

Roj: **STS 646/2007** - ECLI: **ES:TS:2007:646**Id Cendoj: **28079140012007100052**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **15/01/2007**Nº de Recurso: **2920/2005**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**Ponente: **JESUS SOUTO PRIETO**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a quince de Enero de dos mil siete.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la letrada D^a Sofía Prieto García, en nombre y representación de EULEN, S.A, frente a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de fecha 6 de mayo de 2005, dictada en el recurso de suplicación número 480/2005 formulado por el letrado D. Alfonso González Trelles, en nombre y representación de EULEN, S.A., contra la sentencia del Juzgado de lo Social número 6 de Oviedo de fecha 15 de noviembre de 2004, dictada en virtud de demanda formulada por D^a Marí Luz , frente a EULEN, S.A. e ITMA, S.L., sobre Despido.

Ha comparecido ante esta Sala en concepto de recurrido D^a Marí Luz , y en su nombre y representación la letrada D^a Olga Blanco Rozada.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. JESÚS SOUTO PRIETO

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 15 de noviembre de 2004, el Juzgado de lo Social número 6 de Oviedo, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que estimando la demanda presentada por D^a Marí Luz contra la empresa EULEN, S.A., debo declarar y declaro que la extinción del contrato de trabajo que vinculaba ambas partes y decretado por la empresa con fecha 01-09-04 constituye en realidad un despido, que debe ser calificado como Improcedente, condenando a la citada empresa a que en el plazo de cinco días a partir de la notificación de la presente, opte entre readmitir a la demandante en un puesto de trabajo correspondiente a su categoría profesional a razón de 17 horas semanales y en las mismas condiciones vigentes con anterioridad al despido, o bien alternativamente y a su elección, a indemnizarla con la cantidad de 2.067,56 euros, con el abono en ambos casos de los salarios de tramitación desde la fecha del despido a razón de 13,97 euros/día. Asimismo y desestimando la demanda presentada por D^a Marí Luz contra la empresa ITMA, S.L., debo absolver y absuelvo a la citada demandada de las pretensiones deducidas en su contra en el presente procedimiento".

SEGUNDO.- En la citada sentencia se han declarado probados los siguientes hechos: "PRIMERO: La demandante D^a Marí Luz , prestaba sus servicios por cuenta y bajo la dependencia de la empresa EULEN, S.A. dese el 21-5-01, con un contrato a tiempo completo y con la categoría profesional de Responsable de Equipo, jornada que quedó reducida a 19 horas semanales por razón de subrogación de las 20 horas restantes a otra empresa, pasando desde el 1-7-04 a desarrollar sus funciones a razón de 19 horas semanales en dependencias del Ayuntamiento de Llanera (Polideportivo de Posada de Llanera y Centro Cultural de Cayés) con la categoría profesional de limpiadora, con un salario de 15,62 euros diarios en cómputo anual, estando sujeta en cuanto a las restantes condiciones al Convenio Colectivo de Limpieza de Edificios y Locales del Principado de Asturias. SEGUNDO : El 25-06-04 la empresa EULEN, S.A. remitió a la demandante un escrito en los siguientes términos: "Habiéndonos sido comunicada por el Patronato Municipal de Cultura de Siero la



rescisión del contrato de arrendamiento del servicio de limpieza que teníamos suscrito en sus dependencias de Casa de Cultura Lugones, con efectos al día 30-6-2004. Por medio de la presente le comunicamos que a partir de dicha fecha verá usted reducida su jornada laboral en 20 horas semanales en la empresa por el motivo antes descrito. La nueva empresa adjudicataria de dicho servicio deberá subrogarle a Vd. en la jornada que realizaba en las citadas dependencias, respetándole todos sus derechos jurídico-laborales según lo establecido en el art. 17 del vigente Convenio de Limpieza de Edificios y Locales de Asturias a partir del 1-7-2004 . Se le informa de que sus datos personales han sido comunicados a la citada empresa con la finalidad de cumplir las obligaciones derivadas de la normativa laboral aplicable. No obstante, en cumplimiento de la legislación fiscal y laboral vigentes, conservaremos sus datos durante el período legalmente establecido, estando exclusivamente a su disposición y a la de la autoridad judicial o administrativa competente.". Desde ese momento, la actora pasó a realizar una jornada en la empresa de 19 horas semanales con la categoría profesional de Limpiadora. TERCERO: Con independencia de la citada relación laboral, la actora mantenía igualmente otro contrato de trabajo con la empresa ITMA, S.L., a razón de 37 horas semanales con la misma categoría profesional de Limpiadora. CUARTO: El 23-8-04, la empresa EULEN, S.A. dirige una nueva comunicación a la actora del siguiente tenor literal: "Habiéndonos sido comunicada por el Ayuntamiento de Llanera, la rescisión del contrato de arrendamiento de servicios que teníamos suscrito para la limpieza de POLIDEPORTIVO DE POSADA DE LLANERA Y C.CULTURAL -CAYES-, con efectos al día 31-8-2004 . Por medio de la presente le comunicamos que con dicha fecha cesará usted en esta empresa por el motivo antes descrito. La nueva empresa adjudicataria, deberá subrogarle a Vd. respetándole todos sus derechos jurídico-laborales, según lo establecido en el art. 17 del vigente Convenio de Limpieza de Edificios y Locales de Asturias desde el 1-9-2004 . Se le informa de que sus datos personales han sido comunicados a la citada empresa con la finalidad de cumplir las obligaciones derivadas de la normativa laboral aplicable. No obstante, en cumplimiento de la legislación fiscal y laboral vigentes, conservaremos sus datos durante el período legalmente establecido estando exclusivamente a su disposición y a la de la autoridad judicial o administrativa competente." QUINTO : El 1-9-04, la nueva empresa adjudicataria ITMA, S.L., le dirige a la demandante el siguiente escrito: "La empresa ITMA, S.L. le informa que no podrá proceder a la subrogación a fecha 1-9-2004 de su contrato laboral formalizado por EULEN, S.A., en las dependencias dependientes del Ayuntamiento de Llanera, por no poder ITMA,S.A.L. asegurarla por una jornada laboral superior a las 39 horas semanales (jornada máxima legal según Convenio Colectivo de Limpieza del Principado de Asturias). Usted hasta la fecha tiene un contrato de trabajo con ITMA, S.L. de 37 horas a la semana y la subrogación que deberíamos proceder a realizar a fecha 1 de septiembre del 2004, supone un aumento de jornada de 19 horas a la semana (15 h/s en el Polideportivo de Posada y 4 h/s en el Centro Cultura de Cayés), esto implicaría una jornada laboral en nuestra empresa de 56. Por todo lo expuesto no procederemos a la mencionada subrogación por imperativo legal (art. 5 del Convenio Colectivo de Limpieza del Principado de Asturias, art. 34 del Estatuto de los Trabajadores). Por último indicarle nuestra voluntad de ampliarle 2 horas a la semana mas su jornada laboral para completarle la jornada completa en nuestra empresa si usted así lo desea". SEXTO: La empresa ITMA, S.L. finalmente procedió con efectos a 9-9-04 a ampliar la jornada laboral de la actora en dos horas hasta completar la jornada máxima legal de 39 horas. SÉPTIMO: El art. 17 del Convenio Colectivo establece que: "1.Cuando una empresa en la que viniese realizando el servicio de limpieza a través de una contratista, tome a su cargo directamente dicho servicio, no estará obligada a continuar con el personal que hubiese venido prestando servicios al contratista concesionario, si la limpieza la realizase con trabajadores en su plantilla, y por el contrario, deberá de incorporarlos a la misma, si para el repetido servicio de limpieza hubiese de contratar nuevo personal. Los trabajadores de un contratista del servicio de limpieza que hubiesen venido desarrollando su jornada de trabajo en un determinado centro o contrata pasarán al vencimiento de la concesión a la nueva empresa adjudicataria de la misma, si existiese, cualquiera que fuese su vinculación jurídico-laboral con su anterior empresa. Lo establecido en el presente artículo también afectará a los contratos de obra y servicio determinado, de plena aplicación en este sector". OCTAVO: Por la parte actora se promovió el correspondiente Acto de Conciliación por despido improcedente, al que asistió la demandante y la empresa ITMA, S.A. no alcanzándose un acuerdo entre las partes por lo que finalizó Sin Avenencia, teniéndose por Intentado Sin Efecto con relación a EULEN, S.A. NOVENO: La demandante no ostenta la cualidad de representante de los trabajadores. DECIMO: En la tramitación de estos autos se han observado las prescripciones legales".

TERCERO.- La citada sentencia fué recurrida en suplicación, dictándose por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias sentencia con fecha 6 de mayo de 2005 , en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que, desestimando el recurso de suplicación interpuesto por la empresa EULEN, S.A. frente a la sentencia dictada el 15 de noviembre de 2004 por el Juzgado de lo Social nº 6 de Oviedo en proceso suscitado sobre despido por la trabajadora D^a Marí Luz contra dicha recurrente y su homóloga ITMA, S.L., debemos confirmar y confirmamos la resolución impugnada. Condenando a la referida recurrente a la pérdida del depósito efectuado por ella para recurrir al que se dará el destino legal y a abonar a los letrados de las partes impugnantes en concepto de honorarios la suma de 150 € a cada uno de ellos."



CUARTO.- La letrada D^a Sofía Prieto García, mediante escrito presentado el 8 de julio de 2005, formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que: PRIMERO.- Se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 20 de marzo de 2002 (recurso nº 2149/2001). SEGUNDO.- Se alega la infracción de los arts. 5 y 17 del Convenio Colectivo de Limpieza de Edificios y Locales de Asturias y 34.1 del Estatuto de los Trabajadores.

QUINTO.- Por providencia de esta Sala, se procedió a admitir a trámite el citado recurso, y habiéndose impugnado, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de estimar improcedente el recurso. E instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 10 de enero de 2007, en el que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el presente recurso se cuestiona la procedencia o improcedencia de un despido, en el supuesto de falta de subrogación por imposibilidad legal de la nueva adjudicataria del Servicio de Limpieza.

En el caso de autos, la actora venía trabajando para la empresa demandada EULEN, S.A. desde el 21-05-01 con un contrato de carácter indefinido y a tiempo completo, pasando a realizar una jornada de solamente 19 horas semanales a partir del 1-07-04 en las dependencias del Ayuntamiento de Llanera y con la categoría de Limpiadora, al haberse producido la rescisión de la contrata que dicha empresa tenía suscrita con el Patronato Municipal de Cultura de Siero. Al mismo tiempo la actora mantenía otro contrato de trabajo con la empresa de Limpieza ITMA, S.L., con la misma categoría de Limpiadora y jornada de 37 horas semanales. El 23-08-04, a raíz de la rescisión de la contrata que EULEN, S.A. mantenía con el Ayuntamiento de Llanera para la limpieza del Polideportivo de Posada de Llanera y C. Cultural Cayés, en los que la actora realizaba su jornada de 19 horas, dicha empresa le dirigió comunicación indicándole que a partir del 31-08-04 cesaría en la misma, informándole asimismo de la obligación de subrogación que tendría la nueva adjudicataria del servicio, a la que le había comunicado sus datos personales, y que resultó ser la empresa Itma, S.L. Esta última empresa comunicó a la actora que no podría subrogarse en el contrato laboral formalizado con Eulen a partir del 1-09-04, por imperativo legal, ya que dicha subrogación supondría una jornada laboral superior a las 39 horas semanales establecidas como jornada máxima legal en el Convenio Colectivo de Limpieza del Principado de Asturias, en concreto supondría la realización de una jornada de 56 horas semanales (las 37 que ya venía realizando con ITMA más las 19 del contrato con EULEN), pero que sí podría ampliarle 2 horas más a la semana su jornada hasta completar la jornada completa, como así hizo con efectos del 9-09-04, completando de este modo las 39 horas de jornada máxima legal.

La sentencia de instancia estimó la demanda de la actora y, con absolucón de la empresa ITMA, condena a EULEN, S.A. por despido improcedente, por estimar que la nueva adjudicataria del servicio de limpieza estaba imposibilitada para verificar la subrogación por el total de las 19 horas y en consecuencia no le alcanzaba responsabilidad alguna, al contrario de lo que sucede con Eulen, S.A. porque, tratándose de una trabajadora fija de empresa y no de obra, no existía causa para la extinción de la relación laboral por el hecho de la pérdida de la contrata de limpieza y, ante la imposibilidad legal de la subrogación, la alternativa para la empresa condenada sería haber destinado a la trabajadora a otro centro de trabajo, criterio que mantiene la sentencia de suplicación ahora recurrida.

El recurso de casación para la unificación de doctrina de Eulen, S.A. señala como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 20 de marzo de 2002, que se refiere también a una limpiadora que prestaba servicios para la empresa Impacto Limpieza y Mantenimiento, S.L., realizando una jornada de 18 horas semanales en el centro de trabajo que tenía asignado, y al mismo tiempo prestaba servicios a jornada completa de 36 horas semanales en otro centro de trabajo por cuenta de la empresa de limpieza Servicios y Montajes Vizcainos, S.A., y a la que también, a raíz de la rescisión de la contrata que tenía con la primera empresa, se dirigió comunicación de cese e información de que se subrogaría en su contrato la nueva adjudicataria del servicio, precisamente la empresa Servicios y Montajes Vizcainos, S.A., la cual le comunicó la imposibilidad de llevar a cabo tal subrogación por cuanto ya venía desarrollando con ella la jornada máxima legal de 36 horas semanales establecidas en el Convenio Colectivo para las empresas de limpieza de Vizcaya.

La sentencia de contraste desestima el recurso de suplicación interpuesto por la trabajadora contra la sentencia de instancia que había desestimado su demanda sobre despido, razonando, en síntesis, que en tales casos lo que procede es la subrogación y luego, en su caso, la reducción de su jornada hasta los límites permitidos, reducción que aquí no era posible por estar en el límite legal de jornada máxima, de modo que la falta de subrogación por imposibilidad legal no constituye despido.



SEGUNDO.- No obstante la aparente similitud de las cuestiones planteadas en las sentencias confrontadas, no puede decirse que concurren las identidades exigidas por el art. 217 de la LPL en orden a superar el ineludible requisito de la contradicción.

En primer lugar existe un dato diferencial decisivo que justifica la condena de la empresa EULEN, S.A. en el caso de la sentencia recurrida, como es la condición de fija de empresa de la limpiadora, circunstancia recogida expresamente, con valor de hecho probado en el fundamento jurídico segundo de la sentencia objeto de este recurso y que para nada figura en la sentencia de contraste. A ello se añade el dato de la regulación aplicable, pues en el caso de la sentencia recurrida lo es el Convenio Colectivo de Limpieza de Edificios y Locales de Asturias y en el caso de la de contraste lo es el vigente para las empresas de limpieza de Vizcaya. Por último, puede afirmarse que estamos ante dos pleitos distintos en los que, aunque se utilice el mismo criterio de la subrogación, se obtienen soluciones diferentes, ya que en la sentencia recurrida cabía una subrogación parcial de 2 horas semanales para completar la jornada máxima legal, como así se hizo, de modo que es en relación con las 17 horas restantes respecto de las que la actora podía pedir a EULEN, S.A. que respetase su condición de fija y le facilitase trabajo en algún otro centro, mientras que en la de contraste no cabía subrogación alguna, ni siquiera parcial, habida cuenta que ella tenía saturada la jornada con la nueva adjudicataria del servicio de limpieza.

Las anteriores consideraciones obligan a desestimar el recurso por falta de contradicción, procediendo imponer al recurrente las costas de este recurso y declarar la pérdida del depósito constituido para recurrir.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la empresa EULEN, S.A., contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de fecha 6 de mayo de 2005 por falta de contradicción. Se impone a la recurrente la pérdida de las costas de este recurso y se declara la pérdida del depósito constituido para recurrir.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social del Órgano Jurisdiccional correspondiente ,con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Jesús Souto Prieto hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.