



**AUD.NACIONAL SALA DE LO SOCIAL
MADRID**

SENTENCIA: 00058/2019

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Social

**Letrada de la Administración de Justicia:
D^a. MARTA JAUREGUIZAR SERRANO**

SENTENCIA N^o: 58/19

Fecha de Juicio: 24/4/2019 a las 10:30

Fecha Sentencia: 26/4/19

Tipo y núm. Procedimiento: CONFLICTOS COLECTIVOS 0000065 /2019

Proc. Acumulados: 78/19

Materia: CONFLICTO COLECTIVO

Ponente: RAMÓN GALLO LLANOS

Demandante/s: CONFEDERACION GENERAL DEL TRABAJO (CGT),
FEDERACION DE SERVICIOS CCOO

Demandado/s: 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, ILUNION CONTACT CENTER SA

Resolución de la Sentencia: ESTIMATORIA PARCIAL

Breve Resumen de la Sentencia: *Conflicto colectivo. Supresión de CMB en empresas de contact center respecto del uso de las 35 horas de ausencia retribuida para asistencia a consultas médicas. Las demandadas en todas sus plataformas excepto en Jaén venían reconociendo el derecho de los trabajadores a aplicar dichas horas en casos de reposo domiciliario sin baja documentado en parte médico, tanto para ellos como para familiares.*



Se trata de una CMB y no de un mero acto de tolerancia. Su supresión prescindiendo de los trámites del art. 41.4 E.T debe reputarse como nula.

AUD.NACIONAL SALA DE LO SOCIAL

-

GOYA 14 (MADRID)

Tfno: 914007258

Correo electrónico:

Equipo/usuario: JGH

NIG: 28079 24 4 2019 0000066

Modelo: ANS105 SENTENCIA

CCO CONFLICTOS COLECTIVOS 0000065 /2019

Procedimiento de origen: /

Sobre: CONFLICTO COLECTIVO

Ponente Ilmo. Sr: D. RAMÓN GALLO LLANOS

SENTENCIA 58/19

ILMO. SR. PRESIDENTE:

D. RICARDO BODAS MARTÍN

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

D^a. EMILIA RUIZ-JARABO QUEMADA, D. RAMÓN GALLO LLANOS

En MADRID, a veintiséis de abril 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 núm. DEMANDA 00065/2019 y acumulados 78/2019 seguido por demandas de, FEDERACION DE SERVICIOS CCOO (representada por el letrado D. Armando García López) y CONFEDERACION GENERAL DEL TRABAJO (CGT) (representada por la letrada D^a M^a Aránzazu Escribano Clemente) sobre CONFLICTO COLECTIVO frente a ILUNION CEE CONTACT CENTER SA, ILUNION CONTACT CENTER SA (ambas representadas por D. Iván Fernández Chico y asistidas del letrado D.



Juan José Pérez Montes) UNION SINDICAL OBRERA (representada por la letrada D^a. M^a Eugenia Moreno Díaz), FEDERACION ESTATAL DE SERVICIOS DE LA UNION GENERAL DE TRABAJADORES (FES-UGT) (representada por el letrado D. Roberto Manzano Del Pino) y CENTRAL SINDICAL INDEPENDIENTE Y DE FUNCIONARIOS (CSIF), (representada por el letrado D. Pedro Poves Oñate), ha sido Ponente el Ilmo. Sr. D RAMÓN GALLO LLANOS que expresa el parecer del Tribunal.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. - Según consta en autos, el día 7 de marzo de 2019 se presentó demanda CCOO sobre conflicto colectivo.

Dicha demanda fue registrada con el número 65/2.019 por Decreto de fecha 8 de marzo de 2019 en el que se fijó como fecha para los actos de conciliación y juicio el día 4 de abril de 2019.

Por D.O de 20 de marzo de 2019 se fijó como nueva fecha para dichos actos el día 20 de marzo de 2019.

Segundo. - El día 20 de marzo de 2019 se presentó demanda por CGT sobre conflicto colectivo que fue registrada con el número 78/2019.

Por Auto de 27 de marzo de 2019 se acordó **acumular** a las presentes actuaciones instadas por la FEDERACION DE SERVICIOS CCOO, en materia de CONFLICTO COLECTIVO y registrada bajo el número **65/19**, la demanda registrada bajo el número **78/19** en materia de CONFLICTO COLECTIVO e instada por la CONFEDERACION GENERAL DEL TRABAJO, manteniéndose el señalamiento para el día 24 de abril 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:

El letrado de CCOO se afirmó y ratificó en su demanda solicitando se dicte Sentencia estimatoria de la misma en 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.

En sustento de su petición refirió que las empresas demandadas forman parte de un grupo mercantil el cual se encuentra fusionado desde el año 2015 con la Corporación empresarial de la ONCE, así como que dichas empresas se encuentran en el ámbito de aplicación del II Convenio colectivo de Contact Center suscrito el día 30-5-2.017.

Adujo que el meritado convenio en su art. 28 reconoce al personal hasta un máximo de 35 horas retribuidas al año para asistir a consultas de médicos de la Seguridad Social- precepto este que trae causa del art. 29 del III Convenio colectivo de Telemarketing (años 2004-2006)-, regulando el art. 63 los complementos en los supuestos de IT, a ello añadió que la Sección sindical de CCOO y las empresas llegaron a un Acuerdo en fecha 19-2-2.017 en virtud del cual la *a empresa aceptaba que las horas médicas retribuidas recogidas en el art. 29 del III Convenio Colectivo Estatal para el Sector de Telemarketing fueran 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.

Destacó que las empresas venían admitiendo que las 35 horas del actual art. 28 del Convenio pudieran destinarse 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.

Alegó que el 27-11-2018 la empresa manifestó su intención de modificar el destino de las 35 horas, sin especificar en qué forma se efectuaría, y que a partir del 25-1-2019 empezaron a llegar quejas a CCOO relativas a denegación de uso de los 35 horas en caso de reposo domiciliario, bien para uso propio o para menores o ascendientes, así como para asistencia a urgencias médicas, sin que, en ese momento, ante lo cual CCOO remitió correos a la empresa que no fueron atendidos, por lo que presentó papeleta de mediación ante el SIMA, celebrándose el acto el 27-2-2019 en el que el representante de la empresa manifestó la decisión de suprimir el uso de las 35 horas médicas para reposo domiciliario proponiendo la empresa lo siguiente: *“En los supuestos de que dentro de la jornada laboral el personal tuviera que ir al médico y se prescribiera reposo domiciliario sin parte de baja, se incluiría a cuenta del permiso de consulta médica del art. 28.2 del convenio sectorial, el tiempo que transcurra desde la consulta médica hasta la finalización de la jornada de ese día, siempre que se aportase justificante de reposo.-. Cuando las circunstancias señaladas en el punto anterior se produjeran fuera de la jornada laboral, se consideraría permiso retribuido, en los términos del art. 28.2 del convenio, toda la jornada laboral del personal que se acreditase con un parte de reposo domiciliario emitido tras consulta médica, con un máximo de tres ocasiones anuales no consecutivas”*, celebrándose posteriores reuniones en dicho marco no alcanzándose acuerdo el día 5 de marzo de 2019.

Consideró que el uso consentido por la empresa era una CMB, y que, por tanto, su supresión solo podía efectuarse con arreglo al art. 41 E.T, por lo que debía reputarse nula la decisión empresarial, al no haber seguido el trámite previsto en tal precepto, o subsidiariamente, injustificada al no haberse invocado causa alguna.

La letrado de CGT se afirmó y ratificó en su demanda solicitando se dictase sentencia en 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.

En sustento de su petición efectuó alegaciones similares a las realizadas por CCOO.

El resto de las organizaciones sindicales comparecientes mostraron su adhesión a la demanda.

Las empresas se opusieron a la demanda solicitando se dictase sentencia desestimatoria de la misma.

Adujeron que siendo las mismas empresas dedicadas al Contact center, que cuentan con plataformas internas (en Sevilla, Madrid y Barcelona) y externas en Jaén, Logroño, Oviedo, Santander y Bilbao, y que en 2007 se firmaron 2 acuerdos uno con la Sección Sindical de CCOO en el centro de Madrid y otro con el Comité de empresa de Sevilla, acuerdos estos que se extendieron a otros centros, pero no al de Jaén.

Refirió que el centro de Jaén fue adquirido a una tercera empresa y que por Sentencia de 23-7-2.018 del Juzgado de lo Social número 4 de Jaén se descartó la existencia de CMB alguna.

Negó que existiera la CMB invocada de contraria, sino que simplemente, ha existido una tolerancia por parte de los coordinadores y supervisores de algunas plataformas, de admitir el disfrute de días de reposo sin baja con cargo a las 35 horas del Convenio, siendo dicha tolerancia imputable únicamente a los mandos intermedios y no a la dirección de la empresa.

Señaló que la empresa tuvo conocimiento de dicha práctica con ocasión de un trabajador que había disfrutado de forma excesiva de horas de reposo en el mes de septiembre de 2018, comprobando que había falsificado los partes médicos, tras evacuar consulta a la Inspección Médica, ante lo cual procedió a su despido, así como a comunicar que los partes de reposo no dan derecho a los trabajadores al disfrute de las 35 horas del art. 28 del Convenio, las cuales son únicamente para asistencia médica.

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

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 Jaén, que es plataforma externa, que tiene 200 trabajadores, se ha extendido porque no se ha alcanzado acuerdo ya que se pedía aplicar un plan de igualdad que existía en la anterior adjudicatoria. Esto dio pie a una demanda en el juzgado social núm. 4 de Jaén, en que se niega el derecho al uso de las 35 horas a diferentes cuestiones que están establecidas en art. 28 del convenio. - La empresa dispone de normas de obligado cumplimiento no negociadas que contienen procedimiento sancionador, premios retribuidos y ausencias en NOC de Madrid, Santander, Barcelona, no aparece el reposo, sí las visitas a los médicos privados y de mayores y menores. - En NOC los supuestos de ausencia por enfermedad tienen que notificarse al responsable y acudir al médico para que le dé parte de reposo o baja. - Se contempla en intervención quirúrgica, ambulatoria, si se tiene derecho al reposo retribuido. - En septiembre de 2018 la empresa constata que un trabajador acumuló partes de reposo y pidió que se subsumieran en 35 horas y la inspección médica constató que eran falsos y se despidió al trabajador. - El reposo domiciliario se ha admitido por mandos de la empresa sin autorización expresa de la empresa que se cargaron a bolsa de 35 horas. -Desde 2018 se ha venido advirtiendo que los trabajadores que querían que el parte de reposo se introdujera en 35 horas. Se dijo que no.



Hechos pacíficos: - Una de las empresas, ILLUNION CEE CONTACT CENTER es centro especial de empleo. - Las dos empresas forman parte del grupo ONCE. Se aplica el convenio Contact Center. - Las empresas tienen plataformas internas en centros de Madrid, Sevilla y Barcelona, externas normalmente relacionadas con contratos públicos en Jaén, Logroño, Oviedo, Santander y Bilbao. - El 19-2-07 servicio de telemarketing y Center alcanzan acuerdo con sección sindical de CCOO de Madrid que esta reproducido en cursiva en el hecho 7º de la demanda. - Tres días después solo servicios de telemárketin y el comité de empresa Service llegan a un acuerdo similar. - Estos acuerdos se han extendido unilateralmente por la empresa a Barcelona. - También se han trasladado a Oviedo, Santander y Logroño. - El 27-11-18 la empresa comunica a la representación de Madrid la problemática para expresar su posición empresarial.

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

HECHOS PROBADOS

PRIMERO. – 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-.

SEGUNDO. - 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- .

TERCERO. - 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 2015su 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-.

CUARTO. - 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.

QUINTO. - 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”.

SEXTO. - 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 consanguineidad o afinidad.”- conforme-

SÉPTIMO. - 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-

OCTAVO.- 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.

NOVENO.- 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-

DÉCIMO. - 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-.

UNDÉCIMO. - 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.

DUODÉCIMO. - 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.

DÉCIMOTERCERO. - 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-.

DÉCIMOCUARTO. - 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.

DÉCIMOQUINTO. - 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.

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, sin perjuicio de lo que resolverá en el fundamento de derecho tercero de la presente resolución.

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 las fuentes de prueba que en los mismos se expresan.

TERCERO.- Expuestos como han sido en el tercero de los antecedentes de hecho de la presente resolución las peticiones de las actoras y los hechos argumentados en su sustento y las razones que expuso el letrado de las empresas para el rechazo de dichos pedimentos hemos de señalar que la cuestión principal que debe dilucidarse en la presente resolución no es otra que determinar si las empresas demandadas, como se sostiene por las distintas organizaciones venía reconociendo a los trabajadores a título CMB el derecho a imputar las 35 horas para visitas médicas que reconoce el actual art. 28.2 del II Convenio colectivo estatal del sector del Contact Center a los reposos domiciliarios prescritos médicamente propios o de familiares a cargo del trabajador, o si por el contrario, como se sostiene por las empresas, se trataba de un acto meramente tolerado por los mandos intermedios (supervisores y coordinadores), que desconoció la empresa hasta mediados del año 2.018 en que se comprobaron abusos que fueron atajados de raíz, llegando incluso a despedirse a un trabajador por este motivo.

A tal fin hemos de recordar como hicimos en la SAN de 13-3-2019 (proc. 40/2019) que la Jurisprudencia, por todas STS 12-07-2018, rec. 146/17, que confirmó SAN 15-03-2017, proc. 24/17, ha examinado cuáles son los requisitos que caracterizan la condición más beneficiosa, referida, en aquel caso, a la Cesta de Navidad, del modo siguiente:

"a).- Para empezar, destaquemos que no siempre resulta tarea sencilla determinar si nos hallamos en presencia de una CMB, "pues es necesario analizar todos los factores y elementos para saber, en primer lugar, si existe la sucesión de actos o situaciones en la que se quiere basar el derecho, y en segundo lugar, si realmente es la voluntad de las partes, en este caso de la empresa, el origen de tales situaciones" (recientes, SSTS 07/04/09 -rco 99/08 -; 06/07 / 10 -rco 224/09 -; y 07/07/10 -rco 196/09 -).

b).- Tampoco es ocioso recordar que si bien la construcción de la figura de la CMB -de creación jurisprudencial, basada fundamentalmente en el art. 9.2 LCT- se configuró inicialmente con un carácter individual, alcanzando su consagración, entre otras, en las Sentencias de 31/1061 [Ar. 4363] y 25/10/63 [Ar. 4413], sin embargo esa cualidad inicial -individual- se fue ampliando al admitir la posibilidad de que el beneficio ofertado sin "contraprestación" se concediese también a una pluralidad de trabajadores, siempre que naciese de ofrecimiento unilateral del empresario, que aceptado se incorpora a los respectivos contratos de trabajo; de esta forma, se amplió la fuente origen del beneficio, alcanzando a los actos y pactos de empresa que no tienen naturaleza de convenio, y se llegó a la CMB de carácter colectivo (así, SSTS 30/12/98 -rco 1399/98 -; 06/07 / 10 -rco 224/09 -; y 07/07/10 - rco 196/09 -).

c).- La CMB requiere ineludiblemente que la misma se haya adquirido y disfrutado en virtud de la consolidación del beneficio que se reclama, por obra de una voluntad inequívoca para su concesión, de suerte que la ventaja se hubiese incorporado al nexo contractual precisamente por "un acto de voluntad constitutivo" de una ventaja o un beneficio que supera las fuentes legales o convencionales de regulación de la relación contractual de trabajo (sirvan de ejemplo, entre las últimas, las SSTS 05/06/12 -rco 214/11 -; 26/06 / 12 -rco 238/11 -; 19/12/ 12 -rco 209/11 -).

d). - En todo caso ha de tenerse en cuenta que lo decisivo es la existencia de voluntad empresarial para incorporarla al nexo contractual y que no se trate de una mera liberalidad - o tolerancia- del empresario, por lo que no basta la repetición o persistencia en el tiempo del

disfrute, por lo que es necesaria la prueba de la existencia de esa voluntad de atribuir un derecho al trabajador (SSTS 03/11/92 -rco 2275/91 -; ... 07/07/10 -rco 196/09 -; y 22/09/11 - rco 204/10 -). Y

e). - Finalmente, reconocida una CMB, la misma se incorpora al nexo contractual e impide poder extraerla del mismo por decisión del empresario, pues la condición en cuanto tal es calificable como un acuerdo contractual tácito - art. 3.1.c) ET - y por lo tanto mantiene su vigencia mientras las partes no acuerden otra cosa o mientras no sea compensada o neutralizada en virtud de una norma posterior legal o pactada colectivamente que sea más favorable, siendo de aplicación las previsiones del art. 1091 del CC acerca de la fuerza de obligar de los contratos y del art. 1256 CC acerca de la imposibilidad de modificar los términos del contrato de forma unilateral (como ejemplos cercanos, las SSTS 26/09/11 - rcurd 4249/10 -; 14/10 / 11 -rcud 4726/10 -; y 19/12/12 - rco 209/11 -)".

La sentencia precisó, a continuación, de qué modo puede acreditarse la concurrencia de condición más beneficiosa, cuando su concesión no se manifiesta de manera expresa como tal condición más beneficiosa, del modo siguiente:

No puede establecerse como criterio general y universal que la entrega de la cesta de Navidad constituya un derecho adquirido como condición más beneficiosa, o una simple liberalidad empresarial no vinculante en años sucesivos, lo que justifica que en unos pronunciamientos judiciales se haya reconocido y en otros denegado en función de las específicas y singulares circunstancias concurrentes en cada caso.

Como precisa la STS 3/2/2016, rec. 143/2015 (EDJ 2016/15824), "el origen de la condición más beneficiosa es siempre la voluntad de las partes, si bien el acuerdo entre ellas no necesariamente tiene que ser expreso, sino que, con mucha frecuencia, es tácito y su existencia se demuestra por la permanencia continuada en el tiempo del disfrute de esa condición por parte del trabajador o los trabajadores que la tengan reconocida. Pero ese carácter tácito, basado además en la doctrina de los actos propios, en modo alguno significa que dicha condición se efectúe donandi causa - por mera liberalidad del empresario- y que, por lo tanto, éste la puede suprimir por su propia voluntad unilateral en el momento que desee. El contrato de trabajo tiene naturaleza onerosa y la prestación de trabajo y la contraprestación salarial son obligaciones recíprocas: una es siempre causa de la otra y al revés. Por decirlo sintéticamente, "laboralidad" y "liberalidad" son términos antagónicos y recíprocamente excluyentes. Por ello, el socorrido argumento de la "tolerancia" que, en definitiva, es una suerte de liberalidad, tampoco puede aceptarse por mera afirmación de parte ...".

Precisamente por el carácter tácito de la condición más beneficiosa , la mejor forma de demostrar su existencia es la permanencia continuada en el tiempo del disfrute de esa condición por parte del trabajador o los trabajadores que la tengan reconocida, y en sentido contrario, la mera invocación por la empresa de su voluntad de conceder una simple "liberalidad", no puede prevalecer sobre los elementos objetivos que apunten en dirección contraria, entre los que sin duda adquiere una especial relevancia la permanencia y reiteración en el tiempo y a lo largo de los años de esa actuación empresarial . “

El examen de cuanto se expresa en los hechos probados de la presente resolución desde el prisma de la doctrina que acabamos de exponer, nos ha de llevar a la conclusión, de la empresa ha venido reconociendo de forma tácita el derecho de los trabajadores a imputar los reposos domiciliarios prescritos por facultativo al efecto, ya fueran propios o de familiares a las 35 horas que el Convenio sectorial reconocía para asistencia a consultas médicas, y ello 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.

Y de ello, hemos de inferir que la empresa vino reconociendo el derecho a todos los trabajadores de sus plataformas, excepto en la de Jaén- en la cual como expone la Sentencia del juzgado de lo Social número 4 de dicha capital a la que se hace referencia en el relato histórico de la presente resolución, no consta que se reconociese tal derecho, pues se trata de una plataforma de reciente explotación por parte las demandas siendo su titular anterior la empresa Qualitel.

En todo caso, y por mor de lo dispuesto en el art.222 de la LRJS, la sentencia del juzgado de lo Social de dicha localidad tendría efecto de cosa juzgada respecto de los mismos, lo que afectaría tanto a los argumentos que allí se esgrimieron como a los que pudieran haberse expuesto de conformidad con el art. 400 de la LEC -en este sentido Ss. TS de 8-2-2.018 (rec. 180/2016) y de 25-10-2018 (rec. 203/2017)-.

Se reconoce el derecho a los trabajadores de la plataforma interna de Sevilla así como a las de las externas- con la excepción de Jaén-, pues la decisión empresarial de extender los acuerdos de 19 y 22 de febrero de 2.017 a todas ellas evidencia una intención empresarial, de dotar de un régimen homogéneo en cuanto al uso de las 35 horas del actual art. 28.2 del Convenio colectivo a todas ellas.

CUARTO. – 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, párrafo3º de la LRJS), lo que implica el consiguiente reconocimiento del derecho.

Por todo ello se estimará parcialmente la demanda, respecto de todos los trabajadores de las actoras excepto de los que prestan servicios en la plataforma de Jaén por las razones expuestas.



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

FALLAMOS

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 pediatra 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.

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

Al tiempo de preparar ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional el Recurso de Casación, el recurrente, si no goza del beneficio de Justicia gratuita, deberá acreditar haber hecho el depósito de 600 euros previsto en el *art. 229.1.b de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social*, y, en el caso de haber sido condenado en sentencia al pago de alguna cantidad, haber consignado la cantidad objeto de condena de conformidad con el *art. 230 del mismo texto legal*, todo ello en la cuenta corriente que la Sala tiene abierta en el Banco de Santander Sucursal de la Calle Barquillo 49, si es por transferencia con el nº 0049 3569 92 0005001274 haciendo constar en las observaciones el nº 2419 0000 00 0065 19; si es en efectivo en la cuenta nº 2419 0000 00 0065 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.