

BASE DE DATOS DE NORMACEF**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAÍS VASCO**

Sentencia 1406/2015, de 14 de julio de 2015

Sala de lo Social

Rec. n.º 1256/2015

SUMARIO:

Sucesión de contratas. Extinción del contrato por incumplimiento del empresario. Modificación sustancial de condiciones de trabajo. *Distribución de la jornada del trabajador en un 70% en una contrata, la que es objeto de sucesión, y un 30% en otra, desempeñando siempre las mismas funciones de encargo. Correcta negativa de la empresa entrante, en base al convenio colectivo de aplicación, a asumir a dicho trabajador por entender que no cabe la transmisión debido a su pertenencia a la categoría de personal estructural de la primera.* Se estima que ante la negativa de la contratista saliente a continuar con el trabajador en la integridad de su jornada, procediendo a la reducción de la misma en un 70% por la vía de los hechos, se ha producido una modificación sustancial de condiciones que lleva aparejada la posibilidad de extinción del contrato de trabajo a instancia del trabajador, ex artículo 41 ET. No se estima, sin embargo, la pretensión de extinción por la vía del artículo 50 ET, al no verse comprometida ni la dignidad ni la formación profesional del trabajador. **Voto particular.** Sí cabe apreciar la extinción por la vía del apartado c) del artículo 50 ET, al constatarse un incumplimiento laboral grave, sin que sea necesario para ello que concurra el menoscabo de la dignidad del trabajador, pues se atenta contra la prohibición general de conversión de un contrato a tiempo completo en otro a tiempo parcial.

PRECEPTOS:

RDLeg. 1/1995 (TRET), arts. 12.4 e), 41, 42 y 50.

PONENTE:

Doña Garbiñe Biurrún Mancisidor.

En la Villa de Bilbao, a catorce de julio de dos mil quince.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, formada por los Iltmos. Sres. DOÑA GARBIÑE BIURRUN MANCISIDOR, Presidenta, DON FLORENTINO EGUARAS MENDIRI y DON MODESTO IRURETAGOYENA ITURRI, Magistrados, ha pronunciado,

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente,

SENTENCIA

En el Recurso de Suplicación interpuesto por DON Eulalio , contra la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de los de Vitoria-Gasteiz , de fecha 13 de Abril de 2015 , dictada en proceso que versa sobre EXTINCION DE CONTRATO LABORAL POR VOLUNTAD DEL TRABAJADOR (EXT) , y entablado por el - hoy también recurrente -, DON Eulalio , frente a la - Empresa - "LIMPIEZAS PISUERGA GRUPO NORTE, S.A." (en anagrama "LIMPISA"), es Ponente la Iltma. Sra. Magistrada DOÑA GARBIÑE BIURRUN MANCISIDOR , quien expresa el criterio de la - SALA -.

ANTECEDENTES DE HECHO**Primero.**

La única instancia del proceso en curso se inició por Demanda y terminó por Sentencia , cuya relación de Hechos Probados , es la siguiente :

1º.-) "El demandante, D. Eulalio , viene prestando servicios para la empresa demandada "LIMPIEZAS PISUERGA GRUPO NORTE, SA" con una antigüedad de 16 de noviembre de 2004, categoría profesional de encargado y salario diario con prorrata de pagas extras de 77,78 euros.

Obra en autos comunicación de conversión del contrato de trabajo del actor en indefinido.

2º.-) Por las partes convienen en fecha 1 de agosto de 2005 que el trabajo que viene prestando servicios en la empresa como encargado, a partir de la firma del escrito se pacta la novación de centro de trabajo, siendo LIMPIEZAS PISUERGA, GRUPO NORTE, en la factoría de Michelín Vitoria, con nº de cuenta cotización 01/101981533.

3º.-) En fecha 21 de agosto de 2014 la empresa demandada comunica al actor que se les había notificado la finalización del contrato mercantil por el que se realizaba el servicio de limpieza en las dependencias de Turismo Michelín en la provincia de Vitoria con efectos de 31 de agosto de 2014 siendo la nueva empresa adjudicataria Ferrovial Servicios, indicándosele que la nueva adjudicataria se subrogará en el contrato de trabajo que el actor mantiene con la demandada.

Obra en autos copia de la comunicación que se da por reproducida.

4º.-) En fecha 28 de agosto de 2014 por Ferrovial Servicios se comunica al actor que resultando adjudicatarios del servicio FM Turismo Michelín Vitoria y comienzo servicios el 1 de septiembre de 2014 se ha solicitado con la finalidad de proceder a la subrogación de los trabajadores adscritos a dicho servicio a la empresa cesante documentación de los mismos, señalando que si bien con dicha fecha se procederá a la subrogación del personal adscrito a los mencionados servicios, procedentes de la anterior adjudicataria, que cumpla los requisitos legalmente establecidos, no lo harán respecto del actor una vez revisados los datos facilitados por el anterior adjudicatario así como la Sentencia del Juzgado de lo Social de Vitoria de fecha 28 de junio de 2012 al entender que no cumple los requisitos legalmente establecidos para ser subrogado.

Y en el mismo sentido se comunica en fecha 28 de agosto de 2014 por Ferrovial Servicios a la empresa demandada, que se contesta por escrito de fecha 29 de agosto de 2014 por la empresa demandada y por Ferrovial Servicios en fecha 16 de septiembre de 2014.

Obra en autos copia de las comunicaciones que se dan por reproducidas.

5º.-) En fecha 29 de agosto de 2014 por la empresa demandada se comunica al actor lo siguiente:

Muy Sr. Nuestro,

Como consecuencia de la adjudicación del servicio de FM Turismo Michelín Vitoria a la empresa FERROVIAL SERVICIOS SA con fecha de efectos del 1 de septiembre de 2014, instamos su subrogación a dicha adjudicataria.

Por un error administrativo, instamos su subrogación a jornada completa, pero revisada su documentación (En concreto el acuerdo de fecha seis de septiembre de dos mil doce), comunicamos a FERROVIAL SERVICIOS S.A. mediante burofax enviado el 29 de agosto de 2014 que la jornada a la que debían subrogarte era el 70%.

Por lo expuesto, y tal y como le hemos indicado, desde el 1 de septiembre de 2014, usted prestará:

- El 70% de su jornada (La correspondiente a los "Talleres de Turismo" de la Factoría de Michelín España Portugal S.A. de Vitoria Gasteiz) para la mercantil FERROVIAL SERVICIOS S.A que debe subrogarle en esa jornada con fecha de efectos del 1 de septiembre

- El 30% de su jornada (La correspondiente a "Comunes" de la Factoría de Michelín España Portugal S.A. de Vitoria Gasteiz) para LIMPIEZAS PISUERGA GRUPO NORTE LIMPIZA S.A., mercantil con la que continuará prestando esa jornada.

Rogamos haga acuse de recibo del presente escrito como prueba de su recepción. Sin otro particular, reciba un cordial saludo".

6º.-) Con fecha 6 de septiembre de 2012 se acuerda entre las partes lo siguiente:

"PRIMERA. - Que el trabajador presta servicio para Limpiezas Pisuerga Grupo Norte Limpisa S.A. en la Factoría de Michelín España Portugal S.A. de Vitoria-Gasteiz, con la Categoría de ENCARGADO y JORNADA COMPLETA.

SEGUNDA. - Que a partir del 1 de octubre de 2012, y debido a la pérdida del Servicio de Limpieza de Limpisa G.N. del Taller CRP, la jornada del trabajador se distribuirá de la siguiente manera:

- -Talleres de Turismo: 70 % de la Jornada
- -Comunes: 30 % de la Jornada

TERCERA . - Que a partir de la entrada en vigor de la presente Novación el trabajador percibirá un Salario Bruto Anual de 28.000 (veintiocho mil) euros Brutos.

CUARTA .- El resto de sus condiciones actuales no varían.

La presente novación contractual se pacta respecto al SALARIO y ZONAS DE TRABAJO, y entrará en vigor a partir del 1 de octubre de 2012.

Para que así conste, y en prueba de conformidad, se extiende este acuerdo en el lugar y fecha indicados, firmándolo las partes interesadas".

Obrando en autos el acuerdo transaccional de fecha 10 de septiembre de 2014 que se da por reproducido.

7º.-) En fecha 28 de junio de 2012 se dicta en el Juzgado de lo Social nº 4 de Vitoria en los autos de despido nº 335/2012 seguidos a instancia del actor contra FERROVIAL SERVICIOS, SA FERROSER y LIMPISA GRUPO NORTE, SA, Sentencia por la que se desestima la demanda declarando que el actor no es personal subrogable a la empresa FERROVIAL SERVICIOS, SA y por tanto que no se encuentran ante un despido, absolviendo a las empresas demandadas de los pedimentos formulados en su contra.

Obra en autos copia de la Sentencia que se da por reproducida.

8º.-) Obra en autos contrato suscrito por la empresa demandada y Michelín España Portugal, SA en fecha 1 de febrero de 2012 y anexo del contrato de fecha 12 de noviembre de 2013, que se dan por reproducidos.

9º.-) A la relación laboral le resulta de aplicación el Convenio Colectivo del Sector de Limpiezas de Edificios y Locales de Álava publicado en el BOTA de fecha 16 de julio de 2014 y Convenio Colectivo Sectorial de Limpieza de edificios y locales publicado en el BOE de fecha 23 de mayo de 2013.

10º.-) Con fecha 28 de febrero de 2015 el actor es dado de baja por la empresa demandada ante la TGSS. Obra en autos copia de la Resolución sobre reconocimiento de baja.

11º.-) Intentada conciliación ante la Sección de Conciliación de la Delegación Territorial de Trabajo de Álava del Gobierno Vasco el 22 de septiembre de 2014, el mismo finalizó con el resultado de TERMINADO SIN AVENENCIA frente a Ferrovial Servicios, SA, la única compareciente".

Segundo.

La Parte Dispositiva de la Sentencia de Instancia, dice :

"Que debo DESESTIMAR y DESESTIMO la demanda interpuesta por D. Eulalio contra "LIMPIEZAS PISUERGA GRUPO NORTE, SA"; y, en consecuencia debo ABSOLVER y ABSUELVO a la demandada de todas las pretensiones deducidas de contrario".

Tercero.

Frente a dicha Resolución se interpuso el Recurso de Suplicación por la - parte actora -, DON Eulalio , que fue impugnado de contrario.

Cuarto.

Las presentes actuaciones tuvieron entrada en esta Sala el 29 de Junio, deliberándose el Recurso el siguiente 14 de Julio.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

La instancia ha dictado sentencia en la que ha desestimado la demanda que, en reclamación sobre extinción del contrato por voluntad del trabajador, dirigió D. Eulalio frente a la empresa LIMPIEZAS PISUERGA GRUPO NORTE, S.A. ¿ en adelante, LIMPISA -, y ha absuelto a la demandada de todas las pretensiones. Pronunciamiento que la instancia realiza tras concluir que el demandante no era personal de estructura de LIMPISA y que, por tanto, era subrogable a FERROVIAL SERVICIOS en septiembre de 2014, al haber resultado esta mercantil adjudicataria del taller Turismo de la Factoría Michelin de Vitoria, todo ello en un 70% de la jornada, que es la que el demandante realizaba en tal taller, de donde se concluye que la comunicación empresarial impugnada no constituye modificación sustancial de condiciones de trabajo, sino el mantenimiento del actor en LIMPISA en la jornada que no habría de ser subrogada por FERROVIAL SERVICIOS.

Frente a esta sentencia se alza en suplicación D. Eulalio .

Lo hace con base, en primer lugar, en el motivo previsto en el artículo 193. b) de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social ¿ en adelante, LRJS - esto es, solicitando la revisión del relato de Hechos Probados contenido en aquélla.

Sabido es que el legislador ha configurado el proceso laboral como un proceso al que es consustancial la regla de la única instancia, lo que significa la inexistencia del doble grado de jurisdicción, y ha construido el Recurso de Suplicación como un recurso extraordinario, que no constituye una segunda instancia, y que participa de una cierta naturaleza casacional (Sentencia del Tribunal Constitucional 3/1983, de 25 de Enero), sin que la nueva LRJS haya alterado su naturaleza.

Ello significa que este recurso puede interponerse sólo para la denuncia de determinados motivos tasados y expresados en el precitado artículo 193 de la Ley de Procedimiento Laboral , entre los que se encuentra el de la revisión de los Hechos Probados.

De ahí que el Tribunal no pueda examinar ni modificar la relación fáctica de la Sentencia de instancia si ésta no ha sido impugnada por el recurrente, precisamente a través de este motivo, que exige, para su estimación:

a .-) Que se haya padecido error en la apreciación de los medios de prueba obrantes en el proceso, tanto positivo, esto es, consistente en que el Magistrado declare probados hechos contrarios a los que se desprenden de los medios probatorios; como negativo, es decir, que se hayan negado u omitido hechos que se desprenden de las pruebas;

b .-) Que el error sea evidente;

c .-) Que los errores denunciados tengan trascendencia en el Fallo, de modo que si la rectificación de los hechos no determina variación en el pronunciamiento, el Recurso no puede estimarse, aunque el error sea cierto;

d .-) Que el recurrente no se limite a expresar qué hechos impugna, sino que debe concretar qué versión debe ser recogida, precisando cómo debiera quedar redactado el hecho, ofreciendo un texto alternativo; y,

e.-) Que el error se evidencie mediante las pruebas documental o pericial obrantes en autos, concretamente citadas por el recurrente, excluyendo todos los demás medios de prueba, salvo que una norma atribuya a algún elemento probatorio un determinado efecto vinculante de la convicción del Juez, en cuyo caso, la infracción de dicha norma habría de ser denunciada.

En cuanto a los documentos que pueden servir de base para el éxito de este motivo del Recurso, ha de señalarse que no basta cualquiera de ellos, sino que se exige ¿como la Jurisprudencia ha resaltado- que los alegados tengan "concluyente poder de convicción" o "decisivo valor probatorio" y gocen de fuerza suficiente para poner de manifiesto al Tribunal el error del Magistrado de instancia, sin dejar resquicio alguno a la duda.

Respecto a la prueba pericial, cuando en el proceso se ha emitido un único Dictamen, el Magistrado lo aprecia libremente (artículo 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), pero aquél puede servir de base para el Recurso de Suplicación cuando el Juzgador lo desconoció o ignoró su existencia, y lo mismo puede predicarse del caso en que, habiéndose emitido varios Dictámenes, todos ellos lo hayan sido en el mismo sentido.

En el presente caso, pretende la parte recurrente se revise el relato de Hechos Probados de la Sentencia de instancia, concretamente para añadir el siguiente texto al hecho probado séptimo:

"Por medio de sentencia nº 241/2012, dictada por el Juzgado de lo Social nº 4 de Vitoria-Gasteiz, en autos nº 335/2012, ya se resolvió que el sr. Don Eulalio , es personal de estructura de LIMPISA.

La sentencia nº 241/2012 fue consentida por LIMPISA, al no interponer recurso contra la misma".

Pretensión que va a ser desestimada por ser innecesaria tal adición, ya que la instancia ya ha tenido por reproducida la Sentencia de referencia en el hecho probado séptimo y que razona sobre ella en su fundamento jurídico tercero, por lo que nada aporta la adición pretendida.

Segundo.

El artículo 193-c) de la LRJS recoge, como otro motivo para la interposición del Recurso de Suplicación, " examinar las infracciones de normas sustantivas o de la Jurisprudencia ", debiendo entenderse el término "norma" en sentido amplio, esto es, como toda norma jurídica general que traiga su origen en autoridad legítima dentro del Estado (incluyendo la costumbre acreditada, las normas convencionales y, naturalmente, los Tratados Internacionales ratificados y publicados en el Boletín Oficial del Estado).

Debe matizarse, por otra parte, la referencia legal a las "normas sustantivas" , en el sentido de que existen supuestos en los que la norma procesal determina el Fallo de la Sentencia de instancia, sin que pueda alegarse su infracción por la vía de la letra a) del ya precitado artículo 193 LRJS , lo que ocurre en los casos de cosa juzgada, incongruencia, contradicción en el Fallo y error de derecho en la apreciación de la prueba.

Ha de remarcarse también que la infracción ha de cometerse en el Fallo de la Sentencia, lo que significa que la Suplicación no se da contra las argumentaciones empleadas en su Fundamentación, sino contra la Parte

Dispositiva que, al entender del recurrente, ha sido dictada infringiendo determinadas normas sustantivas, que deben ser citadas, por lo que no cabe admitir la alegación genérica de una norma, sino que debe citarse el concreto precepto vulnerado, de manera que si el derecho subjetivo contrariado se recoge en norma distinta de la alegada, la Sala no podrá entrar en su examen, cuyo objeto queda limitado al estudio y resolución de los temas planteados.

Tercero.

Con amparo en el precitado artículo 193-c) LRJS , impugna la recurrente la Sentencia de instancia, alegando la infracción de lo dispuesto en el artículo 222 LEC sobre la cosa juzgada. Argumenta el trabajador demandante, en esencia, que cuestión idéntica a la ahora planteada por LIMPISA ya fue resuelta en la Sentencia de 28 de junio de 2012 del Juzgado de lo Social de Vitoria-Gasteiz , en la que se declaró que el demandante no era personal subrogable a FERROVIAL SERVICIOS, por tratarse de personal de estructura, al no haberse acreditado que prestara servicios en el taller CPR.

La institución de la cosa juzgada está íntimamente vinculada a la litispendencia, ya que la dilatoria de litispendencia impide el seguimiento del proceso (o su decisión) mientras tanto se este desarrollando otro idéntico en el mismo Tribunal, o en otro, sin que en el últimamente aludido haya recaído sentencia firme; y la perentoria de cosa juzgada constituye un óbice para la decisión del proceso actual cuando ya se hubiere resuelto por sentencia firme otro sobre la misma cuestión y entre las mismas partes (STS de 20-11-06 , RJ 9152; STS Sala General 20-12-06 , RJ 1504/07).

Por otra parte, hay que tener presente la diferenciación que presenta la cosa juzgada en sus dos principales vertientes, formal y material, según afecte al momento procesal o al derecho ejercido.

Así, en la vertiente formal, plasmada en el artículo 207.3 LEC , la cosa juzgada vincula al tribunal y a las partes a las resoluciones firmes dictadas en el proceso, presentando una específica variante en el ordenamiento jurídico procesal laboral en las sentencias firmes de conflicto colectivo respecto a los litigios individuales con las mismas causas de pedir (TSJ País Vasco 13-7-04 , AS 3735 ; TSJ Cataluña 5-5-06 , AS 455).

A su vez, en su vertiente material, que recoge el artículo 222 LEC , la norma distingue entre dos efectos: el efecto positivo y el negativo de la cosa juzgada, los cuales cobran sentido respecto de las resoluciones de fondo, pues sólo puede haber cosa juzgada si se ha juzgado ya una determinada pretensión (TS 6-6-06, Rec 1234/05).

Los efectos negativos de la cosa juzgada material impiden que se vuelva a juzgar lo ya juzgado, y para poder ser apreciada se exige la triple identidad ya conocida en cuanto a los sujetos, la pretensión y la causa de pedir (SSTS en unificación de doctrina de 19-6-92, RJ 4599 ; 2-10-95, RJ 7092 ; 30-4-97 , RJ 3562), aunque se estima que no es necesaria una igualdad perfecta entre todos los componentes de los dos procesos (TS 29-9-94, RJ 7732; 29-5-95, RJ 4455; 23-10-95, RJ 7867). Se ha estimado la concurrencia de la cosa juzgada en efecto negativo cuando se ha resuelto en conflicto colectivo de ámbito nacional cuando se plantea otro conflicto de ámbito provincial con el mismo objeto (TS 9-3-07, RJ 3390); también cuando se reclaman diferencias salariales sobre un módulo salarial decidido en sentencia firme de despido (TS 29-3-07, JUR 198648).

En cuanto a la vertiente positiva de la cosa juzgada material, estos efectos positivos obligan a juzgar como ya se juzgó en el litigio precedente, cuando lo allí juzgado aparezca como antecedente lógico de lo que ahora se juzga. Así se recoge en el artículo 222.4 LEC , y así lo ha razonado la STS de 14-4-05 ¿ Rec. 1850/04 -. En este sentido, ha de recordarse, por su especial interés, lo razonado en la STC 15/2006 , sobre la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva por no apreciación de la cosa juzgada material. Decía así la citada STC: "(¿) En relación con la misma este Tribunal ha sostenido de manera reiterada y uniforme que una de las proyecciones del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 CE es la que se concreta en el derecho a que las resoluciones judiciales alcancen la eficacia querida por el Ordenamiento; eficacia que supone, tanto el derecho a que se ejecuten en sus propios términos, como el que se respete la firmeza de las situaciones jurídicas declaradas, sin perjuicio de que se haya previsto legalmente su eventual modificación o revisión a través de determinados cauces extraordinarios. En otras palabras, el principio de seguridad jurídica y el derecho a la tutela judicial efectiva que reconocen, respectivamente, los arts. 9.3 y 24.1 CE vedan a los Jueces y Tribunales, fuera de los casos previstos por la Ley, revisar el juicio efectuado en un caso concreto si entendieran con posterioridad que la decisión no se ajusta a la legalidad, puesto que la protección judicial carecería de efectividad si se permitiera reabrir el análisis de lo ya resuelto por Sentencia firme en cualquier circunstancia. Como se recuerda en la STC 151/2001, de 2 de julio , "en otro caso, es decir, si se desconociera el efecto de la cosa juzgada material, se privaría de eficacia a lo que se decidió con firmeza en el proceso, lesionándose así la paz y seguridad jurídicas de quien se vio protegido judicialmente por una Sentencia dictada en un proceso anterior entre las mismas partes" (FJ 3). En la misma Sentencia hacíamos notar que tal efecto de cosa juzgada material "no sólo puede producirse con el desconocimiento por un órgano de lo resuelto por otro en supuestos en los que concurren las identidades propias de la cosa juzgada (art. 1252 CC); también se produce cuando se desconoce lo resuelto por Sentencia firme en el marco de procesos que examinan cuestiones que guardan con aquélla una relación de estricta dependencia, aunque no sea posible apreciar el efecto mencionado en el referido art. 1252 CC

(SSTC 171/1991, de 16 de septiembre, FJ 7 ; 219/2000, el 18 de septiembre , FJ 5). No se trata sólo de una cuestión que afecte a la libertad interpretativa de los órganos jurisdiccionales, sino de salvaguardar la eficacia de una resolución judicial que, habiendo adquirido firmeza, ha conformado la realidad jurídica de una forma cualificada que no puede desconocerse por otros órganos juzgadores sin reducir a la nada la propia eficacia de aquélla. La intangibilidad de lo decidido en resolución firme, fuera de los casos legalmente establecidos, es, pues, un efecto íntimamente conectado con la efectividad de la tutela judicial, tal como se consagra en el art. 24.1 CE , de tal suerte que éste resulta también desconocido cuando aquélla lo es, siempre y cuando el órgano jurisdiccional conociese la existencia de la resolución firme que tan profundamente afecta a lo ya resuelto (lo que indudablemente sucederá cuando la parte a quien le interesa la aporte a los autos), tal y como puso de manifiesto la STC 182/1994, de 20 de junio (FJ 3), y corroboró, con posterioridad, la STC 190/1999, de 25 de octubre (FJ 4)" (FJ 3; en el mismo sentido, SSTC 58/2000, de 28 de febrero, FJ 5 ; 135/2002, de 3 de junio, FJ 6 ; 200/2003, de 10 de noviembre , FJ 2) (¿)".

Pues bien, este motivo ha de ser desestimado. En efecto, en el recurso, lo que sin duda se alega es la concurrencia de la cosa juzgada en sentido positivo, esto es, para que en el presente pleito se resuelva en el mismo sentido que se falló en la Sentencia de referencia. Pues bien, en el litigio anterior se concluyó, ciertamente, como argumenta el demandante, que no era personal subrogable a FERROVIAL SERVICIOS por tratarse de personal de estructura, al no haberse acreditado que prestara servicios en el taller CPR. Ahora bien, repárese que dicha Sentencia se dictó el 28 de junio de 2012 .

Aquí está la clave de la resolución del presente recurso en este primer motivo de denuncia de infracción jurídica, como la instancia lo ha tenido también en cuenta. Así, se ha acreditado que, con posterioridad al dictado de aquella Sentencia, en fecha de 6 de septiembre de 2012 , las partes llegaron a un acuerdo ¿ que se recoge en su literalidad en el hecho probado sexto de la Sentencia ahora recurrida -, según el cual, el demandante, de categoría encargado, a partir del día 1 de octubre de 2012, debido a la pérdida del servicio de limpieza del Taller CRP por LIMPISA, distribuiría su jornada del siguiente modo: 70% en los talleres de turismo y 30% en "comunes". Asimismo, se ha acreditado que la limpieza del taller de turismo ha sido adjudicada a FERROVIAL SERVICIOS a partir del día 1 de septiembre de 2014, sin que el demandante haya sido subrogado a esta empresa, por negativa de la misma, al entender que no era personal subrogable.

En consecuencia, tal como se ha manifestado ya, no concurre la cosa juzgada positiva, ya que las circunstancias fácticas han variado desde el dictado de la anterior Sentencia, muy particularmente en función del acuerdo entre las partes operado el día 6 de septiembre de 2012, lo que impide que al presente pleito haya de dársele la misma solución automática. Todo ello sin perjuicio de lo que más adelante se resuelva respecto al fondo del asunto.

Cuarto.

El último motivo del recurso del demandante plantea la infracción de lo dispuesto en el artículo 50 ET , argumentando que se ha producido una modificación sustancial de condiciones de trabajo del artículo 41 ET afectante a la jornada de trabajo y al salario y que, por tanto, tiene derecho a la extinción de su contrato de trabajo al amparo del precitado artículo 50 ET . En consecuencia, reclama el derecho a la extinción de su contrato de trabajo por voluntad del trabajador con las consecuencias económicas y jurídicas subsiguientes. Acciona el demandante entendiendo concurre causa para pretender la extinción del contrato de trabajo con base en el artículo 50 ET , si bien también invoca el artículo 41 ET , entendiendo se ha producido modificación sustancial de jornada y salario. No queda claro totalmente si la acción ejercitada por el demandante es la de extinción del contrato al amparo del artículo 50 ET o al amparo del artículo 41.1 ET , o si ejercita ambas. En todo caso, invocándose ambos preceptos, la Sala entrará al análisis de si concurre o no causa para la extinción por una u otra vía.

Recordemos ahora, siquiera brevemente, los hechos enjuiciados, que han sido desgranados ya a lo largo de la presente resolución. Son los siguientes: el demandante, de categoría encargado, presta servicios para la demandada desde el año 2004, pasando en 2005 a realizar sus funciones en la Factoría Michelin; en fecha de 28 de junio de 2012 se dictó Sentencia por el JS nº 4 de Gasteiz según la cual el demandante no era personal subrogable a FERROVIAL SERVICIOS, por tratarse de personal de estructura, al no haberse acreditado que prestara servicios en el taller CPR; en fecha de 6 de septiembre de 2012 las hoy partes llegaron al acuerdo de que, a partir del día 1 de octubre de 2012, debido a la pérdida del servicio de limpieza del Taller CRP por LIMPISA, el demandante distribuiría su jornada del siguiente modo: 70% en los talleres de turismo y 30% en "comunes"; la limpieza del taller de turismo ha sido adjudicada a FERROVIAL SERVICIOS a partir del día 1 de septiembre de 2014, sin que el demandante haya sido subrogado a esta empresa, por negativa de la misma, al entender que no era personal subrogable; la empresa LIMPISA le ha comunicado que prestaría sus servicios en el 70% para FERROVIAL y en el 30% para LIMPISA.

El artículo 50 ET , referido a la "Extinción por voluntad del trabajador", prevé lo siguiente: " 1.- Serán causas justas para que el trabajador pueda solicitar la extinción del contrato: a) Las modificaciones sustanciales en

las condiciones de trabajo llevadas a cabo sin respetar lo previsto en el artículo 41 de esta Ley y que redunden en menoscabo de la dignidad del trabajador; b) La falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado; c) Cualquier otro incumplimiento grave de sus obligaciones por parte del empresario, salvo los supuestos de fuerza mayor, así como la negativa del mismo a reintegrar al trabajador en sus anteriores condiciones de trabajo en los supuestos previstos en los artículos 40 y 41 de la presente Ley, cuando una sentencia judicial haya declarado los mismos injustificados. 2.- En tales casos, el trabajador tendrá derecho a las indemnizaciones señaladas para el despido improcedente. "

La extinción del contrato con base en este precepto ha de ser desestimada. En efecto, no concurre ninguna de las causas justas que el mismo prevé a tal fin. Si nos centramos sólo en la causa referida a las modificaciones sustanciales ¿ esto es, la causa de la letra a) del apartado 1 del precepto invocado -, repararemos que el recurso ni siquiera alega que se haya producido en perjuicio de su formación profesional o en menoscabos de su dignidad, por lo que en modo alguno puede siquiera analizarse su concurrencia. De ahí que no podamos estimar su pretensión con este sustento.

En cuanto a la posible extinción con base en el artículo 41 ET, debemos recordar que el mismo prevé la posibilidad de que el trabajador extinga su contrato de trabajo. Así, el artículo 41.1 dice: " En los supuestos previstos en los párrafos a), b), c), d) y f) del apartado 1 de este artículo, si el trabajador resultase perjudicado por la modificación sustancial tendrá derecho a rescindir su contrato y percibir una indemnización de 20 días de salario por año de servicio prorrateándose por meses los períodos inferiores a un año y con un máximo de nueve meses. ". Supuesto que concurriría en el caso presente, toda vez que las letras a) y d) del precepto se refieren, respectivamente, a modificaciones sustanciales en la jornada y en la cuantía salarial, lo que daría lugar al derecho del demandante a extinguir su contrato en los términos indicados.

Resta, pues, por analizar, si en el caso presente, concurre la modificación sustancial que se pretende por el demandante. Esto es, si la decisión empresarial de LIMPISA constituye o no tal modificación sustancial o si, como la instancia ha entendido, no lo es, pues FERROVIAL SERVICIOS debía haber subrogado al demandante, en su caso, al resultar adjudicataria de la limpieza del taller de turismos en el que el demandante prestaba sus servicios a jornada del 70%.

Pues bien, debemos entender que concurre la modificación sustancial argumentada por el demandante. En efecto, no cabe duda de que el demandante ha visto reducida su jornada de trabajo en un 70%, en la que prestaba sus servicios en el taller de turismos de la factoría Michelin de Vitoria-Gasteiz. Ello ha de ponerse en conexión con lo decidido en la Sentencia de 28 de junio de 2012 del Juzgado de lo Social nº 4 de Gasteiz, en la que se entendió que el demandante era persona de estructura de LIMPISA, entendiéndose que sus servicios en Michelin lo eran en tal condición. Condición que no ha sido modificada, pese al acuerdo entre las partes de 6 de septiembre de 2012 ¿ aunque el documento refleja la fecha de 10 de septiembre -, toda vez que en tal acuerdo tan sólo se indica que el demandante repartirá su jornada en un 70%-30% en talleres de turismo y "comunes", respectivamente, pero sin que en modo alguno se diga que esos servicios no van a serlo en funciones estructurales, que son las que hasta entonces venía desempeñando el demandante según la precitada Sentencia, que no fue recurrida y cuya esencia no viene alterada por el acuerdo indicado. De hecho, el demandante, tal como refieren los hechos probados, ya venía desde agosto de 2005 prestando servicios como Encargado en la factoría de Michelin Vitoria ¿ hecho probado segundo de la Sentencia ahora analizada -, sin que nada sustancial haya variado con el acuerdo de septiembre de 2012, pues los servicios se siguen realizando en la misma factoría de Michelin Vitoria, con la misma categoría de Encargado y, es de entender, en las mismas funciones de personal de estructura, a lo que no obsta que las mismas se repartan en centros distintos.

En consecuencia, como ya se ha avanzado, entendemos ahora también que el demandante es personal de estructura, no subrogable, por lo que la supresión por LIMPISA del 70% de su jornada como consecuencia de la pérdida de una contrata constituye una modificación sustancial de condiciones de trabajo que, por incidir de manera sustancial en jornada y cuantía salarial, permite al trabajador extinguir su contrato de trabajo, al amparo del artículo 41.1 ET ¿ más arriba transcrito ¿ con derecho al percibo de una indemnización de 20 días de salario por año de servicio prorrateándose por meses los períodos inferiores a un año y con un máximo de nueve meses. Ello arroja la suma de 18.148,65 euros, salvo error de cálculo - teniendo en cuenta la antigüedad del 16 de noviembre de 2004, la fecha de la extinción del contrato, que será la de la presente resolución, así como el salario de 77,78 euros/día -.

Quinto.

No procede hacer declaración sobre costas por haber vencido la parte recurrente (artículo 235-1 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social).

FALLAMOS

Que estimamos el Recurso de Suplicación interpuesto por DON Eulalio, frente a la Sentencia de 13 de Abril de 2015 del Juzgado de lo Social nº 2 de Vitoria-Gasteiz, en autos nº 718/14, revocando la misma y estimando la demanda dirigida por el Sr. Eulalio frente a la empresa "LIMPIEZAS PISUERGA GRUPO NORTE,

S.A.", declarando la extinción de su contrato de trabajo desde la fecha de la presente resolución y condenando a la demandada a que le abone la indemnización de 18.148,65 euros.

Notifíquese esta Sentencia a las partes litigantes y al Ministerio Fiscal, informándoles de que no es firme, pudiendo interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina en los términos y con los requisitos que se detallan en las advertencias legales que se adjuntan.

Una vez firme lo acordado, devuélvanse las actuaciones al Juzgado de lo Social de origen para el oportuno cumplimiento.

Así, por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

E/

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia en el mismo día de su fecha por la Iltra. Sra. Magistrada-Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fé.

VOTO PARTICULAR que formula el Ilmo. SR. MAGISTRADO DON FLORENTINO EGUARAS MENDIRI en el Recurso 1256/2015 el que se apoya en los siguientes.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Que paso a EXPONER :

Unico.

Discrepo respetuosamente de la Sentencia mayoritaria y, a mi entender, debía procederse a estimar el Recurso, y en concreto los motivos segundo y tercero. ME EXPLICO : En cuanto a la vulneración de lo dispuesto en el Artículo 222 L.E.C . el demandante está asistido de la razón, y, efectivamente, concurre en este supuesto la institución de la cosa juzgada, y ello porque no ha existido variación sustancial de lo apreciado en el anterior procedimiento que declaró la naturaleza de personal estructural del trabajador y la situación actual. Si la cosa juzgada puede ser aplicada en su sentido positivo (afectación de un proceso en otro si se mantienen las circunstancias, T.S. 26 de Noviembre de 2009, Recurso 1061/2008 y 11 de Febrero de 2013, Recurso 1143/2012) , concurriendo en este caso que se examina una declaración previa firme del Juzgado Social número Cuatro de Vitoria por la que se señalaba la naturaleza específica del demandante aquí concurre. Si observo el pacto suscrito, Hecho Probado Sexto, de 6 de Septiembre de 2012, observo que no varían en absoluto las funciones, prestaciones o actividades del trabajador, y exclusivamente se centra la pretendida "novación" en la distribución de la jornada por centros. De aquí el que correspondiendo la institución de la cosa juzgada positiva a un elemento de razonabilidad, en cuanto que las cosas no pueden ser y no ser; es por lo que este motivo debía estimarse, quedando vinculado el segundo proceso al condicionado del primero (T.S. 26 de Diciembre de 2013, Recurso 386/2013) , y, en términos generales, a la imposibilidad de que se resuelvan cuestiones con resultados diferentes bajo el mismo supuesto.

Dicho lo anterior, también discrepo de la desestimación que se efectúa del último motivo, y para ello voy a acudir a un criterio jurisprudencial (T.S. 20 de Julio de 1987, R.J. 5672) , y apoyándome en un criterio consolidado vengo a señalar lo siguiente: en primer término , la dicción actual del Artículo 50 E.T . en sus Apartados a) y c) establecen incumplimientos graves de las obligaciones del empresario, bien sean en términos generales o por modificación sustancial de las condiciones de trabajo que redunden en menoscabo de la dignidad del trabajador; segundo se ha interpretado, (me remito a la sentencia señalada y a otras precedentes como la de 11 de Marzo de 1986, R.J. 1300) , que no hace falta la concurrencia de un menoscabo de la dignidad del trabajador (con anterioridad a la actual expresión del Artículo 50, a) del E.T .) , que perjudique la promoción del trabajador, cuando el empresario incurre en una actuación unilateral con un incumplimiento laboral grave, que soslaya el Artículo 41 E.T ., entonces debe aplicarse la vía del Apartado c) del Artículo 50 E.T . y declarar que existe un incumplimiento grave del empleador.

Recordemos que el Artículo 50 E.T . se apoya en el Artículo 1214 del Código Civil y destaca la reciprocidad de las prestaciones bilaterales, en el sentido de adecuar la transgresión del empresario a sus propias facultades organizativas, y objetivándose una extralimitación de los contenidos obligacionales por parte de la empresa el trabajador tiene derecho a resolver el contrato, por el desequilibrio contractual generado y que impone una restitución y restauración del vínculo, que se actúa mediante la ruptura del mismo.

En consecuencia, y atendiendo la fundamentación del recurrente creo que era estimable su demanda y con apoyo en la petición que se formula en el Recurso debía declararse la resolución contractual de su prestación de servicios por cuanto que ha existido una quiebra de los contenidos del contrato de trabajo. Así, cuando la empresa unilateralmente trastoca la prestación de servicios y la reduce a un treinta por ciento, sin acudir a ningún procedimiento o vía, y por el cauce de los hechos fija una nueva prestación del treinta por ciento, está deformando

de manera ostensible el contrato de trabajo, debiendo tenerse en cuenta el Artículo 12, número 4, E.T ., que establece una prohibición general de conversión de un contrato a tiempo completo en otro a tiempo parcial.

La consecuencia de mi estimación sería la posibilidad de resolver el contrato de trabajo con los efectos del Artículo 56 E.T ..

Así, por este mi Voto Particular , lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACION.- Leído y publicado ha sido el Voto Particular emitido por el Ilmo. Sr. Magistrado DON FLORENTINO EGUARAS MENDIRI , junto con la Sentencia de la que previene el mismo; en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fé.

ADVERTENCIAS LEGALES .-

Contra esta sentencia cabe recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que necesariamente deberá prepararse por escrito firmado por Letrado dirigido a esta Sala de lo Social y presentado dentro de los 10 días hábiles siguientes al de su notificación.

Además, si el recurrente hubiere sido condenado en la sentencia, deberá acompañar , al preparar el recurso, el justificante de haber ingresado en esta Sala el importe de la condena; o bien aval bancario en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista. Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social, una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

El recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregado en la secretaría de esta Sala de lo Social al tiempo de preparar el recurso, la consignación de un depósito de 600 euros.

Los ingresos a que se refieren los párrafos anteriores se deberán efectuar, o bien en entidad bancaria del Banco Santander, o bien mediante transferencia o por procedimientos telemáticos de la forma siguiente:

A) Si se efectúan en una oficina del Banco Santander, se hará en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de dicho grupo número 4699-0000-66-1256-15.

B) Si se efectúan a través de transferencia o por procedimientos telemáticos, se hará en la cuenta número ES55 0049 3569 9200 0500 1274, haciendo constar en el campo reservado al beneficiario el nombre de esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, y en el campo reservado al concepto el número de cuenta 4699-0000-66-1256-15.

Están exceptuados de hacer todos estos ingresos las Entidades Públicas, quienes ya tengan expresamente reconocido el beneficio de justicia gratuita o litigasen en razón a su condición de trabajador o beneficiario del regimen público de la Seguridad Social (o como sucesores suyos), aunque si la recurrente fuese una Entidad Gestora y hubiese sido condenada al abono de una prestación de Seguridad Social de pago periódico, al anunciar el recurso deberá acompañar certificación acreditativa de que comienza el abono de la misma y que lo proseguirá puntualmente mientras dure su tramitación.

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.