



Roj: **STSJ M 15554/2014 - ECLI:ES:TSJM:2014:15554**

Id Cendoj: **28079340022014100882**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **2**

Fecha: **17/12/2014**

Nº de Recurso: **1775/2013**

Nº de Resolución: **890/2014**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **FERNANDO MUÑOZ ESTEBAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

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

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 - 28010

Teléfono: 914931969

Fax: 914931957

34002650

NIG : 28.079.44.4-2011/0027012

Procedimiento Recurso de Suplicación 1775/2013-s

ORIGEN:

Juzgado de lo Social nº 12 de Madrid Procedimiento Ordinario 657/2011

Materia : Derechos y Cantidad

Sentencia número: 890/2014

Ilmos. Sres

D./Dña. MIGUEL MOREIRAS CABALLERO

D./Dña. MANUEL RUIZ PONTONES

D./Dña. FERNANDO MUÑOZ ESTEBAN

En Madrid a diecisiete de diciembre de dos mil catorce 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

SENTENCIA

En el Recurso de Suplicación **1775/2013**, formalizado por el/la LETRADO D./Dña. MIGUEL ANGEL CRUZ PEREZ en nombre y representación de LUZ MADRID UTE, contra la sentencia de fecha 3.6.2013 dictada por el Juzgado de lo Social nº 12 de Madrid en sus autos número Procedimiento Ordinario 657/2011, seguidos a instancia de D./Dña. Antonio y D./Dña. Artemio frente a LUZ MADRID UTE y URBALUX SA, en reclamación por Derechos y Cantidad, siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo./Ilma. Sr./Sra. D./Dña. FERNANDO MUÑOZ ESTEBAN, 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 .- Los dos actores, vienen prestando sus servicios desde 1/1/2010 para la codemandada, **UTE LUZ MADRID**, con las siguientes circunstancias:

Artemio , con DNI nº NUM000 , con antigüedad desde el 1/1/1997, con categoría profesional de Conductor/ Camión y percibiendo un salario de 2.494,30 euros mensuales con inclusión de ppe.

Antonio , con DNI nº NUM001 , con antigüedad desde el 26/1/1989, con categoría profesional de Oficial 1ª percibiendo un salario de 2.142,02 euros mensuales con inclusión de ppe.

SEGUNDO .- Los dos actores, hasta el 1/1/2010 han venido prestando sus servicios para la también demandada, **URBALUX SA.**, hasta que el Servicio Público de Conservación y Mantenimiento de las instalaciones de Alumbrado Público de Madrid, se adjudicó a la **UTE LUZ MADRID**.

TERCERO .- A los dos trabajadores y a otros más, se les comunicó el cambio de titularidad de la contrata y las condiciones que les serían aplicadas, mediante carta de 22/12/2009:

" (...) Con motivo del cambio de titularidad de la contrata, le confirmamos las condiciones que le serán aplicadas:

- 1.- Se incorporará a la plantilla de la UTE LUZ MADRID con fecha de efectos de 1 de enero de 2010.
2. - Se le mantendrán todas las condiciones laborales y de Seguridad Social que Ud., tenía reconocidas en la empresa URBALUX SA.
3. - Mientras Ud., permanezca incorporado formalmente a la UTE LUZ MADRID se le garantiza que ésta será su empleador efectivo y responderá de todas las obligaciones que se deduzcan de su contrato de trabajo."

Los dos actores pasaron a formar parte de la plantilla de la UTE LUZ MADRID, con efectos de 1/1/2010.

La UTE asumió parte de la plantilla de URBALUX y también la maquinaria, (vehículos, etc.,) para el desempeño de la actividad adjudicada en el concurso público.

CUARTO .- Unión Temporal de Empresas (LUZ MADRID UTE), está constituida por las siguientes sociedades:

SOCIEDAD IBERICA DE CONSTRUCCIONES ELECTRICAS SA. , URBALUX SA., IMESAPI SA., ETRALUX SA., y CETELUM IBERICA SA.

QUINTO .- Los dos actores han venido percibiendo desde el inicio de su relación laboral, hasta el 1/1/2010, un concepto que en nómina se denomina: " Plus de Producción", de forma mensual cada uno de los meses, incluidos los correspondientes a los meses de vacaciones.

La cuantía por el concepto de " Plus de Producción" variaba cada mes siendo el mínimo percibido por los actores de 342 euros y el máximo de 1.429 euros, al menos desde el 1/1/2005 hasta el 31/12/2009 sin dejar ni un solo mes de percibir dicho concepto. No consta valoración de calidad en el trabajo, ni que se hayan fijado objetivos a los trabajadores, percibían cada uno de los meses sin dejar de hacerlo ni uno solo al año y dicho Plus no consta que estuviese regulado por la empresa.

No constan partes de trabajo, de la empresa URBALUX SA., y no consta que ese plus se percibiera en función del número de unidad de obra o destajo.

El Encargado general que presta servicios en la UTE, es el mismo que los prestaba en URBALUX SA.

SEXTO .- Desde el 1/1/2010 los actores y el resto de la plantilla que venía percibiendo el Plus, dejan de percibirlo en ninguna de sus cuantías, sin que conste razón alguna por parte de la empleadora para la supresión de ese Plus.

Cada uno de los dos actores, desde el 1/1/2010 hasta la fecha de este juicio, 31/5/2013, han dejado de percibir durante esos 41 meses transcurridos las siguientes cantidades:

Artemio , la cantidad de 35.529 euros y Antonio , la cantidad de 27.275 euros.

Ambas cantidades han sido calculadas conforme al promedio de las últimas nóminas anteriores al 1/1/2010.

Los dos actores siguen realizando las mismas tareas que en la anterior empresa URBALUX SA.,(conservación/ mantenimiento y obra). No consta valoración de calidad en el trabajo, ni que se hayan fijado objetivos a los trabajadores y que en su caso, se hubieren incumplido.

SEPTIMO.- Se constituyó una Comisión de Seguimiento entre la UTE y la representación de los trabajadores, que habían prestado sus servicios con cada una de las sociedades que constituyen dicha UTE, para la correcta incorporación de la plantilla que pasó a formar parte de la nueva empleadora.

La Comisión de Seguimiento levantó Acta de las reuniones, la primera de 23/12/2009 hasta marzo/2010.

Se aprobaron los Anexos consistentes en los contratos individuales y con el mismo modelo de formato para cada trabajador y empresa procedente, en el que consta el cese en la empresa primitiva y alta en la UTE, con el consentimiento expreso de cada uno de los trabajadores, procedentes de las distintas sociedades, reconociendo a su nuevo empresario, y la fecha de incorporación a la nueva empresa, haciéndose constar en el citado contrato modelo:

"(...) la UTE LUZ MADRID, a partir del día 1 de enero/2010, inclusive, reconocerá la antigüedad acreditada y los derechos económicos y de Seguridad Social que (...) tenía con el trabajador hasta el 31/12/2009(...)"

OCTAVO .- Con fecha **12/4/2010** los dos actores y otros trabajadores, más, presentaron papeleta de conciliación ante el SMAC y contra URBALUX SA., y la UTE LUZ MADRID, ejercitando la acción de Derecho y cantidad y reclamando el " Plus o Prima de Producción".

Con fecha 27/4/2010 se celebró el acto de conciliación administrativa, sin avenencia. No consta que interpusieran demanda ante el Juzgado reiterando la misma acción.

NOVENO .- Con fecha **20/4/2010**, los dos actores presentaron papeleta de conciliación ante el SMAC, contra URBALUX SA., y la UTE., ejercitando la acción de Nulidad de pleno derecho por Modificación Sustancial de las Condiciones de Trabajo y la de reclamación de cantidad desde la fecha en la que se suprimió el pago del plus de productividad . Se celebró dicho acto el **5/5/2010** sin Avenencia.

DECIMO.- El mismo contenido de la papeleta de conciliación señalada en el anterior hecho probado, se reproduce en la demanda que presenta la parte actora ante el Decanato el **6/5/2010** y que es turnada al Juzgado Social 21.

Con fecha **6/5/2010** fue turnada al Juzgado Social 21 de Madrid la demanda de los dos actores, contra URBALUX SA., y LUZ MADRID UTE., autos nº 634/2010.

Se citó a las partes para el 6/4/2011 para la celebración de juicio.

UNDECIMO.- Con fecha **6/4/2011** se dictó Auto en el citado Juzgado 21 de Madrid, teniendo por desistidos a los dos demandantes.

DUODECIMO.- Con fecha **8/3/2011** el Juzgado Social 21 dictó sentencia previa acumulación de cuatro demandas con 26 demandantes trabajadores de la UTE,(entre los que no fueron parte ninguno de los actores) frente a dicha UTE y la empresa URBALUX. Dicha sentencia desestimaba la pretensión de los trabajadores consistente en el reconocimiento del derecho a seguir percibiendo el " Plus de Producción" y cantidades dejadas de percibir por dicho Plus. La demanda y sentencia constan a los folios 29 y ss., y 49 y ss., de las actuaciones, teniéndose por reproducidas.

DECIMOTERCERO.- Con fecha **4/3/2013** el TSJ/Madrid dictó sentencia en Suplicación rec. Nº 115/12 , desestimando el recurso planteado contra la anterior sentencia y confirmando la de instancia.

Dicha sentencia fue recurrida en casación para la unificación de doctrina, ante el TS., sin que a la fecha de esta sentencia conste resolución.

DECIMOCUARTO .- Con fecha **10/5/2011** los dos actores presentaron papeleta de conciliación ante el SMAC, contra las dos empresas demandadas, URBALUX SA., y UTE LUZ MADRID, ejercitando la acción de Nulidad de pleno derecho de Modificación Sustancial de las Condiciones de Trabajo, y reclamación de cantidad desde la fecha de supresión del percibo del Plus de producción. Dicho acto se celebró con resultado de Sin efecto.

DECIMOQUINTO.- Los dos actores, presentaron demanda ante el Decanato con fecha 27/5/2011, por los mismos conceptos de la papeleta de conciliación anteriormente señalada, y que fue turnada a este Juzgado.

TERCERO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: "Desestimo todas las excepciones planteadas por las demandadas, a excepción de la falta de legitimación pasiva ad causam de URBALUX SA.



Estimo la demanda de los dos actores y declaro que la decisión de la UTE demanda de no seguir abonando a los trabajadores el " Plus de Productividad", desde el 1/1/2010, constituye una Modificación Sustancial de las Condiciones de Trabajo.

Declaro la nulidad de la Modificación Sustancial de Condiciones de Trabajo, adoptada por la UTE demandada, por incumplimiento de todos los requisitos de forma, previstos legalmente para la adopción de la medida con fecha de efectos de 1/1/2010.

Declaro debidas las cantidades reclamadas con la demandada y ampliadas en el acto de juicio hasta la fecha del mismo, por concepto salarial dejado de percibir.

En consecuencia condeno a la demandada, **UTE LUZ MADRID.**, a estar y pasar por las anteriores declaraciones y a dejar sin efecto la Medida de Modificación Sustancial de Condiciones de Trabajo de cada uno de los dos actores, consistente en el impago del Plus de Productividad, desde el 1/1/2010 y a abonar a:

Artemio , la cantidad de 35.529 euros.

Antonio , la cantidad de 27.275 euros.

Absuelvo a la empresa **URBALUX SA.**, de las pretensiones de la demanda.

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la codemandada UTE LUZ MADRID 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 19.11.2014 para los actos de votación y fallo.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- La codemandada UTE LUZ MADRID formula recurso de suplicación contra la sentencia de instancia, con la doble finalidad de revisar la declaración fáctica y examinar el derecho aplicado en dicha resolución.

A lo que se opone la parte demandante en su escrito de impugnación por las razones alegadas en el mismo.

Así, en el primer motivo la recurrente solicita, al amparo del artículo 193 b) de la LRJS, la revisión de los hechos probados, en los términos propuestos.

Ahora bien, a la vista de las alegaciones realizadas, se ha de significar lo siguiente:

1.- El recurso de suplicación es de naturaleza extraordinaria y, a diferencia del recurso ordinario de apelación (en el que el Tribunal "ad quem" puede revisar "ex novo" los elementos fácticos y consideraciones jurídicas de la sentencia recurrida), dicho recurso -a modo de pequeña casación- no faculta al Tribunal sino para analizar los concretos motivos del recurso, que han de ser canalizados por la vía de los párrafos a), b) ó c) del art. 193 de la LRJS, según se articule una denuncia de normativa procesal, generadora de indefensión y que produce la consecuencia prevista en el art. 202 LRJS, se denuncien yerros fácticos evidentes y trascendentes al fallo y/o, finalmente, se invoquen infracciones de normativa sustantiva o material, conllevando en estos dos supuestos, a diferencia del primero, las consecuencias contempladas en el número 3 del propio artículo 202 LRJS .

Así, dada la extraordinaria naturaleza del recurso de suplicación, asentada en constante jurisprudencia, aunque pudieran existir otras infracciones no denunciadas no pueden éstas ser consideradas por el Tribunal "ad quem", salvo en aquellos supuestos que, por su propia naturaleza, trascendieran al orden público procesal, dado el carácter de derecho necesario ("ius cogens") que conlleva su aplicabilidad incluso de oficio. Sin que quepa ignorar que corresponde exclusivamente a las partes la construcción e impugnación del recurso, pues una solución distinta equivaldría a atribuir al Tribunal "ad quem" la redacción "ex officio" del recurso o su impugnación, lo que pugna con el principio dispositivo o de justicia rogada y su consecuencia no podría ser otra que la lesión del principio de tutela judicial efectiva, consagrado en el artículo 24 de la Constitución .

2.- Asimismo, ha de tenerse en cuenta, por un lado, que las cuestiones de hecho y de derecho ineludiblemente han de ser tratadas por separado y, por otro, que sólo cuando se aprecia la infracción denunciada, procede la estimación del recurso, en el bien entendido de que si las infracciones procesales generadoras de indefensión han de denunciarse por el cauce del artículo 193 a) LRJS, el error de derecho en la apreciación de la prueba,



por aducirse infracción de una norma, ha de formalizarse por la vía del artículo 193 c) de la LRJS, mientras que, en lo que respecta al error fáctico, que ha de denunciarse por el cauce del artículo 193 b) LRJS, no es posible ignorar que, dada esa extraordinaria naturaleza del recurso de suplicación, de la doctrina sentada respecto al mismo se desprenden una serie de "reglas básicas", cuya finalidad es evitar que la discrecionalidad judicial se extralimite hasta el punto de transformarlo en una segunda instancia, pudiendo compendiarse estas reglas, en lo que aquí interesa, del siguiente modo:

1º) La revisión de hechos no faculta al Tribunal a efectuar una nueva valoración global y conjunta de la prueba practicada, sino que la misma debe operar sobre la prueba documental o pericial alegada que demuestre patentemente el error de hecho, bien entendido que su apreciación no puede entrañar denegación de las facultades valorativas de la prueba atribuidas al Juzgador "a quo", a quien corresponde, en virtud de lo dispuesto en el artículo 97 de la LRJS, apreciar todos los elementos de convicción aportados al proceso y declarar, en función de éstos, los que estime probados.

2º) No es posible admitir la revisión fáctica de la sentencia impugnada con base en las mismas pruebas que la sirvieron de fundamento, en cuanto no es aceptable sustituir la percepción que de ellas hizo el juzgador, por un juicio valorativo personal y subjetivo de la parte interesada (Sª TS de 2 de mayo de 1985).

3º) En el supuesto de documento o documentos contradictorios y en la medida que de ellos puedan extraerse conclusiones contrarias e incompatibles, debe prevalecer la solución fáctica realizada por el juez o Tribunal de Instancia, órgano judicial soberano para la apreciación de la prueba (STC 44/1989, de 20 de febrero y 24/1990, de 15 de febrero). Asimismo, en la valoración de contradictorios informes periciales ha de estarse al que haya servido de base a la resolución recurrida, salvo que, notoriamente, se demuestre el error en que ha incurrido el juez de instancia en su elección, por tener el postergado o rechazado una mayor credibilidad (sentencias del Tribunal Supremo de 22-5-1984, 24-12-1986 y 22-12-1989, entre otras).

4º) No pueden introducirse en el momento de la suplicación cuestiones fácticas novedosas y que no hayan sido objeto de alegación y, en su caso, debate en la instancia (SS. T.S. de 18-7-1984 y 3-3-1987, entre otras muchas), debiendo subrayarse que siendo únicamente las pruebas documental y pericial aptas para amparar este tipo de motivo, sólo son admisibles para poner de relieve el yerro fáctico los documentos hábiles que ostenten un decisivo valor probatorio y tengan concluyente poder de convicción por su eficacia, suficiencia o idoneidad (SS. del T.S. de 19-11-1987 y 18-1-1988), de forma que el error que se denuncia ha de quedar de manifiesto de manera clara, evidente y directa, sin necesidad de acudir a conjeturas, suposiciones o argumentaciones más o menos lógicas (Sª T.S. de 18-1-1988, entre otras), a lo que se ha de añadir que el recurso se da contra el fallo y no contra los hechos o consideraciones jurídicas de la sentencia, siendo intrascendentes al recurso las denuncias por error de hecho o infracción jurídica que no alteren el sentido del fallo (SS. del Tribunal Supremo de 18-10-1982 y 16-3-1987, entre otras muchas).

Pues bien, en el supuesto de autos, la demandada mencionada solicita en el motivo Primero del recurso que se modifique el Hecho Probado Primero en los términos que propone, a fin de que se recoja que el salario de los actores es el que indica y no el recogido en el hecho impugnado, y trata de apoyar la recurrente su petición en las nóminas reseñadas. Sin embargo, no es posible ignorar que dichos documentos han sido ya valorados por el juzgador, que ha obtenido de ellos el hecho antecitado, sin que de la documental designada quepa inferir, de forma directa e incontestable, el error denunciado, por más que la recurrente insista en negar el carácter salarial del plus de producción, lo que obliga a rechazar esta primera petición.

Como igualmente obligado resulta rechazar la petición de que se modifique el Hecho Probado Quinto en los términos propuestos, que la recurrente pretende apoyar en los documentos que indica. Y es que el juzgador de instancia ha obtenido dicho hecho de la documental de referencia así como de la testifical, prueba que no puede ser objeto de revisión en la suplicación.

Y lo mismo cabe decir, y por idénticas razones, respecto a la petición de que se modifique el Hecho Probado Sexto, obtenido por la Magistrada igualmente de la documental y la testifical indicadas.

A su vez, en lo referente a la petición de que se adicione un párrafo al Hecho Probado Séptimo, se observa que la recurrente interesa la inclusión en el relato fáctico de un hecho negativo totalmente intrascendente al recurso, careciendo en todo caso del alcance que pretende dársele, en tanto en cuanto el hecho de que los representantes de los trabajadores no pusieran de manifiesto el incumplimiento consistente en no abonar el plus de producción no implica en modo alguno que el mismo obedeciese únicamente a trabajos realizados por URBALUX.

Finalmente, en cuanto a la adición de un nuevo Hecho Probado con el ordinal Décimosexto, la recurrente pretende apoyarla en el Convenio Colectivo que indica, siendo así que los Convenios Colectivos, por su



naturaleza normativa, no son propiamente documentos que puedan sustentar la revisión fáctica conforme al apartado b) del artículo 193 de la LRJS .

En definitiva, ninguna de las revisiones pedidas resulta posible, bien entendido que, al no ser la suplicación una segunda instancia y configurarse como un recurso de naturaleza extraordinaria, lo que implica el objeto limitado del mismo, el Tribunal "ad quem" no puede valorar "ex novo" toda la prueba practicada, como si de una apelación se tratara, como no puede revisar "in totum" el Derecho aplicable, y ello aun cuando las pruebas estuvieran mal interpretadas y aunque el Derecho estuviera mal aplicado. Y ha de insistirse asimismo en que el criterio del juzgador para establecer la datación fáctica no puede ser sustituido por el interesado y particular del recurrente sino en virtud de causa objetiva, contundente y suficientemente acreditada que evidencie de manera patente e incuestionable un error en la narración histórica con trascendencia al recurso, y nunca en virtud de otras pruebas de similar valor a las que el juez considere preeminentes o que ya fueron tenidas en cuenta por él para la conformación de su juicio.

Por lo que, conforme a lo expuesto, se ha de rechazar necesariamente en su integridad este primer motivo del recurso.

SEGUNDO .- Al examen del derecho dedica la recurrente los siguientes motivos del recurso, en que, al amparo del artículo 191 c) de la LPL (aunque en realidad se trataría del artículo 193 c) de la LRJS), denuncia la infracción del artículo 222 de la LEC (motivo Segundo) y a continuación, en el motivo Tercero, la infracción del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores , en relación con el artículo 41 del propio Estatuto.

Así las cosas, se ha de significar que para la resolución de estos motivos del recurso deben hacerse las consideraciones siguientes:

1ª) Ciertamente, constituye reiterada doctrina jurisprudencial la de que, dada la finalidad del proceso, que se dirige a conseguir la seguridad jurídica, se han de arbitrar, a fin de evitar que dos resoluciones judiciales puedan ser contradictorias y opuestas entre sí, los remedios legales precisos, para lo cual puede acudir al principio general de derecho contenido en la locución latina "non bis in idem" que sustenta el deber jurídico de todo Tribunal de abstenerse de conocer en asuntos ya dirimidos en juicio, toda vez que si se pudiera discutir lo ya firme ello equivaldría a poderse revisar subrepticamente la ejecutoria (ss. Tribunal Supremo de 31 de Enero de 1983 y 18 de Julio de 1988 , entre otras muchas).

Asimismo, según ha declarado la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 1994 , dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina, a los efectos del art. 216 de la Ley de Procedimiento Laboral , "resulta claro que cuando vaya a desembocarse en dos resoluciones que puedan ser opuestas y contradictorias entre sí, puede acudir al principio general del derecho "non bis in idem", pues para que surta efecto positivo lo juzgado, en demandas que lo presupongan, no tiene que ser articulada la específica y formal excepción, ya que las declaraciones de los Tribunales sientan una presunción de verdad que vincula al Juzgador, aunque no concurren las condiciones de la "exceptio res iudicata" (SS. de 31 de enero de 1983 , 20 de octubre de 1984 y 18 de julio de 1990)", lo que constituye el denominado efecto positivo o prejudicial de la cosa juzgada, la cual puede ser apreciada incluso de oficio (SSTS de 7-3-2000 y 2-4- 2001, entre otras).

De modo que, como determina la sentencia de nuestro más Alto Tribunal de 14-4-2005 (Rec 1850/04), "lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en la sentencia firme que haya puesto fin a un proceso vinculará al Tribunal de un proceso posterior cuando en éste aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos, o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal".

Ahora bien, una vez expuesto lo que antecede, hemos de señalar que para que exista cosa juzgada (al igual que para que pueda apreciarse en su caso la excepción de litispendencia) se requiere que concorra una triple identidad ("eadem personae", "eadem res" y "eadem causa petendi"), lo que no se da en el supuesto de autos, en que aun cuando la recurrente alega la excepción de cosa juzgada, es lo cierto que no existe una sentencia firme anterior en que concorra esa triple identidad, al referirse la sentencia del Juzgado de lo Social nº 21 de 8-3-2011 a otros trabajadores de la empresa, distintos de los demandantes, y ello es así por más que los demandantes fueran tenidos por desistidos en dicho Juzgado, ya que el desistimiento no conlleva un pronunciamiento sobre el fondo del asunto, dejando imprejuzgada la acción.

Y en consecuencia se ha de rechazar este segundo motivo, al no poder apreciarse la excepción de cosa juzgada.

2ª) Jurídicamente, el cambio de titularidad en la empresa es causa, en sentido amplio, de una novación subjetiva por virtud de la cual una persona sustituye a otra como parte de un contrato, de forma que, como consecuencia de la novación, hay una subrogación empresarial, "quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones del anterior" (art. 44.1 del Estatuto de los Trabajadores), en el bien entendido de



que, según reiterada doctrina jurisprudencial (ss. del T. S. de 16 de junio de 1983, 29 de marzo de 1985 y 26 de enero de 1987 , entre otras), la transmisión o sucesión empresarial requiere la concurrencia de dos elementos: uno, subjetivo, representado por la transferencia directa o tracto sucesivo del antiguo empresario al nuevo adquirente, ó sea el cambio de titularidad del negocio o centro de trabajo autónomo, y otro, objetivo, consistente en la entrega efectiva del total conjunto operante de los elementos esenciales de la empresa que permita la continuidad de la actividad empresarial, es decir, la permanencia de ésta como unidad en sus factores técnicos, organizativos y productivos, unidad socio-económica de producción que configura la identidad del objeto transmitido, habiendo establecido asimismo la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1996 , dictada en casación para la unificación de doctrina, que la subrogación sólo se producirá conforme a lo dispuesto en el art. 44 del Estatuto de los Trabajadores cuando se produzca la transmisión "de los elementos patrimoniales que configuran la infraestructura u organización empresarial básica de la explotación", debiendo significarse, en este sentido, que la actividad empresarial precisará de un soporte patrimonial mínimo que sirva de sustento a su quehacer independiente, por lo que el cambio de titularidad requiere, conforme a lo expuesto, que se realice una transmisión de un conjunto de elementos esenciales en los términos indicados anteriormente.

Así, el art. 44.1 E.T . se refiere expresamente al cambio de titularidad "de una empresa,

de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma", que no extinguirá por sí mismo la relación laboral, siendo la cuestión práctica que se plantea más frecuentemente al respecto la de si la sucesión en la realización de una actividad basta para entender que existe una sucesión empresarial, de forma que se ha suscitado a menudo la duda de si la sucesión entre empresarios que pasan a realizar un servicio a terceros, que es el caso de las contratas, constituye a tales efectos una transmisión.

3ª) Conforme al art. 1258 del Código Civil , los contratos obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la Ley, debiendo subrayarse que lo que configura el contrato de trabajo como recíproco es la correspondencia que existe entre las prestaciones básicas del trabajador (prestar sus servicios bajo el poder de dirección de la empresa) y del empresario (remunerar el trabajo del empleado), debiendo cumplir uno y otro con las obligaciones que les son propias, bien entendido que la buena fe debe presidir todas las relaciones contractuales y especialmente la relación de trabajo.

Así, necesariamente ha de estarse a lo convenido en virtud del artículo 1258 del Código Civil y del principio "pacta sunt servanda" (Art. 1255 del Código Civil y disposiciones complementarias), sin que quepa dejar en ningún caso la validez y el cumplimiento de los contratos al arbitrio de uno de los contratantes (artículo 1256 del Código Civil).

Por su parte, en el artículo 20.1 E.T . se establece que el trabajador estará obligado a realizar el trabajo bajo la dirección del empresario o persona en quien éste delegue, constituyendo el poder de dirección la facultad, conferida al empleador por el contrato de trabajo, de dar órdenes sobre el modo, tiempo y lugar de ejecución del trabajo, que pueden ser tanto de carácter general como particulares y concretas para cada trabajador, a quien se impone el deber de obediencia a unas y otras por los artículos 5 c) y 20.2 E.T .

Por ello, dicho poder se manifiesta también en el denominado "ius variandi", que el artículo 39.1 E.T . sienta respecto de la "movilidad funcional" y que el artículo 41.1 E.T . reconoce al autorizar al empresario con toda amplitud la modificación no sustancial de las condiciones de trabajo, que el trabajador está obligado a aceptar adaptándose al cambio, sin el cual su prestación de servicios puede llegar a ser inútil; y no sólo eso sino que también el propio artículo 41 E.T . le atribuye al empresario la decisión o la iniciativa para la introducción de modificaciones sustanciales, de forma que ese poder de modificar sustancialmente las condiciones de trabajo es un verdadero derecho concedido al empleador por medio del cual éste puede variar las condiciones contractuales de sus trabajadores, e incluso -en ciertos casos- las de carácter normativo que deriven de convenios o pactos colectivos, sin necesidad de llegar a acuerdos con cada uno de ellos o con sus representantes legales.

Asimismo, por lo que se refiere a las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, hay que entender por tales aquellas que alteren y transformen los aspectos fundamentales de la relación laboral (entre ellas, en principio, las previstas "ad exemplum" en la lista del artículo 41.2 E.T .), pasando a ser otras distintas de un modo notorio, mientras que cuando se trata de simples modificaciones accidentales, éstas no tienen dicha condición, siendo manifestaciones del poder de dirección y del "ius variandi" empresarial (SSTS de 17-7-1986 , 3-12-1987 , 11-11-1997 y 22-9-2003).

Y aquí se ha de subrayar que estando dedicado el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores a las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo "cuando existan probadas razones económicas,



técnicas, organizativas o de producción", dichas modificaciones podrán ser de carácter individual o colectivo, con arreglo al número 2 del citado artículo.

Ahora bien, tanto en el caso de que se trate de las condiciones reguladas en acuerdos o pactos colectivos como cuando hayan sido otorgadas por decisión unilateral del empresario con efectos colectivos (lo que incluiría las condiciones más beneficiosas), se requiere la tramitación de un período de consultas con los representantes de los trabajadores, disponiéndose al efecto en el número 4 del propio artículo antecitado los parámetros que rigen para tal modificación, como son la duración no inferior a 15 días, la necesidad de que las consultas versen sobre las causas motivadoras de la decisión empresarial y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como sobre las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias, la obligatoriedad de negociar de buena fe con vistas a la consecución de un acuerdo y, en fin, la mayoría exigida para alcanzar éste.

Mientras que en el caso de la modificación individual, entendida esta como la que afecta a las condiciones laborales atribuidas al trabajador "uti singuli", la exigencia procedimental decae hasta el punto de bastar con una notificación del empresario al trabajador afectado y a sus representantes legales, con una antelación mínima de 30 días a la fecha de la efectividad de la medida (art. 41.3 del ET (RCL 1995/1997)).

Debiendo subrayarse asimismo que es doctrina jurisprudencial unificada (Sentencias Tribunal Supremo de 18 de julio de 1997 , 7 de abril de 1998 , 8 de abril de 1998 , 11 de mayo de 1999 y 18 de septiembre de 2000) que cuando no se cumplen por el empleador las exigencias formales del precepto antecitado (esto es, apertura del período de consultas, acuerdo a favor de la mayoría de los representantes de los trabajadores y notificación a éstos de las medidas aprobadas con una antelación mínima de treinta días a la fecha de su efectividad, en el caso de modificaciones colectivas, o notificación de la medida a los trabajadores y a sus representantes legales en el plazo citado, cuando se trata de modificaciones individuales), "no puede entenderse que la medida se ajusta a lo establecido en el art. 41 E.T ., siendo entonces el proceso ordinario el adecuado para reclamar frente a la medida y no el especial del art. 138 LPL , o el del conflicto colectivo si es que se impugna la práctica empresarial por ese cauce, pero en tal caso sin sometimiento al plazo de caducidad".

4ª) En el supuesto de autos la recurrente aduce en el tercer motivo de su recurso, formulado con carácter subsidiario, que no estamos ante una subrogación y que no está obligada a mantener las condiciones salariales que tenían los demandantes, así como que éstos no tienen derecho a cantidad alguna derivada del plus de producción.

Ahora bien, lo cierto es que en el presente caso nos encontramos con que en virtud de la adjudicación del servicio se produjo un traspaso a la empresa, ahora recurrente, de los trabajadores demandantes, que antes de la transmisión percibían todos los meses el denominado "plus de producción", habiéndose establecido que al incorporarse a la plantilla de UTE LUZ MADRID se les mantendrían todas las condiciones laborales que tenían reconocidas en la empresa URBALUX, SA (Hecho Probado Tercero). Por lo que la empresa recurrente no podía suprimir unilateralmente dicho complemento ni modificar las condiciones de trabajo sin observar los requisitos formales establecidos en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores , pese a lo cual la empresa ha obviado tales formalidades, según se recoge en la sentencia recurrida.

Por ello procedía declarar la nulidad de la medida empresarial adoptada, con los efectos consiguientes y, en consecuencia, no habiendo incurrido la sentencia de instancia en las infracciones denunciadas, se impone, con previa desestimación del recurso, la confirmación de dicha resolución.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que **debemos desestimar y desestimamos** el Recurso de Suplicación interpuesto por UTE LUZ MADRID contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 12 de Madrid, de fecha 3.6.2013 , en los autos núm. 657/2011 sobre Derechos y Cantidad, seguidos en virtud de demanda presentada por D. Artemio y D. Antonio , y en consecuencia debemos confirmar y confirmamos dicha resolución, condenando a la recurrente a abonar al Letrado que ha impugnado su recurso la cantidad de 300 euros en concepto de honorarios. Dése a los depósitos y consignaciones que se hayan constituido el destino legal.

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 2827-0000-00-1775-13 que esta sección tiene abierta en BANCO DE SANTANDER sita en PS. del General Martinez 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 2827-0000-00-1775-13.

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.