



Roj: SAN 1887/2014  
Id Cendoj: 28079240012014100084  
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Social  
Sede: Madrid  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 63/2014  
Nº de Resolución: 88/2014  
Procedimiento: SOCIAL  
Ponente: RAFAEL ANTONIO LOPEZ PARADA  
Tipo de Resolución: Sentencia

### **SENTENCIA**

Madrid, a cinco de mayo de dos mil catorce.

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

### **EN NOMBRE DEL REY**

Ha dictado la siguiente

### **SENTENCIA**

En el procedimiento 0000063/2014 seguido por demanda de FEDERACION DE SERVICIOS FINANCIEROS Y ADMINISTRATIVOS DE COMISIONES OBRERAS (COMFIA-CC.OO)(Letrada Sonia De Pablo Portillo); contra ALTEN SPAIN SA( Letrado Enrique Aparicio Rivas); sobre conflicto colectivo .Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. *D. RAFAEL A. LOPEZ PARADA*

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** Según consta en autos, el día 6 de marzo de 2014 se presentó demanda por la Federación de Servicios Financieros y Administrativos de Comisiones Obreras (COMFIA-CCOO) contra Alten SPAIN S.A., sobre impugnación de modificación sustancial de las condiciones de trabajo en procedimiento de conflicto colectivo.

**Segundo.-** La Sala acordó el registro de la demanda y designó ponente, con cuyo resultado se señaló el día 29 de Abril de 2014 para los actos de intento de conciliación y, en su caso, juicio, al tiempo que se accedía a lo solicitado en los otrosies de prueba

**Tercero.-** Llegado el día y la hora señalados tuvo lugar la celebración del acto del juicio, previo intento fallido de avenencia, y en el que se practicaron las pruebas con el resultado que aparece recogido en el acta levantada al efecto.

**Cuarto . -** La parte demandante se ratificó en su demanda, rectificando la misma en el sentido de suprimir la frase "que la empresa cuelga en la intranet para toda la plantilla" que aparece en el párrafo segundo del hecho cuarto y concretando el suplico, exponiendo a continuación la representante procesal de la misma los motivos que fundaban su pretensión. La empresa demandada alegó en primer lugar la excepción de incompetencia de esta Sala por razón del territorio y a continuación se opuso a la estimación de la pretensión, por los motivos que igualmente argumentó. Todo ello en los términos que resultan del acta del juicio y de la grabación de la vista oral.

**Quinto . -** De conformidad con lo dispuesto en el artículo 85.6 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre , se precisa que los hechos controvertidos y conformes fueron los siguientes:

-Cada empresa fusionada tiene su propio calendario. -La empresa tiene 1300 trabajadores de los que 850 a 900 trabajadores son ingenieros y consultores que prestan su servicio en el domicilio clientes de los clientes.

**HECHOS PACIFICOS:** -La denominación correcta de la empresa es ALTEN Soluciones productos auditoria e ingeniería SA. -La empresa es producto de la fusión de varias compañías por la absorbente Cronos

Ibérica en 1-1- 10. -La empresa tiene centros con representación legal de trabajadores que son Barcelona, Madrid, Valladolid; los centros de Navarra y Cádiz no tienen representación de los trabajadores. -El Convenio aplicable es el 16º de empresas de consultoría. -En ningún centro de la empresa en sus calendarios no se reconoce como trabajo efectivo el tiempo del bocadillo, salvo en el calendario 2010-2011 del centro de Madrid en que se menciona un tiempo de descanso de 15 minutos como tiempo de trabajo efectivo en la jornada intensiva. -El resto de calendarios no se recoge. -En los borradores de las actas de 2014 en los calendarios no se mencionan el tiempo de bocadillo como trabajo efectivo.

Resultando y así se declaran, los siguientes

## HECHOS PROBADOS

**PRIMERO** .- La empresa ALTEN SOLUCIONES PRODUCTOS AUDITORÍA E INGENIERÍA S.A. (ALTEN SPAIN S.A.), proviene de la absorción por parte de la empresa Cronos Ibérica S.A. de otras sociedades con diferentes centros en España, fusión que se produjo en el año 2009 con efectos desde el 1 de enero de 2010. La empresa tiene centros de trabajo en Barcelona, Madrid, Valladolid, Cádiz y Navarra. En los centros de Barcelona, Madrid y Valladolid existe representación legal de los trabajadores electa. En la empresa se aplica el XVI Convenio colectivo estatal de empresas de consultoría y estudios de mercado y de la opinión pública.

**SEGUNDO** .- El XVI Convenio colectivo estatal de empresas de consultoría y estudios de mercado y de la opinión pública se publicó en el Boletín Oficial del Estado de 4 de abril de 2009, con una vigencia pactada hasta el 31 de diciembre de 2009, pactándose en su artículo 5 que una vez denunciado el convenio y hasta tanto no se logre acuerdo expreso, perderán vigencia sus cláusulas obligacionales y se mantendrá en vigor el contenido normativo del convenio, añadiendo el artículo 4 que la prórroga se produciría "en tanto no inicie su vigencia el XVII Convenio Colectivo Estatal , en los términos del artículo 5". El número 2 de su artículo 1, regulador de su ámbito funcional, dispone que "también están incluidas en el ámbito funcional del presente Convenio, y obligadas por él, las empresas de servicios de informática..."

Su artículo 23 dispone lo siguiente:

"Artículo 20. Jornada laboral.

1. Hasta el 31 de diciembre de 2008, la jornada ordinaria máxima de trabajo efectivo, en cómputo anual, será la resultante de lo establecido en el artículo 34.1 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores . Su distribución semanal podrá pactarse con los representantes de los trabajadores en la empresa teniendo en cuenta que en ningún caso, se podrán realizar más de nueve horas ordinarias diarias de trabajo efectivo. De acuerdo con lo establecido en el vigente artículo 37.2 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores , ninguna fiesta laboral será recuperable.

2. A partir del año 2009, la jornada ordinaria máxima de trabajo efectivo, en cómputo anual, será de 1.800 horas anuales, sin perjuicio, en todo caso, de las jornadas actualmente pactadas más favorables para los trabajadores. Su distribución semanal podrá pactarse con los representantes de los trabajadores en la empresa teniendo en cuenta que en ningún caso, se podrán realizar más de nueve horas ordinarias diarias de trabajo efectivo. De acuerdo con lo establecido en el artículo 37.2 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores , ninguna fiesta laboral será recuperable.

Las Empresas sujetas a este Convenio disfrutarán de jornada intensiva en el mes de agosto con la duración semanal máxima prevista en el punto 3 siguiente. Las Empresas que ofrezcan a sus trabajadores jornadas intensivas de mayor duración que la pactada en este Convenio, o días no laborables, aunque fueren «recuperables», adicionales a los festivos nacionales, autonómicos y locales aplicables, podrán realizar, en el año 2009, un máximo de 1.808 horas anuales, sin perjuicio, en todo caso, de las jornadas actualmente pactadas más favorables para los trabajadores.

3. Las empresas que tengan establecida jornada intensiva durante el verano no podrán rebasar las treinta y seis horas semanales durante el período en que la tengan implantada, salvo pacto con los representantes de los trabajadores.

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

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

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

7. Todo trabajador desplazado a otra empresa por razón de servicio, se atenderá al horario del centro de trabajo de destino, si bien en cuanto al cómputo de las horas trabajadas mensualmente, se respetarán las existentes en su empresa de origen".

**TERCERO.-** En los calendarios laborales elaborados por la empresa previa consulta a los representantes de los trabajadores de los distintos centros no se contempla la realización de un descanso de bocadillo o café, ni se prevé nada sobre el mismo, ni esa cuestión ha figurado en la consulta de los calendarios con los representantes legales de los trabajadores, con las excepciones de los calendarios anuales de los centros de Madrid de los años 2010 y 2011. En estos dos calendarios laborales de dichos años y de dicho centro, únicos en los que se ha recogido alguna mención al descanso de bocadillo o café, se recoge un descanso de 15 minutos durante el periodo del año de jornada intensiva y expresamente se dice que se computa como tiempo de trabajo efectivo.

**CUARTO.-** El 21 de septiembre de 2006 el responsable del centro de Valladolid, que entonces pertenecía a la empresa Algor, posteriormente absorbida, D. Fidel , dirigió un correo electrónico a toda la plantilla del centro indicando cuál era el horario de jornada partida entre el 15 de septiembre y el 15 de junio y al respecto indicaba que se permitiría una salida de 20 minutos como máximo por la mañana, "aunque no es de obligado cumplimiento por parte de la empresa".

**QUINTO.-** En el centro de trabajo de Madrid durante el periodo de año de jornada intensiva los trabajadores hacen durante la mañana una pausa de quince minutos (descanso de bocadillo o café). Para ello algunos trabajadores salen del centro y otros permanecen en el mismo. Desde el año 2009 están instalados en el centro unos tornos para el control de la entrada y salida de los trabajadores, quedando registradas entradas y salidas. La salida para el descanso de café de aquellos trabajadores que salen del centro queda registrada, mientras que el descanso de aquellos otros que no abandonan el centro queda sin registrar. Hasta febrero de 2014 no se exigía a ningún trabajador recuperar el tiempo empleado en el descanso del café. A partir del año 2014 se ha modificado el sistema de control de entradas y salidas implantando además de los tornos un control biométrico (huella dactilar) para comprobar la identidad de la persona que pasa.

**SEXTO.-** En el centro de trabajo de Barcelona los trabajadores hacen durante la mañana una pausa de veinte minutos dentro de la jornada (descanso de bocadillo o café). Las entradas y salidas en el centro de trabajo habían de registrarse fichando en el sistema instalado. No se exigía a ningún trabajador recuperar el tiempo empleado en el descanso del café. A partir del año 2014 se ha introducido un sistema de control de entradas y salidas implantando tornos con control biométrico (huella dactilar).

**SÉPTIMO.-** En el centro de trabajo de Valladolid los trabajadores hacen durante la mañana una pausa de veinte minutos dentro de la jornada (descanso de bocadillo o café). El sistema de control horario se basa en unas "hojas de actividad" firmadas por el trabajador y no exige registrar entradas ni salidas, todo ello bajo la supervisión del director del centro, si bien se está preparando un sistema para registrar las entradas y salidas que todavía no ha entrado en funcionamiento. No se exigía a ningún trabajador recuperar el tiempo empleado en el descanso del café.

**OCTAVO.-** El día 7 de febrero de 2012 la dirección de la empresa dirigió a los empleados una nota con el siguiente tenor literal:

"Estimados empleados/as:

Por la presente os recordamos cierta normativa que ya era de aplicación y plenamente vigente en la empresa, para evitar malos entendidos y contratiempos que se pudieran originar al respecto, una vez que se han instalado los tornos de acceso en diferentes centro de trabajo de ALTEN SPAIN.

1. - El descanso comúnmente conocido como "tiempo del bocadillo o café" no computará como tiempo de trabajo efectivo en ningún caso.

a) En el supuesto de aquellos trabajadores que presten sus servicios en jornada partida, se establece que podrán efectuar, si así lo quisieran, una pausa de duración máxima de 20 minutos durante la jornada de

trabajo matinal. Este tiempo disfrutado deberá ser recuperado por el trabajador durante la propia jornada de trabajo en que se haya producido este descanso.

b) Los trabajadores que presten sus servicios en jornada continuada seguirán las mismas normas que las estipuladas en la letra anterior. Además, aquellos trabajadores que tengan establecida una jornada continua igual o superior a 6 horas, de conformidad con el artículo 34.4 del Estatuto de los Trabajadores, deberán disfrutar obligatoriamente de un descanso de al menos 15 minutos, el cual será recuperable a todos los efectos conforme a las mismas reglas que las recogidas en la letra a) del presente.

c) Los descansos que se realicen durante la jornada intensiva de verano también serán recuperables, debiendo cumplirse por completo el tiempo de trabajo efectivo establecido en cada uno de los correspondientes calendarios.

d) Sin perjuicio de todo lo anterior, en virtud de lo establecido en el artículo 20.7 del Convenio Colectivo de Empresas de Consultoría y Estudios de Mercado y de la Opinión Pública de aplicación en la Empresa, aquellos trabajadores desplazados por razones de servicios, se atenderán a los horarios de trabajo de los centros de destino, respetando por consiguiente las correspondientes normativas que puedan existir en cada uno de los centros de trabajo de los clientes de ALTEN.

2- Las pausas que los trabajadores efectúen con el fin de fumar no serán consideradas como tiempo de trabajo efectivo, debiendo ser recuperadas durante la propia jornada de trabajo, cumpliendo de este modo con la jornada establecida en los calendarios laborales o por acuerdo en aquellos supuestos de jornadas a tiempo parcial o reducidas".

Se han cumplido las previsiones legales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- De conformidad con lo dispuesto en los artículos 9.5 y 67 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en relación con lo establecido en el artículo 8 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, compete el conocimiento del proceso a la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional. Alega la empresa demandada la falta de competencia de esta Sala para conocer del presente litigio, dado que el mismo se proyecta sobre tres centros de trabajo diferentes, que son los de Madrid, Barcelona y Valladolid, cada uno con sus concretas características y situación. Ocurre sin embargo que lo que se impugna es una modificación sustancial de las condiciones de trabajo determinada por un único acto de la empresa, de fecha 7 de febrero de 2014, que unifica para todos los centros y trabajadores el régimen del descanso diario de "bocadillo o café", determinando que en el conjunto de la empresa no tiene la consideración de tiempo de trabajo efectivo. No es controvertido que, por el número de trabajadores, afectados, se trate de una medida de naturaleza colectiva, por lo cual la misma, de estimarse modificación sustancial de las condiciones de trabajo (que es controvertido), puede ser impugnada por el procedimiento de conflicto colectivo, conforme a los artículos 41.5 del Estatuto de los Trabajadores y 153.1 de la Ley de la Jurisdicción Social. Se trata además de una medida única, determinante de un régimen unificado sobre el descanso controvertido en toda la empresa. Y por ello, conforme al artículo 8 de la Ley jurisdiccional, la competencia corresponde a esta Sala, dado que se trata de materia incluida en la letra h) del artículo 2 de la Ley que extienda sus efectos a un ámbito territorial superior al de una Comunidad Autónoma. Y ello aunque la modificación, de existir, no afecte a todos los trabajadores de la empresa, ni a todos los centros de la misma, ni las condiciones de trabajo previamente existentes y modificadas por el acto empresarial fueran, en su caso, iguales para todos los trabajadores. Lo que determina la competencia del órgano judicial es la pretensión y ésta consiste en la anulación de una decisión empresarial cuyos efectos se extienden sobre un conjunto de centros y trabajadores dispersos en diferentes Comunidades Autónomas.

**SEGUNDO**. - De conformidad con lo prevenido en el artículo 97.2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, se expresa que los hechos declarados probados se han deducido de las pruebas siguientes:

El ordinal primero no es controvertido.

El ordinal segundo resulta del texto publicado en el Boletín Oficial que se cita, siendo además norma jurídica bajo el ámbito del principio iura novit curia.

El ordinal tercero no es controvertido.

El ordinal cuarto resulta del documento obrante en el descriptor 21 de los autos, que ha sido reconocido por la empresa.



El ordinal quinto resulta: En cuanto a la realización del descanso en el periodo de jornada intensiva, de la prueba testifical practicada, siendo concordantes los testigos que han depuesto sobre dicho tema (D<sup>a</sup> Esther , D. Ricardo y D. Valeriano ) en cuanto a la realización del descanso, existiendo discrepancias en cuanto a la exigencia de recuperación del tiempo invertido en el mismo. En cuanto a la existencia de un sistema de control de entradas y salidas, a partir de febrero de 2014 no es controvertido, mientras que la existencia de turnos desde el año 2009 y el uso de los mismos en relación con el control de salida para el descanso de los trabajadores que abandonaban el centro resulta de la testifical de D<sup>a</sup> Esther , que en relación con dicho extremo, por la precisión del detalle a preguntas del presidente de la Sala, resulta creíble. Lo relativo a la no exigencia de recuperación resulta de la valoración de la prueba en el siguiente sentido: El artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil exige tomar en consideración la facilidad y disponibilidad probatoria. Ha quedado acreditado que existía un control de entradas y salidas en el centro por lo menos desde 2009 y que los trabajadores que salían a tomar café fuera del mismo habían de pasar dicho control. Es más, el artículo 35.5 del Estatuto de los Trabajadores dispone que la jornada de cada trabajador se debe registrar día a día, lo que es obligación de la empresa y por tanto no podría verse favorecida por el incumplimiento de su obligación. Por tanto, a la empresa corresponde la disponibilidad de los registros existentes para acreditar la recuperación de horas que afirma, lo que no ha hecho. Frente a ello existe prueba de que ese descanso, que se disfrutaba en el periodo de jornada intensiva (no queda acreditado que se hiciera en otro momento), no era recuperable, como así se dejó constancia expresa en los calendarios laborales del centro de los años 2010 y 2011 (descriptores 29 y 30).

El ordinal sexto resulta: En cuanto a la realización del descanso en el periodo de jornada intensiva, de la prueba testifical practicada, siendo concordantes los testigos que han depuesto sobre dicho tema (D. Juan Manuel , D. Ricardo , D. Andrés y D. Valeriano ) en cuanto a la realización del descanso, existiendo discrepancias en cuanto a la exigencia de recuperación del tiempo invertido en el mismo. Considera esta Sala probada la existencia de un control de entradas y salidas por la testifical de D. Juan Manuel , que es concordante con el documento obrante en el descriptor 3 (reiterado en el 22) y además dicho control se pone de manifiesto por el comité de empresa en el acta de negociación del calendario laboral de 2014, habiendo desaparecido al instalarse los turnos, sin réplica alguna de la empresa recogida en el acta, en el que también se pone de manifiesto igualmente la no recuperación del tiempo de bocadillo (página primera del descriptor 44). Aunque el documento de los descriptores 3 y 22 no ha sido reconocido por la empresa en el acto del juicio, esta Sala lo valora porque claramente corresponde a Alten Tic, que es la empresa titular del centro de Barcelona hasta su absorción y por su extensión y contenido es claro que se trata de un documento interno de aquella empresa, a partir del cual se da por probado, exclusivamente, que en dicho centro la salida de los trabajadores para el descanso por bocadillo o café se registraba. Es más, el artículo 35.5 del Estatuto de los Trabajadores dispone que la jornada de cada trabajador se debe registrar día a día, lo que es obligación de la empresa y por tanto no podría verse favorecida por el incumplimiento de su obligación. Por tanto, a la empresa corresponde la disponibilidad de los registros existentes para acreditar la recuperación de horas que afirma, lo que no ha hecho.

El ordinal séptimo resulta: En cuanto a la realización del descanso en el periodo de jornada intensiva, de la prueba testifical practicada, siendo concordantes los testigos que han depuesto sobre dicho tema (D. Constantino , D. Ricardo y D. Valeriano ) en cuanto a la realización del descanso, existiendo discrepancias en cuanto a la exigencia de recuperación del tiempo invertido en el mismo. Considera esta Sala probado que no existía un control rígido de entradas y salidas por la testifical de D. Constantino , coincidente en este punto con la versión sostenida por la empresa. Es todo caso el artículo 35.5 del Estatuto de los Trabajadores dispone que la jornada de cada trabajador se debe registrar día a día, lo que es obligación de la empresa que por tanto no puede verse favorecida por el incumplimiento de su obligación. En el caso concreto del centro de Valladolid se da por acreditado que dicho control se lleva a cabo por una "hoja de actividad" rellena por cada trabajador en base a la testifical de D. Constantino , concordante con lo establecido en el folio 24 del documento obrante en el descriptor 45, correspondiente a instrucciones que se entregan a los trabajadores de nueva contratación de la empresa, documento obrante dentro del ramo de prueba de la propia empresa demandada. Por tanto, a la empresa corresponde la disponibilidad de los registros existentes para acreditar la recuperación de horas que afirma, lo que no ha hecho, teniendo en cuenta además que el correo electrónico que figura en el ordinal cuarto de los hechos probados acredita que no se obligaba a la recuperación de dichos descansos y, aunque en él se manifieste que el descanso no era de obligado respeto por la empresa, lo cierto es que ha quedado acreditado, conforme a todas las testificales relevantes, incluidas las de los responsables empresariales, que dicho descanso se disfrutaba. Lo controvertido sería si se obligaba a su recuperación y esto, por lo indicado, no se considera acreditado. No en vano esta es la práctica concordante de todos los centros de trabajo y respecto a todos ellos cabe añadir que la propia decisión empresarial manifestada en su nota de 7 de febrero

de 2014 demuestra, precisamente, que lo que la empresa intenta es que a partir de dicha fecha se deje de computar ese tiempo de bocadillo o café como tiempo de trabajo con carácter general en toda la empresa.

El ordinal octavo resulta del documento obrante en autos en el descriptor 4.

**TERCERO** . - Por consiguiente ha quedado acreditado que los trabajadores de los centros de trabajo de Madrid, Barcelona y Valladolid disfrutaban hasta la decisión empresarial de 7 de febrero de 2014 de un descanso en la jornada de mañana en los términos señalados en los hechos probados, computándose el mismo como tiempo de trabajo efectivo. No ha quedado acreditado que los trabajadores de otros centros, ni los trabajadores destacados en empresas clientes, que se han de regir, según el artículo 20.7 del convenio colectivo aplicable, por el horario de las mismas, disfrutasen de igual régimen.

La cuestión estriba entonces en determinar si la decisión comunicada a los trabajadores el 7 de febrero de 2014 de computar tales descansos como tiempo de trabajo efectivo constituye, para esos trabajadores que seguían un régimen distinto, una modificación sustancial de las condiciones de trabajo que había de regirse y tramitarse por el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores .

No se cuestiona por las partes su naturaleza colectiva, por el número de trabajadores afectados, lo que supone que, en el caso de darse una respuesta afirmativa, procedería declarar su nulidad en aplicación del artículo 138.2 de la Ley de la Jurisdicción Social, norma que, aunque referida a la impugnación individual, ha de entenderse igualmente aplicable en el caso de la impugnación colectiva por el procedimiento de conflicto colectivo.

**CUARTO** . - La pretensión del sindicato actor se apoya en dos consideraciones. La primera es que el cómputo como trabajo efectivo del tiempo de bocadillo en los centros de Madrid, Barcelona y Valladolid en los términos en que se venía disfrutando y que constan en los hechos probados (con exclusión, por consiguiente, de los trabajadores de los centros de Cádiz y Navarra y de todos los trabajadores destacados en empresas clientes), constituye una condición beneficiosa que no puede ser abolida unilateralmente por la empresa. La otra es que la nota de 7 de febrero de 2014, al considerar como tiempo de trabajo el descanso de bocadillo o café, constituye una modificación sustancial de condiciones de trabajo de naturaleza colectiva que debería haberse tramitado conforme al artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores , esto es, previo desarrollo de un periodo previo de consultas y con los demás requisitos allí contenidos. Frente a ello la tesis de la empresa consiste en sostener que las horas de descanso de bocadillo o café no eran consideradas anteriormente como tiempo de trabajo, sino que habían de recuperarse por los trabajadores y que si en algún caso no se recuperaban era por mera tolerancia empresarial, al mantenerse un sistema laxo de control de la jornada.

La tesis empresarial se fundamenta en unos determinados hechos que son contrarios a los que se han declarado probados. Ello no obstante no puede conducir per se a la estimación de la demanda, porque en virtud del principio iura novit curia esta Sala ha de valorar la fundamentación jurídica de la pretensión para acceder o denegar la misma. En definitiva partimos de una situación en la cual durante años los trabajadores han venido disfrutando de un descanso de bocadillo o café durante la mañana, en los términos recogidos en los hechos probados, sin recuperar dicho tiempo mediante una prolongación de jornada equivalente, siendo conocido por la empresa sin objeción, pero sin que se haya producido nunca un reconocimiento expreso de tal derecho, con la excepción del centro de Madrid, donde se recogió en los calendarios laborales de 2010 y 2011. No puede entenderse, por el contrario, como reconocimiento expreso de un derecho el correo electrónico del director del centro de Valladolid del año 2006, puesto que en aquel correo expresamente se avisaba de que no era "de obligado cumplimiento por parte de la empresa".

**QUINTO** . - Los conceptos jurídico-laborales de "condición más beneficiosa" y de "condición de trabajo" del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores no son coincidentes en su origen histórico y lógica jurídica. Ambos conceptos nacen en el contexto de dos sistemas diferentes de intervención administrativa en las relaciones laborales.

En cuanto a la condición más beneficiosa o "mejora", la misma aparecía en el último párrafo del artículo 11 de la Ley de Reglamentaciones de Trabajo de 16 de octubre de 1942 . Dicho artículo decía en primer lugar que las "condiciones con arreglo a las cuales han de desenvolverse las relaciones entre las empresas y su personal" se regulaban directamente por las Reglamentaciones de Trabajo (complementadas por la Orden de 31 de diciembre de 1945, que regulaba las condiciones de trabajo en las actividades no reglamentadas y, en el caso de empresas de más de 50 trabajadores fijos, por los Reglamentos de Régimen Interior). Y a continuación también decía que esas condiciones establecidas en las Reglamentaciones tenían "el carácter de mínimas y obligatorias, por cuyo motivo son susceptibles de mejora por libre y espontánea determinación

de los empresarios, hecha figurar en sus Reglamentos de Régimen Interior o en las relaciones de trabajo convenidas con su personal".

Ha de hacerse notar que poco después el Decreto de 31 de marzo de 1944, sobre política de salarios, declaró nulos y sin efecto todos los acuerdos adoptados por los empresarios que elevasen el salario fijado por las Reglamentaciones de Trabajo, salvo previa aprobación expresa del Ministerio de Trabajo en los términos de dicho Decreto y la posterior Orden de 16 de enero de 1948. La sumisión a aprobación administrativa de las "mejoras" o "condiciones más beneficiosas" en materia salarial permitía fácilmente su identificación, puesto que las que no constasen expresamente en resolución administrativa autorizatoria carecerían de toda existencia legal. Pero cuando se suprimió tal intervención administrativa y se retomó plenamente el carácter disponible, en favor del trabajador, de las condiciones de trabajo fijadas en las Reglamentaciones de Trabajo (después llamadas Ordenanzas Laborales) se planteó el problema de la identificación de las mismas, máxime cuando se partía de su carácter no revocable incluso si no deviniesen de pacto, sino de mera decisión empresarial unilateral. Incluso en tal supuesto de decisión unilateral, la jurisprudencia les confirió carácter contractual y vinculante una vez aceptadas tácitamente por el trabajador, aceptación manifestada por el hecho de su disfrute de hecho. En todo caso, incluso cuando tenían el carácter de colectivas, al reconocerse a toda o parte de la plantilla, la jurisprudencia les atribuyó naturaleza contractual individual. Todo lo cual se siguió aplicando una vez que los convenios colectivos sustituyeron plenamente a las antiguas Ordenanzas Laborales.

Así, tal y como describe Onesimo , no hubo problema en reconocer la virtualidad obligatoria de las condiciones más beneficiosas individuales (sentencia del Tribunal Supremo, Sala Sexta, de 31 de mayo de 1979, así como sentencias del Tribunal Central de Trabajo de 15 y 18 de octubre de 1979 y 30 de mayo de 1981 ), incluso cuando hubiesen sido otorgadas unilateralmente por el empresario sin estar obligado a ello por pacto o norma alguna, entendiéndose que el transcurso del tiempo y la regularidad sin contradicción de su disfrute las convertía en derecho adquirido, consolidado ( sentencias del Tribunal Central de Trabajo de 5 de septiembre de 1982 , 8 de marzo y 1 y 9 de diciembre de 1983 , 5 de marzo de 1985 , 17 de marzo , 23 de julio , 9 de octubre y 20 de noviembre de 1986 y 3 de febrero de 1987 ), haciéndose así inmunes a la sucesión de normas colectivas, sin perjuicio, en su caso, de su compensación y/o absorción. Por otra parte la jurisprudencia también admitió, en los mismos términos, la mejora o condición más beneficiosa resultante de decisiones del empresario de alcance colectivo, pero confiriéndoles siempre naturaleza individual, ad personam ( sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 25 de mayo de 1988 ), esto es, entendiéndose que el colectivo de trabajadores beneficiario de la decisión empresarial que mejora sus condiciones sobre lo establecido en la norma de mínimos pasa a adquirir dicho derecho de forma individual aunque plural, contractualizado para todos y cada uno de sus beneficiarios.

Por otra parte la jurisprudencia también excluyó de la contractualización las mejoras derivadas de conductas empresariales no concluyentes de una voluntad de concesión de un derecho. Específicamente admitió que el transcurso del tiempo en el disfrute de la mejora con conocimiento empresarial y sin oposición alguna por parte del empleador era determinante de la voluntad de su concesión, frente a lo cual habría que distinguirse aquellas situaciones de mera tolerancia en las cuales el empresario hubiera podido omitir el ejercicio de su potestad sancionadora o la aplicación de otras consecuencias disciplinarias o desfavorables para los trabajadores, pero sí hubiera invocado de forma expresa y sostenida su carácter graciable o la obligación de los trabajadores de atenerse a sus condiciones de trabajo pactadas ( sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 26 de febrero de 1986 ). A falta de actos concluyentes del empresario que permitan deducir que se trata de una situación de mera tolerancia, el transcurso del tiempo determina la adquisición del derecho ( sentencias del Tribunal Central de Trabajo de 16 de abril de 1983 , 15 de febrero de 1984 u 11 de abril de 1985 ).

Esta doctrina jurisprudencial sigue plenamente vigente, como pone de manifiesto la sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2011 (recurso 209/2011 ), que dice lo siguiente:

" La Sala en sus sentencias de 14 de marzo de 2005 (R. 71/2004 ), 3 de diciembre de 2008 (R. 4114/07 ), 26 de julio de 2010 (R. 230/09 ), 17 de septiembre de 2010 (R. 245/09 ), 28 de octubre de 2010 (R. 4416/09 ) y 26 de septiembre de 2011 (R. 149/10 ) entre otras, ha señalado: "La doctrina de esta Sala tiene declarado -SSTS de 29-3-2002 (rec.- 3590/1999 ) o 20-11-2006 (rec.- 3936/05 )- con cita de otras anteriores "que para que pueda sostenerse la existencia de una condición más beneficiosa es preciso que ésta se haya adquirido y disfrutado en virtud de la consolidación del beneficio que se reclama, por obra de una voluntad inequívoca de su concesión ( sentencia de 16 de septiembre de 1992 , 20 de diciembre de 1993 , 21 de febrero de 1994 , 31 de mayo de 1995 y 8 de julio de 1996 ), de suerte que la ventaja que se concede se haya incorporado al nexo contractual "en virtud de un acto de voluntad constitutivo de una concesión o



reconocimiento de un derecho" ( sentencias de 21 de febrero de 1994 , 31 de mayo de 1995 y 8 de julio de 1996 ) y se pruebe, en fin, "la voluntad empresarial de atribuir a sus trabajadores una ventaja o un beneficio social que supera a los establecidos en las fuentes legales o convencionales de regulación de la relación contractual de trabajo" ( sentencia de 25 de enero , 31 de mayo y 8 de julio de 1996 ). La doctrina de esta Sala es concluyente en el sentido de entender que reconocida una condición más beneficiosa esta condición se incorpora al nexo contractual y ello impide poder extraerlo 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 y pervive 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 en el caso las previsiones del art. 1091 del CC acerca de la fuerza de obligar de los contratos y el art. 1256 CC acerca de la imposibilidad de modificar de forma unilateral. En este sentido se ha pronunciado de forma reiterada esta Sala en diversas sentencias entre las que pueden citarse como más recientes las SSTs de 29-3-2002 (rec.- 3590/99 ), 20-11-2006 (rec.- 3936/05 ), 12-5-2008 (rec.- 111/07 ) o 13-11-2008 (rec- 146/07 )".

Y añade después:

"... los trabajadores afectados por el presente recurso han venido disfrutando de la condición más beneficiosa que les reconoce la sentencia recurrida con el conocimiento y consentimiento de la empresa que aceptó esa ventaja desde el primer día... Cierto que se produjeron otros actos aislados y puntuales contrarios a esta práctica, pero, como ese proceder continuado y diario durante años, ha sido tolerado siempre por la empresa hay que entender que los trabajadores han adquirido el derecho a disfrutar del mismo. Si, realizado un acto obstativo al disfrute del derecho, la empresa hubiese insistido en su postura y sancionado a los que no acataban sus órdenes, podría entenderse que los trabajadores no llegaron a adquirir el derecho, pero como, tras el acto obstativo, se consintió que continuara el "modus operandi" anterior durante mucho tiempo, es claro que con esa conducta pasiva la empresa aceptó tácitamente el beneficio cuestionado..."

Lo que es congruente, en definitiva, con la doctrina tradicional del Tribunal Central de Trabajo que admitía, como hemos visto, la adquisición de la mejora por el disfrute de la misma por el transcurso del tiempo con conocimiento del empresario y sin oposición por parte de éste ( sentencias del Tribunal Central de Trabajo de 16 de abril de 1983 , 15 de febrero de 1984 u 11 de abril de 1985 ).

Ha de añadirse que esta Sala de la Audiencia Nacional ha mantenido el mismo criterio consolidado y que en su sentencia de 17 de junio de 2013 en el procedimiento 178/2013 (que la parte demandada invoca y que fue dictada, no lo olvidemos, en procedimiento de conflicto colectivo y no en impugnación de modificación sustancial de condiciones de trabajo), entendió que no existía mejora sino mera tolerancia o ausencia de sanción porque, como se justifica en los fundamentos de la misma, en base al análisis casuístico de aquel supuesto, la empresa no tenía un conocimiento fehaciente de los concretos incumplimientos, por existir un régimen de control horario laxo que le impedía tener cabal conocimiento de la realización de jornadas diarias inferiores a las convencionalmente exigidas y porque, además, la empresa había manifestado por diversas vías y de manera reiterada su posición contraria a la conducta de los trabajadores, con independencia de que decidiera no ejercitar su derecho de controlar estrictamente los horarios y sancionar los incumplimientos. Las circunstancias son diferentes en el caso que ahora resolvemos.

**SEXTO** .- La institución de la "modificación sustancial de las condiciones de trabajo" tiene un origen y significado diferente, aunque también procede de la regulación de una modalidad de intervención administrativa en las condiciones de trabajo. Por Decreto de 29 de noviembre de 1935 el Gobierno hizo uso de la autorización concedida por la Ley de 25 de junio de 1935, estableciendo medidas de intervención, a través de los Jurados Mixtos, en empresas que se vieran precisadas "a despedir obreros por falta de trabajo", con objeto de obligar a evitar los despidos "mediante el establecimiento de turnos de trabajo o reducción de días semanales de labor". Esa norma fue derogada y sustituida en 1944 por el Decreto de 26 de enero de 1944, regulador del "procedimiento sobre modificación de las condiciones de trabajo y despidos o suspensiones por crisis", complementado por Orden de 5 de abril del mismo año, Orden de 23 de noviembre de 1946, Orden de 23 de abril de 1947, Orden de 12 de diciembre de 1947 y Orden de 28 de enero de 1948. En la norma de 1944 se introdujo un artículo 2 con el siguiente tenor literal:

"Asimismo se requerirá previa autorización para modificar, por cualquier concepto, las condiciones en que se desenvuelvan las relaciones laborales entre los elementos de la producción, tales como reducciones de plantilla, jornada de trabajo, establecimiento de turnos o cualquier otra que implique alguna variación en el contrato de trabajo existente".



Ha de destacarse la identidad del concepto objeto de la regulación, esto es, "las condiciones en que se desenvuelvan las relaciones laborales entre los elementos de la producción" con el definido en el artículo 11 de la Ley de Reglamentaciones de Trabajo de 16 de octubre de 1942, esto es, las "condiciones con arreglo a las cuales han de desenvolverse las relaciones entre las empresas y su personal".

Esa misma relación entre modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo con la suspensión y la extinción de las relaciones individuales de trabajo fundadas en causas tecnológicas o económicas se mantuvo en el artículo 18 de la Ley 16/1976, de Relaciones Laborales, dentro de su Sección VI, dedicada a regular las "garantías de la estabilidad de la relación de trabajo".

Pero previamente se había producido un cambio importante, porque el Decreto de 26 de enero de 1944 había sido sustituido por el Decreto 3090/1972 (modificado después por el Decreto 2487/1974), y el nuevo Decreto, además de lo que ya disponía el artículo 2 del Decreto de 26 de enero de 1944 sobre las modificaciones de condiciones de trabajo, añadió lo siguiente:

"Se entenderá que no existe variación en las condiciones de la relación jurídico laboral cuando el empresario actúe dentro de las facultades inherentes a la Organización del Trabajo que le reconocen las disposiciones legales sin perjuicio de lo que al respecto establezcan las Ordenanzas de Trabajo o los Convenios Colectivos Sindicales".

La modificación de condiciones de trabajo mutó por ello y su regulación se fundamenta en una división en dos partes de los poderes empresariales:

- Unos poderes inherentes al poder empresarial, ejercitables directamente por éste;
- Unos poderes exorbitantes sobre el poder de dirección ordinario, cuyo ejercicio requería de autorización administrativa.

El cambio era importante, porque autorizaba al empresario a modificar unilateralmente las condiciones de trabajo, aún cuando estuvieran pactadas contractualmente (incluyendo eventualmente las condiciones más beneficiosas, reconocidas siempre a título individual), si la modificación entraba dentro del ejercicio normal de su poder de dirección. De ahí se vino a entender que lo relevante no era determinar si existía una condición de trabajo expresamente pactada en el contrato (o integrada en el mismo como mejora o condición más beneficiosa), sino si la decisión del empresario, por su entidad y afectación, entraba dentro de su normal poder de dirección. Interpretado sensu contrario, ya no era posible la modificación unilateral sin previa autorización administrativa de toda condición de trabajo vigente, independientemente de que tuviera apoyo o no en una previa condición más beneficiosa o mejora contractualizada, si dicha modificación tenía una naturaleza exorbitante al poder de dirección empresarial (lo que después se denominó como "sustancial").

Esta mutación del significado de la modificación de condiciones de trabajo se confirmó por el primer Estatuto de los Trabajadores de 1980, que diferenció entre el poder de dirección ordinario del artículo 20.1, dentro del cual quedaría integrado un "ius variandi", no sometido a requisito de autorización administrativa previa, y un poder de variación de las condiciones de trabajo, regulado en el artículo 41, sujeto a autorización administrativa previa y condicionado a la concurrencia de causas justificativas. La diferencia entre ambos pasó a definirse por la naturaleza "sustancial" o no de la modificación y el artículo 41.2, al establecer qué son las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, se limitó a enumerar una serie de materias, cuya afectación determinaría la naturaleza sustancial de la modificación, sin importar el origen contractual o no de la condición de trabajo modificada, con la única matización de que la doctrina administrativa y la jurisprudencia interpretaron que dicho listado era puramente ejemplificativo.

Siguiendo la lógica anterior, por la vía del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores se hacía posible la desvinculación del empresario de sus compromisos contractuales con el trabajador, incluyendo dentro de los mismos no solamente los expresamente pactados en contrato escrito o verbal, sino también los resultantes de las condiciones más beneficiosas y mejoras. Pero la norma iba más allá, porque sin necesidad de acreditar que la concreta condición de trabajo que se iba a modificar era una mejora en el sentido jurídico arriba explicitado, toda modificación de las condiciones del trabajo que pudiera tener naturaleza sustancial quedaba sujeta a autorización administrativa y condicionada a la existencia de causa. Lo que de facto implicaba que, para quedar sujeta al artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, no era preciso que la "condición de trabajo" que se tratase de modificar dimanase, expresa o tácitamente, de un pacto contractual, esto es, no se exigía que estuviese contractualizada, sino que bastaba con que fuese sustancial. Una condición de trabajo vigente de hecho en la empresa, contractualizada o no, no podía ser modificada unilateralmente por la empresa sin causa y sin autorización administrativa, siempre y cuando la modificación fuese "sustancial".

Ello implica que, bajo el régimen jurídico posterior al Decreto 3090/1972 y consagrado en el Estatuto de los Trabajadores aprobado por la Ley 8/1980, lo relevante para la aplicación del artículo 41 es la situación fáctica, no la contractualización. Aunque no se acredite que una determinada condición de trabajo constituye una mejora contractualizada o deriva del contrato de trabajo, su modificación, si es sustancial, queda regulada por dicha norma. La institución del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores cobró así una especial autonomía respecto del régimen de fuentes de la relación laboral e incluso respecto de los supuestos de crisis empresarial que pasaron a los artículos 47 y 51. La contraposición relevante jurídicamente dejó de ser, a efectos de su aplicación, la existencia de una condición obligatoria para la empresa en virtud de norma o contrato, sino la sustancialidad o no que diferenciaba entre poder directivo (o *ius variandi*) y modificación sustancial. Por ello quedó regulada como un supuesto de "movilidad" junto con la funcional del artículo 39 y la geográfica del 40, dentro de la sección primera del capítulo III del Título I del Estatuto. Este criterio quedó ratificado por la contundente tipificación contenida en el artículo 7.4 de la Ley 8/1988, de infracciones y sanciones en el orden social, hoy reforzada en el artículo 7.6 de su texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000: Es infracción grave "la modificación de las condiciones sustanciales de trabajo impuesta unilateralmente por el empresario, sin acudir a los procedimientos establecidos en el artículo 41 o en el artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores" (redacción dada por la Ley 3/2012).

Esta contundencia fue matizada por la práctica administrativa y la jurisprudencia excluyendo de la aplicación del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores tres supuestos:

a) Las modificaciones en las condiciones de trabajo que no tengan carácter "sustancial", amparadas en el poder de dirección empresarial ordinario;

b) Aquellas modificaciones de las condiciones de trabajo impuestas por nuevas normas legales, reglamentarias o colectivas, cuando el empresario se limite a adaptar las condiciones de trabajo para cumplir tales normas y en lo que sea estrictamente necesario para dicho cumplimiento;

c) La introducción de nuevos controles del cumplimiento de la prestación laboral de los trabajadores amparada en el artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores o, en general, las medidas de exigencia de cumplimiento de las obligaciones laborales, aún cuando previamente hubiera existido una previa situación de falta de control o tolerancia. Cabe destacar que en este último punto la discusión se entabla de forma muy semejante a la relativa a las condiciones más beneficiosas.

El artículo 41 fue modificado por la Ley 11/1994, que llevó la definición de lo que eran modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo al número 1 del artículo, distinguió entre modificaciones individuales y colectivas y además suprimió para todas ellas la autorización administrativa previa. Aunque la definición de lo que eran modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo no cambió, sí se introdujo una relevante precisión a la hora de delimitar entre modificaciones colectivas y no colectivas:

"Se considera de carácter colectivo la modificación de aquellas condiciones reconocidas a los trabajadores en virtud de acuerdo o pacto colectivo o disfrutadas por éstos en virtud de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos".

La fuente de la condición de trabajo solamente aparecía como relevante para determinar la naturaleza colectiva de la misma.

Por otro lado, dado que la práctica administrativa y la jurisprudencia habían interpretado que la Administración no podía autorizar modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo que fueran en contra de lo pactado en convenios colectivos o normas legales o reglamentarias, se introdujo tal precisión, pero reduciendo dicho límite a los convenios estatutarios. De ahí que el artículo 41 se convirtió también en una vía para el descuelgue o inaplicación de todo tipo de pactos, acuerdos y convenios colectivos que no tuvieran la naturaleza de convenios estatutarios, razón por la cual en las reformas de los años 2010 y 2012 se reguló específicamente y por separado esa inaplicación de los convenios estatutarios.

Si el concepto de "condición de trabajo" a efectos de la aplicación del artículo 41 no fue alterado por la reforma laboral de 1994, ello tampoco ha sido así por las reformas de los años 2010 y 2012. El artículo 41.1 del Estatuto de los Trabajadores sigue definiendo las modificaciones sustanciales por remisión a una serie de materias, lista que sigue interpretándose que tiene carácter ejemplificativo y abierto. En el número dos de dicho artículo se ha modificado el concepto de modificación colectiva, para referirse exclusivamente al número de trabajadores afectados por la misma. Y podría surgir alguna duda sobre si se ha alterado el concepto de lo que ha de entenderse como "condición de trabajo" en base al párrafo que nos dice:

"Las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo podrán afectar a las condiciones reconocidas a los trabajadores en el contrato de trabajo, en acuerdos o pactos colectivos o disfrutadas por éstos en virtud de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos".

Entiende esta Sala que dicho artículo no implica una modificación del concepto de "condición de trabajo" a efectos del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores. El lugar sistemático donde se inserta dicho precepto es el destinado a diferenciar entre modificaciones colectivas e individuales, no en la definición de lo que son las modificaciones de condiciones de trabajo, que está en el primer número del artículo. Ocurre que el texto vigente antes del Real Decreto-Ley 3/2012 diferenciaba esencialmente las modificaciones individuales de las colectivas de la siguiente forma (independientemente de las excepciones que después se introducían en función de un criterio puramente numérico):

"Se considera de carácter individual la modificación de aquellas condiciones de trabajo de que disfrutaban los trabajadores a título individual. Se considera de carácter colectivo la modificación de aquellas condiciones reconocidas a los trabajadores en virtud de acuerdo o pacto colectivo o disfrutadas por éstos en virtud de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos".

Y lo que hizo el Real Decreto-Ley 3/2012 y después la Ley 3/2012 fue cambiar el criterio de diferenciación para adoptar uno exclusivamente numérico, por lo que fusionó el antiguo concepto contenido en el artículo 41.2 de la manera vista, simplemente yuxtaponiendo "las condiciones reconocidas a los trabajadores en el contrato de trabajo" con las reconocidas "en acuerdos o pactos colectivos o disfrutadas por éstos en virtud de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos".

La sustitución de la expresión "condiciones de trabajo de que disfrutaban los trabajadores a título individual" por la expresión "condiciones reconocidas a los trabajadores en el contrato de trabajo" no parece tener como finalidad excluir del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores las condiciones de trabajo disfrutadas a título individual pero no contractualizadas, sino que la intención solamente era unir en una misma dicción las condiciones de trabajo disfrutadas a título individual de las condiciones de trabajo disfrutadas en virtud de pactos o decisiones colectivas, al no servir ya como elemento de diferenciación entre modificaciones individuales y colectivas. Una modificación del calado que implicaría la exclusión de las condiciones de trabajo individuales no contractualizadas requeriría de una formulación más explícita, entre otras cosas porque sería preciso definir cuál sería su efecto, si imposibilitar su modificación individual por el empresario o posibilitar su libre modificación no sujeta al artículo 41.

En definitiva el contenido relevante del número 2 del artículo 41 es precisar, siguiendo la lógica de la reforma laboral de 1994, que por esta vía el empresario puede alterar todo tipo de condiciones de trabajo, incluidas las reguladas en pactos o convenios colectivos extraestatutarios, pero con excepción de los convenios estatutarios y por ello enumera las fuentes de los pactos que pueden ser modificados, excluyendo los convenios estatutarios a los que está dedicado el artículo 82.3, cuya regulación desde 2012 es muy semejante (más aún después de la Ley 1/2014), hasta el punto de que la Ley 3/2012, en el ámbito sancionador, equipara dicho artículo dentro del tipo del artículo 7.6 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

El objeto de la norma, por tanto, no es dejar fuera del artículo 41 e integrar en el poder empresarial de dirección ordinario la modificación sustancial de las condiciones de trabajo que no tengan su origen en una obligación contractual o colectiva. Baste con pensar que, por ejemplo, la modificación sustancial del horario de un trabajador decidida unilateralmente por el empresario, aunque no exista un derecho reconocido del trabajador a tener un concreto horario e incluso si el horario modificado hubiera sido recientemente implantado y no hubiera transcurrido un largo tiempo en su disfrute, sigue constituyendo una modificación sustancial regida por el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, precisamente porque debido a su "sustancialidad" excede del ius variandi empresarial. A estos efectos la previa "contractualización" de la condición de trabajo individual es irrelevante y, aunque dicho horario no pudiera considerarse como mejora o condición más beneficiosa, no por ello quedaría excluida la aplicación del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores.

En definitiva, la modificación de una condición de trabajo vigente, individual o colectiva, con independencia de cuál sea su fuente, no puede ser introducida unilateralmente por la empresa fuera del artículo 41 salvo en los tres supuestos antes señalados:

- a) Cuando no pueda considerarse sustancial y quede dentro del poder de dirección del empresario;
- b) Cuando sea estrictamente precisa para dar cumplimiento a una obligación impuesta por una norma de rango superior a aquélla que originaba la condición modificada;
- c) Cuando se trate de poner fin a una situación de tolerancia o falta de control.



Todo ello sin perjuicio de la regulación separada en el artículo 82.3 del texto legal de las modificaciones de condiciones que impliquen la inaplicación de convenios colectivos extraestatutarios, que no siguen el régimen del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores .

**SÉPTIMO** .- Pues bien, en este caso concreto nos encontramos ante una mejora o condición más beneficiosa, dado que ha quedado acreditado que en los tres centros referidos y en los términos que se indican, los trabajadores, durante años y con conocimiento de la empresa, disfrutaban del descanso de bocadillo o café, sin que recuperasen tales periodos mediante la prolongación de la jornada, siendo incluso reconocido en el centro de Madrid durante dos años de dicha situación en el calendario laboral correspondiente. A ello no puede obstar la mera mención contenida en el correo electrónico del a la sazón responsable del centro de Valladolid de que la situación no era "de obligado cumplimiento por parte de la empresa", dado que se trata de una mención puramente aislada, no seguida nunca y durante largos años de una consecuencia práctica.

En todo caso, en el sentido que se ha explicado en el fundamento anterior, estaríamos ante una "condición de trabajo" vigente en la empresa y no derivada de una mera situación de tolerancia. La modificación de la misma ha de ser considerada sustancial por cuanto, al incrementar la jornada obligando a recuperar el descanso de bocadillo o café, afecta al sinalagma contractual, en concreto al precio de la hora de trabajo. Por otra parte la modificación introducida no viene exigida por la adaptación a norma alguna que la haga obligatoria.

En definitiva, por una u otra vía, la decisión de la empresa, no negociada previamente con los representantes de los trabajadores, constituye una modificación sustancial de las condiciones de trabajo que ha de ser declarada nula, por haberse omitido tal negociación, lo que lógicamente no supone reconocer una inmunidad de las condiciones de trabajo objeto del litigio frente a futuras modificaciones por la vía del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores en los términos, por las causas y mediante los procedimientos regulados en dicho precepto.

Por todo lo cual procede decretar la nulidad de la decisión empresarial de 7 de febrero de 2014 recurrida en lo que respecta a los trabajadores de los centros de Madrid, Barcelona y Valladolid que venían disfrutando con anterioridad de descansos de bocadillo o café que se le computaba como tiempo de trabajo y reconociendo el derecho de dichos trabajadores a ser repuestos en sus anteriores condiciones de trabajo. Dado que no se reclama en el petitum de la demanda, ni siquiera en el aclarado en el acto del juicio, el reconocimiento del derecho al abono de los daños y perjuicios que la decisión empresarial hubiera podido ocasionarles durante el tiempo en que ha producido efectos, conforme al artículo 138.7 de la Ley de la Jurisdicción Social y ni siquiera se ha alegado la existencia de los mismos, no procede incluir tal pronunciamiento en nuestro fallo, sin perjuicio de lo que pudiera reclamarse en demandas individuales y lo que allí se acreditase. Dado que la demanda no consigna los datos, características y requisitos precisos para una posterior individualización de los afectados por el objeto del conflicto, en el sentido del artículo 157.1.a de la Ley de la Jurisdicción Social, no es posible, conforme al artículo 160.3 de la misma Ley, fijar tales datos en el fallo, a los efectos legales prevenidos.

**OCTAVO** .- No se hace imposición de costas por no apreciarse temeridad en ninguno de los litigantes.

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

## FALLAMOS

En la demanda presentada por la Federación de Servicios Financieros y Administrativos de Comisiones Obreras (COMFIA-CCOO) contra Alten Spain S.A., sobre impugnación de modificación sustancial de las condiciones de trabajo en procedimiento de conflicto colectivo, se desestima la excepción de incompetencia de esta Sala y, entrando sobre el fondo, se estima parcialmente la demanda presentada, declarando la nulidad de la decisión empresarial de 7 de febrero de 2014 recurrida en lo que respecta a los trabajadores de los centros de Madrid, Barcelona y Valladolid que venían disfrutando con anterioridad de descansos de bocadillo o café que se le computaba como tiempo de trabajo y reconociendo el derecho de dichos trabajadores a ser repuestos en sus anteriores condiciones de trabajo.

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 deposito de 600 euros





previsto en el art. 229.1.b de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , en la cuenta corriente que la Sala tiene abierta en Banesto, Sucursal de la calle Barquillo 49, con el nº 2419 0000 000063 14.

Se advierte, igualmente, a las partes que preparen recurso de casación contra esta resolución judicial, que, según lo previsto en la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, modificada por el RDL 3/13 de 22 de febrero, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, con el escrito de interposición del recurso de casación habrán de presentar justificante de pago de la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional a que se refiere dicha norma legal, siempre que no concurra alguna de las causas de exención por razones objetivas o subjetivas a que se refiere la citada norma, tasa que se satisfará mediante autoliquidación según las reglas establecidas por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas en la Orden HAP/2662/2012, de 13 de diciembre.

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 • CENDOJ