

SENTENCIA N° 99/2023

Jerez de la Frontera, 17 de abril de 2023.

Vistos por mí, Ilmo. Sr. D. xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, Magistrado-Juez de Adscripción Territorial del TSJA adscrito en funciones de refuerzo del Juzgado de lo Social N° 3 de Jerez de la Frontera, los presentes autos del orden social n° 514/2022 en materia de MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE CONDICIONES DE TRABAJO, en virtud de demanda interpuesta por DON DANIEL xxxxxxxxxxxxxxxx y DON JUAN Fxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx asistidos del letrado don Santiago Macías Gaitán, frente a ELTEC IT SERVICES S.L., que ha comparecido asistida de la abogada doña xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, procede dictar la presente resolución atendidos los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Tuvo entrada la demanda formulada por la parte actora, por la que en base a los hechos y fundamentos en ella expuestos suplica se dicte sentencia conforme a lo solicitado en su demanda.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se señaló para la celebración del acto de conciliación y en su caso juicio la audiencia de 21/10/22, en cuyo acto comparecieron quienes así figuran en el acta del juicio, haciendo alegaciones y proponiendo pruebas, practicándose las declaradas pertinentes y tras formular sus conclusiones definitivas solicitando una sentencia conforme a sus intereses, se dio el acto por terminado.

TERCERO.- En la tramitación de este procedimiento se han observado todas las prescripciones legales, salvo los plazos, debido a la carga de entrada de asuntos que soporta el Juzgado que excede considerablemente del módulo de entrada, lo que se pone de manifiesto a los efectos de lo establecido en el artículo 211.2 de la L.E.C. 1/2000, de 7 de enero.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO. - DON DANIEL xxxxxxxxxxxxxxxx, DNI xxxxxxxxxxxxxxxx, viene prestando sus servicios para la demandada con la categoría profesional de Técnico de Servicio nivel 2, con antigüedad desde 01/08/2002. En cuanto a la jornada de trabajo, tanto el contrato inicial de 1 de agosto de 2002 como la conversión del contrato temporal a indefinido celebrada el 1 de octubre de 2004, establecían como cláusula adicional 2 en cuanto a la jornada de trabajo: “El



| | | | |
|----------------------------|---|---------------|------------|
| Código: | OSEQRQBH8F7LEFA4EMX9RZF7UR2CMG | Fecha | 17/04/2023 |
| Firmado Por | | | |
| URL de verificación | https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/ | Página | 1/17 |



trabajador prestará sus servicios sujeto a turnos rotativos de trabajo y descanso, en jornada de 40 horas semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual. Según las necesidades de la empresa y de acuerdo con el horario del cliente. La jornada de trabajo será de lunes a domingo, incluidos festivos, con los descansos que establece la ley. La jornada de trabajo diaria se realizará en la franja horaria comprendida entre las 8 y las 22 horas, y no superará el máximo permitido por convenio”.

SEGUNDO. - DON XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, DNI XXXXXXXXXXXXX, viene prestando sus servicios para la demandada con la categoría profesional de Técnico de Servicio nivel 2, con antigüedad desde 20/12/2004. En cuanto a la jornada de trabajo, en la conversión del contrato temporal a indefinido celebrada el 29 de diciembre de 2005, establecía como cláusula adicional 2 en cuanto a la jornada de trabajo: “El trabajador prestará sus servicios sujeto a turnos rotativos de trabajo y descanso, en jornada de 40 horas semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual. Según las necesidades de la empresa y de acuerdo con el horario del cliente. La jornada de trabajo será de lunes a domingo, incluidos festivos, con los descansos que establece la ley. La jornada de trabajo diaria se realizará en la franja horaria comprendida entre las 8 y las 22 horas, y no superará el máximo permitido por convenio”.

TERCERO. – Sendos actores han venido disfrutando del mismo régimen horario:

Horario 1: De 08,15 a 16,00 horas, de lunes a viernes, mediante dos semanas continuadas.

Horario 2: De 09,00 a 14,00 horas y de 16,00 a 19 horas, de lunes a viernes, durante la tercera semana.

CUARTO. – Sendos actores venían prestaban un servicio voluntario de guardia los sábados en régimen de disponibilidad, de 09,00 a 21,00 horas, que se encargaba de prestar aquel técnico que realizaba el horario 2 descrito en el Hecho anterior, es decir, quien realizaba el turno de servicio durante la tercera semana, de 09,00 a 14,00 horas y de 16,00 a 19,00 horas de lunes a viernes, percibiendo en contrapartida las retribuciones pactadas por el concepto de disponibilidad y guardia.

QUINTO. - En fecha 19 de mayo de 2022 sendos trabajadores recibieron comunicación por parte de la empresa, cuyo contenido íntegro se da aquí por reproducido por constar en las actuaciones, y que suponía la siguiente modificación para los actores:

“[...] A día de la fecha, usted viene prestando sus servicios como técnico de servicio, modalidad de campo, en la provincia de Cádiz.

Su horario de trabajo asignado a día de la fecha es rotativo semanal, según el siguiente detalle:

Horario 1: 08:15 a 16:00 horas de lunes a viernes (dos semanas continuadas).

Horario 2: 09:00 a 14:00 y de 16:00 a 19:00 horas de lunes a viernes (tercera semana).



| | | | |
|----------------------------|---|---------------|------------|
| Código: | OSEQRQBH8F7LEFA4EMX9RZF7UR2CMG | Fecha | 17/04/2023 |
| Firmado Por | | | |
| URL de verificación | https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/ | Página | 2/17 |



A día de la fecha, hay cuatro técnicos de servicio adscritos a dicha localización, pero, únicamente tres de ellos prestan servicios efectivos en la modalidad de campo.

Los tres técnicos de servicio de referencia tienen el mismo régimen horario que ha sido señalado para usted en el párrafo anterior; siendo dicho número de personas trabajadoras el que justifica la rotación de horarios actualmente existente.

Tras la modificación que por medio de la presente se le notifica, usted pasará a prestar sus servicios con el siguiente horario de trabajo:

Horario 1: De 08:15 a 16:00 horas de lunes a viernes (primera semana).

Horario 2: De 9:00 a 14:00 y de 16:00 a 19:00 horas de lunes a viernes (segunda semana).

Horario 3: De 8:30 a 15:00 horas de lunes a viernes y de 09:00 a 18:00 horas los sábados, con dos horas de descanso para la comida (tercera semana) [...]”.

SEXTO. - Resulta de aplicación el II Convenio Colectivo de ELTEC IT SERVICES SLU (BOE 17 de septiembre de 2021).

SÉPTIMO. – Desde el mes de abril de 2021 hasta el mes de marzo de 2022, DON XXXXXXXXXXXX percibió como promedio por las guardias realizadas en dicho periodo la suma de 165,17 euros, y DON XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX percibió como promedio por las guardias realizadas en dicho periodo la suma de 91,23 euros, de conformidad con el desglose que se contiene en el hecho cuarto de la demanda, que se da por reproducido.

OCTAVO. – Consta en las actuaciones (documento 4 aportado por la demandada) el calendario laboral para el centro de trabajo de la empresa demandada en la provincia de Cádiz en el año 2022, documento que se da aquí por reproducido.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Modificación sustancial de condiciones laborales.

Dentro del poder que ostenta el empresario para reorganizar el trabajo, el mismo puede adoptar modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo en ejercicio extraordinario de su poder de dirección cuando concurren probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción, tal y como recoge el artículo 41 del ET. Entre éstas se incluyen: cambios de funciones cuando excedan los límites de la movilidad funcional no sustancial, cambios de lugar de trabajo distintos del habitual (movilidad geográfica) y otros cambios esenciales de las condiciones de trabajo que afecten por ejemplo a la jornada, horario, sistema de retribución...



| | | | |
|----------------------------|---|---------------|------------|
| Código: | OSEQRQBH8F7LEFA4EMX9RZF7UR2CMG | Fecha | 17/04/2023 |
| Firmado Por | | | |
| URL de verificación | https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/ | Página | 3/17 |



Es requisito indispensable para que el empresario pueda modificar sustancialmente las condiciones de trabajo que existan probadas razones técnicas, económicas, organizativas o de producción, siendo que la exigencia de probar las razones concurrentes, revela que no existe una discrecionalidad absoluta por parte del empresario, quien debe acreditar que la concurrencia de tales causas está relacionada con la competitividad, productividad de la empresa u organización técnica del trabajo en la empresa (Sentencia de la AN de fecha 28/05/2012).

Ahora bien, la jurisprudencia ha precisado que no se requiere que las modificaciones tengan el objetivo acreditado de “prevenir” una evolución negativa o “mejorar” la situación y perspectivas de la empresa, y así lo recoge la Sentencia del TS de fecha 27/01/2014, sino que se han de presentar como una medida racional para corregir deficiencias en los diversos planos- económico, productivo, técnico u organizativo- que el ET contempla (Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 16/07/2015). está justificada cuando se acredita la situación económica negativa que incide directamente en las condiciones de ejecución del trabajo, pero no es necesario partir de una situación económica negativa, se puede incluso partir de una situación de beneficios si la modificación está relacionada y mejora la competitividad y productividad de la empresa

La sentencia del Tribunal Supremo de fecha 27 de enero de 2014, reafirmada por la sentencia de fecha 25 de marzo de 2014 entiende que tal medida de modificación sustancial de las condiciones de trabajo debe aparecer justificada en los términos del juicio de razonable idoneidad, razonándose en la segunda de dichas sentencias con respecto al control judicial de las decisiones empresariales modificativas de condiciones de trabajo que " La cuestión radica ... en determinar si la medida en concreto acordada por la empresa se justifica también en términos del juicio de razonable idoneidad que a este Tribunal corresponde, y que por lo mismo ha de rechazar -por contraria a Derecho- la modificación que no ofrezca adecuada racionalidad, tanto por inadecuación a los fines -legales- que se pretenden conseguir, cuanto por inalcanzable ..., o por patente desproporción entre el objetivo que se persigue y los sacrificios que para los trabajadores comporta ".

SEGUNDO. – MSCT y descuelgue de convenio.

Nuestro Tribunal Supremo ya ha venido indicando las diferencias que rodean una y otra vía. Así lo expresaba la STS de 6 de julio de 2016, rec. 155/2015, y las que en ella se citan, expresa que "Las causas para una y otra son similares, pues en ambos casos se pretende buscar una solución a un problema por el que atraviesa la empresa que se traduce en dificultades económicas o sencillamente en su falta de competitividad, productividad o en necesidades de organización técnica o del trabajo en la empresa.

La lista de materias susceptibles de modificación sustancial es abierta, siendo ejemplificativa la contenida en el art. 41.1 ET; el elenco de materias respecto de las que cabe la inaplicación



| | | | |
|----------------------------|---|---------------|------------|
| Código: | OSEQRQBH8F7LEFA4EMX9RZF7UR2CMG | Fecha | 17/04/2023 |
| Firmado Por | | | |
| URL de verificación | https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/ | Página | 4/17 |



es cerrado. Las dos tablas son casi coincidentes, si bien el art. 82.3 ET menciona las mejoras voluntarias de la Seguridad Social, cuya referencia se omite en el ET art. 41.

Sólo los cambios en las condiciones de trabajo que tengan carácter sustancial quedan sometidos al procedimiento previsto en el art. 41 ET. Sin embargo, todas las alteraciones de las condiciones de trabajo previstas por el convenio, sean sustanciales o no, deben quedar sometidas al descuelgue.

El empresario habrá de acudir al procedimiento previsto en el ET art. 41 cuando pretenda modificar condiciones de trabajo 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. Por el contrario, la modificación de las condiciones de trabajo establecidas en los convenios colectivos deberá realizarse conforme a lo establecido en el artículo 82.3 ET (art. 41.6 ET).

La decisión de modificación de condiciones de trabajo, sea de carácter individual o colectivo, compete al empresario, quien puede imponerla aunque no haya acuerdo con la representación legal de los trabajadores. Sin embargo, la inaplicación de condiciones de trabajo no puede llevarse a efecto de forma unilateral por el empresario: es necesario el pacto o el laudo sustitutivo.

Mientras que la duración del descuelgue no puede ir más allá del tiempo de aplicación del convenio, la vigencia de una MSCT no aparece legalmente limitada en su duración temporal. Hay también diferencias respecto de la impugnación (plazos, modalidad procesal, etc.) y de las consecuencias. En determinados casos de MSCT el trabajador que resultase perjudicado puede rescindir su contrato percibiendo una indemnización de 20 días de salario por año de servicio prorrateándose por meses los períodos inferiores a un año y con un máximo de nueve meses".

E igualmente, ha dicho que "Conforme al artículo 138.7 LRJS se declarará nula la decisión de MSCT adoptada en fraude de Ley, eludiendo las normas relativas al periodo de consultas establecido en los artículos 40.2, 41.4 y 47 del Estatuto de los Trabajadores. Puesto que el artículo 82.3 ET remite al art. 41.4 y el procedimiento seguido por la empresa no ha sido el correcto, la aplicación analógica del precepto aboca a la nulidad".

TERCERO. – Convenio Colectivo y Contrato de Trabajo.

En cuanto a las cláusulas contractuales distintas de las establecidas en el convenio colectivo, sobre su validez y límites, podemos acudir a los siguientes criterios:

«No existe, en suma, en nuestro ordenamiento una atribución de exclusiva a la negociación colectiva de sector o de empresa de la regulación de las condiciones de trabajo, que puede ser obstáculo a decisiones empresariales como la debatida en el presente litigio. Así lo han reconocido de manera expresa la jurisprudencia constitucional más reciente (TC 208/1993), oportunamente invocada en el informe del Ministerio Fiscal, y la jurisprudencia de esta Sala del Tribunal Supremo (TS 17 julio 1993, EDJ 7273 y TS 30 abril 1994, EDJ 3851, entre otras). Como ha dicho el Tribunal Constitucional en la sentencia citada, resolviendo recurso



| | | | |
|----------------------------|---|---------------|------------|
| Código: | OSEQRQBH8F7LEFA4EMX9RZF7UR2CMG | Fecha | 17/04/2023 |
| Firmado Por | | | |
| URL de verificación | https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/ | Página | 5/17 |



de amparo sobre supuesto similar de complementos salariales establecidos al margen del convenio en la misma empresa Telefónica, no existe lesión de la libertad sindical en la implantación de "gratificaciones adicionales a las previstas en la normativa colectiva, no contrarias a éstas y que operan en un espacio libre de regulación legal o contractual colectiva, y por ello abierto al ejercicio de la libertad de empresa y de la autonomía contractual". Por su parte, la Sentencia de esta Sala de 30 abril 1994, EDJ 3851 puntualiza las relaciones entre el convenio colectivo y la autonomía individual en cuanto fuentes de regulación de las relaciones de trabajo en los siguientes términos: "Lo pactado colectivamente se impone a los contratos individuales, sin que a través de éstos se pueda modificar lo establecido con carácter general en el convenio, pero esto no significa que la autonomía colectiva se sobreponga siempre sobre la individual vaciándola de contenido, puesto que la libertad de contratación se puede ejercer para acomodar las condiciones generales a la organización del sistema productivo, siempre que no se menoscaben los mínimos establecidos en convenio y que la adaptación se justifique en necesidades que sean razonables, y no arbitrarias ni discriminatorias"» (TS 4ª 21-6-94, EDJ 5525).

No obstante lo establecido en la sentencia citada, esta materia hay que analizarla con cautela y a la luz de la doctrina del TC contenida en STC 225/2001 3869/1997, cuando señaló que: «En cuanto a la aceptación voluntaria de los trabajadores, la STC 105/1992, resolvió esa cuestión al disponer que la aceptación de los trabajadores individuales no excluye la posible vulneración del art. 28.1 CE, pues no deja de quebrar la fuerza vinculante del convenio colectivo: "Con ello no queremos decir, naturalmente, que los Convenios colectivos petrifiquen o hagan inalterables las condiciones de trabajo en ellos pactadas, sometidas siempre a las fluctuaciones técnicas, organizativas, productivas o de cualquier otro orden que surgen por el paso del tiempo en las relaciones laborales como, en general, en todas las relaciones jurídicas. Pero en los propios Convenios colectivos y en el Estatuto de los Trabajadores, se establece el sistema para su modificación o denuncia, contando siempre con la voluntad de la representación legítima de las partes. De no hacerse así y mantenerse vigente un Convenio sin que, en determinadas partes esenciales del mismo -y el régimen de la jornada de trabajo lo es-, sea de obligado cumplimiento para todos los integrantes del sector regulado, se vendría abajo el sistema de la negociación colectiva que presupone, por esencia y conceptualmente, la prevalencia de la autonomía de la voluntad colectiva sobre la voluntad individual de los afectados por el Convenio" (F. 6). Que el espacio de la autonomía de la voluntad no pueda resultar anulado no significa, por tanto, que ésta, en cuanto fuente de regulación de las condiciones laborales, esté exenta de limitaciones en su armonización con la autonomía colectiva.

(...) Sobre esos presupuestos jurisprudenciales y salvo que se acredite una vocación obstativa de la negociación colectiva a tenor las circunstancias del caso concreto, puede afirmarse en línea de principio que existe margen de actuación para la autonomía individual tanto en los espacios libres de negociación colectiva (STC 208/1993), como en los afectados por ésta, siempre que se respete la configuración y los perfiles de la regulación del convenio procediendo a mejorar cuantitativamente las condiciones laborales de los trabajadores



| | | | |
|----------------------------|---|---------------|------------|
| Código: | OSEQRQBH8F7LEFA4EMX9RZF7UR2CMG | Fecha | 17/04/2023 |
| Firmado Por | | | |
| URL de verificación | https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/ | Página | 6/17 |



(disminución de horario, por ejemplo, en el ATC 1074/1988, de 26 de septiembre, en lo que estrictamente se refería al respeto de la vigencia del Convenio y sus condiciones mínimas como fundamento de la validez de la mejora). En cambio, serán contrarias al art. 28.1 CE las conductas individuales que busquen u ocasionen objetivamente, alterando la configuración y los perfiles de la regulación convencional, la sustitución del régimen previsto en la norma colectiva por otro cualitativamente distinto». En el mismo sentido, declarando que promover acuerdos individuales masivos con los trabajadores, mediante una iniciativa unilateral empresarial denominada “plan de bajas voluntarias incentivadas”, supone la vulneración del derecho fundamental de libertad sindical, en la vertiente de acceso de los sindicatos a la negociación colectiva, puede verse (TS 4ª 11-10-16, EDJ 202707).

«"(...) La propia ordenación del sistema de fuentes laboral parte del reconocimiento de este papel de la autonomía de la voluntad, pues lo que impone el artículo 3 del Estatuto de los Trabajadores es una articulación de las distintas regulaciones -normativas y contractuales- a partir del principio de norma mínima, de forma que el contrato de trabajo podrá siempre, salvo supuestos excepcionales de reglas de derecho necesario absoluto, mejorar las condiciones mínimas establecidas por la Ley y el convenio colectivo, sin someterse a una exigencia absoluta de trato igual, que establecería una extraordinaria rigidez en la contratación y un control exorbitante de la discrecionalidad de la gestión empresarial privada; control que sería además muy difícil de instrumentar en la práctica"» (TS 4ª 28-4-05, EDJ 76861). En igual sentido (TS 4ª 19-10-03, EDJ 187310).

CUARTO. – Estipulaciones del Convenio Colectivo que resultan de aplicación.

Resultan de aplicación a la presente controversia los siguientes artículos del convenio:

“Artículo 15. Jornada laboral.

15.1 Jornada anual.

La jornada completa de trabajo en cómputo anual será de 1.760 horas durante la vigencia del presente Convenio.

Esta jornada máxima se entiende sin perjuicio de la posibilidad de distribución irregular de la jornada y de lo dispuesto en el artículo 21 sobre la posibilidad de disfrutar parte de las vacaciones al año siguiente.

Sin perjuicio de lo anterior, se mantendrán las jornadas anuales distintas que tengan reconocidas a día de la fecha las personas trabajadoras a título individual.

En su caso, la diferencia anual entre los días laborables del centro de trabajo o lugar de prestación de servicios (jornada industrial) y los días de trabajo efectivo de la jornada anual individual, será el exceso de la jornada ordinaria anual y se denomina tiempo de libre disposición y se computa en horas, de acuerdo con la jornada horaria individual.

Este tiempo de libre disposición se determinará a final de cada año natural y se disfrutará en la forma (días u horas) acordadas con el responsable inmediato teniendo en cuenta las



| | | | |
|----------------------------|---|---------------|------------|
| Código: | OSEQRQBH8F7LEFA4EMX9RZF7UR2CMG | Fecha | 17/04/2023 |
| Firmado Por | | | |
| URL de verificación | https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/ | Página | 7/17 |



necesidades de servicio y antes del 31 de enero del año siguiente. Excepcionalmente y previo acuerdo con la Empresa, el tiempo de libre disposición podrá disfrutarse hasta el 31 de julio del año siguiente.

Este tiempo no se compensará económicamente en ningún caso.

15.2 Jornada diaria y semanal.

Con carácter general, la jornada ordinaria diaria de trabajo tendrá una duración máxima de 9,5 horas y se realizará según el calendario y cuadrante establecido.

Adicionalmente, se creará una Comisión Paritaria de Flexibilidad.

El tiempo de trabajo se computará de modo que tanto al comienzo como al final de la jornada diaria la persona trabajadora se encuentre en su puesto de trabajo.

En el caso de puestos de trabajo móviles, no ubicados física y permanentemente en un centro de trabajo, que requieren desplazamientos para el desarrollo de la actividad laboral, dentro de las horas de trabajo efectivo diario se contemplarán los tiempos empleados en realizar los desplazamientos necesarios para el desarrollo de la misma.

La duración máxima de la jornada ordinaria semanal de trabajo será de cuarenta horas de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual.

Las personas trabajadoras que presten servicios a jornada completa partida tendrán, como mínimo, una hora para comer, teniendo en cuenta los horarios de prestación de servicios y el cumplimiento de la jornada semanal y anual. Dicho descanso no será retribuido ni tendrá la consideración de tiempo de trabajo efectivo.

Dentro del horario de trabajo, todo el personal dispondrá de una pausa continuada de 20 minutos. Dicho descanso tiene la consideración de tiempo de trabajo efectivo.

Artículo 16. Calendario laboral.

Al comienzo de cada año y como máximo el 15 de febrero, la Empresa elaborará los calendarios laborales, previo acuerdo con los representantes legales de los trabajadores de cada centro de trabajo/lugar de prestación de servicios.

En el calendario laboral se indicarán los días laborables del centro de trabajo o lugar de prestación de servicios y también los días no laborables.

Las personas trabajadoras disfrutarán de los festivos autonómicos y locales que correspondan en función del lugar de prestación de servicios.

Dado que la actividad de la Empresa se desarrolla durante todos los días del año, se considerarán días no laborables de calendario, los siguientes:

– Festivos especiales: Navidad (25 de diciembre), Año Nuevo (1 de enero), Reyes (6 de enero) y las noches del 24, 31 de diciembre y 5 de enero. Además, se establecerá en función de la Comunidad Autónoma en que esté ubicado el Centro de Trabajo o lugar de prestación de servicios, otro día como festivo especial. Los festivos especiales quedaran recogidos en el



| | | | |
|----------------------------|---|---------------|------------|
| Código: | OSEQRQBH8F7LEFA4EMX9RZF7UR2CMG | Fecha | 17/04/2023 |
| Firmado Por | | | |
| URL de verificación | https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/ | Página | 8/17 |



calendario laboral del centro de trabajo o lugar de prestación de servicios.

– *Festivos: Son las fiestas locales, autonómicas y estatales indicadas en el calendario laboral, a excepción de las indicadas en el apartado anterior.*

– *Día de fin de semana (sábados y domingos). Si coinciden con un festivo o festivo especial, a efectos de compensación prevalece el tratamiento de festivo o festivo especial.*

Para cada centro de trabajo o lugar de prestación de servicios, se fijarán en el calendario laboral por año natural, de común acuerdo, 4 fechas anteriores a festivos en las cuales se podrá disfrutar de un horario laboral reducido de media jornada (víspera de festivo), que serán reflejadas en el calendario laboral del centro de trabajo o lugar de prestación de servicios. Cada persona trabajadora podrá disfrutar de 2 de estas vísperas que podrán ser acumuladas en una jornada completa. Tanto el disfrute como la acumulación se fijarán de mutuo acuerdo. Estas vísperas o la jornada acumulada en su defecto, tendrán consideración de tiempo efectivo de trabajo.

Si por necesidades del servicio fuesen necesarios cambios en el calendario laboral, estos se harán de acuerdo con la Comisión Paritaria de Flexibilidad.

Artículo 18. Servicio de Guardia.

18.1 Disposiciones generales.

Las personas trabajadoras que se encuentren adscritas a un determinado servicio y cumplan el perfil técnico y de experiencia requerida para el servicio de guardia, podrán adscribirse voluntariamente al mismo.

Por razones organizativas, de planificación y de distribución homogénea de la actividad laboral, es interés de la Dirección de la Empresa, que todas las personas trabajadoras adscritas a un determinado servicio/cliente, en donde sea necesario implementar un servicio de guardias, puedan realizar dicho servicio de forma que se evite su concentración en solo unos pocos empleados. Las guardias serán localizadas o presenciales, en sábados, domingos, festivos o en días laborables fuera del horario habitual.

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

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

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



| | | | |
|----------------------------|---|---------------|------------|
| Código: | OSEQRQBH8F7LEFA4EMX9RZF7UR2CMG | Fecha | 17/04/2023 |
| Firmado Por | | | |
| URL de verificación | https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/ | Página | 9/17 |



En la elaboración del calendario de guardias se contará con el personal adscrito al servicio de guardia sin superar el límite máximo de 36 guardias anuales por persona trabajadora. No obstante, dicho límite no resultará de aplicación en caso de aceptación de la persona trabajadora.

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

18.2 Estructura.

El servicio de guardia tiene dos componentes:

– Disponibilidad 24 horas: El personal afectado estará permanentemente localizable mediante medios de localización remota proporcionados por la Empresa, al objeto de atender las intervenciones que, en su caso, se originen en el área de servicios de campo. El tiempo de respuesta a la llamada será inferior a 15 minutos. La disponibilidad se contabiliza en días en función de la necesidad del servicio.

– Intervención en guardia: Es el tiempo empleado en la resolución de una incidencia, ya sea de forma remota o presencial, si fuese necesario. Los tiempos de desplazamiento se incluyen en el cómputo del tiempo de resolución de la incidencia. En caso de no poder superarse remotamente la incidencia, el personal se presentará en el puesto de trabajo/ lugar de la incidencia en un período de tiempo no superior al pactado según servicio (contando a partir del momento en que se llegue a la conclusión de no ser posible la solución remota del problema).

Los tiempos de intervención se contabilizarán por horas y minutos reportados en la aplicación de gestión de incidencias y se acumularán con una periodicidad mensual”.

QUINTO. - Solución del caso.

En relación a lo expuesto en la relación fáctica que se da como probada, la cual ha de ser tenida como cierta ante la prueba documental aportada por las partes y testificales, conforme a las reglas de la sana crítica.

La demanda ha de ser estimada.

En el presente caso la parte actora impugna la decisión empresarial al entender que la misma no cumple los requisitos legalmente fijados en la Ley ni en el Convenio Colectivo, para



| | | | |
|----------------------------|---|---------------|------------|
| Código: | OSEQRQBH8F7LEFA4EMX9RZF7UR2CMG | Fecha | 17/04/2023 |
| Firmado Por | | | |
| URL de verificación | https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/ | Página | 10/17 |



adoptar una medida de este tipo. En segundo lugar considera la decisión injustificada dado que no se acreditan los motivos económicos escuetamente alegados en la notificación escrita. Asimismo solicitó la indemnización de daños y perjuicios derivados de la decisión empresarial.

Por la parte demandada se opuso que la decisión adoptada entraba dentro de la facultad de decisión del empresario a la hora de organizar la prestación del trabajo, encontrándose pactada la posible jornada laboral en los contratos individuales de los trabajadores. En este sentido argumentó que ni siquiera hubiera sido necesario acudir a la figura de MSCT. Por último se opuso a la indemnización solicitada de contrario, dado que estimaba que el promedio efectuado no se ajustaba a la realidad, dado que el abono del mismo dependía necesariamente de las actuaciones que efectivamente se llevaban a cabo por los trabajadores en el “servicio de guardia”.

Los motivos para estimar la demanda son los que siguen:

1. Con carácter previo es necesario dar respuesta a la excepción alegada por la demandada acerca de la supuesta modificación de demanda por parte de la actora en el acto del juicio. Lo cierto es que este juzgador no llega a entender el motivo por el cual la demandada opuso tal excepción, dado que la actora únicamente se limitó a subsanar un mero error de redacción, dado que al identificar nominalmente el convenio colectivo de aplicación en su demanda, se refirió al anterior convenio colectivo, si bien al transcribir el contenido del mismo, lo hizo respecto al que actualmente está vigente, y que por otro lado es el que también sostiene la parte demandada que resulta de aplicación. Es decir, no hay ni había controversia sobre el convenio de aplicación.

2. En el presente caso, esencialmente la demanda ha de ser estimada por el argumento contenido en la sentencia alegada por la demandante, la STS, Social sección 1 del 21 de marzo de 2019 (ROJ: STS 1286/2019 - ECLI:ES:TS:2019:1286). Dicha sentencia se refiere a un conflicto colectivo planteado frente a la empresa hoy demandada, y si bien es cierto, como alegó la empresa demandada, que el convenio colectivo entonces aplicado y el actualmente vigente no son el mismo, ni tienen el mismo contenido, lo cierto es que lo que resulta de aplicación al presente caso, es la ratio decidendi de aquella sentencia.

Efectivamente en la sentencia mencionada se esgrime como uno de los argumentos el siguiente: *“A) Digamos ya que la recurrente parte de un error: la sentencia recurrida ha descartado que estemos ante una MSCT de carácter colectivo porque ni el número de afectados alcanza los umbrales fijados legalmente, ni estamos ante una materia susceptible de alteración mediante decisiones unilaterales de la empresa. Al afectar a las previsiones del convenio colectivo, el camino del artículo 41 ET es intransitable, lo mismo si afecta a un número de personas escaso que elevado.*

El error en que incurre la recurrente radica en identificar el umbral de las treinta personas



| | | | |
|----------------------------|---|---------------|------------|
| Código: | OSEQRQBH8F7LEFA4EMX9RZF7UR2CMG | Fecha | 17/04/2023 |
| Firmado Por | | | |
| URL de verificación | https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/ | Página | 11/17 |



afectadas (que sí determina el carácter colectivo o no de la MSCT) con el radio mínimo de un conflicto colectivo. Una cosa es que la MSCT no sea colectiva, en ningún caso, a la vista del número de personas afectadas; otra distinta que no haya conflicto colectivo; y una tercera, que ni siquiera estemos ante una MSCT porque la materia debatida se encuentre disciplinada por el convenio colectivo”.

En el caso actual, a pesar de lo sostenido por la demandada en el juicio, no nos hallamos ante una libre decisión del empresario amparada en su ius variandi, apoyado en lo pactado en el contrato de trabajo, ni tampoco nos hallamos ante el ámbito de aplicación de la MSCT, vía que pese a lo que sostuvo en el juicio, fue la empleada por la empresa demandada para operar la modificación. En el presente caso, la fijación de la jornada laboral se regula en el convenio colectivo que resulta de aplicación, se establece cómo se ha de fijar y en su caso cómo se ha de modificar. Con los dos trabajadores que hoy demandan, ni se ha usado la vía establecida en el propio convenio para su modificación, como tampoco se ha seguido la vía establecida en el artículo 82.3 ET para el descuelgue, al afectar a la regulación contenida en el Convenio Colectivo.

Así, y como queda transcrito en el fundamento cuarto, según lo establecido en el artículo 15 del convenio, respecto a la jornada diaria y semanal: *“Con carácter general, la jornada ordinaria diaria de trabajo tendrá una duración máxima de 9,5 horas y se realizará según el calendario y cuadrante establecido”*, y en cuanto a la duración concreta de la jornada semanal, el convenio establece que *“La duración máxima de la jornada ordinaria semanal de trabajo será de cuarenta horas de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual”*.

Es decir, dicho artículo se remite a la elaboración del calendario y cuadrante para determinar la jornada. Y el artículo 16, en cuanto al calendario establece que: *“Al comienzo de cada año y como máximo el 15 de febrero, la Empresa elaborará los calendarios laborales, previo acuerdo con los representantes legales de los trabajadores de cada centro de trabajo/lugar de prestación de servicios.*

En el calendario laboral se indicarán los días laborables del centro de trabajo o lugar de prestación de servicios y también los días no laborables”.

Es decir, es el calendario, elaborado tal y como fija el convenio, el que establece los días laborales y los que no. Además, el propio convenio parte en dicho artículo 16 del presupuesto de que *“Dado que la actividad de la Empresa se desarrolla durante todos los días del año, se considerarán días no laborables de calendario, los siguientes:*

[...]– Día de fin de semana (sábados y domingos). Si coinciden con un festivo o festivo especial, a efectos de compensación prevalece el tratamiento de festivo o festivo especial”.

Es decir, el propio convenio parte de considerar el sábado y el domingo como días no laborales. Y en consecuencia es el propio convenio el que establece un servicio de guardia, artículo 18, para *prestar en forma localizada o presencial, en sábados, domingos, festivos o*



| | | | |
|----------------------------|---|---------------|------------|
| Código: | OSEQRQBH8F7LEFA4EMX9RZF7UR2CMG | Fecha | 17/04/2023 |
| Firmado Por | | | |
| URL de verificación | https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/ | Página | 12/17 |



en días laborables fuera del horario habitual. Y esto es coherente y consecuente con el hecho de que *la actividad de la Empresa se desarrolla durante todos los días del año.*

Por último, el propio artículo 16 prevé que, *Si por necesidades del servicio fuesen necesarios cambios en el calendario laboral, estos se harán de acuerdo con la Comisión Paritaria de Flexibilidad.*

3. Sentado lo anterior, es necesario señalar que en el calendario laboral del año 2022 de la empresa demandada para la provincia de Cádiz, consta claramente marcados como no laborales los sábados y domingos de todo el año. De hecho, en el detalle anual de dicho calendario se establecen como “días en fin de semana no festivo” un total de 103, 14 días “festivos” y 24 “días de vacaciones”, resultando que de un total de 365 días tan solo 224 son “días laborables”. Es decir, por si la demandada tenía alguna duda, en el calendario laboral que pactó con los representantes de los trabajadores para la provincia de Cádiz, los días de fin de semana no eran laborales.

4. Llegados a este punto, parece evidente que el convenio colectivo que resulta de aplicación, establecía una jornada laboral y una forma de determinación de la misma que era claramente más beneficiosa que lo que los actores pactaron en sus contratos de trabajo casi 2 décadas antes de la entrada en vigor de dicho convenio. Ante ese “conflicto normativo” resulta claro que al trabajador se le ha de aplicar lo estipulado en el convenio colectivo por resultar más favorable a sus intereses.

5. La empresa con la decisión hoy impugnada, sencillamente se descolgó de la aplicación del convenio para los dos trabajadores hoy demandantes, y lo hizo sin aplicar el cauce establecido para ello en el propio convenio ni en el Estatuto de los Trabajadores. Es decir, no es de aplicación el artículo 41 ET al resultar afectadas condiciones pactadas y fijadas en el convenio.

6. A mayor abundamiento, como podemos comprobar, el convenio colectivo prevé expresamente que para prestar el trabajo en días no laborables de fin de semana (entre otros) se debería acudir al sistema de guardias, paradójicamente, el sistema que hasta ahora se venía aplicando para los actores de “forma voluntaria”. Por lo que se ahonda en la idea ya apuntada, de que la empresa, en relación con los actores, ha adoptado una decisión que va en contra de lo establecido en el convenio colectivo, esto es, que los sábados y domingos se prestará el trabajo en servicio de guardia (*Las guardias serán localizadas o presenciales, en sábados, domingos, festivos o en días laborables fuera del horario habitual.*)

En conclusión, como propugna la parte actora, al adoptarse la decisión por la empresa fuera de los cauces legales previstos para la inaplicación del convenio, la medida adoptada ha de entenderse como nula.



| | | | |
|----------------------------|---|---------------|------------|
| Código: | OSEQRQBH8F7LEFA4EMX9RZF7UR2CMG | Fecha | 17/04/2023 |
| Firmado Por | | | |
| URL de verificación | https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/ | Página | 13/17 |



SEXTO. - Indemnización.

Establece el artículo 138.7 LRJS que *“La sentencia que declare injustificada la medida reconocerá el derecho del trabajador a ser repuesto en sus anteriores condiciones de trabajo, así como al abono de los daños y perjuicios que la decisión empresarial hubiera podido ocasionar durante el tiempo en que ha producido efectos”*.

En el presente caso corresponde la indemnización solicitada por los actores.

Efectivamente resulta que se ha producido la modificación de las condiciones de trabajo de los actores, que ha producido un perjuicio económico a los mismos, pues la supresión del sistema de guardias y su sustitución por la realización de una jornada ordinaria ha implicado la pérdida de la retribución mínima que los actores han venido percibiendo como servicios de guardia, tal y como ya se ha razonado anteriormente. En este sentido se puede entender que la indemnización solicitada obedece al lucro cesante que los actores han dejado de percibir al verse privados de las guardias que venían realizando los sábados. En este punto el cálculo efectuado por los actores se estima correcto por ese juzgador, y por otro lado no ha sido combatido de contrario en cuanto al cálculo realizado. Así la demandada únicamente opuso que no procedía realizar un promedio de las cantidades que recibieron por dicho concepto (disponibilidad y guardia) dado que la misma dependía de las intervenciones concretas que se efectuaban durante tal servicio. Tal afirmación es parcialmente correcta, y lo es porque el trabajador percibe una cantidad fija por la mera disponibilidad, y otra variable atendiendo a las efectivas intervenciones que se realizaban. En todo caso la demandada no aportó un cálculo alternativo (aportando las horas que se prestaron los sábados así como de las incidencias que efectivamente fueron atendidas) y se limitó a oponerse de forma genérica.

Tampoco tuvo en cuenta la parte demandada que los trabajadores se han visto obligados a prestar su servicio durante los sábados que han correspondido de 9.00 a 18.00 horas, como jornada ordinaria, cuando según convenio esas horas de prestación efectiva del trabajo se debieron abonar conforme a las horas de guardia prestadas en sábado, lo que se traduce en un daño emergente para los actores.

Todo ello lleva a establecer la indemnización de daños y perjuicios, consistentes en la pérdida de la retribución mínima durante el periodo en que la medida de eliminación del sistema de guardias ha sido efectiva. Efectivamente dicha suma se ha dejado de percibir desde el momento en el que produjo efectos la decisión empresarial y en tanto en cuanto no se restituya a los actores en su situación anterior, y por ello en tal magnitud, solicitada en la demanda se ha de establecer la indemnización. Por otro lado, al no tratarse de una cantidad regular, el importe se ha calculado teniendo en cuenta lo percibido por cada uno de los actores por este concepto durante los 12 meses inmediatamente anteriores a la supresión, y haciendo un promedio mensual, de lo que resulta la cantidad de 165,17 euros para DON



| | | | |
|----------------------------|---|---------------|------------|
| Código: | OSEQRQBH8F7LEFA4EMX9RZF7UR2CMG | Fecha | 17/04/2023 |
| Firmado Por | | | |
| URL de verificación | https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/ | Página | 14/17 |



D. XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, y de 91,23 euros para D. XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, sistema de cálculo que este juzgador encuentra ajustado, debiendo recordarse que la parte demandada se opone al mismo, pero sin ofrecer ninguna alternativa.

SÉPTIMO. – Acceso al recurso.

A tenor de lo dispuesto en el art. 138.6 en relación con el art. 191.2.e) ambos de la L.R.J.S., frente a la presente Sentencia no cabría Recurso. Pero dicha regla se podría ver matizada en determinados supuestos.

La sentencia del TS de 10 de marzo de 2016, recurso 1887/2014, admitió el recurso de suplicación contra las sentencias dictadas en materia de modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter individual, al haberse acumulado a esa acción una reclamación de daños y perjuicios en cuantía superior a los 3.000 euros. El TS realizó una interpretación integradora de los arts. 191.2.e) y g) y 192 de la LRJS, argumentando que, "si bien en principio la materia de modificación sustancial de condiciones trabajo de carácter individual, tiene vedado el acceso al recurso de suplicación, sí se permite el recurso en los supuestos en que a la acción impugnatoria de la modificación, se acumula una acción indemnizatoria en cuantía que sea superior a los 3.000 euros. Interpretación ésta, que viene avalada por el artículo 138 de la propia LRJS, que regula la tramitación del proceso de Movilidad Geográfica y Modificaciones Sustanciales de Trabajo, el cual en su apartado séptimo, párrafo tercero, establece que: "La sentencia que declare injustificada la medida reconocerá el derecho del trabajador a ser repuesto en sus anteriores condiciones de trabajo, así como al abono de los daños y perjuicios que la decisión empresarial hubiera podido ocasionar durante el tiempo en que ha producido efectos". Esta interpretación más amplia - "pro recurso"-, salva la más literal y restrictiva del transcrito apartado e) del número 1 (2) del artículo 191 de la LRJS, que supondría entender que la excepción de dicho apartado, en cuanto al acceso al recurso de suplicación cuando exista acumulación de otra acción, que sí sea susceptible del recurso, se refiere únicamente a los de cambio de puesto o movilidad funcional, haciendo así de peor condición a los de modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter individual, cuando lo cierto es, que la modificación puede suponer, según el tipo y la condición de trabajo afectada, una carga más penosa y un mayor sacrificio para el trabajador, que el cambio de puesto de trabajo o movilidad funcional, interpretación literal que sería contraria a la obligada tutela judicial efectiva que el artículo 24.1 de nuestra Constitución proclama y garantiza".

La citada doctrina ha sido reiterada en las sentencias del TS de 22 de junio de 2016, recurso 399/2015; 11 de enero de 2017, recurso 1626/2015; 7 de diciembre de 2016, recurso 1599/2015; y 5 de junio de 2018, recurso 3337/2016, que admiten el recurso de suplicación contra sentencias dictadas en materia de modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter individual, al haberse acumulado a esa acción una reclamación de daños y



| | | | |
|----------------------------|---|---------------|------------|
| Código: | OSEQRQBH8F7LEFA4EMX9RZF7UR2CMG | Fecha | 17/04/2023 |
| Firmado Por | | | |
| URL de verificación | https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/ | Página | 15/17 |



perjuicios en cuantía superior a los 3.000 euros y una reclamación de tutela de derechos fundamentales, argumentando que la acumulación de las acciones de impugnación de una modificación sustancial de condiciones de trabajo y reclamación de cantidad superior a 3.000 euros determina que la sentencia de instancia es recurrible en suplicación. Además, en dichos supuestos, la invocación de la violación de derechos fundamentales permitía igualmente el acceso a suplicación.

En el presente caso la cuantía del proceso, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 192 LRJS, en concreto los apartados 1 y 3, no superaría los 3.000 euros, por lo que no cabría recurso.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general aplicación.

FALLO

Que estimando la demanda interpuesta por DON XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX y DON XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX frente a ELTEC IT SERVICES S.L., en acción por MODIFICACION SUSTANCIAL DE CONDICIONES DE TRABAJO:

1. Debo declarar y declaro nula la decisión empresarial de modificar la jornada y horario llevada a cabo por la empresa con efectos del 6-6-2022, declarando el derecho de los trabajadores al mantenimiento de sus anteriores condiciones de trabajo, condenando a la empresa demandada a estar y pasar por esta declaración y a reponer a los actores en sus anteriores condiciones de trabajo.
2. Asimismo CONDENO a la empresa demandada ELTEC IT SERVICES S.L., a que abone en concepto de indemnización de daños y perjuicios derivados de la medida declarada nula a DON XXXXXXXXXXXX en la suma de 165,57 euros al mes y DON XXXXXXXXXXXX en la suma de 91,23 euros al mes, en sendos casos computado desde la efectividad de la modificación acordada hasta que respectivamente sean repuestos en sus anteriores condiciones de trabajo.

Notifíquese a las partes la presente resolución, con advertencia de que es firme y de que contra la misma no cabe recurso.

Así por esta mi sentencia, de la que se llevará testimonio a los autos lo pronuncio mando y firmo don Carlos José Rodríguez Rodríguez, Magistrado Juez de refuerzo del Juzgado de lo Social nº 3 de Jerez de la Frontera.



| | | | |
|----------------------------|---|---------------|------------|
| Código: | OSEQRQBH8F7LEFA4EMX9RZF7UR2CMG | Fecha | 17/04/2023 |
| Firmado Por | | | |
| URL de verificación | https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/ | Página | 16/17 |

