



Roj: **STSJ M 1777/2016** - ECLI: **ES:TSJM:2016:1777**

Id Cendoj: **28079340042016100132**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **12/02/2016**

Nº de Recurso: **935/2015**

Nº de Resolución: **134/2016**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **MARIA DEL CARMEN PRIETO FERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 04 de lo Social

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 , Planta 3 - 28010

Teléfono: 914931953

Fax: 914931959

34001360

NIG : 28.079.00.4-2014/0016076

Procedimiento Recurso de Suplicación 935/2015

ORIGEN: Juzgado de lo Social nº 11 de Madrid Despidos / Ceses en general 390/2014

Materia : Despido

C.A.

Sentencia número: 134/2016

Ilmas. Sras.

D./Dña. MARÍA LUZ GARCÍA PAREDES

D./Dña. ROSARIO GARCIA ALVAREZ

D./Dña. MARÍA DEL CARMEN PRIETO FERNÁNDEZ

En Madrid, a doce de febrero de dos mil dieciséis.

Habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección 4 de la Sala de lo Social de este Tribunal Superior de Justicia, compuesta por los Ilmos. Sres. citados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española ,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A

En el Recurso de Suplicación **935/2015** , formalizado por el/la letrado D./Dña. David Moya García en nombre y representación de **D./Dña. Rosaura** , contra la sentencia de fecha 18 de junio de 2015 dictada por el Juzgado de lo Social nº 11 de Madrid en sus autos número 390/2014, seguidos a instancia de la recurrente frente a **ARAMARK SERVICIO DE CATERING SLU**, en reclamación por Despido, ha sido Magistrado-Ponente la Ilma. Sra. **Dª MARÍA DEL CARMEN PRIETO FERNÁNDEZ** .



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Según consta en los autos, se presentó demanda por la citada parte actora contra la mencionada parte demandada, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, tras los pertinentes actos procesales de tramitación y previa celebración de los oportunos actos de juicio oral, en el que quedaron definitivamente configuradas las respectivas posiciones de las partes, dictó la sentencia referenciada anteriormente.

SEGUNDO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos en calidad de expresamente declarados probados:

" **PRIMERO** .- D^a Rosaura , con DNI nº NUM000 , ha venido prestando servicios para la empresa demandada ARAMARK SERVICIOS DE CATERING S.L.U. (CIF nº B- 60359726), con antigüedad de 16-8-1.993, categoría profesional de Cajera y salario medio mensual ascendente a 1.733,99 euros (57 euros/día), con inclusión de parte proporcional de pagas extraordinarias.

SEGUNDO .- La demandante ha desarrollado sus funciones con categoría profesional de Cajera, en la cafetería-restaurant del Palacio Municipal de Congresos de Madrid, que está sujeto a régimen de adjudicación administrativa, habiendo prestado servicios con anterioridad para las empresas, Madrid Espacios y Congresos S.A. y Mónico Gourmet, S.L.

TERCERO .- Por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid se dictó sentencia el 4-12-2012 , por el que se declaró que el cese producido el 22-7-2012 de los 38 trabajadores que venían prestando servicios en el Palacio Municipal de Congresos de Madrid, del que es titular Madrid Espacios y Congresos , S.A. (Madrídec), para atender la contrata de los servicios de restauración que Mónico Gourmet, S.L. tenía adjudicada en dicho Palacio de Congresos, cuya vigencia temporal finalizó el 21 de julio de este año, así como la negativa a subrogarse en sus contratos de trabajo por parte de Madrid Espacios y Congresos S.A., constituye un despido colectivo que declaramos nulo, reconociendo, el derecho del personal afectado por el despido colectivo a la inmediata reincorporación en sus puestos de trabajo, condenando a Madrid Espacios y Congresos S.A. a estar y pasar por dicha declaración y a las consecuencias derivadas de la misma.

CUARTO .- Con fecha 11-3-2014, por el Juzgado de lo Social nº 2 de Madrid, se dictó sentencia en autos 1119/2013, seguidos a instancia de la representación legal de los trabajadores contra las empresas "Madrid Espacios y Congresos S.A. (actualmente, Madrid Destino, Cultura, Turismo y Negocio S.A.)" y Aramark Servicios de Catering S.L.U., en reclamación sobre impugnación de la decisión adoptada por esta última empresa, de suspensión de los contratos de trabajo de los 38 trabajadores de la plantilla, habiéndose declarado justificada, la decisión de suspensión adoptada, con desestimación de la demanda (doc. nº 16 del ramo de prueba de la parte demandada).

Recurrida en suplicación por los demandantes, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictó sentencia el 6-10-2014 , desestimando el recurso interpuesto y confirmando la sentencia recurrida (doc. nº 15 del ramo de prueba de la parte demandada).

QUINTO .- La empresa demandada Aramark Servicios de Catering S.L.U., suscribió el 4-7-2013, contrato para la explotación del servicio de restauración de la cafetería-restaurant del Palacio Municipal de Congresos y la explotación exclusiva del servicio de barras, catering y restauración vinculados a eventos en otras instalaciones gestionadas por Madrid Espacios y Congresos SA (Madrídec).

El Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares que habían de regir el concurso público para la explotación del servicio de restauración de la cafetería-restaurant del Palacio Municipal de Congresos y la explotación en exclusiva del servicio de barras, catering y restauración vinculados a eventos, hacía referencia entre otros aspectos, a que el "adjudicatario deberá realizar, a su costa, las inversiones necesarias para explotar dichos servicios y adecuar los espacios y/o instalaciones a tales fines, durante el periodo del contrato de acuerdo a la normativa en vigor. Dichas inversiones revertirán en Madrídec al término del contrato, asó como que el "adjudicatario deberá presentar el proyecto de ejecución de las mismas, para su aprobación por Madrídec, cumpliendo con las indicaciones que se especifiquen, caso de producirse éstas." (doc. nº 1 del ramo de prueba de la parte demandada).

SEXTO .- Como consecuencia de las obras de adecuación y modernización realizadas en la cafetería-restaurant del Palacio Municipal de Congresos, se ha suprimido el anterior restaurante con servicio para 174 comensales, por otro más reducido (restaurante-ejecutivo), con servicio para 46 comensales, habiéndose dispuesto además una cafetería "free-flow", con autoservicio, manteniéndose en la actualidad, un único punto de venta activo entre las 13 h. y las 16 h., siendo innecesario el mantenimiento del servicio de cajas abiertas, durante el horario comprendido entre las 8 h. y las 13 h., y desde las 16 h. a las 18 h., dado el escaso número de servicios existentes



en dichos tramos horarios, concentrándose el servicio en el citado horario comprendido entre las 13 h. y las 16 h., existiendo así un puesto de trabajo de Cajera, con jornada de 19, 5 h. semanales.

La demandada ofreció a la actora, la continuidad en el trabajo con la reducción de jornada citada, lo que no fue aceptado por la demandante, habiéndose contratado por la empresa, el 17-2-2014, mediante contrato a tiempo parcial, con jornada de 19 h. de trabajo semanales, a D^a Carmela .

SÉPTIMO. - Con fecha de 18-2-2014, la demandada comunicó a la actora, la **extinción** del contrato de trabajo por **causas objetivas**, con efectos de esa misma fecha, al amparo de lo establecido en el art. 52.c) y art. 51 del Estatuto de los Trabajadores , mediante carta, cuyo contenido se da aquí por reproducido, por **causas** técnicas, productivas, organizativas y económicas, habiendo puesto a disposición del demandante una indemnización ascendente a 21.940 euros, cantidad que la demandante ha percibido, así como otros 790 euros, como indemnización por falta de preaviso (doc. nº 1 del ramo de prueba de la parte actora).

OCTAVO .- Por el Juzgado de lo Social nº 40 de Madrid, se dictó sentencia en autos 384/2014, seguidos a instancia de otra trabajadora contra la empresa hoy demandada, en reclamación por despido, habiéndose estimado la demanda, declarando el despido llevado a efecto por la empresa el 18-2-2014, como improcedente (doc. nº 3 del ramo de prueba de la parte actora).

NOVENO .- Con fecha 7/03/2014 (la actora) D^{ÑA} Rosaura presentó ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación (SMAC), papeleta de conciliación, celebrándose el acto correspondiente el 25/03/2014, con el resultado de "celebrado sin avenencia", habiéndose presentado con posterioridad el día 1/04/2014, demanda ante la Delegación del Decanato de los Juzgados de lo Social de Madrid.

TERCERO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: " Desestimando la demanda interpuesta por D^a Rosaura , contra ARAMARK SERVICIOS DE CATERING S.L.U., en reclamación por despido, debo declarar y declaro la procedencia de la decisión extintiva del contrato de la demandante, acordada por la empresa con efectos de 18-2-2014, absolviendo en consecuencia a la demandada, de las peticiones deducidas en su contra."

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte D./D^{ña}. Rosaura , formalizándolo posteriormente; tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta Sección en fecha 17/11/2015, dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación en forma.

SEXTO: Nombrado Magistrado-Ponente, se dispuso el pase de los autos al mismo para su conocimiento y estudio, señalándose el día para los actos de votación y fallo.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sentencia del Juzgado de lo social nº 11 de Madrid, de fecha 18 de junio de 2015 , con Auto de Aclaración de fecha 29 de julio del mismo año, desestima la demanda formulada por despido, declarándolo procedente al constar acreditada de forma indubitada la concurrencia de las **causas** técnicas-organizativas y de producción en las que se apoyó la decisión extintiva.

Frente a la misma se interpone Recurso de Suplicación por la representación letrada de la parte actora, formalizándolo en un doble motivo en el que se solicita la revisión de los hechos probados y el examen del derecho aplicado.

Al amparo del art. 193 apartado b) LRJS , solicita la recurrente la revisión de los hechos probados y en concreto del ordinal sexto, proponiendo redacción por adición al texto existente del que se suprimirá el último párrafo, con el siguiente tenor literal:

"La empresa no ha acreditado documentalmente que ofreciera a la actora la posibilidad de reducir su jornada de trabajo, para adecuarla a las nuevas necesidades de la empresa".

La modificación del hecho sexto, suprimiendo la parte inicial del último párrafo y añadiendo lo solicitado antes reseñado, se sustenta en la ausencia de prueba documental alguna que refleje que a la actora se le ofreció el reducir su jornada de trabajo para adecuarla a las nuevas condiciones.

La jurisprudencia viene exigiendo con reiteración, hasta el punto de constituir doctrina pacífica, que para estimar este motivo es necesario que concurran los siguientes requisitos:



1º.- Que se señale con precisión cuál es el hecho afirmado, negado u omitido, que el recurrente considera equivocado, contrario a lo acreditado o que consta con evidencia y no ha sido incorporado al relato fáctico.

2º.- Que se ofrezca un texto alternativo concreto para figurar en la narración fáctica calificada de errónea, bien sustituyendo a alguno de sus puntos, bien complementándolos.

3º.- Que se citen pormenorizadamente los documentos o pericias de los que se considera se desprende la equivocación del juzgador, sin que sea dable admitir su invocación genérica, ni plantearse la revisión de cuestiones fácticas no discutidas a lo largo del proceso; señalando la ley que el error debe ponerse de manifiesto precisamente merced a las pruebas documentales o periciales practicadas en la instancia.

4º.- Que esos documentos o pericias pongan de manifiesto, el error de manera clara, evidente, directa y patente; sin necesidad de acudir a conjeturas, suposiciones o argumentaciones más o menos lógicas, naturales y razonables, de modo que sólo son admisibles para poner de manifiesto el error de hecho, los documentos que ostenten un decisivo valor probatorio, tengan concluyente poder de convicción por su eficacia, suficiencia, fehaciencia o idoneidad.

5º.- Que la revisión pretendida sea trascendente a la parte dispositiva de la sentencia, con efectos modificadores de ésta, pues el principio de economía procesal impide incorporar hechos cuya inclusión a nada práctico conduciría, si bien cabrá admitir la modificación fáctica cuando no siendo trascendente es esta instancia pudiera resultarlo en otras superiores.

Sentado lo anterior, la modificación solicitada no puede tener favorable acogida dado que no se apoya en prueba alguna para hacer una valoración absolutamente contraria a la realizada por la Magistrada de instancia cuyo conocimiento directo del asunto garantiza el principio de inmediación del proceso laboral, a quien corresponde apreciar los elementos de convicción -concepto más amplio que el de medios de prueba- para establecer la verdad procesal intentando su máxima aproximación a la verdad real, valorando, en conciencia y según las reglas de la sana crítica, la prueba practicada en autos, conforme a las amplias facultades que a tal fin le otorga el artículo 97.2 de la L.P.L. De manera tal que en el Recurso de Suplicación, dado su carácter extraordinario, el Tribunal Superior no puede efectuar una nueva ponderación de la prueba, sino realizar un control de la legalidad de la sentencia recurrida en la medida que le sea pedido, y, sólo de excepcional manera, puede hacer uso de la facultad de revisar las conclusiones fácticas, facultad reservada para cuando los documentos o pericias citados por el recurrente - artículos 193.b) y 194 de la L.RJS .- pongan de manifiesto de manera patente e incuestionable el error en que el Juzgador "a quo" hubiera podido incurrir, o cuando los razonamientos que le han llevado a éste a su conclusión fáctica, a los que debe referirse en los fundamentos de derecho -artículo 97.2 de la citada Ley de Ritos-, carezcan de la más elemental lógica.

El fracaso de la revisión fáctica lleva aparejada la desestimación de este motivo del recurso, quedando el relato de hechos probados inmodificado.

SEGUNDO.- En el apartado destinado a las infracciones jurídicas, al amparo del art.193 apartado c) LRJS , se denuncia la infracción de los arts. 51. 1 a) y 56 del ET , en relación con el art. 122 de la LRJS .

Consta probado y no ha sido alterado ante esta Sala la realización de las obras que exigía el pliego de adjudicación al que se refiere el hecho quinto. También está acreditado que a grandes rasgos suponían la eliminación de una barra de cafetería de 30 metros, por un autoservicio con islas o mesas a su alrededor, mediante un sistema de cocina a la vista, entre otras reformas, como la supresión de un comedor de 174 comensales transformado en uno de ejecutivos de 46 comensales, manteniéndose un único punto de venta activo entre las 13 horas y las 16 horas. Siendo innecesario el mantenimiento de un servicio de cajas abiertas durante el horario comprendido entre las 8 horas y las 13 horas y desde las 16 a las 18 horas, existiendo un puesto de trabajo de cajera con jornada de 19,5 horas semanales que se le ofreció a la actora y que esta no aceptó (hecho probado sexto).

No desconocemos que esta mejora técnica implicó ineludiblemente una adaptación productiva y organizativa, que ha dado lugar a la otras **extinciones** contractuales ya examinadas por esta Sala, ahora bien, en el supuesto enjuiciado se trata de un puesto de cajera y la justificación de la necesidad de una modificación sustancial del puesto y no su amortización ha sido reconocida por la empresa demandada y declarada probada en la instancia.

Refiere la jurisprudencia -recogida en sentencia de esta sección de 23 de enero de 2015 (ROJ: STSJ M 714/2015 - ECLI:ES:TSJM :2015:71-, y doctrina Unificada que " para determinar si las medidas adoptadas por la empresa para "superar" las dificultades que impidan su buen funcionamiento, la jurisprudencia de esta Sala ha señalado que se ha de limitar en este punto a comprobar si tales medidas son plausibles o razonables en términos de gestión empresarial, es decir, si se ajustan o no al estándar de conducta del «buen comerciante» (véanse las SSTs 10/05/06 -rcud 725/05 -; 31/05/06 -rcud 49/05 -; y 02/03/09 -rcud



1605/08 ->». En la sentencia de 29 de noviembre de 2010, recurso 3876/09 , se establece que "el alegato de «dificultades que impidan el buen funcionamiento de la empresa», que legalmente representa la «necesidad objetivamente acreditada de amortizar» ex art. 52.c ET , únicamente puede invocarse con eficacia extintiva cuando tales dificultades no se presentan aceptablemente superables por la empresa; y en tal sentido ha de recordarse nuestro criterio respecto de que la decisión extintiva ha de constituir una «medida racional en términos de eficacia de la organización productiva y no un simple medio para lograr un incremento del beneficio empresarial» [SSTS 21/03/97 -rcud 3755/96 -; y 30/09/98 -rec. 4489/97 -], de forma que «en el primer caso la **extinción** del contrato por **causas objetivas** ... sería procedente, mientras que en el segundo sería improcedente» (SSTS 04/10/00 -rcud 4098/99 -; y 03/10/00 -rcud 651/00 -)."

En el supuesto ahora enjuiciado, tal y como se razona en la fundamentación del motivo, la empresa, ha procedido a realizar una contratación a tiempo parcial de nueva cajera, sin haber realizado previamente con la actora un procedimiento de modificación sustancial de su contrato de trabajo, por la vía del art. 41, que la trabajadora podría haber aceptado o rechazado formalmente. Pero sin realizar esta previsión, aun cuando se acepte que hubo un ofrecimiento no formal, toma una decisión extintiva del contrato de la actora cuando se ha acreditado que las dificultades que impedían la pervivencia de dicho contrato se podían haber superado no con la **extinción** sino con una modificación del mismo.

En virtud de lo expuesto hemos de declarar el despido de la actora como improcedente, con los efectos legales de esta declaración, conforme a los artículos 56.1 del Estatuto de los Trabajadores en relación con el art. 110 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social y la Disposición Transitoria 5ª de la Ley 3/2012 , teniendo en cuenta que no se ha discutido ni la antigüedad (16.08.1993), ni el salario de la trabajadora (57 euros día) , con inclusión de la parte proporcional de pagas extraordinarias que se establece en el hecho primero de la sentencia de instancia. La cantidad objeto de indemnización es de 51.173,50 euros.

Por lo expuesto,

FALLAMOS

Estimando el Recurso de Suplicación interpuesto por DOÑA Rosaura contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 11 de Madrid de fecha dieciocho de junio de dos mil quince , con Auto de Aclaración de fecha 29 de julio del mismo año, revocamos la misma y declaramos improcedente el despido de la actora Doña Rosaura , realizado el 18 de febrero de dos mil catorce, condenando a la empresa **ARAMARK SERVICIOS DE CATERING SLU** con los efectos inherentes a esta declaración, debiendo optar en el plazo de cinco días desde la notificación de la presente sentencia entre el abono de la indemnización que asciende a 51.173,50 euros, en cuyo caso determinara la **extinción** de la relación laboral desde el cese efectivo en el trabajo, o a readmitir a la trabajadora en el mismo puesto de trabajo y en las mismas condiciones, debiendo abonar en este caso los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de la presente resolución, y que de no optar en la forma indicada por la indemnización debemos entender que lo ha sido por la readmisión; condenando a la demandada a estar y pasar por tal declaración, desestimando el recurso en todo lo demás. Sin costas

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta Sección de Sala.

Expídanse certificaciones de esta sentencia para su unión a la pieza separada o rollo de suplicación, que se archivará en este Tribunal, y a los autos principales.

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal Superior de Justicia.

MODO DE IMPUGNACIÓN : Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación para la unificación de doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de DIEZ DÍAS hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia. Siendo requisito necesario que en dicho plazo se nombre al letrado que ha de interponerlo. Igualmente será requisito necesario que el recurrente que no tenga la condición de trabajador, causahabiente suyo o beneficiario del Régimen Público de la Seguridad Social o no gozare del derecho de asistencia jurídica gratuita, acredite ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso haber depositado 600 euros, conforme al artículo 229 de la LRJS , y consignado el importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente en la cuenta corriente nº 2829-0000-00-0935-15 que esta sección tiene abierta en BANCO SANTANDER sita en Pº del General Martínez Campos, 35, 28010 Madrid o bien por transferencia desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de Banco Santander. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes:

1. Emitir la transferencia a la cuenta bancaria IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274



2. En el campo *ORDENANTE* , se indicará como mínimo el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y si es posible, el NIF /CIF de la misma.
3. En el campo *BENEFICIARIO* , se identificará al Juzgado o Tribunal que ordena el ingreso.
4. En el campo " *OBSERVACIONES O CONCEPTO DE LA TRANSFERENCIA* ", se consignarán los 16 dígitos que corresponden al Procedimiento (2829000000093515) , pudiendo en su caso sustituir la consignación de la condena en metálico por el aseguramiento de la misma mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito (art.230.1 L.R.J.S).

Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social y una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvase los autos originales al Juzgado de lo Social de su procedencia, dejando de ello debida nota en los Libros de esta Sección de Sala.

Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN

Publicada y leída fue la anterior sentencia en el día por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado-Ponente en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.