



Roj: **STSJ CAT 10256/2012 - ECLI:ES:TSCAT:2012:10256**

Id Cendoj: **08019340012012106307**

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

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **27/09/2012**

Nº de Recurso: **7557/2011**

Nº de Resolución: **6332/2012**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **LIDIA CASTELL VALLDOSERA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ CAT 10256/2012,**
STS 5946/2013

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA

CATALUNYA

SALA SOCIAL

RU

IL·LMA. SRA. ASCENSIÓ SOLÉ PUIG

IL·LM. SR. FRANCISCO BOSCH SALAS

IL·LMA. SRA. LIDIA CASTELL VALLDOSERA

Barcelona, 27 de setembre de 2012

La Sala Social del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, formada pels magistrats esmentats més amunt,

EN NOM DEL REI

ha dictat la següent

SENTÈNCIA NÚM. 6332/2012

En el recurs de suplicació interposat per Sabico Seguridad, S.A. a la sentència del Jutjat Social 20 Barcelona de data 14 de juny de 2011 dictada en el procediment núm. 87/2011, en el qual s'ha recorregut contra la part Vigilancia y Control Punto Cinco, S.A., N.H. Hoteles, S.A., Alberto , Baldomero i Fondo Garantía Salarial (FOGASA), ha actuat com a ponent Il·lma. Sra. LIDIA CASTELL VALLDOSERA.

ANTECEDENTS DE FET

Primer. En data 1 de febrer de 2011 va arribar al Jutjat Social esmentat una demanda sobre reclamació quantitat, la qual l'actor al·lega els fets i fonaments de dret que va considerar procedents i acabava demanant que es dictés una sentència d'acord amb el que es demanava. Admesa la demanda a tràmit i celebrat el judici, es va dictar la sentència en data 14 de juny de 2011 , que contenia la decisió següent:

"Que estimando la demanda interpuesta por Alberto y Baldomero debo condenar y condeno solidariamente a las empresas VIGILANCIA Y CONTROL PUNTO CINCO S.A. y SABICO SEGURIDAD S.A. al pago al demandante Sr Alberto de la suma de dos mil novecientos sesenta y cuatro euros con noventa y ocho céntimos (2.964'98 €) y al demandante Sr Baldomero de la suma de mil doscientos ocho euros con noventa y un céntimos (1.208'91 €), más el interés por mora procesal en ambos casos del 10%.

Igualmente debo desestimar y desestimo la demanda respecto de NH HOTELES S.A.



Respecto del FOGASA procede su absolución sin perjuicio de las responsabilidades legales que, en su caso, pudieran corresponderle".

Segon. En aquesta sentència es declaren com a provats els fets següents:

PRIMERO.- Los demandantes prestaron servicios por cuenta y bajo la dependencia de la empresa VIGILANCIA en virtud de diversos contratos de trabajo temporales, con categoría profesional de vigilante de seguridad.

A la relación laboral de los actores con VIGILANCIA era aplicable el Convenio Estatal de empresas de seguridad.

SEGUNDO.- Los demandantes tenían pactada con la empresa demandada una jornada de trabajo de 10 horas mensuales.

TERCERO.- El Sr Alberto prestó servicios por cuenta y bajo la dependencia de VIGILANCIA en las instalaciones del hotel NH PODIUM y NH Duc de la Victoria de Barcelona en los días, horas y términos recogidos a doc. 10 a 12 de la parte actora, a cuyo contenido me remito y doy íntegramente por reproducido.

El Sr Baldomero prestó servicios por cuenta y bajo la dependencia de VIGILANCIA en las instalaciones del hotel NH CALDERON y hotel NH RALLYE de Barcelona en los días, horas y términos recogidos a doc. 28 y 29 de la parte actora, a cuyo contenido me remito y doy íntegramente por reproducido.

CUARTO.- El Sr Alberto realizó en el mes de julio de 2010 un total de 180 horas de prestación de servicios; en el mes de agosto de 2010 un total de 208 horas de servicio y en el mes de septiembre de 2010 un total de 84 horas de servicios.

El Sr Baldomero realizó en el mes de julio de 2010 un total de 30 horas de servicios y en el mes de agosto un total de 75 horas de servicios.

De dichas horas el Sr Alberto realizó 42 horas nocturnas y 60 horas en festivos en el mes de julio de 2010, 52 horas nocturnas y 48 de festivos en el mes de agosto de 2010 y 12 horas nocturnas y 16 de festivos en septiembre de 2010.

De dichas horas el Sr Baldomero realizó 14 horas nocturnas 18 horas de festivos en el mes de julio de 2010 y 23 horas nocturnas y 56 horas en festivos en el mes de agosto de 2010.

QUINTO.- VIGILANCIA no ha satisfecho al demandante Sr Alberto la suma de 209'98 euros por salario con prorrata de pagas extras de la jornada ordinaria de 10 horas mensuales pactada en contrato y por los días trabajados en los meses de julio, agosto y septiembre de 2010; 2.541'84 euros por horas extras realizadas en dicho periodo; 110'24 euros por plus de nocturnidad y 102'92 euros por plus de festividad, por un total de 2.964'98 euros.

VIGILANCIA no ha satisfecho al demandante Sr Baldomero la suma de 99'89 euros por salario con prorrata de pagas extras de la jornada ordinaria de 10 horas mensuales pactada en contrato y por los días trabajados en los meses de julio y agosto de 2010; 1.009'12 euros por horas extras realizadas en dicho periodo; 38'48 euros por plus de nocturnidad y 61'42 euros por plus de festividad, por un total de 1.208'91 euros.

SEXTO.- NH subcontrató con la empresa VIGILANCIA el servicio de seguridad de alguno de sus hoteles en la ciudad de Barcelona en el periodo comprendido entre el año 2003 y el mes de octubre de 2010. Entre dichos hoteles se encontraban los hoteles NH PODIUM, NH DUC DE LA VICTORIA, NH CALDERON y NH RALLYE en los que los actores prestaron servicios.

Desde el 13 de octubre de 2010 SABICO asumió la prestación de servicios de seguridad que hasta dicha fecha VIGILANCIA había prestado para NH en los hoteles de Barcelona en los que los actores prestaron servicios.

SEPTIMO.- El Sr Alberto fue alta en SABICO en fecha 14 de octubre de 2010, extinguiendo su contrato el 25 de octubre de 2010 con nueva alta el 26 de octubre de 2010.

El Sr Baldomero fue alta en SABICO el 17 de abril de 2011.

OCTAVO.- VIGILANCIA citada en forma no compareció al acto de juicio.

NOVENO.- Interpuesta por los demandantes en fecha 24 de diciembre de 2010 papeleta de conciliación fue celebrado el acto ante el CMAC en fecha 27 de enero de 2011 con el resultado de "intentado sin efecto".

Tercer. Contra aquesta sentència la part codemandada Sabico Seguridad S.A. va interposar recurs de suplicació, que va formalitzar dins del termini. Es va donar trasllat a la part contrària, que el va impugnar en forma els Srs. Baldomero i Alberto. Es van elevar les actuacions a aquest Tribunal i es va formar aquest rotlle.

FONAMENTS DE DRET



PRIMER. Enfront la sentència d'instància, que estimà la demanda interposada per la part actora, en reclamació de quantitat, i condemnà solidàriament a les empreses VIGILANCIA I CONTROL PUNTO CINCO, S.A. i SABICO SEGURIDAD, S.A. a abonar- los les quantitats reclamades, s'interposa per aquesta última Recurs de Suplicació, el qual té per objecte examinar les infraccions de normes substantives o de la jurisprudència que s'hi han comès.

La qüestió controvertida en el present recurs és totalment jurídica i es redueix a decidir si és d'aplicació al present litigi l'article 44.1 i 3 de l'Estatut dels Treballadors, tal com va decidir el magistrat d'instància i defensa la part actora, o bé aquesta aplicació no es procedent atès que la successió d'empreses s'ha consumat en virtut de norma convencional i, en conseqüència, s'ha d'aplicar la regulació del Conveni col.lectiu d'aplicació, tal com afirma la recurrent en el seu recurs.

SEGON. El citat recurs consta d'un únic motiu, correctament emparat en l'apartat c) de l'article 191 de la Llei de Procediment Laboral, en el qual la recurrent denuncia la infracció de l'article 14. c) 3 del Conveni Col.lectiu d'Empreses de Seguretat i argumenta que el citat article és d'aplicació preferent al que estableix l'article 44.3 de l'ET, atès que en el present supòsit no existeix una transmissió empresarial en els termes que es regulen en l'art. 44 abans citat, ja que la subrogació de l'empresa entrant en relació amb els drets i obligacions laborals de la sortint, es fonamenta en el que estableix el citat Conveni, per la qual cosa a la regulació del citat conveni s'ha d'estar i en el cas que ens ocupa l'article 14 c) e del Conveni estableix clarament, en relació amb les obligacions de les empreses, que l'empresa cessant "Deberá atender, como único y exclusivo obligado: a) los pagos y cuotas derivados de la prestación del trabajo hasta el momento del cese en la adjudicación y b) la liquidación por todos los conceptos, incluidas vacaciones, dado que la subrogación sólo implica para la nueva adjudicataria la obligación del mantenimiento del empleo de los trabajadores afectados".

Afirma també que el Tribunal Suprem, en la seva sentència de data 8 de juny de 1998, relativa a la interpretació del citat article del Conveni col.lectiu, va afirmar que no existia successió en el supòsit de nous titulars de contractes, quan no concorre la transmissió d'elements patrimonials.

Censura jurídica que s'haurà de desestimar. És cert que el Tribunal Suprem, en la sentència citada per la recurrent, va afirmar que no existia successió en el supòsit de nous titulars de contractes, com és el cas que ens ocupa, en el que no existeix transmissió d'elements patrimonials, però aquesta doctrina va ser rectificadada posteriorment per l'alt Tribunal, tal com correctament afirmen els actors en el seu escrit d'impugnació del recurs, en aplicació de la doctrina del Tribunal de la Unió Europea.

Així, en la més recent sentència de data 12 de juliol de 2010, es diu el següent, en un supòsit semblant al present, però referit al Conveni de Neteja:

"En efecto, si bien la doctrina de la Sala ha mantenido que la mera sucesión en la actividad que se produce como consecuencia en el cambio de adjudicación de las contratas con salida de un contratista y la entrada de otro nuevo no constituye un supuesto de transmisión de empresa previsto en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores cuando no va acompañada de la cesión de los elementos patrimoniales precisos para la explotación, debe tenerse en cuenta que esta doctrina se rectificó a partir de las sentencias de 20 y 27 de octubre de 2004 - reiteradas por las sentencias de 29 de mayo y 27 de junio 2008 - para acomodarla al criterio que en aplicación de la Directiva 2001/23 ha mantenido el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas -hoy Tribunal de Justicia de la Unión Europea- en numerosas sentencias entre las que pueden citarse las de 10 de diciembre de 1998 (casos Sánchez Hidalgo y Hernández Vidal), 25 de enero de 2001 (caso Liikeene), 24 de enero de 2002 (caso Temco Service Industries) y 13 de septiembre de 2007 (caso Jouini), que sostienen que "en determinados sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una entidad económica" y, por consiguiente, dicha entidad puede mantener su identidad, aun después del cese en la actividad contratada, cuando "el nuevo empresario no se limita a continuar con la actividad de que se trata, sino que además se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencias, del personal que su antecesor destinaba especialmente a dicha tarea". Por lo que se refiere a una empresa de limpieza se ha dicho también, que "un conjunto organizado de trabajadores que se hallan específicamente destinados de forma duradera a una actividad común puede constituir una entidad económica cuando no existen otros factores de producción (SSTJCE de 10 de diciembre de 1998 y 24 de enero de 2002 ".

Ello determina que, salvo las denominadas asunciones no pacíficas de plantilla, como las que contemplan las sentencias de 20 de octubre de 2004 y 29 de mayo de 2008, los supuestos en que en una actividad en la que es predominante la mano de obra se produce una sucesión en la actividad de la contratada seguida de la incorporación a la contratista entrante de la asunción de una parte significativa del personal que venía realizando las tareas de la anterior contrata, debe entenderse que hay que aplicar las garantías del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, al menos en la parte coincidente con las que contempla la Directiva 2001/23, y esto es



lo que sucede en el presente caso a la vista de los hechos declarados probados, pues: 1º) la empresa Limprosi se ha hecho cargo de la actividad de limpieza en la que prestaba servicios la actora, sucediendo en la contrata que antes ejecutaba Limpiezas Arosa; 2º) la limpieza de edificios y locales es una actividad que se basa de forma esencial en el empleo de mano de obra; 3º) la nueva contratista se ha hecho cargo de los trabajadores que prestaban servicios en la contrata y que figuraban en la lista proporcionada por la anterior contratista y 4º) la garantía de la continuidad de los contratos se establece tanto en el artículo 44.1 del Estatuto de los Trabajadores , como en los artículos 1.1 y 3.1 de la Directiva 2001/23 .

La parte recurrente alega que en el presente caso la asunción de la plantilla no se debe a una decisión voluntaria, sino al cumplimiento de un convenio colectivo. Así es. **Pero el carácter voluntario o no de la asunción de la plantilla de la empresa saliente no afecta al alcance de la obligación de subrogación**, como ya estableció la sentencia el TJCE en su sentencia de 24 de noviembre de 2002 en el caso Temco Service Industries , en el que la nueva empresa se hizo cargo del personal en cumplimiento de una cláusula del convenio colectivo aplicable".

Doncs bé, aplicant la doctrina citada al present supòsit, és clar, com hem dit abans, que no és d'aplicació l'article 14 c) 3 del Conveni col.lectiu d'aplicació a les parts, sinó que la norma que s'ha d'aplicar, tal com ha fet el magistrat d'instància, és l'article 44.3 de l'Estatut dels Treballadors, atès que la successió de la contracta de serveis de vigilància i seguretat que va tenir lloc entre la recurrent i PUNTO CINCO s'ha d'entendre com una autèntica successió de plantilla, ja que és clar que l'activitat del sector resideix fonamentalment en la ma d'obra i que s'ha transmès una entitat econòmica, a la que ha acompanyat la transmissió de la totalitat de la plantilla que prestava serveis de vigilància en els hotels NH, i la citada norma estableix que el cedent i el cessionari, en les transmissions que tinguin lloc per actes inter vius, respondran solidàriament duran tres anys de les obligacions laborals nascudes abans de la transmissió i que no haguessin estat satisfetes. En aquest mateix sentit la sentència d'aquesta Sala de data 11.4.2011 .

TERCER. La desestimació del motiu comporta la del recurs i suposa la ratificació de la sentència d'instància, així com, d'acord amb el que estableix l' article 233.1. de la Llei de Procediment Laboral , imposar les costes processals a l'empresa recurrent, inclosa la minuta del Lletrat impugnant del recurs, que es fixa en la quantitat de 400€. Així mateix procedeix acordar la pèrdua del dipòsit efectuat en el moment de recórrer i de la quantitat consignada, a les quals es donarà el destí previst legalment, tal com disposa l'article 202.1 de la mateixa llei.

VISTOS els preceptes legals esmentats, els concordants i la resta de disposicions de general i pertinent aplicació,

DECIDIM:

Que hem de desestimar el Recurs de Suplicació interposat per l'empresa SABICO SEGURIDAD, S.A. contra la Sentència dictada pel Jutjat Social núm. 20 de Barcelona, en data 14 de juny de 2.011 , que va recaure en les Actuacions núm. 87/2011, en virtut de demanda presentada pels Don. Alberto i Baldomero contra l'esmentada empresa, VIGILANCIA Y CONTROL PUNTO CINCO S.A. , N.H. HOTELES S.A. i el FONS DE GARANTIA SALARIAL, en reclamació de reconeixement de quantitat, i per tant, hem de ratificar l'esmentada resolució. S'imposen les costes processals a l'empresa recurrent, inclosa la minuta del Lletrat impugnant del recurs, que es fixa en la quantitat de 400€. Així mateix s'acorda la pèrdua del dipòsit efectuat en el moment de recórrer i de la quantitat consignada, a les quals es donarà el destí previst legalment.

Notifiqueu aquesta resolució a les parts i a la Fiscalia del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya i expediu-ne un testimoniatge que quedarà unit al rotlle. Incorporeu l'original al llibre de sentències corresponent.

Aquesta resolució no és ferma i es pot interposar en contra recurs de cassació per a la unificació de doctrina, davant la Sala Social del Tribunal Suprem. El dit recurs s'haurà de preparar mitjançant escrit amb signatura d'Advocat i adreçat a aquesta Sala, on s'haurà de presentar en el termini dels deu dies següents a la notificació, amb els requisits establerts a l' Art.221 de la Llei Reguladora de la Jurisdicció Social .

Així mateix, de conformitat amb allò disposat l'article 229 del text processal laboral, tothom que no ostenti la condició de treballador o drethavent o beneficiari del règim públic de la Seguretat Social, o no gaudeixi dels beneficis de justícia gratuïta legalment o administrativa reconeguts, o no es trobi exclòs pel que disposa l' article 229.4 de la Llei Reguladora de la Jurisdicció Social , consignarà com dipòsit al moment de preparar el recurs de cassació per unificació de doctrina la quantitat de 600 euros en el compte de consignacions que la Sala té obert en el Banc Espanyol de Crèdit -BANESTO-, en l'Oficina núm 2015 situada a la Ronda de Sant Pere, núm. 47 de Barcelona, n° 0965 0000 66, afegint a continuació els números indicatius del recurs en aquest Tribunal.

La consignació de l'import de la condemna, d'acord amb el que disposa l' art. 230 de la Llei Reguladora de la Jurisdicció Social , quan així procedeixi, s'efectuarà en el compte que aquesta Sala té obert en l'oficina bancària



esmentada al paràgraf anterior, amb el núm. 0965 0000 80, afegint a continuació els números indicatius del Recurs en aquest Tribunal, i havent d'acreditar que s'ha fet efectiva al temps de preparar el recurs en aquesta Secretaria.

Així ho pronunciem, ho manem i ho signem.

PUBLICACIÓ. Avui, la Magistrada ponent ha llegit i publicat la sentència. En dono fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ