



Roj: **STSJ CAT 4470/2011 - ECLI:ES:Tsjcat:2011:4470**

Id Cendoj: **08019340012011102774**

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

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **14/04/2011**

Nº de Recurso: **2271/2010**

Nº de Resolución: **2744/2011**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **MIGUEL ANGEL SANCHEZ BURRIEL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA

CATALUNYA

SALA SOCIAL

NIG : 08019 - 44 - 4 - 2009 - 0022117

RM

ILMO. SR. MIGUEL ÁNGEL SÁNCHEZ BURRIEL

ILMO. SR. AMADOR GARCIA ROS

ILMO. SR. MIGUEL ANGEL FALGUERA BARÓ

En Barcelona a 14 de abril de 2011

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, compuesta por los Ilmos. Sres. citados al margen,

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A núm. 2744/2011

En el recurso de suplicación interpuesto por Ombuds Compañía de Seguridad, S.A. frente a la Sentencia del Juzgado Social 22 Barcelona de fecha 21 de diciembre de 2009 dictada en el procedimiento Demandas nº 690/2009 y siendo recurridos Provinen Seguridad, S.A. y Leovigildo . Ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. MIGUEL ÁNGEL SÁNCHEZ BURRIEL.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 6 de agosto de 2009 tuvo entrada en el citado Juzgado de lo Social demanda sobre Reclam. derechos contrato trabajo, en la que el actor alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminaba suplicando se dictara sentencia en los términos de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el juicio se dictó sentencia con fecha 21 de diciembre de 2009 que contenía el siguiente Fallo:

"Que estimado parcialmente la demanda interpuesta por Leovigildo contra OMBUDS COMPAÑIA DE SEGURIDAD S.A., y PROVINEN SEGURIDAD S.A., debo absolver a ésta última de las pretensiones contra ella dirigidas, condenando a OMBUDS COMPAÑIA DE SEGURIDAD S.A. a reconocer al actor su derecho a realizar su trabajo con una jornada de 162 horas mensuales, y al pago de la cantidad de 2.957,76 euros."

SEGUNDO.- En dicha sentencia, como hechos probados, se declaran los siguientes:



"PRIMERO.- Leovigildo presta sus servicios para la empresa OMBUDS COMPAÑÍA DE SEGURIDAD S.A. al haber sido subrogado el contrato que éste mantenía con la empresa PROVINEN SEGURIDAD S.A.. La referida subrogación tuvo lugar en fecha 1 de junio de 2009.

SEGUNDO.- Leovigildo prestaba sus servicios para PROVINEN SEGURIDAD S.A. desde el 1 de enero de 2009, al haber esta empresa subrogado el contrato de trabajo que previamente le ligaba con una tercera compañía de seguridad. En el contrato subrogado se establecía una jornada a tiempo completo, de 162 horas mensuales.

TERCERO.- PROVINEN SEGURIDAD S.A. era adjudicataria de la prestación del servicio de seguridad de las oficinas del Servei d'Ocupació de Catalunya. El servicio de vigilancia se producía entre las 8:30 horas, y las 13:30, de lunes a viernes. Desde el 1 de junio de 2009, OMBUDS COMPAÑÍA DE SEGURIDAD S.A., pasó a prestar el mismo servicio, siendo adjudicataria del mismo, y subrogando al trabajador.

CUARTO.- PROVINEN SEGURIDAD S.A. intentó que el trabajador cumpliera el horario que tenía establecido en contrato de trabajo subrogado, para lo que le atribuyó otros servicios distintos de los anteriormente asignados, prestando servicios los fines de semana del 14 y 15 de febrero de 2009, durante 12 horas cada día; 18 y 19 de abril, durante 12 horas cada día; 25 de abril durante 12 horas.

QUINTO.- En fecha 31 de mayo de 2009, el trabajador firmó documento de saldo y finiquito, en el que se hacía constar que con el percibo de la cantidad en él reflejada, quedaba totalmente saldado y finiquitado a su entera satisfacción, y no quedando por reclamar cantidad alguna por ningún otro concepto.

SEXTO.- El trabajador ha venido prestando sus servicios para OMBUDS COMPAÑÍA DE SEGURIDAD S.A., reconociéndosele una antigüedad de 11 de diciembre de 1999, pagando un salario equivalente a una jornada de 5 horas diarias, por importe de 568,30 euros mensuales brutos sin inclusión de prorrata de pagas extras. En el mes de agosto de 2009, satisfizo la suma de 60,95 euros, en concepto de horas extras.

SÉPTIMO.- La relación jurídica entre las partes se rige por el Convenio Colectivo Estatal de Empresas de seguridad."

TERCERO.- En fecha 12 de enero de 2010 se dictó auto de aclaración de la sentencia anterior, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

"Que ha lugar a aclarar la sentencia dictada con fecha 21 de diciembre de 2009 en el presente procedimiento, en los términos recogidos en el razonamiento único de este auto:

ÚNICO: El artículo 267 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y los artículos 214 y 215 de la Ley de Enjuiciamiento Civil permiten la aclaración o rectificación de errores u omisiones manifiestos, así como de errores aritméticos. Revisado el contenido de la sentencia y las alegaciones de la parte demandada, debe modificarse la cifra consignada en el fallo, siendo la adecuada la resultante de multiplicar la suma de 492,96 euros, por el número de meses devengados, seis, y deducir de la tal cantidad la suma de 60,95 euros abonados en el mes de agosto, siendo la suma resultante la de 2.896,81 euros, la cual debe sustituir la consignada en el fallo de 2.957,76 euros."

CUARTO.- Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte demandada, Ombuds Compañía de Seguridad S.A., que formalizó dentro de plazo, y que las partes contrarias, a las que se dió traslado impugnaron, Provenen Seguridad S.A. y Leovigildo, elevando los autos a este Tribunal dando lugar al presente rollo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Contra la sentencia de instancia que estimando en parte la demanda formulada por el trabajador, en reclamación de reconocimiento de derecho y cantidad, frente a las empresas PROVINEN SEGURIDAD, S. A. Y OMBUDS COMPAÑÍA DE SEGURIDAD, S. A., reconoce el derecho del actor a realizar una jornada laboral de 162 horas mensuales y al pago de la cantidad de 2.896,81, según resulta de la aclaración de la mencionada efectuada por Auto de fecha 12.01.10, condenando a la empresa OMBUDS COMPAÑÍA DE SEGURIDAD, S. A., interpone esta citada empresa recurso de suplicación que articula en base a tres motivos con finalidad de a) reponer las actuaciones, b) revisar los hechos declarados probados y c) examinar las normas sustantivas aplicadas. El recurso ha sido impugnado por la representación de la empresa codemandada y por el actor.

SEGUNDO.- Alterando el orden en el que han sido expuestos los motivos del recurso se entra a conocer previamente del formulado al amparo de la letra a) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral y que denuncia la infracción de los artículos 103 a 113 de la Ley de Procedimiento Laboral en relación con el artículo 85.2 del Estatuto de los Trabajadores por entender, reproduciendo los argumentos efectuados en la instancia, que en el caso de autos se da una inadecuación de procedimiento ya que la falta de ocupación efectiva al actor por las horas que restan de su jornada completa que venía prestando en la anterior empresa PROVINEN



SEGURIDAD, S. A. y las que efectivamente ha sido subrogado por la recurrente -cinco horas diarias-, constituye una privación del trabajo que venía realizando aquél y de la remuneración correspondiente, lo que supone una destrucción parcial del vínculo laboral por lo que la acción que debió haber ejercitado el trabajador era la de despido y no la de reconocimiento de derecho y cantidad; subsidiariamente, alega que la cuestión litigiosa debió canalizarse por el artículo 138 de la Ley de Procedimiento Laboral.

La Sala comparte plenamente el razonamiento de la sentencia de instancia en cuanto a que la reducción parcial de la jornada de trabajo que venía realizando el actor en la empresa cedente por la empresa recurrente que lo absorbe subrogándose en la relación laboral previa existente no constituye un despido, pues tal acción sólo puede ejercitarse frente a la negación total del vínculo laboral y no frente a meras disminuciones de la jornada de trabajo, como sucede en el caso que examinamos, de acuerdo con la doctrina sentada por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo que niega la existencia en nuestro derecho de la figura del despido parcial (sentencias de 7 de abril y 20 de noviembre de 2000 en los recursos número 1746/1999 [RJ 2000, 3287] y 1417/2000 [RJ 2000, 10294]).

En efecto como señala esta última sentencia citada, aludiendo a la anterior, el Tribunal Supremo declara que *"la figura del despido exige de una decisión del empresario, expresa o tácita, de dar por concluida la relación de trabajo, que se configura entre aquél y el trabajador como única (arts. 1 , 4 y 5 del Estatuto de los Trabajadores) -no siendo admisible la existencia del llamado despido parcial- aunque susceptible de sufrir alteraciones por decisión unilateral del empresario, que cuando afectan a la jornada, pueden ser modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y dar lugar a que operen los mecanismos previstos en el artículo 41 de la norma antes citada . En el caso examinado, la decisión de la empresa de reducir la jornada de la recurrente en determinadas horas semanales, pudo constituir, como se ha dicho, una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, pero en modo alguno un despido al no producirse manifestación expresa o tácita del empleador en tal sentido y, por el contrario, mantenerse viva, aunque modificada, la relación de trabajo existente entre la trabajadora y la empresa"*.

Igualmente debe desestimarse la alegación de que la acción, en su caso, debió canalizarse por el artículo 138 de la Ley de Procedimiento Laboral por cuanto si bien, frente a la reducción de la jornada efectuada por la empresa recurrente, la acción adecuada sería impugnar dicha disminución como una modificación sustancial de las condiciones de trabajo por la vía del mencionado precepto legal, dicha acción, como hemos repetido hasta la saciedad, al no haberse acogido la empresa a la facultad que le otorga el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores con las consecuencias legales inherentes, la acción ya no es la prevista para impugnar las decisiones empresariales adoptadas al amparo del citado artículo 41, sino la del proceso ordinario tal y como se encarga de recordar a la recurrente la sentencia de instancia con cita de numerosas sentencias del Tribunal Supremo.

En consecuencia el motivo se desestima.

TERCERO.- En trámite de revisión de hechos probados, con amparo procesal en la letra b) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, interesa la recurrente la revisión del hecho probado sexto de la sentencia a fin de que se rectifique la cantidad que se hace constar en dicho hecho como salario percibido por el trabajador de la empresa recurrente, sustituyéndola por la cantidad de *"710,38 euros con inclusión de las pagas extraordinarias"*, y ello en atención a la prueba documental que designa, obrante a los folios 105 a 110 de los autos y consistente en los recibos de salario entregados al trabajador en el período de liquidación de 01.06.09 a 30.11.09, pretensión que merece ser acogida por cuanto dicha cantidad resulta necesaria para poder establecer coherentemente la cantidad reclamada por el actor, dado el salario bruto con prorrata de pagas extras al que se alude en la demanda para fijar las diferencias reclamadas, todo ello, sin perjuicio de que pueda o no modificarse el fallo de la sentencia de instancia a tenor del examen del resto de los motivos del recurso.

CUARTO.- Con correcto amparo procesal en la letra c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, destina el último motivo del recurso la recurrente a la censura jurídica de la sentencia, denunciando como infringido el artículo 14 del Convenio Colectivo Estatal de empresas de seguridad en relación con la jurisprudencia y, en concreto, con la Sentencia del Tribunal Supremo de 18.09.00. Subsidiariamente, entiende vulnerado el artículo 26 del Estatuto de los Trabajadores por cuanto las diferencias salariales ascenderían a la suma de 2.534,83 euros y no las que fija la sentencia de instancia, más subsidiariamente, razona que la sentencia comete error en el cálculo de las diferencias económicas reclamadas por el actor pese a la aclaración de la sentencia que reduce la cuantía estimada, pues la diferencia entre el salario mensual bruto del actor con prorrata de pagas extras -1.143,01- y el salario que fija el hecho probado sexto bruto sin prorrata de pagas extras -660,70- la diferencia no es la de 492,96 que se dice en la demanda y recoge la resolución recurrida, sino la de 482,31 por lo que la diferencia resultante no sería tampoco la que fija el Auto de aclaración de 2.896,81 sino la de 2.832,91.



Arguye la recurrente, con carácter principal, que dicha sentencia del Tribunal Supremo consagra la subrogación parcial y limitada a los contratos de los trabajadores adscritos a dicho contrato y lugar de trabajo, cualquiera que sea la modalidad de contratación de los mismos, confirmando el fallo de la sentencia de instancia que estima la subrogación parcial de la jornada, por lo que la recurrente no estaba obligada a dar ocupación efectiva por un mayor número de horas en otro servicio, insistiendo en los argumentos que esgrimió en el primero de los motivos del recurso más arriba examinado, defendiendo aquí que la empresa codemandada PROVINEN SEGURIDAD, S. A. debió mantener viva la relación laboral con el actor y darle ocupación efectiva por el número de horas que con anterioridad a la fecha de la subrogación le estaba dando en otros servicios distintos al subrogado por la recurrente.

Es reiterada la doctrina jurisprudencial en el caso de dos empresas de vigilancia que se suceden en la contrata, la posible obligación de la segunda de subrogarse en los derechos y obligaciones de la primera con sus trabajadores, no deriva del mandato del art. 44 ET, sino que la vía por la que generalmente opera una subrogación obligatoria, será la establecida en la norma sectorial contenida en el correspondiente convenio colectivo y en los términos y con los límites que en ella se establezcan y, a tal efecto dispone el artículo 14 del Convenio Colectivo de Empresas de Seguridad, aprobado por Resolución de 18 de mayo de 2005 y publicado en el B.O.E. de 10 de junio del mismo año, en lo que aquí interesa respecto de la subrogación de los servicios, lo siguiente: "A) Servicios de vigilancia: "cuando una empresa cese en la adjudicación de los servicios contratados de un cliente, público o privado, por rescisión, por cualquiera causa, del contrato de arrendamiento de servicios, la nueva empresa adjudicataria está, en todo caso, obligada a subrogarse en los contratos de los trabajadores adscritos a dicho contrato y lugar de trabajo, cualquiera que sea la modalidad de contratación de los mismos y/o categoría laboral, siempre que se acredite una antigüedad real mínima, de los trabajadores afectados en el servicio objeto de subrogación, de siete meses inmediatamente anteriores a la fecha en que la subrogación se produzca, incluyéndose en dicho período de permanencia las ausencias reglamentarias del trabajador del servicio subrogado".

Partiendo del hecho no discutido de que en el trabajador demandante concurren todos los requisitos exigidos por el artículo 14 del Convenio Colectivo de aplicación, tanto en lo que respeta a la antigüedad mínima de siete meses del trabajador en la fecha inmediatamente anterior a la subrogación, como respeto al lugar de prestación de servicios, la controversia surge en cuanto al alcance de la subrogación, si cabe o no una subrogación parcial en el contrato de trabajo del trabajador afectado, esto es, si la subrogación debe ser por el total de la jornada de 162 horas mensuales (hecho probado segundo), o simplemente por las 25 horas semanales que era la jornada que el actor venía realizando en las dependencias del Servei d'Ocupació de Catalunya.

La sentencia de instancia estima la demanda del actor en base a su condición de trabajador a tiempo completo y haberse extinguido la relación laboral para con la empresa codemandada en la que venía prestando servicios con anterioridad a la subrogación efectuada parcialmente por la recurrente. La Sala no comparte tal solución a tenor de la reiterada doctrina jurisprudencial desarrollada a partir de la invocada por la recurrente contenida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de septiembre de 2000 (RJ 2000, 8299) y posterior, en la que se discute si cabe o no una subrogación parcial en el contrato de trabajo del trabajador afectado a cuya conclusión afirmativa llega a través del siguiente razonamiento: "La tesis de la sentencia recurrida es que pese a que la adscripción del trabajador en el "Banco C." no era a tiempo completo, dado que en el hecho probado sexto consta que el trabajador cumplía el 85% de su jornada en dicha entidad, ello determina la adscripción a "S., SA", pues esta y no otra es la interpretación que cabe el art. 14 del Convenio Colectivo, que extiende la obligación de subrogación a todos los operarios que de modo efectivo presten sus servicios en las dependencias o centro en el momento de la contrata, con independencia de que una parte mínima de la jornada se preste en centro de trabajo de otra empresa. Dicha tesis es correcta; una interpretación finalista del art. 14 del Convenio Colectivo, nos lleva a dicha conclusión pues, si en dicho artículo se dice que la nueva empresa adjudicataria, está en todo caso, obligada a subrogarse en los contratos de los trabajadores adscritos a dicho contrato y lugar de trabajo, cualquiera que sea la modalidad de contratación de los mismos como razona la sentencia recorrida, el hecho de que una parte mínima de la jornada laboral se desarrolle en un centro de trabajo no objeto de la nueva contrata, no impide, con la limitación contenida en dicha sentencia, que se lleve a cabo la subrogación del contrato discutido; no estamos ante una subrogación por cambio de objeto, que sigue siendo el mismo, sino por cambio del titular de la contrata; siendo irrelevante que el contrato de trabajo sea fijo o temporal, en cualquiera de sus modalidades, bastando con que el trabajador preste sus servicios de modo efectivo en las dependencias o centro objeto de la contrata en el momento en que concluyó."

La aplicación de dicha doctrina al caso enjuiciado comporta que la empresa recurrente, nueva adjudicataria del servicio de vigilancia contratado por el Servei d'Ocupació de Catalunya por el tiempo de 5 horas de trabajo (jornada de 8,30 a 13,30 de lunes viernes que realizaba el demandante en la anterior empresa, según se acredita en el hecho probado tercero), deba subrogarse en el contrato de trabajo del actor, exclusivamente, en la parte



a que se refiere al lugar de trabajo objeto de subrogación, con independencia de que el trabajador viniera desarrollando parte de su jornada laboral en otro u otros centros de trabajo, es decir, una relación laboral que era única, se desdobra en dos al producirse, por virtud de la norma convencional referida, la subrogación parcial, es decir, la sustitución de la persona del empresario anterior respecto al lugar objeto de subrogación, lo cual comporta que respecto del resto de la jornada, no asumida por la empresa recurrente, que el trabajador tenía derecho a seguir prestando servicios para la empresa PROVINEN SEGURIDAD, S. A. y a que ésta le diera ocupación efectiva por el resto de la jornada de trabajo que efectuaba, cuestión que no se ha planteado en los presentes autos en los que el trabajador demandante únicamente accionaba en reclamación del derecho a que se le reconociera por la empresa subrogada la totalidad de la jornada.

La estimación del motivo de censura jurídica en su módulo principal, exige a la Sala de entrar a conocer de los motivos subsidiariamente alegados en orden a la concreción de la cantidad reclamada, debiéndose, en consecuencia, revocar la sentencia de instancia en los términos que se diran en el fallo de esta resolución.

Vistos los artículos citados y demás de pertinente y general aplicación

FALLAMOS

Que debemos estimar y estimamos el Recurso de Suplicación interpuesto por la empresa OMBUDS COMPAÑÍA DE SEGURIDAD, S.A. contra la Sentencia, dictada el 21 de Diciembre de 2009, por el Juzgado de lo Social núm. 22 de los de Barcelona en los autos núm. 690/09, seguidos a instancia del actor Leovigildo contra la mencionada empresa, ahora recurrente, en materia de reconocimiento de derecho y cantidad y en la que ha sido parte, además, la empresa codemandada PROVINEN SEGURIDAD, S.A. y, en consecuencia, revocamos la sentencia de instancia para con desestimación de la demanda instada por el trabajador Leovigildo absolver a la empresa OMBUDS COMPAÑÍA DE SEGURIDAD, S.A. de las pretensiones deducidas en su contra manteniendo el resto de los pronunciamientos de instancia.

Reintégrese a la empresa recurrente el depósito y la consignación efectuada para recurrir a la firmeza de la presente resolución. Sin costas.

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, y expídase testimonio que quedará unido al rollo de su razón, incorporándose el original al correspondiente libro de sentencias.

La presente resolución no es firme y contra la misma puede interponerse recurso de casación para la unificación de doctrina, para ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, el cual deberá prepararse mediante escrito con la firma de Abogado y dirigido a esta Sala en donde habrá de presentarse dentro de los diez días siguientes a la notificación, con los requisitos establecidos en los números 2 y 3 del Art.219 de la Ley de Procedimiento Laboral.

Asimismo, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 227 y 228 del texto procesal laboral, todo el que (a excepción de los trabajadores o causahabientes suyos, los beneficiarios del régimen público de la Seguridad Social, quienes gocen del beneficio de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las Entidades Locales y los organismos dependientes de todos ellos) intente interponer recurso de casación, consignará como depósito la cantidad de 300 euros en la cuenta de consignaciones que esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya tiene abierta en el Banco Español de Crédito-BANESTO-, en la Oficina núm 2015, sita en Ronda de Sant Pere, nº 47, nº 0937 0000 66, añadiendo a continuación los números indicativos del recurso en este Tribunal.

En caso de recurso de casación, la consignación del importe de la condena, cuando así proceda, se efectuará en la cuenta que esta Sala tiene abierta en BANESTO, en la oficina indicada en el párrafo anterior, nº 0937 0000 80, añadiendo a continuación los números indicativos del recurso en este Tribunal, y debiendo acreditar el haberlo efectuado al tiempo de preparar el recurso en esta Secretaría.

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

Publicación.- La anterior sentencia ha sido leída y publicada en el día de su fecha por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, de lo que doy fe.