



Roj: **STS 4511/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:4511**

Id Cendoj: **28079140012018101017**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **19/12/2018**

Nº de Recurso: **206/2017**

Nº de Resolución: **1085/2018**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **MILAGROS CALVO IBARLUCEA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

CASACION núm.: 206/2017

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> Maria Milagros Calvo Ibarlucea

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Santiago Rivera Jiménez

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Social**

#### **Sentencia núm. 1085/2018**

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Jesus Gullon Rodriguez, presidente

D.<sup>a</sup>. Maria Milagros Calvo Ibarlucea

D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana

D.<sup>a</sup>. Maria Lourdes Arastey Sahun

D. Antonio V. Sempere Navarro

En Madrid, a 19 de diciembre de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto por el letrado D. Carlos Ignacio González Ruiz en nombre y representación de Schindler, S.A. contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de fecha 27 de julio de 2017 en autos nº 21/2017 seguidos a instancias de la letrada Dña. Nuria Fernández Martínez en nombre y representación de Comisiones Obreras de Asturias, D. Ángel Garrido Fernández en nombre y representación de Unión Sindical Obrera, Dña. Marta María Rodil Díaz en nombre y representación de la Corriente Sindical de Izquierdas y D. David Diego Ruiz en nombre y representación de la Unión General de Trabajadores contra la empresa Schindler, S.A. sobre conflicto colectivo.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.<sup>a</sup> Maria Milagros Calvo Ibarlucea.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.**- Por la letrada Dña. Nuria Fernández Martínez en nombre y representación de Comisiones Obreras de Asturias, el letrado D. Ángel Garrido Fernández en nombre y representación de Unión Sindical Obrera, la letrada Dña. Marta María Rodil Díaz en nombre y representación de la Corriente Sindical de Izquierdas y el letrado D. David Diego Ruiz en nombre y representación de la Unión General de Trabajadores, mediante escrito de fecha 26 de junio de 2017, presentaron demanda ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaron de aplicación, terminaban suplicando que se declare nula o subsidiariamente injustificada la decisión unilateral de la empresa, consistente en la supresión de uno de los dos trabajadores del equipo nocturno del SAP, en las ciudades de Oviedo y de Gijón.



**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la demanda se celebró el acto del juicio en el que la parte actora se ratificó en la misma, oponiéndose la demandada, según consta en acta. Recibido el pleito a prueba, se practicaron las propuestas por las partes y declaradas pertinentes.

**TERCERO.-** Con fecha 27 de julio de 2017 la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: FALLO: "Que debemos estimar y estimamos la demanda promovida por los sindicatos CCOO, USO, CSI y UGT, contra la empresa Schindler S.A. y, en consecuencia, declaramos nula la decisión empresarial adoptada el 11-4-2017 por la que se procede a asignar un solo operario para el turno de noche en los centros de trabajo de Gijón y Oviedo y condenamos a la demandada a dejarla sin efecto y a reponer a la plantilla en sus anteriores condiciones de trabajo, adoptando las medidas necesarias para la afectividad de lo acordado."

**CUARTO.-** En la anterior sentencia se declararon probados los siguientes hechos, que se transcriben según constan en la recurrida, si bien pueda contener algunas erratas menores de fácil subsanación e irrelevantes a los fines de la resolución de los presentes recursos de casación:

"PRIMERO: La empresa demandada se dedica a la construcción, reparación y mantenimiento de ascensores y dispone de centros de trabajo en las distintas Comunidades Autónomas de España.

SEGUNDO.- La empresa Schindler dispone en Asturias de una plantilla de 89: trabajadores, y los afectados por el presente conflicto colectivo son los destinados al servicio de guardia llamado SAP (Servicio de Asistencia Permanente) que ascienden a un 30% de los mismos.

TERCERO. - Las relaciones laborales se regulan por medio del convenio colectivo de la empresa Schindler S.A. (BOE 5/12/2016) ;y por el acuerdo o pacto colectivo de Schindler Asturias, suscrito entre la empresa y los representantes de los trabajadores el 2 de enero de 2015.

El acuerdo no ha sido objeto de depósito ante la Oficina pública dependiente de la Autoridad laboral, ni de publicación en el BOPA. CUARTO.- El Comité de empresa de Asturias se halla compuesto por 5 miembros, 2 de los cuales fueron elegidos en la candidatura de CC.OO., 2 por la de USO, 1 por la CSI y 1 por la de UGT.

QUINTO.- El SAP se halla regulado en el art. 5.2 del acuerdo colectivo de Schindler Asturias de 2 de enero de 2015, a cuyo tenor: "Servicio de Asistencia Permanente, se estará a lo dispuesto en el Anexo III del presente. La empresa podrá pactar con el personal que estime necesario los horarios especiales que contempla el servicio de asistencia permanente así como las percepciones y demás conceptos que se establezcan en el escrito confeccionado al efecto.

Se aplicará el mismo sistema retributivo para todos aquellos trabajadores que accedan en su integridad al sistema y demás condiciones de trabajo que en los mismos actualmente están reguladas".

SEXTO.- La cláusula primera del anexo III del acuerdo colectivo, relativa al horario de trabajo distingue:

La jornada ordinaria de lunes a viernes, con horario partido de 8,30 a 13,30 horas y de 15,30 a 18,30 horas.

Una jornada especial, a realizar por las personas afectadas, una de cada cuatro semanas, con el siguiente horario de lunes a viernes: de 13,30 a 17,00 horas y de 18,00 a 21,00 horas. Sábados de 9,30 a 14,00 horas.

Para atender los avisos de averías en domingos y festivos la jornada: de trabajo es de 9,30 a 14,00 horas y de 16,00 a 19,30 horas, y a ella se destina el personal que durante la semana anterior haya realizado el horario en jornada normal.

La Cláusula 2a, relativa a los servicios de disponibilidad, dispone a su vez: "Se acuerda que la Dirección de la empresa podrá asignar las personas necesarias entre aquellas que realicen la jornada especial descrita en el apartado b) de la cláusula 1a para cubrir el servicio de disponibilidad -nocturna entre el término de la jornada especial y el comienzo de la jornada normal anteriormente descrita, inclusive las noches anterior y posterior del domingo o festivo.

Éste servicio consistirá en estar localizable y disponible para atender las emergencias que con carácter de urgencia le sean transmitidas vía mensáfono, radio enlace o teléfono.

En el caso de que las demandas de este servicio desbordaran las previsiones máximas hipotéticas de dos intervenciones nocturnas de media por persona, en cómputo mensual, la empresa podrá optar por:

1º) Incrementar el número de personas que den cobertura a este servicio de disponibilidad, o,

2º) Sustituir este servicio, por el establecimiento de una jornada laboral nocturna que dé la cobertura necesaria".



SÉPTIMO.- La empresa venía destinando al servicio de disponibilidad, dos operarios en Gijón, dos operarios en Oviedo, uno en la zona de Avilés y Occidente, y uno en la zona de las Cuencas y Oriente.

OCTAVO.- En reunión celebrada el día 11 de abril de 2017 la dirección de la empresa comunicó a los representantes de los trabajadores que, con efectos de 1 de mayo siguiente, en "uso de la facultad de modulación del servicio que le reconoce el Anexo III del convenio, se ha determinado, principalmente por la cantidad de avisos atendidos por las noches, se va a reducir en 2 personas (1 en Oviedo y 1 en Gijón) en la disponibilidad nocturna recogida en el anexo 3, cláusula 2.a, manteniéndose las 3 en Oviedo y las 3 en Gijón en el resto de las disponibilidades". El banco social mostró su disconformidad con la medida planteada.

NOVENO.- Con efectos de 1 de julio de 2017 la empresa restableció el servicio de disponibilidad de dos operarios en Gijón, dos operarios en Oviedo.

DÉCIMO.- El Servicio de asistencia 24 horas de la compañía Schindler comprende la atención de "los avisos por fallos operativos de los equipos durante las 24 horas del día, los 365 días del año. La atención de este servicio incluye el desplazamiento del técnico a las instalaciones del cliente así como el tiempo necesario para la resolución de la incidencia detectada, siempre que esta sea posible".

UNDÉCIMO: El intento de conciliación se celebró ante el SASEC; el 29 de mayo de 2017, y se tuvo por intentado sin avenencia.

Se han cumplido las previsiones legales."

**QUINTO.-** Por la parte recurrente, se interpuso recurso de Casación, ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, amparado en lo dispuesto en el artículo 207 e), de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate, como consecuencia de la errónea interpretación y aplicación del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, puesto en relación con los artículos 5.2 y cláusulas primera y segunda del Anexo III del "acuerdo o pacto colectivo" de Schindler Asturias suscrito el 2 de enero de 2015.

**SEXTO.-** Por providencia de esta Sala, se procedió a admitir a trámite el citado recurso, y evacuado el trámite de impugnación, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de considerar la improcedencia del recurso. E instruida la Excma. Sra. Magistrada Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 18 de diciembre de 2018 en que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Por Comisiones Obreras de Asturias, Unión Sindical Obrera, Corriente Sindical de Izquierdas y La Unión General de Trabajadores se promovió demanda de conflicto colectivo frente a la empresa Schindler, S.A. en cuyo suplico solicitaban que se declarara nula o subsidiariamente injustificada la decisión de la empresa consistente en la reducción de dos a una el número de personas del equipo nocturno del servicio de Asistencia Permanente.

La sentencia, tras rechazar las excepciones de falta de acción y de caducidad estimó la demanda declarando la nulidad de la medida adoptada.

**SEGUNDO.-** Recurre la demandada Schindler, S.A. en casación alegando la infracción de los artículos 5.2 y cláusulas primera y segunda del Anexo III del "Acuerdo o pacto colectivo de Schindler, S.A." suscrito el 2 de enero de 2015.

El inmodificado relato histórico muestra una organización del Servicio de Atención Permanente que se venía prestando mediante dos operarios en Gijón, dos en Oviedo, uno en la zona de Avilés y Occidente y uno en las cuencas y oriente.

En reunión celebrada el 11 de abril de 2017 la dirección de la empresa comunicó a los representantes de los trabajadores que con efectos del 1 de mayo siguiente, en "uso de la facultad de modulación del servicio que le reconoce el Anexo III del convenio, se ha determinado, principalmente por la cantidad de avisos atendidos por las noches, se va a reducir en 2 personas (1 en Oviedo y 1 en Gijón) en la disponibilidad nocturna recogida en el anexo 3, cláusula 2.a, manteniéndose las 3 en Oviedo y las 3 en Gijón en el resto de las disponibilidades"

El banco social mostró su disconformidad.

La sentencia considera amparada en el convenio que se invoca la inicial organización del servicio por decisión de la empresa, no así su ulterior modificación que por exceder del ius variandi deberá acomodarse al procedimiento previsto en el artículo 41.4 del Estatuto de los Trabajadores.



La argumentación del recurso se centra en dos aspectos, inexistencia de modificación sustancial de las condiciones de trabajo sino ejercicio del *ius variandi* empresarial y ausencia de la necesidad de acudir a procedimiento alguno por estar amparada la alteración del servicio en el artículo 5.2 y cláusulas primera y segunda del Anexo III del Acuerdo Colectivo.

Debe destacarse que habida cuenta de los razonamientos de la Sala de instancia a propósito de la naturaleza del Acuerdo Colectivo al que nos venimos refiriendo, solución a la que se ha aquietado la demandada, su carencia de valor de convenio colectivo, reduce su carácter normativo hasta el punto de que la sola invocación de su clausulado resultaría insuficiente para colmar las exigencias del artículo 207 de la LJS que en su punto 1 e) alude a la infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate, cita que se halla ausente en la motivación del presente recurso. No obstante la cita del artículo 41.4 del Estatuto de los Trabajadores sirve para salvar la formulación del recurso.

Respecto a la primera cuestión que se plantea, se trata en definitiva de establecer una comparación entre el modo establecido inicialmente por la empresa para organizar el SAP, descrito en el hecho declarado probado séptimo: dos operarios en Gijón, dos en Oviedo, uno en la zona de Avilés y Occidente y uno en la zona de las Cuencas y Oriente y la modificación combatida. Como resultado de la decisión de alterar el cuadro anterior se destina una persona en Oviedo, una en Gijón para el turno de noche y se mantienen 3 en Oviedo y 3 en Gijón para el resto de disponibilidades.

Se trata de valorar una situación fáctica en relación con la interpretación que cabe otorgar al texto de la Cláusula 2ª del Anexo III del Acuerdo Colectivo, lo que ha hecho la sentencia de instancia.

La doctrina consolidada sobre el particular ha venido sosteniendo que "la interpretación de los contratos y demás negocios jurídicos (y el convenio colectivo participa de tal naturaleza) es facultad privativa de los Tribunales de instancia, cuyo criterio, como más objetivo, ha de prevalecer sobre el del recurrente, salvo que aquella interpretación no sea racional ni lógica, o ponga de manifiesto la notoria infracción de alguna de las normas que regulan la exégesis contractual". ( SSTS de 5 de junio de 2012, rec. 71/2011 ; de 15 de septiembre de 2009, rec. 78/2008 , entre muchas otras) Y, también, se ha precisado que "en materia de interpretación de cláusulas de convenios y acuerdos colectivos, en cuyo esclarecimiento se combinan las reglas de interpretación de las normas con las de la interpretación de los contratos, debe atribuirse un amplio margen de apreciación a los Órganos jurisdiccionales de instancia, ante los que se ha desarrollado la actividad probatoria relativa a la voluntad de las partes y a los hechos comitentes" ( STS de 20 de marzo de 1997, rec. 3588/1996 ).

Además, respecto de la interpretación de los convenios colectivos, es doctrina constante de esta Sala que, atendida la singular naturaleza mixta de los convenios colectivos (contrato con efectos normativos y norma de origen contractual), la interpretación de los mismos debe hacerse utilizando los siguientes criterios: La interpretación literal, atendiendo al sentido literal de sus cláusulas, salvo que sean contrarias a la intención evidente de las partes ( arts. 3.1 y 1281 CC ; STS 13 octubre 2004, Rec. 185/2003 ). La interpretación sistemática, atribuyendo a las cláusulas dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas ( arts. 3.1 y 1285 CC ). La interpretación histórica, atendiendo a los antecedentes históricos y a los actos de los partes negociadoras ( arts. 3.1 y 1282 CC ). La interpretación finalista, atendiendo a la intención de las partes negociadoras ( arts. 3.1 , 1281 y 1283 CC ). No cabrá la interpretación analógica para cubrir las lagunas del convenio colectivo aplicable ( STS 9 abril 2002, Rec. 1234/2001 ). Y los convenios colectivos deberán ser interpretados en su conjunto, no admitiéndose el "espiguelo" ( STS 4 junio 2008, Rec. 1771/2007 ) y STS de 2-3-2017 (Rec. 107/2016 )."

Pero con independencia de tan reiterado criterio es evidente que la reducción de efectivos en la atención al turno de noche agrava para éstos las condiciones en las que el servicio se presta.

Ello comporta un plus de alteración respecto de los límites en los que debería actuar el *ius variandi*. Desde el momento en que la modificación alcanza el valor de naturaleza de modificación sustancial y la misma no goza de la aquiescencia de la representación social nos hallamos ante una controversia que debería ser solventada con arreglo a las pautas legales que han sido previstas.

La condición modificada es de índole colectiva, nació de la decisión empresarial amparada en su día por la cláusula 2ª del Anexo III del Acuerdo Colectivo y su alteración se halla bajo la esfera de aplicación del artículo 41.1 c) del Estatuto de los Trabajadores por lo que la empresa no puede extender su actuación unilateral mas allá del mandato convencional.

La recurrente viene a equiparar la facultad que le otorgó la cláusula 2ª del Anexo III del Acuerdo Colectivo al disponer que "Se acuerda que la Dirección de la empresa podrá asignar las personas necesarias entre



aquellas que realicen la jornada especial descrita en el apartado b) de la cláusula 1a para cubrir el servicio de disponibilidad -nocturna entre el término de la jornada especial y el comienzo de la jornada normal anteriormente descrita, inclusive las noches anterior y posterior del domingo o festivo.

Éste servicio consistirá en estar localizable y disponible para atender las emergencias que con carácter de urgencia le sean transmitidas vía mensáfono, radio enlace o teléfono.

En el caso de que las demandas de este servicio desbordaran las previsiones máximas hipotéticas de dos intervenciones nocturnas de media por persona, en cómputo mensual, la empresa podrá optar por:

1º) Incrementar el número de personas que den cobertura a este servicio de disponibilidad, o,

2º) Sustituir este servicio, por el establecimiento de una jornada laboral nocturna que dé la cobertura necesaria", con una suerte de encomienda de actuación unilateral por tiempo indefinido cuando lo cierto es que el acuerdo colectivo al que nos venimos refiriendo le otorgó la facultad, por una vez, de ser la empresa quien fijara la distribución de personal, solo ampliada al caso de incrementar el número de personas dedicadas a la atención del servicio o bien la sustitución por una jornada laboral nocturna. Lo que no figura en la cláusula segunda es que el futuro uso de la autorización se extienda a supuestos en los que se reduzca el número de personas en servicio pues de existir causa para ello su justificación ante el silencio de la cláusula, deberá ser sometida al período de consultas y, en su caso, ponderada si se produjera una ulterior reclamación.

La demandada se ha aquietado a la resolución de instancia que si bien descarta atribuir valor de convenio colectivo estatutario al Acuerdo en que basa su apoyo la empleadora, le reconoce el de acuerdo colectivo para el que rige idéntica norma, el artículo 41.4 del Estatuto de los Trabajadores , una vez superados los umbrales descritos en el citado precepto en su apartado 2. lo que nadie discute.

Por lo expuesto y de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal procede la desestimación del recurso, debiendo sufragar cada parte las costas causadas a su instancia, a tenor de lo dispuesto en el artículo 235 de la LJS, con pérdida del depósito para la recurrente.

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido : Desestimar el recurso de casación interpuesto por el letrado D. Carlos Ignacio González Ruiz en nombre y representación de Schindler, S.A. contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de fecha 27 de julio de 2017 en autos nº 21/2017 . Debiendo sufragar cada parte las costas causadas a su instancia, a tenor de lo dispuesto en el artículo 235 de la LJS, con pérdida del depósito constituido para recurrir.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.