

**BASE DE DATOS NORMACEF SOCIO-LABORAL
TRIBUNAL SUPREMO**

Sentencia de 15 de octubre de 2013

Sala de lo Social

Rec. n.º 3098/2012

SUMARIO:

Sucesión de contratas. Trabajadora, pluriempleada en dos contratas de limpieza diferentes (en una a tiempo completo y en la otra a tiempo parcial), que con ocasión de la sucesión empresarial en una de ellas, ve como la misma empresa pasa a ser adjudicataria de las dos contratas, subrogándose en el contrato de la antigua. Comunicación a la trabajadora de la reducción de jornada a fin de no superar la jornada máxima legal. No existe despido parcial, sino modificación de las condiciones de trabajo, ya que la nueva contratista incorpora al trabajador a su plantilla y luego reduce la jornada para que no supere el máximo legal, dado que ya tenía un contrato a tiempo parcial con ella. En otro caso, el contrato sería ilícito por pactarse contra lo prohibido en la Ley. La reducción de jornada puede ser temporal o definitiva y esta última solo es constitutiva de despido total y no parcial cuando implica la ilícita conversión de un contrato a jornada completa en otro a tiempo parcial. Voto particular.

PRECEPTOS:

RDLeg. 1/1995 (TRET), arts. 34.3, 35, 44, 47.2 y 56.

Ley 36/2011 (LRJS), art. 110.

PONENTE:

Don José Manuel López García de la Serrana.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a quince de Octubre de dos mil trece.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala, en virtud del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado Don Diego de la Villa de la Serna en nombre y representación de ISS FACILITY SERVICES contra la sentencia dictada el 2 de julio de 2012 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en recurso de suplicación n.º 1922/2012, interpuesto contra la sentencia de fecha 3 de octubre de 2011, dictada por el Juzgado de lo Social n.º 15 de Madrid, en autos núm. 724/2011, seguidos a instancias de DOÑA María Angeles contra ISS FACILITY SERVICES S.A. sobre DESPIDO.

Ha comparecido en concepto de recurrida DOÑA María Angeles representada por el Letrado Don Alberto Mansino Martín.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana,

ANTECEDENTES DE HECHO**Primero.**

Con fecha 3 de octubre de 2011 el Juzgado de lo Social n.º 15 de Madrid dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos: " 1.º- La parte actora, Doña María Angeles, venía prestando servicios para la empresa Eulen S.A., con antigüedad desde el 27-3-92, con la categoría de limpiadora y salario mensual bruto con prorrateo de pagas de 1.385,10 euros mensuales. Desarrollaba su trabajo para esta empresa en el centro de Esic Marketing de Business School de Pozuelo de Alarcón, de lunes a viernes en horario de 8 a 15,48 horas. 2.º- También prestaba servicios para la demandada Iss Facility Services S.A., desde 12-6-07, con la categoría de limpiadora, y un salario de 681,66 euros mensuales con prorrateo de pagas, en horario de 18 a 21,48 horas de lunes a viernes en el centro de Fujitsu de Pozuelo de Alarcón. 3.º- Mediante carta de 28-4-11 la demandada comunica a la demandante que es la nueva adjudicataria del servicio en Esic Marketing Business School en sustitución de Eulen S.A., a partir del 1-5-11. Se indica que con el objetivo de cumplir con la jornada máxima de trabajo se le ofrecen dos opciones: o mantener 39 horas de trabajo semanales en el centro de Esic Marketing & Business School, en horario de lunes a viernes de 8 a 15,48 horas o bien 20 horas en ese centro de lunes a viernes de 8 a 12 horas y 19 horas en el centro de trabajo Fujitsu en horario de lunes a viernes de 18 a 21,48

horas. Se respeta la antigüedad en Eulen S.A., en cuanto condición del contrato de trabajo de 25-2-92 firmado con Eulen S.A. por ser el más beneficioso. En caso de manifestar opción se entiende que opta por la primera. La actora firmó como no conforme. 4.º- La parte actora no ostenta ni ha ostentado la cualidad de representante legal o sindical de los trabajadores. 5.º- Se celebró acto de conciliación el 10-6-11 con el resultado de sin avenencia."

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: "Que DEBO DESESTIMAR Y DESESTIMO la demanda formulada DOÑA María Angeles contra la empresa ISS FACILITY SERVICES S.A., declarando que no ha existido despido."

Segundo.

La citada sentencia fue recurrida en suplicación por DOÑA María Angeles ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, la cual dictó sentencia en fecha 2 de julio de 2012, en la que consta el siguiente fallo: "ESTIMAMOS EN PARTE el recurso de suplicación interpuesto por doña María Angeles, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 15 de los de Madrid, en autos número 724/11, seguidos a instancia de la recurrente contra la empresa ISS FACILITY SERVICES SA, en materia de despido, y en su consecuencia revocamos aquélla, y con estimación de la demanda declaramos que el cese de la actora constituye un despido IMPROCEDENTE y condenamos a la demandada a estar y pasar por la precedente declaración, pudiendo optar, en el plazo de cinco días a contar desde la notificación de la presente resolución, mediante escrito o comparecencia, entre readmitir a la demandante en su puesto de trabajo o indemnizarle en la cantidad de 19.906'5 euros, y al abono de los salarios de tramitación devengados hasta la fecha de notificación de la presente resolución, a razón de 23'08 euros día. Sin costas."

Tercero.

Por la representación de ISS FACILITY SERVICES se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina que tuvo entrada en el Tribunal Superior de Justicia de Madrid el 22 de octubre de 2012. Se aporta como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia en fecha 12 de marzo de 2009 .

Cuarto.

Con fecha 7 de marzo de 2013 se admitió por esta Sala a trámite el presente recurso, dándose traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte recurrida para que formalice su impugnación en el plazo de quince días.

Quinto.

Evacuado el traslado de impugnación por el Ministerio Fiscal se emitió informe en el sentido de considerar el recurso PROCEDENTE, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 9 de octubre de 2013, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

1. La cuestión planteada en el presente recurso de casación para unificación de doctrina consiste en determinar si la nueva adjudicataria de los servicios de limpieza debe subrogarse en la totalidad de la jornada durante la que era empleada una trabajadora de la anterior contratista, cuando resulta que esa trabajadora ya era empleada de la nueva adjudicataria en otra contrata de la misma, lo que supondría, caso de ser positiva la respuesta, que trabajase para la misma empresa, más de cuarenta horas semanales (58 horas), siendo así que el Convenio establece una jornada máxima de 39 horas a la semana.

La sentencia recurrida contempla el caso de una limpiadora que trabajaba para Eulen en una escuela de negocios por la mañana (de las 8 a las 15'48 horas de lunes a viernes) un total de 39 horas a la semana. Simultáneamente, por la tarde trabajaba de limpiadora en otro centro 19 horas a la semana (de las 18 a 21'48 horas) para la empresa hoy recurrente quien en abril de 2011 se adjudicó la contrata de limpieza que tenía Eulen. El 28 de abril de 2011 la recurrente comunicó a la trabajadora que se subrogaba en el contrato de EULEN, y que le reconocía la mayor antigüedad en ella ganada, pero que, para respetar las normas sobre jornada máxima, debería optar entre trabajar sólo 39 horas por la mañana en la limpieza de la escuela de negocios o bien 20 horas por la mañana (8 a 12) en esa escuela y otras 19 por la parte en el otro centro. La trabajadora accionó por despido y su pretensión fue desestimada en la instancia por sentencia que en suplicación revocó la sentencia hoy

recurrida. Esta sentencia declaró la improcedencia del despido, al reducirse indebidamente la jornada y el salario de una pluriempleada que se veía privada de un empleo de forma parcial. Por ello, condenó a la empresa a la readmisión en las mismas condiciones existentes con anterioridad o a pagar una indemnización de 19.906'5 euros en otro caso, cantidad equivalente al 50 por 100 de la indemnización correspondiente al trabajo en Eulen.

2. Contra la anterior sentencia se presenta el recurso que como sentencia de contraste, a fin de acreditar la existencia de contradicción doctrinal que condiciona la admisibilidad del recurso, conforme al art. 219 de la L.J.S., cita el recurso la dictada el 12 de marzo de 2009 (R.S. 5956/08) por el T.S.J. de Galicia. En esta sentencia se contempla el caso de una limpiadora, pluriempleada, que con ocasión de la sucesión empresarial en una de las contrataciones en las que estaba empleada, vió como de las dos contrataciones era adjudicataria la misma empresa, quien se subrogó en el contrato de la antigua adjudicataria, pero comunicó a la trabajadora que se veía obligada a reducir su jornada laboral en 9'75 horas a la semana, para adecuar la misma a las normas sobre jornada máxima legal. La reducción de la jornada la fundó la nueva contratista en que la trabajadora ya le prestaba sus servicios a jornada completa en otra contrata que tenía con otra empresa en otro centro de trabajo. La empleada demandó a la empresa por despido improcedente consistente en reducción unilateral de la jornada que suponía la extinción de un contrato. La demanda fue desestimada en la instancia por sentencia que fue confirmada por la sentencia de contraste, al entender que no había existido despido, sino una modificación sustancial de las condiciones de trabajo.

3. Las sentencias comparadas son contradictorias en los términos que requiere el artículo 219 de la L.J.S., ya que resuelven de forma diferente supuestos sustancialmente idénticos. En efecto, en ambos casos se trataba de empleadas a jornada completa en una contrata de limpieza y a tiempo parcial en otra, contrataciones adjudicadas a distintas empresas, pero que, posteriormente, una de esas empresas se hace cargo de la otra contrata en la que prestaban sus servicios personas a las que ya empleaba. En ambos casos, la nueva adjudicataria se subrogó en los contratos pero acordó la reducción de la jornada de esas trabajadoras que ya empleaba, para adecuarla a las normas sobre jornada máxima. No conformes con ello las empleadas presentaron demandas por despido que han terminado de forma diferente: la sentencia recurrida ha estimado que hubo un despido improcedente y la otra que lo que se produjo fue una reducción de la jornada constitutiva de una modificación sustancial.

La existencia de contradicción obliga, cual ha informado el Ministerio Fiscal, a entrar a conocer del recurso y a unificar la disparidad doctrinal existente, cuestión en la que coincide, incluso, la parte recurrida.

Segundo.

En el apartado del recurso dedicado al examen del derecho aplicado, la empresa recurrente alega la infracción del artículo 24 del Convenio Colectivo de Limpiezas de Edificios de Madrid en relación con los artículos 34, 35 y 56 del E.T. y 110 de la L.R.J.S., al entender la recurrente que, al coincidir en una sola empresa la adjudicación de dos contrataciones diferentes, los empleados de la misma en las dos contrataciones pasan a tener una sola relación laboral con ella, un sólo contrato, lo que hace que se apliquen al mismo las normas que limitan la jornada laboral máxima, razón por la que la empleada no podía superar el número máximo de horas de trabajo legal y era correcta, consiguientemente, la reducción de su jornada laboral, sin que esa acción sea asimilable a la de despedir porque no hubo intención de despedir, sino de modificar sustancialmente el contrato reduciendo la jornada laboral, cual evidencia el hecho de que la actora continúe a su servicio a jornada completa.

Para resolver la cuestión planteada conviene, ante todo, tener presente que la recurrente se subrogó en el contrato de la anterior contratista, le reconoció la antigüedad que tenía en la anterior empresa e, incluso, le ofreció trabajar toda la jornada laboral por la mañana, como venía haciendo con la anterior contratista. Ello sentado, difícilmente puede hablarse de despido, porque la empresa en ningún momento ha expresado su voluntad de rescindir el contrato de trabajo, sino que expresamente ha manifestado su voluntad de mantenerlo vivo. En supuestos similares la Sala ha declarado desde antiguo (STS 7-4-2000 (R. 1746/1999) y 20 de noviembre de 2000 (Rcud. 1417/2000)) "la figura del despido exige de una decisión del empresario, expresa o tácita, de dar por concluida la relación de trabajo, que se configura entre aquél y el trabajador como única (arts. 1, 4 y 5 del Estatuto de Los Trabajadores,) aunque susceptible de sufrir alteraciones por decisión unilateral del empresario, que cuando afectan a la jornada, pueden ser modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y dar lugar a que operen los mecanismos previstos en el artículo 41 de la norma antes citada. En el caso examinado, la decisión de la empresa de reducir la jornada de la recurrente en doce horas semanales, pudo constituir, como se ha dicho, una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, pero en modo alguno un despido al no producirse manifestación expresa o tácita del empleador en tal sentido y, por el contrario, mantenerse viva, aunque modificada, la relación de trabajo existente entre la trabajadora y la empresa.". Más recientemente, en nuestras sentencias de 14 de mayo de 2007 (Rcud. 85/2006) y 7 de octubre de 2011 (Rcud. 144/2011), se reitera esa doctrina y en la segunda de ellas se afirma: "Actualmente, tras la entrada en vigor el día 19 de septiembre de

2.010 de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo (BOE 227/2010, de 18 de septiembre de 2010), norma que no resulta aplicable al caso por evidentes razones temporales, se admite en la nueva redacción del artículo 47.2 ET que la jornada de trabajo se pueda reducir "por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción con arreglo al procedimiento previsto en el apartado anterior. A estos efectos, se entenderá por reducción de jornada la disminución temporal de entre un 10 y un 70 por ciento de la jornada de trabajo computada sobre la base de una jornada diaria, semanal, mensual o anual ...", regulándose el procedimiento para acceder a esa posibilidad (art. 47.1 ET) a través del expediente que se siga al efecto por el cauce del art. 51 ET, pero con la particularidad, entre otras, de que ese procedimiento habrá de seguirse cualquiera que sea el número de empleados de la empresa o de trabajadores afectados."

"En todo caso, la STS de 14 de mayo de 2.007 añade a los argumentos antes reseñados que "... la imposición unilateral de jornada reducida (con carácter individual o colectivo) e incluso la modificación colectiva acordada de consuno con los representantes de los trabajadores, no determinan la mutación del contrato tiempo completo/tiempo parcial, sino la mera reducción de la jornada en contrato a tiempo completo que persiste como tal categoría jurídica, pues la específica modalidad de que tratamos (contrato a tiempo parcial) únicamente puede ser fruto de una conversión contractual que se instrumente por medio de una novación extintiva, que en todo caso es requirente de la voluntad concorde del trabajador".

Con arreglo a esa doctrina no puede afirmarse que nos encontremos ante un despido, ni menos aún, ante un despido parcial que conlleve la rescisión indemnizada del contrato en porcentaje similar a la reducción de la jornada. Si estamos ante una reducción de jornada, resulta que el procedimiento seguido no es el adecuado y que la cuestión planteada quedaría reducida a determinar si esa reducción de jornada, si esa modificación del contrato es ajustada o no a derecho, si concurren circunstancias técnicas y organizativas que la avalen y si la trabajadora puede pedir la rescisión total y no parcial de su contrato con base en los preceptos citados o en el art. 50 del E.T . de forma definitiva o temporal, conforme a los artículos 41 y 47-2 del Estatuto de los Trabajadores . Por otro lado, 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. Todas esas cuestiones deberán resolverse en el procedimiento adecuado y no en este cuyo objeto es el supuesto despido parcial de la demandante, acción a la que no se podían acumular ni la de extinción del contrato, ni la de modificación sustancial de las condiciones del mismo (art. 27-4 de la L.P.L . vigente al tiempo de presentarse la demanda). Y dado el objeto del proceso, la pretensión debió desestimarse por no haber existido despido, sino una modificación de las condiciones del contrato.

La solución dada no contradice lo dicho en nuestra sentencia de 1 de junio de 2012 (Rcud. 1630/2011) porque se acepta la posibilidad de que un trabajador tenga dos contratos con la misma empresa, que una empresa le de ocupación en dos centros y porque el supuesto contemplado en aquella sentencia y el debate resuelto fueron distintos. No sólo porque en aquél caso no se aplicaba el Convenio de Limpieza como en el presente, sino otro distinto dándose la particularidad de que en cada contrato el trabajador tenía diferente categoría y actividad, sino, principalmente porque resulta que la sentencia recurrida en aquél asunto había aplicado el art. 44 del E.T . para afirmar que era la empresa entrante la responsable del despido por haberse negado a subrogarse en el contrato de la anterior contratista. Ese debate no se ha planteado en el presente caso, porque la recurrente no se negó a subrogarse en el contrato de la anterior adjudicataria, incluso reconoció expresamente la antigüedad ostentada en ella, y sólo después acordó reducir la jornada laboral, lo que evidencia que estamos ante una modificación de las condiciones de trabajo, ante una reducción de jornada y no ante un despido ¿parcial? de quien sigue trabajando para la nueva contratista. No estamos ante la conversión unilateral de un contrato a jornada completa en otro a tiempo parcial que facultaría al trabajador a rescindir su contrato, ex art. 50 del E.T ., sino ante una reducción de la jornada.

Por todo lo razonado, cabe concluir, como ha informado el Ministerio Fiscal, que no ha existido despido, sino una reducción parcial de la jornada laboral acordada por la empleadora por motivos legales, decisión cuya calificación escapa al objeto de este proceso. Consiguientemente, procede estimar el recurso, casar y anular la sentencia recurrida y resolver el debate planteado en suplicación en el sentido de desestimar el recurso de esa clase que interpuso la actora y de confirmar la sentencia de instancia. Sin costas.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Que estimando, como estimamos, el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por el Letrado Don Diego de la Villa de la Serna en nombre y representación de ISS FACILITY SERVICES contra la sentencia dictada el 2 de julio de 2012 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en recurso de suplicación n.º 1922/2012, interpuesto contra la sentencia de fecha 3 de octubre de 2011, dictada por el Juzgado de lo Social n.º 15 de Madrid, en autos núm. 724/2011, seguidos a instancias de DOÑA María Angeles contra ISS FACILITY SERVICES S.A., debemos casar y anular la sentencia recurrida y confirmar la sentencia dictada en la instancia el día 3 de octubre de 2011 por el Juzgado de lo Social n.º 15 de Madrid. Sin costas. Devuélvanse a la recurrente los depósitos y consignaciones constituidos para recurrir.

Devuélvanse las actuaciones al Organismo Jurisdiccional de procedencia, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

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 así como el voto particular formulado por el Excmo. Sr. Don Aurelio Desdentado Bonete, y al que se adhiere el Magistrado Excmo. Sr. D. Miguel Angel Luelmo Millan hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL EXCMO. SR. DON Aurelio Desdentado Bonete Y AL QUE SE ADHIERE EL MAGISTRADO EXCMO. SR. D. Miguel Angel Luelmo Millan A LA SENTENCIA DICTADA EN EL RECURSO N.º 3098/12,

De conformidad con lo establecido en el artículo 260 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, formulo voto particular a la sentencia dictada en el recurso 3098/11 para sostener la posición que mantuve en la deliberación.

El voto particular se funda en la siguiente consideración jurídica:

Única.

Comparto plenamente la decisión de la sentencia que ha aprobado la mayoría en la medida en que estima el recurso por apreciar la inexistencia de despido. Mi discrepancia afecta a un punto realmente marginal y del podría sin duda haberse prescindido, pues nada añade en orden a la justificación del fallo.

Se trata de lo que se dice en el párrafo tercero del fundamento jurídico segundo sobre la imposibilidad legal del cumplimiento de la obligación de respetar, en la subrogación en el contrato de la actora, el tiempo de trabajo que resulta de la superposición de los dos vínculos por la vulneración que ello supondría de las normas sobre jornada máxima. De este razonamiento, que pudiera prejuzgar una eventual reclamación por modificación de las condiciones de trabajo, insisto en que se puede prescindir.

Pero también he de señalar que no lo comparto. 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.

Es cierto que la existencia de dos contratos con el mismo empleador, puede llevar a la sospecha de un fraude para eludir la norma imperativa sobre la jornada. Pero en el presente caso es obvio que ese riesgo no existe. La solución que propongo pienso que es más respetuosa con nuestra sentencia de 1 de junio de 2012.

Madrid 15 de octubre de 2013.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.