



Roj: **STSJ EXT 930/2015 - ECLI: ES:TSJEXT:2015:930**

Id Cendoj: **10037340012015100337**

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

Sede: **Cáceres**

Sección: **1**

Fecha: **06/07/2015**

Nº de Recurso: **267/2015**

Nº de Resolución: **343/2015**

Procedimiento: **RECURSO SUPLICACION**

Ponente: **PEDRO BRAVO GUTIERREZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.EXTREMADURA SALA SOCIAL

CACERES

SENTENCIA: 00343/2015

C/PEÑA S/Nº (TFNº 927 620 236 FAX 927 620 246)CACERES

Tfno: 927 62 02 36-37-42

Fax: 927 62 02 46

NIG: 06015 44 4 2013 0004110

402250

RSU RECURSO SUPLICACION 0000267 /2015

Procedimiento origen: DEMANDA 0000966 /2013

Sobre: DESPIDO DISCIPLINARIO

RECURRENTE/S D/ña PACENSE DE LIMPIEZAS CRISTOLAN SA PALICRISA, Paulina

ABOGADO/A: MARIA CARMEN MANZANERO VILLA, JOSE IGNACION MARTIN ONCINA

PROCURADOR: MARIA JOSE GONZALEZ LEANDRO, CARLOS ALEJO LEAL LOPEZ

GRADUADO/A SOCIAL:

RECURRIDO/S D/ña: EULEN SA

ABOGADO/A: SONIA CARDENAL PASTOR

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

ILMOS. SRES:

D. PEDRO BRAVO GUTIERREZ

Dª ALICIA CANO MURILLO

D. JOSÉ GARCÍA RUBIO

En CACERES, a seis de Julio de dos mil quince.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la SALA SOCIAL del T.S.J.EXTREMADURA, 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

SENTENCIA N° 343/2015

En el RECURSO SUPPLICACION 267 /2015, formalizado por la Letrada D^a MARIA DEL CARMEN MANZANERO VILLA, en nombre y representación de PACENSE DE LIMPIEZAS CRISTOLAN SA PALICRISA y por el Letrado D. JOSE IGNACION MARTIN ONCINA en nombre y representación de D^o Paulina , contra la sentencia número 271 /2014 de 17 de Septiembre, dictada por JDO. DE LO SOCIAL N. 1 de BADAJOZ en el procedimiento DEMANDA 966 /2013, seguidos a instancia de Paulina frente a PACENSE DE LIMPIEZAS CRISTOLAN SA PALICRISA, EULEN SA, siendo Magistrado-Ponente el Ilmo Sr D. PEDRO BRAVO GUTIERREZ.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: D^a Paulina presentó demanda contra PACENSE DE LIMPIEZAS CRISTOLAN SA (POLICRISA) Y EULEN SA, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó sentencia de fecha diecisiete de Septiembre de dos mil catorce

SEGUNDO: En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados: "PRIMERO.- La actora, Paulina , ha venido trabajando, con una antigüedad de agosto de 1.982 en virtud de sucesivas subrogaciones, en la primera de las empresas demandadas PACENSE DE LIMPIEZAS CRISTOLAN, S.A. (PALICRISA), como limpiadora hasta el 7-08-13, en el Centro de Atención y Emergencias del 112 de Extremadura en Mérida y percibiendo una retribución última de 725,65 euros mensuales, por todos los conceptos. SEGUNDO.- Tras serle comunicado por la empresa el 11-07 la imposición de dos sanciones de suspensión de empleo y sueldo de 30 y 16 días, sanciones que impugnó en su momento. El 7-08, le comunicaron su traslado, con efectos del día de la fecha en la que finalizaba de cumplir la primera sanción, con idéntica jornada, horario y retribuciones, en el Hospital de Mérida. TERCERO.- El mismo día 7-08, la empresa codemandada EULEN, S.A., resultó adjudicataria de los servicios de limpieza y otros de dicho Hospital, así como de los centros de Atención Primaria y Hospitalaria de las Gerencias de las Áreas de Salud de Mérida y Don Benito. Dicha empresa comunicó a la actora, el 31-10, que no iba "a proceder a su subrogación por cuanto no se cumplen las condiciones para ello". Así mismo, PALICRISA, le comunicó con fecha del mismo día, aunque fue recepcionado con posterioridad, el siguiente 1-11, que pasaría a una nueva empresa adjudicataria. CUARTO.- Entre el 8-08 y el 30-09-13, la actora permaneció de baja laboral y el 1-10, inició una nueva baja sin que conste la fecha del alta. QUINTO.- Precedida del correspondiente intento de conciliación en la UMAC, presentó demanda en el Juzgado de lo Social por despido improcedente contra ambas empresas".

TERCERO: En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: "Que ESTIMANDO la demanda formulada por Paulina contra las empresas PALICRISA y EULEN, sobre despido, con absolución de esta segunda, debo declarar y declaro como un despido IMPROCEDENTE el cese del que ha sido objeto aquella con fecha del 31-10-13, condenando a dicha empresa a estar y pasar por la precedente declaración, así como a que opte en el plazo de cinco días entre su inmediata readmisión en su anterior puesto de trabajo con abono de los salarios de tramitación hasta la fecha de la presente resolución o por la extinción de la relación laboral y abono de la indemnización, en cuantía de 23.603,24 euros."

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por PACENSE DE LIMPIEZAS CRISTOLAN SA (POLICRISA) y por D^a Paulina , formalizándolo posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte EULEN SA.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de referencia los autos principales, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta SALA en fecha 22 DE MAYO DE 2015.

SEXTO: Admitido a trámite el recurso se señaló el día 18 DE JUNIO DEL AÑO EN CURSO 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.- Contra la sentencia que estima la demanda por despido, interponen recurso de suplicación la empresa a la que se ha hecho responsable de las consecuencias de la improcedencia del despido,



pretendiendo que se le exima de tal responsabilidad y la trabajadora demandante, que pretende que se eleve la cantidad que se fija como indemnización.

No obstante, antes de entrar en los recursos, ha de resolverse, por no haberse hecho antes, sobre la aportación por parte de la empresa recurrente de la copia de una sentencia de otro Juzgado al amparo de lo previsto en el art. 233 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social, sin que pueda admitirse tal documento en este trámite porque, aunque se trata de una sentencia, no consta que sea firme ni tiene incidencia alguna en la resolución del recurso.

Empezando por el recurso de la empresa condenada, en un único motivo que ampara en el apartado c) del artículo 193 LRJS, denuncia la infracción de los arts. 6 y 9 del convenio colectivo de limpieza de edificios y locales de la provincia de Badajoz, publicado en el Diario Oficial de Extremadura de 20 de abril de 2012, 17 del convenio sectorial de la misma actividad publicado en el Boletín Oficial del Estado de 23 de mayo de 2013 y 29 del Estatuto de los Trabajadores y de la jurisprudencia al respecto.

El art. 6.i del convenio provincial, al regular la "adscripción de personal" y la subrogación en el caso de sucesión de contratas, establece entre los documentos a facilitar por la empresa saliente a la entrante, "6. Copia de documentos debidamente diligenciados por cada trabajador afectado en el que se haga constar que éste ha recibido de la empresa saliente su liquidación total de partes proporcionales de sus haberes hasta el momento de la subrogación y no quedando pendiente cantidad alguna".

Habiéndose producido aquí una sucesión de contratas entre las dos empresas demandadas, no se discute en la sentencia recurrida que la recurrente haya facilitado debidamente a la entrante, la codemandada absuelta, el resto de los documentos previstos en el precepto convencional, pero resulta acreditado, y no lo discute la recurrente, que entre los documentos facilitados no se incluyó la liquidación de los haberes de la demandante, por lo que en la sentencia se mantiene que la subrogación no se ha producido y, como ninguna de las empresas se ha hecho cargo de la demandante, se considera que ha existido un despido improcedente del que es responsable la empresa saliente por no haber cumplido los requisitos para que la subrogación se produjera.

Respecto a las consecuencias en la subrogación del incumplimiento por parte de la empresa saliente de su obligación de entrega a la entrante de la documentación prevista en los convenios, nos dicen las Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2012, rec. 3900/2011 y 16 de abril de 2013, rec. 1375/2012: [...A ello añadíamos nuestra doctrina, según la cual "si la empresa saliente no hubiera cumplimentado de manera suficiente «los deberes que le impone el convenio colectivo no se produce transferencia alguna hacia la empresa entrante», siendo la empresa incumplidora de esa obligación la responsable de las consecuencias perjudiciales que sobrevengan al trabajador afectado y más en concreto del despido en el caso de que se haya producido, y no cabe invocar en contra de ello la vulneración del derecho del trabajador a la estabilidad en el empleo, porque «dicho derecho está asegurado en cuanto persiste, en estos supuestos, la vigencia del contrato de trabajo con la empresa saliente» (SSTS 10/12/97 -rec. 164/97 -; 20/01/02 -rec. 4749/00 - 29/01 / 02 -rcud 4749/00 -; 11/03/03 -rec. 2252/02 -; y 28/07/03 -rec. 2618/02 -. A destacar que otra solución se impuso -por diversidad de normativa convencional- en las sentencias de 20/09/06 -rec. 3671/05-, para limpieza de edificios y locales; y 26/07/07 -rcud 381/06 -, para empresas de seguridad). Y aunque la subrogación puede operar, incluso, aunque la documentación de la empresa cesante en la contrata no está completa, si no se trata de «documentación imprescindible» para informar sobre las circunstancias profesionales de los trabajadores afectados y para justificar haberse atendido las obligaciones dinerarias y de SS; en todo caso, si no se remite esa documentación no se produce transferencia alguna hacia la empresa contratante (SSTS 11/03/03 -rec. 2252/02 -; y 28/07/03 -rec. 2618/02 -)."].

Es decir, según esa doctrina, la subrogación no se produce si no se entrega esa "documentación imprescindible", por lo que hay que determinar si esa liquidación que la empresa saliente no entregó aquí a la entrante ha de considerarse dentro de ese tipo de documentación.

En principio, pudiera parecer que lo que suele llamarse recibo de liquidación y finiquito, debe considerarse como un documento necesario para saber que la saliente ha cumplido con sus obligaciones dinerarias con los trabajadores y que su falta impide la subrogación, pero acudiendo a las normas que regulan esa liquidación, que cita la recurrente, ha de considerarse lo contrario.

Así, en efecto, el art. 9 del convenio provincial nos dice que "El pago de salarios se efectuará por meses vencidos, dentro del quinto día hábil del mes siguiente", con lo que resulta que es difícil que la empresa saliente pueda entregar antes de la finalización de la contrata la liquidación porque los salarios del último mes, al menos, deben abonarse después.

Pero es que el convenio sectorial, que no olvidemos, es de aplicación preferente en materia de subrogación del personal (art. 10.2), contiene una previsión específica para el abono de la liquidación en ese caso pues



en el art. 17.3 al tratar de la "Liquidación de retribuciones, partes proporcionales de pagas extraordinarias, vacaciones y descansos con respecto a los trabajadores entre la empresa saliente y la que vaya a realizar el servicio", nos dice que "Los trabajadores/as percibirán sus retribuciones mensuales en la fecha establecida y las partes proporcionales de pagas extraordinarias o liquidación de retribuciones pendientes de percibir, en los cinco días siguientes a la fecha de terminación de la contrata de la empresa saliente".

Es decir, la empresa saliente nunca podrá entregar a la entrante el documento de liquidación y finiquito antes de la sucesión porque las partes proporcionales de pagas extraordinarias y la liquidación de retribuciones pendientes, que es lo que debe contener ese documento, debe percibirse por los trabajadores y, por tanto, abonarse por la empresa saliente, en los cinco días siguiente a la terminación de la contrata para dicha empresa.

Tal vez por ello, el propio art. 17.2 del convenio sectorial no determina que la falta de entrega de la documentación suponga la inexistencia de subrogación, sino que "...facultará a la empresa entrante para exigirle a la saliente la indemnización por los daños y perjuicios que en su incumplimiento le haya podido acarrear", indemnización que puede ser, en su caso, la reclamación de la liquidación que la entrante pueda tener que abonar a algún trabajador subrogado si no lo ha hecho la saliente.

No obstante, puede destacarse que en el Anexo I del propio convenio sectorial, al que se remite el art. 17, al enumerar los documentos que debe entregar la empresa saliente a la entrante se refiere a "Copia de documentos debidamente diligenciados por cada trabajador/a afectado en el que se haga constar que éste ha recibido de la empresa saliente su liquidación de partes proporcionales de sus haberes hasta el momento de la subrogación, no quedando pendiente cantidad alguna" y añade que "Este documento deberá estar en poder de la nueva adjudicataria en la fecha del inicio del servicio como nueva titular". Es una contradicción con lo que vimos que establece el art. 17.3 respecto al abono de las partes proporcionales de pagas extraordinarias o liquidación de retribuciones pendientes de percibir, que ha de producirse en los cinco días siguientes a la fecha de terminación de la contrata de la empresa saliente, pero, en cualquier caso, también hemos visto que ese mismo precepto no establece para la falta de entrega de los documentos que no se produzca la subrogación, sino la posibilidad de que la entrante reclame a la saliente la indemnización de los daños y perjuicios que la falta le acarree.

De todo lo expuesto se deduce que la falta de entrega de ese único documento no puede impedir la subrogación que imponen los convenios colectivos aplicables y que, por tanto, quien es responsable del despido de la demandante que supone no haberla admitido a seguir trabajando en el centro de trabajo en que lo hacía, es la empresa entrante en el servicio, la cual debe ser condenada a las consecuencias de ello, debiendo, por tanto, estimarse el recurso para absolver de la demanda a la recurrente y condenar a la codemandada, sin que lo impida que no se pida expresamente en el recurso, pues es una consecuencia lógica de la absolución de la otra. Así se mantiene, por ejemplo, en la STS de 29 de enero 2002, rec. 4749/2000 :

"Y ello, aunque en el recurso no se pidiera expresamente su condena, pues es la demanda y no el recurso la determinante de los límites subjetivos y objetivos del proceso, lo que permite condenar en trámite de recurso a cualquiera de los absueltos en la instancia, de conformidad con lo establecido para supuestos semejantes por la doctrina de esta Sala -SS 10-5-94 , 19-12-1997 , 20-7-1999 o 13-10-1999 (Rec.- 3001/98)-, basada, por otra parte, en una decisión en el mismo sentido del Tribunal Constitucional -STS 200/1987, de 16 de diciembre -, dado que decidir sin esta posibilidad contravendría las exigencias de tutela efectiva para los intereses del demandante - art. 24 de la CE -".

SEGUNDO.- Pasando al recurso de la trabajadora, se alega en la impugnación de la empresa también recurrente que está anunciado fuera de plazo y, en efecto, así es puesto que de lo que consta en los autos resulta que, tras rechazarse una solicitud de rectificación de supuestos errores en la sentencia de instancia mediante auto que fue notificado al Letrado de la demandante el 17 de noviembre de 2014, el 19 se volvió a pedir la rectificación , ante lo que se dictó providencia resolviendo que no cabía tal por haberse resuelto ya la misma petición, resolución que fue notificada al Letrado de la demandante el día 11 de diciembre de 2014, anunciándose el recurso por medio de escrito de 10 de diciembre cuya entrada en el Juzgado no consta, lo cual evidencia que tal anuncio está fuera del plazo de cinco días que se establece en el art. 194 LRJS pues el nuevo intento de rectificación que no se admitió no podía interrumpir tal plazo porque así resulta de lo dispuesto en el art. 75 LRJS, que impone rechazar las peticiones formuladas con finalidad dilatoria o que entrañen abuso de derecho, con lo cual, desde que se notificó la desestimación del primer intento, el 17 de noviembre hasta, al menos, la fecha del escrito de anuncio, se sobrepasó con creces tal plazo.

En definitiva, el recurso de la empresa que recurre ha de ser estimado, haciendo recaer las consecuencias de la declaración de improcedencia del despido sobre la codemandada, mientras que el de la trabajadora ha de ser desestimado.



FALLAMOS

Con estimación del recurso de suplicación interpuesto por PACENSE DE LIMPIEZAS CRISTOLAN SA y desestimación del interpuesto por Dña. Paulina contra la sentencia dictada el 17 de septiembre de 2014 por el Juzgado de lo Social nº 1 de Badajoz, en autos seguidos a instancia de la trabajadora recurrente frente a la otra recurrente y EULEN SA, revocamos en parte la sentencia recurrida para absolver de la demanda a la empresa recurrente y condenar a la codemandada, EULEN SA, a las consecuencias de la declaración de improcedencia del despido de la demandante, confirmando la sentencia recurrida en el resto de sus pronunciamientos.

Se rechaza la unión al recurso del documento presentado por la empresa recurrente, a la que se devolverá.

Devuélvase también a la empresa recurrente el depósito que efectuó para recurrir y cancélese el aval que presentó con la misma finalidad.

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

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.

Si el recurrente no tuviere la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social o beneficio de asistencia jurídica gratuita, deberá consignar la cantidad de 600 euros, en concepto de depósito para recurrir, en la cuenta expediente de este Tribunal en BANESTO N° 1131 0000 66 026715. Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria deberá incluir tras la cuenta genérica proporcionada para este fin por la entidad 0030 1846 42 0005001274, en el campo "observaciones o concepto" en bloque los 16 dígitos de la cuenta expediente.

La Consignación en metálico del importe de la condena eventualmente impuesta deberá ingresarse en la misma cuenta. Si efectuare diversos pagos en la misma cuenta deberá especificar un ingreso por cada concepto, incluso si obedecen a otros recursos de la misma o distinta clase indicando en el campo de observaciones la fecha de la resolución recurrida utilizando el formato dd/mm/aaaa. Quedan exentos de su abono en todo caso, el Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las Entidades locales y los Organismos Autónomos dependientes de ellos.

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.

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

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

PUBLICACIÓN

En el día de su fecha fue publicada la anterior sentencia. Doy fe.-