



Roj: **STSJ M 12722/2017 - ECLI: ES:TSJM:2017:12722**

Id Cendoj: **28079340042017100740**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **23/11/2017**

Nº de Recurso: **324/2017**

Nº de Resolución: **746/2017**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **MARIA VIRGINIA GARCIA ALARCON**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 04 de lo Social

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 , Planta 3 - 28010

Teléfono: 914931953

Fax: 914931959

34002650

NIG : 28.079.00.4-2016/0017487

Procedimiento Recurso de Suplicación 324/2017

ORIGEN:

Juzgado de lo Social nº 11 de Madrid Procedimiento Ordinario 387/2016

Materia : Reclamación de Cantidad

Sentencia número: 746/2017

Ilmo/as. Sr/as.

Dña. MARÍA DEL CARMEN PRIETO FERNÁNDEZ

D. MIGUEL MOREIRAS CABALLERO

Dña. M. VIRGINIA GARCÍA ALARCÓN

En Madrid, a 23 de noviembre de dos mil diecisiete.

Habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección Cuarta de la Sala de lo Social de este Tribunal Superior de Justicia, compuesta por el/las Ilmo/as. Sr/as. citado/as, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española ,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A

En el Recurso de Suplicación número 324/2017 formalizado por la letrada DOÑA ISABEL MUÑOZ VEGA en nombre y representación de FCC AQUALIA, S.A., contra la sentencia número 45/2017 de fecha 6 de febrero, dictada por el Juzgado de lo Social número 11 de los de Madrid , en sus autos número 387/2016, seguidos a instancia de DON Eleuterio frente a la recurrente, en reclamación de cantidad, siendo Magistrada-Ponente la Ilma. Sra. Dña. M. VIRGINIA GARCÍA ALARCÓN, y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Según consta en los autos, se presentó demanda por la citada parte actora contra la mencionada parte demandada, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, tras los pertinentes actos procesales de tramitación y previa celebración de los oportunos actos de juicio oral, en el que quedaron definitivamente configuradas las respectivas posiciones de las partes, dictó la sentencia referenciada anteriormente.

SEGUNDO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos en calidad de expresamente declarados probados:

"PRIMERO.- D. Eleuterio , con DNI nº NUM000 , presta servicios para la empresa demandada FCC AQUALIA S.A. (CIF nº A- 26019992) (antes denominada, Aqualia Gestión Integral del Agua S.A.), con antigüedad de 29-10-2007, categoría profesional de Grupo Profesional I, y salario mensual hasta Abril de 2015, ascendente a 2.993,11 euros, con inclusión de parte proporcional de pagas extraordinarias, desarrollando sus funciones, en el centro de trabajo de la Estación de Tratamiento de Aguas Potables Bornova-San Andrés del Congosto, de Guadalajara.

SEGUNDO.- El actor inició su actividad en la expresada fecha de 29-10-2007, para la empresa Sociedad de Aguas Filtradas S.A., en el centro de trabajo antes citado, habiendo continuado a partir del 15-6-2010, prestando servicios para la UTE Mancomunidad Bornova (integrada por las empresas, S.A. Depuración y Tratamientos Sadyt, y, Rayet Ambiente S.L.), habiendo continuado la citada prestación de servicios, a partir del 1-10-2013, para la empresa, Aqualia Gestión Integral del Agua S.A. (en la actualidad, FCC Aqualia S.A.), habiéndose subrogado las citadas empresas, en la relación laboral mantenida con el demandante (doc. nº 5 y 6, del ramo de prueba de la parte actora, y, doc. nº 3 del ramo de prueba de la parte demandada).

TERCERO.- Con fecha 30-9-2013, la empresa Aqualia Gestión Integral del Agua S.A. (CIF nº A-26019992), suscribió contrato de servicios de explotación del sistema de abastecimiento del Bornova (Guadalajara), con la Entidad Pública Infraestructuras del Agua de Castilla-La Mancha, de conformidad con el Pliego de prescripciones técnicas relativo al Expte. ACLM/N/SE/002/13, cuyo contenido se da aquí por reproducido, siendo el periodo de prestación de servicios de 230 días (doc. nº 8 del ramo de prueba de la parte demandada).

En el citado Pliego de prescripciones técnicas, consta entre otros aspectos, que el cambio de titularidad en la contrata "no extinguirá por sí misma los derechos y las relaciones laborales existentes, si las hubiere con anterioridad a dicho cambio de titularidad, extremo que deberán tener en cuenta los licitadores en sus ofertas", haciéndose referencia también a que "al personal que emplee el Adjudicatario para la prestación del servicio, le será de aplicación el Convenio Colectivo Estatal de las Industrias de Captación, Elevación, Conducción, Tratamiento, Depuración y Distribución de Agua, o convenio equivalente, en particular lo establecido en cuanto a salarios mínimos y subrogación de personal con antigüedad en el sistema".

CUARTO.- Con fecha 21-4-2015, la empresa demandada suscribió contrato de servicios de explotación y mantenimiento de los sistemas de abastecimiento de Campiña Baja y de Bornova (Guadalajara), con la Entidad Pública Infraestructuras del Agua de Castilla-La Mancha, de conformidad con el Pliego de prescripciones técnicas relativo al Expte. ACLM/00/SE/011/14, cuyo contenido se da aquí por reproducido, siendo el plazo de ejecución del contrato, de dos años, a contar desde el 22-4-2015 (doc. nº 8 del ramo de prueba de la parte demandada).

En el citado Pliego de prescripciones técnicas, consta entre otros aspectos, que el adjudicatario del contrato está obligado a contratar al personal de mantenimiento y explotación que presta servicios a dicha fecha en las instalaciones-, "manteniendo a todos y cada uno de ellos, las condiciones laborales y económicas que posean", constando también que, que "al personal que emplee el Adjudicatario para la prestación del servicio, le será de aplicación el Convenio Colectivo Estatal de las Industrias de Captación, Elevación, conducción, Tratamiento, Depuración y distribución de Agua, o convenio equivalente, en particular lo establecido en cuanto a salarios mínimos y subrogación de personal con antigüedad en el sistema".

QUINTO.- Desde, al menos, el año 2007 y hasta el 30-4-2015, por las distintas empresas adjudicatarias, se ha aplicado a todos los trabajadores que prestan servicios en el centro de trabajo de la Estación de Tratamiento de Aguas Potables Bornova- San Andrés del Congosto -entre ellos, el hoy demandante-, el Convenio Colectivo de Depuración de Aguas Residuales y Cauces Fluviales de la Comunidad de Madrid, tal y como consta en el contrato de trabajo suscrito en su día por el demandante, con la Sociedad de Aguas Filtradas S.A., cuyo contenido se da aquí por reproducido (doc. nº 2 del ramo de prueba de la parte actora).

SEXTO.- A partir del 1-5-2015, la empresa demandada ha aplicado en el centro de trabajo de referencia, el Convenio Colectivo Estatal de las Industrias de Captación, Elevación, Conducción, Tratamiento, Distribución, Saneamiento y Depuración de Aguas Potables y Residuales.



De conformidad con los cálculos realizados por la empresa demandada, en cómputo anual, la aplicación del citado Convenio Colectivo Estatal, ha producido al demandante, una reducción salarial en cuantía de 4.492,65 euros, en el año 2015, respecto de lo percibido por el mismo en 2014, año en el que se aplicó el Convenio Colectivo de Depuración de Aguas Residuales y Cauces Fluviales de la Comunidad de Madrid (doc. nº 1 del ramo de prueba de la parte demandada).

SÉPTIMO.- Con fecha 12-4-2016 la parte actora presentó ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación (SMAC), papeleta de conciliación, celebrándose el acto correspondiente el 26-4-2016, con el resultado de "celebrado sin avenencia", habiéndose presentado con posterioridad el día 27-4-2016 demanda ante la Delegación del Decanato de los Juzgados de lo Social de Madrid."

TERCERO: En la resolución recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo:

" Estimando parcialmente la demanda interpuesta por D. Eleuterio contra FCC AQUALIA S.A., en reclamación de cantidad, debo condenar y condeno a la citada empresa demandada, a abonar al actor, la cantidad de 4.492,65 euros, por los conceptos y periodos indicados."

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte demandada formalizándolo posteriormente, habiendo sido impugnado por el letrado DON IGNACIO EMPARAN ROZAS en representación del demandante.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta Sala en fecha 20 de abril de 2017 dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación en forma.

SEXTO: Nombrada Magistrada-Ponente, se dispuso el pase de los autos a la misma para su conocimiento y estudio, señalándose el día 23 de noviembre de 2017 para los actos de votación y fallo.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Con amparo en el apartado a) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social se interesa por la recurrente que se repongan las actuaciones al momento anterior a dictarse la sentencia por considerar que incurre en incongruencia ultra y extra petita, infringiendo los artículos 218.1 de la Ley de enjuiciamiento Civil y 24.1 de la constitución , generándole indefensión y vulnerando su derecho a la tutela judicial efectiva, alegando que se estima la petición subsidiaria de la demanda, fijando una cantidad superior a la pedida y por unos fundamentos que, a su juicio, nada tienen que ver con los que fueron objeto de debate en el acto del juicio.

El motivo no puede tener favorable acogida por cuanto la cantidad que se fija en el fallo de la sentencia es inferior a la que con carácter principal se pide por el trabajador, siendo todas las cuestiones que expone la recurrente, susceptibles de ser atacadas por la vía del apartado c) del precepto de amparo, no ocasionándose por tanto indefensión a la empresa.

SEGUNDO.- Por el cauce del apartado b) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social solicita que se modifique el salario que aparece en el hecho probado primero, declarando como tal el de 2.093,11 euros, por considerar que existe un evidente error, que se evidencia en los recibos de salarios obrantes a los folios 39 a 40 del ramo del actor y 102 a 105 del de la recurrente, error que se reconoce por el demandante y que por tanto se subsana, sin perjuicio de que debería haberse interesado en la instancia mediante la aclaración de sentencia.

Además solicita que se añada un nuevo párrafo al mismo ordinal, con la siguiente redacción:

"En el 2015 el actor ha percibido un total de 22.597,52 € conforme al siguiente desglose:

Enero 15

Febrero 15

Marzo 15

Extra marzo

Abril 15

Mayo 15

Junio 15



Extra verano
Julio 15
Agosto 15
Septiembre 15
Octubre 15
Noviembre 15
Extra Navidad
Diciembre 15
Total 2015
1.539,15 €
1.539,15 €
1.539,15 €
1.661,88 €
1.539,15 €
1.550,61 €
1.665.71 €
835,18 €
1.937,87 €
1.575,57 €
1.425,21 €
1.620,10 €
1.636,11 €
852,40 €
1.680,28 €
22.597.52 €

En los meses de octubre y noviembre de 2015 el actor ha percibido prestaciones de IT por importe total de 278,03 (1 día en octubre y 4 días en noviembre)."

Para lo que se apoya en los correspondientes recibos de salarios que obran en ambos ramos de prueba, folios 38 a 57 y 102 a 122 de los autos.

A ello se opone el actor manifestando que las nóminas contienen retribuciones variables en concepto de guardias o retenes que se corresponden con servicios especiales y horas extraordinarias.

La adición se rechaza por cuanto las cantidades totales que aparecen en las nóminas contienen distintos conceptos y además no hay pronunciamiento de la juzgadora a quo respecto de las prestaciones de IT que hora se quieren introducir en el relato fáctico.

Asimismo solicita que se añada un nuevo párrafo al hecho probado segundo, del siguiente tenor literal:

"La retribución que el actor percibía de la empresa saliente UTE MANCOMUNIDAD BORNOVA ascendía a 1.970,31 € mensuales incluida la prorrata de pagas extraordinarias."

A lo que no ha lugar al resultar contradictorio con el salario que la misma empresa ha interesado se haga constar en el hecho probado primero.

Para el segundo párrafo del hecho probado sexto propone la siguiente redacción:

"A partir del 1-5-2015, la empresa demandada ha aplicado en el centro de trabajo de referencia el Convenio Colectivo Estatal de las Industrias de Captación, elevación, conducción, tratamiento, distribución, saneamiento y depuración de aguas potables y residuales, procediendo a adaptar a partir de dicha fecha los recibos de salario a los conceptos e importes de dicho convenio."



La demandada entregó al actor un cuadro con tres hipótesis de cálculos: 1. Estructura salarial al 31/12/2014 - convenio depuración aguas Madrid, resultando un salario bruto anual de 24.969,31 €; 2. Estructura salarial a partir de 01/05/2015 IV convenio estatal de aguas 2011-214, resultando un salario bruto anual de 16.764,94 € y 3. HIPOTESIS DE NÓMINA DE Eleuterio , Estructura salarial a partir de 01/05/2015 - IV convenio estatal de Aguas 2011- 2014 MEJORADO, resultando un salario total bruto anual de 20.476,66 € (documento nº 1 del ramo de prueba de la parte demandada."

Aduciendo que la magistrada a quo ha declarado acreditada la diferencia a partir de ese cuadro, en lugar de estar a los recibos de salario, lo que no es sino una mera especulación por su parte, siendo intrascendente tal entrega al actor de lo que no es sino un documento de parte que nada prueba.

TERCERO.- Por el cauce del apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social se denuncia la infracción del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores en relación con el 59.4 de dicho cuerpo legal y con el 138 de la citada ley procesal, señalando que si se entendía que se había procedido a modificar el salario del actor de forma unilateral, dicha decisión era firme, al haber transcurrido en exceso el plazo de 20 días que establece este precepto, reconociendo el actor que se le comunicó que a partir del mes de mayo de 2015 se produciría un cambio en su retribución habiéndose presentado la papeleta de conciliación el 12 de abril de 2016.

La cuestión no puede tener favorable acogida por cuanto no consta que se sometiera a la consideración de la magistrada a quo ni se alegara la inadecuación de procedimiento, ni tampoco que la empresa cumpliera con los requisitos legalmente exigidos para una modificación sustancial de condiciones, por lo que no puede ahora alegar que se ha producido, hallándonos ante una reclamación de cantidad.

CUARTO.- Además considera vulnerados los artículos 3.1.c), 82.3 , 82.4 y 86.4 del Estatuto de los Trabajadores , en relación con los artículos 44 del mismo cuerpo legal , 3, 4, 5 y 6 del convenio colectivo estatal de las industrias de captación, elevación, conducción, tratamiento, distribución, saneamiento y depuración de aguas potables y residuales y el artículo 1 del convenio colectivo de depuración de aguas residuales y cauces fluviales de la Comunidad de Madrid, así como de la jurisprudencia que cita, señalando que la magistrada a quo entiende que concurre una condición más beneficiosa que debe ser respetada, en virtud de la cual el actor tiene derecho a continuar percibiendo la retribución de 2014 en aplicación de este último convenio, cuestión que indica no se incluía en la demanda ni fue objeto de debate en el acto del juicio por lo que considera se ha producido una incongruencia que le genera indefensión, oponiéndose a la existencia de tal condición más beneficiosa, porque la aplicación de un determinado convenio no es una cuestión disponible para las partes sino que ha de aplicarse el que corresponda, habiéndose prestado siempre los servicios en la provincia de Guadalajara, por lo que no es aplicable un convenio cuyo ámbito es exclusivamente la Comunidad de Madrid y, aun cuando se considerase que había de continuar aplicándolo con motivo de la subrogación en el contrato del actor en octubre de 2013, entiende que únicamente habría de hacerlo hasta su expiración, habiéndose publicado uno nuevo el 18 de abril de 2015, perdiendo vigencia el anterior en el momento en que se le modifica el sistema retributivo. Señala que si se considera que a partir del mes de mayo de 2015 había de aplicarse el convenio estatal, habrá de estarse a la regulación del mismo, aunque implique una merma en la retribución del actor, sin que pueda invocarse una pretendida condición más beneficiosa, que no puede nacer de una norma cuya vigencia ha concluido, en virtud del artículo 85.2.b) del Estatuto de los Trabajadores . En todo caso manifiesta que las diferencias serían de 2.371,79 euros.

Finalmente estima que la sentencia infringe los artículos 26.1 y 3 , 82.3 y 4 y 86.4 del Estatuto de los Trabajadores , en relación con los artículos 3, 4, 5, 6 y 53 del convenio colectivo estatal de las industrias de captación, elevación, conducción, tratamiento, distribución, saneamiento y depuración de aguas potables y residuales, alegando respecto de la petición subsidiaria de la demanda, que no ha de respetare la retribución anterior desde el vencimiento del convenio que la anterior adjudicataria venía aplicando de forma errónea, indicando que la retribución que percibía el actor antes de la subrogación ascendía a 1.970,31 euros mensuales, 23.643,72 euros en cómputo anual, y en 2015 ha percibido 22.597,52 euros, por lo que la diferencia es de 1.046,20 euros y además ha percibido prestaciones de IT, por lo que se estaría cumulando indebidamente una reclamación de seguridad social y no se están comparando términos homogéneos.

Por el demandante se alega en su escrito de impugnación que la empresa ha aplicado pacíficamente el convenio de Madrid, desde la subrogación en octubre de 2013 hasta mayo de 2015, por lo que considera clara su voluntad de aplicar las condiciones salariales del mismo y la existencia de una condición más beneficiosa y en todo caso las condiciones económicas previamente ostentadas han de respetarse por la prescripciones de la adjudicación y como consecuencia de lo dispuesto en los artículos 7 y 8 del convenio estatal y en las directivas 2001/23 CEE Y 77/187/CEE.



Tal y como se declara acreditado los términos contractualmente aceptados por la empresa demandada al adjudicársele la contrata a la que está adscrito el actor, le obligan de forma clara y precisa a mantener la relación laboral y a respetar los derechos laborales existentes, haciendo referencia expresa al salario, lo que se establece en la primera adjudicación en septiembre de 2013 y se reitera en la segunda de abril de 2015 de forma aún más clara al imponer a la adjudicataria la obligación de contratar al personal de mantenimiento y explotación que prestaba servicios a dicha fecha en las instalaciones-, "*manteniendo a todos y cada uno de ellos, las condiciones laborales y económicas que posean*", así pues no se trata aquí de determinar el convenio que sea de aplicación, sino de respetar una obligación contractual que conlleva el respeto a las condiciones económicas que ostentaba el trabajador, de manera que no cabe su reducción como consecuencia de la aplicación de uno u otro convenio, sino que, por el contrario, es irrelevante cuál sea el que resulte aplicable, porque lo trascendente en este procedimiento es que la retribución del actor no podía sufrir merma, por haberlo así asumido la empresa, habiendo además respetado su obligación durante más de un año y medio, siendo irrelevante que dejara de tener vigencia el convenio que se aplicaba cuando se produjo la sucesión porque lo que es aquí trascendente es el pacto de respetar las condiciones económicas que efectivamente ha incumplido a partir del mes de mayo de 2015 desconociendo el derecho del actor a mantener su retribución con independencia del convenio que en cada momento resulte de aplicación.

Así pues el actor tiene derecho a percibir las diferencias salariales entre la cantidad abonada por la empresa en el año 2015 y la que le correspondía equivalente al importe que percibió en 2014, habiendo limitado la juzgadora a quo la cantidad a la pedida de forma subsidiaria por el actor que no ha recurrido y sin que se haya evidenciado en el recurso la existencia de un error ni consecuentemente que las diferencias sean menores, por lo que el recurso se desestima.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que desestimamos el Recurso de Suplicación número 324/2017 formalizado por la letrada DOÑA ISABEL MUÑOZ VEGA en nombre y representación de FCC AQUALIA, S.A., contra la sentencia número 45/2017 de fecha 6 de febrero, dictada por el Juzgado de lo Social número 11 de los de Madrid, en sus autos número 387/2016, seguidos a instancia de DON Eleuterio frente a la recurrente, en reclamación de cantidad, confirmamos la resolución impugnada y condenamos a la recurrente a la pérdida de los depósitos y consignaciones a los que se dará el destino legal, así como al pago de los honorarios de la parte recurrida en cuantía de 500 euros.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta Sección de Sala.

Expídanse certificaciones de esta sentencia para su unión a la pieza separada o rollo de suplicación, que se archivará en este Tribunal, y a los autos principales.

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal Superior de Justicia.

MODO DE IMPUGNACIÓN : Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación para la unificación de doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de DIEZ DÍAS hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia. Siendo requisito necesario que en dicho plazo se nombre al letrado que ha de interponerlo. Igualmente será requisito necesario que el recurrente que no tenga la condición de trabajador, causahabiente suyo o beneficiario del Régimen Público de la Seguridad Social o no gozare del derecho de asistencia jurídica gratuita, acredite ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso haber depositado 600 euros, conforme al artículo 229 de la LRJS, y consignado el importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente en la cuenta corriente nº 2829-0000-00-0324-17 que esta sección tiene abierta en BANCO SANTANDER sita en Pº del General Martínez Campos, 35, 28010 Madrid o bien por transferencia desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de Banco Santander. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes:

1. Emitir la transferencia a la cuenta bancaria IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274
2. 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.
3. En el campo *BENEFICIARIO*, se identificará al Juzgado o Tribunal que ordena el ingreso.
4. En el campo "*OBSERVACIONES O CONCEPTO DE LA TRANSFERENCIA*", se consignarán los 16 dígitos que corresponden al Procedimiento (2829000000032417), pudiendo en su caso sustituir la consignación de la



condena en metálico por el aseguramiento de la misma mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito (art.230.1 L.R.J.S).

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 y una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvanse los autos originales al Juzgado de lo Social de su procedencia, dejando de ello debida nota en los Libros de esta Sección de Sala.

Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN

Publicada y leída fue la anterior sentencia en el día por la Ilma. Sra. Magistrada-Ponente en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ