



Roj: **STSJ GAL 3349/2018 - ECLI: ES:TSJGAL:2018:3349**

Id Cendoj: **15030340012018102349**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **26/07/2018**

Nº de Recurso: **2310/2016**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Social**

Ponente: **MARIA TERESA CONDE-PUMPIDO TOURON**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **ATSI GAL 70/2016,**
STJUE 167/2018,
STSJ GAL 3349/2018

T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIALA CORUÑA

PLAZA DE GALICIA S/N

15071 A CORUÑA

Tfno: 981-184 845/959/939

Fax: 881-881133/981184853

NIG: 15078 44 4 2012 0003321

Equipo/usuario: MB

Modelo: 402250

RSU RECURSO SUPPLICACION 0002310 /2016-IG

Procedimiento origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0001043 /2012

Sobre: RECLAMACION CANTIDAD

RECURRENTE/S D/ña Segundo , ILUNION SEGURIDAD S.A.U.

ABOGADO/A: XAVIER CASTRO MARTINEZ, MARIA ASUNCION MARTINEZ CALDERON DE LA BARCA

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

RECURRIDO/S D/ña: FOGASA, ESABE VIGILANCIA SA , BUBOS SECURITAS SA

ABOGADO/A: LETRADO DE FOGASA

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

ILMO SR. D. ANTONIO J. GARCIA AMOR

ILMA SRA Dª BEATRIZ RAMA INSUA

ILMA SRA.Dª TERESA CONDE PUMPIDO TOURON

En A CORUÑA, a veintiséis de julio de dos mil dieciocho.



Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL, 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 SUPPLICACION 0002310/2016, formalizado por el/la D/Dª el Letrado D. Xavier Castro Martínez, en nombre y representación de D. Segundo y por la Letrada Dª María A. Martínez Calderón de la Barca, en nombre y representación de ILUNION SEGURIDAD S.A.U., contra la sentencia dictada por XDO. DO SOCIAL N. 3 de SANTIAGO DE COMPOSTELA en el PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0001043/2012, seguidos a instancia de Segundo frente a FOGASA, ESABE VIGILANCIA SA, BUBOS SECURITAS SA, ILUNION SEGURIDAD S.A.U., siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo/a Sr/Sra D/Dª TERESA CONDE PUMPIDO TOURON.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: D/Dª Segundo presentó demanda contra FOGASA, ESABE VIGILANCIA SA, BUBOS SECURITAS SA, ILUNION SEGURIDAD S.A.U., siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia de fecha treinta de septiembre de dos mil quince .

SEGUNDO: En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados:

PRIMERO : D. Segundo presta servicios como vigilante de seguridad para Vigilancia Integrada SA desde el 16 de octubre de 2012./ **SEGUNDO :** Con anterioridad prestó servicios para Esabe Vigilancia SA con la misma categoría profesional, correspondiéndole una retribución bruta según nómina en el mes de marzo de 2012 de 1.569,74 euros desglosados del siguiente modo: 867,74 euros de salario base, 70,06 euros de antigüedad, 18 euros de plus de peligrosidad, 38,48 euros de plus nocturno, 39,84 euros de plus de fin de semana y festivo, 106,96 euros de horas extras, 75,18 euros de plus transporte, 74,53 euros de plus vestuario, 40 euros de plus busca personas, 238,95 euros de prorratea pagas extras./ **TERCERO :** En fecha 16 de octubre de 2012 se adjudica a VINSA el servicio de vigilancia del museo de las peregrinaciones de Santiago de Compostela dependiente de la Consellería de Cultura de la Xunta de Galicia que anteriormente tenía adjudicado Esabe Vigilancia SA y en el que prestaba servicios el actor./ **CUARTO :** El 16 de octubre de 2012 VINSA entrega al demandante la comunicación que obra como documento número 6 de la prueba aportada para su traslado anticipado por el demandante con el contenido que se da por reproducido, en la que VINSA manifiesta que como tal adjudicataria se subroga a partir del 16 de octubre de 2012 en la relación laboral del actor con Esabe Vigilancia SA, reconociéndole la categoría de vigilancia de seguridad, jornada de 39,60 horas semanales, horario según cuadrante, antigüedad de 3 de junio de 1999 y las retribuciones salariales consolidadas. Todo ello de conformidad con el convenio colectivo estatal de seguridad privada. Finalmente añade la comunicación suscrita por el demandante "en esta acto de inicio de la relación laboral, el trabajador acepta y reconoce que al día 16/10/2012 la empresa Esabe le tiene pendiente de abonar salarios devengados con anterioridad a la fecha de inicio de la presente relación laboral y por ende a tenor del artículo 14.C.1 d) del convenio colectivo para empresas de seguridad privada, se informa que la mercantil VINSA se exime de responsabilidad por la reclamación de cantidades pendientes y no percibidas hasta este día 16 de octubre de 2012, de la que es deudora únicamente Esabe, anterior ejecutante de la prestación de servicios"./ **QUINTO :** El demandante estuvo incurso en proceso de incapacidad temporal desde el 13 de julio de 2012 hasta el 21 de agosto de 2012 por enfermedad común y desde el 5 de diciembre de 2011 hasta el 2 de enero de 2012 también por enfermedad común./ **SEXTO :** Esabe Vigilancia SA tiene pendiente de abonar al trabajador los siguientes importes por los siguientes conceptos: 325,53 horas por horas extras del ario 2010. Asimismo le adeuda las siguientes diferencias salariales correspondientes al ario 2012: 129,53 euros del mes de enero, 89,46 euros del mes de febrero, 87,88 euros del mes de marzo, 89,65 euros del mes de abril, 1.540,06 euros del mes de mayo, 1.509,18 euros del mes de junio, 1.429,42 euros del mes de septiembre, 760,59 euros del mes de octubre y 18,79 euros del mes de noviembre. No le abonó ningún importe en concepto de complemento de incapacidad temporal correspondiente a las mensualidades de julio y agosto de 2012./ **SÉPTIMO :** El 29 de diciembre de 2011 presentó el actor papeleta de conciliación ante el SMAC dirigida frente a Esabe Vigilancia SA en relación con el importe relativo a las horas extras del año 2010, cuyo contenido es el que consta en trámite de diligencia



final y se da por reproducida. Se celebró el acto de conciliación ante el SMAC que finalizó el 11 de enero de 2012 como intentada sin efecto al no haber comparecido la conciliada que constaba citada en legal forma.

El 15 de enero de 2013 el actor presentó papeleta de reclamación de cantidad contra Esabe Vigilancia SA y Vinsa por los importes objeto de la segunda demanda, con el contenido que consta aportado como diligencia final y se da por reproducido. Dio lugar al acto de conciliación celebrado el 30 de enero de 2013 que finalizó como intentado sin efecto pese a estar citadas en legal forma las conciliadas./ **OCTAVO** : El 16 de octubre de 2012 VINSA se subroga en el servicio de vigilancia anteriormente referido con subrogación de los empleados de la anterior entidad adjudicataria del servicio./ **NOVENO** : Esabe Vigilancia SA se denominaba anteriormente Bubos Securitas SA.

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

Que debo estimar y ESTIMO PARCIALMENTE la demanda presentada y en consecuencia condeno a Esabe Vigilancia SA y Vigilancia Integrada SA a pagar solidariamente a D. Segundo 8.113,39 euros, de los cuales 6.401,7 euros devengarán el interés del artículo 29.3 del ET . Condeno al FOGASA a estar y pasar por la presente resolución en los términos del artículo 23.6 inciso primero LRJS .

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por Segundo , ILUNION SEGURIDAD S.A.U. formalizándolo posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL en fecha 31 de mayo de 2016.

SEXTO: Admitido a trámite el recurso se señaló el día 21/11/2016 para los actos de votación y fallo; en el curso de la deliberación, la Sala acordó plantear cuestión prejudicial ante el TJUE, lo que hizo, previa audiencia de las partes, por auto de fecha 30-12-2016.

Por el TJUE se dictó sentencia resolviendo tal cuestión(C-60/17) por sentencia de 11 de julio de 2018, que tuvo entrada en esta Sala, el siguiente 20 de julio; se señaló nuevamente para votación y fallo el día 24-7-2018.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .-Frente a la sentencia que estimó parcialmente la demanda rectora y condenó solidariamente a ambas codemandadas al abono de cantidades, se alza en suplicación por una parte el demandante con un único motivo, amparado en el ap. c) del art.193 LRJS , solicitando que "no se tengan por prescritas ninguna de las cantidades reclamadas" y por otra parte, Ilusión Seguridad (antes Vigilancia Integrada S.A.), que igualmente plantea únicamente un motivo de censura jurídica, con adecuado amparo procesal, para solicitar su absolución.

SEGUNDO .- El recurso planteado por el trabajador, denuncia infracción del art.85.1 LRJS ; argumenta, en esencia, que no existió una modificación sustancial de la demanda ni lo alegó la empresa, dado que en la segunda demanda solicitaba los mismos conceptos para el año 2011, que en la primera se solicitaban para el 2010; en consecuencia no debió apreciarse la prescripción de las cantidades, pues hay una admisión pacífica de la ampliación de la demanda.

El recurso está destinado al fracaso, no solo porque lo que se cita es una norma procesal y no sustantiva, sino porque en ningún momento la sentencia de instancia aprecia modificación sustancial de la demanda. Lo que la empresa alegó y la juzgadora a quo resuelve, es la excepción de prescripción -que, por cierto, pretende combatirse por el recurrente sin cita del precepto sustantivo en que la misma se fundamenta- referida a las cantidades solicitadas en una segunda demanda (que no ampliación de la anterior), acumulada por el Juzgado a la primera. Y lo que, con acierto, argumenta la magistrada de instancia es que, tratándose de periodos distintos aún cuando coincidan conceptos, si bien se interrumpió en plazo la prescripción respecto de las cantidades interesadas en la primera demanda, no ocurre así con las contenidas en la segunda, en las que la papeleta de conciliación se presentó transcurrido con creces el plazo prescriptivo anual, tanto desde el momento del devengo como respecto a las diferencias desde la fecha de publicación del Convenio.

TERCERO .- El recurso de la empresa, en su único motivo de censura jurídica, denuncia infracción del art.14 del Convenio Colectivo de Empresas de Seguridad Privada , argumentando que, conforme al mismo, la única obligada al pago de las deudas devengadas con anterioridad a la subrogación es la empresa cesante y que no estamos ante un supuesto de sucesión de empresas ex art.44 ET , sino de sucesión de contratistas que se rige por lo previsto en el Convenio.



Conforme a los hechos indiscutidos, el demandante venía prestando servicios, como vigilante de seguridad, por cuenta de Esabe Vigilancia SA (antes BUBOS SECURITAS SA.), en el servicio de vigilancia del Museo de las Peregrinaciones de Santiago de Compostela- dependiente de la Consellería de Cultura de la Xunta de Galicia-, que dicha empresa tenía adjudicado. En fecha 16 de octubre de 2012 se adjudica a VINSA (Vigilancia Integrada SA) dicho servicio de vigilancia, subrogándose en las condiciones laborales de los empleados de la anterior entidad adjudicataria del servicio incluido el demandante, a partir de tal fecha; el trabajador reclama a ambas empresas diversas cantidades devengadas en periodos anteriores a la subrogación.

La sentencia de instancia entiende que ha existido una subrogación empresarial y, en virtud de lo dispuesto en el art.44 ET , condena solidariamente a ambas empresas al pago de las cantidades que no considera prescritas.

No desconocía esta Sala que el criterio jurisprudencial citado por la resolución de instancia en apoyo de su decisión, había variado a partir de la STS-Pleno de 7 de abril 2016 (rec. 2269/2014),interpretando precisamente la misma norma convencional; y que tal nueva doctrina, en síntesis, afirmaba que "en los supuestos de sucesión de contratistas la subrogación no opera en virtud del mandato estatutario - artículo 44 ET - si no se ha producido una transmisión de activos patrimoniales o una "sucesión de plantillas", en aquellos sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra - STS de 27 de octubre de 2004, rec. 899/02 , que recoge la doctrina comunitaria-. La subrogación se produce en virtud del mandato contenido en el convenio colectivo aplicable. Por tanto, la asunción de los trabajadores de la empresa anterior no responde al supuesto de sucesión en la plantilla derivado del hecho de que la nueva contratista se haga cargo voluntariamente de la mayoría de los trabajadores que prestaban servicios en la contrata. Al contrario, en estos casos la sucesión de la plantilla es el resultado del cumplimiento de las disposiciones establecidas en el convenio aplicable."

Con todo, entendía la Sala que, en el caso de litis, estábamos ante una transmisión de una entidad económica, en tanto conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común desmaterializada, a cuya transmisión de la actividad se une la asunción de la plantilla, lo que nos situaría en el ámbito del art.1 de la Directiva 2001/23/CE , conforme a la doctrina comunitaria(STJUE Süzen,; Hernández Vidal y otros, Hidalgo y otros, C-173/96 , o Temco, C-51/00), y debería serle de aplicación el art.3.1 de la misma. Y nos resultaba ciertamente dudoso que pudiera eludirse su aplicación solo porque la decisión no fuera fruto de la autonomía individual de la cesionaria sino consecuencia de una obligación impuesta por la autonomía colectiva.

Es más: no podíamos compartir la afirmación de la doctrina de la Sala Cuarta de que "Puesto que si no existiera el mandato del convenio tampoco habría subrogación empresarial, la regulación pactada aparece como una mejora de las previsiones comunitarias amparada por el carácter mínimo de la Directiva (art. 8 de la Directiva 2001/23/CE) o la condición de Derecho necesario relativo de la Ley (arts. 3.3 y 85.1 ET).Y ello porque, aun cuando conforme al art.153 del Tratado, los interlocutores sociales pudieran trasponer la Directiva en un sector concreto, deben hacerlo garantizando el resultado que pretende la Directiva, esto es, la protección de los trabajadores en el caso de subrogación empresarial que incluye imperativamente la responsabilidad del cesionario respecto de todos los derechos y obligaciones transferidos.

En razón de lo expuesto, planteamos la cuestión prejudicial de Derecho comunitario, que ha sido resuelta por el TJUE en sentencia de 11-7-2018- C-60/17 ,contestando a la primera pregunta " que el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 2001/23 debe interpretarse en el sentido de que esta Directiva se aplica a una situación en la que un arrendatario de servicios ha resuelto el contrato de prestación de servicios de vigilancia de instalaciones celebrado con una empresa y, a efectos de la ejecución de esta prestación, ha celebrado un nuevo contrato con otra empresa que se hace cargo, en virtud de un convenio colectivo, de una parte esencial, en términos de número y de competencias, del personal que la primera empresa destinaba a la ejecución de dicha prestación, siempre y cuando la operación vaya acompañada de la transmisión de una entidad económica entre las dos empresas afectadas."

Aún cuando el TJUE se declara no competente para responder a la segunda pregunta formulada, acogiendo la tesis formulada por el gobierno español de que lo que se le solicitaba no sería la interpretación del art. 3.1 de la Directiva, sino un pronunciamiento sobre la compatibilidad de determinadas disposiciones nacionales entre sí, una reconsideración de la misma nos llevó a la conclusión de que, en realidad, ésta era superflua y meramente hipotética, como se dirá.

CUARTO .- Como se ha adelantado, el TJUE entiende que en este caso ha existido una transmisión de una entidad económica y que el hecho de que la sucesión de plantilla venga impuesta por el convenio colectivo "no afecta, en cualquier caso, al hecho de que la transmisión se refiere a una entidad económica" (con cita de la sentencia Seguritas- C.200/16 , posterior al planteamiento de nuestra cuestión), por lo que sería incardinable en el ámbito del art.1 de la Directiva.

Establece el art.3.1 de la Directiva que "los derechos y obligaciones que resulten para el cedente de un contrato de trabajo... serán transferidos al cesionario como consecuencia de tal traspaso." Añade que "Los



Estados miembros podrán establecer que, después de la fecha del traspaso, el cedente y el cesionario sean responsables solidariamente de las obligaciones que tuvieran su origen, antes de la fecha del traspaso, en un contrato de trabajo o en una relación laboral existentes en la fecha del traspaso."

De ello se deriva que desde que se da el traspaso, el cesionario se subroga en la posición del cedente respecto de todos los derechos y obligaciones del cedente existentes en ese momento, asumiendo obligatoriamente las deudas que aquel hubiera contraído con el trabajador; los Estados pueden reforzar tal garantía estableciendo que sean responsables solidarios cedente y cesionario respecto de las deudas anteriores, pero esta posibilidad, desde luego, no empece que el cesionario sea responsable siempre, se le añada o no legalmente la responsabilidad del cedente.

Tales previsiones se han traspuestas a nuestro Derecho interno a través del art.44 ET que reza, en lo que interesa: "1- El cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente....

2- Sin perjuicio de lo establecido en la legislación de Seguridad Social, el cedente y el cesionario, en las transmisiones que tengan lugar por actos inter vivos, responderán solidariamente durante tres años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas."

Tal precepto resulta de derecho necesario cuando existe una transmisión de una entidad económica como es el caso de litis, y por tanto debe ser aplicado, en virtud del principio de jerarquía normativa, que en Derecho laboral se contiene en el art.3 ET , desplazando la norma convencional en tanto que ésta ofrece un menor grado de protección a los trabajadores.

Se planteaba la Sala en la segunda cuestión si, dado que la Directiva establece como dispositiva para los Estados la garantía reforzada de responsabilidad solidaria de cedente y cesionaria, podría considerarse, también, implícitamente como dispositiva para los interlocutores sociales o si, una vez que el Estado español había optado por tal mejora protectora, resultaba imperativa para la negociación colectiva. Pero admitimos que la pregunta (más allá de su redacción, quizás desafortunada) era en este caso meramente hipotética, en tanto que la responsabilidad del cedente ya se establecía en la norma convencional y a quien se exoneraba de responsabilidad era precisamente al obligado cesionario.

En razón de todo lo expuesto, el recurso de Ilusión Seguridad S.A., debe ser rechazado al no haber incurrido la juzgadora a quo en la censura que en el mismo se le hace.

QUINTO .- Desestimado el recurso de la empresa procede condenar en costas a la recurrente. Tales costas comprenderán los honorarios del abogado de la parte contraria que ha actuado en el recurso en defensa de la parte en el importe de 501 euros, conforme al art. 235.1 LRJS .

Además, de acuerdo con el art. 204 1 y 4 LRJS la sentencia confirmatoria en suplicación condenará a la pérdida de las consignaciones a las que se dará el destino que corresponda cuando esta resolución sea firme; asimismo se dispondrá la pérdida del depósito constituido para recurrir, una vez esta sentencia sea firme.

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por don Segundo así como el de Ilusión Seguridad S.A. (antes VINSa), contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de Santiago de Compostela, dictada el 30 de septiembre de 2015 , en los autos nº 1043/2012 sobre cantidades, que confirmamos íntegramente. Se condena en costas a la empresa recurrente lo que incluye los honorarios del letrado del trabajador impugnante en cuantía de 501 €.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL

MODO DE IMPUGNACIÓN : Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de Casación para Unificación de Doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala dentro del improrrogable plazo de diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la sentencia. Si el recurrente no tuviera la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de seguridad social deberá efectuar:



- El depósito de 600 € en la cuenta de 16 dígitos de esta Sala, abierta en el Banco de SANTANDER (BANESTO) con el nº **1552 0000 37 seguida del cuatro dígitos correspondientes al nº del recurso y dos dígitos del año del mismo** .

- Asimismo si hay cantidad de condena deberá consignarla en la misma cuenta, pero con el código **80** en vez del 37 ó bien presentar aval bancario solidario en forma.

- Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria desde una cuenta abierta en cualquier entidad bancaria distinta, habrá que emitirla a la cuenta de veinte dígitos **0049 3569 92 0005001274** y hacer constar en el campo "Observaciones ó Concepto de la transferencia" los 16 dígitos que corresponden al procedimiento (**1552 0000 80 ó 37 **** ++**).

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

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día de su fecha, por el Ilmo. Sr. Magistrado-Ponente que le suscribe, en la Sala de Audiencia de este Tribunal. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ