



Roj: **STSJ GAL 6596/2018 - ECLI: ES:TSJGAL:2018:6596**

Id Cendoj: **15030340012018104771**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **20/12/2018**

Nº de Recurso: **2803/2018**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Social**

Ponente: **CARLOS VILLARINO MOURE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIALA CORUÑA

PLAZA DE GALICIA S/N

15071 A CORUÑA

Tfno: 981-184 845/959/939

Fax: 881-881133/981184853

NIG: 15030 44 4 2017 0003079

Equipo/usuario: MB

Modelo: 402250

RSU RECURSO SUPPLICACION 0002803 /2018-CON

Procedimiento origen: DERECHOS FUNDAMENTALES 0000611 /2017

Sobre: MODIFICACION CONDIC.LABORALES

RECURRENTE/S D/ña Olegario

ABOGADO/A: LIDIA VAZQUEZ MENDEZ

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

RECURRIDO/S D/ña: CRUZ ROJA ESPAÑOLA, EULEN SERVICIOS SOCIOSANITARIOS SA

ABOGADO/A: BENJAMIN MAYO MARTINEZ, JOSE MIGUEL ORANTES CANALES

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

ILMO SR. D. ANTONIO J. GARCIA AMOR

ILMA SRA D^a BEATRIZ RAMA INSUA

ILMO. SR.D. CARLOS VILLARINO MOURE

En A CORUÑA, a veinte de diciembre de dos mil dieciocho.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL, 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

SENTENCIA

En el RECURSO SUPPLICACION 0002803/2018, formalizado por el/la D/D^a Letrada D^a Lidia Vázquez Méndez, en nombre y representación de Olegario , contra la sentencia número 104/2018 dictada por XDO. DO SOCIAL N. 5 de A CORUÑA en el procedimiento DERECHOS FUNDAMENTALES 0000611/2017, seguidos a instancia de Olegario frente a CRUZ ROJA ESPAÑOLA, EULEN SERVICIOS SOCIOSANITARIOS SA, con intervención del MINISTERIO FISCAL siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo/a Sr/Sra D/D^a CARLOS VILLARINO MOURE.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: D/D^a Olegario presentó demanda contra CRUZ ROJA ESPAÑOLA, EULEN SERVICIOS SOCIOSANITARIOS SA, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 104/2018, de fecha siete de febrero de dos mil dieciocho .

SEGUNDO: En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados:

1º .- a).- El demandante, D. Olegario , viene prestando sus servicios actualmente para la entidad Eulen Servicios Sociosanitarios, S.A., con una antigüedad del 29 de marzo de 2.000, con la categoría de "oficial 3ª", "instalador", a jornada completa y con un salario mensual bruto de 882,86 euros -documental aportada por Eulen al respecto, nóminas- tras la subrogación parcial que nos ocupa con inclusión de parte proporcional de pagas extras. b).- D. Olegario , realiza su prestación laboral en los servicios de Teleasistencia Domiciliaria, de los que la entidad Eulen Servicios Sociosanitarios, S.A., había resultado adjudicataria en los concursos públicos concertados con la "FEMP", Diputación Provincial de A Coruña, Pontevedra y Ourense, si bien mayoritariamente en las localidades de las Provincias de Pontevedra y A Coruña. Desde el 1 septiembre de 2.013 resultó adjudicataria del servicio de Teleasistencia de la Diputación de Pontevedra, la entidad Clece, S.A., en virtud de resolución de 5 de julio de 2.013. Las entidades Eulen Servicios Sociosanitarios, S.A., y Clece S.A., se remitieron documentación relativa al personal adscrito al citado contrato a los efectos de subrogación. En fecha de 15 de agosto de 2.013, por la entidad Eulen Servicios Sociosanitarios, S.A., se le remite comunicación a D. Olegario , relativa a la rescisión de la relación contractual con la Diputación de Pontevedra, comunicando "quedará adscrito a la plantilla laboral de la empresa Clece S.A., nueva adjudicataria del servicio, con un 30 % de la Jornada Laboral", con efectos del 31 de agosto de 2.013. Posteriormente el 2 de septiembre de 2.013, por la entidad Eulen Servicios Sociosanitarios, S.A., se le remite nueva comunicación a D. Olegario , indicándole que ha sido subrogado en un 20 % en Clece y en un 80% permanece en su empleadora, donde se le informa que el nuevo horario es "de Lunes a Jueves de 9:00 a 14:00 y de 15:00 a 18:00". Por D. Olegario , se formula demanda en tutela de derechos fundamentales y extinción de la relación laboral, que dio lugar a los Autos nº 1008/2013, tramitados ante el Juzgado de lo Social nº 1 de A Coruña, que dictó Sentencia el 10 de abril de 2.014 , desestimando su pretensión. Confirma en suplicación por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia en su Sentencia de 23 de diciembre de 2.014 . Desde Septiembre de 2.013, D. Olegario , realiza su jornada laboral de Martes a Jueves, en horario de 9 a 14:00 horas y de 15:00 a 18:00 horas, para la entidad Eulen Servicios Sociosanitarios, S.A., contando con vehículo de empresa, abonándosele las dietas, y por lo que percibe un salario mensual bruto de 852,22 €. Y para la entidad Clece S.A., los Lunes en horario de 9:00 a 14:00 horas, y de 15:00 hasta las 17:48 horas, debiendo desplazarse a Vigo, donde tiene a su disposición un vehículo de empresa, por lo que percibe un salario mensual bruto con inclusión de pagas extras a razón de 256,54 € La entidad Eulen Servicios Sociosanitarios, S.A., contaba en septiembre de 2.013, en su plantilla con tres instaladores, de los cuales D. Olegario , es el más antiguo. En agosto de 2.013, en el contrato de teleasistencia de la Diputación de Lugo, fue subrogado otro trabajador de Eulen Servicios Sociosanitarios, S.A. -efecto positivo de cosa juzgada de la sentencia firma de fecha de 16-6-15 dictada por el Juzgado Social nº 5 de A Coruña en el procedimiento DFU 1002/2013 y que obra en las actuaciones y se da aquí por reproducida- / 2º .- El 5-4-17 la empresa Eulen comunica al actor la posibilidad de que sea subrogado parcialmente por la entidad Cruz Roja de España en relación con la prestación de servicios para el Concello de Ourense al ser ésa la nueva adjudicataria de tal contrata. La empresa Eulen, siguiendo los parámetros establecidos en la sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de A Coruña de fecha de 10-4-14 , puso los datos del actor a disposición de la empresa entrante al entender que procede su subrogación parcial en un porcentaje del 21% al ser de los 3 instaladores de la empresa el de mayor antigüedad. Se da por reproducida tal comunicación. El actor se opuso a la subrogación negando que cupiese una subrogación parcial al no haber prestado servicios en el Concello de Ourense y tener con Eulen un contrato de trabajo a tiempo completo -se da por reproducida tal comunicación. En fecha



de 19-5-17 la empresa demandada Eulen entregó al actor un escrito en el que le comunica su subrogación parcial en relación con los servicios a prestar en el Concello de Ourense en un 21% de su jornada (8,19 horas semanales) por la nueva adjudicataria del servicio, empresa entrante, Cruz Roja Española. Cruz Roja Española resultó adjudicataria del contrato de teleasistencia del Concello de Ourense que hasta ese momento estaba adjudicado a Eulen. Ese contrato se firmó en fecha de 2-3-17 -hecho no discutido- y subrogó al actor en un 21% de su jornada de trabajo a tiempo completo a partir del día 22-5-17 -hecho no controvertido, y documental aportada-. A consecuencia de esa subrogación se mantuvieron las condiciones de trabajo del actor (categoría, salario y antigüedad) conviniendo trabajador y empresa la jornada de trabajo a realizar concentrándola en el día viernes - documental-/ 3º. - El trabajador es delegado de personal desde el año 2003 a 2012 y desde esa fecha delegado sindical; y desde la subrogación parcial que nos ocupa delegado de personal -hecho no discutido.

TERCERO: En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

DESESTIMO la demanda presentada por D. Olegario frente a la empresa Eulen Servicios Sociosanitarios, S.A. y frente a la Cruz Roja Española y, en consecuencia, les absuelvo de todo pedimento dirigido frente a ellos.

CUARTO: Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandante, siendo impugnado de contrario por las dos codemandadas. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el pase de los mismos al ponente, procediéndose a dictar la presente sentencia tras la deliberación correspondiente.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Aproximación general al objeto del recurso

La sentencia de instancia desestimó la demanda presentada en materia de modificación sustancial de condiciones de trabajo y tutela de derechos fundamentales - procedimiento que, inicialmente tramitado como modificación sustancial de condiciones de trabajo, se transformó en la propia sentencia recurrida en un procedimiento de tutela de derechos fundamentales-. En tal sentencia recurrida se interesaba: que se declarase la vulneración de los derechos fundamentales a la libertad sindical, garantía de indemnidad e igualdad; que se declarase la nulidad radical de la actuación de la empleadora; que se ordenase el cese inmediato de la actuación contraria a derechos fundamentales; que se dispusiera el restablecimiento de la demandante en la integridad de su derecho y en la situación anterior a producirse la vulneración del derecho fundamental; que se condenase a la demandada a abonar al actor 60.000 euros por la lesión de derechos fundamentales, en atención al daño moral sufrido; que se condenase a la parte demandada a estar y pasar por tal declaración; y que se declarase nula o subsidiariamente injustificada la decisión empresarial impugnada.

La parte demandante recurrió en suplicación al amparo del art. 193 b) y c) LRJS , solicitando la revocación de la sentencia de instancia y la estimación de la demanda en su día presentada.

Las dos empresas codemandadas impugnaron el recurso, interesando su desestimación.

La parte actora presentó alegaciones a las impugnaciones.

SEGUNDO.- Documentos aportados por la parte demandante en suplicación

Se aportaron por la parte demandante en suplicación documentos consistentes en demanda de despido de 10 de abril de 2018 y carta de despido de 7 de marzo de 2018 de Quavitae Servicios Asistenciales SAU; comunicación de la empresa Eulen Servicios Sociosanitarios SA de 16 de abril de 2018, sobre subrogación por la empresa antes citada; escrito de oposición remitido a las citadas empresas por el demandante el 10 de mayo de 2018; burofax de la empresa Eulen Servicios Sociosanitarios SA sobre subrogación de fecha 28 de mayo de 2018; escritos del demandante de 16 y 18 de mayo de 2018, dirigidos a Eulen Servicios Sociosanitarios; y demanda de despido y tutela de derechos fundamentales presentada ante el SMAC el 12 de junio de 2018 y acta de conciliación. Se señala, en el escrito con el que se presenta tal documentación, que su trascendencia vendría dada por poner de manifiesto que no sería cierto lo manifestado por la empresa, en relación a que no nos encontramos ante una modificación sustancial de condiciones de trabajo.

Dado traslado para alegaciones sobre su admisión por diligencia de ordenación, por parte de Eulen Servicios Sociosanitarios SA se evacuó el trámite, señalando que no procedía la admisión de tales documentos, pues son relativos a procedimientos correspondientes a distintos hechos causantes, y además posteriores al que es objeto de la presente Litis.

Dicho esto, debemos señalar que si bien es cierto que el art. 233.1 LRJS prevé la resolución sobre la admisión o no de la prueba aportada mediante auto, entendemos que cabe pronunciarse sobre la inadmisión de la documental antes mencionada en la propia sentencia, para una mayor celeridad (art. 74.1 LRJS) y dado que



ello no ocasiona indefensión alguna a las partes; y teniendo asimismo en cuenta que, con el precepto citado, el auto que se dictase no sería recurrible en reposición. Por otro lado, esta misma Sala del TSJ de Galicia ya ha admitido la posibilidad de pronunciarse en sentencia sobre la inadmisión de los documentos nuevos aportados por las partes, con carácter previo a abordar los motivos de recurso. Criterio que ha seguido esta Sala en diversas ocasiones, como en las SSTSJ Galicia de 22 de octubre de 2015 (rec: 3227/2015) y 15 de julio de 2015 (rec: 1256/2015).

En el caso de autos, los mencionados documentos no han de ser admitidos, con el art. 233.1 LRJS, y ello dado que no consta, a la vista de tales documentos, que los mismos sean decisivos o tengan trascendencia para la resolución de la controversia que se dilucida en el presente procedimiento. Y es que los documentos aportados versan, en esencia, sobre despidos, subrogaciones, etc, posteriores a los hechos que aquí se enjuician. Los hechos que en estos autos se enjuician están vinculados, a la vista de la sentencia de instancia, con la subrogación que tuvo lugar en abril de 2017 por parte de Cruz Roja Española en el 21% de la jornada del actor.

Por tanto, no se admiten los documentos aportados.

TERCERO.- Motivo de recurso al amparo del art. 193 b) LRJS

La parte demandante en su escrito de recurso discute el relato fáctico de la sentencia de instancia, al amparo del art. 193 b) LRJS -" *Revisar los hechos declarados probados, a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas* "-.

La jurisprudencia y la doctrina de los Tribunales Superiores han venido exigiendo para acoger una revisión de hechos en aplicación del art. 193 b) LRJS :

(1) Que tal revisión se funde en una prueba hábil. Estando restringida la misma con el art. 193. b) LRJS a la documental y la pericial. No incluyendo dentro de tal clase los informes de investigadores privados, STS 24 febrero 1992 ; ni los medios de reproducción de la palabra, de la imagen o del sonido, STS 16 junio 2011 . Tampoco se ha admitido la alegación de prueba negativa, es decir, la consistente en afirmar que los hechos que el juzgador estima probados no lo han sido suficientemente, salvo en el caso de que se haya infringido la regla constitucional de mínima actividad probatoria, es decir, exista una total y absoluta falta de prueba al respecto, STS 18-3- 1991 y STS 3-4-1998 . Y sin que, a tal efecto, quepa una valoración *ex novo* de toda la prueba practicada, STC 294/1993 .

(2) Que la prueba alegada revele un error del juzgador, de modo palmario o evidente, sin necesidad de conjeturas, ni hipótesis o razonamientos. En tal sentido, fuera del supuesto referido, ha de prevalecer la apreciación fáctica del órgano de instancia, y en especial en el caso de que la prueba invocada resulte contradicha por otros medios de prueba (SSTC nº 44/1989 de 20-2-89 ; y 24/1990, de fecha 15-2-1990 ; y SSTS 30-10-91 ; 22-5-93 ; 16-12-93 y 10-3-94). Y así, con la excepción indicada, no es posible sustituir la percepción de la prueba del juzgador de instancia por un juicio valorativo de la parte interesada (SSTS 6-5-85 y 5-6-95).

(3) Ha de tener tal revisión trascendencia para modificar el fallo de instancia, (SSTS de 28-5-2003 ; 02-06-92 ; 16-04-14 -Rec. 261/13 -; y 25-05-14 -Rec. 276/13). En relación con ello, ha matizado el Tribunal Supremo que: "*... pese a que sea exigencia de toda variación fáctica que la misma determine el cambio de sentido en la parte dispositiva, en ocasiones, cuando refuerza argumentalmente el sentido del fallo no puede decirse que sea irrelevante a los efectos resolutorios, y esta circunstancia proporciona justificación para incorporarla al relato de hechos, cumplido -eso sí- el requisito de tener indubitado soporte documental*" (STS 14-6-2018; rec: 189/2017).

(4) La modificación propuesta no ha de contener valoraciones jurídicas predeterminantes del fallo. Así ha señalado el Tribunal Supremo que: "*... la modificación o adición que se pretende no sólo debe cumplir la exigencia positiva de ser relevante a los efectos de la litis, sino también la negativa de no comportar valoraciones jurídicas (SSTS 27/01/04 -rco 65/02 -; 11/11/09 -rco 38/08 -; y 20/03/12 -rco 18/11 -), pues éstas no tienen cabida entre los HDP y de constar se deben tener por no puestas, siendo así que las calificaciones jurídicas que sean determinantes del fallo tienen exclusiva -y adecuada- ubicación en la fundamentación jurídica (SSTS 07/06/94 -rco 2797/93 -; ... 06/06/12 -rco 166/11 -; y 18/06/13 -rco 108/12 -).*" (STS 14-6-2018, Rec 189/2017).

(5) Y se exigen determinados requisitos formales en la interposición del recurso de acuerdo con el art. 196.2 y 3 LRJS . Y así: a) que se concrete con precisión y claridad el hecho que ha sido negado u omitido, proponiendo en su caso una redacción alternativa de los hechos probados; y b), que se precise a través de qué concreto medio de prueba hábil a efectos de suplicación se pretende esa revisión -por todas, SSTSJ Galicia 16-09-15 Rec. 1353/14; 12-06-15 Rec. 4364/13; 14-05-15 Rec. 4385/13; 09-03-15 Rec. 3395/13; 11-02-15 Rec. 970/13; 20-01-15 Rec 3950/14 -.

(6) Además, no puede olvidarse, como ya señaló esta Sala en la sentencia de 13 de noviembre de 2015 (rec: 5035/2014) que: "*nuestro o sistema procesal, atribuye al Juzgador de instancia la apreciación de los elementos*



de convicción- concepto más amplio que el de medios de prueba- para fijar una verdad procesal que sea lo más próxima posible a la real, para lo que ha de valorar, en conciencia y según las reglas de la sana crítica, la practicada en autos, conforme a las amplias facultades que a tal fin le otorga el artículo 97.2 de la LRJS Laboral; así lo ha declarado de forma reiterada el Tribunal Supremo (entre otras sentencia de 17 de diciembre de 1990) y en la misma medida se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en sentencia 81/88 de 28 de abril señalando que el Juez de lo Social incardina unos hechos en las previsiones legales, reiterando que la carga de la prueba de los hechos corresponde a las partes, mientras que al Juez corresponde la determinación de los hechos probados, decidiendo "en conciencia y mediante una valoración conjunta". Ello implica, atendiendo a la especial naturaleza del Recurso de Suplicación, que 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 con base en concreto documento auténtico o prueba pericial que obrante en autos patentice de manera clara, evidente y directa, de forma contundente e incuestionable y sin necesidad de acudir a hipótesis, conjeturas, suposiciones o argumentaciones más o menos lógicas, naturales o razonables, el error de aquel juzgador cuya facultad de apreciación no puede ser desvirtuada por valoraciones distintas o conclusiones diversas de parte interesada."

En concreto, solicita la parte demandante las siguientes revisiones fácticas, que exponemos y pasamos a resolver:

1º.-) Interesa la parte demandante, en primer lugar, la modificación del hecho probado primero letra a) de la sentencia, para que se añada al final del mismo el siguiente tenor:

"... O actor está vencellado á empresa Eulen Servicios Sociosanitarios SA polo medio de contrato a xornada completa".

Se invoca, a tal efecto, el documento nº 5 c) del ramo de prueba de la parte actora, folios 583-584. Y se refiere que es relevante la revisión fáctica, dado que el art. 12.4 d) ET recoge un límite a las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, como la que se produjo por vía de subrogación.

Por la impugnante Cruz Roja Española se insta la desestimación de tal revisión fáctica. En esencia dado que si bien inicialmente la contratación lo fue con un contrato a jornada completa, tal contratación se vio modificada en el tiempo, mediante la subrogación parcial en un 20% por Clece en el año 2013 -que por sentencia del Juzgado de lo Social nº 5 de A Coruña se entendió que no era una modificación sustancial-, y en un 21% por tal impugnante en el año 2017 -que es la ahora discutida-.

Por Eulen Servicios Sociosanitarios en su impugnación se opone a tal revisión fáctica, por entender que la jornada del actor con Eulen Servicios Sociosanitarios ya consta en el hecho probado primero b) con un horario de martes a jueves de 9 a 14 y de 15 a 18 desde el año 2013.

No se admite la revisión fáctica interesada. Y ello dado que a la vista del documento invocado no se aprecia la existencia de un error palmario o manifiesto del magistrado de instancia. En tal sentido, tal documento recoge la contratación del actor por Eulen SA -no con Eulen Servicios Sociosanitarios SA-; y más allá de ello, en tanto pudo acaso existir un cambio de denominación social, es lo cierto que si bien tal documento recoge una jornada de 40 horas semanales, está fechado en el año 2001, siendo lo cierto que la jornada del actor desde 2013 aparece ya reflejada, como señala una de las impugnantes, en el hecho probado primero letra b), cuya modificación no se insta.

2º.-) En segundo lugar, se interesa la supresión en el hecho probado primero letra b) de la expresión "-efecto positivo de cosa juzgada de la...".

Se señala que se trata de una cuestión de derecho y no fáctica, que debería obrar en la fundamentación jurídica.

Cruz roja española señala que tal modificación es intrascendente, en su impugnación.

Por parte de Eulen Servicios Sociosanitarios, en su impugnación, se opone a tal modificación del hecho probado, pues lo que recoge el magistrado en tal inciso es la sentencia en base al cual funda su valoración y establece el hecho probado.

No se admite la revisión fáctica pretendida, entendiendo que el inciso referido no recoge un hecho probado, sino la referencia por el magistrado de instancia de aquellos elementos o medios de prueba que le llevan al relato fáctico expresado.

3º.-) Se interesa la modificación del hecho declarado probado segundo de la sentencia, añadiendo al mismo el siguiente tenor:

"... Dende o 24.4.2017 ao 1.10.2013 o actor prestou servizos nas provincias de A Coruña, Lugo e Pontevedra (folios 122 a 443 partes de traballo selados pola empresa).



En data 28.9.2015 D^a. Rafaela , en calidade de representante de Eulen Servicios Sociosanitarios SA, declara que "... actualmente se presta servicio a 266 usuarios en el Concello de Ourense. Que teniendo en cuenta estos datos y el VI convenio colectivo marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal, en su art. 71 sobre la subrogación de personal afirma que deberá ser subrogado un técnico instalador de antigüedad 20.6.2003 (folio 536).

O concello de Ourense certifica que o 28.3.2014 "... a empresa do servizo, non presentou persoal a subrogar, polo que non existe listado de persoal finalmente subrogado. O nome da empresa sainte Eulen Servicios Sociosanitarios SA, e o da empresa entrante Clece SA (folio 157).

En data 16.5.2017, a empresa saínte remite correo é entrante segundo teor literal que se da íntegramente por reproducido, folio 213, afirmando que "...Una vez aclarado en la reunión celebrada el 12 de marzo en el Ayuntamiento de Ourense, que las personas que proponíais ahora subrogar no corresponden, ya que no son las mismas personas que figuraban en vuestra declaración presentada con los pliegos de la convocatoria (en concreto el instalador y la coordinadora, ya que la operadora que figuraba ya no está de alta en la empresa), nos hiciste la siguiente propuesta: no subrogar a la teleoperadora y subrogar al instalador y a la coordinadora, de acuerdo al certificado que presentasteis el 10 de marzo de 2017..."

Se señala que es trascendente tal modificación, pues refleja que el actor nunca prestó servicios en la provincia de Ourense, por lo que existiría un cambio de puesto de trabajo, y no puede resultar afectado el actor por la citada modificación parcial. Además, se pondría de manifiesto que quien debía ser subrogado no era el actor.

Se señala por Cruz Roja Española que tal adición no debe admitirse, pues las circunstancias de los años 2014 y 2015 no deben ser tomadas en consideración por referirse a subrogaciones previas, además de ser errónea la redacción propuesta. Siendo, además, intrascendentes las modificaciones pretendidas en relación con lo que se discute en el presente procedimiento.

Por Eulen Servicios Sociosanitarios se opone, en su impugnación, a la revisión citada, dado que los folios invocados carecen de valor revisor, transcribiéndose de modo sesgado tales documentos, siendo predeterminante del fallo.

Pues bien, expuesto el motivo de revisión fáctica, entendemos que no procede acoger la misma. En primer lugar, dado que de los documentos invocado no se colige la existencia de un error palmario o manifiesto del magistrado de instancia. En primer lugar, los partes de trabajo constan como elaborados por el actor y únicamente como recibidos por la empresa. Por otro lado, ya obra en el hecho probado primero b) que el actor realizaba " mayoritariamente " su prestación laboral en Pontevedra y A Coruña. La prestación de servicios del actor -como señala el citado hecho probado, y en especial el fundamento jurídico tercero, con valor de hecho probado y con referencia a los previos procedimientos tramitados entre las partes- se venía desempeñando en las diversas provincias de Galicia, si bien esencialmente en Pontevedra - hasta la primera subrogación del año 2013- y A Coruña. En cuanto al documento al folio 536 de autos, no consta que se refiera a la contrata y subrogación que nos ocupa. En relación a la modificación que se funda en una certificación supuestamente al folio 157 de autos, es un extremo referido al año 2014, y que por tanto no atañe a la situación al tiempo de la subrogación de que se ocupa el presente procedimiento. Además, al folio 157 no obra la citada certificación sino uno de los partes de trabajo (en dos de los folios numerados como 157), y parte de una demanda (en otro de los folios en autos así numerado). Por último, al folio 213 obra copia del correo electrónico invocado, no tratándose de un medio de prueba hábil a efectos de revisión de hechos en suplicación -sino de la transcripción o documentación de un medio de prueba del art. 384 LEC -.

4º) En cuarto lugar, se interesa la modificación del hecho probado tercero, añadiendo al final del mismo el siguiente tenor:

"... A ITSS, realizou informes a raíz de denuncias do actor fronte a Eulen Servicios Sociosanitarios SA, segundo obra en folios 4 a 43 do ramo de proba da actora en caixa aparte que se dan por íntegramente reproducidos. En data 19.1.2018 voltou o actor a presentar demanda en procedemento declarativo solicitando se lle declare traballador a tempo completo, dase íntegramente por reproducida, folios 154 a 166, do ramo de proba da actora en caixa aparte."

Se señala que es importante la modificación en relación a la tutela invocada, en relación a la libertad sindical y garantía de indemnidad.

Por Cruz Roja Española se señala que tal revisión ha de desestimarse, dado que las denuncias ante la Inspección de Trabajo no tuvieron efecto alguno.



Por Eulen Servicios Sociosanitarios, en su impugnación, se señala que no cabe acceder a tal revisión, pues es irrelevante, y tendenciosa, pues tales denuncias han venido cayendo " *en saco roto* ". Además los folios citados carecen de valor revisor, sin referencia pormenorizada de la documental invocada.

Se admite el primer inciso de la adición interesada sin que ello deba conllevar necesariamente la modificación del fallo de instancia, y todo ello con las precisiones que a continuación hacemos. En relación a las denuncias del actor e informes de la ITSS que obran a los folios 4 a 43 de autos, se dan por reproducidos aquellos relativos a la empleadora que se señala (Eulen Servicios Sociosanitarios) y derivados de denuncias del actor, si bien excluyendo de tal revisión fáctica los documentos obrantes en tales folios que o bien no se refieren a la mencionada empresa expresamente, o bien no consta que deriven de denuncias formuladas por el actor, tal y como el mismo señala en tal revisión fáctica. No se admite, por el contrario, el último inciso de la adición propuesta, relativa a la demanda presentada el 18 de enero de 2018, por ser tal fecha posterior a la subrogación objeto de los presentes autos.

CUARTO.- Motivo de recurso al amparo del art. 193 c) LRJS

La parte demandante recurre al amparo del art. 193 c) LRJS -" *Examinar las infracciones de normas sustantivas o de la jurisprudencia* "-.

Se alega infracción del art. 12.4 e) ET , art. 14 CE , art. 24.1 y 28.1 CE , y arts. 70 y 71 del Convenio Colectivo Estatal de atención a personas dependientes, y arts. 183.1 y 183.2 LRJS , así como la doctrina de los actos propios del Tribunal Supremo. También se señala, en el cuerpo del escrito, la infracción del art. 41 ET .

Se argumenta que la decisión empresarial de subrogar de forma parcial al actor no se estimó que fuese una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, pero que sería en todo caso una cuestión de infracción de la legalidad ordinaria, por contravenir el art. 12.4 e) ET . En tanto la conversión de un trabajo a tiempo completo a un trabajo a tiempo parcial tendrá siempre carácter voluntario para el trabajador, y no se podrá imponer de forma unilateral o como consecuencia de una modificación sustancial de condiciones de trabajo al amparo del art. 41.1 a) ET . No existiendo documento alguno por el que el demandante accediese a una novación del contrato ni firmase un contrato a tiempo parcial.

Se señala por la recurrente, además, que por Eulen se infringe el art. 71 y 70 del Convenio, pues se pasó de afirmar en 2014 que en el Concello de Ourense no había personal a subrogar, a afirmar que iba a ser subrogado un trabajador distinto del actor, para finalizar cambiando al trabajador por el actor sin motivar la decisión. Se indica que, además, no había motivo para que se eligiese al demandante, pues tratándose de centrales de teleasistencia no se siguió el proceso del art. 71.1.4.2, que recoge que la elección de los trabajadores a subrogar se realice alternativamente, según el citado precepto en relación con su apartado 1.3. Se señala que si el trabajador más antiguo fuese siempre el afectado ello sería contrario al art. 14 CE .

En el mismo sentido, se señala que el trabajador no prestó nunca servicios adscrito como instalador en el Concello de Ourense.

Se indica, además, que se infringió el art. 41 ET , pues no se podía realizar una reducción de jornada al actor por ser un trabajador a jornada completa, no cumpliéndose los requisitos del art. 41.1 ET , causando la comunicación escrita indefensión pues no señala la causa objetiva para proceder a una modificación sustancial de condiciones de trabajo.

También se señala que la empresa Eulen estaría vinculada por actos propios del año 2015 y anteriores, que determinarían que el trabajador a ser subrogado no era el demandante.

Se concluye señalando que siendo ilegal la decisión de subrogación parcial que se practicó, la misma sería contraria también a la libertad sindical, a la garantía de indemnidad y a no ser discriminado por razón de afiliación sindical y de su antigüedad en la empresa.

Se señala que por ello debe estimarse la demanda presentada en su día, incluida la condena a abonar la indemnización de 60.000 euros por daños morales y perjuicios, que cuantifica según el art. 8.12 LISOS en tal importe.

Por otro lado, por arte de Cruz Roja Española, en su impugnación, se insta la desestimación de la citada censura jurídica esgrimida de contrario. Se señala que la hipotética infracción de los preceptos denunciados únicamente tendría relevancia en el ámbito de la responsabilidad de Eulen Servicios Sociosanitarios. Además, se señala que al no haberse modificado el hecho probado segundo no puede prosperar la postura de la parte actora. Se remite, asimismo, a lo argumentado por el magistrado de instancia.

Por la impugnante Eulen Servicios Sociosanitarios, se invoca en primer lugar el efecto positivo de cosa juzgada fruto de la sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de A Coruña de 10 de abril de 2014 (autos nº 1008/2013) y



la del TSJ de Galicia que confirmó la citada, de 23 de diciembre de 2014 . Así como la STS del Juzgado de lo Social nº 5 de A Coruña de 16 de mayo de 2015, en autos nº 1002/2013 , en relación a la previa subrogación de Clece. En segundo lugar, se señala que hay una variación de la causa de pedir en el recurso respecto de la demanda en relación a que habría una infracción del art. 12.4 e) ET . Entrando en la censura jurídica esgrimida por la parte recurrente, señala, en apretada síntesis, que la misma no concurre. Refiere así que el actor continúa con la misma jornada y condiciones de trabajo que antes de su subrogación parcial por Cruz Roja Española, siendo su contrato a jornada completa con la salvedad de que antes lo era para dos empresas y ahora para tres. Todo ello según el art. 71 del convenio, el cual prevé en el apartado 1.4 que las personas concretas a subrogar se decidirán con independencia de la modalidad de su contrato laboral; artículo que prevé además para el específico sector de teleasistencia la posibilidad de subrogaciones parciales del contrato. Entiende, en tal sentido, que no hubo ni una modificación sustancial de condiciones de trabajo, pues no se le modificó ni la jornada ni el salario, con la única diferencia de que parte de la jornada la realiza para la nueva adjudicataria Cruz Roja Española. Y, además, señala que el trabajador no ha pasado de un contrato a tiempo completo a uno a tiempo parcial. Señala, por último, que la subrogación parcial que tuvo lugar viene impuesta por el convenio de aplicación. Además, se refiere que no se ha presentado indicio alguno de vulneración de derechos fundamentales, indicando además que con el art. 71 el personal miembro del comité de empresa de la entidad cesante se integrará en las listas de subrogación, y además el art. 70.2 f) señala que en caso de subrogación de representantes del personal durante su mandato la empresa entrante respetará las garantías de los mismos. En cuanto a la indemnización solicitada, se indica que no se aporta presupuesto alguno para la misma.

Pues bien, expuesta en los términos referidos la censura jurídica esgrimida, y la impugnación de la misma, entendemos que no concurre y que, por tanto, el motivo de recurso ha de ser desestimado. A este respecto, debemos partir de los hechos tenidos por acreditados en la sentencia de instancia, y de la revisión fáctica que más arriba hemos estimado, sin que quepa acoger las alegaciones de la recurrente que se fundan en hechos que no han sido incorporados el relato de hechos probados.

En síntesis, se desestima el recurso con arreglo a las siguientes argumentaciones:

(1) En cuanto a la alegación del art. 12.4 e) ET , respecto a que la conversión de un contrato a tiempo completo en un contrato a tiempo parcial exige el acuerdo con el trabajador afectado, en tanto tiene siempre esa conversión carácter voluntario, no se aprecia la censura jurídica esgrimida. Y ello dado que, de haberse producido tal conversión de un contrato a tiempo completo en un contrato a tiempo parcial, la misma habría tenido lugar en el año 2013 con la subrogación de Clece, y no ya en la subrogación que ahora nos ocupa, por parte de Cruz Roja Española en el año 2017, que es la que es objeto de los presentes autos. Así el propio hecho probado primero letra b) recoge la jornada realizada para Eulen Servicios Sociosanitarios desde 2013, tras la subrogación parcial de Clece, que ya no se correspondería, en principio, con la jornada propia de un contrato a tiempo completo.

A lo expuesto se añade que, en todo caso, la STS de 7 de octubre de 2011 (rec: 144/2011) vino a entender que la mera reducción de la jornada de un contrato a tiempo completo no comporta, por sí misma, la novación del contrato a tiempo completo en un contrato a tiempo parcial.

(2) Por otro lado, en el caso de autos, la subrogación parcial por parte de Cruz Roja Española tuvo lugar al amparo del Convenio Colectivo marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal.

La regulación de la adscripción y de la subrogación se encontraba recogida, al tiempo en que la misma se produjo -año 2017-, en los arts. 70 y 71 del VI Convenio Colectivo (BOE 18-5-2012), siendo que, en esencia, el VII Convenio Colectivo marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal (BOE 21-9-18) recoge en sus arts. 71 y 72 una regulación sustancialmente coincidente; si bien este VII Convenio no estaba suscrito, registrado ni publicado al tiempo de la subrogación que nos ocupa ni al dictarse la sentencia recurrida, sin perjuicio de que su entrada en vigor este prevista, en su art. 4, con efectos de 1 de enero de 2015. En todo caso, los arts. 70 y 71 del VI Convenio son substancialmente equivalentes, en lo que ahora nos interesa, con los arts. 71 y 72 del VII Convenio.

Pues bien, en el caso de autos el actor prestaba servicios de teleasistencia para Eulen Servicios Sociosanitarios en las provincias de A Coruña y Ourense, después de haberse ya producido en 2013 la subrogación por parte de Clece, en cuanto a los servicios prestados en Pontevedra. No resulta, por lo demás, de los hechos probados que el actor no prestara servicios en la provincia de Ourense, sino únicamente que no los prestaba en la misma de modo mayoritario, y sí en las restantes - hecho probado primero letra b) y fundamento jurídico tercero, con valor de hecho probado-. Así el actor prestaba sus servicios en las distintas provincias de Galicia en las que la empleadora tenía una contrata, realizando labores propias de instalador en servicios de teleasistencia.



En esta línea, el art. 71 del VI Convenio antes citado -art. 72 en el VII Convenio- recoge expresamente la regulación de la subrogación en el caso de empresas dedicadas al servicio de teleasistencia, como es el caso que nos ocupa, con una regulación específica que incluye la subrogación en relación a las unidades de servicio de teleasistencia, que define como un " *equipo sin sustantividad propia y dependiente de una unidad de teleasistencia que presta servicios en un ámbito geográfico determinado, atendiendo a una o varias contratadas mercantiles...* ", como acontece en el supuesto de autos. Por otro lado, no se discute que el cálculo de la plantilla saliente a efectos de la subrogación se hubiera realizado con arreglo en el apartado 1.3.1 del citado precepto.

Por lo demás, el citado art. 71 -art. 72 en el VII Convenio- recoge, en sus apartados 1.4.1 y 2, que se elaborará un listado, ordenado de mayor o menor antigüedad, y que el primer trabajador a subrogar será el de mayor antigüedad. Y dado que el actor era el trabajador de mayor antigüedad -hecho probado primero letra b), y fundamento jurídico tercero, donde así se recoge con valor de hecho probado referido a la subrogación que nos ocupa- le correspondería ser subrogado.

A mayor abundamiento y a efectos de desvirtuar la censura jurídica de la recurrente, hay que señalar que el apartado 1.3.1 del citado precepto prevé la inclusión, en la cálculo para la subrogación, tanto de las jornadas completas como parciales. Y, por otro lado, prevé en el apartado 1.4.1 que se incluirá en la lista, en su caso, también al personal miembro del comité de empresa de la entidad cesante, formando parte del colectivo a subrogar " *en las mismas condiciones que el resto del personal de la empresa* ". En el mismo sentido, el art. 70 del VI Convenio -art. 71 del VII Convenio- prevé en su apartado 2 f) la subrogación de representantes de personal durante su mandato, tanto del comité de empresa, como delegados/as de personal o de la sección sindical, sin perjuicio de que la empresa entrante respete las garantías sindicales y del mantenimiento, en su caso, de su condición en la empresa entrante. Siendo, por lo demás, que el art. 71 VI Convenio -art. 72 VII Convenio- realiza en su inicio una remisión general -" *Teniendo en cuenta lo manifestado en el artículo precedente ...*"- al artículo previo, sin perjuicio de regular el caso concreto de la subrogación de las empresas dedicadas al servicio de teleasistencia. Por último, el art. 58 del convenio prevé la equiparación de derechos y garantías de los delegados/as sindicales con los representantes unitarios de los trabajadores -art. 59 VII Convenio-. Por todo ello, resulta irrelevante a efectos de la subrogación del recurrente su condición de representante de los trabajadores, que consta en el último hecho probado de la sentencia recurrida.

Por último, y tampoco ha sido discutido, consta en el penúltimo hecho probado que Cruz Roja Española -la empresa que se subrogó- resultó adjudataria del contrato de teleasistencia del Concello de Ourense, que hasta ese momento estaba adjudicado a Eulen Servicios Sociosanitarios.

(3) A la vista de lo expuesto, ya señaló la sentencia de instancia y así se deduce de los hechos probados, no consta que fruto de la subrogación por parte de Cruz Roja Española se haya producido modificación sustancial de condiciones de trabajo alguna, sino únicamente una subrogación de acuerdo con lo previsto en el convenio colectivo. La parte actora sigue prestando servicios en el mismo área geográfica y con las mismas condiciones de trabajo, sin perjuicio de que, fruto de la nueva subrogación por parte de Cruz Roja Española, ahora lo haga también para una nueva empleadora. En este sentido, el propio hecho probado segundo, en su último párrafo, señala expresamente que a consecuencia de la subrogación de Cruz Roja Española " *se mantuvieron las condiciones de trabajo del actor (categoría, salario y antigüedad) conviniendo el trabajador y empresa la jornada de trabajo a realizar concentrándola en el día viernes* ". Por tanto, no existió modificación de las condiciones de trabajo fruto de la subrogación más allá de aquello en que existió acuerdo entre las partes.

Por otro lado, en relación al supuesto cambio de centro de trabajo, nos remitimos a lo más arriba expuesto y recogido en la sentencia de instancia, en el sentido de que la parte ya prestaba servicios en el ámbito geográfico de Ourense -aunque en menor medida que en el restante- antes de la subrogación.

No ha existido, por tanto, una modificación sustancial de condiciones de trabajo, como bien aprecia la sentencia de instancia, y sí una subrogación con arreglo a lo previsto en el convenio de aplicación, estando acreditada, por lo demás y según ya vimos, la causa de la misma.

(4) Por lo demás, existiendo causa para la subrogación convencional producida, que se ajustó al convenio tanto en lo relativo en la causa de la misma como en lo referido a la selección del trabajador, según ya vimos, no cabe entender vulnerado ni el art. 24 CE, ni el art. 28.1 CE ni el art. 14 CE.

En tal sentido, aunque se entendiera que pudieran existir indicios de una vulneración de garantía de indemnidad (art. 24 CE) fruto de las denuncias previas a la Inspección de Trabajo que se adicionaron más arriba por la vía del art. 193 b) LRJS, es lo cierto que existiría, a la vista de lo ya expuesto, una justificación objetiva y razonable de la decisión empresarial de subrogación, en tanto que la misma venía determinada por el convenio, fruto del cambio en una contrata; y asimismo la selección del trabajador venía establecida por el criterio de antigüedad previsto en el propio convenio, con lo que no cabría apreciar la vulneración de derechos fundamentales que asimismo se invoca en suplicación - arts. 96.1 y 181.2 LRJS -.



Lo mismo cabe señalar en relación al art. 28.1 CE , en tanto no obstante la condición de delegado de personal del actor (de 2003 a 2012) y desde esa fecha de delegado sindical -hecho probado tercero-, ello no lo excluiría de la subrogación convencionalmente prevista, según el propio convenio recoge y tal y como ya expusimos más arriba.

Y lo mismo cabe señalar en relación al art. 14 CE , en tanto no consta indicio alguno de discriminación en relación a los factores previstos en tal precepto; y sin perjuicio de que, como se señaló, la selección del demandante y ahora recurrente, se ajusta al criterio previsto en el convenio.

Por todo ello, no apreciándose la censura jurídica esgrimida, se desestima el recurso.

QUINTO.- Costas del recurso, depósito y consignación

Desestimado el recurso no procede condenar en costas a la parte recurrente, por gozar del derecho de asistencia jurídica gratuita - arts. 235.1 y 21.4 LRJS -.

FALLAMOS

DESESTIMAMOS el recurso de suplicación interpuesto por D. Olegario frente a la sentencia de 7 de febrero de 2018 del Juzgado de lo Social nº 5 de A Coruña , dictada en los autos nº 611/2017 seguidos frente a Eulen Servicios Sociosanitarios SA y Cruz Roja Española, y siendo asimismo parte el Ministerio Fiscal. Todo ello confirmando la sentencia de instancia, y sin condena en costas.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL

MODO DE IMPUGNACIÓN : Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de Casación para Unificación de Doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala dentro del improrrogable plazo de diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la sentencia. Si el recurrente no tuviera la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de seguridad social deberá efectuar:

- El depósito de 600 € en la cuenta de 16 dígitos de esta Sala, abierta en el Banco de SANTANDER (BANESTO) con el nº **1552 0000 37 seguida del cuatro dígitos correspondientes al nº del recurso y dos dígitos del año del mismo** .

- Asimismo si hay cantidad de condena deberá consignarla en la misma cuenta, pero con el código **80** en vez del 37 ó bien presentar aval bancario solidario en forma.

- Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria desde una cuenta abierta en cualquier entidad bancaria distinta, habrá que emitirla a la cuenta de veinte dígitos **0049 3569 92 0005001274** y hacer constar en el campo "Observaciones ó Concepto de la transferencia" los 16 dígitos que corresponden al procedimiento (**1552 0000 80 ó 37 **** ++**).

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

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día de su fecha, por el Ilmo. Sr. Magistrado-Ponente que le suscribe, en la Sala de Audiencia de este Tribunal. Doy fe.