

RECURSO Nº: Suplicación / E_Suplicación
1872/2016

SENTENCIA Nº: 2016/2016

N.I.G. P.V. 48.04.4-16/000908

N.I.G. CGPJ 48020.44.4-2016/0000908

**SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA
DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO**

En la Villa de Bilbao, a 18 de octubre de 2016.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, formada por las/el Ilmas/o. Sras/Sr. D^a. GARBIÑE BIURRUN MANCISIDOR, Presidenta, D. JOSE LUIS ASENJO PINILLA y D^a. ELENA LUMBRERAS LACARRA, Magistradas/o, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el Recurso de Suplicación interpuesto por _____, contra la sentencia del Juzgado de lo Social num. Siete de los de BILBAO, de 25 de mayo de 2016, dictada en proceso sobre Despido (DSP), y entablado por el ahora también **recurrente** frente a ATEZAIN S.L., BILUR 2000 S.L. y FOGASA.

Es Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. JOSE LUIS ASENJO PINILLA, quien expresa el criterio de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La única instancia del proceso en curso se inició por demanda y terminó por sentencia, cuya relación de hechos probados es la siguiente:

“PRIMERO.- El actor I _____ mayor de edad con DNI N° _____ ha venido prestando servicios por cuenta y cargo de la empresa demandada ATEZAIN SL desde el 17/6/2015 teniendo reconocida una categoría profesional de conserje y un salario mensual de 938,71 euros mensuales con pp pagas extras.

SEGUNDO.- ATEZAIN SL se oferta como empresa de prestación de servicios de conserjería, limpieza y mantenimiento, también control de accesos de espacios publicos y privados, porteros, repcecionistas auxiliares de caja, servicios de limpieza de

oficinas, y locales comerciales espacios públicos y privados y otros servicios de mantenimientos de instalaciones eléctricas, etc. Figurando como objeto social la realización de todo tipo de actividades de conserjería, portería y limpieza de cualquier clase de inmuebles o propiedades públicas o privadas. Dicha mercantil tenía suscrito un contrato de prestación de servicios de conserjería para la CP sita en La Casilla 2 /Dtor Landín 2 en Bilbao en el año 2015.

TERCERO.- La empresa ATEZAIN SL y el Sr [redacted] suscribieron contrato de trabajo por obra o servicio determinado en la citada fecha de interinidad para la sustitución del trabajador Sr [redacted] en situación de baja médica.

CUARTO.- Con fecha 1/8/2015 se suscribe entre las mismas partes un nuevo contrato esta vez por obra o servicio determinado para la realización de funciones de conserje indicándose como objeto del contrato el servicio de conserjería en la Cdad de Propietarios Felix Landín 2 de Bilbao a jornada completa. El actor tenía encomendadas las labores de conserjería, y vigilancia de las instalaciones de los inmuebles de las comunidades citadas y los garajes, así como la limpieza de las escaleras y de los portales durante unas dos horas por la mañana aproximadamente, teniendo que retirar las bolsas de basura por la tarde. (de 19:00 a 20:00h)

QUINTO.- Con fecha 20/11/2015 la Comunidad de Propietarios de Dr Landín y La Casilla nº 2 de Bilbao comunica a ATEZAIN SL que la Junta de Propietarios había decidido no renovar el contrato de prestación de servicios de conserjería quedando extinguida la relación entre las partes a partir del 1 de enero de 2016.

SEXTO.- La empresa ATEZAIN SL le notifica al actor la finalización de su contrato con efectos del 31/12/2015.

SÉPTIMO.- BILUR 2000 SL tiene como objeto social entre otros ,la prestación de servicios propios de conserjería, ordenanzas controladores recados, recepción y distribución de correspondencia, limpieza, jardinería acondicionamiento, conservación y mantenimiento de edificios y locales.

OCTAVO.- Con fecha 14/12/2015 la Comunidad de Propietarios la casilla 2 /Calle Doctor landín nº y la empresa BILUR 200 SL suscriben contrato de arrendamiento de servicios en virtud del cual la empresa citada se compromete a prestar servicios de auxiliares de control en las citadas comunidades de propietarios de lunes a viernes durante 8 horas al día.

NOVENO.- El actor no ha ostentado cargo representativo de los trabajadores.

DÉCIMO.- El convenio colectivo de empresas de limpieza de edificios y locales de la provincia de Bizkaia (BOB 26/8/2013) cuyo ámbito funcional se describe en su artículo 1 y las obligaciones subrogatorias de las empresas afectadas en su art 28 establece las tablas salariales de las categorías del convenio en los anexos que se dan por transcritos.

UNDÉCIMO.- Con fecha 12/1/2016 se interpuso por el actor, papeleta de conciliación previa, celebrándose acto de conciliación sin avenencia y sin efecto el 5/2/2016".

s

SEGUNDO.- La parte dispositiva de la Sentencia de instancia dice:

"Desestimo la demanda interpuesta por D . frente a ATEZAIN SL, BILUR 200 SL y FOGASA sobre Despido absolviendo a las demandadas de las pretensiones deducidas en su contra en el presente procedimiento."

TERCERO.- Como quiera que la parte actora discrepara de dicha resolución, procedió a anunciar y, posteriormente, a formalizar, el pertinente Recurso de Suplicación. Ha sido impugnado por las empresas Atezain SL (Atezain) y Bilur 2000 SL (Bilur en adelante).

CUARTO.- Los presentes autos tuvieron entrada el 28 de septiembre de 2016 en esta Sala. Se ha señalado el siguiente 18 de octubre, para deliberación y fallo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Sr. solicitaba en la demanda origen de las actuaciones en curso y presentada el 8 de febrero de 2016, que se declarase la nulidad o subsidiaria improcedencia del despido que a su juicio había tenido lugar el anterior 31 de diciembre, con las consecuencias legales y económicas inherentes a la declaración que definitivamente resultase.

La sentencia del siguiente 25 de mayo y del Juzgado de referencia, desestimó íntegramente su reivindicación. Todo ello en base a los hechos que desglosábamos en nuestros antecedentes fácticos; así como en los fundamentos de derecho que se consignan en dicha resolución y que se tienen por reproducidos.

SEGUNDO.- El escrito impugnatorio de la primera de las codemandadas, formula una cuestión de naturaleza formal. Alega que el Recurso carece de viabilidad en cuanto que se centra sobre la cuestión retributiva y no sobre la del despido, y pese a que este último es el elemento nuclear.

Tesis que rechazaremos brevemente pues parece olvidar lo que es el apartado "II" del escrito del Sr , así como las normas que referidas al despido invoca y que expondremos en un siguiente fundamento de derecho.

TERCERO.- Tras esa precisión recordemos que el único motivo de Suplicación toma como base el art. 193.c), de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS).

Como quiera que son dos las cuestiones planteadas por el actor en el presente epígrafe, empezaremos por aquella que denuncia la infracción del art. 1 y Anexo IV, del Convenio Colectivo de Limpieza de Edificios y Locales de Bizkaia (CC); puestos en relación con el art. 37.1, de la Constitución y arts. 82 y 85, del Estatuto de los Trabajadores.

Defiende que el mencionado CC es el aplicable y por ende sus consecuencias salariales, en cuanto que realizaba las tareas de limpieza en las dos comunidades de propietarios, con las que había contratado Atezain, actividad a la que a su juicio también se dedica Bilur, y ello es congruente con el art. 1, del citado CC. Sin embargo, Atezain señala que el convenio colectivo realmente aplicable es el de Empleados de Fincas Urbanas de Bizkaia (CCFU) -BOB de 14-8-1981-; mientras que Bilur refiere que no desarrolla actividad alguna de limpieza para tales comunidades.

Si acudimos al CCFU y que propugna Atezain como aplicable, observamos que el art. 1.a), que regula el ámbito de aplicación, nos remite a lo que a tal efecto pueda indicar la Ordenanza Laboral de Empleados de Fincas Urbanas. Pues bien, sin entrar en disquisiciones sobre su no vigencia y que no hace sino reforzar la tesis que a continuación relacionaremos, el art. 1, de esa normativa: *"... establece las normas mínimas por las que han de regirse las relaciones de trabajo entre los propietarios de fincas urbanas y los empleados de éstas a su servicio..."*; lo que conlleva que el art. 2, señale que tendrán la categoría de "Empresa": *"...los propietarios de fincas urbanas, ya lo sean individualmente o se constituyan en comunidad de bienes o cooperación de cualquier clase..."*, mientras que también para esa Ordenanza son "trabajadores", aquellos que: *"... bajo la directa dependencia de los propietarios de fincas urbanas, o representantes legales de los mismos, tienen encomendada la vigilancia, cuidado y limpieza de ellas y de los servicios comunales allí instalados..."*.

De lo que acabamos de exponer, llegamos a una primera e importante conclusión, cual es que no puede aplicársele el CCFU, pues Atezain no tiene la condición de comunero/propietario en ninguna de las dos fincas en las que el actor desarrollaba su actividad.

Por tanto, la siguiente cuestión a delimitar es el convenio colectivo que pudiera resultar aplicable al Sr. A tal efecto y partiendo del segundo hecho probado, donde se desglosan todas las actividades que puede venir a desarrollar Atezain, pues así se oferta, vemos que comercialmente puede caracterizarse como lo que se conoce como una empresa multiservicios. Lo cual supone actuar en diversos sectores productivos y en los que pueden también concurrir una diversidad de convenios colectivos.

Siguiendo con nuestro hilo argumental, aunque pudiera debatirse si para concretar el convenio colectivo que fuera exigible hay que acudir al principio de preponderancia frente al de especialidad, tal discusión es inútil en este procedimiento, por falta de sustento fáctico. En tal sentido no consta probado cual es esa actividad principal,

y sin que sean convalidables en este momento los intentos que efectúa la empresa de referencia en el trámite impugnatorio, al no servirse tan siquiera de lo establecido en el art. 197.1, de la LRJS.

En consecuencia, el único criterio que nos restaría sería el de especialidad, lo cual supondría aplicar el convenio que correspondiera desde la perspectiva del tiempo empleado en la realización del trabajo, utilizando analógicamente la pauta establecida en el art. 22.4 del ET. Del citado principio se hacen eco toda una serie de resoluciones, por ejemplo de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de 9-3-2015, exp. 2/2015; de los TSJs de Cataluña 10-2-2015, rec. 7115/2014; de Castilla-León (Valladolid) 17-9-2014, rec. 1062/2014 y 14-4-2014, Rec 92/2014; de Castilla-León (Burgos) 21-11-2013, rec. 616/2013; de Asturias 28-6-2013, rec. 1076/2013; de la Comunidad Valenciana 15-11-2012, rec. 2508/2012; y Canarias (Las Palmas) 11-5-2010, rec. 335/2010.

Es el turno de volver a la relación de hecho probados, concretamente al cuarto. Allí se establece que si bien la actividad principal del actor era la de conserjería, igualmente dedicaba unas tres horas diarias a tareas de limpieza en general.

Llegados a este punto, destaquemos que el art. 1, del CC, al establecer el ámbito funcional del CC, dice: *"Quedan sometidas a las disposiciones del presente Convenio todas las Empresas dedicadas a la Limpieza de Edificios y Locales cualquiera que sea la forma jurídica con la que actúan e independientemente de cual sea su domicilio y objeto social, constituyendo la causa de sometimiento al convenio, la realización o contratación de trabajos de limpieza en el territorio histórico de Vizcaya, cuando el objeto de la empresa sea total o parcialmente la actividad específica de limpieza de edificios y locales, como los centros especiales de empleo"* (El subrayado es nuestro).

Pues bien, asumida esa parcialidad y ante la ausencia de cualquier otro convenio colectivo que sirva como referencia para la actividad desempeñada, defendemos que le es aplicable el CC tantas veces invocado.

La siguiente cuestión a delimitar, es cual es el salario que ha de reconocérsele, ya que el Sr. defende que sea el correspondiente a la categoría profesional de limpiador. Sin embargo, resulta mucho más conforme a lo que es la globalidad y a la par asimilación con las funciones asignadas, el que ese mismo CC, fija para el ordenanza. Y ese es justamente el que le ha reconocido la sentencia de instancia y por ende hemos de ratificarla en este punto.

CUARTO.- El segundo motivo de Suplicación y en los términos expositivos que ya explicamos en el anterior fundamento de derecho, refiere como vulnerados los num. 1º y 2º, del art. 44, así como los arts. 54, 55 y 56, todos ellos del ET y la jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de las que cita sendos ejemplos.

Alega que la actividad de ambas codemandadas se basa en la mano de obra y ese es el elemento clave para declarar la sucesión empresarial en este supuesto. En ese mismo orden de cosas nos recuerda que era el único empleado en las comunidades de propietarios con las que las empleadoras firmaron los correspondientes y sucesivos contratos. Todo lo cual le lleva a concluir que Bilur le tenía que haber respetado el puesto de trabajo a partir de 1 de enero de 2016 y al no haberlo efectuado, se ha producido un despido.

Volviendo al CC, en este caso al art. 28, indica que: *"... Con el fin de conservar los puestos de trabajo y evitar la proliferación de contenciosos se dará automáticamente la incorporación de los trabajadores/as de la empresa cesante en la plantilla de la nueva concesionaria, independientemente de su personalidad jurídica, Trabajador/a autónomo/a, Sociedad Anónima, Sociedad Limitada, Sociedad Civil, cooperativa, ó empresario individual con o sin trabajadores, etc..., así como en Empresas de Empleo Protegido, que total o parcialmente se dediquen a servicios de limpieza empleando para ello personal discapacitado o no..."*. Para afirmar con posterioridad que: *"... La nueva empresa concesionaria incorporará a su plantilla al personal afectado por el cambio de titularidad con los mismos derechos y obligaciones salariales y contractuales que tuviese en la empresa cesante..."*.

El séptimo hecho probado desglosa cual es el objeto de Bilur y de su lectura inferimos que igualmente estamos en presencia de una empresa multiservicios; asimismo que una de las actividades que posiblemente pueda efectuar es la de limpieza en su desarrollo empresarial. Atendiendo ahora al octavo ordinal, observamos que las únicas tareas contratadas por la mercantil ahora citada, con las dos comunidades de propietarios donde venía prestando servicios el actor, son las de auxiliar de control; no consta, por el contrario, que también pactaran la ejecución de la limpieza de las mismas, aspecto en el que abunda el penúltimo párrafo del cuarto fundamento de derecho de instancia.

Pues bien, siguiendo con el argumento utilizado en el fundamento de derecho que precede y en orden a aplicar ese específico CC, la conclusión que ahora obtenemos es contraria a los intereses del actor, ya que al no afectar el contrato con la nueva empresa a partir del 1 de enero de 2016, también a la limpieza, no le sería aplicable dicho CC y por ende la cláusula de subrogación antes transcrita.

QUINTO.- El Sr. alega que estamos en un supuesto de sucesión de plantillas. Sin embargo, aquí no se dan los requisitos jurisprudencialmente admitidos para aplicar esa figura y por ende la responsabilidad de Bilur al negarse a subrogarle.

Así, entre otras, mencionaremos la sentencia del TS de 28-2-2013, rec. 542/2012. Resumidamente viene a establecer que lo determinante, para saber si se produce o no una sucesión empresarial, es que se produzca un cambio de titularidad en la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma y que la transmisión afecte a una entidad económica que continúe manteniendo su propia identidad; no obstante en

sectores como el que nos ocupa, en los que la actividad suele descansar fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera esa actividad común puede constituir una entidad económica que mantenga su identidad cuando se produce la transmisión y el nuevo empresario se hace cargo de una parte cuantitativamente importante de la plantilla del anterior; por consiguiente, la empresa sucesora mantiene su identidad.

Como ya adelantamos, es inviable tal aplicación, pues existía un solo trabajador adscrito al “centro de trabajo”, o sea el actor, y Bilur desde el principio mostró su oposición a subrogarle.

SEXTO.- Como hemos venido argumentando la terminación del contrato ha de considerarse ajustada a derecho y por ende la validez del por tiempo determinado en su día suscrito. No obstante, el conocimiento que hemos tenido de la sentencia del Tribunal de Justicia Europea (TJUE) de 14-9-2016, C-596/14, durante la tramitación del presente Recurso, nos lleva a preguntarnos hasta que punto lo allí solventado es aplicable a este litigio, tanto desde una perspectiva procesal, como sustantiva.

Una reflexión previa. Nos planteamos la posibilidad de realizar un trámite previo de audiencia previa a las partes para que efectuaran a las alegaciones que tuvieran por conveniente. Sin embargo, decidimos que no era factible desde un punto de vista procesal. En ese orden de cosas, no está previsto normativamente en el momento Suplicatorio que nos encontramos, de ahí que tampoco el TS procediera a dar plazo alguno al respecto en las resoluciones que luego mencionaremos. Asimismo, la cuestión planteada es estrictamente jurídica. Su resolución goza de la necesaria congruencia por lo que argumentaremos en párrafos posteriores. De ahí que dicho trámite no es necesario, ni conveniente, ya que además solo podría dar lugar a introducir elementos de confusión.

Empezando como es lógico por el tema adjetivo, nuestra reflexión debe ir encaminada a decidir hasta que punto una solución indemnizatoria como la allí contemplada, no altera el principio de congruencia, en cuanto que ni en la vista oral, como tampoco en la formalización/impugnación del recurso se suscita una cuestión de ese tenor. Es en esta sentencia la primera vez donde se plantea esta alternativa.

Pues bien y por las razones que a continuación exponremos, expresando también el criterio de la Sala en pleno no jurisdiccional, estimamos que procesalmente podemos dirimir si le corresponde algún tipo de indemnización complementaria a la ya recibida y en el marco contractual igualmente tratado. Varios son los razonamientos en este sentido:

a. El TS no ha estimado que incurre en incongruencia en los pronunciamientos que a continuación desglosamos y a efectos meramente ejemplificadores. Pese, añadimos

nosotros, que algunas de esas resoluciones son de un gran calado jurisprudencial y a nuestro juicio de mucha mayor trascendencia que el debate en curso. Por tanto y ya solo por este argumento, sería suficiente entrar al debate de fondo, y sin perjuicio de lo que luego añadimos y a la par con sustantividad propia. A saber:

Una situación muy cercana a la que ahora analizamos, estaría contemplada en la resolución de 14-10-2013, rec. 68/2013; luego seguida por otras muchas. Así, tras convalidar la justeza de la extinción del contrato en el seno de una Administración Pública, argumenta que: *"...el reconocimiento al demandante del derecho a la indemnización...es una consecuencia legal inherente a la desestimación de las pretensiones de nulidad o de improcedencia..."*; ya que: *"...La pretensión rectora del proceso combatía la decisión extintiva y entendía que debía dar lugar a las consecuencias indemnizatorias resultantes de una declaración de ilegalidad de la misma. Por ello, no puede negarse que se pretendía obtener todo aquello que la ley apareja a la correspondiente extinción contractual..."*; en consecuencia: *"...declarada la procedencia de la decisión extintiva empresarial, el trabajador demandante tiene derecho a recibir a cargo del Ayuntamiento demandado una indemnización de cuantía equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar la que establece el art. 49.1 c) ET..."*. No obsta a lo que ahora defendemos, pues no afecta a la que es ahora nuestra tesis, el que luego esa jurisprudencia fuera modificada respecto a los trabajadores que ven amortizada su plaza, por la posterior sentencia de 24-6-2014, rec. 217/2013. Pero que, igualmente recordemos, se mantiene incólume para aquellos que se ven cesados por la cobertura reglamentaria de la plaza, como se desprende de la resolución de 6-10-2015, rec. 2592/14.

La mentada jurisprudencia tiene quizá ejemplos aun más contundentes desde la exclusiva perspectiva que ahora nos ocupa, es decir la teórica incongruencia de nuestra decisión, incluso aunque no afecte a la esfera de la indemnización en el marco de un proceso por despido. Sería el caso contemplado en la sentencia de 7-10-1996, rec. 3307/1995, posteriormente continuada en muchas otras. Recordemos brevemente que en el proceso por despido allí entablado, lo único que se discutía eran las consecuencias de la nulidad del mismo en una Administración Pública, y a su vez tomando como referencia la fijeza igualmente reconocida. Y aunque aparentemente no se altera lo en su momento decidido, al asumir las plenas consecuencias de dicha nulidad, se introduce una declaración en el nuevo fallo y que si destacamos es porque no fue reivindicado por las partes en momento alguno, tan siquiera por la empleadora pese a que le beneficiaba, en el sentido de que: *"...con revocación de la sentencia de instancia en el pasaje que declara a los demandantes trabajadores fijos de plantilla, sustituyendo tal declaración por la de que la relación contractual de trabajo que les liga a la Diputación de Valencia es de carácter indefinido, y con mantenimiento de la misma en los demás pronunciamientos..."*. Criterio por demás ratificado en Sala General el 20-1-1998, rec.

317/1997 y donde el debate inicial cursó en similares términos, con una conclusión contractual idéntica, y aunque ahora fuera declarativa la acción interpuesta en origen.

También podemos consignar la sentencia de 5-6-2000, rec. 3809/1999. En este supuesto una serie de profesores de religión reivindicaban, entre otras cuestiones, que se declarase la indefinición de su contrato, oponiéndose de contrario al negarles tal posibilidad. Y si bien la propuesta de los actores no se aceptó por el TS, lo fue porque entendió que existía: “...una relación laboral que es objetivamente especial,..., en atención a las peculiaridades que concurren en la relación de servicios que se considera...”; alternativa tampoco solicitada por los litigantes, ni por ende por la empleadora que era la beneficiada con una consecuencia de esa naturaleza. Declaración que gozaba de idiosincrasia y especificidad propia, como demuestra que con posterioridad fue legalmente así declarada por el Real Decreto 696/2007.

b. Es también significativa la génesis procesal que ha dado lugar a la resolución del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 5-10-2016, rec. 246/2014 y que recordemos fue quien articuló la cuestión prejudicial ante el TJUE que ahora nos ocupa.

De la lectura de dicha sentencia inferimos que no se planteó el tema indemnizatorio ni en la instancia, ni en el trámite de Recurso. De tal manera que el punto de partida sería el mismo que el que defendemos. Visto lo cual, no vemos que existan razones para no darle un tratamiento procedimental idéntico.

Con todo, resulta también clarificador que dada audiencia a la empresa, allí representada por la Abogacía del Estado, para que se pronunciara sobre la pertinencia de formalizar esa cuestión, en momento alguno tachó de incongruente al propio planteamiento.

c. Dejando de lado, cuando menos directamente, la invocación de resoluciones judiciales, es el momento de añadir una serie de argumentos que van en la misma dirección. Son los siguientes:

-La acción interpuesta por el Sr. es un despido y resaltar esa circunstancia es una cuestión sustancial, ya que el objetivo que perseguía era que se declarase la nulidad, aunque en la práctica nada defendió al respecto, y, sobre todo, la improcedencia. Desde esta perspectiva el art. 110, de la LRJS, establece una doble alternativa, la primera se refiere al binomio readmisión/salarios de tramitación, y la segunda a una indemnización para reparar el daño causado por la empresa ante la extinción contractual. Es decir, y respecto a esta última premisa, el cobro de una cantidad a título de compensación por el trabajo perdido, está inserta en la presente acción. De tal

manera que forma parte del debate desde la presentación de la demanda y trámites subsiguientes. Ello a su vez supone que cualquier decisión que judicialmente se tome tanto cuantitativa como cualitativamente sobre el montante indemnizatorio, de tener derecho el trabajador afectado, no puede sorprender, ni por ende causar indefensión, al empresario que ha tomado unilateralmente esa decisión, asumiendo todas las consecuencias que la misma puede conllevar.

Por tanto y volviendo a nuestra tesis inicial, reiteramos que la acción de despido es una sola, englobándose en ella todos los diferentes resultados posibles que puedan derivarse. En consecuencia, la circunstancia de que la Sala no haya compartido el criterio del trabajador sobre la calificación que otorgó a su cese, no puede determinar, sin más, la desestimación de la demanda y no pronunciarse sobre la indemnización que ahora nos ocupa.

-Y más, añadimos, al ser la mayoría de los parámetros utilizados para el cálculo de la indemnización, idénticos en los dos supuestos que traemos a colación. Por una parte, los años de servicio y por otro el salario que se viniera percibiendo, y con independencia de que el número de días aplicables pueda variar. Obsérvese además que dichos parámetros normalmente desplegarían efectos de cosa juzgada positiva –art. 222.4, de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC)-, en un hipotético y futuro litigio de cantidad, de no admitirse la tesis que estamos defendiendo, con lo que la contradicción procesal sería evidente y en los términos ya expuestos en el apartado anterior. Igualmente, al rechazarse que existe un despido, estaríamos hablando de una indemnización tasada y no sujeta a variables distintas que las que provienen de tales factores, y a diferencia, por ejemplo, de cuando se reivindica una indemnización de daños y perjuicios derivada de un accidente de trabajo. O sea, con una solución distinta a la ahora propugnada, se le obliga al trabajador a articular un nuevo litigio, pero únicamente para concretar una suma ya preanunciada; tema sobre el que, no obstante, luego volveremos.

-Expresión adecuada de lo que acabamos de relacionar es el principio general del derecho de “quien puede (pide) lo más, puede (pide) lo menos”, y aplicable sin género de dudas en el campo laboral –TS, 31-10-2003, rec. 17/2002, por ejemplo-. Es decir, quien reivindica una indemnización de 45/33 días por año de servicio, según los casos, igualmente está solicitando una suma inferior por ese mismo concepto en la práctica –“del mal el menos”-. De ahí la jurisprudencia del TS reseñada en un epígrafe anterior, al asignar 8 días al trabajador demandante por un despido que se declara inexistente. Tampoco causa perjuicio alguno a las partes y como incidiremos en otro apartado.

Es cierto que dicho principio no es aplicable de manera automática en el orden laboral, pues existen excepciones. Una de ellas, quizá la más relevante, es en materia de declaración de incapacidad permanente, pero tiene una evidente razón de ser, cual es que

al peticionario no se le reconozca un grado que no es el adecuado a sus intereses, vistas las sustanciales consecuencias laborales que puede acaecer de asumir una incapacidad “menor” a la solicitada. Otra de las que en su momento fueron objeto de intenso debate doctrinal y jurisprudencial sobre todo en un proceso por despido, versaba sobre la posibilidad de autorizar una sanción inferior a la decidida empresarialmente, pero esa discusión ya ha sido superada, al asumirse legislativamente tal posibilidad –arts. 108.1 y 115.b, de la LRJS-.

-El proceso laboral se rige por una serie de principios, básicamente desglosados en el art. 74.1, de la LRJS, lo cuales y de acuerdo a lo que dice su num. 2, orientan la interpretación y aplicación del resto de normas procesales. En este caso queremos hacer hincapié en dos de ellos, el de concentración y el de celeridad. A su vez y como parte inserta en los mismos, estaría el que la jurisprudencia comunitaria denomina de efectividad –TJUE 14-9-2016, C-184/15 y C-197/15, acumulados-.

Partiendo de esos principios y como ya anunciábamos en apartados anteriores, su obligatorio respeto no quedaría en buen lugar si al trabajador que ve justamente extinguido su contrato, se le obliga a articular un segundo proceso con todo lo que conlleva, incluido los costes temporales y económicos, para reclamar una indemnización derivada de la decisión judicial anterior, cuando ya en el primero se disponen de los medios jurídicos suficientes para fijarla y como igualmente indicábamos. Costes que por otra parte también se le generarían a la empleadora y sería otra cuestión a evaluar. La propia jurisprudencia invocada y nos estamos refiriendo a las sentencias de 14-10-2013, rec. 68/2013 y 6-10-2015, rec. 2592/14, serían fiel ejemplo de la aplicabilidad de tales principios.

Asimismo, lo contrario supondría dividir la continencia de la causa, pues se obligaría a tratar en procesos distintos los efectos y consecuencias de una misma y única extinción contractual. Además, atacaría al principio de economía procesal, ya que se forzaría a plantear en dos juicios diferentes lo que podría haberse resuelto en uno solo.

-Consecuencia de lo hasta ahora expuesto, es que con nuestra decisión no apreciamos una vulneración del art. 218.1, de la LEC y por ende que pueda hablarse de una sentencia incongruente respecto a este punto. Así también lo inferimos de lo establecido por el Tribunal Constitucional, en cuanto delimita los límites de una posible incongruencia judicial, dotándole de la necesaria flexibilidad, en la sentencia 14/85, de 1 de febrero, donde tras recordar la 29/82, de 5 de mayo -“La doctrina de la congruencia...es perfectamente compatible con el principio tradicional iura novit curia, pues los Tribunales no tienen necesidad ni tampoco obligación de ajustarse en los razonamientos jurídicos que les sirven para motivar sus fallos a las alegaciones de carácter jurídico aducidas por las partes y pueden basar sus decisiones en fundamentos

jurídicos distintos, siempre que no se altere la acción ejercitada” (el subrayado es nuestro)-; añade que para apreciar lo contrario es necesario: “...que se haya producido una desviación de tal naturaleza que suponga una completa modificación de los términos en que se produjo el debate procesal...” (volvemos a subrayar).

A nuestro juicio, insistimos y por lo ya dicho, ni se alteraría la naturaleza de la acción por despido en su momento entablada por el actor, ni la modificación es de tal naturaleza que hiciera irreconocible el debate, pues se limitaría a fijar la indemnización a la que finalmente tendría derecho ante el cese en el trabajo.

-Otra cuestión que a dirimir es hasta que punto puede hablarse de una acumulación indebida de acciones, visto lo expuesto en el art. 26.1, de la LRJS. Y también si es factible que el procedimiento para debatir esta “nueva” indemnización, ha de ser otro distinto y que coincidiría con el ordinario.

La respuesta ha de ser negativa y a tal efecto hemos de remitirnos como ejemplo jurisprudencial al contenido de las sentencias del TS tantas veces referidas de 14-10-2013 y 6-10-2015; al igual que a lo reiteradamente argumentado. Siendo el único elemento diferencial la cuantía de la indemnización a reconocer, 8 días en el primero de los casos, 20 en el actualmente en curso. Es pues admisible la acumulación y aunque incluso pudiera calificarse de impropia.

Pero es que existe otro matiz que no hay que olvidar, cual es que tal como establece la resolución del TJUE de 14-9-2016, el origen de la indemnización por la extinción contractual allí apuntada, es la existencia de una diferencia de trato sin justificación en la normativa española y por ende se reconoce que se produce discriminación entre trabajadores de duración determinada y los a su vez considerados como fijos. Es decir, podemos decir que el Tribunal asume la vulneración de un derecho fundamental también incorporado a nuestro derecho interno en el art. 14, de la Constitución-; y calificable como principio general de la UE, sometido igualmente a especial protección normativa –art. 21, de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE-; cuestión sobre la que volveremos en un posterior fundamento de derecho. No puede por tanto considerarse ajeno al proceso de despido, un debate de estas características, más teniendo en cuenta el art. 26.2, de la LRJS y la jurisprudencia del TS, ya desde la sentencia de 12-6-2001, rec. 3827/2000 y que ampara dicha acumulabilidad.

-Y sin que tampoco nuestra interpretación vulnere el principio de protección de confianza legítima que pudiera aquí tener la empleadora sobre el montante indemnizatorio. Así, el citado nunca puede amparar la aplicación de una norma nacional contraria al derecho de la UE, ya que un: “...*órgano jurisdiccional no puede basarse en dicho principio para seguir aplicando una regla de Derecho nacional contraria al*

principio general de no discriminación..."; pues, caso contrario, terminaría limitando: *"...los efectos temporales de la interpretación adoptada por el Tribunal de Justicia, toda vez que, mediante ese enfoque, esta interpretación no podría aplicarse al litigio principal..."*; de tal manera que: *"...el Derecho de la Unión así interpretado debe ser aplicado por el juez incluso a relaciones jurídicas nacidas y constituidas antes de la sentencia que resuelva sobre la petición de interpretación, si además se reúnen los requisitos que permiten someter a los tribunales competentes un litigio relativo a la aplicación de ese Derecho..."*—TJUE 19-4-2016, C-441/14, párrafos 38 a 41-.

SÉPTIMO.- Despejados los que a la postre hemos de considerar como aparentes obstáculos procedimentales, hay que dilucidar si al Sr. le corresponde una indemnización superior a la en su momento entregada, presumimos, por la empresa Atezain y que coincidiría con la extinción del contrato de trabajo en su momento suscrito Y todo ello, como venimos anunciando, al amparo de lo dispuesto en la sentencia del TJUE de 14-9-2016, invocada con anterioridad.

La cual, matizamos, podrá discutirse en cuanto a la validez de los principios que la inspiran, como algunas voces apuntan, pero ese es un debate meramente doctrinal. De tal manera que hoy por hoy la tesis allí desarrollada es la interpretación que hemos de seguir y sin perjuicio de que pueda debatirse la aplicación práctica de algunos de sus extremos. En ese mismo orden de cosas, incidiremos en la primacía de la jurisprudencia comunitaria al resolver cuestiones prejudiciales a través del TJUE, como el caso que nos ocupa —art. 234, del Tratado de la CE-, así como en la también prevalencia del derecho de la UE frente al interno y la obligación que asume esta Sala, en cuanto "Juez nacional", de aplicar ese derecho y siempre que se den unas determinadas circunstancias que aquí creemos no se puede discutir que concurran.

Siempre partiendo de que la resolución judicial de 14-9-2016, no crea un derecho indemnizatorio "ex novo", sino que viene a recordarnos cual es la interpretación auténtica que hemos de dar a la Directiva 1999/70/CE del Consejo de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP, sobre el trabajo de duración determinada (a partir de ahora el Acuerdo Marco para una mejor comprensión).

Tras esas precisiones y para centrar el debate, resaltar dos aspectos de la Directiva 1999/70/CE. El primero toma como referencia la Cláusula 3.1, donde se establece que se entenderá por: *"...trabajador con contrato de duración determinada»: el trabajador con un contrato de trabajo o una relación laboral concertados directamente entre un empresario y un trabajador, en los que el final del contrato de trabajo o de la relación laboral viene determinado por condiciones objetivas tales como una fecha concreta, la realización de una obra o servicio determinado o la producción de un hecho o acontecimiento determinado...*". Mientras que el num. 1, de la Cláusula 4, dice sobre el

“Principio de no Discriminación”, que: “...Por lo que respecta a las condiciones de trabajo, no podrá tratarse a los trabajadores con un contrato de duración determinada de una manera menos favorable que a los trabajadores fijos comparables por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas...”.

Clausula esta última que no puede ser interpretada restrictivamente, en cuanto que expresa un principio de derecho social de la Unión –parágrafo 27, de la sentencia-

OCTAVO.- Sentadas estas bases, adelantamos que nuestra respuesta ha de ser positiva a establecer una indemnización más elevada a la en su momento entregada por la empleadora y en cuanto que dicha indemnización es una condición de trabajo más –parágrafos 28 a 32, de la sentencia-

Basamos nuestra tesis en los argumentos que a continuación desglosamos:

- Punto de partida inexcusable para el debate en curso, es que hemos reconocido que es ajustada a derecho la decisión de Atezain de dar por terminado el contrato –fundamentos de derecho cuarto y quinto-. Por tanto, no cabe confundir de manera interesada las consecuencias jurídicas y económicas de que tal contrato se declarara en fraude de ley, o se estimara la improcedencia de su cese por otra causa, porque en ese caso la indemnización se regiría por lo dispuesto en el art. 56.1, del ET, o sea habría que fijar 33 días por año de servicio, cuando aquí la discusión versa sobre los 20 días e igualmente por año de servicio.

- A diferencia del supuesto analizado en su momento por el TJUE y por ende el que luego ha dado lugar a la sentencia del TSJM, el caso que hoy traemos a colación no puede decirse que esté inmerso en la que se conoce como eficacia vertical de una Directiva, al no ser parte una Administración Pública en un sentido amplio. Por el contrario y al ser un pleito entre particulares, deberíamos discutir sobre la denominada eficacia directa horizontal de la misma.

En ese orden de cosas, podríamos especular con la aplicabilidad de tal eficacia en este litigio y en virtud del principio de interpretación conforme –TJUE 1-4-1984, C-14/83; 16-7-2009, C-12/08-. Por mor del cual el juez nacional debe aplicar la norma interna del País de que se trate, pero a la luz de la Directiva en cuestión y en aras a evitar una situación contraria y/o cuando menos conflictiva, que pueda llevar a la inaplicación de esa norma interna, lo cual también incluye la obligación de los órganos jurisdiccionales nacionales de modificar, en caso necesario, su jurisprudencia reiterada si ésta se basa en una interpretación del Derecho nacional incompatible con los objetivos de una Directiva –TJUE 19-4-2016, C-441/14- A tales efectos igualmente recordaremos las

sentencias del TS de 26-3-2014, rec. 158/2013 y 8-6-2016, rec. 207/2015. No obstante, también somos conscientes de las limitaciones que pueda presentar la aplicación de ese principio en determinadas situaciones –TJUE 13-11-1990, C-106/89-.

Sin embargo, es innecesario entrar a dirimir si el supuesto que nos ocupa tiene acomodo en el principio mencionado, ya que a nuestro juicio el debate va por otros derroteros que pensamos que son más claros. En ese orden de cosas, ahora el elemento fundamental es la discriminación constatada por el TJUE entre trabajadores fijos y a su vez frente a los que tienen un contrato de duración determinada –parágrafos 35 a 37, de la sentencia-, y tal como ya apuntábamos en nuestro sexto fundamento de derecho. Por tanto, pensamos que no se puede aplicar en estos supuestos una norma interna que merezca ese calificativo tan negativo -TJUE 12-12-2002, C-422/00; 22-11-2005, C-154/04; 19-1-2010, C-555/07-.

Enlazando con esta última resolución queremos hacer hincapié en el art. 21.1, de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que destaquemos forma de lo que se ha venido a considerar derecho originario europeo, al establecer que: “...*Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual...*”. Precepto que es directamente aplicable en un litigio entre particulares, como el actualmente en curso, con todas sus consecuencias. Y siempre sin olvidar la expresa referencia que incorpora el num. 1, de la Cláusula 4, del Acuerdo Marco, al principio de no discriminación en materia laboral. Así entendemos que lo ha venido a ratificar no solo la resolución de 14-9-2016, sino con anterioridad las ya mencionadas, así como la de 19-4-2016, C-441/14, al reconocer que el citado es “*un principio general del Derecho de la Unión*”.

-No obsta a tal declaración que en el supuesto contemplado en la sentencia de 14-9-2016, el contrato objeto de debate fuera de los calificados como de interinidad -art. 15.1.c), del ET-, frente al suscrito por el aquí actor y que es de los considerados por obra o servicio determinado –art. 15.1.a), del ET-. Y decimos que no es obstáculo, pues el en su momento firmado es incardinable, incluso por expresa remisión nominativa –“*realización de una obra o servicio determinado*”-, en el concepto de “*contrato de duración determinada*”, recogida en la Cláusula 3.1, antes transcrita.

Asimismo, el punto de partida, suscripción de un contrato de trabajo de duración incierta, y a su vez el de terminación, una decisión de la empleadora basada en que ya no existe causa suficiente para su mantenimiento, son idénticos en ambos casos. Queremos hacer hincapié en este último aspecto pues a nuestro juicio es un elemento sustancial en la teoría que arbitra la sentencia del TJUE tantas veces mencionada. Es decir, tanto en el

supuesto del trabajador fijo de plantilla como en el del que suscribe un contrato de duración determinada, cuando la empresa decide extinguir unilateralmente la relación laboral por concurrir una causa legalmente justificada, y por ende también por motivos ajenos a la voluntad del trabajador, se produce una identidad en la objetivación de la causa. A tal efecto si tomamos como referencia legislativa los arts. 51.1 y 52.c), del ET, podríamos decir que la terminación del contrato de obra/servicio determinado es asimilable a la que se conoce como causa *“productiva”* –*“cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado”*, recordemos-.

No obstante, queremos matizar que la referencia a dichos preceptos estatuarios es únicamente afectos argumentales e indemnizatorios. Señalamos que con ello no queremos decir que lo anterior suponga que en supuestos como el que ahora nos ocupa, la empresa debiera haber satisfecho las formalidades previstas en el num. 1.b), del art. 53, del ET, la hora de extinguir el contrato de la Sr. con la consecuencia de que ante ese teórico incumplimiento, la calificación aquí a dar sería la de despido improcedente –art. 122.3, de la LRJS-. Caso contrario, se produciría una reconversión total del debate.

Retomando nuestro hilo discursivo, sin embargo y pese a tal identidad extintiva, el tratamiento indemnizatorio es bien distinto –parágrafo 36, de la sentencia-. Es cierto, que el tipo de contrato que ahora analizamos y a diferencia del que trae causa la sentencia del TSJ de Madrid y por ende la del TJUE, tiene reconocida legalmente una indemnización al momento de extinguirse –art. 49.1.c) y disposición transitoria décimo tercera del ET-, y que estamos suponiendo que Atezain así se le abonó. Pero con todo, persiste una distinción en el trato a dispensar al actor, ya que aun haciendo caso omiso de la última norma citada, la diferencia indemnizatoria seguiría siendo sustancial -12 días frente a 20 por año de servicio-, y, reiteramos, sin una causa que lo justifique y como no sea la temporalidad contractual del Sr. Al hilo de lo ahora expuesto, recordemos que la resolución europea explica que el problema de distinción indemnizatoria no se da entre temporales, es decir entre por ejemplo los interinos frente a los contratados por obra –ninguna indemnización frente a 12 días-, sino entre los trabajadores insertos en un concepto más global, cual es el los contratos de duración determinada, frente a los fijos –parágrafo 38, de la sentencia-.

-Llegados a este punto, recordemos que nos corresponde verificar si la situación laboral del actor es o no comparable a la de un trabajador fijo en Atezain –parágrafo 42, de sentencia-, o mejor dicho vistas las circunstancias laborales del Sr. en cuanto que era el único trabajador en ese centro, lo que establezca el convenio colectivo –Cláusula 3.2, párrafo segundo, del Acuerdo Marco-, que hemos reconocido de aplicación y siempre desde la exclusiva perspectiva indemnizatoria que nos ocupa.

Nuestra conclusión es favorable, vistas las circunstancias que seguidamente desglosamos y que adelantamos no presentan especial complejidad en este supuesto.

En ese orden de cosas, es preciso volver a nuestro tercer fundamento de derecho, donde declaramos la aplicabilidad del Convenio Colectivo de Limpiezas de Edificios y Locales de Bizkaia. Asimismo, tomábamos como referencia retributiva la categoría profesional de conserje. La cual, añadimos, no requiere una formación cualificada y por ende es de fácil acceso físico e intelectual.

Por tanto, a modo de conclusión y aunque ya fuera adelantada, no existe una justificación objetiva y razonable para que el actor no perciba la misma indemnización que la establecida para un trabajador fijo que fuera despedido por causas objetivas-productivas, ya que la situación extintiva es idéntica –parágrafos 45 a 47, de la sentencia-

NOVENO.- Es el momento de fijar la indemnización a la que tiene derecho el trabajador. A tal efecto, tendremos en cuenta sus meses de servicio -7/12- y el salario también declarado probado -41,60 €/día, fundamento de derecho segundo de instancia-. Todo ello a razón de 20 días por año de servicio. Después de realizar las correspondientes operaciones aritméticas, resulta un débito de 485,33€.

De esa cantidad podrá deducir y/o compensar la empleadora lo que en su día pudiera haber entregado, también por terminación del contrato.

DÉCIMO.- La estimación parcial del Recurso carece de incidencia desde la perspectiva del pago de las costas que hayan podido generarse en la presente instancia. Por tanto nada es exigible a los litigantes y en ese sentido.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que estimamos parcialmente el Recurso de Suplicación formulado por D. [Nombre] contra la sentencia del Juzgado de lo Social num. Siete de los de Bilbao, de 25 de mayo de 2016, dictada en el procedimiento 97/2016; la cual debemos también revocar parcialmente y condenamos a la empresa Atezain SL, a pagarle la suma de 458,33€, de esa cantidad podrá deducir y/o compensar lo en su día entregado, también por terminación del contrato; absolviéndole, por el contrario, del resto de peticiones deducidas en su contra, al igual que de todas ellas a Bilur 2000 SL. Sin costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal, informándoles de

que no es firme, pudiendo interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina en los términos y con los requisitos que se detallan en las advertencias legales que se adjuntan.

Una vez firme lo acordado, devuélvase las actuaciones al Juzgado de lo Social de origen para el oportuno cumplimiento.

Así, por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgado, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

E/

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

ADVERTENCIAS LEGALES.-

Contra esta sentencia cabe recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que necesariamente deberá prepararse por escrito firmado por **Letrado** dirigido a esta Sala de lo Social y presentado dentro de los **10 días hábiles** siguientes al de su notificación.

Además, si el recurrente hubiere sido condenado en la sentencia, deberá acompañar, al preparar el recurso, el justificante de haber ingresado en esta Sala el importe de la condena; o bien aval bancario en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista. 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, una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

El recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregado en la secretaría de esta Sala de lo Social al tiempo de preparar el recurso, la consignación de un depósito de 600 euros.

Los **ingresos** a que se refieren los párrafos anteriores se deberán efectuar, o bien en entidad bancaria del Banco Santander, o bien mediante transferencia o por procedimientos telemáticos de la forma siguiente:

A) Si se efectúan en una oficina del Banco Santander, se hará en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de dicho grupo número

B) Si se efectúan a través de transferencia o por procedimientos telemáticos, se hará en la cuenta número haciendo constar en el campo reservado al beneficiario el nombre de esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, y en el campo reservado al concepto el número de cuenta

Están exceptuados de hacer todos estos ingresos las Entidades Públicas, quienes ya tengan expresamente reconocido el beneficio de justicia gratuita o litigasen en razón a su condición de trabajador o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social (o como sucesores suyos), aunque si la recurrente fuese una Entidad Gestora y hubiese sido condenada al abono de una prestación de Seguridad Social de pago periódico, al anunciar el recurso deberá acompañar certificación acreditativa de que comienza el abono de la misma y que lo proseguirá puntualmente mientras dure su tramitación.