

SUMARIO:

Adecuación/Inadecuación de procedimiento. Reconocimiento de derecho. Sucesión de empresa. Sucesión de contratistas. Subrogación convencional. *Trabajadora que desempeña labores de limpieza y que pretende no ser subrogada en la empresa entrante al entender que no está adscrita al servicio adjudicado y, por tanto, debiendo permanecer en la saliente, la cual mantiene la atribución de la limpieza de otras dependencias de la empresa principal.* En los supuestos de subrogación empresarial amparada en la normativa convencional se produce una mera novación modificativa o impropia (artículo 1.203 CC), por cuanto subsiste la relación original con una mera modificación subjetiva en la persona del empleador, que además viene impuesta por la normativa aplicable, que impone a la nueva empleadora respetar y mantener las condiciones laborales que el trabajador o trabajadora ostentaba en la anterior empresa. Ahora bien, cuando lo que se cuestiona es, precisamente, que tal novación sea ajustada a derecho, interesando a la trabajadora la permanencia en la plantilla de la empresa saliente, en realidad lo que se está afirmando es que se ha extinguido indebidamente el vínculo laboral por ésta, al no existir causa para transferir a la trabajadora a la nueva adjudicataria, esto es, se está afirmando, aunque con otras palabras, la existencia de un despido, entendido como cualquier decisión unilateral empresarial de poner fin a la relación laboral, por lo que el cauce procesal adecuado para impugnar dicha decisión y obtener el resultado pretendido no sería una acción meramente declarativa, sino la acción de despido. Entiende la Sala, apoyándose para ello en el Voto particular de la sentencia del Tribunal Supremo, Sala General, de 30 de abril de 2002 (rec. núm. 3007/2000), que la decisión empresarial que se impugna comporta dar por extinguido el contrato entre las partes, y lo que se pretende es el contenido típico y fundamental de la acción de despido, la readmisión, aunque se denomine derecho a permanecer en la plantilla o reingreso, por cuanto lo que se persigue es regresar a la plantilla de la empresa inicial, con las mismas condiciones que se ostentaban antes de producirse la subrogación impugnada, justificándose la no petición de salarios de tramitación por la circunstancia de que la trabajadora está prestando servicios en otra empresa. De esta forma, un pronunciamiento meramente declarativo, que se limita a reconocer el derecho de la trabajadora a permanecer en la plantilla de la contratista saliente, resulta difícilmente ejecutable, por cuanto la actora dejó de pertenecer a la misma con efectos 1 de julio de 2018 por lo que el derecho no podría ser a permanecer sino, en todo caso, a reingresar en la empresa, sin que en el pronunciamiento declarativo solicitado se inste condena alguna de la empresa en tal sentido. Se sustituye el pronunciamiento de instancia, estimándose la excepción de inadecuación de procedimiento, con desestimación de la demanda. **Voto particular.** El procedimiento ordinario, y no el de despido, es el procedimiento adecuado para sustanciar la impugnación de una subrogación convencional cuando la persona trabajadora afectada mantiene vivo su vínculo laboral y únicamente cuestiona la empleadora con la que debe mantener dicha relación laboral. La subrogación empresarial regulada en el convenio colectivo es un supuesto de novación modificativa del contrato de trabajo. Si la novación fuera extintiva, como sostiene el voto mayoritario, se hubiera precisado el consentimiento del trabajador para considerar válido su nuevo contrato con la empresa entrante. Sin embargo, paradójicamente, el voto mayoritario da por buena la falta de consentimiento del trabajador -novación modificativa- y le obliga a demandar por una extinción que no ha tenido lugar. Imponer a la trabajadora que pretende discutir sólo quién es su empleador que demande por despido supone afectar a la esencia de su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y a su derecho al trabajo, que comprende el derecho a no ser despedido sin justa causa, puesto que si prospera la acción de despido se considerará extinguido un contrato de trabajo que cuando ejercita la acción se halla vigente. Acordar la desestimación de la demanda por inadecuación de procedimiento cuando la modalidad procesal adecuada es la del proceso ordinario supone dictar una sentencia absolutoria en la instancia contraviniendo la regla general que prohíbe tal eventualidad en el proceso social.

PRECEPTOS:

Constitución Española, arts. 24.1 y 35.
Ley 36/2011 (LRJS), arts. 102.2, 103 y 202.1.
RDLeg. 2/2015 (TRET), arts. 42 y 44.
Código Civil, arts. 1.204 y 1.205.

PONENTE:

Doña Sara María Pose Vidal.

ILMO. SR. FELIPE SOLER FERRER
ILMA. SRA. SARA MARIA POSE VIDAL
ILMA. SRA. ENCARNACION LORENZO HERNANDEZ
ILMO. SR. CARLOS HUGO PRECIADO DOMENECH

En Barcelona a 16 de diciembre de 2021

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

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A núm. 6675/2021

En el recurso de suplicación interpuesto por ACCIONA FACILITY SERVICES SA frente a la Sentencia del Juzgado Social 26 Barcelona de fecha 18 de marzo de 2021 dictada en el procedimiento nº 686/2018 y siendo recurridos CLARO SOL CLEANING SLU y Belen, ha actuado como Ponente la Ilma. Sra. Sara Maria Pose Vidal.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

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 18 de marzo de 2021 que contenía el siguiente Fallo:

" Que estimando la demanda origen de las presentes actuaciones, promovida por D^a. Belen, contra las empresas ACCIONA FACILITY SERVICES S.A. y CLARO SOL CLEANING S.L.U., sobre reconocimiento de derecho, DEBO DECLARAR y DECLARO el derecho de la demandante a permanecer en la plantilla de la empresa ACCIONA FACILITY SERVICES S.A., sin que procediera su subrogación, en fecha 1 de julio de 2018, a la empresa CLARO SOL CLEANING S.L.U., condenando a ambas compañías a estar y pasar por esta declaración.

Segundo.

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

"PRIMERO. La demandante, D^a. Belen (DNI nº NUM000), trabajaba por cuenta de la sociedad Acciona Facility Services S.A. (CIF nº A08175994), con domicilio en la ciudad de Barcelona, dedicada a la limpieza, teniendo reconocida una antigüedad de 1 de abril de 1998, categoría profesional de conductora-limpiadora, y salario de 1.638,49 euros brutos mensuales, incluida la parte proporcional de pagas extras.

SEGUNDO. La demandante estaba en situación de baja médica, derivada de enfermedad común, desde el 12 de febrero de 2018 (documento nº 4, 2ª página, del ramo de prueba de Acciona).

La actora recibió el alta médica el 25 de julio de 2019, iniciando un nuevo proceso de incapacidad temporal, considerado como recaída del anterior, el 26 de julio de 2019 (documento nº 7 del ramo de prueba de la parte actora).

TERCERO. La empresa Acciona Facility Services S.A. tenía contratados los servicios de limpieza de varias dependencias de la factoría de Seat en la localidad de Martorell (Barcelona).

CUARTO. La demandante estaba adscrita al servicio denominado "Bergé-Marquesinas Logística Seat Martorell".

QUINTO. La empresa Seat adjudicó a la codemandada, Claro Sol Cleaning S.L.U. (CIF nº B87087847) los servicios de limpieza de varios departamentos, entre ellos los de los Talleres de Chapistería (talleres 1, 2 y 6) (documento nº 6 del ramo de prueba de la empresa Claro Sol Cleaning S.L.U.).

SEXTO. Con efectos a 1 de julio de 2018 la sociedad Claro Sol Cleaning S.L.U. se subrogó en la posición empleadora de la relación laboral de la demandante, junto con los trabajadores adscritos al servicio de limpieza de Talleres de Chapistería.

Tercero.

Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la codemandada ACCIONA FACILITY SERVICES SA, que formalizó dentro de plazo y que la parte actora Belen y la codemandada CLARO SOL CLEANING SLU, impugnaron, elevando los autos a este Tribunal dando lugar al presente rollo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

Recorre en suplicación la representación de la empresa demandada, ACCIONA FACILITY SERVICES, S.A., y con amparo procesal en el apartado a.) del artículo 193 de la LRJS interesa la declaración de nulidad de actuaciones, denunciando la infracción de normas esenciales de procedimiento, al considerar que concurre una inadecuación de procedimiento y falta de acción, con vulneración del artículo 102.21 de la LRJS, excepciones ya opuestas en el acto de juicio y desestimadas por la sentencia de instancia.

La empresa recurrente sostiene que la pretensión ejercitada por la trabajadora debió plantearse a través de una acción de despido, en la medida en que si se alega que la subrogación fue indebida por no concurrir los requisitos exigidos por la normativa convencional para que se produzca, prescindir de los servicios de la trabajadora por parte de ACCIONA FACILITY SERVICES S.A., sin fundamento alguno para ello, comportaría una decisión extintiva injustificada.

Ciertamente lo que se alega en el escrito de demanda es que no concurrían los requisitos establecidos por el artículo 65 del Convenio Colectivo de Limpieza de Edificios y Locales de Cataluña (artículo 74 del Convenio ahora vigente) y que la demandante no era personal subrogable, dado que el servicio adjudicado a CLARO SOL CLEANING S.L.U. no coincide con aquel al que está adscrita la demandante y que continúa siendo realizado por ACCIONA FACILITY SERVICES S.A., de modo que, no ha existido cambio alguno en la titularidad del servicio al que está adscrita la actora.

Siendo esta la afirmación de la demandante, estimada íntegramente por la sentencia de instancia, es indispensable determinar si concurren o no los requisitos de la citada normativa convencional, dado que si la respuesta es negativa no existiría base legal ni convencional alguna para que ACCIONA FACILITY SERVICES S.A. prescindiera de los servicios de la demandante, y si es dicha empresa la que continúa desempeñando el servicio de limpieza al que está adscrita la actora, evidentemente la trabajadora debe permanecer en su plantilla, por cuanto la subrogación convencional efectuada sería nula, al haberse acogido la empresa a la aplicación de una norma convencional con una finalidad diferente e incluso prohibida por la misma, poniendo fin a la relación laboral existente entre la empresa y la actora sin causa alguna.

La sentencia de instancia declara probado que la empresa recurrente tiene atribuidos los servicios de limpieza de varias dependencias de la factoría de SEAT en Martorell, así como que el servicio atribuido a CLARO SOL CLEANING S.L. viene referido a la limpieza ordinaria y técnica de chapistería, talleres 1, 2,6,8,9,10 y 11, estando adscrita la trabajadora a la limpieza del área denominada "Berge-Marquesinas Logísticas Seat Martorell", que ocupa los talleres 14 y 15 en planta motriz, manteniéndose la titularidad de dicho servicio por ACCIONA FACILITY SERVICES S.A., sin que se haya subrogado a la encargada de la actora, y continuándose la efectiva realización de dicha limpieza por la empresa recurrente, todo lo cual conduce a la afirmación de que la subrogación de la demandante fue improcedente, debiendo mantenerse en la plantilla de la recurrente.

En condiciones normales, la subrogación convencional provoca simplemente una novación subjetiva del empleador, un cambio de empresario que tiene carácter imperativo, en la medida en que se vincula a la garantía de estabilidad y mantenimiento del empleo que esas previsiones subrogatorias pretenden establecer, para evitar que un cambio en la titularidad del servicio o de la contrata pudiera comprometer la continuidad del contrato laboral de los trabajadores adscritos a dicho servicio; consecuencia de dicha configuración es que la subrogación empresarial tiene carácter imperativo y opera sin necesidad de consentimiento por parte de los trabajadores afectados, a diferencia de lo que ocurre en las subrogaciones empresariales de carácter contractual, fruto de un acuerdo entre las empresas, en las que, en aplicación de las previsiones del artículo 1.205 del Código Civil, sí se exige dicho consentimiento.

En los supuestos de subrogación empresarial amparada en la normativa convencional se produce una mera novación modificativa o impropia (artículo 1.203 CC), por cuanto subsiste la relación original con una mera modificación subjetiva en la persona del empleador, que además viene impuesta por la normativa aplicable, que impone a la nueva empleadora respetar y mantener las condiciones laborales que el trabajador o trabajadora ostentaba en la anterior empresa.

Ahora bien, cuando lo que se cuestiona es, precisamente, que tal novación sea ajustada a derecho, interesando la trabajadora la permanencia en la plantilla de la empresa "saliente", en realidad lo que se está afirmando es que se ha extinguido indebidamente el vínculo laboral por la ahora recurrente, ACCIONA FACILITY SERVICES S.A., al no existir causa para transferir a la demandante a la empresa CLARO SOL CLEANING S.L.U., esto es, se está afirmando, aunque con otras palabras, la existencia de un despido, entendido como cualquier decisión unilateral empresarial de poner fin a la relación laboral, por lo que el cauce procesal adecuado para impugnar dicha decisión y obtener el resultado pretendido no sería una acción meramente declarativa, sino la acción de despido.

La determinación de la vía adecuada para el ejercicio de una pretensión como la que nos ocupa no es pacífica, y al respecto se ha sostenido, entre otras, en STS de 30 de abril de 2002, que la subrogación únicamente provoca una novación por cambio de empresario, manteniéndose la vigencia de la relación laboral, por lo que el cambio en la persona del empleador, con independencia de que sea o no ajustado a derecho, modifica la relación obligatoria pero no afecta a la sustancia de la misma, concluyendo que es adecuado para la impugnación del acto de subrogación empresarial el cauce del proceso ordinario, en el que se impugna la subrogación, a fin de que se declare nula, con reconocimiento del derecho de los trabajadores afectados a permanecer en la plantilla de la empresa inicial.

Ahora bien, en esa misma sentencia nos encontramos con un voto particular, suscrito por varios miembros de la Sala IV del TS, sosteniendo la tesis contraria, esto es, la procedencia de la vía de la acción de despido para conseguir el resultado pretendido, argumentando que la decisión empresarial que se impugna comporta dar por extinguido el contrato entre las partes, y lo que se pretende es el contenido típico y fundamental de la acción de despido, la readmisión, aunque se denomine derecho a permanecer en la plantilla o reingreso, por cuanto lo que se persigue es regresar a la plantilla de la empresa inicial, con las mismas condiciones que se ostentaban antes de producirse la subrogación impugnada, justificándose la no petición de salarios de tramitación por la circunstancia de que la trabajadora está prestando servicios en otra empresa (la que la ha incorporado a su plantilla por la subrogación); tal como indica el mencionado voto particular, no obsta a la procedencia de la acción de despido la circunstancia de que la trabajadora haya continuado prestando servicios y que el contrato se haya mantenido con otra empresa, dado que la prestación de servicios para otra empresa tras un despido no afecta a la existencia de éste, ni a la eventual condena a la indemnización o a los salarios de tramitación, y, por otro lado, el que subsista el mismo contrato con otro empresario sólo puede afirmarse si se acepta como correcta la subrogación en los términos establecidos por la normativa convencional, y esto es algo que sólo podría afirmarse en su caso al final del pleito y si ha sido desestimada la demanda.

El fundamento de la pretensión contenida en la demanda es que se ha roto la relación laboral con la empresa ahora recurrente, sin que tal ruptura esté justificada por la existencia de una subrogación convencional, por lo que se niega que el contrato con la nueva empresa sea el mismo, y si no hay subrogación por no concurrir los requisitos necesarios para ello la decisión empresarial constituiría un despido improcedente, debiendo impugnarse por el procedimiento especial de despido, con sujeción a los plazos y requisitos que rigen la acción de despido, a la que es aplicable un breve plazo de caducidad, requisito que podría sortearse en caso de admitirse la posibilidad de alcanzar el mismo resultado a través del planteamiento de una acción declarativa, a la que se aplica un plazo de prescripción mucho más amplio y susceptible de ser interrumpido; a mayor abundamiento, un pronunciamiento meramente declarativo, que se limita a reconocer el derecho de la actora a permanecer en la plantilla de ACCIONA FACILITY SERVICES S.A., resulta difícilmente ejecutable, por cuanto la actora dejó de pertenecer a la misma con efectos de 1 de julio de 2018, por lo que el derecho no podría ser a "permanecer" sino, en todo caso, a reincorporarse o reingresar en la empresa, sin que en el pronunciamiento declarativo solicitado se inste condena alguna de la empresa en tal sentido.

Por todo lo expuesto, a juicio de la Sala, la vía que debió elegir la demandante para conseguir el resultado que pretende debió ser el planteamiento de una demanda de despido, por lo que debe prosperar el recurso formulado por la empresa, apreciando la inadecuación de procedimiento y falta de acción alegada, con desestimación de la demanda planteada por la trabajadora.

Segundo.

En aplicación de lo previsto por el artículo 235 de la LRJS, no procede condena en costas.

VISTOS los preceptos citados y por las razones expuestas

FALLAMOS

Estimamos el recurso de suplicación formulado por ACCIONA FACILITY SERVICES S.A. y, en consecuencia, debemos revocar y revocamos la Sentencia dictada por el Juzgado Social n.º 26 de Barcelona, de

18 de marzo de 2021, en el procedimiento n.º 686/2018, sustituyendo el pronunciamiento de su parte dispositiva por el de "estimando la excepción de inadecuación de procedimiento opuesta por ACCIONA FACILITY SERVICES S.A. desestimamos la demanda formulada por Doña Belen, con libre absolución de ACCIONA FACILITY SERVICES S.A. y CLARO SOL CLEANING S.L.U."

Sin costas y acordando la devolución del depósito.

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.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia se devolverán los autos al Juzgado de instancia para su debida ejecución.

La presente resolución no es firme y contra la misma cabe Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina para ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. El recurso se preparará en esta Sala dentro de los diez días siguientes a la notificación mediante escrito con la firma de Letrado debiendo reunir los requisitos establecidos en el Artículo 221 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

Así mismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 229 del Texto Procesal Laboral, todo el que sin tener la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social o no goce del beneficio de justicia gratuita o no se encuentre excluido por el artículo 229.4 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, depositará al preparar el Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, la cantidad de 600 euros en la cuenta de consignaciones que tiene abierta esta Sala, en BANCO SANTANDER, cuenta N.º 0965 0000 66, añadiendo a continuación seis dígitos. De ellos los cuatro primeros serán los correspondientes al número de rollo de esta Sala y dos restantes los dos últimos del año de dicho rollo, por lo que la cuenta en la que debe ingresarse se compone de 16 dígitos.

La consignación del importe de la condena, cuando así proceda, se realizará de conformidad con lo dispuesto en el artículo 230 la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, con las exclusiones indicadas en el párrafo anterior, y se efectuará en la cuenta que esta Sala tiene abierta en BANCO SANTANDER, cuenta N.º 0965 0000 80, añadiendo a continuación seis dígitos. De ellos los cuatro primeros serán los correspondientes al número de rollo de esta Sala y dos restantes los dos últimos del año de dicho rollo, por lo que la cuenta en la que debe ingresarse se compone de 16 dígitos. La parte recurrente deberá acreditar que lo ha efectuado al tiempo de preparar el recurso en esta Secretaría.

Podrá sustituirse la consignación en metálico por el aseguramiento de la condena por aval solidario emitido por una entidad de crédito dicho aval deberá ser de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento.

Para el caso que el depósito o la consignación no se realicen de forma presencial, sino mediante transferencia bancaria o por procedimientos telemáticos, en dichas operaciones deberán constar los siguientes datos:

La cuenta bancaria a la que se remitirá la suma es IBAN ES 55 0049 3569 920005001274. En el campo del "ordenante" se indicará el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y el NIF o CIF de la misma.

Como "beneficiario" deberá constar la Sala Social del TSJ DE CATALUÑA. Finalmente, en el campo "observaciones o concepto de la transferencia" se introducirán los 16 dígitos indicados en los párrafos anteriores referidos al depósito y la consignación efectuados de forma presencial.

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

VOTO PARTICULAR. a la Sentencia dictada en Autos 2184/2021, que emite el MAGISTRADO D. CARLOS HUGO PRECIADO DOMENECH

Haciendo uso de la facultad conferida por el art.260.2 de la LOPJ, formulo voto particular a la sentencia dictada en los autos 4068/2021 por discrepar, con la mayor consideración y respeto, de la opinión de la mayoría de la Sala, y del criterio adoptado por ésta; al entender que debió desestimarse el recurso presentado por ACCIONA FACILITY SERVICES, S.A

I. RESUMEN DEL CASO

La arte actora interpuso demanda en la que solicitaba que se dictase sentencia por la que se declarase el derecho a la demandante a permanecer en la plantilla de la empresa ACCIONA FACILITY SERVICES SA (e.a ACCIONA) , sin que fuera procedente la subrogación a la empresa CLARO SOL CLEANING S.LU. al no estar adscrita al servicio de limpieza de talleres de chapistería, sino al de los talleres 14 y 15 de la planta motriz. Aduce, en síntesis, que no concurrían los requisitos establecidos por el artículo 65 del Convenio Colectivo de Limpieza de Edificios y Locales de Cataluña (artículo 74 del Convenio ahora vigente)

La parte demandada (ACCIONA) opuso las excepciones de falta de acción e inadecuación de procedimiento, argumentando que la actora estaba adscrita al servicio de limpieza de los talleres de chapistería de SEAT, que fue asumido por la codemandada CLARO SOL CLEANING S.L, (CLARO SOL) subrogándose, esta última, en la posición empleadora de las relaciones laborales de las más de 140 trabajadores adscritos al servicio, debiendo la actora haber impugnado la subrogación, si no estaba de acuerdo con ella, por el cauce del proceso especial de despido.

La codemandada CLARO SOL, se opuso a la demanda por falta de legitimación pasiva, al haberse subrogado en la relación laboral de la demandante por estar incluida en la relación de trabajadores adscritos al servicio facilitada por a empresa saliente, la codemandada ACCIONA.

II. SENTENCIA RECURRIDA

La sentencia recurrida desestima las excepciones procesales opuestas por las codemandadas, por las siguientes razones:

- La demandante tiene un evidente y legítimo interés en quién sea su empleadora, por lo que puede impugnar su subrogación si estima que la misma no procedía.

- Al no haberse extinguido la relación laboral, persistiendo la misma, aunque con una novación subjetiva en la posición de la empleadora, la demandante no podía impugnar la subrogación por el cauce del procedimiento de despido, siendo adecuada la vía procedimental del procedimiento ordinario.

En cuanto al fondo del asunto, la sentencia recurrida estima la demanda porque no puede considerarse acreditado que procediera la subrogación de la trabajadora demandante, pues no consta que estuviera adscrita al servicio de limpieza de Talleres de Chapistería, debiendo reconocerse su derecho a permanecer en la empresa ACCIONA.

En conclusión, la sentencia recurrida estima la demanda de la parte actora sobre reconocimiento de derecho y declara el derecho de la actora a permanecer en la plantilla de la empresa ACCIONA sin que procediera su subrogación en fecha 01/07/108 a la empresa CLARO SOL, condenando a ambas compañías a estar y pasar por esta declaración.

II. RECURSO

La recurrente, ACCIONA, al amparo del apartado a.) del artículo 193 de la LRJS interesa la declaración de nulidad de actuaciones, denunciando la infracción de normas esenciales de procedimiento, al considerar que concurre una inadecuación de procedimiento y falta de acción, con vulneración del artículo 102.2 de la LRJS, excepciones ya opuestas en el acto de juicio y desestimadas por la sentencia de instancia.

Acto seguido, la recurrente formula motivos de censura jurídica, conforme al art.193c) LRJS,:

- Denuncia la infracción del art.65 del CCol de limpieza de edificios y locales de Catalunya y art. 44 ET.

- Denuncia la infracción de la jurisprudencia en materia de subrogación, en concreto la STS 27 septiembre 2018, (aplica doctrina TJUE 11 julio 2018)

III. VOTO MAYORITARIO.

El voto mayoritario estima el primero de los motivos del recurso, sin entrar en los motivos de censura jurídica, y revoca la sentencia recurrida, sustituyendo el pronunciamiento de su parte dispositiva por el de "estimando la excepción de inadecuación de procedimiento opuesta por ACCIONA FACILITY SERVICES S.A. desestimamos la demanda formulada por Doña Belen, con libre absolución de ACCIONA FACILITY SERVICES S.A. y CLARO SOL CLEANING S.L.U."

Se argumenta dicha conclusión, en base al voto particular de la STS 30 abril 2002. RCU 3007/2000, conforme al que el procedimiento adecuado para conseguir el resultado pretendido es el de despido, argumentando

que la decisión empresarial que se impugna comporta dar por extinguido el contrato entre las partes, y lo que se pretende es el contenido típico y fundamental de la acción de despido, la readmisión, aunque se denomine derecho a permanecer en la plantilla o reingreso, por cuanto lo que se persigue es regresar a la plantilla de la empresa inicial, con las mismas condiciones que se ostentaban antes de producirse la subrogación impugnada

Entienden que no obsta a la procedencia de la acción de despido la circunstancia de que la trabajadora haya continuado prestando servicios y que el contrato se haya mantenido con otra empresa, dado que la prestación de servicios para otra empresa tras un despido no afecta a la existencia de éste, ni a la eventual condena a la indemnización o a los salarios de tramitación, y, por otro lado, el que subsista el mismo contrato con otro empresario sólo puede afirmarse si se acepta como correcta la subrogación en los términos establecidos por la normativa convencional, y esto es algo que sólo podría afirmarse en su caso al final del pleito y si ha sido desestimada la demanda.

IV. OBJETO DE LA DISCREPANCIA.

Mi discrepancia radica en los siguientes motivos

1) El voto mayoritario se aparta del mandato del art. 202.1 LRJS , puesto que desestima la demanda, en lugar de mandar la reposición de autos al momento de cometerse la infracción, esto es al momento del señalamiento, como dicho precepto ordena en los casos en que la revocación de la resolución de instancia se funde en la infracción de normas o garantías del procedimiento que haya producido indefensión.

2) El voto mayoritario se aparta de la doctrina constante, reiterada y uniforme del TS, representada por la STS 30 abril 2002. RCU 3007/2000 reiterada por las SSTs las de 15 de marzo (RJ 2005, 3702) (rec. 367/04) 26 de abril (RJ 2005, 6110) (rec. 1860/04), 19 de mayo (RJ 2005, 6090) (rec. 1347/04), 3 de junio (RJ 2005, 5981) (rec. 1822/04), 27 de julio (RJ 2005, 8343) (rec. 1348/04), 22 de septiembre (RJ 2005, 8696) (rec. 946/04, y 2 (sic) y 11 de octubre (RJ 2005, 7878) (recs. 2740/04 y 2518/04 respectivamente), a cuya doctrina debería estarse por lógicas razones de seguridad jurídica e igualdad ante la aplicación de la Ley.

Conforme a dicha doctrina (FJ 4º STS 30/04/2002): "La subrogación impugnada de "Ineuropa handling" en la posición de empleador ocupada por Iberia, SA no ha querido producir y no ha producido la extinción del contrato de trabajo de los demandantes, sino la novación del mismo por cambio del empresario. Así resulta de las comunicaciones escritas dirigidas a los actores tanto por Iberia como por Ineuropa, en las que se da cuenta de la continuidad de la prestación de servicios con el nuevo empresario, con pretendido apoyo en el art. 44 del Estatuto de los Trabajadores (ET).

No se puede decir en estas condiciones que nos encontramos ante una novación extintiva del contrato de trabajo. La relación de trabajo ha seguido desplegando los efectos obligatorios establecidos en el contrato, el trabajador no ha perdido el puesto de trabajo que desempeñaba, y el cambio en la persona del "deudor" de salarios y "acreedor" de la prestación de servicios, con independencia de que sea o no ajustado a derecho, modifica la relación obligatoria pero no afecta a la sustancia de la misma. Es de notar también que la enumeración de causas de extinción del contrato de trabajo que contiene el art. 49 del ET no incluye el supuesto de cambio de la persona del empresario, limitando por otra parte las causas de extinción a aquellas que generan la ruptura de la relación contractual y el cese en el trabajo.

A las anteriores consideraciones de derecho sustantivo debe añadirse que la regulación de la modalidad procesal de despido parte de la base también de que el trabajador demandante ha perdido la ocupación o empleo por causa del despido. Así lo ponen de manifiesto, en primer lugar, las menciones obligadas en la demanda (art. 104.a de la Ley de Procedimiento Laboral -LPL -) y en los hechos probados de la sentencia (art. 107.c LPL) al "trabajo que se realizaba antes de producirse el despido"; en segundo lugar, el régimen de obligación alternativa de readmisión o indemnización en el despido improcedente (art. 110.1 LPL); en tercer lugar, la previsión de la indemnización complementaria por "salarios dejados de percibir" en el propio despido improcedente (art. 56.1.b ET) ; y por último la consideración del trabajador improcedentemente despedido "en situación legal de desempleo involuntario" cuando el empresario haya optado por la indemnización y no por la readmisión [art. 111.1 b) LPL].

Es adecuado, en conclusión, para la impugnación del acto de subrogación empresarial objeto del litigio, el cauce seguido por los demandantes del proceso ordinario, y no el de la modalidad procesal de despido, con lo que queda ya totalmente expedito el camino para el estudio de la cuestión de fondo.

En suma, el procedimiento ordinario, y no el de despido, es el procedimiento adecuado para sustanciar la impugnación de una subrogación convencional cuando la persona trabajadora afectada mantiene vivo su vínculo laboral, y únicamente cuestiona la empleadora con la que debe mantener dicha relación laboral.

3) El voto mayoritario se aparta también de los precedentes de esta Sala. Entre otros: STSJ Catalunya núm. 16/2010 de 8 enero . JUR 2010\115337.

4) La interpretación que hace el voto mayoritario afecta a la tutela judicial efectiva y el derecho al trabajo de la parte actora, pues acoge una causa de inadmisión que no está prevista en la ley, con un efecto disuasorio sobre toda pretensión de impugnar la corrección de la subrogación empresarial en el contrato de la trabajadora.

La subrogación empresarial regulada en el Convenio colectivo es un supuesto de novación modificativa del contrato de trabajo. Dicha novación, para producirse, no precisa del consentimiento de la persona trabajadora, pues viene establecida por Convenio Colectivo. (art.3.1b) ET y art artículo 65 del Convenio Colectivo de Limpieza de Edificios y Locales de Cataluña - artículo 74 del Convenio ahora vigente-).

El CC contempla la novación extintiva (art.1204 CC) y la novación modificativa (art. 1205 CC). Es precisamente esta última -la modificativa-, en la que la novación puede hacerse sin consentimiento del deudor, que en este caso es el trabajador (deudor de servicios). Si la novación fuera extintiva, como sostiene el voto mayoritario, se hubiera precisado del consentimiento del trabajador para considerar válido su nuevo contrato con la empresa entrante. Sin embargo, paradójicamente, el voto mayoritario da por buena la falta de consentimiento del trabajador -novación modificativa- y le obliga a demandar por una extinción que no se ha tenido lugar.

Para demandar por despido se exige que expresa o tácitamente se haya extinguido la relación laboral. (art.103 LRJS) y ello no ha acontecido en el caso que nos ocupa.

En efecto, en el caso de autos no se discute que el contrato laboral continúa vigente. En dichas circunstancias imponer a la trabajadora que pretende discutir sólo quién es su empleador que demande por despido supone afectar a la esencia de su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art.24.1CE) y a su derecho al trabajo (art.35 CE), que comprende el derecho a no ser despedido sin justa causa puesto que si prospera la acción de despido se considerará extinguido un contrato de trabajo que cuando ejercita la acción se halla vigente. (vid. como recuerda la STC 119/2014, de 16 de julio, FJ 3 A) b), que el derecho al trabajo se concreta, en su vertiente individual (art. 35.1 CE), "en el derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir, a no ser despedido sin justa causa (por todas, SSTC 22/1981, de 2 de julio, FJ 8; y 192/2003, de 27 de octubre, FJ 4)).

En este sentido, la postura del voto mayoritario contribuye poderosamente a disuadir de toda acción declarativa tendente a impugnar la subrogación empresarial, con la consiguiente quiebra de la tutela judicial efectiva de la persona trabajadora, que corre el serio riesgo de perder su empleo si se estima la demanda que la misma interpone.

Es doctrina reiterada del TC -por todas, STC 140/2021 de 12 de julio - que el acogimiento de una causa de inadmisión, en este caso la inadecuación de procedimiento, que no esté prevista por ley supone la vulneración de la tutela judicial efectiva.

En la ya lejana STC 99/1985, de 30 de septiembre (RTC 1985, 99) , FJ 4, el TC expuso los principales aspectos del derecho de acceso a la jurisdicción a que se ha hecho referencia:

"El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva comprende el de obtener una resolución fundada en Derecho, que podrá ser de inadmisión cuando concurra alguna causa legal para ello y así lo acuerde el Juez o Tribunal en aplicación razonada de la misma". El contenido normal de este derecho es, según hemos señalado, el de obtener una resolución de fondo, salvo cuando exista alguna causa impeditiva prevista por la Ley que no vaya en contra del contenido esencial del derecho, que ha de respetar el legislador (arts. 81 y 53 de la Constitución) (Sentencia del Tribunal Constitucional 68/1983, de 26 de julio (RTC 1983, 68) , fundamento jurídico sexto, Sala Primera). De modo casi idéntico, el TC ha insistido en el carácter legal de la causa impeditiva de que el Tribunal a quo entre a dar una resolución de fondo, al señalar que el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva "queda satisfecho con la obtención de una resolución judicial fundada en Derecho, y que tal resolución podrá ser de inadmisión siempre que concurra una causa legal para declararla y así lo acuerde el Juez o Tribunal en aplicación razonada de la misma" (Sentencia del Tribunal Constitucional 104/1984, de 4[sic] de noviembre (RTC 1984, 104))"

En relación con esta temática, la STC 67/2010, de 18 de octubre (RTC 2010, 67) , FJ 3, recoge la siguiente argumentación, que atañe al control constitucional que debe efectuarse sobre las decisiones de inadmisión de los órganos judiciales "De acuerdo con la reiterada jurisprudencia de este Tribunal, el derecho a la tutela judicial efectiva, que se reconoce en el art. 24.1 CE , comprende, primordialmente, el derecho de acceso a la jurisdicción, es decir, el derecho a provocar la actividad jurisdiccional que desemboque en una decisión judicial, por lo que el derecho a obtener de los jueces y tribunales una resolución razonada y fundada en Derecho sobre el fondo de las pretensiones oportunamente deducidas por las partes en el proceso se erige en un elemento esencial del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva (STC 115/1999, de 14 de junio (RTC 1999, 115) , FJ 2). Ahora bien, ese derecho queda igualmente satisfecho si el órgano judicial dicta una resolución de inadmisión, por concurrir una causa legal apreciada razonadamente. En este sentido venimos afirmando que el control constitucional de las decisiones de inadmisión se realiza de forma especialmente intensa cuando aquéllas determinan la imposibilidad de obtener una primera respuesta judicial, dado que en estos casos el principio pro actione opera sobre los presupuestos procesales establecidos legalmente para el acceso a la justicia, impidiendo que determinadas interpretaciones y aplicaciones de los mismos eliminen u obstaculicen injustificadamente el derecho a que un órgano judicial conozca y resuelva en Derecho sobre la pretensión a él sometida (entre otras, SSTC 122/1999, de 28 de junio (RTC 1999, 122) , FJ 2; 133/2005, de 23 de mayo (RTC 2005, 133) , FJ 2; y 327/2006, de 20 de noviembre (RTC 2006, 327) , FJ 3)."

5) La nueva LRJS no contempla la inadecuación de procedimiento como un motivo de desestimación de la demanda salvo en casos muy excepcionales, pues no se permiten las demandas absolutorias en la instancia. En efecto, el art.102.2 LRJS dispone que

" 2. Se dará al procedimiento la tramitación que resulte conforme a la modalidad procesal expresada en la demanda. No obstante, si en cualquier momento desde la presentación de la demanda se advirtiere la inadecuación del procedimiento seguido, se procederá a dar al asunto la tramitación que corresponda a la naturaleza de las pretensiones ejercitadas, sin vinculación necesaria a la modalidad elegida por las partes y completando, en su caso, los trámites que fueren procedentes según la modalidad procesal adecuada, con aplicación del régimen de recursos que corresponda a la misma. No procederá el sobreseimiento del proceso o la absolución en la instancia por inadecuación de la modalidad procesal, salvo cuando no sea posible completar la tramitación seguida hasta ese momento o cuando la parte actora persista en la modalidad procesal inadecuada"

Acordar la desestimación de la demanda por inadecuación de procedimiento cuando la modalidad procesal adecuada es la del proceso ordinario supone dictar una sentencia absolutoria en la instancia contraviniendo la regla general que prohíbe tal eventualidad en el proceso social.

V. CONCLUSIÓN.

Por los cinco motivos que acaban de exponerse, considero que debió desestimarse el recurso formulado por ACCIONA FACILITY SERVICES, S.A, confirmándose la sentencia recurrida en todos sus extremos.

PUBLICACIÓN. La anterior sentencia ha sido leída y publicada por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente, de lo que doy fe.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.