



Roj: **STSJ M 17/2018 - ECLI:ES:TSJM:2018:17**

Id Cendoj: **28079340022018100006**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **2**

Fecha: **10/01/2018**

Nº de Recurso: **1220/2017**

Nº de Resolución: **6/2018**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **SANTIAGO EZEQUIEL MARQUES FERRERO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 02 de lo Social

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 , Planta 2 - 28010

Teléfono: 914931969

Fax: 914931957

34002650

NIG : 28.079.00.4-2017/0000785

Procedimiento Recurso de Suplicación 1220/2017-FS

ORIGEN:

Juzgado de lo Social nº 04 de Madrid Procedimiento Ordinario 62/2017

Materia : Materias laborales individuales

Sentencia número: 6/18

Ilmos. Sres

D./Dña. MIGUEL MOREIRAS CABALLERO

D./Dña. MANUEL RUIZ PONTONES

D./Dña. SANTIAGO EZEQUIEL MARQUÉS FERRERO

En Madrid a diez de enero de dos mil dieciocho habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección 2 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 1220/2017, formalizado por el/la LETRADO D./Dña. JUAN LOZANO GALLEN en nombre y representación de D./Dña. Socorro , contra la sentencia de fecha 7 de julio de 2017 dictada por el Juzgado de lo Social nº 04 de Madrid en sus autos número Procedimiento Ordinario 62/2017, seguidos a instancia de D./Dña. Socorro frente a CAIXA BANK SA, en reclamación por Materias laborales individuales, siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo./Ilma. Sr./Sra. D./Dña. SANTIAGO EZEQUIEL MARQUÉS FERRERO, y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes



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.- La actora, Socorro , ha venido prestando sus servicios retribuidos por cuenta de Caixabank, S.A desde el 30.06.2003 como profesional grupo I, nivel IX, y salario mensual bruto con prorrata de pagas extras de 2999,16 euros (hecho no controvertido)

SEGUNDO.- La actora procedía de Barclays Bank, SAU, empresa para la que prestó servicios hasta el día 14.05.2015, quedando integrada, junto con el resto de trabajadores de aquella, en Caixabank como consecuencia de la fusión por absorción seguido por ambas entidades (f. 135, hecho no controvertido)

TERCERO.- En Barclays Bank la actora realizaba una jornada partida y percibía la ayuda comida (hecho no controvertido)

CUARTO.- En fecha 21.12.2014 la representación sindical y de la empresa alcanzaron unos acuerdos en materia de jornada y horarios, que fueron desarrollados mediante un acuerdo posterior de 30.06.2015 conforme al cual:

"PRIMERA.-Los empleados que presten sus servicios en las entidades arriba citadas podrán optar por el cambio de su jornada, de partida a continua o de continua a partida, cuando pasen a desempeñar una función distinta de la que venían realizando y entendiéndose como tales funciones distintas, la administrativa y la comercial.

SEGUNDA.-También podrán cambiar la jornada partida a continua, los empleados en los que concurran las siguientes circunstancias que lleven implícitas una especial dedicación por parte de los mismos:

- 1) Cuidado y atención de hijos/as, hasta que cumplan 10 años de edad.
- 2) Custodia de hijos/as en caso de divorcio o separación matrimonial hasta que cumplan los 10 años de edad.

También se podrá ejercer este cambio de jornada, cuando el empleado precise encargarse del cuidado directo de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo. El ejercicio de este cambio permanecerá por el tiempo en que concurra la circunstancia que lo motivó" (hecho no controvertido)

QUINTO.-Como consecuencia del anterior acuerdo, la empresa publicó una guía denominada "emBARcate" a fin de facilitar la conciliación de la vida personal y familiar, en la que figuraba la "reversión de jornada":

"posibilidad de cambiar de jornada partida a continua o viceversa

Quien lo puede solicitar

-Empleados que tengan a su cargo hijos menores de 10 años o la custodia de hijos menores de 10 años en caso de divorcio o separación matrimonial. También para empleados que precisen encargarse del cuidado directo de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo, durante el tiempo en que concurra esta circunstancia.

-Empleados que pasen a desempeñar función distinta de la que venían realizando entendiéndose por tales la administrativa y la comercial"

(hecho no controvertido)

SEXTO.-La actora solicitó la reversión de jornada, que le fue concedida el 4.07.2012 con efectos de 1.10.2012 y horario de invierno de lunes a jueves de 8:00 a 15.30 y viernes de 8:00 a 15:00 horas, y de verano de lunes a viernes de 8:00 a 15:00 (f. 143)

SÉPTIMO.-El día 14 de abril de 2015 Caixabank, Barclays Bank y las representaciones sindicales de ambas entidades bancarias firmaron Acuerdo Laboral de Integración (ALI), vigente desde ese mismo día y aplicable al personal procedente de Barclays Bank que se incorporaba a la plantilla de Caixabank a través de la subrogación de sus contratos. En dicho Acuerdo se establecía un pacto de homologación salarial por el que Caixabank garantizaba al personal procedente de Barclays Bank la retribución salarial fija bruta anual que percibían en el momento de la integración, por los conceptos e importes detallados en los Anexos 2 y 2 bis, y teniendo en cuenta lo establecido en el apartado 3.4. El mantenimiento de ese nivel retributivo se obtenía a través del



complemento de homologación, equivalente a la diferencia entre la retribución salarial fija bruta anual que percibían en Barclays Bank en la fecha de integración, de acuerdo con los conceptos del Anexo 2, y la retribución salarial fija bruta anual que pasaran a percibir en Caixabank, a excepción de los conceptos establecidos en los apartados 3.3, 3.3.4, 3.3.5, 3.3.6 y 3.3.7. Uno de los conceptos recogidos en el Anexo 2 era la ayuda de comida, cuyo importe quedaba integrado en el complemento de homologación (hecho no controvertido)

OCTAVO.- En el Acuerdo Laboral de Integración de 14 de abril de 2015 se establecía que el personal procedente de Barclays Bank pasaría a tener la jornada laboral y el horario de trabajo establecidos en el Convenio colectivo y acuerdos laborales vigentes en Caixabank (f. 170). En Caixabank, S.A se hace horario continuado por todo el personal (hecho no controvertido)

NOVENO.- Por mail de 22.04.2015 la actora solicitó la vuelta a la jornada partida anterior a la adhesión a las medidas emBARcate (f. 125)

DÉCIMO.- En caso de estimarse la demanda el importe de "ayuda comida" asciende a 201,38 euros mensuales (hecho no controvertido)

UNDÉCIMO.- La parte actora presentó papeleta de conciliación previa a la vía jurisdiccional el día 18.10.2016, certificándose por el SMAC la imposibilidad de celebrar el acto por acumulación de asuntos (f. 10)

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

"Desestimo la demanda interpuesta por Socorro contra Caixabank, S.A, absolviendo a la demandada de los pedimentos efectuados en su contra."

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por D./Dña. Socorro, 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, 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 10/1/18 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 Por el Juzgado de lo Social nº 4 de Madrid se dictó sentencia con fecha 7 de julio de 2017, Autos nº 62/2017, Autos nº 542/2016, que desestimó la demanda sobre reconocimiento de derechos y cantidad, formulada por D^a Socorro frente a la entidad Caixabank SA. La actora solicitaba en su demanda que se fije la cuantía del complemento de homologación incrementada en 201,38€ mensuales (2416,56 anuales) y se le abone la cantidad de 3.121,39€ correspondiente a los atrasos por tal concepto desde la fecha de su integración en el mes de mayo (-16 de mayo de 2015)

Contra la citada sentencia se interpone recurso de Suplicación por la representación letrada de la trabajadora y ello con amparo procesal en los apartados b) y c) del art. 193 de la LRJS, recurso que ha sido impugnado.

SEGUNDO Sobre la revisión de Hechos Probados (art. 193 b) de la LRJS) .

Con el debido amparo procesal se plantea por la parte recurrente cuatro motivos de revisión que pasamos a contestar no sin antes señalar la reiterada doctrina de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo relativa a los requisitos exigibles para acceder a la revisión fáctica, compendiados en la *sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2015 (recurso 95/2014)* del siguiente modo:

"Tal y como nos recuerda *nuestra sentencia de 19 de diciembre de 2013, recurso 37/2013*), los requisitos generales de toda revisión fáctica son los siguientes: "Con carácter previo al examen de la variación del relato de hechos probados que el recurso propone, han de recordarse las líneas básicas de nuestra doctrina al respecto. Con carácter general, para que prospere la denuncia del error en este trámite extraordinario de casación, es preciso que concurren los siguientes requisitos: a) Que se concrete con claridad y precisión el hecho que haya sido negado u omitido en el relato fáctico [no basta mostrar la disconformidad con el conjunto de ellos]. b) Que tal hecho resulte de forma clara, patente y directa de la prueba documental obrante en autos, sin necesidad de argumentaciones o conjeturas [no es suficiente una genérica remisión a la prueba documental practicada]. c) Que se ofrezca el texto concreto a figurar en la narración que se tilda de equivocada, bien sustituyendo o suprimiendo alguno de sus puntos, bien complementándolos. d) Que tal hecho tenga



trascendencia para modificar el fallo de instancia (SSTS 02/06/92 -rec. 1959/91) -;... 28/05/13 -rco 5/12) -; y 03/07/13 -rco 88/12) -).

1º Como primer motivo del recurso se solicita la rectificación del HP 4º para que se corrijan las fechas de los acuerdos en materia de jornada y horarios, proponiendo la siguiente redacción: *"En fecha 21.12. 04 la representación sindical y de la empresa alcanzaron unos acuerdos en materia de jornada y horarios, que fueron desarrollados mediante un acuerdo posterior de 30.06. 05 conforme al cual: (...)"*

El motivo del recurso debe de ser estimado al ser una rectificación de fechas que se desprende directamente de los documentos que cita y a lo que no se opone la parte recurrida.

2º Como segundo motivo se solicita que se adicione al HP 5º el siguiente párrafo: *"Asimismo, en dicha guía, que consta en Autos y se da por reproducida, se contemplaba la posibilidad de reducción de jornada por razones de guarda legal en los términos que allí constan y que, en lo referente al salario, expresamente establecía que "... el plus de comida se percibe en su totalidad con independencia de la reducción de jornada solicitada..."*.

El motivo del recurso debe de ser desestimado puesto que en el citado Hecho Probado consta ya expresamente la referencia a la guía denominada "emBARcate", sin que sea necesaria su transcripción, y ello sin perjuicio de valorar su contenido llegado el caso.

3º En el tercer motivo de revisión se solicita la modificación del HP 6º para sustituir la expresión "... Vigente desde ese mismo día..." por " El presente acuerdo entrará en vigor en la fecha efectiva de integración de BBSAU en CaixaBank...".

Fundamenta la revisión en el doc. 4 de la prueba de la parte recurrente y doc. 2 de la demandada.

El motivo del recurso debe de ser estimado pues se desprende directamente de los documentos en los cuales se fundamenta la revisión solicita.

4º Se solicita por último que al HP 8º se adicione lo siguiente "(...) excepto los jueves del periodo 1 de octubre a 30 de abril en que se trabaja de ocho a catorce treinta y de dieciséis treinta a veinte horas (hecho no controvertido).

Entendemos que el motivo tal y como se plantea debe de ser desestimado del documento 4 de la parte recurrente , no se desprende directamente la redacción que se solicita, lo que pretende la parte recurrente es añadir como hecho parte del contenido del art. 31 del Convenio Colectivo de Cajas y Entidades Financieras de Ahorro . Cuando además en la sentencia de instancia en el FJ 2º en su párrafo cuarto expresamente se señala que en Caixabank la jornada es continuada al momento de la solicitud de la actora la anulación de la reversión de la jornada. En definitiva mal se puede declarar como consentido lo que está en contradicción con lo declarado por Juzgador a quo y a lo que se opone la parte recurrida. En consecuencia con lo expuesto el motivo del recurso debe de ser desestimado-

TERCERO Sobre la infracción de normas sustantivas y jurisprudencia aplicable, *art 193 c) de la LRJS* .

Con el debido amparo procesal se alega por la parte recurrente que la sentencia de instancia habría infringido lo dispuesto en los *artículos 3 y 44 del Estatuto de los Trabajadores* , el Convenio Colectivo y los *artículos 1091 y 1255 , 1256 y 1258 del Código Civil* , todo ello en relación con la vulneración de lo regulado en materia de conciliación de la vida laboral y familiar de los acuerdos existentes en la empresa Barclays Bank de fecha 21-12-04 y 30.06-05 y el Apartado Tercero de Acuerdo Laboral de Integración de fecha 14.04.15 suscrito por CaixaBank, Barclays Bank y los representantes sindicales de ambas entidades bancarias, así como una errónea aplicación de los artículos 6.4 y 7.1 del Código Civil sobre el fraude de ley y la buena fe contractual.

Se argumenta por la recurrente que la esencia del debate en si la actora tiene o no derecho a percibir el complemento denominado "Ayuda Comida" por importe de 201,38€ brutas mensuales al tiempo de su integración en cuyo caso dicha cuantía habría de integrar la retribución salarial fija bruta anual de la actora y el denominado "Complemento de Homologación", todo ello conforme a lo pactado en el Acuerdo Laboral de Integración. Pues estando vigentes los acuerdos suscritos en Barclays Bank sobre medidas de Conciliación de la Vida Familiar y Personal hasta la integración efectiva de las plantillas lo que tuvo lugar en fecha 14-05-15 y que la actora al solicitar en fecha 23-4-2015 la reversión de su jornada de parcial y continuada a total y partida no estaba haciendo nada distinto que ejercer los derechos contemplados en los propios acuerdos y que no cabría argumentar que tal solicitud lo habría sido en fraude de ley.

La cuestión se centra fundamentalmente si la actora tiene derecho a que se le reconozca la prestación de servicios en jornada partida y con ello la ayuda de comida.

El motivo del recurso debe de ser desestimado, así debemos de tener en cuenta que la actora, que procedía de la entidad Barclays Bank SA, había solicitado y le fue reconocido la realización de la jornada continua desde el



4 Julio de 2012 (HP 6º), en consecuencia cuando se produce la integración (14 de mayo de 2015) la actora no venía realizando jornada partida. Y en el Acuerdo de Integración Laboral expresamente se señalan las nuevas condiciones laborales que sustituyen la totalidad de otras condiciones o derechos que los empleados tuvieran en virtud de su relación laboral con BBSAU derogándose los Acuerdos vigentes con la empresa de origen con carácter colectivo o individual salvo los Acuerdos Laborales de Reestructuración de BBSAU de fecha 9 de junio de 2011, 13 de mayo de 2013 y 25 de febrero de 2015. El citado Acuerdo se alcanzó entre la representación de los trabajadores y la empresa.

Pues bien es cierto que la sucesión de empresas operada por la vía del *art 44 del ET* no supone la pérdida automática de las condiciones de trabajo existentes en la empresa cedente, de acuerdo con el principio de continuidad de la relación laboral que acoge el citado precepto. Ahora bien en el presente supuesto estamos ante un Acuerdo alcanzado por los representantes de los trabajadores y la representación de la empresa con anterioridad a que se llevara a la integración de actora junto con el resto de trabajadores que prestaban sus servicios en Barclays Bank SL en la hoy demandada HP 7º. Tal Acuerdo de homologación así alcanzado endentemos es plenamente valido Así STS 25-06-2002 Rec 1187/2001 "La anterior regla general de sucesión de convenios vale también en el caso, como ha destacado la propia sentencia recurrida, para el supuesto especial de sucesión de disposiciones convencionales que suele derivar de la aprobación de acuerdos o convenios colectivos de homogeneización o unificación de condiciones sociales y de trabajo en las fusiones de sociedades y en otros actos de transmisión de empresas y unidades productivas. En la redacción actual del art. 44.4 del ET estos acuerdos o convenios colectivos de unificación de condiciones sociales y de trabajo dan lugar expresamente a la sustitución de las mismas. A un resultado parecido había llegado la jurisprudencia en la situación normativa anterior, especialmente a partir de las sentencias de esta Sala del Tribunal Supremo de 3-4-1996 , 9-12-1998 y 15-12-1998 ."

Debemos de tener en cuenta que en Caixabank SA no se realiza jornada partida, pues se hace horario continuado por todo el personal. Y el Acuerdo Laboral de integración lo que garantiza son los derechos que se estaban disfrutando al momento de la integración, lo que se percibe no lo que podría percibir si la actora estuviera prestando sus servicios en jornada partida y en consecuencia cobrando el concepto de "Ayuda Comida". Además el referido Acuerdo Laboral de Integración deroga todos los Acuerdos, salvo los de Reestructuración, de la empresa de origen (Barclays Bank) entre ellos el que regula el cambio de jornada y en su caso el derecho de reversión de jornada (HP 4º).

Por todo lo cual, al no haberse infringido por la sentencia recurrida las normas citadas como indebidamente aplicadas, procede la desestimación del recurso y confirmar la sentencia recurrida.

CUARTO No procede la imposición de costas al gozar la parte recurrente del beneficio de justicia gratuita, art. 235.1 de la LRJS .

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por D.Dña. Socorro contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 4 de Madrid de fecha 7 DE JULIO DE 2017 , en los autos número 62/2017, en virtud de demanda formulada contra-CAIXA BANK SA, sobre PROCEDIMIENTO ORDINARIO, y en consecuencia debemos confirmar y confirmamos la sentencia de instancia.

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 Publico 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 2827-0000-00-1220-17 que esta sección tiene abierta en BANCO DE SANTANDER sita en PS. del General Martínez Campos, 35; 28010 Madrid, 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).

Se puede realizar el ingreso por transferencia bancaria desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de BANCO DE SANTANDER. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes:

Emitir la transferencia a la cuenta bancaria siguiente: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274. 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. En el campo beneficiario, se identificará al juzgado o tribunal que ordena el ingreso. En el campo "observaciones o concepto de la transferencia", se consignarán los 16 dígitos que corresponden al procedimiento 2827-0000-00-1220-17.

Una vez adquiriera firmeza la presente sentencia, devuélvanse 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 de su fecha por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado-Ponente en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.