



Roj: **STS 1632/2022 - ECLI:ES:TS:2022:1632**

Id Cendoj: **28079140012022100319**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **08/04/2022**

Nº de Recurso: **20/2021**

Nº de Resolución: **335/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JUAN MOLINS GARCIA-ATANCE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 2083/2020,**
STS 1632/2022

CASACION núm.: 20/2021

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

Sentencia núm. 335/2022

Excmas. Sras. y Excmos. Sres.

D.ª Rosa María Virolés Piñol

D.ª Concepción Rosario Ureste García

D. Juan Molins García-Atance

D. Ricardo Bodas Martín

D. Ignacio Garcia-Perrote Escartín

En Madrid, a 8 de abril de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación ordinario interpuesto por el Letrado D. Alfredo Aspra Rodríguez, en nombre y representación del Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA (BBVA) contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, en fecha 27 de julio de 2020, procedimiento 42/2020, en actuaciones seguidas en virtud de demanda de conflicto colectivo, a instancia de la Federación de Servicios, Movilidad y Consumo de la Unión General de Trabajadores (FeSMC-UGT), a la que se han adherido la Federación de Servicios de Comisiones Obreras (CC.OO.), la Asociación de Cuadros de Banca (ACB), la Confederación General del Trabajo (CGT), la Federación Sindicat d'Estalvi de Catalunya - Sindicato de Empleados de Crédito (Federación SEC), la Confederación Intersindical Galega (CIG), la Federación de Servicios de ELA, la Federación de Servicios Privados de LAB y el Sindicat Catalá Autonom de Treballadors (SCAT) contra Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA (BBVA), habiendo sido parte el Ministerio Fiscal.

Ha comparecido en concepto de recurrido la Federación de Servicios, Movilidad y Consumo de la Unión General de Trabajadores (FeSMC-UGT), representada y asistida por el Letrado D. Roberto Manzano del Pino y la Federación de Servicios de Comisiones Obreras (CC.OO.), representada y asistida por la Letrada Dª Pilar Caballero Marcos.

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



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación letrada de la Federación de Servicios, Movilidad y Consumo de la Unión General de Trabajadores (FeSMC-UGT), se presentó demanda de conflicto colectivo, a la que se han adherido los sindicatos Federación de Servicios de Comisiones Obreras (CC.OO.), la Asociación de Cuadros de Banca (ACB), la Confederación General del Trabajo (CGT), la Federación Sindicat d'Estalvi de Catalunya - Sindicato de Empleados de Crédito (Federación SEC), la Confederación Intersindical Galega (CIG), la Federación de Servicios de ELA, la Federación de Servicios Privados de LAB y el Sindicat Catalá Autonom de Treballadors (SCAT), de la que conoció la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, y en la que tras exponer los hechos y motivos que estimó de aplicación terminó suplicando se dictara sentencia estimatoria mediante la que se declarase: "el derecho de los trabajadores de la empresa que presten sus servicios en jornada partida a percibir la ayuda alimentaria sin más requisitos o limitaciones que los previstos en el convenio colectivo o los acuerdos especificados en el hecho tercero de la demanda y, en consecuencia, que se declare el derecho al abono de la ayuda alimentaria con independencia de que la salida por la tarde se produzca antes de las 16:00 horas. Asimismo, se solicita que se declare la obligación empresarial de abonar al colectivo afectado las diferencias producidas por la falta de abono de la ayuda alimentaria desde el mes de noviembre de 2019. Condenando a la demandada a estar y pasar por dicha declaración."

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 27 de julio de 2020 se dictó sentencia por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, en la que consta el siguiente fallo: "Prevía desestimación de las excepciones de prescripción de la acción .variación sustancial de la demanda respecto de la papeleta de conciliación, falta de acción e inadecuación de procedimiento, y estimando la demanda deducida por UGT frente al BBVA, a la que se han adherido STC, CIG, ELA, ACB, y CGT, y CCOO SERVICIOS declaramos el derecho de los trabajadores de la empresa que presten sus servicios en jornada partida a percibir la ayuda alimentaria sin más requisitos o limitaciones que los previstos en el convenio colectivo o los acuerdos especificados en el hecho tercero de la demanda y, en consecuencia, que se declare el derecho al abono de la ayuda alimentaria con independencia de que la salida por la tarde se produzca antes de las 16:00 horas, así como la obligación empresarial de abonar al colectivo afectado las diferencias producidas por la falta de abono de la ayuda alimentaria desde el mes de noviembre de 2019, condenando a la demandada a estar y pasar por dicha declaración."

Dicha sentencia fue aclarada por auto de fecha 31 de julio de 2020 y cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "La Sala acuerda aclarar el error material que se ha producido en el fallo de la sentencia de la manera siguiente:

Donde dice: "...a la que se han adherido STC, CIG, ELA, ACB Y CGT Y CCOO Servicios..."

Debe decir: "...a la que se han adherido SEO, CIG, ELA, ACB Y CGT Y CCOO Servicios..."

Contra este auto, que forma parte de la sentencia recurrida, podrá interponerse el mismo recurso que se concedió frente a la misma."

CUARTO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos:

"PRIMERO. - La Federación de Servicios, Movilidad y Consumo de la Unión General de Trabajadores (FeSMC-UGT) está integrada en la Unión General de Trabajadores, sindicato más representativo a nivel estatal, según dispone el artículo 6 de la LOLS, y además tiene una importante implantación en la empresa demandada.- conforme-. La empresa explota centros de trabajo en más de una Comunidad Autónoma- conforme-.

SEGUNDO.- La empresa BBVA rige sus relaciones laborales por el XXIII Convenio Colectivo de Banca para los años 2015 a 2018, publicado en el BOE nº 144, de fecha 15 de junio de 2016 que, actualmente, el mismo se encuentra en ultra- actividad. Dicho convenio colectivo regula en su artículo 27 el régimen de jornada y horario de los trabajadores que se encuentran bajo su ámbito de aplicación, regulando en su apartado tercero el horario partido.- conforme-.

TERCERO.- En el seno de la demandada rigen los siguientes acuerdos sobre jornada y horarios:

1.- Acuerdo sobre jornada y horarios de 6-2-2,001 - descriptor 65 -en el que se fijan los horarios partidos siguientes:

I. Horario del personal de Administración central con jornada flexible y partida:



El horario del personal de Administración central establecida con anterioridad a este pacto de 7 horas de temporada de verano (del 15.6 al 15.9) y de 7 horas y 45 minutos el resto del año, denominada como flexible y partida se verá reducido en el presente pacto, a partir de la firma de este Acuerdo en los siguientes términos:

- Viernes, todo el año: entrada entre 8 y 9 horas (flexible)

salida entre 14 y 15 horas

Descanso intermedio de una hora de duración

Tarde: entrada entre 16:00 y 17:00 horas Salida una vez cumplidas las 7 horas.;"

2.- Acuerdo colectivo sobre las condiciones de prestación de servicios en el Banco en régimen de Teletrabajo de 27-7- 2.011- descriptor 66- que dispone que "si el trabajador viniera cobrando el concepto de ayuda alimentaria, en razón de su jornada de trabajo con carácter previo a su incorporación a la modalidad de teletrabajo, la seguirá percibiendo en las mismas condiciones que el resto de la plantilla de su unidad";

3.- Acuerdo colectivo de Servicios Financieros Personales de 24-10-2.005- descriptor 67- que establece en su punto primero:

"Se establece en la zona de asesoramiento el siguiente horario flexible:

1) Para el periodo comprendido entre el 1 de enero y el 14 de junio y entre el 16 de septiembre al 31 de diciembre.

LUNES A JUEVES: Mañana: Entrada entre las 8 y las 9 horas (flexible)

Salida: entre las 14 y las 15 horas (flexible)

Descanso intermedio mínimo de 1,15 horas de duración.

Tarde: entrada entre las 16:15 y las 17:15 horas (flexible)

Salida: una vez cumplida una jornada de trabajo de 7 horas 30 minutos

VIERNES: Mañana: Entrada entre las 8h y las 9h (flexible)

Salida: entre las 14 y las 15 horas (flexible)

Descanso intermedio mínimo de 1,15 horas de duración.

Tarde: entrada entre las 16:15 y las 17:15 horas.(flexible)

Salida: una vez cumplida una jornada de trabajo de 7 horas, mediante horario continuado o partido a opción por el trabajador.

2) Para el periodo comprendido entre el 15 de junio y el 15 de septiembre:

LUNES A VIERNES Mañana: Entrada entre las 8h y las 9h (flexible)

Salida: entre las 14 y las 15 horas (flexible)

Descanso intermedio mínimo de 1,15 horas de duración.

Tarde: entrada entre las 16:15 y las 17:15 horas.(flexible).

Salida: una vez cumplida una jornada de trabajo de horas, mediante horario continuado o partido a opción por el trabajador.".

4.- Acuerdo de condiciones laborales BBVA Contigo de 8-10- 2.018 - descriptor 68-

"Periodo de invierno: Comprendido entre el 1.1 y el 30.6 y entre el 1.9 y el 30.6:

DE LUNES A JUEVES

Mañana: Entrada flexible entre las 8:30 y las 9:30 h

Salida: a las 14:30 h

Tarde: Entrada flexible entre las 15:30 y las 16:30 horas

Salida: una vez cumplidas 8 horas

VIERNES: Jornada continuada de 9 a 15 horas (6 horas de jornada laboral)

Periodo de verano: comprendido entre el 1-7 y el 31-8

DE LUNES A JUEVES



Jornada continuada de 8 a 15 horas (7 horas de jornada laboral)

VIERNES:

Jornada continuada de 9 a 15 horas (6 horas de jornada laboral)."...

En su apartado 4 dispone que "La plantilla afecta a este Acuerdo percibirá el importe por Ayuda Alimentaria vigente en cada momento en la Entidad, por las jornadas partidas efectivamente trabajadas".

5.- Acuerdo de sábados libres de 29-12-2.009 - descriptor 69-, en el que su apartado tercero dispone:

"La libranza del 100 % de los sábados no supondrá modificación de la jornada anual de trabajo, a cuyo efecto el tiempo no trabajado correspondiente a dichos sábados se recuperará:

- Durante los jueves comprendidos entre el 1 de octubre y el 31 de marzo, en horario de tarde, con entrada flexible entre las 15:45 horas hasta las 16: 15 horas y salida entre las 18:30 horas y 19 horas, una vez cumplidas 2 horas y 45 minutos.

En el caso de que el jueves fuera festivo se considerará no recuperable. Si el jueves resultara víspera de festivo, la recuperación se realizaría el miércoles anterior, salvo en el supuesto de que dicho jueves coincida con Nochebuena, Nochevieja, o esté comprendido en la Semana de Fiestas Mayores, en cuyo caso no se producirá la recuperación.

En concepto de ayuda alimentaria y por las jornadas con horario partido efectivamente realizadas por el personal conforme a los términos de este acuerdo, se percibirá el importe previsto en cada momento en la entidad, sustituyendo el mismo el importe y condiciones el importe de la ayuda alimentaria previsto en el art. 25.3 del Convenio colectivo del sector de Banca."

6.- Por otro lado, en la ciudad BBVA existe un horario de "jornada partida y flexible" obrante al descriptor 55:

"1.- periodo entre 1-1 al 14-6 y entre el 16-9 y el 31-12:

De lunes a jueves:

Mañana: Entrada entre las 7:30 y las 10:00 horas (flexible)

Salida: Entre las 13:00 y las 16:00 horas (flexible)

Descanso mínimo de 1/2 para almuerzo.

Tarde: Salida: Una vez cumplida una jornada de 7 horas y 45 minutos.

2.- periodo entre el 15.6 y al 15.9. De lunes a jueves de forma partida:

Mañana: Entrada entre las 7:30 y las 10:00 horas (flexible)

Salida: Entre las 13:00 y las 16:00 horas (flexible)

Descanso mínimo de 1/2 para almuerzo.

Tarde: Salida: Una vez cumplida una jornada de 7 horas.

3.- Viernes de todo el año.

Mañana: Entrada entre las 7:30 y las 10:00 horas (flexible)

Salida: Entre las 13:00 y las 16:00 horas (flexible)

Descanso mínimo de 1/2 para almuerzo.

Tarde: Salida: Una vez cumplida una jornada de 7 horas."

CUARTO.- Damos por reproducida la norma 93.20.001 de 28- 10-2.019 obrante en el descriptor 70 sobre "Jornada Laboral y Procedimientos administrativos asociados" emitida por la demandada en la que consta lo siguiente:

"Por cada día de trabajo que se cumpla en jornada de mañana y tarde (fraccionamiento de la jornada con aplicación del descanso intermedio) y siempre que la salida por la tarde se produzca con posterioridad a las 16:00 horas (incluyéndose a estos efectos los casos en los que se haya solicitado una reducción de jornada), los trabajadores tendrán derecho a la ayuda alimentaria que establezca el Convenio en cada momento o, en su caso, el sistema de compensación que estipule la Empresa."

Dicha disposición aparece regulada en iguales términos desde el 30-9-2.015- descriptor es 76 a 82 y testifical de la empresa-.



QUINTO.- - BBVA tiene 30.000 empleados., De ellos hay 310 casos de reducción de jornada por cuidado de hijos.- conforme- .

De los 310 empleados con reducción de jornada 298 son mujeres y 12 son hombres.- descripción 93-.

Solo 66 trabajadores de los que tienen reducción de jornada prestan servicios en régimen de jornada partida, todos ellos están cobrando habitualmente ayuda alimentaria.-

SEXTO.- Damos por reproducido el contenido de los 94 a 99 acreditativos de las medidas de igualdad de trato y oportunidades implementadas en el BBVA.

SÉPTIMO.- El día 30-1-2020 se celebró intento de mediación ante el SIMA, extendiéndose acta teniéndolo por intentando sin efecto.- descriptor 2-.

OCTAVO.- El día 31-1-2.020 por la ITSS se dictó resolución, previa denuncia de CGT en la que consta lo siguiente:

"Como ya sabe los días 12 y 26 de noviembre se han mantenido reuniones en esta Inspección de Trabajo y Seguridad Social con representantes de empresa y trabajadores tratando sobre la ayuda alimentaria. La empresa manifiesta que el sistema aplicado en los centros de trabajo de BBVA SA que indica son superiores a los establecidos como norma general por el Convenio Colectivo, lo que parece cierto. El Art. 17 del mismo sólo considera partidas las jornadas con un descanso de una hora para comer.

Cosa distinta es que mediante acuerdos empresa y trabajadores hayan ido regulando determinados aspectos que suponen mejoras o adaptaciones de la regla general del convenio colectivo y quedan por lo tanto fuera de la competencia de la inspección de Trabajo y Seguridad Social. Tanto más en este caso en que el centro de trabajo no existía en el momento de la firma del acuerdo."- descriptor 57-."

QUINTO.- Contra dicha resolución se interpuso recurso de casación por la representación letrada de del Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA (BBVA), siendo admitido a trámite por esta Sala.

SEXTO.- Impugnado el recurso por la parte recurrida, 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 señalándose para votación y fallo del presente recurso el día 6 de abril de 2022, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- El debate litigioso radica en dilucidar si los trabajadores del Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA (en adelante BBVA) con jornada partida tienen derecho a percibir la ayuda alimentaria con independencia de que la salida por la tarde se produzca antes de las 16 horas.

La sentencia dictada por la Audiencia Nacional en fecha 27 de julio de 2020, procedimiento 42/2020, desestimó las excepciones alegadas por el BBVA y estimó la demanda de conflicto colectivo, reconociendo el derecho de los trabajadores que prestan sus servicios en jornada partida a percibir la ayuda alimentaria con independencia de que la salida por la tarde se produzca antes de las 16 horas.

2.- Contra ella recurre en casación ordinaria el BBVA formulando los motivos siguientes:

1) Un motivo amparado en el art. 207.d) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (en adelante LRJS) en el que solicita la adición de un párrafo al hecho probado séptimo.

2) El segundo motivo, sustentado en el art. 207.c) de la LRJS, denuncia la infracción del art. 80.1.c) de la LRJS y de los arts. 14.2, 9, 14.8, 15.2 y 15.3 del V Acuerdo Sobre Solución Autónoma de Conflictos Laborales (Sistema Extrajudicial). El recurrente alega que se ha producido una variación sustancial entre la solicitud de mediación y la demanda rectora.

3) Cuatro motivos fundamentados en el art. 207.d) de la LRJS en los que solicita la revisión de los hechos probados tercero y sexto, así como la adición de un hecho probado nuevo.

4) Un motivo amparado en el art. 207.c) de la LRJS en el que denuncia la infracción del art. 59.1 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET), así como de la doctrina jurisprudencial relativa a la prescripción.

5) Un motivo con el mismo amparo procesal en el que afirma que se ha vulnerado el art. 27.3 del Convenio Colectivo del sector de la banca, de los acuerdos colectivos invocados por la parte recurrente y de la doctrina jurisprudencial interpretativa del concepto de mejora voluntaria empresarial.



6) Un motivo, con idéntico amparo procesal, en el que denuncia la infracción del art. 14 de la Constitución y del art. 6.2 de la Ley Orgánica de igualdad de trato y oportunidades entre hombres y mujeres (en adelante LOIT) en relación con la discriminación por razón de sexo.

3.- El Ministerio Fiscal, la Federación de Servicios, Movilidad y Consumo de la Unión General de Trabajadores (FeSMC-UGT) y la Federación de Servicios de Comisiones Obreras presentaron sendos escritos de impugnación del recurso de casación en los que se oponen a los motivos de la parte recurrente y solicitan la confirmación de la sentencia recurrida.

SEGUNDO.- 1.- El primer motivo del recurso solicita que se añada al hecho probado séptimo el texto siguiente:

"Se da por reproducido el contenido de la papeleta de mediación interpuesta por el sindicato UGT ante el SIMA en fecha 21 de enero de 2020".

Esta pretensión revisora se apoya en los descriptores 113 y 133, que contienen la citada solicitud de mediación.

2.- Las sentencias de instancia tienen un apartado denominado "hechos probados" que contiene la versión judicial de los hechos que sustentan las pretensiones de las partes. Su revisión casacional se realiza al amparo del art. 207.d) de la LRJS.

La parte recurrente no pretende introducir en el relato fáctico un hecho controvertido que haya sido objeto de prueba sino únicamente la remisión expresa a un trámite preprocesal: al contenido de la solicitud de mediación. Se trata de un hecho procesal porque hace referencia a un trámite acaecido en este proceso.

El apartado de las sentencias de instancia relativo a los hechos probados no tiene que mencionar cada una de las vicisitudes ocurridas en el propio proceso. El TS puede examinar las actuaciones para determinar cuál es el contenido de la solicitud de mediación (o del escrito de demanda) porque no se trata de un hecho controvertido que haya sido objeto de prueba sino de un trámite procesal acaecido en este litigio, lo que hace irrelevante esta pretensión revisora.

TERCERO.- 1.- En el siguiente motivo del recurso se alega que hubo una variación sustancial entre la papeleta de mediación y el escrito de demanda. Como regla general, en el proceso social hay tres trámites sucesivos: conciliación o mediación previa, escrito de demanda y juicio oral. Debemos diferenciar:

a) La interrelación entre la conciliación o mediación previa y el escrito de demanda está regulada en art. 80.1.c) de la LRJS. Ese precepto establece que, en el escrito de demanda, "En ningún caso podrán alegarse hechos distintos de los aducidos en conciliación o mediación ni introducirse respecto de la vía administrativa previas variaciones sustanciales en los términos prevenidos en el artículo 72, salvo los hechos nuevos o que no hubieran podido conocerse con anterioridad."

La LRJS prohíbe que en la demanda se introduzcan hechos nuevos respecto de los alegados en la mediación previa.

b) La interrelación entre la demanda y el acto del juicio oral está regulada en el art. 85.1 de la LRJS. Ese precepto establece la prohibición de variación sustancial de la demanda en el plenario: "el demandante ratificará o ampliará su demanda, aunque en ningún caso podrá hacer en ella variación sustancial".

2.- En la presente litis, la solicitud de mediación recoge los hechos esenciales que sustentan la pretensión litigiosa: los trabajadores que prestaban servicios con jornada partida en el BBVA percibían la ayuda alimentaria. El único requisito exigido era el relativo a la jornada partida. La empresa introdujo un requisito adicional, ajeno al convenio colectivo y a los acuerdos colectivos, consistente en que el trabajador saliera por la tarde después de las 16 horas. Por ello, se solicitaba que se reconociera el derecho de esos trabajadores a percibir la ayuda alimentaria, reclamando el abono de las diferencias producidas desde noviembre de 2019.

La solicitud de mediación no está sujeta a la exigencia legal de que incluya los fundamentos jurídicos de la pretensión ejercitada. En el supuesto enjuiciado, la citada solicitud menciona los hechos esenciales que fundamentan la pretensión litigiosa, lo que permitió que ese trámite preprocesal pudiera cumplir su función.

Por consiguiente, la mención en el escrito de demanda por primera vez a la norma interna del BBVA 93.20.001, en la que consta que la hora de salida tenía que ser más tarde de las 16 horas, y la invocación del derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo, no vulneran el art. 80.1.c) de la LRJS porque los hechos esenciales sustentadores de la causa de pedir ya estaban recogidos en la solicitud de mediación, sin que en el escrito de demanda se alterase la *causa petendi* y sin que se haya causado indefensión a la parte demandada, lo que obliga a desestimar este motivo.

CUARTO.- 1.- A continuación, la parte recurrente postula cuatro revisiones fácticas. En primer lugar, solicita que se suprima el apartado 6 del hecho probado tercero, en el que se describe el horario de "jornada partida y



flexible" de la Ciudad BBVA. Este motivo se sustenta en la demanda rectora de la presente litis y en la papeleta de mediación.

2.- El art. 207.d) de la LRJS permite la revisión fáctica casacional basada en documentos obrantes en las actuaciones. La citada norma procesal se refiere a los documentos aportados al proceso como medios de prueba.

Para que pueda hablarse de medio de prueba documental no basta con que se trate de un documento en sentido jurídico-sustantivo (como el escrito de demanda), sino que es preciso que haya sido aportado al pleito como tal medio probatorio. En definitiva, el término documento se entiende en su sentido estricto y solo se refiere a los aportados como medios de prueba en el transcurso del proceso.

3.- Reiterados pronunciamientos del TS sostienen que el escrito de la demanda rectora del procedimiento no es un medio de prueba y por ende no es idóneo a efectos revisores casacionales.

La sentencia del TS de 7 de diciembre de 1988 afirmó que "la demanda, no debe ser considerada como prueba documental a los fines del artículo 167.5" de la Ley de Procedimiento Laboral de 1980, relativo a la revisión fáctica.

La sentencia del TS de 7 de abril de 1990 rechazó un motivo de revisión histórica casacional porque "no se apoya en ninguna prueba apta para el éxito de la pretensión impugnatoria, dada la inoperancia a tal fin de los documentos invocados, y que son el propio escrito de demanda [...]". Asimismo, rechazó la eficacia revisora casacional de la demanda la sentencia del TS de 26 de noviembre de 1991, recurso 1350/1990.

La jurisprudencia también ha negado eficacia revisora casacional a las actas de conciliación y del juicio, las cuales tampoco tienen el carácter de documento a efectos de revisión fáctica de la sentencia (sentencia del TS de 24 de febrero de 1992, recurso 830/1991).

Por las mismas razones, debemos negar eficacia revisora a la solicitud de mediación o conciliación, que no tiene la naturaleza de medio de prueba aportado al proceso para acreditar hechos controvertidos, por lo que procede desestimar esta pretensión revisora.

QUINTO.- 1.- La parte recurrente pretende añadir al hecho probado tercero el texto siguiente: "La Jornada Partida Flexible Singular o Ciudad BBVA, es una mejora voluntaria respecto de la Jornada Partida y Flexible, alcanzando la primera el espectro horario de la segunda".

La citada mención constituye una valoración jurídica predeterminante del fallo que no debe incluirse en el relato de hechos probados, lo que conduce al fracaso de este motivo (por todas, sentencia del TS de 24 de septiembre de 2020, recurso 4/2019).

2.- El hecho probado sexto da "por reproducido el contenido de los (descriptores) 94 a 99 acreditativos de las medidas de igualdad de trato y oportunidades implementadas en el BBVA."

La parte recurrente pretende añadir el texto siguiente: "El Plan de Igualdad vigente en la Entidad, recoge en su cláusula novena la posibilidad de que aquellos empleados que "tengan jornada reducida al menos 1 hora y media y su jornada habitual sea partida, podrán optar por realizar jornada continuada, eliminando el tiempo de descanso del mediodía, mientras disfruten de la situación de jornada partida".

Este motivo se basa en el descriptor 94, que la sentencia de instancia da por reproducido, incorporando su contenido al relato histórico, lo que hace intrascendente esta pretensión revisora.

3.- Por último, la parte recurrente pretende añadir un hecho probado nuevo con el contenido siguiente: "Las distintas medidas en pro de la igualdad implementadas en BBVA, le han valido la acreditación como Empresa Familiarmente Responsable por parte de la Fundación Más Familia, así como el distintivo de "Igualdad en la Empresa", otorgado por el Ministerio de Presidencia, Relaciones con las Cortes e Igualdad, y en el que se resalta su compromiso por combatir la desigualdad salarial de género".

Se trata de una adición palmariamente intrascendente para la resolución de este pleito porque el hecho de que el BBVA haya conseguido acreditaciones y distintivos en relación con la conciliación familiar y la igualdad en modo alguno impide que pueda haber cometido una vulneración del principio de igualdad, lo que obliga a rechazarla.

SEXTO.- 1.- En el siguiente motivo del recurso se alega que la acción está prescrita. La parte recurrente argumenta que se está enjuiciando la validez de una norma interna del BBVA vigente en idénticos términos desde el 30 de septiembre de 2015.

La norma del BBVA 93.20.001 de 28 de octubre de 2019 establecía:



"Por cada día de trabajo que se cumpla en jornada de mañana y tarde (fraccionamiento de la jornada con aplicación del descanso intermedio) y siempre que la salida por la tarde se produzca con posterioridad a las 16:00 horas (incluyéndose a estos efectos los casos en los que se haya solicitado una reducción de jornada), los trabajadores tendrán derecho a la ayuda alimentaria que establezca el Convenio en cada momento o, en su caso, el sistema de compensación que estipule la Empresa."

Se declara probado que esa disposición aparece regulada en iguales términos desde el 30 de septiembre de 2015.

2.- Los derechos fundamentales son imprescriptibles, aunque ello "no es óbice para que el ordenamiento, en aras de la seguridad jurídica y de la protección de los derechos ajenos, limite temporalmente la vida de la acción dirigida a reparar la lesión sufrida, estableciendo al ejercicio de la correspondiente reclamación jurisdiccional plazos que guardan conexión con el ámbito normativo donde la violación se ha producido" (sentencia del TC nº 59/1993, de 15 febrero, FJ 3, reiterando la doctrina iniciada en la sentencia del TC nº 7/1983, de 14 febrero, FJ 3).

La citada mención del TC a los plazos conexos con el ámbito normativo de la violación del derecho fundamental debe interpretarse en el sentido de que las acciones reclamando la tutela de un derecho fundamental no están sujetos a un plazo específico de prescripción (o caducidad) sino que se aplican los plazos prescriptivos o de caducidad previstos para impugnar las acciones causantes de la lesión del derecho fundamental.

3.- La doctrina jurisprudencial sostiene que, como regla general, no opera la prescripción respecto de las acciones ejercitadas en procesos de conflicto colectivo porque se mantienen vivas en tanto que se trate de acciones que derivan del convenio colectivo y permanecen mientras este esté vigente. Esta sala ha afirmado que "la acción de conflicto colectivo en la medida que tiene una proyección general sobre un grupo de trabajadores no está sometida a plazo de prescripción, pues la acción colectiva se mantiene viva mientras exista la situación de conflicto, que se manifiesta, por una parte, en la existencia de una norma estatal, convenio colectivo o práctica de empresa y, por otra parte, en la oposición de los intereses entre el empresario y el conjunto de los trabajadores" (sentencias del TS de 10 de noviembre de 2010, recurso 140/2009 y 7 de octubre de 2020, recurso 23/2019).

4.- La citada norma interna del BBVA únicamente indica la fecha en que la empresa acordó unilateralmente que la ayuda alimentaria estaba condicionada a la hora de salida por la tarde. Si dicha práctica empresarial vulnera los derechos fundamentales, el hecho de que la acción colectiva impugnándola no se haya interpuesto hasta el año 2020 únicamente afectará a la proyección individual de esta sentencia colectiva respecto de los trabajadores afectados por ella. Pero no conlleva que la acción colectiva esté prescrita porque la conducta vulneradora de los derechos fundamentales se ha prolongado en el tiempo. La tesis contraria conduciría a que la conducta discriminatoria de la empresa se prolongaría indefinidamente, por lo que procede desestimar la excepción de prescripción de la acción.

SÉPTIMO.- 1.- La recta intelección del recurso de casación obliga a examinar a continuación el motivo en el que se denuncia la infracción del art. 14 de la Constitución y del art. 6.2 de la LOIT. La parte recurrente niega que se haya vulnerado el derecho a la no discriminación por razón de sexo.

El art. 6.2 de la LOIT dispone:

"Se considera discriminación indirecta por razón de sexo la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados".

El art. 27.3 del Convenio colectivo del sector de la banca vigente desde el 1 de enero de 2015 hasta el 31 de diciembre de 2018 establecía:

"Desde la entrada en vigor del Convenio a los empleados y empleadas que realicen el horario partido definido en este punto en centros de trabajo radicados en Municipios de censo superior a 50.000 habitantes, se les abonará por cada día en que efectivamente cumplan dicho horario partido, en concepto de ayuda alimentaria, la cuantía de 9 euros."

Los acuerdos colectivos mencionados en el hecho probado tercero de esta sentencia regulaban diferentes horarios partidos. En ellos se pactó el abono de la ayuda alimentaria a dichos trabajadores.

El Acuerdo colectivo sobre las condiciones de prestación de servicios en el Banco en régimen de teletrabajo de 27 de julio de 2011 estableció que, si el teletrabajador cobraba la ayuda alimentaria por razón de su jornada de trabajo con carácter previo a su incorporación a la modalidad de teletrabajo, la seguirá percibiendo en las mismas condiciones que el resto de la plantilla de su unidad.



Se ha acreditado que un total de 298 mujeres disfrutan de reducción de jornada frente a solamente 12 hombres.

2.- La parte recurrente efectúa una pluralidad de alegaciones dirigidas a demostrar que no se ha causado discriminación alguna. Sin embargo, el hecho de que el BBVA tenga la acreditación como Empresa Familiarmente Responsable por parte de la Fundación Más Familia y haya obtenido el distintivo de "Igualdad en la Empresa" no excluye que haya incurrido en esta práctica discriminatoria.

Esta parte procesal argumenta que las medidas de conciliación implantadas por el BBVA hacen "prácticamente imposible que se dé un caso en el que, una persona trabajadora compatibilice una reducción de jornada con régimen de jornada partida que salga antes de las 16 horas".

Si así fuera, la sentencia de instancia no le hubiera causado gravamen alguno a esta parte procesal, al condenarla a que abone la ayuda alimentaria con independencia de que la salida por la tarde se produzca antes de las 16 horas, lo que, según afirma, es prácticamente imposible. La empresa demandada alegó en la instancia la excepción de falta de acción ante la inexistencia de un interés litigioso real y actual. La sentencia dictada por la Audiencia Nacional desestimó dicha excepción porque consideró que sí que existía dicho interés litigioso y el BBVA no ha combatido ese pronunciamiento de la sentencia recurrida, que adquirió firmeza en ese extremo.

3.- Los trabajadores con reducción de jornada que presten servicios con jornada partida podrían salir del trabajo antes de las 16 horas, en cuyo caso no percibirían la ayuda alimentaria, razón por la cual los representantes de los trabajadores han formulado esta demanda colectiva.

Para excluir la existencia de una discriminación indirecta, la empresa hubiera debido justificar que la exclusión de la ayuda alimentaria a los trabajadores con jornada partida con horario de salida anterior a las 16 horas responde a una finalidad legítima, por lo que existe una justificación objetiva y razonable que excluye el móvil discriminatorio, lo que no ha hecho.

Hemos explicado que el Acuerdo colectivo de teletrabajo de 27 de julio de 2011 estableció que los teletrabajadores continuarían cobrando esta ayuda alimentaria si la percibían anteriormente.

De conformidad con el informe del Ministerio Fiscal, si 298 de los 310 empleados con reducción de jornada son mujeres; si dicha reducción de jornada conlleva que los trabajadores con jornada partida podrían salir por la tarde antes de las 16 horas, en cuyo caso no percibirían la ayuda alimentaria; y si los trabajadores que acceden al teletrabajo siguen percibiendo dicha ayuda en caso de que la percibieran antes; la conclusión es que ese colectivo feminizado es objeto de un trato discriminatorio, al impedir que pudieran percibir la ayuda alimentaria tanto cuando disfrutan de la jornada reducida partida y salen antes de las 16 horas como cuando acceden al teletrabajo habiendo disfrutado previamente de dicha jornada. La empresa no ha justificado por qué la fijación de dicha hora para excluir la ayuda alimentaria responde a una finalidad legítima ajena al móvil espurio, por lo que debemos concluir que se trata de una práctica empresarial aparentemente neutra que encubre una discriminación indirecta por razón de sexo, lo que obliga a desestimar este motivo.

OCTAVO.- 1.- Resta por examinar el octavo motivo del recurso, en el que se alega que el art. 27.3 del Convenio Colectivo de la banca, que regula la ayuda alimentaria, no resulta de aplicación a toda la plantilla del banco, sin que los acuerdos colectivos que reconocen el derecho a la ayuda alimentaria desarrollen su contenido.

El convenio colectivo sectorial establece una ayuda alimentaria para los trabajadores con jornada partida que prestan servicios en municipios de más de 50.000 trabajadores. Y varios acuerdos colectivos prevén el abono de la ayuda alimentaria a los trabajadores que prestan servicios en jornada partida.

El motivo no puede prosperar porque se ha acreditado que la práctica de la empresa incurre en discriminación por razón de sexo. Si la citada práctica empresarial vulnera la Constitución, puesto que condiciona la ayuda alimentaria al cumplimiento de una hora de salida que constituye una discriminación indirecta por razón de sexo, la regulación de la ayuda alimentaria establecida en el convenio colectivo y en los citados acuerdos colectivos, no desvirtúa la citada conclusión de que la conducta empresarial es contraria al art. 14 de la Constitución y al art. 6.2 de la LOIT.

2.- En consecuencia, procede desestimar el recurso de casación ordinario, confirmando la sentencia de instancia. Sin condena al pago de las costas (art. 235.2 de la LRJS). Se acuerda la pérdida del depósito para recurrir, al que se dará el destino legal (art. 228.3 de la LRJS).

FALLO

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

:



1.- Desestimar el recurso de casación ordinario interpuesto por la representación de Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA contra la sentencia dictada por la Audiencia Nacional en fecha 27 de julio de 2020 procedimiento 42/2020, aclarada por auto de fecha 31 de julio de 2020, confirmando la citada sentencia.

2.- Sin condena al pago de las costas. Se acuerda la pérdida del depósito para recurrir, al que se dará el destino legal.

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ