



Roj: **STSJ M 14620/2015 - ECLI:ES:TSJM:2015:14620**

Id Cendoj: **28079340012015101069**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **18/12/2015**

Nº de Recurso: **597/2015**

Nº de Resolución: **1029/2016**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **IGNACIO MORENO GONZALEZ-ALLER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 01 de lo Social

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

Teléfono: 914931977

Fax: 914931956

34002650

NIG : 28.079.00.4-2014/0055692

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID

SALA DE LO SOCIAL - SECCIÓN PRIMERA

Recurso número: 597/15

Sentencia número: 1029/16

G.

(CE)

Ilmo. Sr. D. JAVIER PARIS MARÍN

Ilmo. Sr. D. IGNACIO MORENO GONZÁLEZ ALLER

Ilma. Sra. D^a. MARIA JOSÉ HERNÁNDEZ VITORIA

En la Villa de Madrid, a DIECIOCHO DE DICIEMBRE DE DOS MIL QUINCE, habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección Primera de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, compuesta por los Ilmos. Sres. citados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución española de 27 de diciembre de 1.978,

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 número 597/15, formalizado por el Sr/a. Letrado/a D^a. AROA FERNÁNDEZ GÁLVEZ, en nombre y representación de D^a. Rafaela contra la sentencia de fecha seis de marzo de dos mil quince, dictada por el Juzgado de lo Social número 11 de MADRID , en sus autos número 1269/2014, seguidos a instancia de la recurrente contra ISS FACILITY SERVICES S.A., sobre MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE CONDICIONES DE TRABAJO siendo Magistrado-Ponente el Ilmo. Sr. D. IGNACIO MORENO GONZÁLEZ ALLER, 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 probados:

PRIMERO.- La demandante presta servicios para la demandada desde el 01-06-2007 con la categoría de limpiadora, percibiendo un salario día de 17,26 euros incluida prorrata de pagas extraordinarias.

SEGUNDO.- La demandante ha prestado servicios para ISS SERVICES SA, a través de un contrato indefinido a tiempo parcial, de 24,50 horas semanales, en los centros de trabajo y con el horario que se señala en el hecho segundo del escrito de demanda que se da por reproducido.

TERCERO.- La demandante ha venido prestando servicios para CLECE SA, a través de contrato indefinido a tiempo parcial por 20 horas semanales, en las instalaciones que se señalan en el hecho tercero del escrito de demanda y que se da por reproducido. Con fecha 31.10.14 la demandante firmo documento de liquidación y finiquito con la empresa CLECE, que firmo como "no conforme. Pendiente de revisión"

CUARTO.- El 27.12.12 la actora suscribió documento con ISS FACILITY SERVICES SA, en el cual la citada mercantil, modificaba sus centros de trabajo, manteniendo la jornada de trabajo, siendo esta de 24,50 horas semanales y la habitual del Convenio de 39 horas semanales.

QUINTO.- En fecha 01.11.14 la empresa ISS FACILITY SERVICES SA resulto adjudicataria del servicio de limpieza de BANKIA adjudicado a CLECE

SEXTO.- En fecha 31.10.14 la empresa demandada comunico a la demandante que con efectos del día 01.11.14, se procedería a adjudicarle otros centros de trabajo, según se especifica en la citada carta que obra en autos y se da por reproducida, siendo la suma de ambas jornadas de 44,5 horas semanales, por ello, la empresa indico a la demandante que "deberá prestar servicios por 39 horas semanales siendo esa su jornada a partir de dicha fecha "en los centros de trabajo" que se especifican en la misma.

SÉPTIMO.- La demandante no ostenta cargo representativo o sindical alguno, si bien es afiliada al sindicato UGT.

OCTAVO.- La relación laboral de las partes se encuentra dentro del ámbito de aplicación del Convenio Colectivo de Limpieza de Edificios y Locales de la Comunidad de Madrid.

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

"Que desestimando la demanda formulada por Rafaela contra ISS FACILITY SERVICES SA, debo absolver a la empresa demandada de los pedimentos deducidos en su contra en el escrito de demanda".

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte demandante, 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 de Madrid, tuvieron los mismos entrada en esta Sección Primera en fecha 27 de julio de 2015 dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación en forma.

SEXTO: Nombrado Magistrado-Ponente, se dispuso el pase de autos al mismo para su conocimiento y estudio en 2 de diciembre de 2015, señalándose el día 16 de diciembre de 2015 para los actos de votación y fallo.

SÉPTIMO: En la tramitación del presente recurso de suplicación no se ha producido ninguna incidencia.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .-Interpone recurso de suplicación la actora contra sentencia que desestimó la demanda rectora de autos, tramitada bajo la modalidad procesal de modificación sustancial de condiciones de trabajo, tendente a declarar la nulidad de la modificación ordenada, o subsidiariamente injustificada, con condena a la demandada ISS FACILITY SERVICES S.A a dejar sin efecto la modificación efectuada, reponiéndole en las mismas condiciones que regían con anterioridad a la efectividad de la misma, es decir, en una jornada de 44,50 horas



semanales y abono en concepto de daños y perjuicios de las cantidades no satisfechas por las diferencias salariales entre jornadas.

SEGUNDO. -Son datos relevantes para comprender la litis y dar a la misma una solución ajustada a Derecho la actora ha prestado servicios a través de un contrato indefinido a tiempo parcial de 24,50 horas semanales para ISS FACILITY SERVICES S.A en los centros de trabajo y horario que se señalan en el hecho segundo del escrito de demanda; también ha prestado servicios para CLECE S.A a través de un contrato indefinido a tiempo parcial por 20 horas semanales en las instalaciones que señala el hecho tercero del escrito de demanda. En fecha 1-11-14 la empresa ISS FACILITY SERVICES S.A resultó adjudataria del servicio de limpieza de BANKIA que hasta ese momento tenía adjudicado CLECE. El 31-10-14 ISS FACILITY SERVICES S.A comunicó a la actora que, con efectos del 1-11-14, se procedía, de conformidad con lo dispuesto en el art. 20 del Convenio Colectivo de Limpieza y STS 15-10-13, a asignarle una jornada de 39 horas, al ser la suma de las jornadas de la demandante en ISS FACILITY SERVICES S.A y CLECE S.A de 44,5 horas semanales " y según la legislación vigente no es posible la prestación de servicios más allá de las 39 horas semanales para una misma empresa ".

TERCERO. - La sentencia de instancia funda la desestimación en que, en realidad, la decisión comunicada por la empresa a la trabajadora no es una modificación sustancial de condiciones de trabajo basada en razones económicas, técnicas, organizativas o de producción, sino que se limita a adecuar la prestación laboral a la legalidad vigente, ya que, de mantenerse la jornada de 44,50 horas semanales, tal como solicita, excedería de la jornada máxima permitida por el art. 34.1 ET, que es una norma imperativa, de derecho necesario, e, incluso, la empresa podría incurrir en responsabilidad por infracción de la LISOS, sin que para llevar a cabo el cambio de jornada se haga necesario cumplir con los trámites del artículo 41 del ET.

CUARTO. - El recurso destina el motivo inicial, con amparo en el apartado a) del art. 193 LRJS, a solicitar la nulidad de la sentencia por incongruencia, ya que, a su juicio, si el procedimiento es el ordinario, y no el de modificación, debió apreciarse la excepción de inadecuación del procedimiento, y si es el de modificación debió haberse concedido su derecho a la extinción del contrato conforme al art. 138.7 LRJS, lo que considera le causa indefensión, reproche carente de fundamento, al no observarse un desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes formularon sus pretensiones, concediendo más o menos o cosa distinta de lo pedido, por lo que no hay incongruencia en ninguna de sus manifestaciones, respondiendo la resolución de instancia a las cuestiones que le fueron planteadas, sin causar indefensión.

QUINTO. - El siguiente motivo, el segundo, denuncia infracción del art. 24 del Convenio Colectivo de Limpieza de Edificios y Locales y 47 del ET, discrepando de los razonamientos de la sentencia de instancia, apelando para ello al voto particular de la sentencia del TS de 15-10-13, sosteniendo, en síntesis, debió acudir a los trámites del art. 41 o, en su caso, del art. 47 del ET, cumpliendo con los requisitos previstos en ellos, siendo perfectamente legal que si estaba realizando una jornada de 44,50 horas en dos empresas, al pasar subrogada a la misma empresa en la que mantiene parte de su jornada, se le mantengan las 44,50 horas.

La decisión unilateral del empresario de modificar las condiciones sustanciales del contrato de trabajo, cuando sobreviene un cambio de circunstancias que desnivela el equilibrio inicial entre las prestaciones, tornándose en exceso oneroso el cumplimiento de lo pactado por las partes, precisa de una causa, de un procedimiento y del control judicial. Quedan fuera del art. 41 ET las modificaciones derivadas de cambios y exigencias normativas y los cambios de régimen contractual, como sería la conversión de un contrato indefinido en otro temporal, o de tiempo completo a tiempo parcial, en virtud del art. 12.4. e) ET, por no poder imponerse unilateralmente- (STS de 11 abril 2005). Lo que no puede una empresa es modificar unilateralmente la jornada, trasformando una completa a otra parcial, o un contrato de de duración indefinida en otro temporal, al exigir el consentimiento del trabajador [Directiva 97/81/CE del Consejo de 15 de diciembre de 1997, relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES, y en el art. 12.4.e) del ET, en la redacción del RDL 15/1998, de 27 de noviembre, donde se establece que « la conversión de un trabajo a tiempo completo en un trabajo a tiempo parcial y viceversa 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 de lo dispuesto en la letra a) del apartado 1 del artículo 41 "].

Como se sigue de la STS de 15 de octubre de 2013, rec. 3098/2012, que contempla un supuesto semejante al sometido a nuestra consideración, y referido a una trabajadora que venía prestando servicios como limpiadora para dos empresas -ISS Facility Services y Eulen- en dos centros de trabajo, trabajando un número de horas semanales que, en total, exceden de la jornada máxima legal, siendo que como consecuencia de la asunción por ISS de la contrata antes adjudicada a Eulen la actora pasa a depender sólo de la primera mercantil que le comunica la reducción de la jornada, a efectos de cumplir con la máxima legal:

" deberá tenerse en cuenta que, conforme, al art. 1184 del Código Civil la obligación del deudor (del empresario de dar ocupación a su empleado) no es exigible cuando resulta legalmente imposible, cual pudiera ocurrir en el



presente caso, pues, el que el art. 35 del Estatuto de los Trabajadores prohíbe realizar más de 80 horas extras al año (en el presente caso ese tope se superaría en un mes), y obliga a un descanso entre jornadas de doce horas en su artículo 34-3, aparte que la infracción de esa prohibición es sancionada por el art. 7-5 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, como una falta grave. De ello se deriva el problema de si se puede obligar a la empresa a que actúe contra lo dispuesto en la ley y cometer continuadas faltas tipificadas por la norma, como graves, sin que se deba olvidar que, aparte la liberación que contiene el art. 1.184 del Código Civil, el art. 1271 del Código Civil en relación con los artículos 1.274, 1.275, 1.300 y 1.306 del mismo texto legal nos muestra que el contrato sería nulo si violara las normas que regulan la jornada laboral máxima".

No cabe, pues, admitir, en línea con lo resuelto en un supuesto similar por la Sección Sexta de esta Sala de lo Social en su sentencia de 12 de enero de 2015, recurso 890/2014, que si antes de la subrogación existían dos contratos también ha de haberlos después de la misma y para una misma empresa, pues la situación de pluriempleo, en tanto era posible legalmente cuando las contratistas eran distintas, en la nueva situación, en que es una la que ha asumido la prestación del servicio, hace inadmisibles permitir que la trabajadora realice una jornada superior a la legal, no como consecuencia de un acuerdo previo con la empresa, sino en virtud de pronunciamiento judicial que impusiera, indebidamente y contra legem, la subrogación en los dos centros de trabajo o zonas geográficas, al superar con creces la jornada de trabajo máxima convencionalmente establecida.

Existe, en su consecuencia, un condicionante o imperativo legal que impide la recurrente realice para un mismo empresario una jornada semanal, sumadas las dos jornadas a tiempo parcial, que rebase el máximo legal, esto es, las 39 marcadas por el Convenio Colectivo, y si esto es así no es posible pueda llevar a cabo la que solicita de 44,50 horas semanales, razón legal que ha hecho la empresa haya prescindido de los procedimientos marcados por el art. 41 y 47 del ET, previsto el primero con carácter definitivo para el caso de que existan probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa, mientras que el segundo previsto por esas mismas causas con carácter temporal, pero no así para cuando, como acontece en el caso presente, se trata de cumplir con una normal laboral que es indisponible para las partes, si no se quiere incurrir en responsabilidad por infracción de la LISOS.

En definitiva, la modificación puede ser implantada sin necesidad de seguir el procedimiento del art. 41 ET, porque no ha sido adoptada por decisión unilateral del empresario, sino que deriva directamente de la ley (STS 21-1-2014, rec. 81/2013).

Consiguientemente no hay modificación sustancial de condiciones de trabajo del art. 41 del ET si la modificación del tiempo de trabajo se hallaba justificada en el cumplimiento de una obligación legal de ineludible cumplimiento para la empresa, como es el art. 16 de la LPRL, de manera que " la adopción de una medida prevista (en el plan de prevención de riesgos laborales), como puede ser el cambio de turnos para evitar el trabajo nocturno mientras persista el riesgo detectado en la evaluación, no constituye una modificación sustancial de condiciones de las que regula el artículo 41 ET ". (STS de 18.12.2013, Rec. 2566/2012).

Es verdad existe un voto particular suscritos por dos magistrados a la STS de 15 de octubre de 2013, rec. 3098/2012, en el que se razona lo que sigue:

" La subrogación se produce en el marco de un contrato de trabajo con otra empresa que coexistía y era compatible con otro vínculo contractual con la demandada. Dos contratos de trabajo, por tanto, antes de la subrogación y dos contratos también después de ésta, es decir, una situación de pluriempleo que era posible antes y que debe seguir siendo posible después, pues la prohibición de la jornada máxima afecta a un vínculo contractual no a dos o más vínculos y lo único que se ha producido es un cambio de la persona del empleador en una relación laboral y la coincidencia de ese empleador con el que ya lo era en la segunda relación. Si no se respeta esta situación se vulnera la norma que establece la garantía de la subrogación y se perjudica al trabajador, que no solo pierde la retribución correspondiente a un tiempo de trabajo superior que era compatible con la regla sobre jornada máxima legal, sino que también pierde, al menos en parte, su segundo contrato en el caso de una nueva subrogación".

Con todo, hemos de estar al criterio mayoritario de esa STS, imponiéndose por lo razonado la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia de instancia.

Sin costas (art. 235 LRJS).

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por D^a. Rafaela contra la sentencia de fecha seis de marzo de dos mil quince, dictada por el Juzgado de lo Social número 11 de MADRID, en sus autos número



1269/2014, seguidos a instancia de la recurrente contra ISS FACILITY SERVICES S.A., sobre MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE CONDICIONES DE TRABAJO y, en su consecuencia, confirmamos la resolución judicial recurrida. 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 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

Hágaseles saber a los antedichos, sirviendo para ello esta misma orden, que contra la presente sentencia pueden, si a su derecho conviene, interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina, que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social de Madrid dentro del improrrogable plazo de los diez días laborales inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia de acuerdo con lo establecido, más en concreto, en los artículos 220, 221 y 230 de la LRJS.

Asimismo se hace expresa advertencia a todo posible recurrente en casación para unificación de esta sentencia que no goce de la condición de trabajador o de causahabiente suyo o de beneficiario del Régimen Público de la Seguridad Social o del beneficio reconocido de justicia gratuita, deberá acreditarse ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso el ingreso en metálico del depósito de 600 euros conforme al art. 229.1 b) de la LRJS y la consignación del importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente, en la cuenta corriente número 2826000000 nº recurso que esta Sección Primera tiene abierta en el Banco de Santander, sita en el Paseo del General Martínez Campos 35, Madrid.

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 número 2826000000 nº recurso.

Pudiéndose, en su caso, sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento de dicha condena mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvanse los autos originales, para su debida ejecución, 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.

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior sentencia el , por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal, doy fe.