

Roj: **STS 4456/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:4456**Id Cendoj: **28079140012016100742**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **27/09/2016**Nº de Recurso: **276/2015**Nº de Resolución: **775/2016**Procedimiento: **SOCIAL**Ponente: **JOSE MANUEL LOPEZ GARCIA DE LA SERRANA**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En Madrid, a 27 de septiembre de 2016

Esta sala ha visto los presentes autos pendientes en virtud de recurso de Casación interpuesto por la letrada D^a. María Jesús Souto Vázquez, en nombre y representación de Consorcio de Servicios SA, contra la sentencia dictada por la **Sala de lo Social** del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, de fecha 10 de julio de 2015, en actuaciones nº 13/2015 seguidas en virtud de demanda a instancia de Unión General de Trabajadores de Asturias, Comisiones Obreras de Asturias, Central Sindical Independiente de Funcionarios y Unión sindical Obrera contra CONSORCIO DE SERVICIOS SA, sobre Conflicto Colectivo. Ha comparecido como parte recurrida Unión General de Trabajadores de Asturias representado por el letrado D. David Diego Ruiz, Comisiones Obreras de Asturias representada por la letrada D^a. Nuria Fernández Martínez, Central Sindical Independiente de Funcionarios representada por el letrado D. Alfredo García Rey y Unión sindical Obrera representada por el letrado D. Ignacio Villaverde Garrido.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación de UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES, COMISIONES OBRERAS DE ASTURIAS, CENTRAL SINDICAL INDEPENDIENTE DE FUNCIONARIOS y UNIÓN SINDICAL OBRERA se planteó demanda de Conflicto Colectivo de la que conoció la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, y en la que tras exponer los hechos y motivos que estimaron de aplicación se terminó por suplicar se dictara sentencia por la que se «declare el derecho que asiste a los trabajadores afectados por el conflicto a que se les continúe computando como tiempo de trabajo efectivo el descanso de 20 minutos durante la jornada cuando realizan jornadas de seis o más horas, sin descuento alguno en su cómputo total de jornada por este concepto y, condenando a la demandada a estar y pasar por esta declaración y a adoptar las medidas necesarias para su efectividad.».

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda se celebró el acto del juicio en el que la parte actora se afirmó en la misma, oponiéndose la demandada según consta en Acta. Recibido el pleito a prueba se practicaron las propuestas por las partes y declaradas pertinentes.

TERCERO.- Con fecha 10 de julio de 2015 se dictó sentencia por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias en la que consta el siguiente fallo: «Estimamos la demanda de conflicto colectivo interpuesta por los Sindicatos UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES DE ASTURIAS (UGT), COMISIONES OBRERAS DE ASTURIAS (CCOO), CENTRAL SINDICAL INDEPENDIENTE Y DE FUNCIONARIOS (CSIF) y UNIÓN SINDICAL OBRERA (USO), contra la empresa CONSORCIO DE SERVICIOS S.A. y declaramos el derecho que tienen los trabajadores afectados por el conflicto a que se les continúe computando como tiempo de trabajo efectivo el descanso de veinte minutos durante la jornada, cuando realicen jornada continuada de seis o mas horas, sin descuento alguno en su cómputo total de jornada por este concepto, con condena a la empresa demandada a estar y pasar por tal declaración.».



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

«1º.- La empresa Consorcio de Servicios S.A, dedicada a la actividad de servicios, ocupa a una plantilla de veinte trabajadores con categoría de informador en el contrato que mantiene con el Grupo Carrefour, los cuales prestan sus servicios en los diversos centros comerciales que dicho Grupo tiene en Asturias: Oviedo, Siero, Gijón La Calzada, Gijón Los Fresnos y Avilés. Las relaciones labores de estos trabajadores, que prestan sus servicios en turnos, se rigen por el Convenio Colectivo de Empresa.

2º.- Consorcio de Servicios S.A comenzó a realizar la prestación de servicios auxiliares, consistentes básicamente en labores informativas y de atenciones a clientes, para el Grupo Carrefour el 1 de abril de 2014, fecha en la que se subrogó en los contratos de trabajo de los trabajadores que prestaban servicios para la anterior adjudicataria, la empresa Protección Castellana S.L.U.

3º.- La empresa demandada cuando asumió la contrata, al personal con jornada continuada de seis o más horas les continuó computando como tiempo efectivo de trabajo los veinte minutos de descanso que disfrutaban, y así lo hizo hasta el mes de enero de 2015 en que dejó de incluir este tiempo de descanso en la jornada efectiva de trabajo, sin ninguna comunicación escrita previa a los trabajadores o a sus representantes.

4º.- Los sindicatos UGT, CCOO, CSIF y USO que son los que tienen representación en el Comité de Empresa Provincial de la demandada, presentaron el 30 de marzo de 2015 papeleta de mediación extrajudicial ante el SASEC, celebrándose el correspondiente acto de mediación el 10 de abril de 2015, el cual finalizó sin avenencia.».

QUINTO.- Contra dicha resolución se interpuso recurso de casación por la representación de Consorcio de Servicio SA. La parte recurrida formuló impugnación a dicho recurso.

SEXTO.- Admitido el recurso de casación por esta Sala, se dió traslado al Ministerio Fiscal que emitió informe en el sentido de considerar improcedente el recurso, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 27 de septiembre de 2016, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso de casación ordinaria determinar si los trabajadores afectados por el presente recurso de casación tienen derecho a la condición más beneficiosa (CMB) que les reconoce la sentencia recurrida. La referida CMB consiste en que se continúe computando como tiempo de trabajo efectivo el descanso de veinte minutos durante la jornada laboral, cuando realizan jornada continuada de seis o más horas, sin que en esos casos proceda descuento alguno por el descanso en medio de la jornada.

Para una mejor comprensión del problema conviene destacar que esa CMB les fue reconocida por la empresa de servicios para la que trabajaban antes y les fue respetada, durante nueve meses, por la empresa hoy recurrente, cuando se adjudicó el servicio y se subrogó en los contratos de los trabajadores empleados por la anterior contratista en él.

SEGUNDO.- El primer motivo del recurso alega la excepción de inadecuación de procedimiento, cuestión nueva que no se suscitó en la instancia, por entender la recurrente que no existe un colectivo genérico de trabajadores afectado, que cabe su determinación individual y que no se han ofrecido datos para la posterior identificación de los afectados.

El motivo no puede prosperar porque se funda en los artículos 151 y 157 de la Ley de Procedimiento Laboral que fue derogada por la vigente Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LJS), cuyos artículos 138-4 y 153-1 establecen que el proceso de conflicto colectivo es adecuado para impugnar las decisiones empresariales por las que se decida la modificación sustancial colectiva de la jornada de trabajo, incluso cuando se modifique la que sea constitutiva de una CMB, cual establece el art. 41-2 del E.T ., cual es la que nos ocupa, por cuanto se impugna la decisión empresarial de modificar la jornada de todos los trabajadores en cuyos contratos se subrogó con ocasión de adjudicarse la contrata en la que estaban empleados.

Simultáneamente, se alega por la recurrente la falta de concreción o individualización de los trabajadores afectados por el conflicto, alegación que no se hizo en el juicio, lo que supone plantear ahora una cuestión nueva que es inadmisibles porque en este recurso extraordinario sólo se examinan y resuelven las cuestiones controvertidas en la instancia. Además, las argumentaciones de la recurrente al respecto, lo que realmente plantean es un defecto legal en el modo de proponer la demanda que es inexistente, conforme al art. 157-1-a) de la LJS, ya que, el colectivo genérico afectado es susceptible de determinación individual: el empleado por la anterior contratista que realiza seis o más horas continuadas.



TERCERO.- El segundo motivo del recurso alega la excepción de caducidad de la acción por haberse accionado transcurrido el plazo de veinte días del artículo 138 de la LPL, precepto que no establece la necesidad de comunicación escrita de la medida, lo que supondría que ese plazo habría empezado a correr cuando se empezó a ejecutar la modificación decidida.

El motivo no puede prosperar porque el precepto en que se funda fue modificado por la vigente LJS, cuyo artículo 138-1 establece que el plazo de caducidad de la acción que nos ocupa será de veinte días hábiles "siguientes a la notificación por escrito de la decisión a los trabajadores o a sus representantes... plazo que no empezará a computarse hasta que tenga lugar dicha notificación". De la literalidad del precepto citado se deriva la necesidad de desestimar el motivo examinado, al no haber existido notificación escrita de la modificación sustancial acordada, cual reconoce la recurrente.

CUARTO.- Sin amparo procesal alguno, los dos motivos siguientes, titulados "La total y absoluta falta de prueba" y "Hechos considerados probados" plantean la infracción de las normas que regulan la carga de la prueba y el error en la valoración de la prueba practicada, motivos donde sólo se cita la infracción del artículo 217 de la LEC, pero sin precisar en que concepto se ha violado, ni la trascendencia de esa infracción, pues lo que se hace es una valoración de los hechos ajustada a los intereses de la recurrente, para sin solución de continuidad entrar a razonar sobre la inexistencia de una CMB por no haberse probado la realidad de la misma, esto es su reconocimiento, lo que haría aplicable la jornada del convenio colectivo.

La formulación de estos motivos del recurso mezclando la revisión de los hechos declarados probados con la infracción de las normas que regulan la carga de la prueba y la fundamentación de la infracción legal, al reconocerse indebidamente la existencia de una CMB, constituye una mezcla argumental manifiestamente contraria a lo dispuesto en el artículo 210-2 de la LJS, precepto que obliga a expresar por separado los distintos motivos del recurso con la necesaria precisión y claridad, razonando su pertinencia y fundamentación con cita de las normas legales y jurisprudencia que se consideren infringidas. Ninguno de estos requisitos cumple el recurso y esos defectos de forma justifican su desestimación, conforme a constante doctrina de la Sala.

La desestimación del recurso procede, además, porque la revisión de los hechos declarados probados no puede fundarse en la visión que de los hechos tenga la recurrente, sino en prueba documental concreta que evidencie el error de la sentencia recurrida (artículos 207-d) y 210-2-b) de la LJS) requisitos que no ha observado el recurso que tampoco explica en que ha consistido la infracción del artículo 217 de la LEC, pues, no dice que hecho se da por probado con base a ese precepto de forma indebida y no combate razonadamente las argumentaciones de la sentencia sobre que a ella le resultaba más fácil probar que durante siete meses no consintió el disfrute de la CMB controvertida (217-7-LEC), pese a las pruebas existentes en contra de sus intereses. Finalmente, la desestimación del recurso en cuanto al fondo, la impone el fracaso de los motivos que combaten los hechos declarados probados, pues, probado que la CMB fue reconocida por la contratista anterior y consentida, al menos siete meses, por la recurrente a raíz de subrogarse en los contratos de los trabajadores que la disfrutaban, se impone la íntegra desestimación del recurso por sus propios argumentos, por cuanto, reconocida una CMB a un colectivo de trabajadores, la misma no puede ser desconocida unilateralmente por la empresa sin acudir a la vía del art. 41 del ET.

QUINTO.- Las precedentes consideraciones obligan, como ha informado el Ministerio Fiscal a desestimar el recurso.

FALLO

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

1.- Desestimar el recurso de casación interpuesto por la letrada D^a. María Jesús Souto Vázquez, en nombre y representación de Consorcio de Servicios SA, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, de fecha 10 de julio de 2015, en actuaciones nº 13/2015 seguidas en virtud de demanda a instancia de Unión General de Trabajadores de Asturias, Comisiones Obreras de Asturias, Central Sindical Independiente de Funcionarios y Unión sindical Obrera contra Consorcio de Servicios SA. Se declara la firmeza de la sentencia recurrida. 2.- Sin costas.

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

Así se acuerda y firma.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.