



Roj: **STSJ BAL 833/2017 - ECLI: ES:TSJBAL:2017:833**

Id Cendoj: **07040340012017100399**

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

Sede: **Palma de Mallorca**

Sección: **1**

Fecha: **19/10/2017**

Nº de Recurso: **309/2017**

Nº de Resolución: **413/2017**

Procedimiento: **RECURSO SUPLICACION**

Ponente: **ANTONIO OLIVER REUS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.ILLES BALEARS SALA SOCIAL

PALMA DE MALLORCA

SENTENCIA: 00413/2017

PL.MERCAT, NUM.12

Tfno: 971724152/971723689

Fax: 971227218

NIG: 07026 44 4 2016 0100034

Equipo/usuario: AAA

Modelo: 402250

RSU RECURSO SUPLICACION 0000309 /2017

Procedimiento origen: PO PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000033 /2016

Sobre: RECLAMACION CANTIDAD

RECURRENTE/S D/ña Delia

ABOGADO/A: RAFAEL TUR TUR

RECURRIDO/S D/ña: SERHS FOOD AREA, SL, SODEXO IBERIA, SA , SERUNION, SAU

ABOGADO/A: MARIA ANTONIA PUENTE BAGET, DAVID SÁIZ BONASTRE , GUILLERMO BAUZA PALMER , , , ,

ILMOS. SRES.:

PRESIDENTE:

DON ANTONIO OLIVER REUS

MAGISTRADOS:

DON ALEJANDRO ROA NONIDE

DON RICARDO MARTIN MARTIN

En Palma de Mallorca, a diecinueve de octubre dos mil diecisiete.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, formada por los Ilmos. Sres. Magistrados que constan al margen, ha pronunciado

EN NOMBRE DE S. M. EL REY

la siguiente

**SENTENCIA NÚM. 413/17**

En el Recurso de Suplicación núm. 309/2017, formalizado por el letrado D. José Ramón Buetas Ayerza, en nombre y representación de Doña Delia , contra la sentencia de fecha 6 de abril de 2017, dictada por el Juzgado de lo Social núm. Uno de Ibiza en sus autos demanda número 33/2016, seguidos a instancia de Doña Delia , representada por el letrado D. José Ramón Buetas Ayerza, frente a la entidad SERUNION,SAU, representada por el letrado D. Guillermo Bauzá Palmer y frente a SODEXO IBERIA S.A. representada por el Letrado D. David Saiz Bonastre, frente a la entidad SERHS FOOD AREA S.L. en reclamación por reclamación cantidad, siendo Magistrado-Ponente el Ilmo. Sr. D. ANTONIO OLIVER REUS, y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La única instancia del proceso en curso se inició por demanda y terminó por sentencia, cuya relación de hechos probados es la siguiente:

PRIMERO.- 1.- La actora, D^a. Delia , mayor de edad, con DNI NUM000 , venía prestando sus servicios para SERHS FOOD AREA, S.L., con antigüedad de 03.05.2007, con categoría profesional de Dietista, y salario bruto mensual de 1.498,57 euros, con inclusión de parte proporcional de pagas extraordinarias.

2.- Resulta de aplicación el convenio colectivo del sector de la hostelería de las Illes Balears (BOIB núm. 103 de 31.07.2014).

(f. 87 a 90 y 173 a 184).

SEGUNDO.- En fecha 01.09.2009, la empresa SERHS FOOD AREA, S.L. y la actora, suscribieron un Pacto, por el que la trabajadora, pasaba a percibir, en concepto de Plus de Responsabilidad, un importe de 373,33 euros mensuales, y, en concepto de A cuenta Objetivos, otro importe d 373,33 euros mensuales por 14 pagas, mientras estuviera desarrollando las funciones como Responsable de los Centros ubicados en Eivissa y Formentera. Sin que tuviera carácter consolidable, fijándose en función del puesto de trabajo ocupado. Y, siendo la vigencia de dicho Pacto entre 16.07.2009 hasta el 31.12.2009, revisable a partir de 01.01.2010 (f. 94).

TERCERO.- La actora continuó prestando funciones de Responsable de Centros, percibiendo mensualmente, tanto el Plus de Responsabilidad, por importe de 329,50 euros, como el de A cuenta Objetivos, por importe de 373,33 euros, hasta febrero de 2015 (f. 96 a 113 - Recibos salariales de SERHS FOOD AREA, S.L.).

CUARTO.- Mediante escrito de 19.02.2015, la empresa SODEXO IBERIA, S.A. comunicó a la actora su subrogación, con fecha 20.02.2015, al haberle sido concedido el servicio de restauración del Hospital Can Misses (f. 116).

QUINTO.- La actora permaneció en situación de descanso por maternidad desde el 15.12.2014 hasta 05.04.2015, reincorporándose a su puesto de trabajo, tras el disfrute del periodo acumulado de lactancia y vacaciones, en fecha 01.06.2015 (hecho no controvertido, f. 141 a 144).

SEXTO.- Tras su reincorporación, la actora presentó a SODEXO IBERIA, S.A., escrito de 09.06.2015, por el que reclamaba el mismo de 08.00 h a 16.00h, de Lunes a Viernes, que venía realizando con la empresa saliente, siendo repuesta al mismo (hecho no controvertido, f. 117 y 160).

SÉPTIMO.- Mediante escrito de 15.06.2015, la actora solicitó reducción de jornada, a razón de una hora diaria, por guarda legal de un hijo menor de 12 años (f. 118).

OCTAVO.- Desde la subrogación por SODEXO IBERIA, S.A., la actora ha dejado de percibir el Plus de Responsabilidad, y el de A cuenta Objetivos, prestando servicio como Dietista (hecho no controvertido, f. 119 a 125, 149 a 157 y 164 a 172 - Recibo salariales de SODEXO IBERIA, S.A.).

NOVENO.- Mediante escrito de 31.08.2015, la actora solicitó a SODEXO IBERIA, S.A. el salario que venía percibiendo hasta la fecha de la subrogación, sin que se atendiera dicha petición (f. 161 y 162).

DÉCIMO.- Mediante escrito de 29.09.2015, la empresa SERUNIÓN, S.A. comunicó a la actora su subrogación, con fecha 01.10.2015, al haberle sido concedido el servicio de restauración del Hospital Can Misses (f. 132).

ÚNDECIMO.- Desde la subrogación por SERUNIÓN, S.A. la actora ha percibido los salarios inherentes a su categoría profesional de Dietista, sin percibir ni el Plus de Responsabilidad, ni el de A cuenta Objetivos (hecho no controvertido, f. 173 a 184).

DECIMOSEGUNDO.- Se instó la papeleta de conciliación en fecha 30.12.2015, realizándose el acto de conciliación, en fecha 14.01.2016, con el resultado de intentado sin efecto (f. 3).



SEGUNDO.- La parte dispositiva de la sentencia de instancia dice:

Estimo la excepción de inadecuación de procedimiento, con caducidad de la acción, alegado por las demandadas **SODEXO IBERIA, S.A.** y **SERUNIÓN, S.A.** , por lo que se desestima la demanda, sin necesidad de entrar a conocer sobre el fondo de la misma, absolviendo a las demandadas **SODEXO IBERIA, S.A.**, **SERUNIÓN, S.A.** y **SERHS FOOD AREA, S.L.** de las peticiones formuladas en su contra.

TERCERO.- Contra dicha resolución se anunció recurso de suplicación por el letrado D. José Ramón Buetas Ayerza, en nombre y representación de Doña Delia , que posteriormente formalizó y que fue impugnado por la representación de la entidad SERUNION, SAU; habiéndose señalado como fecha de votación y fallo el día 17 de octubre de 2017.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO . La sentencia recurrida absolvió en la instancia a las empresas codemandadas al apreciar la excepción de inadecuación de procedimiento y la caducidad de la acción, por entender que el procedimiento adecuado era el de modificación sustancial de condiciones de trabajo del artículo 138 LRJS en el que se establece un plazo de caducidad de 20 días hábiles desde la notificación de la decisión empresarial de modificar las condiciones de trabajo.

La parte demandante formula recurso de suplicación contra dicha decisión articulando un único motivo al amparo de lo establecido en el artículo 193 a) LRJS , sosteniendo que la acción ejercitada es de reclamación de cantidades y el procedimiento adecuado es el ordinario y no el especial del artículo 138 LRJS al no existir notificación empresarial de la voluntad de modificar las retribuciones de la demandante, lo que se ve ratificado en la posición de las demandadas de negar el derecho previo a la subrogación.

Subsidiariamente, se aduce que ante la falta de notificación de la decisión empresarial de modificar las condiciones de trabajo la acción no estaría caducada, ni tampoco prescrita al no haber transcurrido el plazo de un año establecido en el artículo 59.2 ET .

Por ello, se solicita que se deje sin efecto la sentencia recurrida y se acuerde retrotraer las actuaciones al momento anterior al de dictar sentencia para que se entre a resolver el fondo del asunto.

Asiste la razón a la parte recurrente sobre la improcedencia de declarar la inadecuación de procedimiento la sentencia y de declarar la caducidad de la acción.

El artículo 102.2 LRJS establece lo siguiente:

Se dará al procedimiento la tramitación que resulte conforme a la modalidad procesal expresada en la demanda . No obstante, si en cualquier momento desde la presentación de la demanda se advirtiere la inadecuación del procedimiento seguido, se procederá a dar al asunto la tramitación que corresponda a la naturaleza de las pretensiones ejercitadas, sin vinculación necesaria a la modalidad elegida por las partes y completando, en su caso, los trámites que fueren procedentes según la modalidad procesal adecuada, con aplicación del régimen de recursos que corresponda a la misma. No procederá el sobreseimiento del proceso o la absolución en la instancia por inadecuación de la modalidad procesal, salvo cuando no sea posible completar la tramitación seguida hasta ese momento o cuando la parte actora persista en la modalidad procesal inadecuada.

Si acudimos al encabezamiento de la demanda vemos que la modalidad procesal expresada en la misma no fue en ningún momento la de modificación sustancial de condiciones de trabajo del artículo 138 LRJS , señalándose únicamente que la demanda lo era en reclamación de reconocimiento de derechos y cantidad, siendo el proceso ordinario el adecuado para la tramitación de este tipo de demandas.

Del mismo modo, en el suplico de la demanda no se hacía referencia a ninguna modificación sustancial de condiciones de trabajo ni se solicitaba que la misma fuera declarada injustificada o nula, limitándose el suplico a una petición de condena al pago de una cantidad dineraria, que en el acto de juicio se actualizó a la cantidad de 9.811,62 €.

El procedimiento seguido hasta sentencia ha sido el ordinario, en concreto el PO 33/2016, tal como consta en el encabezamiento de la sentencia.

Cuando los codemandados plantearon en el acto de juicio la inadecuación del procedimiento pudo el juez recabar el informe de la inspección de trabajo, si consideraba que era necesario, completando de este modo los trámites del artículo 138 LRJS y ajustando el fallo de la sentencia a lo establecido en dicha norma. El hecho de que no solicitara informe de la inspección de trabajo nos lleva a entender que no lo consideró necesario y desde luego, la apreciación de la caducidad de la acción es un pronunciamiento que encaja perfectamente en la modalidad especial del artículo 138 LRJS . Sin embargo, lo que no era procedente era declarar la



inadecuación del procedimiento al no faltar ningún trámite que impidiese la reconducción al procedimiento que se consideraba adecuado y entrar en el fondo del asunto.

Y, aún aceptando que el procedimiento adecuado era el especial del artículo 138 LRJS, tampoco podría apreciarse la caducidad de la acción, porque al no existir una notificación de la decisión empresarial de modificar las condiciones de trabajo no pudo comenzar a correr el plazo de caducidad de 20 días hábiles.

En tal sentido, lo que establece el artículo 138.1 LRJS es que *la demanda deberá presentarse en el plazo de caducidad de los veinte días hábiles siguientes a la notificación por escrito de la decisión a los trabajadores o a sus representantes, conforme a lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 59 del Estatuto de los Trabajadores, plazo que no comenzará a computarse hasta que tenga lugar dicha notificación, sin perjuicio de la prescripción en todo caso de las acciones derivadas por el transcurso del plazo previsto en el apartado 2 del artículo 59 del Estatuto de los Trabajadores*.

Si no hay comunicación formal de la decisión de modificación sustancial de las condiciones de trabajo en los términos establecidos en el artículo 41.3 ET no comienza a correr el plazo de caducidad, estando entonces la acción sometida solamente al plazo general de prescripción de un año del artículo 59.2 ET.

Por tanto, el motivo prospera en cuanto solicita que se deje sin efecto la apreciación de la inadecuación de procedimiento y la caducidad de la instancia.

Además, debemos advertir que en ningún momento las empresas codemandadas han acordado modificación sustancial de condiciones de trabajo alguna por razones económicas, técnicas, organizativas o de reproducción, ni tampoco han adoptado ninguna decisión de movilidad funcional ni dentro ni fuera del grupo. Lo único que han hecho las demandadas ha sido no reconocer el derecho de la demandante a la retribución reclamada y eso es cosa distinta a modificar un derecho cuya preexistencia no se pone en duda.

Llegados a este punto, resulta procedente aplicar lo establecido en el artículo 202 LRJS y al ser suficientes los hechos contenidos en la sentencia recurrida entrar a resolver la cuestión planteada en la demanda, tal como propone la propia parte recurrente al afirmar que al haberse cumplido todos los requisitos de la acción del artículo 138 LRJS no existe ningún impedimento para dictar sentencia sin por economía procesal retrotraer las actuaciones.

Pasamos, pues, a resolver la cuestión planteada en la instancia, no sin advertir que la cuantía litigiosa supera el límite del artículo 191.2.g) LRJS al superar los 3000 € el importe de los pluses reclamados en cómputo anual, tal como ordena el artículo 192.3 LRJS. En otro caso, nos veríamos obligados a devolver las actuaciones al juzgado de procedencia por falta de competencia funcional.

SEGUNDO. Lo que reclama la demandante en su demanda es el abono de dos pluses que tenía reconocidos desde el 1 de septiembre de 2009 mediante pacto suscrito con la empresa para la que entonces prestaba servicio, tal como se recoge en el hecho probado segundo, habiéndose dejado de abonar tales pluses a partir de la subrogación en la persona del empresario producida con efectos de 20 de febrero de 2015.

La empresa que en esa fecha se subrogó en la posición del empresario fue la codemandada CODEXO IBERIA S.A., la cual comunicó a la demandante que tenía reconocidos los derechos laborales adquiridos con la anterior empresa, tales como antigüedad, jornada y categoría, así consta en la comunicación obrante al folio 116, que se da por reproducida en el hecho probado cuarto.

Consecuencia de la subrogación se reconoció a la demandante la categoría del dietista, que ostenta tal como se recoge en el hecho probado primero, pero no se le encargaron funciones de responsable de los centros ubicados en Ibiza y Formentera. La demandante nunca ha reclamado que se le encargasen esas funciones, al menos no consta ninguna solicitud en tal sentido.

Ni en la demanda, ni en el acto de juicio, se alegan las razones por las cuales entiende la demandante que la nueva adjudicataria del servicio debía encargarle las funciones de responsable de los centros ubicados en Ibiza y Formentera. Parece que nos encontramos ante un nombramiento que entra dentro del *ius variandi* y desde luego, en ningún momento se alega por la parte demandante que nos encontremos ante una modificación funcional que excede los límites del artículo 39 ET. De hecho, de ser así habría ejercitado una acción de movilidad funcional y se habría aquietado a la petición de que el procedimiento se continuase por la vía del artículo 138 LRJS.

Y si la demandante no tenía derecho a que se le adjudicasen las funciones propias de responsable de los centros ubicados en Ibiza y Formentera, tampoco tenía derecho a unas retribuciones que se pactaron y reconocieron mientras estuviera desarrollando las funciones como responsable de los centros ubicados en Ibiza y Formentera, tal como se recoge en el hecho probado segundo.



No estamos ante complementos consolidados sino que su devengo venía condicionado a la efectiva realización de unas determinadas funciones que la demandante no ha desarrollado desde la subrogación de febrero de 2015, sin que conste que haya reclamado en algún momento el derecho a seguir desarrollando esas funciones.

En consecuencia, entrando resolver la cuestión planteada en la instancia, resulta procedente desestimar la demanda y absolver a las empresas codemandadas, sin que haya lugar a imposición de costas.

En virtud de lo expuesto,

FALLAMOS

1) Se estima el recurso de suplicación contra la sentencia dictada por el juzgado de lo social de Ibiza el día 6 de abril de 2017 (PO 33/2016), la cual se revoca y deja sin efecto.

2) Se desestima la demanda formulada por doña Delia contra Sodexo Iberia S.A., Serunion S.A. y Serhs Food Area S.L y se absuelve a los demandados de la acción ejercitada en su contra.

3) Sin costas

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares.

ADVERTENCIAS LEGALES

Contra esta sentencia cabe **RECURSO DE CASACION PARA LA UNIFICACION DE DOCTRINA** ante la Sala IV de lo Social del Tribunal Supremo, que necesariamente deberá prepararse por escrito firmado por abogado dirigido a esta Sala de lo Social y presentado dentro de los DIEZ DIAS hábiles siguientes al de su notificación, de conformidad con lo establecido en los artículos **218** y **220** y cuya forma y contenido deberá adecuarse a los requisitos determinados en el artº. **221** y con las prevenciones determinadas en los artículos **229** y **230** de la **Ley 36/11 Reguladora de la Jurisdicción Social**.

Además si el recurrente hubiere sido condenado en la sentencia, deberá acompañar, al preparar el recurso, el justificante de haber ingresado en la cuenta de depósitos y consignaciones abierta en el **Banco Santander**, Sucursal de Palma de Mallorca, cuenta número **0446-0000-65-0309-17** a nombre de esta Sala el importe de la condena o bien aval bancario indefinido pagadero al primer requerimiento, en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista, documento escrito de aval que deberá ser ratificado por persona con poder bastante para ello de la entidad bancaria avalista. 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 éstos su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

Conforme determina el artículo 229 de la Ley 36/11 Reguladora de la Jurisdicción Social, el recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregando en esta Secretaría al tiempo de preparar el recurso la consignación de **un depósito de 600 euros**, que deberá ingresar en la entidad bancaria **BancoSantander**, sucursal de la calle Jaime III de Palma de Mallorca, cuenta número **0446-0000-66-0309-17**.

Conforme determina el artículo 229 de la LRJS, están exentos de constituir estos depósitos los trabajadores, causahabientes suyos o beneficiarios del régimen público de la Seguridad social, e igualmente el Estado, las Comunidades Autónomas, las Entidades Locales y las entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de los mismos, así como las entidades de derecho público reguladas por su normativa específica y los órganos constitucionales. Los sindicatos y quienes tuvieren reconocido el beneficio de justicia gratuita quedarán exentos de constituir el depósito referido y las consignaciones que para recurrir vienen exigidas en esta Ley.

En materia de Seguridad Social y conforme determina el artículo 230 LRJS se aplicarán las siguientes reglas:

a) Cuando en la sentencia se reconozca al beneficiario el derecho a percibir prestaciones, para que pueda recurrir el condenado al pago de dicha prestación será necesario que haya ingresado en la Tesorería General de la Seguridad Social el capital coste de la pensión o el importe de la prestación a la que haya sido condenado en el fallo, con objeto de abonarla a los beneficiarios durante la sustanciación del recurso, presentando el oportuno resguardo. El mismo ingreso de deberá efectuar el declarado responsable del recargo por falta de medidas de seguridad, en cuanto al porcentaje que haya sido reconocido por primera vez en vía judicial y respecto de las pensiones causadas hasta ese momento, previa fijación por la Tesorería General de la Seguridad social del capital costa o importe del recargo correspondiente.



- c) Si en la sentencia se condenara a la Entidad Gestora de la Seguridad Social, ésta quedará exenta del ingreso si bien deberá presentar certificación acreditativa del pago de la prestación conforme determina el precepto.
- d) Cuando la condena se refiera a mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social, el condenado o declarado responsable vendrá obligado a efectuar la consignación o aseguramiento de la condena en la forma establecida en el artículo 230.1.

Conforme determina el art. 230.3 LRJS los anteriores requisitos de consignación y aseguramiento de la condena deben justificarse, junto con la constituir del depósito necesario para recurrir en su caso, en el momento de la preparación del recurso de casación o hasta la expiración de dicho plazo, aportando el oportuno justificante. Todo ello bajo apercibimiento que, de no verificarlo, podrá tenerse por no preparado dicho recurso de casación.

Guárdese el original de esta sentencia en el libro correspondiente y líbrese testimonio para su unión al Rollo de Sala, y firme que sea, devuélvanse los autos al Juzgado de procedencia junto con certificación de la presente sentencia y archívense las presentes actuaciones.

Así por ésta nuestra sentencia, definitivamente juzgando lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

DILIGENCIA DE PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día de la fecha por el Ilmo. Sr. Magistrado - Ponente que la suscribe, estando celebrando audiencia pública y es notificada a las partes, quedando su original en el Libro de Sentencias y copia testimoniada en el Rollo.- Doy fe.