

JUZGADO DE LO SOCIAL NUMERO [REDACTED] DE SEVILLA

Procedimiento [REDACTED]/2017

SENTENCIA Nº [REDACTED]/2018

En Sevilla, a 26 de noviembre de 2018

En nombre de S.M. El Rey, vistos los presentes autos en materia de DESPIDO, seguidos a instancia de [REDACTED], asistida y representada por el Sr. López Fernández contra [REDACTED], asistido y representado por el Sr. [REDACTED], contra [REDACTED], representada y asistida por el [REDACTED] y FOGASA, quien no compareció, procede dictar la siguiente resolución

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 9 de junio de 2017 la parte actora interpuso demanda contra las demandas indicadas por la que se solicitaba se declarara la improcedencia del despido sufrido por la actora condenando solidariamente a las codemandadas a las consecuencias legales derivadas de tal declaración así como la condena de [REDACTED] al pago de 769,19 euros en concepto de salarios atrasados. Basa su demanda en los siguientes hechos:

[REDACTED] ha venido prestando sus servicios por cuenta de las codemandadas desde el día [REDACTED] de [REDACTED] de [REDACTED] en virtud de 14 contratos temporales siendo su categoría profesional de la [REDACTED]. El salario a efectos de despido es de [REDACTED] euros.

La actora desarrolló su trabajo principalmente en la cafetería de la [REDACTED] coincidiendo con el calendario lectivo.

El [REDACTED] de [REDACTED] de [REDACTED] se produjo un cambio en la concesionaria del servicio de restauración de la mencionada cafetería el cual fue asignado a [REDACTED] subrogándose ésta en el contrato de la actora. [REDACTED], modificó el [REDACTED] de febrero de [REDACTED] el centro de trabajo de la actora que pasó a desempeñar en la calle [REDACTED] de Sevilla. El [REDACTED] de [REDACTED] de [REDACTED] la actora recibió carta de despido con efectos [REDACTED] de [REDACTED] de 2017. Añade que durante el tiempo trabajado no ha percibido su salario conforme al convenio colectivo aplicable resultando a su favor una deuda de 699,27 euros, por la diferencia de salarios entre mayo de 2016 y la fecha del despido, cantidad a la que deben aplicarse los intereses moratorios del art. 29 ET.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda mediante decreto de 6 de junio de 2018 las partes fueron citadas a vista el día 15 de octubre de 2018.

TERCERO.- Llegada tal fecha comparecieron las partes en legal forma. La actora ratificó su escrito de demanda interesando la condena en costas de las demandadas por no haber comparecido al acto de conciliación.

La representación del [REDACTED] se opuso a la demanda interesando su desestimación al considerar la inexistencia de responsabilidad solidaria. Considera que la nueva empresa tiene la obligación de subrogarse en el contrato de [REDACTED] debiendo ser aquélla quien responda de las consecuencias del despido.

Reconoció la antigüedad de la trabajadora.

[REDACTED] se opuso a la demanda mostrándose conforme con la categoría de la actora pero no con la antigüedad pues ni por la empresa cedente ni por la [REDACTED] se le transmitió información alguna en tal sentido. Únicamente reconoció la antigüedad desde el 1 de septiembre de 2016.

Considera que el convenio aplicable no es el de hostelería sino el de relaciones laborales para las concesiones administrativas cuya entrada en vigor se produjo el 1 de enero de 2017. En dicho convenio se establece la obligación de las empresas saliente y entrante de transmitirse la información relativa a los trabajadores respecto de cuyos contratos quepa la subrogación.

En relación con el salario reconoció como tal el de [REDACTED] euros mensuales por ser el que la trabajadora tenía y no el reclamado de [REDACTED] euros.

Negó que existir nuevo contrato por parte de [REDACTED] con la actora habiendo acaecido en realidad un cambio de centro de trabajo en enero de 2017.

Practicada la prueba propuesta y admitida quedó el juicio visto para sentencia tras formular los letrados sus conclusiones.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- [REDACTED] ha venido prestando sus servicios por cuenta del codemandado [REDACTED] desde el día [REDACTED] de [REDACTED] de [REDACTED] como ayudante de cocina en virtud de 14 contratos temporales coincidentes con todos los [REDACTED] desde el año 2004-2005 hasta el 2016-2017 pactándose en este último que el salario quedaría fijado conforme a convenio.

SEGUNDO.- La actora desarrolló su trabajo principalmente en la cafetería de [REDACTED] [REDACTED] coincidiendo con el calendario lectivo.

TERCERO.- El 30 de enero de 2017 se produjo un cambio en la concesionaria del servicio de restauración de la mencionada cafetería el cual fue asignado a [REDACTED] subrogándose ésta en el contrato que la actora tenía con [REDACTED] firmado el 1 de septiembre de 2016 y de duración pactada hasta fin de curso.

CUARTO.- [REDACTED], modificó el 13 de febrero de 2017 el centro de trabajo de la actora que pasó a desempeñar en la calle [REDACTED] de Sevilla.

QUINTO.- El 7 de abril de 2017 la actora recibió carta de despido con efectos 10 de abril de 2017.

SEXTO.- El Convenio aplicable es el V Acuerdo Laboral de Ámbito Estatal para el Servicio de Hostelería hasta el 31 de diciembre de 2016 y el Convenio Colectivo Estatal del Sector Laboral de Restauración Colectiva.

SÉPTIMO.- El salario previsto en el convenio colectivo para la categoría de cocinera en la Sección III junto con la prorrata de pagas extras, pluses de convenio y asistencia asciende a [REDACTED] euros resultando un salario diario de [REDACTED] euros.

OCTAVO.- Entre los meses de mayo de 2016 y abril de 2017 la actora percibió nóminas de [REDACTED] salvo en la julio de 2016 ([REDACTED] euros) existiendo una diferencia entre el salario percibido y el establecido en convenio de [REDACTED] euros. A 30 de enero de 2017 la deuda ascendía a [REDACTED] euros.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Hechos probados.

Los hechos declarados probados en la presente resolución surgen del propio acuerdo de las partes respecto de la categoría profesional de la trabajadora, la realidad de los contratos temporales sucesivos, la continuación del servicio prestado por [REDACTED] [REDACTED] por parte de [REDACTED], la subrogación de ésta en el contrato de trabajo de la actora con aquél así como el despido.

El salario es el establecido en convenio al establecerse así expresamente en el contrato. Las diferencias salariales entre la cantidad establecida en convenio y la percibida resultan de las nóminas aportadas.

Las cuestiones relativas al convenio aplicable a efectos de calcular la diferencia de salario reclamada así como la responsabilidad solidaria de las empresas demandadas son cuestiones jurídicas que se resolverán en los fundamentos siguientes.

SEGUNDO.- Convenio colectivo aplicable.

La parte actora entiende que resulta de aplicación el convenio de hostelería mientras que [REDACTED] defiende la aplicación del convenio colectivo estatal del sector laboral de restauración colectiva. Conforme al artículo 2 del mencionado último convenio, y a la vista de la naturaleza del servicio prestado por las demandadas, resulta de aplicación el mismo. Ahora bien, su entrada en vigor no se produjo, en todo caso, hasta el 1 de enero de 2017 de acuerdo con su Disposición Adicional Primera.

Con anterioridad resultaba de aplicación el V Acuerdo Laboral de Ámbito Estatal para el Servicio de Hostelería. Por tanto, a la fecha de la firma de los dos últimos contratos, a los cuales se refieren las nóminas cuyas diferencias se reclaman, resultaba de aplicación el acuerdo de hostelería.

Cuestión distinta es el régimen de subrogación que se produce con el ya vigente convenio. Su Disposición Adicional Cuarta establece que “en cuanto así se mantenga y las partes no acuerden otro régimen, la subrogación convencional en el ámbito funcional de éste convenio se regirá por lo dispuesto en el capítulo XII del Acuerdo Laboral Estatal de Hostelería, incluido su desarrollo y modificación por la jurisprudencia y, en especial, en lo relativo a los derechos y garantías de la representación legal y unitaria de los trabajadores.

TERCERO.- Acción de despido.

El art. 15 del ET establece que *1. El contrato de trabajo podrá concertarse por tiempo indefinido o por una duración determinada. Podrán celebrarse contratos de duración determinada en los siguientes supuestos:*

a) Cuando se contrate al trabajador para la realización de una obra o servicio determinados, con autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa y cuya ejecución, aunque limitada en el tiempo, sea en principio de duración incierta. Estos contratos no podrán tener una duración superior a tres años ampliable hasta doce meses más por convenio colectivo de ámbito sectorial estatal o, en su defecto, por convenio colectivo sectorial de ámbito inferior. Transcurridos estos plazos, los trabajadores adquirirán la condición de trabajadores fijos de la empresa.

Los convenios colectivos sectoriales estatales y de ámbito inferior, incluidos los convenios de empresa, podrán identificar aquellos trabajos o tareas con sustantividad propia dentro de la actividad normal de la empresa que puedan cubrirse con contratos de esta naturaleza.

3. Se presumirán por tiempo indefinido los contratos temporales celebrados en fraude de ley.

5. Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados 1.a), 2 y 3, los trabajadores que en un periodo de treinta meses hubieran estado contratados durante un plazo superior a veinticuatro meses, con o sin solución de continuidad, para el mismo o diferente puesto de trabajo con la misma empresa o grupo de empresas, mediante dos o más contratos temporales, sea directamente o a través de su puesta a disposición por empresas de trabajo temporal, con las mismas o diferentes modalidades contractuales de duración determinada, adquirirán la condición de trabajadores fijos.

Lo establecido en el párrafo anterior también será de aplicación cuando se produzcan

supuestos de sucesión o subrogación empresarial conforme a lo dispuesto legal o convencionalmente.

Atendiendo a las peculiaridades de cada actividad y a las características del puesto de trabajo, la negociación colectiva establecerá requisitos dirigidos a prevenir la utilización abusiva de contratos de duración determinada con distintos trabajadores para desempeñar el mismo puesto de trabajo cubierto anteriormente con contratos de ese carácter, con o sin solución de continuidad, incluidos los contratos de puesta a disposición realizados con empresas de trabajo temporal.

Lo dispuesto en este apartado no será de aplicación a la utilización de los contratos formativos, de relevo e interinidad, a los contratos temporales celebrados en el marco de programas públicos de empleo-formación, así como a los contratos temporales que sean utilizados por empresas de inserción debidamente registradas y el objeto de dichos contratos sea considerado como parte esencial de un itinerario de inserción personalizado. El despido no hay duda que resulta improcedente toda vez que no se han acreditado las causas que dieron lugar al mismo por lo que de conformidad con el art. 53 LRJS debe ser calificado como tal.

En el presente caso no cabe duda que la concatenación de contratos temporales para atender a las necesidades de cocina de una cafetería de facultad durante únicamente los períodos lectivos, constituye una utilización fraudulenta de la modalidad del contrato temporal que determina que la relación laboral de la trabajadora deba ser calificada de indefinida.

No se ha alegado ni probado por la demandada la concurrencia de causa alguna que justificara el despido en ellos términos de los arts. 51 y ss. ET por lo que procede declarar el despido como improcedente.

La nueva adjudicataria responde por las consecuencias que derivan de los contratos de trabajo fraudulentos en los que se subrogó, aunque en el momento de la subrogación ignorase que la empresa saliente los hubiera celebrado en fraude de ley (SSTS de 30 de septiembre y 15 de diciembre de 2007).

CUARTO.- Consecuencias del despido.

De conformidad con el art. 56 ET, la parte demandada podrá optar entre la readmisión de la trabajadora con el pago de los salarios de tramitación o el pago de una indemnización de 33 días de salario por año trabajado.

La Sentencia de nuestro TSJ de 20 de junio de 2018 (ROJ: STSJ AND 4837/2018 - ECLI:ES:TSJAND:2018:4837) recuerda la teoría de la unidad esencial del vínculo laboral configurada por la jurisprudencia del TS la cual queda condensada, a los efectos que interesan en este pleito, en la de 21 de septiembre de 2017 en la que se indica que en supuestos de sucesión de contratos temporales se computa la totalidad del tiempo de prestación de servicios a efectos de la antigüedad, cuando ha existido la unidad esencial del vínculo.

Así, se ha desechado la ruptura de la unidad con carácter general en las interrupciones de menos de veinte días, pero, también, en interrupciones superiores a treinta días, cuando la misma no es significativa, dadas las circunstancias del caso, a efectos de romper

la continuidad en la relación laboral existente, debiendo valorarse la situación con criterio realista y no sólo atendiendo a las manifestaciones de las partes al respecto.

En el presente caso resulta evidente que la sucesión de contratos temporales responde al inicio y fin de cada año lectivo por lo que la antigüedad, a efectos de despido, la determina el primero de ellos que data de 31 de agosto de 2004.

En principio, el salario del trabajador que hay que tener en cuenta a los efectos del cálculo de la cuantía de la indemnización por despido improcedente o por despido objetivo procedente es el que realmente se venía percibiendo en el momento del despido. No obstante, reiterada doctrina jurisprudencial en unificación de doctrina ha venido declarando que el salario regulador de las indemnizaciones será el que correspondía percibir legal o convencionalmente al trabajador al tiempo de la extinción del contrato y no el que realmente viniera percibiendo si el mismo era inferior a los preceptos legales o convencionales aplicables; siendo adecuado el proceso por despido para analizar y examinar el salario que correspondía percibir al trabajador conforme a la norma legal o al convenio colectivo, lo que incluye la consideración del salario debido al trabajador según el nivel salarial aplicable a sus funciones y la correspondencia a una u otra categoría profesional, grupo o nivel (Sentencias del Tribunal Supremo de 13 mayo 1991, 25 febrero 1993 y 27 marzo 2000, entre otras).

El salario previsto en el convenio colectivo para la categoría de cocinera en la Sección III a la que pertenece una cafetería que da comidas es de ██████ correspondiéndole por prorrata de pagas extras ██████ euros al estar previstas tres en el convenio, ██████ euros por antigüedad, ██████ por plus de convenio (20 días de salario base más antigüedad una vez año) y ██████ euros de plus de asistencia (10 días de salario base más antigüedad) resultando un total de ██████ euros debiendo estimarse la cantidad interesada por la actora de ██████ resultando un salario diario de ██████ euros.

Por tanto la indemnización debe quedar fijada en 22.458,68 euros.

QUINTO.- Reclamación de cantidad.

Ha quedado acreditado que el salario pactado era el que surgiera de convenio. El convenio de hostelería de Sevilla aplicable a la fecha establecía un salario diario escasamente superior al solicitado por la actora conforme a lo expuesto en el fundamento anterior por lo que habrá de estimarse la pretensión de cobro de las diferencias del año anterior a la interposición de la demanda que ascienden a 699,27 euros.

SEXTO.- Responsabilidad de las codemandadas.

La responsabilidad en relación con el despido y la indemnización derivada de ella corresponde a la empresa ██████. Ésta defiende que la responsabilidad debe ser solidaria en la medida que la empresa anterior no le informó de la antigüedad de la trabajadora apoyándose al efecto en el art. 130 Ley Contratos del Sector Público. Dicho precepto establece, efectivamente, una obligación de transmisión de información entre

la administración, y las adjudicatarias entrante y saliente. No obstante, la infracción de dicha obligación no se traduce en una responsabilidad solidaria de ambas empresas sino en el nacimiento de una acción directa de la entrante contra la saliente pues establece el apartado 5 de dicho artículo que en el caso de que una vez producida la subrogación los costes laborales fueran superiores a los que se desprendieran de la información facilitada por el antiguo contratista al órgano de contratación, el contratista tendrá acción directa contra el antiguo contratista.

Tampoco en el convenio colectivo antes indicado se contiene una previsión de responsabilidad solidaria en caso de incumplimiento de las obligaciones de notificación de información.

En efecto, el art. 61 del Convenio de hostelería, al que se remite, a efectos de subrogación, el convenio de servicios de restauración establece que *“Con la finalidad de garantizar el principio de estabilidad en el empleo de los trabajadores del subsector de colectividades y la subrogación empresarial en las relaciones laborales del personal, por quien suceda a la empresa saliente en cualquiera de los supuestos previstos en el artículo 60 de este Acuerdo, los trabajadores y trabajadoras de la empresa cedente pasaran a adscribirse a la empresa cesionaria que vaya a realizar el servicio, respetando ésta los derechos y obligaciones económicas, sociales, sindicales y personales que se disfrutasen en la empresa cedente, siempre que se den algunos de los siguientes supuestos:*

a) Trabajadores y trabajadoras en activo que presten sus servicios en dicho centro de actividad con una antigüedad mínima de los cuatro últimos meses en el mismo, sea cual fuere la naturaleza o modalidad de su contrato de trabajo. A efectos de este cómputo se entenderá como tiempo trabajado los períodos de vacaciones, incapacidad temporal u otros supuestos de suspensión de contrato por causa legal o paccionada. “ El art. 63 del convenio establece que las deudas salariales y extrasalariales que pudieran existir generadas por la empresa cedente serán satisfechas por la misma, respondiendo la empresa principal solidariamente de las mismas.

Por tanto, [REDACTED] deberá responder de las diferencias salariales reconocidas desde mayo de 2016 al 30 de enero de 2017 ([REDACTED] euros) respondiendo de ellas solidariamente la empresa cesionaria. En relación con las deudas posteriores a tal fecha, responderá exclusivamente [REDACTED].

De la indemnización por despido responderá únicamente la empresa entrante que es la única responsable de su acuerdo surgiendo el derecho de cobro de esta sentencia, es decir, con posterioridad a la subrogación acaecida. (STS de 12 de julio de 2009, 19 de julio de 2007 y 21 de diciembre de 2007).

SIXTO.- Recursos.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, contra esta Sentencia puede interponerse Recurso de Suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Sevilla.

Por todo lo expuesto, en nombre de S.M. El Rey y por la autoridad que confiere la Constitución Española,

FALLO

Estimar la demanda de despido interpuesta por [REDACTED] contra [REDACTED] S.L. declarando el despido de fecha 7 de abril de 2017 improcedente debiendo la demandada optar en el plazo de 5 días entre la readmisión de la trabajadora con el pago de los salarios de tramitación o el pago de la indemnización de 22.458,68 euros, cantidad que devengará el interés del art. 1108 CC desde la fecha de presentación de la papeleta de conciliación (11 de mayo de 2017).

Estimar la demanda de reclamación de cantidad interpuesta por [REDACTED] contra [REDACTED] y contra [REDACTED], S.L. condenando a ambas solidariamente al pago de la cantidad de 426,50 euros; cantidad que devengará el interés del 10% desde la fecha de devengo de cada una de las nóminas cuya diferencia ha sido reconocida en esta sentencia.

Estimar la demanda de reclamación de cantidad interpuesta por [REDACTED] contra [REDACTED] condenando a ésta al pago de 272,77 euros; cantidad que devengará el interés del 10% desde la fecha de devengo de cada una de las nóminas cuya diferencia ha sido reconocida en esta sentencia.

Notifíquese esta sentencia a las partes a las que se advierte que no es firme, y que contra la misma cabe interponer RECURSO DE SUPPLICACION ante la SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE SEVILLA, debiendo en su caso, anunciar el propósito de hacerlo dentro de los CINCO DÍAS siguientes a la notificación de la misma.

Así se acuerda y firma. [REDACTED]. Magistrado en funciones de refuerzo en el Juzgado de lo Social [REDACTED] de Sevilla.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia, por el Sr. Magistrado-Juez que la firma, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha. Doy fe.