



Roj: **STSJ CLM 73/2017 - ECLI: ES:TSJCLM:2017:73**

Id Cendoj: **02003340022017100020**

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

Sede: **Albacete**

Sección: **2**

Fecha: **19/01/2017**

Nº de Recurso: **1550/2016**

Nº de Resolución: **78/2017**

Procedimiento: **RECURSO SUPLICACION**

Ponente: **JOSE MONTIEL GONZALEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.CAST.LA MANCHA SALA SOCIAL

ALBACETE

SENTENCIA: 00078/2017

SECCIÓN 2ª

C/ SAN AGUSTIN Nº 1 (PALACIO DE JUSTICIA) - 02071 ALBACETE

Tfno: 967 596 714

Fax: 967 596 569

NIG: 19130 44 4 2014 0001117

Equipo/usuario: CPA

Modelo: 402250

RSU RECURSO SUPLICACION 0001550 /2016

Procedimiento origen: DEMANDA 0000782 /2014

Sobre: DESPIDO OBJETIVO

RECURRENTE/S D/ña Angelica

ABOGADO/A: EMILIO VEGA RUIZ

PROCURADOR: ANA JERONIMA GOMEZ IBAÑEZ

GRADUADO/A SOCIAL:

RECURRIDO/S D/ña: SERUNION, SA, Carlota

ABOGADO/A: INES MARIA ESPINOSA RODRIGO (SERUNION, SA)

PROCURADOR: LUIS LEGORBURO MARTINEZ-MORATALLA (SERUNION,SA)

GRADUADO/A SOCIAL:

Magistrado/a Ponente: Ilmo. Sr. D. JOSÉ MONTIEL GONZÁLEZ

ILMOS/AS. SRES/AS. MAGISTRADOS/AS

D. JOSÉ MONTIEL GONZÁLEZ

Dª. PETRA GARCÍA MÁRQUEZ

Dª. LUISA MARÍA GÓMEZ GARRIDO

En Albacete, a diecinueve de enero de dos mil diecisiete.



La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, compuesta por los Ilmos. Sres. Magistrados citados al margen, y

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

SENTENCIA Nº 78/17

En el Recurso de Suplicación número 1550/16, interpuesto por la representación legal de Angelica , contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número uno de Guadalajara, de fecha diecinueve de mayo de dos mil dieciséis , en los autos número 782/14, sobre despido objetivo, siendo recurridos SERUNION, SA y Carlota .

Es Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. JOSÉ MONTIEL GONZÁLEZ.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Que la Sentencia recurrida dice en su parte dispositiva: "FALLO: **Desestimo la demanda** formulada por D^a. Angelica , frente a las empresas Carlota , y SERUNION S.A, a las que absuelvo de la pretensión deducida en su contra por la parte actora."

SEGUNDO .- Que en dicha Sentencia se declaran probados los siguientes Hechos:

"1º.- Que la actora D^a. Angelica , mayor de edad, con DNI nº NUM000 , ha venido prestando sus servicios para la empresa D^a. **SUSANA GARCIA AGÜERA** , con antigüedad de 2 octubre de 2000, categoría profesional de ayudante de comedor, y salario mensual con prorrata de pagas extraordinarias de 490,68€. Siendo su contrato, fijo discontinuo, a tiempo parcial.

2º.- Que la relación laboral entre la actora D^a. Angelica , y la empresa D^a. **SUSANA GARCIA AGÜERA** , finalizó como consecuencia de una sucesión de empresa llevada a cabo por la codemandada **SERUNION SA**, que se ha subrogado como empleadora, por la jubilación de la demandada Carlota .

3º.- Que la empresa **SERUNION S.A**, remitió por burofax en 29-09-2014, a la empresaria Carlota , comunicación escrita del siguiente tenor literal

" En Madrid, a 25 de septiembre de 2014

C/ Constitución, 39 bajo A 19003 Guadalajara

..Mediante la presente les comunicamos que una vez estudiada la documentación

que nos fue remitida y tal como le comunicamos mediante Burofax remitido en

fecha 2 de septiembre de 2014, SERUNION SA no se subrogará los contratos de.

los siguientes empleados:

- Doña Angelica con DNI NUM000

- Doña Victoria con DNI NUM001

Efectivamente, en relación a estos dos empleados no se dan las circunstancias preceptuadas en el artículo .60 (Adscripción del Personal) del IV Acuerdo Laboral "Estatal de Hostelería. Concretamente, se ha comprobado por la documentación 1 -que nos ha sido remitida y su confirmación verbalmente, que existe una relación de parentesco en primer grado o segundo grado que une a estos empleados con la administración y propiedad de " Carlota " .

Por ello, les comunicamos que no corresponde la subrogación de estas-personasen este sentido, les rogamos procedan con la legislación vigente " (folios 100 a 103).

4º.- Que la demandada **SERUNION S.A**, remitió burofax a la demandante en 09-10-2014, enviándole la comunicación que remitió a la empresaria **Carlota** , en el que se le informaba que SERUNION no se subrogaría en su contrato (folios 104 a 109).

5º.- Que la actora, es hija de la empresaria Carlota .

6º.- Que la parte actora no ostenta ni ha ostentado en el año anterior al despido la condición de delegado de personal, miembro del comité de empresa o delegada sindical.

7º.- Que es de aplicación, el V Acuerdo Laboral Estatal del sector de hostelería (ALEH), actualmente vigente y el I Convenio Colectivo estatal para las empresas dedicadas a la restauración social.



8º.- Que la parte actora presentó papeleta de conciliación por despido el 6 de noviembre de 2014, el celebrándose el preceptivo acto de conciliación en 20 de noviembre de 2014, que finalizó con el resultado sin avenencia respecto a D^a Carlota , e intentada sin efecto respecto de **SERUNION S.A** (Acta obrante al folio 6 de autos).

9º.- Que acciona la demandante, a fin de que se dicte sentencia por la que se declare la nulidad, y subsidiariamente la improcedencia del cese que considera despido, con los efectos legales a ello inherente."

TERCERO .- Que, en tiempo y forma, por la parte demandante, se formuló Recurso de Suplicación contra la anterior Sentencia, en base a los motivos que en el mismo constan.

Dicho Recurso ha sido impugnado de contrario.

Elevadas las actuaciones a este Tribunal, se dispuso el pase al Ponente para su examen y resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el primer motivo de recurso, amparado en el art. 193 c) de la LRJS , se denuncia infracción del art. 44 del ET y doctrina jurisprudencial interpretativa que se cita.

Como antecedentes del caso debe señalarse que la demandante ha venido prestando servicios con la categoría de ayudante de comedor para la empresa de la que es titular su hermana, adjudataria de la gestión del servicio de comedores de colegios públicos (CEIP Las Lomas y CEIP Alvar Fañez); pero dicha adjudicación recayó sobre la empresa demandada para la gestión del servicio durante el curso escolar 2014/2015. Consta que la empresa saliente o cesante en la contrata no transmite ningún elemento patrimonial a la entidad entrante.

El art. 44.1 del ET describe la sucesión de empresas como: *"El cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente"*.

Añade el apartado 2 del mismo precepto que: *" A los efectos de lo previsto en el presente artículo, se considerará que existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria"*.

La doctrina existente sobre sucesión de empresas, elaborada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, se sintetiza en las sentencias del Tribunal Supremo (Pleno) de 29 de mayo de 2008 y 23 de octubre de 2009 , 28 de febrero y 5 de marzo de 2013 (rec. 542/2012 y 3984/2011), entre otras muchas, a la que nos remitimos.

Ahora bien, en el presente caso, al tratarse de sucesión en una contrata en un sector regulado por el IV Acuerdo laboral de ámbito estatal para el sector de hostelería, con fecha de vigencia desde el día 1 de enero de 2010 y hasta el día 31 de diciembre del año 2014 (BOE 30/09/2010), la subrogación por la empresa entrante en las relaciones laborales de los trabajadores de la empresa saliente viene impuesta por las normas propias del convenio colectivo aplicable (art. 56 y ss del convenio).

En ese sentido, es reiterada la doctrina jurisprudencial (por todas, sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 2013, rec. 2208/2012 y las que en ella se citan) que mantiene que: *"Como hemos indicado en numerosas ocasiones precedentes, el mecanismo sucesorio operante entre las empresas de limpieza, de seguridad o de gestión de diversos servicios públicos, no es el previsto en el artículo. 44 del Estatuto de los Trabajadores , pues «ni la contrata ni la concesión administrativa, son unidades productivas autónomas a los efectos del artículo 44 ET , salvo entrega al concesionario o al contratista de la infraestructura u organización empresarial básica para la explotación», de forma que en general no se trata de una sucesión de empresas regulado en dicho precepto sino que la sucesión de empresas contratistas de servicios, al carecer la sucesión de un soporte patrimonial, por lo que no tiene más alcance que el establecido en las correspondientes normas sectoriales (SSTS 30/12/93, rcud 702/93 ; 29/12/97, rec. 1745/97 ; 10/07/00, rec. 923/99 ; 18/09/00, rec. 2281/99 y 11/05/01, rec. 4206/00). Porque en las contratas sucesivas de servicios, en las que lo que se transmite no es una empresa ni una unidad productiva con autonomía funcional, sino de un servicio carente de tales características, no opera, por ese solo hecho, la sucesión de empresas establecida en el artículo 44 ET , sino que la misma se producirá o no, de conformidad con lo que al efecto disponga el convenio colectivo de aplicación, y con subordinación al cumplimiento por las empresas interesadas de los requisitos exigidos por tal norma convenida (SSTS 10/12/97, rec. 164/97 ; 29/01/02, rec. 4749/00 ; 15/03/05, rec. 6/04 y 23/05/05, rec. 1674/04), habida*



cuenta de que los convenios colectivos del sector suelen establecer una garantía de estabilidad en el empleo en favor de los trabajadores empleados en los centros de trabajo cuya limpieza se adjudica sucesivamente a distintas empresas contratistas de este servicio, imponiendo una obligación convencional de cesión de los correspondientes contratos de trabajo, subordinada a la puesta en conocimiento, por parte de la empresa contratista saliente, de información sociolaboral relevante relativa al personal beneficiario de la misma, mediante entrega de la documentación pertinente (STS 28/07/03, rec. 2618/02)".

Esta misma doctrina es reiterada por las más recientes sentencias del Tribunal Supremo de 7 de abril de 2016, dictada en Pleno (rcud. 2269/2014) y núm. 484/2016 de 7 junio , rec. 2911/2014 , y las que en ella se citan) que establece la siguiente doctrina:

"En los supuestos de sucesión de contratistas la subrogación no opera en virtud del mandato estatutario - artículo 44 ET - si no se ha producido una transmisión de activos patrimoniales o una "sucesión de plantillas", en aquellos sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra - STS de 27 de octubre de 2004 , rec. 899/02 , que recoge la doctrina comunitaria-. La subrogación se produce en virtud del mandato contenido en el convenio colectivo aplicable . Por tanto, la asunción de los trabajadores de la empresa anterior no responde al supuesto de sucesión en la plantilla derivado del hecho de que la nueva contratista se haga cargo voluntariamente de la mayoría de los trabajadores que prestaban servicios en la contrata. Al contrario, en estos casos la sucesión de la plantilla es el resultado del cumplimiento de las disposiciones establecidas en el convenio aplicable. Dicho de otra manera: la nueva contratista podría haber empleado a su propio personal en la contrata y, sin embargo, se ve obligada por la norma convencional a hacerse cargo de los trabajadores que la empresa saliente tenía afectos a la contrata" . (TS de 07/04/2016 , ya citada).

Doctrina de aplicación al supuesto enjuiciado, atendiendo a los antecedentes fácticos antes expresados, por lo que ha de concluirse que la subrogación habrá de producirse en los términos que se establezca en el convenio aplicable.

En ese sentido, el art. 60.1 del IV Acuerdo laboral de ámbito estatal para el sector de hostelería, al regular la adscripción del personal a la nueva empresa adjudicataria en caso de sucesión de contratistas y fijar los supuestos en que ello se produce, señala 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 59 de este Acuerdo, los trabajadores y trabajadoras de la empresa cedente pasaran a adscribirse a la empresa cesionaria o entidad pública 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 concurra alguno de los supuestos que la norma contempla.

Sin embargo el art. 60.2 del mismo Acuerdo Laboral dispone taxativamente que: *" No existirá subrogación alguna respecto del empresario o empresaria individual o los socios o socias accionistas con control efectivo de la empresa, administradores o gerentes de la misma, cónyuges de los citados anteriormente y trabajadores o trabajadoras contratados como fijos o fijos discontinuos y que tengan relación de parentesco hasta 2.º grado de consanguinidad o afinidad con los anteriores, salvo pacto en contrario.*

Los trabajadores y trabajadoras no afectados por la subrogación empresarial seguirán vinculados con la empresa cedente a todos los efectos".

Por tanto, no cabe apreciar la infracción denunciada, pues la subrogación se produce en virtud del mandato contenido en el art. 60 del Acuerdo Laboral aplicable, lo que excluye la subrogación de la demandante, hermana de la empresaria que cesa en la gestión de la contrata, por lo que ha de desestimarse el motivo de recurso examinado.

SEGUNDO.- En el segundo motivo de recurso, amparado en el art. 193 c) de la LRJS , se denuncia que el contenido del art. 60.2 del IV Acuerdo laboral de ámbito estatal para el sector de hostelería, que en anterior fundamento se ha reproducido, violaría el principio de igualdad del art. 14 de la Constitución al excluir a determinados trabajadores de la subrogación prevista con carácter general en el art. 60.1 del mismo precepto; no pudiendo ampararse tal diferencia de trato en una eventual prevención del fraude, según se precisa en el tercer motivo de recurso, interpuesto con igual amparo procesal que el anterior, debiendo examinarse conjuntamente ambos motivos por su íntima conexión.

La sentencia del Tribunal Constitucional núm. 36/2011 de 28 marzo tiene establecida la siguiente doctrina:

" En relación con el derecho a la igualdad ante la Ley -que es la vertiente del art. 14 CE que aparece implícitamente invocada en la presente demanda de amparo-, debemos recordar que, según reiterada doctrina de este Tribunal, el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, de manera que no toda desigualdad de trato normativo respecto a



la regulación de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el art. 14 CE, sino tan sólo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que se ofrezca y posea una justificación objetiva y razonable para ello, pues, como regla general, el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas y, en consecuencia, veda la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación razonable. Lo que prohíbe el principio de igualdad son, en suma, las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, de valor generalmente aceptado. También es necesario, para que sea constitucionalmente lícita la diferencia de trato, que las consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción sean proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos. En resumen, el principio de igualdad, no sólo exige que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada, sino también que supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida (por todas, SSTC 22/1981, de 2 de julio, F. 3 ; 103/2002, de 6 de mayo, F. 4 ; y 5/2007, de 15 de enero , F. 2).

La vigencia y eficacia del derecho a la igualdad en el ámbito de la negociación colectiva ha sido declarada reiteradamente por este Tribunal, teniendo especialmente en cuenta, según señalábamos en la STC 177/1988, de 10 de octubre , F. 4, que en el ordenamiento español, a diferencia de lo que ocurre en otros países de nuestro entorno, el convenio colectivo, al menos en la más importante de sus manifestaciones, alcanza una relevancia cuasi-pública, no sólo porque se negocia por entes o sujetos dotados de representación institucional y a los que la Ley encarga específicamente esa función, sino también porque una vez negociado adquiere eficacia normativa, se incardina en el sistema de fuentes del Derecho y se impone a las relaciones de trabajo incluidas en su ámbito sin precisar el auxilio de técnicas de contractualización ni necesitar el complemento de voluntades individuales. El convenio colectivo, en suma, en cuanto tiene valor normativo y se inscribe en el sistema de fuentes, ha de someterse a las normas de mayor rango jerárquico y ha de respetar el cuadro de derechos fundamentales acogidos en nuestra Constitución y, en concreto, las exigencias indeclinables del derecho a la igualdad y a la no discriminación (SSTC 177/1988, de 10 de octubre, F. 4 , y 119/2002, de 20 de mayo , F. 6).

Sin embargo, hemos señalado también que el respeto a estas exigencias no puede tener en la negociación colectiva el mismo alcance que en otros contextos, pues en el ámbito de las relaciones privadas, en el que el convenio colectivo se incardina, los derechos fundamentales, y entre ellos el de igualdad, han de aplicarse matizadamente, haciéndolos compatibles con otros valores que tienen su origen en el principio de la autonomía de la voluntad (SSTC 177/1988, de 10 de octubre, F. 4 ; 171/1989, de 19 de octubre, F. 1 ; o 2/1998, de 12 de enero , F. 2, entre otras). No puede olvidarse, en este sentido, que en la negociación colectiva los representantes de los trabajadores defienden los intereses globales de éstos, observando la realidad en la que intervienen, las implicaciones presentes y futuras de sus pactos y las consecuencias que una estrategia negociadora desviada podría llegar a provocar en perjuicio de sus representados (STC 119/2002, de 20 de mayo , F. 6). En consecuencia, ni la autonomía colectiva puede, a través del producto normativo que de ella resulta, establecer un régimen diferenciado en las condiciones de trabajo sin justificación objetiva y sin la proporcionalidad que la medida diversificadora debe poseer para resultar conforme al art. 14 CE , ni en ese juicio pueden marginarse las circunstancias concurrentes a las que hayan atendido los negociadores, siempre que resulten constitucionalmente admisibles (STC 27/2004, de 4 de marzo , F. 4)".

El art. 60.2 del IV Acuerdo laboral de ámbito estatal para el sector de hostelería dispone que: " No existirá subrogación alguna respecto del empresario o empresaria individual o los socios o socias accionistas con control efectivo de la empresa, administradores o gerentes de la misma, cónyuges de los citados anteriormente y trabajadores o trabajadoras contratados como fijos o fijos discontinuos y que tengan relación de parentesco hasta 2.º grado de consanguinidad o afinidad con los anteriores, salvo pacto en contrario.

Los trabajadores y trabajadoras no afectados por la subrogación empresarial seguirán vinculados con la empresa cedente a todos los efectos".

El precepto excluye de la subrogación contractual a aquel personal en quien concurra determinadas circunstancias personales relacionadas con el efectivo control de la empresa que cesa en la gestión de la contrata (el propio empresario, los socios con control efectivo de la sociedad, administrador y gerente) y sus respectivos cónyuges o parientes hasta el 2º grado de consanguinidad o afinidad. Tal exclusión no implica violación del principio de igualdad ante la Ley en la medida en que presenta una justificación objetiva y razonable, cual es la de impedir la posibilidad de que el propio empresario o aquellas personas que tengan el control efectivo de la sociedad que gestiona el servicio o sus parientes más cercanos accedan al mecanismo de la subrogación, sirviéndose de su estratégica posición; máxime cuando la regulación en cuestión se enmarca en el ámbito de la negociación colectiva que exige una aplicación matizada del principio de igualdad para hacerlo compatible con en el principio de la autonomía de la voluntad, que inspira la



concertación del convenio entre los representantes de los trabajadores y empresarios, que también tiene respaldo constitucional (art. 37.1 de la Constitución).

En consecuencia, debe desestimarse el motivo de recurso examinado y confirmarse la sentencia de instancia.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y especial aplicación.

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por D^a Angelica contra sentencia de 19 de mayo de 2016 dictada en el proceso 782/2014 del Juzgado de lo Social nº 1 de Guadalajara , sobre despido, siendo partes recurridas D^a Carlota y la entidad SERUNIÓN, S.A.; debemos **confirmar y confirmamos** la citada sentencia, sin expresa declaración sobre costas.

Notifíquese la presente resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha en Albacete, haciéndoles saber que contra la misma únicamente cabe **RECURSO DE CASACION PARA LA UNIFICACION DE DOCTRINA**, que se preparará por escrito dirigido a esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha en Albacete, dentro de los **DIEZ DIAS** siguientes a su notificación, durante dicho plazo, las partes, el Ministerio Fiscal o el letrado designado a tal fin, tendrán a su disposición en la oficina judicial los autos para su examen, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 220 de la Ley reguladora de la jurisdicción social . **La consignación del importe de la condena**, cuando proceda, deberá acreditarse por la parte recurrente, que no goce del beneficio de justicia gratuita, ante esta Sala al tiempo de preparar el Recurso, presentando resguardo acreditativo de haberla efectuado en la Cuenta Corriente número **ES55 0049 3569 9200 0500 1274** que esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, Albacete, tiene abierta en el BANCO SANTANDER, sita en Albacete, C/ Marqués de Molíns nº 13, indicando el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso, y si es posible, el NIF/ CIF, así como el beneficiario (Sala de lo Social) y el concepto (cuenta expediente) **0044 0000 66 1550 16**, pudiéndose sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario en el que se hará constar la responsabilidad solidaria del avalista. Debiendo igualmente la parte recurrente, que no ostente la condición de trabajador, causahabiente suyo, o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, o se trate del Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las Entidades Locales, los Organismos dependientes de todas ellas y quienes tuvieren reconocido el beneficio de justicia gratuita, consignar como depósito la cantidad de **SEISCIENTOS EUROS (600,00 €)**, conforme al artículo 229 de citada Ley , que deberá ingresar en la Cuenta Corriente anteriormente indicada, debiendo hacer entrega del resguardo acreditativo de haberlo efectuado en la Secretaría de esta Sala al tiempo de preparar el Recurso.

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