



Roj: **STSJ PV 2981/2018 - ECLI:ES:TSJPV:2018:2981**

Id Cendoj: **48020340012018101794**

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

Sede: **Bilbao**

Sección: **1**

Fecha: **11/09/2018**

Nº de Recurso: **1472/2018**

Nº de Resolución: **1665/2018**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **JUAN CARLOS ITURRI GARATE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

RECURSO Nº: Recurso de suplicación 1472/2018

NIG PV 48.04.4-17/009092

NIG CGPJ 48020.44.4-2017/0009092

SENTENCIA Nº: 1665/2018

SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO

En la Villa de Bilbao, a once de septiembre de dos mil dieciocho.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, formada por los Ilmos. Sres. don JUAN CARLOS ITURRI GARATE, Presidente en funciones, don FLORENTINO EGUARAS MENDIRI y doña MAITE ALEJANDRO ARANZAMENDI, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

S E N T E N C I A

En el recurso de suplicación interpuesto por doña **Bárbara** contra la sentencia del Juzgado de lo Social número 2 de los de Bilbao, de fecha 19 de abril de 2017, dictada en los autos 908/2017, en proceso sobre **DERECHO Y CANTIDAD** y entablado por doña Bárbara frente a **UNIÓN INTERNACIONAL DE LIMPIEZAS S.A.** y el **FONDO DE GARANTÍA SALARIAL**.

Es Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado don JUAN CARLOS ITURRI GARATE, 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: La actora viene prestando servicios por cuenta y órdenes de UNION INTERNACIONAL DE LIMPIEZAS SA con categoría profesional de limpiadora, antigüedad reconocida de 6 de junio de 2011 y salario bruto mensual de 1.125,06 euros.

La actora viene prestando servicios en la limpieza de los edificios dependientes del Ayuntamiento de Baracaldo.

Es de aplicación el Convenio Colectivo del sector de limpieza de edificios y locales de Bizkaia.

SEGUNDO: La trabajadora ha prestados servicios en el mismo servicio de limpieza para las empresas FCC SA y ENVISER SA en los períodos que constan en su informe de vida laboral que se da por íntegramente reproducido.

Fue subrogada pro su actual empleadora el 17 de diciembre de 2015.



TERCERO: Se dan por reproducidas las nóminas de la actora aportadas a las actuaciones.

SEGUNDO .- La parte dispositiva de la Sentencia de instancia dice: " **DESESTIMANDO ÍNTEGRAMENTE** la demanda presentada por Bárbara frente a UNIÓN INTERNACIONAL DE LIMPIEZAS SA y FOGASA, debo absolver y absuelvo a la demandada de las pretensiones vertidas en su contra."

TERCERO.- Doña Bárbara formalizó en tiempo y forma recurso de suplicación contra tal resolución, recurso que fue impugnado por Unión Internacional de Limpiezas, S.A., también en tiempo y forma.

CUARTO.- En fecha 11 de julio de 2018 se recibieron las actuaciones en esta Sala, dictándose providencia el día 16 de julio, acordándose -entre otros extremos- que se deliberara y se decidiera el recurso el día 11 de septiembre 2018.

Habiéndose llevado a cabo tal deliberación, se dicta seguidamente sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Doña Bárbara formula recurso de suplicación contra la sentencia que ha desestimado la demanda, posteriormente aclarada antes del juicio, en la que reclamaba de su actual empleadora, Unión Internacional de Limpiezas, S.A. y otras dos sociedades, que se le reconociese antigüedad a fecha 1 de septiembre de 2004 y no la del año 2011 que le reconocía, así como unas diferencias salariales en tal concepto retributivo, fijadas definitivamente por importe de 3.194,32 euros de principal por el periodo mediante entre el mes de abril de 2016 y agosto de 2017. Entendía que esto era lo procedente, al haber trabajado en la concesión de limpieza de diversas dependencias del ayuntamiento de Basauri también para otras empresas que asumieron esa concesión con carácter previo a su actual empleadora, habiendo codemandado también en su día a las mismas (Enviser, Servicios Medioambientales, S.A. y Fomento Construcciones y Contratas, S.A.) si bien dicha demandante desistió de la demanda frente a ellas el mismo día del juicio, con ocasión de la conciliación celebrada ante la letrada de la Administración de Justicia.

La Magistrada autora de la sentencia desestima tales pretensiones, considerando que no se acredita ningún fenómeno sucesorio del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores (Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre), siendo que el artículo 28 del convenio colectivo aplicable ¿ el de limpieza de oficinas y despachos de Bizkaia, publicado en el Boletín Oficial de Bizkaia de 26 de agosto de 2013- impone que la subrogación lo sea con los mismos derechos y obligaciones que en la empresa cesante y la demandada le ha reconocido aquélla que la anterior concesionaria (Enviser) le tenía reconocida.

Frente a tal decisión, la recurrente presenta un escrito de formalización del recurso en el que termina pidiendo que se revoque tal sentencia y que se estime aquel pedimento que sostuvo en juicio.

Al efecto plantea un único motivo de impugnación, formalmente enfocado por la vía prevista en el apartado c del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción de lo Social (Ley 36/2011, de 10 de octubre) y en el mismo se aduce la infracción de los artículos 9 y 28 de aquel convenio colectivo y diversa jurisprudencia que cita.

La demandada presenta un escrito de impugnación del recurso en el que plantea la inadmisión del recurso, sosteniendo que contra la sentencia recurrida no cabe suplicación y en cuanto al fondo, insta que se desestime el recurso y se confirme la sentencia recurrida.

SEGUNDO.- Sobre la susceptibilidad de recurso.

La parte impugnante sostiene la inadmisibilidad del recurso, porque las diferencias económicas en el plus de antigüedad reclamado no llegan a los 3.000 euros si se considera un cómputo anualizado de tales diferencias, que entiende que es a lo que hay que estar y no a la cifra total reclamada, que abarca un periodo de reclamación superior al anual.

Al efecto, la impugnante cita la sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de fecha 31 de mayo de 2016 (recurso 3180/2014) que a su vez se remonta a la de 22 de mayo de 2015 (recurso 2561/2014) para explicar el criterio exegético del artículo 191 y 192, punto 3 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción de lo Social .

Pues bien, aún y asumir que en el caso la cuantificación anual en el complemento no llegue a los 3.000 euros, entendemos que si que cabe recurso de suplicación en el particularismo del caso de autos, pues estamos en un supuesto en el que se ejercita una acción declarativa de condena, siendo que el importe reclamado supera los 3.000 euros. Acontece que, para estimar esa pretensión, es presupuesto previo y necesario que se reconozca que la antigüedad es una distinta y anterior a la reconocida por la empresa y por tanto, sólo si se da respuesta afirmativa a esta cuestión previa, cabe considerar si procede o no estimar la pretensión de condena al pago de cantidades.



La sentencia del Tribunal Supremo aludida se refiere a supuesto distinto: se refiere al caso en el que se acumulan dos acciones: una, declarativa, en la que se pide que se condene a la demandada a reconocer ese plus que no reconoce al demandante y otra, de condena, en la que se pide que se le condene al pago de cantidad inferior a ese tope de los 3.000 euros por unos concretos meses de importe de ese plus. En ese caso, la Sala entiende que, no procediendo recurso por esta última, si por la primera, pues la cuantía anual de complemento es superior a esos 3.000 euros.

Cita la recurrente también la sentencia de este propio Tribunal y Sala de fecha 22 de febrero de 2018 (recurso 219/2018), pero olvida que, ejercitándose también en aquel caso acción declarativa de condena y siendo cierto que entonces también la diferencia anualizada no llega a 3.000 euros por el plus de antigüedad, la petición por principal lo era por importe inferior a esos 3.000 euros, en concreto, lo era por la cantidad de 624,23 euros, a diferencia de nuestro caso, donde se reclaman 3194,32 euros de principal y por tanto, se superan esos 3.000 euros.

Igualmente y por la misma razón, entendemos que esta decisión no se opone a lo dicho en nuestra sentencia de fecha 26 de junio de 2018 (recurso 1087/2018), pues en la misma también se parte de que el importe de la condena no llega a los 3.000 euros, al igual que la determinación anualizada de la diferencia. En nuestro caso, lo reclamado supera ese límite, como se ha dicho.

En las dos sentencias de esta Sala mencionadas, la demandada era la actual impugnante del recurso y trataban también de acción declarativa y condenatoria por el plus de antigüedad.

En consecuencia, procedemos a examinar el motivo de impugnación planteado.

TERCERO.- Sobre el fondo del asunto.

A.- En el caso y como se ve, lo que ha habido es una sucesión de empresas en la contrata de limpieza en la que trabajaba la demandante.

Conforme la reciente sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 11 de julio de 2018 (asunto C-60/17, caso Somoza Hermo) debe considerarse que se transmitió una "entidad económica autónoma" entre las concesionarias del servicio y sin que a ello sea óbice el que se haya tenido que asumir los trabajadores de la anterior concesionaria por disposición de un convenio colectivo, como es el caso, según luego explicamos.

Por ello y con independencia del efecto que ello pueda tener en la jurisprudencia recientemente fijada por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo en sede de responsabilidad de la nueva concesionaria por las deudas de la anterior si la subrogación viene impuesta por convenio colectivo (entre otras, sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de fecha 9 de marzo de 2018, recurso 3065/2018), lo cierto es que el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores (Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre) establece que esa transmisión de "unidad productiva autónoma" no extingue el contrato del trabajador y además que el nuevo empleador queda subrogado en todos los derechos y obligaciones laborales que tiene el trabajador.

Y por tanto, si la trabajadora tenía ese derecho a la antigüedad ante Fomento, Construcciones y Contratas, S.A. mantuvo ese derecho cuando pasó a Enviser, Servicios Medioambientales, S.A y también lo mantuvo cuando pasó a la demandada en el año 2015.

Y es que efectivamente fue el convenio colectivo el que impuso esa asunción del contrato de la trabajadora, como se explica a continuación.

B.- Y es que es asumido por todas las partes que se produjo aquella subrogación de la demandada porque así lo preveía el convenio colectivo indicado.

Al efecto y sobre el contenido y alcance de tal subrogación, no es sólo que el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores se refiera a todos los derechos laborales, sino que a la misma solución se llega si se examina el final del artículo 28 del convenio colectivo aplicable en tal año 2015.

En sus últimos párrafos se lee: *"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.*

De ninguna forma se producirá la adscripción del personal en el caso de un contratista que realice la primera limpieza y no hay suscrito contrato de mantenimiento.

En todo caso lo anteriormente establecido en este artículo, lo será sin perjuicio de las posibles responsabilidades económicas de la Empresa causante o cesante, conforme a lo preceptuado en la vigente

legislación respecto de los supuestos de cambio de titularidad de la Empresa. Queda derogado el párrafo segundo del art. 13 de la Ordenanza Laboral de la Limpieza de Edificios y Locales."

Similares son los términos del final del artículo 28 del nuevo convenio colectivo del mismo sector y territorio, con vigencia a partir de su publicación, según el artículo 2 del publicado en el Boletín Oficial de Bizkaia de 11 de abril de 2018 y similar era también en este punto el final del artículo 27 del vigente en los años 2007 a 2009 (Boletín Oficial de Bizkaia de 9 de enero de 2008), así como el final del artículo 27 del publicado en el Boletín Oficial de Bizkaia de fecha 5 de octubre de 2004, vigente en los años 2004 a 2006 (artículo 2).

C.- Por tanto, la demandante tenía que ser asumida por su actual empleadora con los mismos derechos que tenía con la anterior empleadora, que era Enviser, Servicios Medioambientales, S.A.

En cuanto a la antigüedad, ésta le reconocía la de 6 de junio de 2011, que es la que reconoce la demandada.

D.- No obstante, consta que la señora Bárbara trabajó en aquellas dependencias municipales basauritarras para Enviser, Servicios Medioambientales, S.A., desde el día 17 de junio de 2005.

Y lo hizo a través de sucesiva contratación laboral de tipo temporal, mediando lapsos interruptivos mínimos entre contratos, de muy escasos días y como mucho, un mes, siendo el mes de interrupción el de agosto.

En este sentido, nos encontramos con una cadena contractual derivada de esa sucesión de contratos, con altas y bajas en la Seguridad Social, que hacen ver la inexistencia de ruptura del vínculo contractual único mediante entre partes, habiendo desplegado siempre la actividad de limpieza para tal empleadora en las mismas dependencias municipales durante esos años.

E.- Pues bien y con independencia de que haya o no ruptura de la cadena contractual - ya hemos dicho que consideramos que no se rompió- se ha de reparar en que el artículo 9 de aquel convenio colectivo aplicable al caso, como el mismo de los convenios colectivos anteriormente indicados del mismo sector y territorio, pero de años anteriores, al regular el plus de antigüedad en su artículo 9, lo primero que indica es: "*La antigüedad se contabilizará desde el primer día de ingreso del trabajador en la empresa*".

Por tanto, la trabajadora tenía derecho a que aquella anterior empleadora le reconociese la antigüedad desde aquel primer día de ingreso en la empresa.

Es decir, desde el 17 de junio de 2005.

F.- Y el mismo derecho tenía, conforme aquel convenio colectivo del año 2004, cuando en el año 2005 pasó de Fomento Construcciones y Contratas, S.A. a Enviser, Servicios Medioambientales, S.A. al día siguiente de dejar de ser empleada de la primera de las dos y para seguir desempeñando las mismas funciones en aquellas dependencias municipales.

Como se ha dicho, entonces también regía el mismo ámbito de la forma en que operaba la sucesión convencional en el sector, así como la norma que disponía que se fijase el plus de antigüedad considerando el primer día de ingreso en la empresa. Basta con examinar el artículo 9 y el 27 de aquel convenio colectivo del año 2004.

G.- En consecuencia, cuando se produjo la última subrogación, mantenía ese derecho adquirido cuando empezó a trabajar para Fomento de Construcciones y Contratas, S.A. y que mantuvo cuando pasó a trabajar para Enviser, Servicios Medioambientales, S.A..

Conforme lo dicho, el nuevo empleador, cuando asumió el servicio en el año 2015, quedaba vinculado por el convenio colectivo publicado en el año 2013, cuyo contenido ya hemos explicado.

Y a ello no obsta el que la demandante no reclamase al anterior empleador, pues ese derecho no fue objeto de renuncia (artículo 3, punto 5 del Estatuto de los Trabajadores), ni cabe considerar que el simple transcurso del tiempo sin reclamar extinguiese el mismo (ni siquiera se ha hablado de prescripción en este caso).

Por tanto, constando que la demandante tiene derecho a aquella antigüedad del año 2014, la acción declarativa ha de ser estimada.

H.- En cuanto a la acción condenatoria al pago de cantidades, en juicio la demandada subsidiariamente pidió que se fijase el devengo por el periodo reclamado en 2.183,59 euros, conforme las cuentas realizadas en los folios 8 y 9 de la prueba documental de la demandada.

Y de estas cuentas hemos de partir, toda vez que las cuentas que desglosa la recurrente al folio 22 y 23 de autos, las reputamos equivocadas, pues parten de que la demandante tenía derecho al cuarto trienio desde abril de 2016, cuando ese derecho surge sólo a partir de septiembre de 2016, error que lastra el resto de esas cuentas, sin que se aprecie error en las de la demandada.



Por ello, se ha estimar en parte el recurso, debiendo advertirse que el suplico del escrito de formalización del recurso no pide los intereses del artículo 29, punto 3 del Estatuto de los Trabajadores, a diferencia de la demanda y que, por ello, no se fijan los mismos en esta sentencia. Todo ello, sin perjuicio de la operatividad de los intereses procesales que operan automáticamente.

CUARTO.- Costas.

La parcial estimación del recurso impone que no proceda pronunciamiento condenatorio sobre las costas del recurso (artículo 235, número 1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción de lo Social).

VISTOS : los artículos citados y los demás que son de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que **estimamos parcialmente** el recurso de suplicación formulado en nombre de doña Bárbara contra la sentencia de fecha diecinueve de abril de dos mil dieciocho, dictada por el Juzgado de lo Social número 2 de los de Bilbao en los autos 908/2017, en los que también es parte Unión Internacional de Limpiezas, S.A.

En su consecuencia, **revocamos** la misma y estimando en parte la demanda, declaramos que la antigüedad que le corresponde a la demandante en la empresa demandada es la del día 1 de septiembre de 2004, condenando a tal demandada al abono de 2.183,59 euros a dicha demandante por las diferencias en el plus de antigüedad reclamadas en este proceso.

Cada parte abonará las costas del recurso que hayan sido causadas a su instancia.

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, devuélvanse 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 Ilmo. Sr. Magistrado 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.

Igualmente y en todo caso, salvo los supuestos exceptuados, 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 4699-0000-66-1472/18.

B) Si se efectúan a través de transferencia o por procedimientos telemáticos, se hará en la cuenta número ES55 0049 3569 9200 0500 1274, 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 4699-0000-66-1472/18.

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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ