



Roj: **STSJ PV 856/2014 - ECLI:ES:TSJPV:2014:856**

Id Cendoj: **48020340012014100665**

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

Sede: **Bilbao**

Sección: **1**

Fecha: **06/05/2014**

Nº de Recurso: **710/2014**

Nº de Resolución: **874/2014**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **MANUEL DIAZ DE RABAGO VILLAR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJS, Bilbao, núm. 1, 30-12-2013,**
STSJ PV 856/2014,
STS 1818/2016

RECURSO Nº: Suplicación / E_Suplicación **710/2014**

N.I.G. P.V. 48.04.4-13/002479

N.I.G. CGPJ 48.020.44.4-2013/0002479

SENTENCIA Nº: 874/2014

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

En la Villa de Bilbao, a 6 DE MAYO DE 2014.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, formada por los/as Iltmos/as. Sres/as. D/D^a. MANUEL DÍAZ DE RÁBAGO VILLAR, Presidente en funciones, JUAN CARLOS ITURRI GÁRATE y JUAN CARLOS BENITO BUTRON OCHOA, Magistrados/as, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

S E N T E N C I A

En el Recurso de Suplicación interpuesto por EULEN SEGURIDAD S.A. contra la sentencia del Juzgado de lo Social num. 1 de los de BILBAO (BIZKAIA) de fecha 30 de diciembre de 2013, dictada en proceso sobre RPC, y entablado por Ambrosio frente a **EULEN SEGURIDAD S.A., FOGASA y SOCSEVI S.L.** .

Es Ponente el/la Iltmo/a. Sr/a. Magistrado/a D./ña. MANUEL DÍAZ DE RÁBAGO VILLAR, 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 demandante, D. Ambrosio con DNI NUM000, viene prestando servicios para la empresa EULEN SEGURIDAD S.A., con una antigüedad de 01-02-2008, categoría profesional de vigilante de seguridad sin arma y salario mes con p/p de pagas extras de 1356,52 euros y centro de trabajo, dependencias del servicio vasco de empleo-Lambide, en Durango.



Segundo.- El demandante venía prestando servicios para la mercantil SOCOSEVI S.L., siendo subrogada por la demandada EULEN en fecha 22 de Octubre 2.012.

Tercero.- El demandante ha percibido los salarios en los conceptos de salario base, plus nocturno, plus horas festivas, plus peligrosidad, plus transporte, plus vestuario, y horas extras- que constan en las nóminas aportadas por el demandante las cuales obrantes en la prueba documental se dan por reproducidas.

Cuarto.- EL demandante ha realizado las siguientes jornadas (jornada según Convenio Colectivo 162 horas):

Enero 2011 ----- 183 horas;

Febrero 2011----- 183 horas;

Marzo 2011- ----- 206,50 horas;

Abril 2011----- 163,50 horas;

Mayo 2011----- 202,50 horas;

Junio 2011----- 153,70 horas;

Julio 2011----- 164,24 horas;

Septiembre 2011----- 165,75 horas;

Octubre 2011----- 173,25 horas;

Noviembre 2011----- 177,75 horas;

Diciembre 2011----- 199 horas.

Quinto.- El demandante no percibió suma alguna en el mes de octubre 2012 en que trabajo para Socosevi ni la liquidación de las pagas extras.

Sexto.- La empresa Socosevi se encuentra en situación concursal ante el juzgado de lo mercantil nº 2 en procedimiento concursal abreviado 237/2013 J.

Septimo.- Resulta de aplicación el Convenio Colectivo de empresas de Seguridad, al estar encuadradas en tal ámbito funcional las mercantiles.

Octavo.- Con fecha 6-2-13 se celebró el preceptivo acto de conciliación con el resultado de sin efecto".

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

"Que rechazando la excepción de incompetencia de jurisdicción y estimando la demanda formulada por D. Ambrosio frente a SOCOSEVI S.L en situación concursal, su administrador concursal D. Fidel , EULEN y FOGASA, debo condenar y condeno solidariamente a las empresas SOCOSEVI S.L en situación concursal y EULEN, a que abone a la demandante por los conceptos detallados la cantidad de 3.289,45 euros, absolviendo al FOGASA sin perjuicio de la responsabilidad que proceda en ejecución de sentencia".

TERCERO .- Frente a dicha resolución se interpuso el Recurso de Suplicación, que fue impugnado por la parte recurrida.

CUARTO.- El 3 de abril de 2014 se recibieron las actuaciones en esta Sala, deliberándose el recurso el día 29 de dicho mes.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Eulen Seguridad SA -EULEN- recurre en suplicación, ante esta Sala, la sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Bilbao, de 30 de diciembre de 2013 , que estimando la demanda interpuesta por D. Ambrosio el 4 de marzo de ese año, ha condenado solidariamente a Socosevi SL SOCOSEVI- (como empleadora suya al tiempo de generarse la deuda) y a la hoy recurrente (como subrogada en la relación laboral por su condición de sucesora en la contrata) a abonarle 3.289,45 euros por 105 horas extraordinarias realizadas en 2011 (766,50 euros), la paga extraordinaria de julio de 2012 (1.070,49 euros) y el salario del mes de octubre de 2012 (1.452,46 euros), absolviendo de toda responsabilidad en ese abono al Fondo de Garantía Salarial -FOGASA-, en cuanto a la reclamación de horas extras por estimar la prescripción opuesta por éste respecto a ese concepto.

El recurso de EULEN pretende cambiar ese pronunciamiento únicamente en cuanto a su concreta condena, estimando que debió ser absuelta, a cuyo fin articula cuatro motivos, de los que los dos primeros se destinan a revisar los hechos probados y los dos restantes a examinar el derecho aplicado en la sentencia.

Recurso impugnado tanto por D. Ambrosio como por el FOGASA.



SEGUNDO.- A) Se denuncia, en el motivo inicial, error en el ordinal segundo de los hechos probados, ya que la subrogación del demandante por EULEN se produjo el 22 de febrero de 2013 (y no el 22 de octubre de 2012), según resulta del documento nº 1 del FOGASA y de los documentos 3 y 4 del demandante, vinculando su relevancia a que pone de manifiesto que toda la deuda se generó por SOCOSEVI.

Ninguno de los impugnantes alega sobre dicho motivo.

B) La Sala admite la revisión, para lo que resultan decisivos, en el contexto probatorio de autos y dado que no existe prueba que avale la versión del Juzgado, los dos documentos del demandante invocados, consistentes en: 1) la carta, de 11 de febrero de 2013, en la que SOCOSEVI comunica a D. Ambrosio que el 21 de ese mes será el último día de servicio para ella, al dejar de ser la contratista del servicio y pasar a serlo EULEN desde el siguiente; 2) la comunicación de la TGSS al demandante de los cambios habidos en el mes de febrero de 2013 en su situación de alta en la seguridad social, al dejar de estarlo por SOCOSEVI a partir del día 22, en que pasa a serlo por EULEN.

La rectificación tiene interés para la decisión del litigio, como se verá.

TERCERO.- A) El motivo segundo afecta al ordinal octavo de los hechos probados, que quiere sustituir por una redacción expresiva de que la conciliación fue únicamente con SOCOSEVI, mediante papeleta del 21 de enero de 2013, celebrándose el 27 de febrero sin efecto. Lo apoya en el acta de dicha conciliación, adjuntada con la demanda, vinculando su relevancia a la prescripción.

Los impugnantes vuelven a callar sobre dicho motivo.

B) La Sala admite la revisión, ya que así resulta de la lectura del acta de conciliación que se invoca, aunque el error del Juzgado no repercute en el pronunciamiento del Juzgado, como ahora veremos.

CUARTO.- A) Se denuncia, en el motivo tercero, que la sentencia ha infringido el art. 59 del vigente texto refundido del Estatuto de los Trabajadores -ET-, en relación con el art. 1974 del Código Civil CC-, ya que la prescripción alegada por FOGASA debe beneficiarla conforme a este último precepto y, por ello, el Juzgado debió estimar prescrita, respecto a EULEN, la deuda de 766,50 euros correspondiente a horas extraordinarias de 2011.

Los impugnantes reiteran su silencio sobre este motivo.

B) Razones de seguridad jurídica han llevado a nuestro legislador a establecer unos plazos determinados para formular reclamaciones judiciales exigiendo el reconocimiento o satisfacción de sus derechos, con el fin de evitar que puedan generarse indefensiones derivadas de la dificultad de probar, al cabo de mucho tiempo, hechos relevantes para oponerse a la pretensión (por haber desaparecido los medios de prueba o resultar extremadamente difícil encontrarlos), así como por los trastornos que puede ocasionar tener que cumplir determinadas obligaciones cuando ya se tenían en el olvido.

En el caso de la acción que ejercita un trabajador formulando pretensiones económicas derivadas de su contrato de trabajo, ese plazo es de un año desde la fecha en que la acción judicial pudo ejercitarse (art. 59.2 ET), en consonancia con la regla común prevista al efecto (art. 1969 CC), lo que ocurre en la fecha en que el salario se debió pagar, si se reclama por la falta de abono total; o en la fecha en que se pagó en cuantía inferior a la debida, si es que se exigen diferencias en su importe.

Dado que el ejercicio en plazo no es un elemento constitutivo del derecho del trabajador sino un mero instrumento defensivo del deudor (hecho excluyente), la jurisprudencia es pacífica estimando que no puede apreciarse de oficio por los Tribunales (entre otras, STS de 24-Fb-09, RCU 3654/2007), debiendo alegarse por quien es objeto de una reclamación como deudor, salvo norma expresa que permita compartir el beneficio de la prescripción alegada por otro partícipe de la deuda. Precisamente por ello, al no existir norma en tal sentido, la prescripción alegada por FOGASA como deudor subsidiario repercute únicamente en su propio beneficio pero no en el del deudor principal, como está implícito en el art. 1.975 CC y reconoce la Sala de lo Social del Tribunal Supremo (por ejemplo, sentencias de 22 de octubre de 2002, RCU 132/2002, 24 de noviembre de 2004, RCU 64/2004, y 14 de octubre de 2005, RCU 2504/2004), desde el momento en que este precepto señala que la reclamación extrajudicial o el reconocimiento privado del deudor principal no interrumpe la prescripción respecto a su fiador.

Conviene tener en cuenta que, en materia de prescripción, no caben interpretaciones extensivas de las reglas destinadas a apreciarla, dado que se trata de una institución contraria a la justicia, que sólo se justifica por las razones de seguridad jurídica que constituyen su fundamento; además, que la prescripción se asienta en la idea de *abandono* de la acción que subyace en esa postura dilatoria, lo que debe llevar a rechazarla cuando se pone de manifiesto que la tardanza en reclamar tiene otras causas.



A la vista de lo expuesto, la denuncia de EULEN no tiene amparo jurídico, ya que pretende beneficiarse de una prescripción que no alegó ante el Juzgado, haciéndolo únicamente FOGASA en su condición de deudor subsidiario y que, por ello, solo puede beneficiar a este Organismo.

C) No conduce a conclusión contraria, en contra de lo que sostiene, el art. 1.974 CC, dado el contenido de este precepto, cuyos tres párrafos transcribimos: *"La interrupción de la prescripción de acciones en las obligaciones solidarias aprovecha por igual a todos los acreedores y deudores.- Esta disposición rige igualmente respecto a los herederos del deudor en toda clase de obligaciones.- En las obligaciones mancomunadas, cuando el acreedor no reclame de uno de los deudores más que la parte que le corresponde, no se interrumpe por ello la prescripción respecto a los otros codeudores."*

En efecto, el precepto limita su alcance a ordenar la interrupción de la prescripción y no ésta, en razón suficiente para revelar su inaplicación al caso en los términos sostenidos por EULEN. Además, la posición de FOGASA en la deuda no es la de un deudor principal solidario o mancomunado-, sino la de un deudor subsidiario, en segunda causa para rechazar el argumento, ya que no es el tipo de deudor contemplado en el precepto.

QUINTO.- A) Se denuncia, por último, que la sentencia ha aplicado indebidamente la responsabilidad solidaria contemplada en el art. 44 ET para el empresario sucesor, respecto a las deudas del anterior, dado que aquí la subrogación opera por efecto del art. 14 del convenio colectivo para las empresas de seguridad, que no establece ese tipo de responsabilidad, con cita de las sentencias dictadas por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo el 24 de julio de 2013 (RCUD 3228/2012), 10 de junio de 2013 (RCUD 1351/2012) y 5 de febrero de 2013 (RCUD 238/2012), así como las de algunos Tribunales Superiores de Justicia, incluida la que hemos dictado nosotros el pasado 4 de febrero del año en curso (rec. 44/2014), en el caso de pretensión similar de otro trabajador de SOCOSSEVI asumido por EULEN el 22 de febrero de 2013 por trabajar en la misma contrata del servicio de seguridad de LANBIDE.

Los impugnantes se oponen por estimar que estamos ante un supuesto de sucesión de empresa del art. 44 ET, en su vertiente de sucesión de plantillas, que determina la entrada en juego de la responsabilidad solidaria prevista en dicho precepto, señalando FOGASA que nuestra sentencia se fundó en que no se había probado la sucesión de plantilla e indicando ambas partes que el Tribunal Supremo sostiene que el cambio de contratista, en este sector, constituye un supuesto de sucesión de plantillas del art. 44 ET.

B) La Sala, hasta la fecha, había tenido ocasión de pronunciarse sobre el alcance de la responsabilidad solidaria prevista en el art. 44.3 ET, tras la reforma operada en ese precepto por el art. 2.2 de la Ley 12/2001, de 9 de julio, en los casos de cambios de contratistas de servicios en los que el nuevo asume el grueso de la plantilla de la saliente por disponerlo así el convenio colectivo sectorial de aplicación y tratarse de servicios en los que los elementos patrimoniales no son relevantes, siendo lo esencial la mano de obra, en lo que viene definiéndose como un supuesto de sucesión de plantilla, que se inserta en la nueva noción de sucesión de empresa del art. 44.2 ET, fruto de la asunción de su descripción en los términos previstos en la normativa comunitaria (concretamente, es copia literal del art. 1.1.b de la Directiva 98/50/CE, de 29 de junio, del Consejo, que a su vez reproduce el art. 1.1.b de la Directiva 2001/23/CE, de 12 de marzo, del Consejo, actualmente vigente). Lo hicimos en casos de cambios de contratistas del servicio de limpieza, dando testimonio de ello, entre otras muchas, las sentencias de 22 de enero y dos del 5 de febrero de 2008 (recs. 2171/2007, 2169/2007 y 2172/2007), certeramente invocadas por FOGASA, si bien que lo fundábamos en un doble argumento: a) la previsión del propio convenio, en cuanto imponía el deber de subrogarse en los derechos y obligaciones del anterior empresario; b) la aplicación de la responsabilidad solidaria prevista en el art. 44 ET. Conviene indicar que, en cuanto al primero de esos argumentos, aún sin citarla, vino a seguir el criterio aplicado por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en su sentencia de 23 de mayo de 2005 (RCUD 1674/2004), en el caso de otro convenio de limpiezas de contenido similar, que en cambio tácitamente descarta que provenga por el precepto estatutario, aunque porque parte de considerar que no se da el supuesto de sucesión ahí previsto. Por otra parte, en nuestra sentencia de 4 de febrero de 2014 (rec. 44/2014), con ocasión de litigio similar al actual en el caso de otro trabajador de la misma contrata, si bien confirmamos la ausencia de responsabilidad solidaria de EULEN respecto a las generadas por SOCOSSEVI, lo hicimos partiendo de esa tesis, si bien consideramos que, en el caso, no se había acreditado que se estuviera ante un supuesto de sucesión de plantillas porque no se había acreditado cuántos trabajadores de SOCOSSEVI en la contrata había asumido EULEN.

La Sala ha decidido reconsiderar el criterio hasta ahora aplicado, en cuanto al fundamento de esa responsabilidad al amparo del art. 44.3 ET, adoptando en pleno no jurisdiccional el criterio de cambiarlo para el futuro respecto a casos en los que, como sucede con el convenio estatal para las empresas de seguridad, el precepto que impone el deber de subrogación (en este caso, su art. 14) expresamente establece que es la contratista saliente la única obligada al pago de las retribuciones devengadas por el trabajo realizado hasta el momento de la adjudicación (apartado B.3 del convenio suscrito el 16-Ab-12 y publicado en el BOE del 25-Ab-13, con vigencia 2012/2014, aunque resulta del mismo tenor el apartado C.3 del convenio con vigencia



2009/2012, publicado en el BOE del 16-Fb-11). Explicamos seguidamente las razones que nos conducen a ese cambio de criterio.

En primer lugar, porque el cambio legislativo por el que se insertan en la sucesión de empresa del art. 44 ET los casos de sucesión de plantilla, operado por Ley 12/2001, perseguía únicamente, según su preámbulo (párrafo último), incorporar a nuestro derecho interno la Directiva 98/50/CE, siendo así que ésta únicamente imponía, a la luz de la jurisprudencia comunitaria, el deber de subrogación en esos casos de sucesión de plantilla y no la responsabilidad solidaria (art. 3.1) y si bien es cierto que ese mismo precepto facultaba a los Estados a establecer la responsabilidad solidaria del sucesor por las deudas del empresario sucedido respecto a los contratos de trabajo existentes en la fecha del traspaso, el contenido del preámbulo de nuestra norma no revela que se quisiera extender el beneficio a los nuevos casos que venían a incluirse en el ámbito del art. 44 ET (la sucesión de plantilla).

Claro es que esa voluntad podría estimarse implícita desde el momento en que la Ley 12/2011 no excluye del ámbito de aplicación de la regla de responsabilidad solidaria a esos nuevos supuestos, pero esa alternativa interpretativa de la novedad legislativa viene a oponerse a la razón de ser que determina esa concreta responsabilidad, que no es otra que la asunción del patrimonio vinculado al elemento transmitido, en cuanto supone una pérdida relevante de garantías de cobro de la deuda pendiente de satisfacerse, que sin embargo pasa a la titularidad del sucesor. Garantías patrimoniales para el cobro de la deuda generada por el contratista saliente que, en estos casos de sucesión de plantilla, no se transmiten.

Concorre, además, una razón añadida de coherencia y eficacia, como es que, en estos casos, se está en el supuesto de sucesión de empresa únicamente por razón de una voluntad de los negociadores del convenio colectivo que la han mostrado únicamente para el deber de subrogación y no para la asunción solidaria de las deudas pendientes. Sostener que, como sucede en el concreto caso del convenio que comentamos, cuando hay un explícito rechazo por parte de quienes lo negociaron a esa responsabilidad compartida, esa voluntad suya resulta ineficaz por contravenir lo dispuesto en el art. 44.3 ET , al no tener encaje en una comprensión del alcance de éste compatible con esa exclusión explícita en esos concretos supuestos de sucesión de plantilla, no puede sino traer el efecto de retraer a la negociación colectiva a establecer el deber de subrogación en casos que, de inicio, no son propios de la sucesión de empresa, con lo que se hace una lectura del precepto que resulta contraria al principio de estabilidad en el empleo que quiere proteger, como bien fundamental, la institución de la sucesión de empresa.

Cambio de criterio que, en contra de lo que sostiene EULEN, no tiene el aval del Tribunal Supremo, ya que a este respecto no conocemos sentencia suya que resuelva pretensión análoga a la de autos. Las sentencias que la recurrente cita no se pronuncian sobre esa cuestión: a) la de 24 de julio de 2013 , lo hace sobre el deber de subrogación (y no sobre la responsabilidad solidaria) en un caso en que, además, no es propio de la sucesión de plantillas, operando ese deber únicamente por efecto del art. 14 del convenio; b) la de 10 de junio de 2013 desestima el recurso por falta de contradicción, en un litigio en el que se cuestiona si existe o no el deber de subrogación (no la responsabilidad solidaria); c) la de 5 de febrero de 2013, también desestima por falta de contradicción, en el que se cuestiona el deber de subrogación y en el marco de una contrata que no es de seguridad, sino de abastecimiento de agua y alcantarillado, por lo que no entra en juego el convenio colectivo estatal para las empresas de seguridad. Tampoco las sentencias de dicho Tribunal que cita FOGASA en apoyo del criterio aplicado en la sentencia recurrida lo vienen apoyar, ya que ni la de 28-Fb-13 (RCUD 542/2012) ni la de 5-Mz-13 (RCUD 3984/2011) resuelven pretensiones vinculadas a la responsabilidad solidaria, sino al deber de subrogación.

C) Cambio de criterio que aboca, en el caso de autos, a estimar el recurso de EULEN, toda vez que toda la deuda objeto de condena se ha generado por SOCOSEVI, lo que trae consigo que aquella no debe compartir la responsabilidad de su pago.

Una precisión final, a fin de evitar equívocos: si bien en los hechos probados de la sentencia no se deja constancia de la causa de la subrogación del demandante, el 22 de febrero de 2013, ello obedece a que era pacífico entre las partes y está implícito en la resolución judicial que se debió al cambio de contratista del servicio de seguridad de LANBIDE. En estos casos, a la vista del art. 14 del convenio, resulta ya incuestionable que estamos ante el supuesto de sucesión de plantillas, sin necesidad de que esté acreditado cuántos trabajadores fueron asumidos por EULEN, ya que lo relevante es el deber jurídico de asumir al grueso de quienes trabajaban en la contrata que deriva de dicho precepto.

SEXO.- El éxito del recurso lleva consigo, como pronunciamientos accesorios: a) la devolución del depósito de trescientos euros, una vez sea firme esta sentencia (art. 203.1 LJS); b) igualmente y en tal momento, conforme al mismo precepto, la devolución del importe condena consignado; c) que no proceda condena en costas (art. 235.1 LJS, en sentido contrario).



FALLAMOS

1º) Se estima el recurso de suplicación interpuesto por la representación legal de Eulen Seguridad SA contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Bilbao, de 30 de diciembre de 2013, dictada en sus autos nº 241/2013, seguidos a instancias de D. Ambrosio, frente a Socosevi SL, la hoy recurrente y el Fondo de Garantía Salarial, sobre cantidad (salarios); en consecuencia, con revocación de pronunciamiento en cuanto condena a la recurrente, la absolvemos de lo pedido en la demanda, confirmando el resto de lo resuelto en la misma.

2º) Una vez firme esta resolución, devuélvase a la recurrente el depósito de trescientos euros y la cantidad de condena consignada. 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/

VOTO PARTICULAR que emite el I.S.M. DON JUAN CARLOS ITURRI GÁRATE a la sentencia que dicta esta Sala en el recurso 710/2014 al amparo de lo

previsto en el artículo 260 de la Ley Orgánica del Poder Judicial

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Pese al respeto consideración que tengo a la opinión de mis compañeros de deliberación, discrepo del anterior fallo y mi discrepancia consiste en que entiendo que el recurso debió ser íntegramente desestimado y no estimado en cuanto al último motivo de impugnación.

Por tanto, asumo en su integridad los cuatro primeros fundamentos de derecho de la sentencia recurrida y discrepo del quinto. En este se estima el último motivo de impugnación, mientras que en los anteriores se rechazan los restantes. Trata de lo relativo a la exención de responsabilidad de la recurrente en la deuda salarial contraída por la anterior empleadora en la contrata de vigilancia y seguridad que asume.

Y ello esencialmente porque entiendo que, en orden a la responsabilidad del nuevo empresario en los casos en que se produzcan la sucesión ex artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores (Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo) se impone la extensión de la responsabilidad a la nueva empleadora en su punto 3 y además entiendo que la Ley no autoriza a excepcionar tal extensión si así lo dispone un convenio colectivo concreto.

SEGUNDO.- La solución que se da en la sentencia mayoritaria es la misma que se dio en la sentencia de 4 de febrero de 2014 (recurso 44/2014), que se refiere a otro trabajador de similar contrata y en la que se estimó que si no procedía tal responsabilidad de la recurrente era porque no se constataba en el caso la concurrencia del presupuesto fáctico al que se refiere el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, sin reparar en lo dicho en el convenio colectivo del sector.

Y es que entiendo que es indiferente el que la asunción de tal personal haya sido voluntariamente decidida por la empresa que entra en la contrata o le venga impuesta por convenio colectivo. Es decir, que aunque se pueda considerar que se ha hecho tal asunción de plantilla por cumplir con la obligación impuesta por el artículo 14 del convenio colectivo de sector, ello es indiferente en orden a aplicar los contenidos del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, tal y como ya ha explicado la jurisprudencia, pudiendo citarse al efecto la sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de fecha 12 de julio de 2010 (recurso 2300/2009), amparándose en lo explicado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso Temco Service Industries.

En nuestro caso, no consta que la nueva adjudicataria del servicio asuma cosa distinta del propio personal de la empresa saliente, asumiendo en concreto los trabajadores de aquella afectos al servicio (se supone que siempre que se hayan cumplido los siete meses en el mismo a los que alude el artículo 14 del convenio colectivo del sector). No consta que haya puesto de propio vehículos, ordenadores u otro tipo de materiales de cierta trascendencia al entrar en la contrata, sino que ha asumido el personal que trabajaba en la misma para la anterior empleadora.



Por tanto, asumido que se produce aquella sucesión o trasvase de plantilla, siendo indiferente si ello se hizo motu propio por cumplir el convenio colectivo del sector, se trata de ver si la nueva adjudicataria ha de asumir o no la deuda laboral de la anterior.

TERCERO.- Según el convenio colectivo, no, puesto que aquel artículo 14 expresamente indica que solo la saliente responde de tales deudas. Al efecto, es cierto y correcto lo dicho en la sentencia mayoritaria sobre el contenido literal del convenio colectivo último y penúltimo del sector de la vigilancia y seguridad y ámbito estatal.

Pero entiendo que no es disponible esta materia al negociador colectivo y que, por tanto, si se da el caso del fenómeno sucesorio del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, procede tal responsabilidad, con independencia de que lo niegue el convenio colectivo.

Pretendiendo rebatir la opinión mayoritaria, es bien cierto que la Directiva 200/23 del Consejo de Unión Europea de 12 de marzo no imponía directamente la responsabilidad solidaria en estos casos, sino que solo fijaba la posibilidad de que los estados miembros la pudiesen fijar con respecto de las deudas anteriores (artículo 3, número 1, segundo párrafo de la misma), pero también es cierto que el actual artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores fija en su número 3 tal responsabilidad solidaria por las deudas anteriores claramente y sin ningún tipo de excepción como la que se pretende. Es decir, que la Directiva no imponía tal obligación directamente, pero el legislador español, ante la posibilidad que indicaba la Directiva, si que dispuso tal extensión de responsabilidad y además la dispuso sin excepción cuando hizo la reforma de tal precepto con la Ley 12/2001, de 9 de julio.

En cuanto al objetivo de la reforma de tal Ley, expresado en la Exposición de Motivos de la misma, a lo que también se alude en la sentencia mayoritaria, lo que dice la Exposición de Motivos sobre el particular es lo siguiente: "*Otras modificaciones se dirigen a reforzar las garantías en los supuestos de subcontratación y de sucesión de empresa; en particular, a través de una mejora de los instrumentos de información y consulta de los trabajadores y sus representantes, que permita dotar a estas situaciones laborales de la debida transparencia y seguridad jurídica*".

Es en este contexto de refuerzo de las garantías de los trabajadores en caso de sucesión de empresa donde se ha de incluir enmarcar el ámbito de la reforma que entiendo no toleraba excepción como la que pretende la recurrente. Se pretendía ampliar el ámbito de responsables de la deuda salarial en garantía del cobro de la misma.

Tampoco comparto el argumento que conecta la razón de ser de esa responsabilidad solidaria con el trasvase patrimonial de la empresa cedente a la cesionaria y sobre la que se construía tradicionalmente el concepto de unidad productiva del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores. La tesis parte de que ello se impone así a la nueva empleadora porque se aprovecha de ese trasvase patrimonial que usaba la saliente y que ello no se da en los casos de cesión de plantilla, con lo que no se daría esa finalidad. Y discrepo porque si se asume que la cesión de plantilla supone sucesión empresarial no extintiva del contrato de trabajo en sectores de actividad donde lo fundamental es la mano de obra, tal argumento no es de recibo. Precisamente porque se parte de que en estos casos el activo del negocio no tiene nada que ver con lo patrimonial, sino con la propia mano de obra y su gestión, es por lo que se entra en la contrata y considerando esa idea es por lo que la Unión Europea fija también tal caso como sucesorio.. Por tanto, no veo razón para diversificar supuestos a estos efectos. Desde luego la Ley no distingue ni, como pretendo explicar, entiendo que la razón finalística justifique la exención que se defiende en la sentencia mayoritaria, puesto que es evidente que la misma razón de garantía de cobro de salarios opera en uno y otro caso y misma es la razón de interés en entrar en la explotación de la nueva adjudicataria.

Resumiendo: asumiendo que el derecho a la negociación colectiva tiene una vertiente constitucional insoslayable (artículo 37 número 1 de la Constitución de 27 de diciembre de 1978), también la tiene el derecho y el deber de trabajar y a obtener del mismo una retribución suficiente para atender las propias necesidades y las de la familia (artículo 35 de la misma Constitución) y por ello nuestro sistema laboral se estructura en una serie de normas del Estado que son indisponibles, otras que se fijan en defecto de convenio colectivo o de contrato o se remiten a tal tipo de acuerdos de voluntades colectivas o individuales- para regular otros aspectos o directamente solo cabe considerar las que de tal forma se pacten. A tal sistema responden los postulados del artículo 3 del Estatuto de los Trabajadores. Pues bien, considero que un convenio colectivo no puede fijar norma contraria a la que el Estado ha fijado de forma generalizada y sin excepción, cuando - como es el caso- ni lo autoriza la propia norma ni por razón de su finalidad cabe asumirla, puesto que lo que se pretende es fijar un mecanismo legal de extensión de responsabilidades a otro distinto del deudor, pero que pretende seguir en la explotación empresarial en la que se produjo la deuda impagada precisamente en garantía del cobro de deudas tan cualificadas como las salariales, puesto que con el mismo lo habitual es que



los trabajadores atiendan a las propias necesidades y las de la familia y ello como otra manifestación mas del principio "eius commodat, eius incommodat", imponiéndose tal ampliación de garantía precisamente por considerar los beneficios que el entrar en la explotación de la unidad productiva la nueva empresaria justifica que se le fije su responsabilidad solidaria "ope legis".

El criterio que indico no es novedoso en el sector, puesto al mismo responde, por ejemplo, la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de fecha 27 de septiembre de 2012 recurso 7557/2011 , por ejemplo.

CUARTO. En consecuencia, creo que debiera haberse desestimado el recurso, con condena al pago de honorarios de letrado de las partes impugnantes del recurso, a razón de 300 euros en cada caso (artículo 235 número 1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción de lo Social) y debiendo acordarse la pérdida y destino legal de los depósitos (necesario y por el importe objeto de condena) que la recurrente hizo para recurrir (artículos 204 , 229 y 230 de la misma Ley).

Por tanto, yo creo que el fallo debió de ser el siguiente.

FALLAMOS

1º) Se desestima el recurso de suplicación interpuesto por la representación legal de Eulen Seguridad SA contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Bilbao, de 30 de diciembre de 2013 , dictada en sus autos nº 241/2013, seguidos a instancias de D. Ambrosio , frente a Socosevi SL, la hoy recurrente y el Fondo de Garantía Salarial, sobre cantidad (salarios), confirmando lo resuelto en la misma.

2º) Condenamos a las costas del recurso a parte recurrente, que deberá abonar trescientos euros por cada uno de los dos impugnantes en concepto de honorarios de letrado de la parte impugnante.

3ª) Ingrése en la Hacienda Pública el depósito necesario para recurrir y aplíquese lo depositado en concepto de principal objeto de condena al cumplimiento del fallo recurrido.

Así por este mi voto particular lo pronuncio, mando y firmo.

Así por este mi voto particular lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fué la anterior Sentencia en el mismo día de su fecha por el lltmo. Sr. Magistrado Ponente que la suscribe, junto con el voto particular del lltmo. Sr. Magistrado **D. JUAN CARLOS ITURRI GÁRATE** , 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 4699-0000-66-0710/14.

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 4699-0000-66-0710/14.

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 regimen 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