



Roj: **STSJ M 11673/2018 - ECLI:ES:TSJM:2018:11673**

Id Cendoj: **28079340062018100959**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **20/11/2018**

Nº de Recurso: **526/2018**

Nº de Resolución: **1032/2018**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **LUIS LACAMBRA MORERA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJS, Madrid, núm. 26, 15-02-2018,
STSJ M 11673/2018**

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 06 de lo Social

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 , Planta Baja - 28010

Teléfono: 914931967

Fax: 914931961

34001360

NIG: 28.079.00.4-2017/0060546

Procedimiento Recurso de Suplicación 526/2018

MATERIA: DESPIDO

Jzdo. Origen: JDO. DE LO SOCIAL N. 26 de MADRID

Autos de Origen: DEMANDA 7/18

RECURRENTE/S: GENSER SL

RECURRIDO/S: D^a Rosaura , **INSTITUTO DE GINECOLOGÍA Y MEDICINA DE LA REPRODUCCIÓN DOCTORES
ORDAS Y PALOMO SL**

SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

DE LA COMUNIDAD AUTONOMA DE MADRID

En Madrid, a veinte de noviembre de dos mil dieciocho.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de MADRID formada por los Ilmos. Sres. **DON ENRIQUE JUANES FRAGA, PRESIDENTE, DON LUIS LACAMBRA MORERA, DOÑA M^a JOSÉ HERNÁNDEZ VITORIA** , Magistrados, han pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA nº 1032

En el recurso de suplicación nº **526/18** interpuesto por el Letrado D. JUAN CARLOS CARRIL RODRÍGUEZ en nombre y representación de **GENSER SL**, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº **26** de los de MADRID, de fecha **15 DE FEBRERO DE 2018** , ha sido Ponente el Ilmo. Sr. **D. LUIS LACAMBRA MORERA**.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que según consta en los autos nº 7/18 del Juzgado de lo Social nº 26 de los de Madrid, se presentó demanda por D^a Rosaura contra, **GENSER SL, INSTITUTO DE GINECOLOGÍA Y MEDICINA DE LA REPRODUCCIÓN DOCTORES ORDAS Y PALOMO SL** en reclamación de **DESPIDO**, y que en su día se celebró el acto de la vista, habiéndose dictado sentencia en **15 DE FEBRERO DE 2018** cuyo fallo es del tenor literal siguiente: *"Que estimo la demanda por despido y cantidad formulada por Bernarda en cuanto que dirigida contra GENSER, S.L., declaro que la extinción contractual de la actora producida el 14 de noviembre de 2017 por parte de GENSER, S.L. constituye DESPIDO IMPROCEDENTE, y condeno a dicha empresa a estar y pasar por el anterior pronunciamiento y a que abone a la actora las cantidades de 4.518,25.-€ netos de indemnización, 342,30.-€ brutos de salarios pendientes y 8,46.-€ brutos de interés moratorio.*

Que desestimó la demanda en cuanto que dirigida contra INSTITUTO DE GINECOLOGIA Y MEDICINA DE LA REPRODUCCION DOCTORES ORDAS Y PALOMO, S.L. y absuelvo a la citada empresa de cuantas pretensiones contra ella se formulan."

SEGUNDO.- Con fecha 26 de febrero de 2018 se dictó **Auto de Aclaración de Sentencia**, cuya Parte Dispositiva dice textualmente: **" SE ACUERDA SUBSANAR** el defecto advertido en Sentencia de fecha 15/02/2018 , consistente en *"que estimo la demanda por despido y cantidad formulada por Bernarda "* debe decir:

Que estimo la demanda por despido y cantidad formulada por D^a. Rosaura ".

TERCERO.- En dicha sentencia y como HECHOS PROBADOS se declaran los siguientes:

"PRIMERO.- Rosaura , venía prestando sus servicios laborales a tiempo parcial (64,1 %) para GENSER, S.L. con categoría reconocida de Limpiadora, antigüedad de 1 de julio de 2013, percibiendo un salario de 932,78.-€ brutos mensuales con prorrateo de pagas.

La actora no es ni ha sido representante legal de los trabajadores.

(Hecho no controvertido)

SEGUNDO.- Dicha empresa viene aplicando a su personal el Convenio Colectivo Sectorial de Limpieza de Edificios y Locales de Madrid (BOCAM 10-3-2014).

(Hecho no controvertido)

TERCERO.- La actora venía prestando sus servicios en la contrata de limpieza que habían obtenido GENSER, S.L. de la codemandada INSTITUTO DE GINECOLOGIA Y MEDICINA DE LA REPRODUCCION DOCTORES ORDAS Y PALOMO, S.L., conforme al contrato de prestación de servicios de limpieza suscrito entre ambas el 15 de noviembre de 2014. Dicho contrato se realizó a partir del borrador facilitado por GENSER.

(Del contrato aportado por ambas codemandadas)

CUARTO.- Conforme a la cláusula novena del citado contrato, la duración del mismo será como mínimo de un año, siendo tácitamente prorrogable por periodos de tiempo iguales salvo preaviso de las partes otorgado en el plazo de un mes anterior a su vencimiento. Además, conforme a la cláusula 9º del citado contrato:

"(...) En caso de resolución y entrante de nueva adjudicataria, o en el supuesto de que seamos nosotros los que prestemos el servicios, registrará la subrogación de trabajadores según convenio artículo 24".

En caso de que se produzca la sustitución de la contrata de limpiezas de Genser, S.L. por cualquier otra causa, antes del tiempo estipulado en este contrato para su modificación o extinción, se procederá del siguiente modo:

-Si los trabajos de limpieza los asumiera directamente el cliente, este se obliga a absorber a los trabajadores que en ese momento trabajen en el centro (...)"

Dicho contrato ha sido suscrito por las dos empresas, sin consentimiento o acuerdo de la actora previo, simultáneo o posterior..

(Del citado contrato aportado por ambas codemandadas)

QUINTO.- INSTITUTO DE GINECOLOGIA Y MEDICINA DE LA REPRODUCCION DOCTORES ORDAS Y PALOMO, S.L. tiene como actividad la prestación de servicios médicos y contratación de profesionales sanitarios, no estando incluida dentro del ámbito funcional del Convenio Colectivo de Limpieza de Edificios y Locales.

(Del documento 3 del ramo de INSTITUTO y Convenio Colectivo)

SEXTO.- Con fecha 10 de octubre de 2017, INSTITUTO DE GINECOLOGIA remitió a GENSER burofax por el que se denunciaba la no prórroga del contrato a partir del 16 de diciembre de 2017.



(Del burofax aportado por ambas partes)

SEPTIMO.- Con fecha 27 de octubre de 2017, GENSER remite burofax a INSTITUTO DE GINECOLOGIA, acusando recibo de la comunicación y recordando a ésta su obligación de proceder a la subrogación de las trabajadoras adscritas a la contrata. Con fecha 3 de noviembre de 2017, INSTITUTO DE GINECOLOGIA remite Burofax a GENSER que indica que no van a proceder la citada subrogación. Con fecha 8 de noviembre de 2017 GENSER remite burofax a INSTITUTO DE GINECOLOGIA insistiendo en la obligatoriedad de la subrogación y remitiéndole la documentación de nóminas y vacaciones pendientes, y con fecha 13 de noviembre de 2017 INSTITUTO DE GINECOLOGIA remite burofax a GENSER, insistiendo en su negativa a la misma.

(De los burofaxes aportados por ambas codemandadas)

OCTAVO.- Con fecha 14 de noviembre de 2017, GENSER comunica a la trabajadora carta de fecha 10 de noviembre, obrante al documento 1 del ramo de la actora, que en aras a la brevedad damos aquí por reproducido, en que indica a la actora que ante la extinción de la contrato, a partir del 16 de noviembre de 2017, sería subrogada por INSTITUTO DE GINECOLOGIA.

(Del documento 1 del ramo de la actora)

NOVENO.- Personada la actora en las instalaciones de INSTITUTO DE GINECOLOGIA, con fecha 16 de noviembre de 2017, dicha empresa le impide la entrada. INSTITUTO DE GINECOLOGIA viene realizando las labores de limpieza que antes efectuaba la actora por su propio personal contratado.

(Hecho no controvertido)

DECIMO.- Se ha agotado el trámite de conciliación previa, con el resultado de intentada sin avenencia el 27 de diciembre de 2017.

(Del acta de conciliación adjuntada a la demanda)

UNDECIMO.- GENSER, S.L. no ha abonado a la trabajadora el importe correspondiente a la liquidación de parte proporcional de vacaciones no disfrutadas por importe de 342,30.-€.

(Hecho no controvertido)"

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandada, siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a esta Sala de lo Social, se dispuso su pase al Ponente para su examen y posterior resolución por la Sala. Habiéndose señalado para votación y fallo el día **14 de noviembre de 2018**.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia dictada por el Juzgado de lo Social ha declarado la improcedencia del despido de la demandante Dña. Rosaura, emitiendo pronunciamiento condenatorio contra la empresa saliente GENSER, S.L, quien recurre en suplicación a través de un motivo, amparado en el art. 193, c) de la LRJS. Cita como normas infringidas los arts. 24 del Convenio Colectivo de limpieza de edificios y locales de la Comunidad de Madrid, en relación con los arts. 1261, 1262, 1278 y 1281 del Código Civil, y de la jurisprudencia que los interpreta.

Se funda el recurso en el compromiso adquirido por la codemandada INSTITUTO DE GINECOLOGÍA Y MEDICINA DE LA REPRODUCCIÓN DOCTORES ORDAS Y PALOMO, S.L de incorporar a la demandante como trabajadora de esta última empresa, en el caso de darse el supuesto señalado en el ordinal cuarto: asunción del servicio de limpieza directamente por el cliente, conforme a lo pactado en la cláusula novena del contrato de prestación de servicios de limpieza suscrito entre las codemandadas el 15-11-2014.

La jurisprudencia aplicable en los supuestos en que la empresa principal, cuya actividad no es la de limpieza, se encarga de realizar esta actividad por sí misma, ha sentado criterio según el cual y de principio, no viene obligada a incorporar a los trabajadores de la contratista a su plantilla. Esta doctrina está representada, por ejemplo, en la SSTs de 10-12-2008 (rec. 2731/2007), 17-6-2011 (rec. 2855/2010), 11-7-2011 (rec. 2861/2010), 17-9-2012 (rec. 2693/2011) y 30-9-2013 (rec. 2196/2012). Esta Sala se ha pronunciado también en el mismo sentido, aplicando esta doctrina en la sentencias de 12-6-2015 (rec. 69/2015) y 26-6-2017 (rec. 445/2017).

La referida STS de 10-12-2008 declara:

"(...) Delimitada así la controversia, resulta que la única cuestión que se plantea, y que está directamente relacionada con el ámbito de aplicación de los convenios colectivos y con su fuerza de obligar, ha sido ya abordada y resuelta en varias ocasiones por esta Sala. Como señaló la sentencia de 28-10-1996 (RJ 1996, 7797) (rcud. 566/96) "el convenio colectivo no puede (...) en su contenido normativo, establecer condiciones de trabajo



que hubieran de asumir empresas que no estuvieran incluidas en su ámbito de aplicación. Así lo deja precisado el invocado artículo 82.3 del citado Estatuto de los Trabajadores al disponer que los convenios colectivos regulados por su Título III obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos en su ámbito de aplicación, en el que sólo pueden estar comprendidos quienes, formal o institucionalmente, estuvieron representados por las partes intervinientes en la negociación del convenio". Doctrina que han reiterado las sentencias de 15-12-1997 (RJ 1998, 1136) (rcud. 184/1997), resolviendo también un supuesto referido igualmente al sector de la limpieza, 14-3-2005 (RJ 2005, 3191) (rec. 6/2004) y 26-4-2006 (RJ 2006, 4771) (rcud. 38/2004).

QUINTO

En el caso el Convenio Colectivo (LCM 2005, 323) concernido es, como indica en su propio título, el propio del "Sector de la Limpieza". Y de acuerdo con su art. 2 , que delimita su ámbito de aplicación funcional: "Este convenio regulará las condiciones de trabajo de todas las empresas, cualesquiera que sea la forma jurídica que adopten, que desarrollen la actividad de limpieza de edificios y locales, aun no siendo ésta su actividad principal". Es claro pues que dicho Convenio no resulta aplicable a "New Yorker", cuya actividad no es posible incardinar en dicho ámbito, puesto que se dedica a "la compraventa y administración de inmuebles así como la compraventa, importación y comercialización de todo tipo de prensa", y no realiza la "limpieza de edificios y locales" para otras empresas. Y por supuesto no cabe equipararla con las empresas que se dedican a prestar diversos servicios, entre ellos el de limpieza, aunque éste no sea su actividad principal, que son a las que alude sin duda el último inciso del precepto.

Sostiene sin embargo la recurrente que dicha empresa, al asumir directamente la limpieza de sus locales, "relativiza su ámbito funcional" y se "comporta como un auténtico empleador de limpieza". Mas no es así. El empleador de limpieza es el que se dedica a efectuar dicha labor en locales y edificios propiedad de otras empresas o de particulares mediante la correspondiente contrata. Situación muy distinta de la empresa que asume la limpieza de sus propios centros de trabajo, porque ello no desnaturaliza ni amplía el ámbito funcional de la empresa que asume tal actividad. No cabe olvidar que la limpieza, si bien no suele ser una tarea inherente al propio ciclo productivo, si es complementaria de éste, pues resuelta conveniente para que se puedan desempeñar adecuadamente las funciones de dicho ciclo. Y de ahí que el mero hecho de que una empresa decida realizar la limpieza de sus propios locales o centros de trabajo directamente y con su propio personal, aunque éste sea de nueva contratación, no la convierte en modo alguno en una empresa dedicada a la "actividad de limpieza de edificios y locales" ajenos, ni le obliga a asumir trabajadores de la contratista de limpieza que hasta entonces desempeñaba esa actividad, pues no le vinculan las previsiones del Convenio Colectivo de dicho sector, y es libre, por tanto de contratar a los trabajadores que estime conveniente".

SEGUNDO.- Sin embargo, la singularidad del caso actual no puede obviarse y por tanto la doctrina anterior no se aplica. Es hecho no cuestionado que las codemandadas llegaron a compromiso reflejado en la cláusula novena de la contrata de limpieza, conforme al cual si el INSTITUTO DE GINECOLOGÍA Y MEDICINA DE LA REPRODUCCIÓN DOCTORES ORDAS Y PALOMO SL, asume directamente los trabajos de limpieza, se obliga a absorber a los trabajadores que en ese momento trabajen en el centro, y de modo expreso se dice que en caso de resolución de la contrata, si la principal es quien va a prestar el servicio de limpieza, regirá la subrogación del art. 24 del Convenio Colectivo de Limpieza de Edificios y Locales de la Comunidad de Madrid, precepto aplicable cuando hay cambio de contratista.

La empresa principal no puede eludir la obligación a la que se sometió de forma clara y precisa, pese a que su actividad no sea la de limpieza, pues así le bien impuesto por los arts. 1089, 1091, 1254 y 1258 del Código Civil.

Finalmente y por lo que se refiere al consentimiento necesario de la trabajadora para que tenga validez y efectividad de la cláusula referida, la jurisprudencia que se cita en la sentencia de instancia tampoco es aplicable. La STS de 8-11-2005 (rec. 3019/2004) dice:

(...)

SEGUNDO.- Se denuncia la infracción de los artículos 1205 , 1257 y 1091 del Código Civil , así como la jurisprudencia sobre el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores , sosteniendo en síntesis que no estamos ante una sucesión del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores , por lo que la transferencia de IBERIA a EUROPA HANDLING UTE constituye una novación subjetiva del contrato de trabajo que requería el consentimiento del trabajador. Así lo ha declarado efectivamente la Sala en numerosas sentencias, entre las que pueden citarse entre las más recientes, las de 15 de marzo , 26 de abril , 19 de mayo y 3 de junio de 2005 . El criterio de la Sala se funda en que no se ha producido en el presente caso el supuesto del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores y, por ello, la transferencia a otra empresa supone una novación de contrato por cambio de empleador que no puede hacerse sin el consentimiento de los trabajadores afectados; consentimiento que "no puede ser sustituido por un acuerdo colectivo sobre el método de la subrogación de personal". La Sala de suplicación conoce y da cuenta de esta doctrina unificada, pero, tras aludir a ciertas vacilaciones en el criterio de la Sala, se aparta



de ella acogándose al criterio que considera que se mantiene en esta materia por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre la denominada "sucesión en la plantilla". Pero, como señalan las sentencias de la Sala citadas, cuyos razonamientos se dan aquí por reproducidos, aunque por el carácter vinculante de la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, se aplicase la doctrina de la sucesión de plantillas, no podrían aceptarse en el presente caso las conclusiones que ha obtenido la sentencia recurrida, porque es precisamente la existencia de una sucesión de plantillas lo que se está discutiendo. En efecto, lo que se ha producido es una decisión de la empresa demandada IBERIA de transferir parte de su plantilla a otra empresa, fundándose en el pliego de condiciones de una concesión administrativa. Ahora bien, la decisión de una empresa de transferir su plantilla a otra no equivale a la asunción de plantilla que la doctrina comunitaria considera como un supuesto de transmisión de empresa, porque tal asunción tiene que ser pacífica, efectiva y real, y esto no sucede cuando se trata de una mera decisión unilateral de una parte, que, como es notorio, ha sido impugnada por un gran número de trabajadores y que ha dado lugar incluso al planteamiento de conflictos colectivos. Y el hecho de que tal decisión de la empresa se apoye en el pliego del concurso aprobado por la Administración de los aeropuertos es también de todo punto irrelevante, porque tal pliego podrá ser obligatorio para la empresa que lo ha aceptado, creando para ella la obligación de admitir a los trabajadores de IBERIA que decidan pasar a la nueva concesionaria, pero no obliga a los trabajadores que no han participado en ese concurso, y que, por su condición de personas, tampoco pueden ser objeto del mismo. Lo mismo hay que decir sobre los acuerdos con los órganos de representación de personal, porque ya la Sala ha precisado que esos acuerdos no pueden alterar el régimen legal de garantías que deriva del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, aparte de que, como también ha dicho la Sala, se trata más bien de acuerdos de "método" que de acuerdos de establecimiento de la sucesión".

Como se ve, el supuesto enjuiciado es distinto del que resuelve la STS citada, puesto que en el presente se trata de compromiso expreso adquirido por la principal, en los términos plasmados en la contrata, compromiso que no precisaba anuencia de la trabajadora.

Atendiendo a lo expuesto, la declaración de improcedencia del despido ha de referirse exclusivamente a la codemandada INSTITUTO DE GINECOLOGÍA Y MEDICINA DE LA REPRODUCCIÓN DOCTORES ORDAS Y PALOMO, S.L, quien rechazó hacerse cargo de la actora, según así consta declarado en el ordinal noveno de la sentencia de instancia.

TERCERO.- Por lo que se refiere al resto de los pronunciamientos de la sentencia de instancia (salarios pendientes e intereses) se confirma la declaración emitida al respecto en el fallo impugnado. Procede la devolución del depósito y de la cantidad consignada en concepto de indemnización.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Estimamos el Recurso de Suplicación interpuesto por GENSER SL contra la Sentencia dictada el 15-02-2018 por el Juzgado de lo Social número 26 de Madrid, en autos núm. 7/2018, y con revocación de la misma, declaramos improcedente el despido de la actora, condenando al INSTITUTO DE GINECOLOGÍA Y MEDICINA DE LA REPRODUCCIÓN DOCTORES ORDAS Y PALOMO, S.L, a readmitir a la actora Dña. Rosaura en su mismo puesto y condiciones de trabajo o a abonarle indemnización de 4.518,25 euros, opción que habrá de realizar ante la Secretaría de esta Sala en plazo de cinco días desde que se le notifique la sentencia. De no hacer manifestación alguna, se entenderá que se opta por la readmisión, en cuyo caso le habrá de abonar el importe de los salarios de tramitación, a razón de 30,37 euros diarios (932,78 x12:365). Se confirman los demás pronunciamientos contenidos en el fallo de instancia en relación con la codemandada y recurrente GENSER, S.L. Devuélvase a esta la consignación de la cantidad referida a la indemnización, y el depósito.

Notifíquese la presente resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, haciéndoles saber que contra la misma sólo cabe RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA que se preparará por escrito ante esta Sala de lo Social dentro de los DIEZ DÍAS siguientes a la notificación de la sentencia de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 220, 221 y 230 de la L.R.J.S, advirtiéndose, que por todo recurrente que no tenga la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, deberá acreditarse ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso: el ingreso en metálico del **depósito de 600 euros** conforme al art. 229.1 b) de la LRJS y la **consignación del importe de la condena** cuando proceda, presentando resguardo acreditativo de haber efectuado ambos ingresos, separadamente, en la c/c nº 2870 0000 00 **526/18** que esta Sección Sexta tiene abierta en el Banco Santander, oficina sita en la Calle Miguel Angel nº 17, 28010 Madrid, o bien por transferencia desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de Banco Santander. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes: 1. Emitir la transferencia a la cuenta bancaria (CCC) siguiente: (IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274). 2. En el campo ordenante, se indicará como mínimo el nombre o razón social de la persona física



o jurídica obligada a hacer el ingreso y si es posible, el NIF/CIF de la misma. 3. En el campo beneficiario, se identificará al Juzgado o Tribunal que ordena el ingreso. 4. En el campo "observaciones o concepto de la transferencia", se consignarán los 16 dígitos que corresponden al Procedimiento (2870 0000 00 526/18), pudiendo en su caso sustituir la consignación de la condena en metálico por el aseguramiento de la misma mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito (art. 230.1 L.R.J.S.).

Expídase testimonio de la presente resolución para su incorporación al rollo de esta Sala.

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

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ