

Tribunal Supremo

TS (Sala de lo Social) Sentencia num. 1043/2021 de 20 octubre
RJ\2021\4685

DISTRIBUCIÓN IRREGULAR DE LA JORNADA LABORAL: medida adoptada por empresa pública como consecuencia de la pandemia causada por el coronavirus y el estado de alarma tras una ronda de consultas con los representantes de los trabajadores sin haberse alcanzado un acuerdo, como quiera que no supera el porcentaje del 10% no se exige el acuerdo con los representantes de los trabajadores, pues no le impone el convenio colectivo aplicable, y, por tanto, se rechaza la vulneración de la libertad sindical del sindicato que alega, sin que ello conste en los hechos probados, no haber sido emplazado.

ECLI:ECLI:ES:TS:2021:3918

Jurisdicción:Social

Recurso de Casación 128/2021

Ponente:Excmo Sr. Juan Molins García-Atance

El Pleno del TS **desestima** el recurso de casación interpuesto por el Sindicato demandante, contra la Sentencia de 28-10-2020 de la Sala de lo Social del TSJ de Castilla-La Mancha, dictada en autos promovidos en proceso de conflicto colectivo.

CASACION núm.: 128/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Molins García-Atance

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Santiago Rivera Jiménez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

PLENO

Sentencia núm. 1043/2021

Excmas. Sras. y Excmos. Sres.

D^a. María Luisa Segoviano Astaburuaga

D^a. Rosa María Virolés Piñol

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Ángel Blasco Pellicer

D. Sebastián Moralo Gallego

D^a. María Luz García Paredes

D^a. Concepción Rosario Ureste García

D. Juan Molins García-Atance

D. Ricardo Bodas Martín

D. Ignacio García-Perrote Escartín

En Madrid, a 20 de octubre de 2021.

Esta Sala ha visto el recurso de casación ordinario interpuesto por el Letrado D. Fidencio Martín García, en nombre y representación del Sindicato Independiente de Bomberos Forestales de Castilla- La Mancha (SIBF) contra la [sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla- La Mancha, en fecha 28 de octubre de 2020, procedimiento 18/2020 \(PROV 2020, 364989\)](#), en actuaciones seguidas en virtud de demanda de conflicto colectivo a instancia del Sindicato Unión Sindical Obrera (USO), se presentó demanda de conflicto colectivo a la que se adhirieron el Sindicato Unión General de Trabajadores (UGT), el Sindicato Comisiones Obreras (CCOO), el Sindicato Autónomo de Trabajadores de Incendios Forestales (SATIF) y el Sindicato Independiente de Bomberos Forestales de Castilla- La Mancha (SIBF) contra la empresa Gestión Ambiental de Castilla- La Mancha SA (GEACAM).

Ha comparecido en concepto de recurrido la empresa Gestión Ambiental de Castilla- La Mancha SA (GEACAM), representado y asistido por el Letrado D. José Manuel Díaz Mora.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Juan Molins García-Atance.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-

Por la representación del Sindicato Unión Sindical Obrera (USO), se presentó demanda de conflicto colectivo a la que se adhirieron el Sindicato Unión General de Trabajadores (UGT), el Sindicato Comisiones Obreras (CCOO), el Sindicato Autónomo de Trabajadores de Incendios Forestales (SATIF) y el Sindicato Independiente de Bomberos Forestales (SIBF) de la que conoció la Sala de lo Social

del Tribunal Superior de Justicia de Castilla- La Mancha, y en la que tras exponer los hechos y motivos que estimó de aplicación terminó suplicando se dictara sentencia mediante la que: "se declare la nulidad de las dos instrucciones dictadas por la empresa a los trabajadores el 27 de marzo y el 8 de abril de 2020, con el detalle contenido en el suplico de la demanda y por la tanto que no existe por parte de éstos de recuperar ninguna jornada de trabajo."

SEGUNDO.-

Admitida a trámite la demanda se celebró el acto del juicio, con la intervención de las partes y el resultado que se refleja en el acta que obra unida a las actuaciones. Recibido el pleito a prueba se practicaron las propuestas por las partes y declaradas pertinentes.

TERCERO.-

En fecha [28 de octubre de 2020 \(PROV 2020, 364989\)](#) se dictó sentencia por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla- La Mancha, en la que consta el siguiente fallo: "Debemos desestimar y desestimamos la demanda presentada por D. Martin en representación del Sindicato Unión Sindical Obrera, a cuya posición procesal se adhirieron el Sindicato Unión General de Trabajadores (UGT), el Sindicato Comisiones Obreras (CCOO), el Sindicato Autónomo de Trabajadores de Incendios Forestales (SATIF), y el Sindicato Independiente de Bomberos Forestales (SIBF) frente a Gestión Ambiental de Castilla La Mancha SA (GEACAM), a la que absolvemos de los pedimentos contra ella formulados. Sin costas."

CUARTO.-

En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos:

"PRIMERO: Como consecuencia de la situación generada por la pandemia del coronavirus SARS-CoV-2, y el estado de alarma declarado por el [Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo \(RCL 2020, 376\)](#) (BOE del mismo 14 de marzo), la entidad Geacam SA demandada se enfrentó a la necesidad de organizar sus recursos humanos, contando con la paralización de actividades asociada en mayor o menor medida, según los casos, al citado estado de alarma. A tal efecto, se inició una ronda de contactos con diversos representantes sindicales por diversos medios, incluido el teléfono, el correo electrónico y la mensajería instantánea, que tenía por objeto intercambiar propuestas sobre una eventual distribución irregular de la jornada de trabajo en el año.

SEGUNDO: Las indicadas rondas de consultas y propuestas terminaron sin

acuerdo, por lo que la empresa dictó dos circulares.

La primera de ellas el 27-3-20, en la que se acordaba para los trabajadores que, trabajando en prevención de incendios forestales, debieran incorporarse el 30-3-20, dejarían de trabajar esas horas hasta el 11-4-20. Además, se establecía que la compensación de las horas ordinarias no trabajadas en abril por la distribución irregular de la jornada, se realizarían desde el 1-10 al 31-12-20, compensación que se concretaría por cuadrillas en la prevención para limitar los posibles problemas organizativos. En todo caso, los trabajadores seguirían percibiendo la totalidad de sus retribuciones de carácter salarial, pero no las extra salariales ni las sujetas a un "devengo explícito". Se exceptuaba de la paralización a los trabajadores activados en el mes de abril o que fueran a estarlo para extinción de incendios forestales, y los incorporados a la emergencia por el COVID-19. Y finalmente, se establecían reglas especiales para los trabajadores que estuvieran disfrutando de vacaciones el momento del inicio de la medida.

La segunda circular, de 8-4-20, acordaba la prórroga de la medida ya descrita, en relación al periodo de 14 al 24 de abril de 2020, previendo el mismo periodo del 1-10 al 31-12-20 para compensar el tiempo no trabajado, así como la misma forma de concretar las horas a recuperar por cuadrillas.

Ambos documentos obran en autos y se dan por reproducidos.

TERCERO: De manera coetánea con los referidos eventos, mediante Decreto de ámbito de la autonomía de Castilla La Mancha 9/2020, de 18 de marzo, por el que se aprueban medidas extraordinarias de carácter económico-financiero y de refuerzo de medios frente a la crisis ocasionada por el COVID-19, se acordó que Geacam pusiera "a disposición de las autoridades sanitarias de la región, de forma excepcional y en tanto dure la situación de la emergencia sanitaria, sus medios personales, técnicos y material sanitario de protección como mascarillas, buzos desechables y gafas de protección ". Como consecuencia de tal previsión, quedaron afectos a la emergencia COVID unos 520 o 530 trabajadores del total de 1.800 trabajadores de la plantilla.

CUARTO: La parte demandante presentó el día 4-6-20 petición de mediación ante el Jurado Arbitral de Castilla La Mancha, como consecuencia del requerimiento de esta Sala, celebrándose el acto sin avenencia el 17-6-20."

QUINTO.-

Contra dicha resolución se interpuso recurso de casación por la representación letrada del Sindicato Independiente de Bomberos Forestales de de Castilla- La Mancha (SIBF), siendo admitido a trámite por esta Sala.

SEXTO.-

Impugnado el recurso, se emitió informe por el Ministerio Fiscal en el sentido de considerar que el recurso debe ser desestimado. Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos y dadas las características de la cuestión jurídica planteada y su trascendencia, procede su debate por la Sala en Pleno, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 197 de la [Ley de Orgánica del Poder Judicial \(RCL 1985, 1578, 2635\)](#). A tal efecto, para su celebración, se señaló el día 20 de octubre de 2021, convocándose a todos los Magistrados de la Sala, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-

1.- El debate litigioso se ciñe a la impugnación de las circulares de la empresa Gestión Ambiental de Castilla-La Mancha SA (en adelante GEACAM) de fecha 27 de marzo de 2020 y 8 de abril de 2020 que acordaban una distribución irregular de la jornada como consecuencia de la pandemia causada por el coronavirus SARS-COV-2.

La [sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha en fecha 28 de octubre de 2020 \(PROV 2020, 364989\)](#), procedimiento 18/2020, desestimó la demanda de conflicto colectivo interpuesta por los sindicatos demandantes contra la empresa GEACAM, denegando la pretensión de que se anulen dichas circulares.

2.- Contra ella recurre en casación ordinaria el Sindicato Independiente de Bomberos Forestales de Castilla-La Mancha (en adelante SIBF) formulando dos motivos al amparo del [art. 207.e\)](#) de la [Ley Reguladora de la Jurisdicción Social \(RCL 2011, 1845\)](#) (en adelante LRJS).

1) En el primer motivo del recurso se denuncia la infracción de los [arts. 85.6 y 97.2](#) de la LRJS en relación con el art. 24 de la [Constitución \(RCL 1978, 2836\)](#), y la infracción del [art. 34.2](#) del [Estatuto de los Trabajadores \(RCL 2015, 1654\)](#) (en adelante ET) en relación con el art. 26.1º.d) del [III Convenio Colectivo para el personal de las empresas adjudicatarias de los servicios contra incendios forestales de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha \(LCLM 2010, 335\)](#).

El motivo está formulado defectuosamente porque denuncia tanto la infracción de normas procesales como de normas sustantivas y mezcla ambas cuestiones.

En el fundamento de derecho segundo de la sentencia de instancia consta: "no se ha discutido entre las partes que, tal como se afirmó por la empresa en el acto del juicio, la distribución irregular de la jornada no supera el 10% de la misma." La parte

recurrente niega que sea cierto: esta parte procesal sostiene que se opuso a la manifestación de la empresa relativa a que no se alcanzó ese porcentaje del 10% de distribución irregular de la jornada, sin que el empleador, quien debía haberla probado, la hubiera acreditado.

Además, argumenta que el art. 26.1.d) del convenio colectivo aplicable obliga a negociar la distribución irregular de jornada, que no puede ser impuesta unilateralmente por la empresa.

En aras al derecho a la tutela judicial efectiva, sancionado por el art. 24 de la [Constitución \(RCL 1978, 2836\)](#), la citada deficiencia formal no impide entrar en el examen de este motivo de casación porque el examen del escrito de interposición del recurso permite deslindar las cuestiones procesales y materiales.

2) En el segundo motivo del recurso se denuncia la infracción del art. 26.1º.d) del III Convenio Colectivo para el personal de las empresas adjudicatarias de los servicios contra incendios forestales de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha en relación con el [art. 34.2º](#) del ET, del art. 28.1 de la Constitución y del [art. 2.2.d\)](#) de la [Ley Orgánica de Libertad Sindical \(RCL 1985, 1980\)](#).

La recurrente alega que el sindicato SIBF no fue emplazado en la ronda de consultas, ni en la negociación para la distribución irregular de la jornada, a la que debió ser llamado, por lo que se ha vulnerado su libertad sindical.

3.- La empresa GEACAM presentó escrito de impugnación del recurso de casación oponiéndose a los motivos de la parte recurrente y solicitando la confirmación de la sentencia recurrida.

El Ministerio Fiscal emitió informe en contra de la estimación del recurso.

SEGUNDO.-

1.- En primer lugar, debemos examinar la alegación de la parte recurrente en la que combate la manifestación contenida en el fundamento de derecho segundo de la sentencia recurrida relativa a que no se discutió entre las partes que la distribución irregular de la jornada no superase el 10% de la misma.

Los hechos conformes están exentos de prueba ([art. 281.3](#) de la [Ley de Enjuiciamiento Civil \(RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892\)](#) y [art. 87.1](#) de la [LRJS \(RCL 2011, 1845\)](#)). Sin embargo, la mención relativa a que la distribución irregular de la jornada por parte de GEACAM no superó el 10% no es un hecho probado. Es una valoración jurídica que implica la aplicación de normas jurídico-sustantivas.

Las partes procesales pueden centrar el debate litigioso, precisando qué extremos

no son discutidos y cuáles son controvertidos, lo que permite precisar el objeto del pleito.

En el supuesto enjuiciado, ni en la demanda rectora de la presente litis, ni en su ratificación, se alegó que la distribución irregular de la jornada superase el 10% previsto en el [art. 34.2](#) del [ET \(RCL 2015, 1654\)](#). En el trámite de contestación a la demanda, la mercantil GEACAM manifestó que la distribución irregular de la jornada efectuada por las circulares combatidas no superaba el 10%. Ni el sindicato SIBF, ni las restantes partes procesales combatieron dicha argumentación de la empresa demandada. Por ello, la sentencia recurrida afirma que no se discutió entre las partes que la distribución irregular de la jornada no superaba el 10% de la misma.

2.- En consecuencia, la citada alegación de la parte recurrente relativa al porcentaje de la distribución irregular de la jornada constituye una cuestión nueva suscitada por primera vez en este recurso. La naturaleza extraordinaria del recurso de casación impide plantear cuestiones nuevas que no se suscitaron en la instancia (por todas, [sentencias del TS de 17 de mayo de 2017 \(RJ 2017, 2805\)](#), recurso 221/2016; [19 de julio de 2018 \(RJ 2018, 4181\)](#), recurso 158/2017 y [15 de junio de 2020 \(RJ 2020, 2738\)](#), recurso 167/2018). La controversia litigiosa se fija en la instancia, sin que sea dable suscitar extemporáneamente en casación ordinaria cuestiones que no se alegaron ante el Tribunal Superior de Justicia. La consecuencia es que todo motivo casacional novedoso debe ser rechazado de plano.

TERCERO.-

1.- A continuación, debemos examinar conjuntamente, por su íntima interconexión, las alegaciones de la parte recurrente relativas a que el art. 26.1.d) del convenio colectivo aplicable obliga a negociar la distribución irregular de jornada, que no puede ser impuesta unilateralmente por la empresa; y que el sindicato SIBF no fue emplazado en la ronda de consultas.

GEACAM, en su escrito de impugnación del recurso de casación, alega que no es exigible el acuerdo pero que intentó alcanzar consenso con todas las representaciones sindicales con presencia en la empresa, incluido el SIBF, con propuestas cruzadas que no fructificaron.

2.- El [art. 34.2](#) del [ET \(RCL 2015, 1654\)](#) dispone: "Mediante convenio colectivo o, en su defecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, se podrá establecer la distribución irregular de la jornada a lo largo del año. En defecto de pacto, la empresa podrá distribuir de manera irregular a lo largo del año el diez por ciento de la jornada de trabajo [...]".

3.- El III Convenio Colectivo para el personal de las empresas adjudicatarias de los servicios contra incendios forestales de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, diferencia entre el periodo de extinción y el de prevención. En su art. 26.1 regula la jornada de trabajo durante el período de prevención. En el subapartado d) establece:

"En cada provincia, la representación de los trabajadores acordará con las empresas el calendario semanal y la distribución, si procede, de la jornada irregular, para cumplir con los requerimientos objetivos establecidos para el período de prevención.

No obstante las anteriores previsiones, el horario de entrada y salida podrá ser modificado por la Administración en función del horario solar, respetando lo establecido en párrafo anterior e informando previamente a la representación de los trabajadores."

4.- La [sentencia del Pleno de la Sala Social del TS de fecha 12 de mayo de 2021 \(RJ 2021, 3105\)](#), recurso 164/2020, enjuició un supuesto en el que la empresa, como consecuencia de la crisis sanitaria provocada por el COVID-19, había acordado medidas de distribución irregular de la jornada, entre otras. Esta Sala negó que se tratara de una modificación sustancial de condiciones de trabajo porque dichas medidas "son consecuencia de la excepcional situación derivada del estado de alarma a consecuencia del COVID-19, y no constituyen una modificación sustancial de las condiciones de trabajo. La empresa se ha limitado a aplicar la normativa al respecto, a partir del [Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo \(RCL 2020, 376\)](#) por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la crisis sanitaria provocada por la COVID-19, coherenciándola con la normativa de prevención de riesgos, en todo caso, para preservar la vida y la integridad de los trabajadores ante esta situación excepcional y temporal, dentro del adecuado marco del poder de dirección y organización asignado a la empresa. Tal situación, atendiendo a las circunstancias fácticas reflejadas en el relato de hechos probados, que damos aquí por reproducidos, contrariamente a lo señalado por los recurrentes, no constituye una MSCT del [art. 41](#) ET."

5.- La [sentencia del Pleno de la Sala Social del TS de 15 de julio de 2021 \(RJ 2021, 3745\)](#), recurso 74/2021, rechazó que se hubiera producido una modificación sustancial de condiciones de trabajo cuando, como consecuencia de la pandemia derivada de la COVID-19 una empresa adoptó diversas medidas que afectaron a la distribución del tiempo de trabajo de su plantilla. Este Tribunal argumentó: "Tales medidas persiguen coherenciar el funcionamiento de la empresa (en circunstancias singulares) con la normativa de prevención de riesgos laborales, tendentes a

preservar la vida e integridad de los trabajadores en primer lugar, ante una situación marcadamente excepcional, dentro del adecuado ejercicio del poder de dirección y organización de la empresa. Encuentran su cobertura en la normativa excepcional y perentoria transcrita. C) No nos encontramos ante una MSCT en sentido estricto, sino ante la introducción de ajustes en el modo de prestar la actividad que vienen exigidos por las detalladas normas aprobadas por las autoridades sanitarias."

CUARTO.-

1.- En la presente litis, como consecuencia de la pandemia causada por el coronavirus y el estado de alarma, GEACAM acordó que los trabajadores que debían prestar servicios en prevención de incendios forestales y que debían incorporarse en fecha 30 de marzo de 2020, dejarían de trabajar esas horas hasta el 11 de abril de 2020. La medida se prorrogó hasta el 24 de abril de 2020. La empresa acordó la compensación de las horas ordinarias no trabajadas desde el 1 de octubre al 31 de diciembre de 2020. Se trata de un supuesto distinto del previsto en el art. 26 de la norma colectiva aplicable, que se limita a regular la distribución irregular de la jornada para cumplir con los requerimientos objetivos establecidos para el período de prevención.

2.- Por ende, debe aplicarse la regulación establecida en el [art. 34.2 del ET \(RCL 2015, 1654\)](#) que, en defecto de pacto, permite que la empresa pueda distribuir de manera irregular a lo largo del año el 10% de la jornada de trabajo. Al no haberse superado el citado porcentaje, no era necesario el acuerdo con los representantes de los trabajadores.

En definitiva, con la finalidad de hacer frente a la pandemia causada por el coronavirus SARS-COV-2, la empresa acordó una distribución irregular de jornada inferior al citado porcentaje. En los hechos probados de autos consta que "se inició una ronda de contactos con diversos representantes sindicales [...] que tenía por objeto intercambiar propuestas sobre una eventual distribución irregular de la jornada de trabajo en el año". Al no alcanzar un acuerdo, la empresa dictó las dos circulares impugnadas.

El presente recurso de casación debe resolverse con sujeción al inalterado relato fáctico de instancia, en el que se omite cualquier mención a que el sindicato SIBF no fuera emplazado en la citada ronda de consultas. En cualquier caso, de conformidad con lo dispuesto en el [art. 34.2 del ET](#) no era necesario el acuerdo con los representantes de los trabajadores para adoptar dicha medida, lo que impide estimar este recurso.

3.- De conformidad con el Ministerio Fiscal, procede desestimar el recurso de

casación ordinario, confirmando la sentencia de instancia. Sin condena al pago de las costas ([art. 235](#) de la [LRJS \(RCL 2011, 1845\)](#)).

F A L L O

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la [Constitución \(RCL 1978, 2836\)](#), esta Sala ha decidido

:

Desestimar el recurso de casación ordinario interpuesto por la representación del Sindicato Independiente de Bomberos Forestales de [Castilla-La Mancha contra la sentencia dictada por Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha en fecha 28 de octubre de 2020, \(PROV 2020, 364989\)](#) procedimiento 18/2020, confirmando la citada sentencia. Sin condena al pago de las costas.

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

Así se acuerda y firma.