas Sertel y CEE Sertel llegan a un acuerdo

con relación al Permisos Retribuido de 35 horas anuales para asistencia a médicos (Art. 29.2 III Convenio de Telemarketing) en los siguientes términos:

“La empresa acepta que las horas médicas retribuidas recogidas en el art. 29 del III Convenio Colectivo Estatal para el Sector de Telemarketing, sean utilizadas para asistencia a consultas médicas tanto de la Seguridad Social como privadas, acompañamiento de hijos menores que se encuentren en edad de asistir al pediatra así como para acompañamiento de ascendientes mayores de sesenta y cinco años hasta segundo grado de consanguinidad o afinidad”.

6º.- El 22-2-2017 el Presidente del Comité de Empresa del centro de Sevilla y el Director del centro de trabajo de Sertel en Sevilla suscribieron acuerdo en el que se disponía:

“Los trabajadores tendrán derecho a hacer uso de las 35 horas retribuidas al año para asistir a consultas con médicos de la seguridad social, médicos privados, así como para acompañar a hijos menores de 14 años a consulta pediátrica y a los ascendientes, mayores de 65 años, hasta segundo grado de consanguinidad o afinidad.”- conforme-.

7º.- Las empresas han extendido los derechos reconocidos en los Acuerdos de 19 y 22-2-2.007 a la plataforma interna de Barcelona, y a las externas de Oviedo, Santander y Logroño- hecho conforme-.

8º.- La empresa ha venido admitiendo que las 35 horas del actual art. 28 del Convenio pudieran destinarse por los trabajadores de todos sus centros, excepto en el de Jaén, además de las finalidades previstas en dicho precepto y en el Acuerdo de 2017 para reposo domiciliario sin parte de baja de los propios trabajadores y trabajadoras prescrito por el facultativo correspondiente mediante el oportuno justificante y para atender a los hijos menores que se encuentren en edad de asistir a pediatra y ascendientes mayores de sesenta y cinco años, en los casos en que, como consecuencia de la visita médica, el facultativo prescriba reposo domiciliario sin parte de baja, mediante el oportuno justificante. Para justificar tales ausencias retribuidas con cargo a las 35 horas de asistencia médica que reconoce el art. 28.2 del Convenio, los trabajadores remitían por correo electrónico los justificantes médicos de las ausencias al correo electrónico de la central de operaciones de la empresa- testifical de CCOO y descriptores 40 y ss, 81 y 82 y 101 y 102.-, al menos desde el año 2012 y hasta el mes de diciembre de 2018.

9º.- Damos por reproducida la sentencia del Juzgado de lo Social número 4 de los de Jaén en sus autos 394/2018 el día 23-7-2.018 en la que desestimó la demanda deducida por el Comité de Empresa de la plataforma externa de dicha ciudad en la que pretendía se le aplicase el Plan de igualdad de la empresa Qualitel Tele-Services, anterior titular del centro de trabajo, en dicha resolución se considera que no se ha acreditado que a ningún trabajador de dicho centro de trabajo, se le ha reconocido el derecho a disfrutar de las 35 horas que reconoce el art. 28.2 del Convenio, para finalidades distintas de las previstas en dicho precepto.- documento número 3 de la demandada-.

10º.- Damos por reproducidas las Normas de Obligado Cumplimiento de fecha 21 de enero de 2.015 que se aportan por la empresa como documentos 5 a 7 en el acto de la vista en las que no se prevé el modo de justificar la ausencia en supuestos de reposo domiciliario que no sean debidos a intervención quirúrgica sin hospitalización. Dichas normas son

conocidas por todos los trabajadores de la empresa, incluidos todos aquellos que se ha documentado en los descriptores referidos en el hecho octavo a los que se reconoció el disfrute de las 35 horas de asistencia médica para reposo propio o de familiares, como de los mandos intermedios a los que se comunicaba el disfrute, como de los trabajadores de operaciones a los que se remitía el justificante médico y aplicaban las horas correspondientes con cargo a las 35 horas del art. 28.2 del Convenio- testifical de la empresa a preguntas del presidente del Tribunal-

11º.-El día 11-6-2018 la empresa se dirigió a los trabajadores TAMARA MORENO NUÑEZ, OMAR PAZ VILLACREZ y EMILLIAN ARTHUR VOIVOCEANU comunicándoles que había sobrepasado las 35 horas de consultas médicas a que tenían derecho, rogándoles que conforme al art. 28.2 del Convenio adaptasen sus futuras visitas médicas a sus tiempos de descanso y recordándoles que el permiso era para asistir a consultas médicas.

12º.- Damos por reproducida la carta de despido de fecha 26-9-2.018 remitida por la dirección de Ilunion Contact Center S.A al trabajador OMAR DENNYS PAZ VILLACREZ en la que se le imputa haber disfrutado de un total de 105 horas destinadas a reposo domiciliario, justificándolas con partes médicos que la Inspección médica había reputado falsos.

13º.- Previa Convocatoria a los Comités de Madrid el día 30-11- 2.018 la empresa comunicó a la RLT de dicho centro su intención de variar la política de reconocimiento de ausencias imputables a las 35 horas del art. 28.2 del Convenio- conforme-.

14º.- Damos por reproducidos los correos electrónicos remitidos por CCOO a la dirección de las empresas en fechas 25-1-2019, 1 y 4 de febrero de 2.019- descriptores 8 a 11- en los que se da cuenta de la denegación de ausencias justificadas con partes médicos de reposo imputables a las 35 horas del meritado precepto convencional.

15º.-Habiéndose promovido procedimiento de mediación ante el SIMA por parte de CCOO el día 27 -2-2019 se suscribió acta de aplazamiento a fin de que las partes estudiaran la propuesta de mediación que realizaron los mediadores- descriptor 12 que damos por reproducido.- El día 5 -3-2.019 se suscribió acta de desacuerdo al no aceptarse la propuesta de los mediadores».

QUINTO.- Contra la expresada resolución se preparó recurso de casación a nombre de las mercantiles Ilunion Contact Center, S.A., e Ilunion CEE Contact Center, S.A. Su Letrado, Sr. Sr. Pérez Morales, en escrito de fecha 6 de junio de 2019, formalizó el correspondiente recurso, basándose en los siguientes motivos: PRIMERO.- Al amparo del art. 207.d) LRJS, por error de hecho en la apreciación de la prueba obrante en autos, solicita la modificación del hecho probado octavo. SEGUNDO.- Al amparo del art. 207.e) LRJS, por infracción del art. 3.1.c) ET.

SEXTO.- Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar improcedente el recurso.

SÉPTIMO.- Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 29 de marzo actual, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antecedentes y términos del litigio.

En el seno de la modalidad procesal de conflicto colectivo se debate sobre la validez de una decisión empresarial. Los demandantes consideran que se trata de una modificación sustancial de condiciones de trabajo (MSCT) de alcance colectivo, introducida prescindiendo de los requisitos aplicables en tal caso, sin haber seguido el procedimiento legalmente exigido.

Los sindicatos demandan sostienen que era necesario acudir al procedimiento de MSCT porque se está suprimiendo una condición más beneficiosa (CMB). Por el contrario, la empleadora descarta que haya habido algo diverso a una tolerancia por parte de ciertos mandos intermedios y defiende la validez de su decisión.

El recurso que resolvemos cuestiona la crónica judicial de instancia, de modo que solo una vez cerrada la misma podremos afrontar, en su caso, el debate de fondo.

1. Conflicto colectivo.

A) Con fecha 7 de marzo de 2019 la Federación de Servicios de Comisiones Obreras (CCOO) interpuso demanda de conflicto colectivo en materia de MSCT contra dos sociedades unipersonales del mismo grupo: Ilunion Contact Center, S.A. e Ilunion CEE Contact Center, S.A.

Acompañada de diversa documentación y de sus argumentos, la demanda solicita “la nulidad de la medida adoptada unilateralmente por las empresas consistente en suprimir el uso de las 35 horas médicas del Convenio para reposo domiciliario sin parte de baja de los propios trabajadores y trabajadoras prescrito por el facultativo correspondiente mediante el oportuno justificante así como para atender a los hijos menores que se encuentren en edad de asistir a pediatra y a ascendientes mayores de sesenta y cinco años, en los casos en que, como

consecuencia de la visita médica, el facultativo prescriba reposo domiciliario sin parte de baja, mediante el oportuno justificante y subsidiariamente la improcedencia de la misma.

B) Con fecha 26 de marzo de 2019 la Confederación General del Trabajo (CGT) interpone una demanda de conflicto colectivo impugnando la MSCT que atribuye a las dos empresas ya citadas.

La demanda acaba interesando “la nulidad de la medida que se pretende adoptar por la empresa”, así como el reconocimiento del derecho a disfrutar de las 35 horas médicas previstas en el convenio tanto para “los casos en que el facultativo correspondiente prescriba reposo domiciliario sin parte de baja al trabajador” cuanto “para atender a los hijos menores o a ascendientes mayores de sesenta y cinco años, previa asistencia al facultativo correspondiente que emita el correspondiente justificante recomendando reposo domiciliario”.

C) A la vista de la “identidad de las acciones ejercitadas”, mediante Auto de 27 de marzo de 2019, la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional acordó acumular los dos conflictos colectivos.

3. Sentencia de instancia.

Mediante su sentencia 58/2019 de 26 de abril la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional estima parcialmente las demandas. Considera acreditado que las empresas (en todas plataformas excepto Jaén) venían reconociendo el derecho de los trabajadores a aplicar las 35 horas médicas del convenio a casos de reposo domiciliario sin baja, documentado en parte médico, tanto para ellos como para familiares.

Para quienes prestan su actividad con adscripción al centro de Jaén concluye que ni se ha acreditado la existencia de la CMB ni es posible desconocer el efecto de cosa juzgada derivado de una previa sentencia de conflicto colectivo dictada por el Juzgado de lo Social y devenida firme.

La constatación de una decisión empresarial de desconocer una CMB de efectos colectivos, prescindiendo de los trámites establecidos al efecto en el art. 41.4 E.T, ha de llevarnos a declarar, como se interesa por las actoras con carácter principal, la nulidad de la decisión empresarial y la reposición de los trabajadores a la situación previa a la misma (art. 138. 7, párrafo 3º de la LRJS), lo que implica el consiguiente reconocimiento del derecho.

4. Recurso de casación.

Disconformes con la referida resolución, con fecha 6 de junio de 2019, el Abogado y representante de las mercantiles condenadas interpone recurso de casación.

Lo estructura en dos motivos, el primero de ellos dedicado a la revisión de los hechos probados. El segundo, cimentado sobre el anterior, para denunciar la infracción del artículo 3.1.c del Estatuto de los Trabajadores, por entender que la sentencia ha considerado concurrente una CMB que no ha quedado acreditada.

5. Impugnaciones del recurso.

En el seno del trámite previsto por el artículo 211.1 LRJS, debidamente representados y asistidos, han presentado escritos de impugnación al recurso los sindicatos Central Sindical Independiente de Funcionarios (CSIF; el 17 de junio de 2019); CCOO (18 junio 2019); CGT (24 junio 2019); Unión General de Trabajadores (UGT; 26 junio 2019).

Todos ellos niegan que concurren los requisitos para acceder a la revisión fáctica instada y sostienen, en consecuencia, que el Tribunal de instancia no ha cometido la infracción normativa denunciada por el recurso.

6. Informe del Ministerio Fiscal.

Con fecha 17 de octubre de 201 el representante del Ministerio Fiscal ante esta Sala Cuarta emite el Informe contemplado en el artículo 214 LRJS. S inclina por la improcedencia del recurso, puesto que la revisión de hechos pretende sustituir la imparcial valoración de la prueba por la propia y la infracción denunciada es inexistente.

7. Precisiones sobre el debate casacional.

A) La cuestión litigiosa estriba en determinar si las empresas demandadas venían reconociendo a los trabajadores a título de CMB el derecho a imputar las 35 horas para visitas médicas que reconoce convenio a supuestos no previstos en el mismo. La comprensión del litigio, aun antes de fijar los hechos, aconseja examinar el tenor del convenio colectivo.

B) Las empresas demandadas se hallan dentro del campo aplicativo del II Convenio colectivo de ámbito estatal del sector de Contact Center (antes Telemarketing) (código de convenio número 99012145012002), publicado en BOE de 12 de julio de 2017 y vigente desde el 30 de mayo de 2017 (art. 5º). El artículo 28 regula los permisos retribuidos y, salvo en la medida necesaria para adoptar un lenguaje no sexista, reproduce el tenor del anterior convenio; aquí interesa examinar con detalle su apartado 2:

“El personal tendrá derecho al uso de hasta 35 horas retribuidas al año, para asistir a consultas de médicos de la Seguridad Social, debiendo avisar con la mayor antelación posible y debiendo presentar la justificación oportuna. No obstante ello, las personas afectadas

procurarán adaptar, cuando así resulte posible, sus horas de visitas médica a sus tiempos de descanso”.

C) En consecuencia, de prosperar el recurso de las empresas, quienes en ella prestan sus servicios tendrían el derecho a las treinta y cinco horas anuales para asistir a consultas médicas propias, pero no podrían subsumir en ellas los supuestos que el fallo de la sentencia identifica: 1º) Casos en que el facultativo correspondiente prescriba reposo domiciliario sin parte de baja al trabajador mediante el oportuno justificante; 2º) Atender a los hijos menores, previa asistencia al facultativo correspondiente; 3º) En las mismas condiciones, atender a los ascendientes mayores de sesenta y cinco años

D) Los sindicatos se han aquietado con la estimación parcial de la demanda, de modo que ya no cabe revisar la decisión de instancia acerca de la situación de las personas que prestan servicios con adscripción a la plataforma de Jaén.

SEGUNDO.- Revisión de los hechos (Motivo 1º del recurso).

Siguiendo el orden lógico que establece el artículo 207 LRJS al enumerar las causas o motivos en que puede basarse el recurso de casación y el propio del escrito que lo formaliza, hemos de comenzar examinando con detalle la solicitud de revisión fáctica que suscita el primer motivo de recurso (Fundamento Segundo).

El artículo 207.d) LRJS admite la posibilidad de que se articule un recurso de casación fundado en el *"error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obren en autos que demuestren la equivocación del juzgador, sin resultar contradicho por otros elementos probatorios"*. En concordancia, el artículo 210.2.b LRJS dispone que *"en los motivos basados en error de hecho en la apreciación de la prueba deberán señalarse de modo preciso cada uno de los documentos en que se fundamente y el concreto extremo a que se refiere, ofreciendo la formulación alternativa de los hechos probados que se propugna"*.

Antes de examinar las revisiones postuladas hemos de recordar las limitaciones y funcionalidad que esa cuarta apertura del artículo 207 LRJS posee. El precepto no permite la reconsideración plena del material probatorio. Se limita, por el contrario, a posibilitar un reexamen excepcional de la declaración de hechos probados cuando a la luz de ciertas pruebas (de carácter documental), se acredite que algún extremo de la misma es, sin duda, equivocado. Las consecuencias de esta configuración legal son múltiples puesto que condiciona las posibilidades reales de que la revisión de hechos probados se produzca en casación.

1. El hecho probado cuya revisión se solicita.

A) El relato judicial que las empleadoras consideran erróneo es el albergado en el hecho probado octavo. Se trata de una descripción fáctica crucial para el correcto enfoque del litigio. Por lo tanto, resulta inexcusable su atenta consideración:

8º.- La empresa ha venido admitiendo que las 35 horas del actual art. 28 del Convenio pudieran destinarse por los trabajadores de todos sus centros, excepto en el de Jaén, además de las finalidades previstas en dicho precepto y en el Acuerdo de 2017 para reposo domiciliario sin parte de baja de los propios trabajadores y trabajadoras prescrito por el facultativo correspondiente mediante el oportuno justificante y para atender a los hijos menores que se encuentren en edad de asistir a pediatra y ascendientes mayores de sesenta y cinco años, en los casos en que, como consecuencia de la visita médica, el facultativo prescriba reposo domiciliario sin parte de baja, mediante el oportuno justificante. Para justificar tales ausencias retribuidas con cargo a las 35 horas de asistencia médica que reconoce el art. 28.2 del Convenio, los trabajadores remitían por correo electrónico los justificantes médicos de las ausencias al correo electrónico de la central de operaciones de la empresa- testifical de CCOO y descriptores 40 y ss, 81 y 82 y 101 y 102.-, al menos desde el año 2012 y hasta el mes de diciembre de 2018.

B) En el Fundamento de Derecho Segundo la sentencia advierte que el relato de hechos probados “descansa bien en hechos conformes, bien las fuentes de prueba que en los mismos se expresan”.

De ese modo, para comprender el fundamento de lo dado como cierto por la Sala de la Audiencia Nacional, hay que estar a los documentos obrantes en los descriptores mencionados cinco de ellos nominalmente), así como a la prueba testifical que indica el relato fáctico antes transcrito.

C) En el Fundamento de Derecho Tercero la sentencia explicita con mayor detalle las causas de su convicción acerca de lo ocurrido. A saber, que la empresa ha venido reconociendo de forma tácita el derecho reclamado por las siguientes razones:

“1.- De la prueba practicada por CCOO- en concreto solicitudes y justificaciones de las ausencias, así como nóminas correspondientes a los meses en que se efectuó el descanso se ha acreditado que dicha práctica se ha venido reconociendo por la empresa desde al menos el año 2.012, lo que alguno de los testigos propuestos por dicha parte ha datado todavía en fechas precedentes.

2.- Los propios actos de las empresas demandadas evidencian que nos encontramos ante un derecho reconocido como tal por la dirección de las mismas y que en modo alguno puede resultar atribuible a la dejación de sus funciones de los mandos intermedios por cuanto que:

a.- la empresa al tener conocimiento de que por parte de determinados trabajadores – tres en concreto- se están las superando las 35 horas de ausencia retribuida del art. 28.2 del Convenio mediante horas destinadas a reposo, si bien recuerda a los trabajadores el contenido del art. 28.2 del Convenio, no sanciona a ninguno de los mismos por hacer un uso indebido del permiso, ni sanciona a ninguno de los mandos intermedios o responsables de personal que han tolerado dicha práctica- que sin duda ocasiona pérdidas a las empresas-, procediendo a despedir a uno de los trabajadores antes referidos por causa distinta de haber utilizado las horas por finalidad distinta de la prevista en el Convenio cual es el haber falsificado los permisos;

b.- si bien las Normas de Obligado Cumplimiento- que las demandadas notificaban a toda su plantilla -no contemplaban la justificación de este tipo de ausencias, lo cierto es que los trabajadores- conocedores de las mismas-, las justificaban, tal justificación era admitida por sus responsables correspondientes- que se supone que también conocían las NOC- y remitida a las oficinas centrales de la empresa, donde se verificaba el justificante y se imputaba la ausencia a las 35 horas, mecánica esta que excede de la mera tolerancia y que implica un reconocimiento tácito del derecho”.

2. Alcance del motivo.

A) El motivo en examen interesa una modificación fáctica al entender que la Sala de instancia ha tenido por probado algo que no puede ser, ya que la prueba practicada *no permite tener por probado* que fuera práctica habitual y mantenida en el tiempo la licencia retribuida por reposo domiciliario que pretenden los demandantes. Y ello en base a los descriptores 131 a 134.

B) Expone que ningún documento acredita que la licencia se haya otorgado en los centros de Logroño, Santander, Oviedo o Bilbao; que nunca se ha otorgado en lugar alguno licencia por reposo de ascendiente; que en Madrid, Barcelona y Sevilla no es generalizado el uso de la licencia; que las “Normas de Obligado Cumplimiento y las notificaciones personales acreditan que las horas son solo para visitas médicas; que la prueba practicada no permite acceder la conclusión acogida en el HP impugnado.

C) Como resultado de todas esas afirmaciones, acaba proponiendo la siguiente redacción del HP Octavo:

La empresa ha tolerado que las 35 horas del actual art. 28 del Convenio pudieran destinarse por los trabajadores del centro de trabajo de Madrid, además de las finalidades previstas en dicho precepto y en el Acuerdo de 2017 para reposo domiciliario sin parte de baja de los propios trabajadores.

Para justificar tales ausencias retribuidas con cargo a las 35 horas de asistencia médica que reconoce el art. 28.2 del Convenio, los trabajadores remitían por correo

electrónico los justificantes médicos de las ausencias al correo electrónico de la central de operaciones de la empresa- testifical de CCOO y descriptores 40 y ss, 81 y 82 y 101 y 102.-, al menos desde el año 2012 y hasta el mes de diciembre de 2018.

3. Exigencias para que proceda la revisión interesada.

A) El peligro de que el acudimiento al Tribunal Supremo se convierta en una nueva instancia jurisdiccional, contra lo deseado por el legislador y la propia ontología del recurso explican las limitaciones legales y jurisprudenciales existentes en orden a la revisión de hechos probados. La previsión legal permite solicitar la corrección de las eventuales contradicciones entre los hechos que se dan como probados y los que se deduzcan de las pruebas documentales practicadas. Reiterada jurisprudencia como la reseñada en SSTS 28 mayo 2013 (rec. 5/20112), 3 julio 2013 (rec. 88/2012), 25 marzo 2014 (rec. 161/2013), 2 marzo 2016 (rec. 153/2015) viene exigiendo, para que el motivo prospere:

1. *Que se señale con claridad y precisión el hecho cuestionado (lo que ha de adicionarse, rectificarse o suprimirse).*
2. *Bajo esta delimitación conceptual fáctica no pueden incluirse normas de Derecho o su exégesis. La modificación o adición que se pretende no debe comportar valoraciones jurídicas. Las calificaciones jurídicas que sean determinantes del fallo tienen exclusiva -y adecuada- ubicación en la fundamentación jurídica.*
3. *Que la parte no se limite a manifestar su discrepancia con la sentencia recurrida o el conjunto de los hechos probados, sino que se delimite con exactitud en qué discrepa.*
4. *Que su errónea apreciación derive de forma clara, directa y patente de documentos obrantes en autos (indicándose cuál o cuáles de ellos así lo evidencian), sin necesidad de argumentaciones o conjeturas [no es suficiente una genérica remisión a la prueba documental practicada].*
5. *Que no se base la modificación fáctica en prueba testifical ni pericial. La variación del relato de hechos únicamente puede basarse en prueba documental obrante en autos y que demuestre la equivocación del juzgador. En algunos supuestos sí cabe que ese tipo de prueba se examine si ofrece un índice de comprensión sobre el propio contenido de los documentos en los que la parte» encuentra fundamento para las modificaciones propuestas*
6. *Que se ofrezca el texto concreto conteniendo la narración fáctica en los términos que se consideren acertados, enmendando la que se tilda de equivocada, bien sustituyendo o suprimiendo alguno de sus puntos, bien complementándolos.*
7. *Que se trate de elementos fácticos trascendentes para modificar el fallo de instancia, aunque puede admitirse si refuerza argumentalmente el sentido del fallo.*
8. *Que quien invoque el motivo precise los términos en que deben quedar redactados los hechos probados y su influencia en la variación del signo del pronunciamiento.*

9. *Que no se limite el recurrente a instar la inclusión de datos convenientes a su postura procesal, pues lo que contempla es el presunto error cometido en instancia y que sea trascendente para el fallo. Cuando refuerza argumentalmente el sentido del fallo no puede decirse que sea irrelevante a los efectos resolutorios, y esta circunstancia proporciona justificación para incorporarla al relato de hechos, cumplido -eso sí- el requisito de tener indubitado soporte documental.*

B) No todos los datos que figuran en la prueba de las partes han de tener acceso a relación de hechos probados de la sentencia, sino únicamente aquéllos que resulten trascendentes para el fallo. La revisión fáctica propuesta ha de ser trascendente para la resolución del litigio, es decir, de entidad suficiente para hacer variar el signo del pronunciamiento de instancia, pues en otro caso resultaría inútil. En efecto, "la inclusión de hechos probados solo debe efectuarse con respecto a aquéllos que sean esenciales para la resolución de la cuestión debatida, en el sentido de trascendentes para modificar el pronunciamiento impugnado, y que hayan sido objeto de debate y prueba precedente por haber sido alegados oportunamente por las partes" (STS de 27 de marzo de 2000, rcud 2497/1999). Lo que conduce a rechazar aquéllas modificaciones que carecen de trascendencia para la resolución del litigio y que únicamente se justifican porque la redacción propuesta es de mayor agrado del recurrente, pues, reiteramos, el error debe ser trascendente en orden a alterar el sentido del fallo de la resolución recurrida (STS 11 de febrero de 2014, rec. 27/2013).

C) No puede pretender el recurrente, de nuevo, la valoración total de las pruebas practicadas o una valoración distinta de una prueba que el juzgador "a quo" ya tuvo presente e interpretó de una determinada manera, evitando todo subjetivismo parcial e interesado en detrimento del criterio judicial, más objetivo, imparcial y desinteresado. Por ello, la jurisprudencia excluye que la revisión fáctica pueda fundarse "salvo en supuestos de error palmario... en el mismo documento en que se ha basado la sentencia impugnada para sentar sus conclusiones, pues como la valoración de la prueba corresponde al Juzgador y no a las partes, no es posible sustituir el criterio objetivo de aquél por el subjetivo juicio de evaluación personal de la recurrente" (STS 6 junio 2012, rec. 166/2011, con cita de otras muchas).

4. Consideraciones de la Sala.

A) La arquitectura del motivo sobre revisión de lo acaecido colisiona con las limitaciones propias de un recurso tan extraordinario como el de casación. En realidad, lo que hacen las mercantiles recurrentes es sustituir la valoración de la prueba realizada por el Tribunal de instancia por la propia. Sin embargo, es la Sala

de la Audiencia Nacional quien ha dispuesto de la inmediación característica del juicio oral y podido aquilatar el alcance tanto de las pruebas documentales cuanto de la testifical, cual indica la propia redacción del HP Octavo.

B) Como apunta el Ministerio Fiscal, lo que pretende el recurso es obtener unas conclusiones distintas de las que obtiene la Sala al valorar la prueba practicada. Observando ésta, y en particular los Hechos Probados 8º, 10º, y el Fundamento de Derecho Tercero en sus puntos 1 y 2, no cabe sino entender, como hace la sentencia, una valoración que apunta a reconocer a los trabajadores el derecho a dotar de un régimen homogéneo en cuanto al uso de las 35 horas del actual art. 28.2 del Convenio colectivo a todas ellas.

C) La redacción propuesta ha interesado la supresión de importantes componentes fácticos que posee el HP Octavo, argumentando que la prueba practicada no los acredita.

A este respecto hemos de recordar que la denominada prueba negativa carece de virtualidad revisoria en el ámbito de la casación social. La STS 938/2020 de 23 octubre (rec. 174/2019), con cita de diversos antecedentes, recuerda que no es admisible que se pretenda suprimir determinadas declaraciones fácticas porque, a juicio de la parte recurrente, no exista prueba que lo avalen. Es constante la doctrina de la Sala que, respecto de lo que podría denominarse prueba negativa, ha señalado que "no cabe la denuncia de error de hecho en casación exclusivamente amparada en la mera alegación de prueba negativa , es decir, sosteniendo que no se ha practicado en juicio prueba alguna que acredite la conclusión fáctica que recoge la sentencia y que en trámite de casación se cuestiona.

D) Sin tener en cuenta las consideraciones que la sentencia realiza en el Fundamento Tercero (a las que hemos aludido en el presente apartado 1.C), lo que acaba haciendo el recurso es volver a valorar los mismos documentos que el Tribunal de instancia. No solo se trata de una prueba negativa, sino de valoración reiterada, de invocación genérica y sin que aparezca palmariamente la comisión de error alguno que hubiéramos de enmendar.

E) Por descontado, la referencia a que ha habido solo una tolerancia empresarial comporta una valoración jurídica que predetermina el fallo, contradice la realidad acreditada y no puede aceptarse.

TERCERO.- Las condiciones de trabajo y su modificación sustancial (Motivo 2º del recurso).

1. Formulación del motivo.

El artículo 207.e) LRJS permite la casación basada en “Infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate”. A través de tal cauce el segundo motivo del recurso denuncia que la sentencia ha infringido el artículo. 3.1.c) del Estatuto de los Trabajadores, conforme al cual los derechos y obligaciones de la relación laboral pueden regularse “Por la voluntad de las partes, manifestada en el contrato de trabajo, siendo su objeto lícito y sin que en ningún caso puedan establecerse en perjuicio del trabajador condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y convenios colectivos antes expresados”.

La argumentación insiste en que de la prueba solo se desprende que existía una mera tolerancia de ciertos mandos intermedios, nunca la voluntad empresarial.

2. Sentencia recurrida y preceptos relevantes.

A) La SAN 58/2019, tras pormenorizar los hechos probados (que permanecen incólumes al haber fracasado el anterior motivo de recurso), considera que existe una verdadera CMB y que la empresa la ha eliminado sin seguir el procedimiento legalmente exigido al efecto.

Invoca, como fundamentos principales de su decisión, las previsiones del artículo 41 ET y 138 LRJS.

B) El artículo 41 ET (“Modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo”) dispone lo siguiente:

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

Tendrán la consideración de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, entre otras, las que afecten a las siguientes materias:

- a) Jornada de trabajo.*
- b) Horario y distribución del tiempo de trabajo.*
- c) Régimen de trabajo a turnos.*
- d) Sistema de remuneración y cuantía salarial.*
- e) Sistema de trabajo y rendimiento.*
- f) Funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el artículo 39.*

C) En dicho artículo 41, su apartado 4 se ocupa de los aspectos procedimentales, en los siguientes términos:

Sin perjuicio de los procedimientos específicos que puedan establecerse en la negociación colectiva, la decisión de modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo deberá ir precedida de un periodo de consultas con los representantes legales de los trabajadores, de duración no superior a quince días, que versará sobre las causas motivadoras de la decisión empresarial y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como sobre las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados [...]

D) Por su lado, el artículo 138.7.IV LRJS prescribe que se declarará nula la decisión empresarial de MSCT que se adopte “eludiendo las normas relativas al periodo de consultas”.

3. Criterio de la Sala.

La desestimación de este segundo motivo aparece como inevitable consecuencia de que no haya prosperado el de revisión de los hechos. Son dos las premisas (por lo demás, indiscutidas en el propio recurso) de nuestra decisión: 1ª) A tenor de ellos hechos probados, ha existido una MSCT. 2º) No se ha seguido el procedimiento legalmente exigido.

Seguidamente, con brevedad, recordamos los trazos básicos de ambas.

4. Existencia de una MSCT.

A) En SSTs como las de 11 de diciembre de 1997 (rec. 1281/1997), 22 de septiembre de 2003 (rec. 122/2002), 10 de octubre de 2005 (rec. 183/2004), 26 de abril de 2006 (rec. 2076/2005), 17 abril 2012 (rec. 156/2011), 25 noviembre 2015 (rec. 229/2014), 12 septiembre 2016 (rec. 246/2015), entre otras muchas, se sienta doctrina de alcance general sobre qué significa que un cambio sea sustancial.

Por modificación sustancial de las condiciones de trabajo hay que entender aquéllas de tal naturaleza que alteren y transformen los aspectos fundamentales de la relación laboral, entre ellas, las previstas en la lista “ad exemplum» del art. 41.2 pasando a ser otras distintas, de un modo notorio, mientras que cuando se trata de simples modificaciones accidentales, éstas no tienen dicha condición siendo manifestaciones del poder de dirección y del “ius variandi» empresarial. Ha de valorarse la importancia cualitativa de la modificación impuesta, su alcance temporal y las eventuales compensaciones pactadas, pues de tales circunstancias dependerá que la intensidad del sacrificio que se impone al trabajador, haya de ser calificado como sustancial o accidental, lo que conlleva que, en cada caso habrá que analizar las circunstancias concurrentes.

B) En esas sentencias se destaca la imposibilidad de trazar una noción dogmática de "modificación sustancial» y la conveniencia de acudir a criterios empíricos de casuismo, sosteniéndose al efecto por autorizada doctrina que es sustancial la variación que conjugando su intensidad y la materia sobre la que verse, sea realmente o potencialmente dañosa para el trabajador. Para calificar la sustancialidad de una concreta modificación habrá de ponderarse no solamente la materia sobre la que incida, sino también sus características, y ello desde la triple perspectiva de su importancia cualitativa, de su alcance temporal e incluso de las eventuales compensaciones.

C) Modificaciones sustanciales son aquellas de tal naturaleza que alteran y transforman los aspectos fundamentales de la relación laboral, en términos tales que pasan a ser otros de modo notorio. El supuesto del artículo 41 ET, en suma, solo contempla los casos en que la MSCT se produce por iniciativa unilateral de la empresa pero al amparo de causas determinadas. *"La norma facilita, entonces, el ajuste racional de las estructuras productivas a las sobrevenidas circunstancias del mercado, fruto de la variable situación económica, con el objetivo de procurar el mantenimiento del puesto de trabajo en lugar de su destrucción, atendiendo así a fines constitucionalmente legítimos, como son garantizar el derecho al trabajo de los ciudadanos (art. 35.1 CE), mediante la adopción de una política orientada a la consecución del pleno empleo (art. 40.1 CE), así como la libertad de empresa y la defensa de la productividad (art. 38 CE)"*, por asumir los términos de la STC 8/2015, de 22 de enero.

D) En nuestro caso no se ha discutido el carácter sustancial de la privación del derecho a disfrutar la licencia por horas médicas en supuestos adicionales al previsto en el convenio colectivo. Lo que se ha cuestionado es la existencia del derecho, que no su entidad.

A la vista de ello, máxime cuando están en juego importantes derechos de conciliación de la vida personal y familiar (art. 39.1 CE), esta primera premisa resulta obvia: la empresa ha adoptado una decisión que comporta un cambio sustancial en las condiciones de prestación de la actividad laboral.

5. Nulidad de la supresión unilateral de una condición sustancial de trabajo.

El examen de cuanto se expresa en los hechos probados ha desembocado en la conclusión de que las empresas demandadas has venido reconociendo de forma tácita el derecho de quienes en ellas trabajan a imputar los reposos domiciliarios

prescritos por facultativo al efecto, ya fueran propios o de familiares, a las 35 horas que el Convenio sectorial reconoce para asistencia a consultas médicas.

A partir de ahí, la decisión empresarial no puede considerarse válida toda vez que ha obviado los cauces exigidos por el artículo 41 ET. En los hechos probados decimotercero y decimocuarto así se constata, además de que el recurso en modo alguno pretende lo contrario.

En consecuencia, la segunda premisa de nuestra decisión deriva directamente del tenor del expuesto artículo 138.7.IV LRJS: es nula la decisión empresarial de MSCT que se adopta “eludiendo las normas relativas al periodo de consultas”.

CUARTO.- Resolución.

La desestimación de los dos motivos del recurso comporta, de conformidad con el Informe del Ministerio Fiscal, que también deba serlo el recurso, en su integridad. La sentencia recurrida no ha incurrido en ninguna de las infracciones denunciadas.

Las previsiones del artículo 235.2 LRJS abocan a que cada una de las partes litigantes soporte las costas que le haya generado este recurso.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido :

1º) Desestimar el recurso de casación interpuesto por las mercantiles Ilunion Contact Center, S.A., e Ilunion CEE Contact Center, S.A., representadas y defendidas por el Sr. Pérez Morales.

2º) Declarar la firmeza de la sentencia nº 58/2019 dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, de 26 de abril de 2019, en autos nº 65/2019 y acumulados 78/2019, seguidos a instancia de la Federación de Servicios CC.OO. y la Confederación General del Trabajo (CGT) contra Ilunion CEE Contact Center, S.A., Ilunion Contact Center, S.A., la Federación Estatal de Servicios de la Unión General de Trabajadores (FES-UGT) y la Central Sindical Independiente de Funcionarios (CSIF), sobre conflicto colectivo.

3º) No realizar pronunciamiento especial en materia de costas, debiendo asumir cada parte las propias.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.