



Roj: **STSJ M 360/2017 - ECLI: ES:TSJM:2017:360**

Id Cendoj: **28079340012017100017**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **27/01/2017**

Nº de Recurso: **1017/2016**

Nº de Resolución: **61/2017**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **JUAN MIGUEL TORRES ANDRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 01 de lo Social

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 , Planta Baja - 28010

Teléfono: 914931977

Fax: 914931956

34002650

NIG : 28.079.00.4-2014/0018245

Procedimiento Recurso de Suplicación 1017/2016

ORIGEN: Juzgado de lo Social nº 13 de Madrid Ejecución Forzosa del Laudo Arbitral 222/2015

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID

SALA DE LO SOCIAL - SECCIÓN PRIMERA

Recurso número: 1017/2016

Sentencia número: 61/2017

D

Ilmo. Sr. D. JUAN MIGUEL TORRES ANDRES

Ilma. Sra. D^a. ROSARIO GARCIA ALVAREZ

Ilmo. Sr. D. IGNACIO MORENO GONZALEZ ALLER_____

En la Villa de Madrid, a 27 de enero de 2017, habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección Primera de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, compuesta por los Ilmos. Sres. citados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución española de 27 de diciembre de 1.978,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A

En el recurso de suplicación número 1017/2016 formalizado por el Sr. Letrado D. SANTIAGO GARCIA MATAS en nombre y representación de D. David , contra el auto dictado por el Juzgado de lo Social núm. 13 de los de MADRID, en fecha 10 de mayo de 2.016 , por el que se desestimó el recurso de reposición formulado contra el de 31 de marzo anterior, recaídos -ambos- en el procedimiento núm. 447/14 (ejecución nº 222/15), seguido



a instancia del citado recurrente, siendo ejecutadas las empresas ADNEXA DOMUS, S.L. y ZEBRA FACILITY SERVICES, S.L., figurando también como parte en los autos principales el FONDO DE GARANTIA SALARIAL en procedimiento sobre EJECUCIÓN DE SENTENCIA FIRME DE DESPIDO, siendo Magistrado-Ponente el Ilmo. Sr. D. JUAN MIGUEL TORRES ANDRES, y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Según consta en los autos, se presentó demanda por la citada parte actora contra la mencionada parte demandada, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, tras los pertinentes actos procesales de tramitación dictó auto.

SEGUNDO: En dicho auto recurrido en suplicación se consignaron los siguientes hechos:

PRIMERO.- El 31/03/2016, se dictó auto disponiendo no haber lugar a declarar la sucesión empresarial postulada por la parte actora.

SEGUNDO.- Frente al anterior auto interpone recurso de reposición la parte actora.

TERCERO: En dicha auto recurrido en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: "*Desestimar el recurso de reposición interpuesto contra el Auto de fecha 31/03/2016*".

CUARTO: Frente a dicho auto se anunció recurso de suplicación por la parte EJECUTANTE, formalizándolo posteriormente; tal recurso no fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, a esta Sala de lo Social de Madrid, tuvieron los mismos entrada en esta Sección Primera en fecha 23/11/2016 dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación en forma.

SEXTO: Nombrado Magistrado-Ponente, se dispuso el pase de autos al mismo para su conocimiento y estudio en 11/01/2017, señalándose el día 25/01/2017 para los actos de votación y fallo.

SÉPTIMO: En la tramitación del presente recurso de suplicación no se ha producido ninguna incidencia.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Se alza en suplicación el ejecutante contra el auto del Juzgado de instancia de fecha 10 de mayo de 2.016 , por el que se rechazó el recurso que reposición interpuesto contra el de 31 de marzo anterior, en el que se declaró "*no haber lugar a la sucesión empresarial postulada por la parte actora*". Al efecto, instrumenta un único motivo con adecuado encaje procesal y ordenado al examen del derecho aplicado en las resoluciones combatidas, pues ambas lo son, denunciando como infringido el artículo 44 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores , aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1.995, de 24 de marzo (actualmente, mismo artículo del Real Decreto Legislativo 2/2.015, de 23 de octubre). El recurso no ha sido impugnado por ninguno de los contrarios.

SEGUNDO.- En relación con la controversia planteada, recordar que por sentencia firme del Juzgado de procedencia datada el 20 de mayo de 2.015 se estimó la demanda de despido promovida por el actor contra la empresa Adnexa Domus, S.L., declarando, en suma: "*1º.- Improcedente el despido practicado con efectos del 05/03/2014. 2º.- Declarar extinguida la relación laboral con efectos del 20/05/15. 3º.- Condenar a la empresa ADNEXA DOMUS SL a estar y pasar por la anteriores declaraciones, así como a que abone a D. David la cantidad de 9.968,75 € en concepto de indemnización*" , si bien merced a escrito formulado el 27 de octubre siguiente (folio 116 de las actuaciones), se promovió incidente de ejecución de sentencia "*para determinar la existencia de SUCESION EMPRESARIAL de la empresa GRUPO ZEBRA, con respecto a la posición de ADNEXA DOMUS SL*" , lo que motivó que se citara de comparecencia a las partes.

TERCERO.- Celebrada la preceptiva vista incidental, recayó auto el 31 de marzo de 2.016, en cuyo fundamento tercero se dice: "*Partiendo de las anteriores circunstancias la pretensión de sucesión empresarial debe ser desestimada en atención a las siguientes consideraciones. En primer lugar, por cuanto no es de aplicación el art. 44 ET al no constituir el garaje en que prestó servicios el actor una unidad productiva autónoma a los efectos del art. 44 ET . En segundo lugar, por cuanto no se ha acreditado que el convenio colectivo del sector regule subrogación obligatoria en estos supuestos. Por último, por cuanto del tiempo transcurrido desde la fecha del despido el 05/03/14 hasta la fecha de celebración del contrato el 01/09/15 ha transcurrido tiempo suficiente para entender que se ha producido la ruptura de todo nexo contractual entre el actor y la hipotética empresa sucesora*"



de la actividad que antes llevó a cabo la empresa inicialmente demandada", pronunciamiento que confirmó el auto de 10 de mayo del pasado año, tras rechazar el recurso de reposición promovido por el demandante.

CUARTO.- Pese a no instarse ninguna modificación de los hechos que sirven de soporte a tales resoluciones judiciales, el único motivo articulado insiste en la pretendida existencia de una sucesión entre la única empresa condenada en la instancia y aquella otra frente a la que se pide la extensión con carácter solidario de los efectos de la condena. Como dispone el artículo 240.3 de la Ley 36/2.011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social: *"La modificación o cambio de partes de la ejecución debe efectuarse, de mediar oposición y ser necesaria prueba, a través del trámite incidental previsto en el artículo 238. Para que pueda declararse, es requisito indispensable que el cambio sustantivo en que se funde, basado en hechos o circunstancias jurídicas sobrevenidas, se hubiere producido con posterioridad a la constitución del título objetivo de ejecución"*, que en este caso data, como vimos, de 20 de mayo de 2.015, si bien el despido del demandante tuvo lugar el 5 de marzo de 2.014.

QUINTO.- El motivo se rechaza, habida cuenta que de los elementos probatorios aportados a tal fin, y considerados así por el *iudex a quo*, lo único que se desprende es que el 1 de febrero de 2.013 la mercantil condenada, esto es, Adnexa Domus, S.L., suscribió un contrato de prestación de servicios con la principal o comitente -Comunidad de Cesionarios del Aparcamiento de Residentes del Paseo de Pastrana de Alcalá de Henares (Madrid)-, comprometiéndose a atender las labores de *"recepcionistas, conserjería, mantenimiento, limpieza y verificación de las instalaciones"* en el aparcamiento sito en la expresada vía pública de aquella localidad, actividad que a partir de 1 de septiembre de 2.015 fue asumida por Zebra Facility Services, S.L. Ya dijimos que la extinción del contrato de trabajo del ejecutante tuvo lugar el 5 de marzo de 2.014, en tanto que el hecho probado tercero de la sentencia firme cuya extensión de efectos se insta señala que el mismo con la categoría profesional de Conserje, tras varios procesos de subrogación empresarial, pasó a prestar servicios a partir de 6 de marzo de 2.013 por cuenta y orden de Adnexa Domus, S.L., única frente a la que dirigió la demanda de despido y fue, al cabo, condenada en firme en la instancia.

SEXTO.- Estamos, pues, ante un supuesto de simple sucesión de contratas de servicios que no entraña, en principio, la entrada en juego de las previsiones normativas que en materia de sucesión de empresa se contienen en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, por cuanto no consta la transmisión entre una y otra de ningún elemento o activo patrimonial - material o inmaterial- significativo o relevante, ni que la subrogación empresarial viniera impuesta por mandato de la norma pactada sectorial aplicable, y sin que tampoco haya quedado demostrada la realidad de una sucesión de plantilla, máxime cuando desde que se materializó la extinción del contrato de trabajo del recurrente el 5 de marzo de 2.014 y el inicio en 1 de septiembre de 2.015 de la prestación de servicios por Zebra Facility Services, S.L. transcurrió un período de tiempo ciertamente prolongado, en concreto casi año y medio, por lo que mal cabe hacer valer la existencia de una relación laboral entonces vigente en la que resultase factible tal subrogación. Por supuesto que el artículo 44.3 del Estatuto de los Trabajadores prevé la responsabilidad solidaria durante tres años de las empresas cedente y cesionaria respecto de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión, mas ésta, de darse y a despecho de lo que en este punto alega el ejecutante, se habría producido el 1 de septiembre de 2.015, o sea, cuando ya no prestaba servicios laborales -tiempo ha- para Adnexa Domus, S.L. La sucesión de empresa prevista en el precepto de cuya vulneración se queja el motivo tiene el alcance material que el Legislador le confirió en orden a mantener la vigencia de los contratos de los trabajadores al servicio de la empresa transmitente, y sin que suponga, como apodóticamente parece entender quien hoy recurre, un supuesto de sucesión patrimonial universal, por lo que sus efectos se limitan, salvo que sea éste el título del cambio de titularidad, o bien, concorra fraudulencia en la operación, a los derechos y obligaciones de los empleados con contrato en vigor a la sazón de la cesión.

SEPTIMO.- Como proclama la sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 27 de abril de 2.016 (recurso nº 329/15), dictada en función unificadora: *"(...) En esas condiciones resulta evidente que la doctrina correcta se encuentra en la sentencia de contraste puesto que, como se razonará, no pueden apreciarse en el supuesto fáctico concreto ninguno de los elementos que pueden dar lugar a la aplicación del artículo 44 ET o al artículo 15 del Convenio Colectivo para la actividad de ayuda a domicilio de Galicia. Constituye doctrina reiterada de la Sala que quedan excluidos de la aplicación del artículo 44 ET aquellos supuestos en los que se produce una mera sucesión en la ejecución de una actividad económica, puesto que una entidad no puede reducirse a la actividad de que se ocupa de modo que el mero cambio en el titular de la actividad no determina la aplicación de la normativa sobre transmisión de empresa si la operación no va acompañada de una cesión, entre ambos empresarios, de elementos significativos del activo material o inmaterial. Esta doctrina es la que se aplica a los supuestos de sucesión de contratas o concesiones administrativas cuando no van acompañadas de la transmisión de elementos materiales o inmateriales. Por ese motivo, en las contratas sucesivas de servicios en que no se transmite una empresa ni una unidad productiva con autonomía funcional, sino un servicio carente de tales características, no opera la sucesión de empresas establecida en el artículo 44 ET (SSTS de 23 de mayo*



de 2005, Rec. 1674/2004 ; de 14 de marzo de 2005, Rec. 6/2004 ; de 14 de abril de 2003, Rec. 4228/2000 y de 18 de marzo de 2003, Rec. 3404/2001 ; entre otras)".

OCTAVO.- En relación con la subrogación de índole sectorial, dice: "(...) Es claro que la finalidad de la norma convencional es favorecer la continuidad de los trabajadores en sus puestos de trabajo, con independencia de la finalización del encargo por la empresa saliente y la asunción del mismo por la entrante y, por ello, contiene varias previsiones tendentes a facilitar la subrogación impuesta. Incluso contiene el mencionado artículo del Convenio una previsión -en su apartado nueve- que mantiene el derecho a ser subrogados a los trabajadores despedidos como consecuencia de la suspensión del servicio por parte de la comitente, si probaran que el servicio fue reanudado por la misma o por otra empresa dentro de los 6 meses siguientes a la citada suspensión. Resulta evidente, por tanto, que las exigencias del convenio no se cumplen en el presente supuesto. Entre la finalización de la contrata de la empleadora de la trabajadora, actora en las presentes actuaciones, y la asunción de la contrata por parte de la recurrente transcurrieron más de doce meses en los que la prestación de los servicios se realizó por otra empresa con su propio personal. No hay, en consecuencia, una finalización de servicios por parte de la empresa saliente que, sin solución de continuidad, de paso a la empresa entrante de quien se pretende que se subrogue en la posición empresarial de aquélla. **Pero es más, el contrato de la actora se hallaba extinguido más de once meses antes de que la recurrente se hiciese cargo de la contrata lo que impide considerar que la actora se encontrase en activo en aquél momento. Y a tal efecto, es constante en la jurisprudencia la exigencia de que el contrato se halle en vigor para que pueda operar el mecanismo subrogatorio.** El efecto de mantenimiento del vínculo requiere lógicamente que éste se encuentre vigente, por ello el art. 3.1 de la Directiva 2001/23 establece que 'los derechos y obligaciones que resulten para el cedente de un contrato de trabajo o de una relación laboral, existente en la fecha del traspaso, serán transferidos al cesionario como consecuencia del traspaso' y el art. 44 del Estatuto de los Trabajadores dispone que el cambio de titular no extinguirá por sí mismo la relación laboral, porque parte de la subsistencia de la misma en el momento de la transmisión, pues sólo así cabe aceptar la existencia de una novación subjetiva, ya que resulta imposible aceptar la modificación de una relación jurídica ya extinguida. El artículo 44 no impide, por tanto, el juego de las diferentes causas de extinción del contrato: no es, por tanto, una garantía absoluta de continuidad de las relaciones laborales, sino únicamente de que éstas no se extinguen por el hecho del cambio de titularidad. La doctrina de la Sala ha venido declarando, sin ambages, que la garantía de exclusión de la extinción de la relación laboral del art. 44 ET no puede operar si, previamente al cambio de titularidad, ha existido una extinción del contrato de trabajo, pues para que opere la garantía que establece el art. 44 del Estatuto de los Trabajadores es necesario, salvo supuestos de fraude acreditado, que los contratos de trabajo continúen en vigor y no se hayan extinguido válidamente (STS 16 julio 2003 Rec. 2343/2002 . En el mismo sentido: SSTS de 11 de abril de 2001, Rec. 1245/2000 ; 15 de abril de 1999, Rec. 734/1998 ; de 20 de enero de 1997, Rec. 687/1996 ; y de 24 de julio de 1995, rec. 3353/1994). Podría alegarse que ese despido decidido por la anterior empresa de la demandante estaba impugnado, pero eso no determina que la extinción no se haya producido, pues en nuestro ordenamiento jurídico, el despido del trabajador tiene efectos constitutivos y produce la extinción del contrato desde su fecha. Se trata, por tanto, de una resolución contractual extrajudicial de suerte que la referida extinción del contrato se produce en el momento del despido, y no cuando se dicta la sentencia que resuelva sobre su calificación jurídica (SSTS de 27 de febrero de 2009, Rec. 1715/2008 ; de 10 de junio de 2009, Rec. 3098/2007 ; de 17 de mayo de 2000, Rec. 1791/1999 y de 21 de octubre de 2004, Rec. 4966/2002). Por ello, en este caso, en que la demandante había visto extinguido su contrato de trabajo por un despido objetivo, no se ha podido producir el fenómeno que regula el art. 44 ET , que lo que supone es que el cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extingue por sí mismo la relación laboral, pero no hace revivir la que ya se hubiera extinguido; y, tampoco, implica que pueda aplicarse el artículo 15 del referido convenio colectivo puesto que la relación laboral no estaba vigente, ni la trabajadora en activo, en el momento en el que la última adjudicataria del servicio se hizo cargo del mismo " (el énfasis es nuestro)".

NOVENO.- En conclusión: si no se trata de un caso de sucesión legal de empresa del artículo 44 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores , ha de serlo con todas sus consecuencias, de modo que el andamiaje argumentativo en que se sustenta el único motivo quiebra, lo que determina su desestimación y, de igual modo, la del recurso, y sin que haya lugar, por último, a la imposición de costas dada la condición laboral con que litiga el recurrente.

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por DON David , contra el auto dictado por el Juzgado de lo Social núm. 13 de los de MADRID en fecha 10 de mayo de 2.016 , por el que se desestimó el recurso de reposición formulado contra el de 31 de marzo anterior, recaídos -ambos- en el procedimiento núm. 447/14 (ejecución nº 222/15), seguido a instancia del citado recurrente, siendo ejecutadas las empresas ADNEXA



DOMUS, S.L. y ZEBRA FACILITY SERVICES, S.L., y figurando también como parte en los autos principales el FONDO DE GARANTIA SALARIAL, sobre ejecución de sentencia firme de despido y, en su consecuencia, debemos confirmar, como confirmamos, las resoluciones judiciales recurridas. Sin costas.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta Sección de Sala.

Expídanse certificaciones de esta sentencia para su unión a la pieza separada o rollo de suplicación, que se archivará en este Tribunal, y a los autos principales.

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

Hágaseles saber a los antedichos, sirviendo para ello esta misma orden, que contra la presente sentencia pueden, si a su derecho conviene, interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina, que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social de Madrid dentro del improrrogable plazo de los diez días laborales inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia de acuerdo con lo establecido, más en concreto, en los artículos 220, 221 y 230 de la LRJS.

Asimismo se hace expresa advertencia a todo posible recurrente en casación para unificación de esta sentencia que no goce de la condición de trabajador o de causahabiente suyo o de beneficiario del Régimen Público de la Seguridad Social o del beneficio reconocido de justicia gratuita, deberá acreditarse ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso el ingreso en metálico del depósito de 600 euros conforme al art. 229.1 b) de la LRJS y la consignación del importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente, en la cuenta corriente número 2826000000 n° recurso que esta Sección Primera tiene abierta en el Banco de Santander, sita en el Paseo del General Martínez Campos n° 35, 28010 de Madrid,

Se puede realizar el ingreso por transferencia bancaria desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de Banco de Santander. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes:

Emitir la transferencia a la cuenta bancaria siguiente: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274. En el campo ordenante, se indicará como mínimo el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y si es posible, el NIF / CIF de la misma. En el campo beneficiario, se identificará al juzgado o tribunal que ordena el ingreso. En el campo "observaciones o concepto de la transferencia", se consignarán los 16 dígitos que corresponden al procedimiento: 2826000000 (n° recurso).

Pudiéndose, en su caso, sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento de dicha condena mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito.

Se advierte, igualmente, a las partes que preparen recurso de casación para la unificación de doctrina contra esta resolución judicial, que, según lo previsto en la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, modificado por el RDL 3/13, de 22 de febrero, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, con el escrito de interposición del recurso de casación para la unificación de doctrina habrán de presentar justificante de pago de la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional a que se refiere dicha norma legal, siempre que no concurra alguna de las causas de exención por razones objetivas o subjetivas a que se refiere la citada norma; tasa que se satisfará mediante autoliquidación según las reglas establecidas por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas en la Orden HAP/2662/2012, de 13 de diciembre.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvase los autos originales, para su debida ejecución, al Juzgado de lo Social de su procedencia, dejando de ello debida nota en los Libros de esta Sección de Sala.

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

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior sentencia el , por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal, doy fe.