



Roj: **STSJ M 1203/2017 - ECLI: ES:TSJM:2017:1203**

Id Cendoj: **28079340062017100086**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **06/02/2017**

Nº de Recurso: **998/2016**

Nº de Resolución: **88/2017**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **ENRIQUE JUANES FRAGA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

### **Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 06 de lo Social**

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

Teléfono: 914931967

Fax: 914931961

34001360

**ROLLO Nº: RSU 998/2016**

**TIPO DE PROCEDIMIENTO:** RECURSO SUPPLICACIÓN

**MATERIA:** DESPIDO

Jzdo. Origen: **JDO. DE LO SOCIAL N. de 32 MADRID**

Autos de Origen: **189/2015**

RECURRENTE: D. Baldomero

**RECURRIDOS:** CLECE,S.A. Y GENERA QUATRO, S.L.

**SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA**

**DE LA COMUNIDAD AUTONOMA DE MADRID**

En MADRID, a seis de febrero de dos mil diecisiete.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de MADRID formada por los Ilmos. Sres. **DON ENRIQUE JUANES FRAGA, PRESIDENTE, DON LUIS LACAMBRA MORERA, DON BENEDICTO CEA AYALA**, Magistrados, han pronunciado

**EN NOMBRE DEL REY**

la siguiente

**SENTENCIA nº 88**

En el recurso de suplicación nº **998/2016** interpuesto por el Letrado **D. MIGUEL ANGEL DE PRADA VICENTE** en nombre y representación de **D. Baldomero** , contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº **32** de los de MADRID, de fecha **CATORCE DE MARZO DE DOS MIL DIECISÉIS** ha sido Ponente el **Ilmo. Sr. D. ENRIQUE JUANES FRAGA**.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Que según consta en los autos nº **189/2015** del Juzgado de lo Social nº **32** de los de Madrid, se presentó demanda por D. Baldomero contra **CLECE,S.A. Y GENERA QUATRO, S.L.** en reclamación de **DESPIDO**,



y que en su día se celebró el acto de la vista, habiéndose dictado sentencia en **CATORCE DE MARZO DE DOS MIL DIECISÉIS** cuyo fallo es del tenor literal siguiente:

**"Que con desestimación de la demanda presentada por D. /Dña. Baldomero contra CLECE SA y GENERA QUATRO SL debo absolver y absuelvo en la instancia a CLECE SA por estimación de la excepción de falta de legitimación pasiva y debo absolver y absuelvo en la instancia a GENERA QUATRO SL por estimación de la excepción de falta de legitimación activa".**

**SEGUNDO.-** En dicha sentencia y como HECHOS PROBADOS se declaran los siguientes:

**" PRIMERO.-** El actor ha venido prestando servicios para la Empresa **CLECE S.A.** desde el día 14/07/2008 hasta el 31/12/2014, con jornada ordinaria, por tiempo indefinido, con la categoría profesional de Oficial Primera Frigorista, realizando la prestación de servicios en el Centro de GERENCIA DE INFORMÁTICA DE LA SEGURIDAD SOCIAL, sito en 28037 MADRID C/ Albasanz, 23 (Edificio Orcasitas), con unas retribuciones fijas y otras variables que totalizaban una media de **1.521,64 €** mensuales, incluida la parte proporcional de pagas extras.

**SEGUNDO.- CLECE S.A.** comunicó al actor mediante carta de fecha 04/12/2014 que el contrato llegaba a su término el 31/12/2014 por terminación del contrato celebrado entre **CLECE , S.A.** y la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL para el Servicio de Mantenimiento de la Electricidad, Aire Acondicionado, Fontanería, Seguridad Física y Jardinería de los centros dependientes de la Gerencia de Informática de la Seguridad Social.

**TERCERO.- GENERA QUATRO S.L** resultó adjudicataria desde el 1 de enero de 2015 de dicha contrata.

**CUARTO.-** El actor no ostenta ni ha ostentado cargo de representación alguna.

**QUINTO.-** Desde el 1 de enero de 2015 el actor presta servicios para **GENERA QUATRO S.L** con un contrato temporal y categoría Oficial Primera con una duración de hasta fin de servicios para la realización del trabajo ubicado en edificios de la Gerencia de Informática de la Seguridad Social, (Edificio Orcasitas), Madrid".

**TERCERO.-** .- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandante, siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a esta Sala de lo Social, se dispuso su pase al Ponente para su examen y posterior resolución por la Sala, habiéndose fijado para votación y fallo el día 1 de febrero de 2.017.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**PRIMERO.-** Recurre en suplicación el trabajador demandante contra la sentencia de instancia, que ha apreciado falta de legitimación pasiva de CLECE S.A. y falta de legitimación activa del demandante respecto a GENERA QUATRO S.L., absolviendo a ambas empresas, que han impugnado el recurso.

El primer motivo se ampara en el art. 193.b) de la LRJS para revisar el hecho probado 5º, proponiendo la siguiente redacción:

**"QUINTO.-** Desde el 1 de enero de 2015 el actor presta servicios para **GENERA QUATRO, S.L.** con un contrato temporal a tiempo parcial de 37,5 horas por semana (93,8% de la jornada ordinaria) y categoría Oficial Primera con una duración de hasta fin de servicios para la realización del trabajo ubicado en edificios de la Gerencia de Informática de la Seguridad Social (Edificio Orcasitas), Madrid".

El recurrente introduce la precisión de que el contrato celebrado con la nueva contratista era a tiempo parcial indicando la jornada y el porcentaje respecto de la jornada ordinaria, lo cual aun siendo correcto de acuerdo con los documentos que se citan, no resulta trascendente para la decisión del litigio, sin que el recurrente haya expuesto cuál sería la relevancia de tales datos, por lo que se desestima el motivo.

**SEGUNDO.-** El segundo motivo se ampara en el art. 193.c) de la LRJS y en él se alega la infracción del art. 17 de la LRJS , 15.1.a ) , 55 y 56 del Estatuto de los Trabajadores , 108 y 110 de la LRJS , 44 del ET y añade los arts. 9.3 y 24.1 de la Constitución .

Estructura el motivo en tres apartados, en los cuales, resumidamente, sostiene con carácter principal que ha llevado a cabo un despido improcedente la empresa CLECE S.L, que debe ser condenada, ya que el actor es trabajador indefinido y no puede ser extinguido su contrato por terminación de la contrata (apartado primero), o subsidiariamente que de no haberse producido dicha extinción, sería la empresa GENERA QUATRO S.L. la que debería ser condenada por despido al no haber aceptado la subrogación aun habiendo contratado temporalmente al actor (apartado segundo) sosteniendo que en definitiva el trabajador está legitimado para plantear dichas acciones y asimismo no se puede negar la legitimación pasiva de las empresas (apartado tercero).

Respecto al apartado primero, es claro que asiste la razón al recurrente al afirmar que, siendo su contrato indefinido (hecho probado 1º), no es posible extinguirlo válidamente aduciendo como causa la terminación



del contrato celebrado entre CLECE S.L. y la TGSS para el servicio de mantenimiento de electricidad, aire acondicionado, fontanería, seguridad física y jardinería de los centros dependientes de la Gerencia de Informática de la Seguridad Social. Esta causa justificaría la extinción de un contrato de obra o servicio determinado supeditado al mencionado contrato concertado entre CLECE S.L. y la TGSS ( sentencias del Tribunal Supremo de 23 septiembre 2008 rec. 2126/2007 y 28 abril 2009 rec. 1419/2008 ). Asimismo podría ser invocada dicha causa si CLECE S.L. hubiera comunicado al actor un despido por causas objetivas de acuerdo con lo previsto en los arts. 52.c) y 53 del Estatuto de los Trabajadores , con base en la extinción de la contrata y consiguiente reducción productiva (entre otras, sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2015 rec. 2769/2014 ). Pero la empresa no ha efectuado dicho despido con sujeción a los correspondientes requisitos de forma, sino que se ha limitado a comunicar la extinción con fecha de 31-12-14 debido a la finalización del contrato administrativo antes mencionado, como si el vínculo del actor fuera un contrato de obra o servicio determinado. Por tanto se debe calificar tal decisión como despido improcedente, con responsabilidad de CLECE S.L. No cabe dudar de que concurra la legitimación pasiva de dicha empresa, como autora de la medida extintiva comunicada al actor, sin que en la sentencia se exponga la razón de haber apreciado la excepción.

**TERCERO.**- El éxito del primer apartado, que se formula con carácter principal, hace innecesario el examen del segundo, que es subsidiario, en lo que respecta a la decisión sobre la extinción y su calificación, así como la responsabilidad de CLECE S.L. No obstante, se ha de dar respuesta a la cuestión procesal de la legitimación activa del demandante. La sentencia ha negado dicha legitimación al considerar que no existe acción de despido porque tras la comunicación dirigida por CLECE S.L. al actor notificándole la extinción de su contrato con fecha 31-12-14, la nueva empresa contratista GENERA QUATRO S.L. le ha contratado temporalmente desde 1-1-15 con duración hasta fin de servicio para la realización del trabajo ubicado en edificios de la Gerencia de Informática de la Seguridad Social edificio de Orcasitas (Madrid). Sin embargo, debe convenirse con el recurrente en que esta circunstancia no enerva la acción de despido ni le priva de legitimación activa, pues el actor sostiene que la nueva empresa debe subrogarse por aplicación del art. 44 del ET , y la demandada está negando dicha subrogación al haber efectuado un nuevo contrato en lugar de mantener el anterior. Ese nuevo contrato no respeta la antigüedad ni el carácter de indefinido que tenía el contrato anterior. Con esa decisión la nueva empresa llevaría a cabo - en la hipótesis de la obligación de subrogación que se postula en la demanda - una extinción del anterior contrato y por tanto un despido. Caso de que se debiera estimar la demanda por apreciarse la subrogación, el fallo sería el propio de un despido improcedente, en el que la empresa podría optar entre la indemnización - quedando así ya zanjado el contrato anterior y manteniendo el nuevo - o la readmisión, en cuyo caso habrían de descontarse de los salarios de tramitación los percibidos mediante la nueva contratación, y se restablecería el contrato inicial en todos sus términos, quedando sin efecto el segundo contrato.

Ésta es la solución que se desprende de la doctrina sentada en la sentencia del TS de 7 de diciembre de 2009 rec. 2686/2008 , que a su vez cita las de fecha 28 de abril de 2009 (recurso 4614/2007 ) y 23 de octubre de 2009 ( 2684/2008 ), razonando que "(...) *La nueva contratación no enerva el efecto extintivo, sino que lo confirma; no hay continuidad de la relación laboral, sino nueva relación que excluye a la primera. (...) la negativa a incorporar al actor por la vía del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores es una decisión de quien ya tenía la condición de empleador como consecuencia del efecto automático de la sucesión de empresa*".

Por tanto hay que aceptar la legitimación activa que tenía el trabajador para demandar a GENERA QUATRO S.L. si bien, como ya se ha indicado, esta empresa no debe ser condenada, ya que se ha estimado la tesis principal del recurso sobre la extinción del contrato llevada a cabo por CLECE S.L. constitutiva de un despido improcedente; a lo que cabe añadir que en el recurso no se argumenta sobre la alegada infracción del art. 44 del ET , no habiendo razonado el recurrente nada sobre ello, por lo que en ningún caso se podría haber condenado a GENERA QUATRO S.L.

En consecuencia se ha de estimar el recurso declarando la improcedencia del despido efectuado por CLECE S.L. el 31-12-14, con los efectos regulados en el art. 56 del ET junto con la disposición transitoria quinta de la ley 3/12 , ya que el contrato es anterior a 12-2-12, por lo que se ha de calcular la indemnización conforme establecen las normas citadas, no siendo aplicable todavía en este caso el nuevo texto refundido del ET, RD legislativo 2/2015 (BOE 24-10-15).

En el caso del actor, en el período 14-7-08 a 11-2-12 tiene 3 años y 7 meses, por lo que a razón de 45 días por año y 3,75 días por mes tiene 161,25 días. En el período 12-2-12 a 31-12-14 tiene 2 años y 11 meses, por lo que a razón de 33 días por año y 2,75 días por mes arroja 96,25 días. Por tanto el número de días computable es en total de 257,50 días. Su salario diario es de  $(1.521,64 \times 12 : 365) = 50,02$  €. Por consiguiente la indemnización será de  $(50,02 \times 257,50) = 12.880,15$  €.

Por todo lo razonado, y de conformidad con lo dispuesto en el art. 117 de la Constitución ,

**FALLAMOS:**

Que, estimando el recurso interpuesto por D. Baldomero contra sentencia de fecha 14 de marzo de 2016 del Juzgado de lo Social nº 32 de Madrid, en autos 189/2015 seguidos en virtud de demanda formulada por la parte recurrente contra CLECE, S.A y GENERA QUATRO, S.L. sobre despido, revocamos la sentencia de instancia, y en su virtud estimamos en parte la demanda y declaramos la improcedencia del despido del actor, y condenamos a CLECE S.L. a que, a su opción, abone al actor una indemnización de 12.880,15 € o le readmita en las mismas condiciones y en este último caso le abone los salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la notificación de esta sentencia, a razón de 50,02 € diarios, salvo que hubiera encontrado otro empleo y se probase por el demandado la cuantía de lo percibido en el mismo a efectos de su descuento de los salarios de tramitación, lo que podrá determinarse en ejecución de sentencia. Todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 57 del Estatuto de los Trabajadores. Y absolvemos a GENERA QUATRO S.L.

La opción se realizará en plazo de cinco días hábiles sin esperar a la firmeza de esta sentencia, a partir de su notificación, ante esta Sala, en la forma regulada en el art. 110.3 de la LRJS. Sin costas.

Notifíquese la presente resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, haciéndoles saber que contra la misma sólo cabe RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA que se preparará por escrito ante esta Sala de lo Social dentro de los DIEZ DÍAS siguientes a la notificación de la sentencia de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 220, 221 y 230 de la L.R.J.S, advirtiéndose, que por todo recurrente que no tenga la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, 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 resguardo acreditativo de haber efectuado ambos ingresos, separadamente, en la c/c nº 2870 0000 00 **998/2016** que esta Sección Sexta tiene abierta en el Banco Santander, oficina sita en la Calle Miguel Angel nº 17, 28010 Madrid, o bien por transferencia desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de Banco Santander. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes: 1. Emitir la transferencia a la cuenta bancaria (CCC) siguiente: (IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274). 2. 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. 3. En el campo beneficiario, se identificará al Juzgado o Tribunal que ordena el ingreso. 4. En el campo "observaciones o concepto de la transferencia", se consignarán los 16 dígitos que corresponden al Procedimiento (2870 0000 00 **998/2016**), pudiendo en su caso sustituir la consignación de la condena en metálico por el aseguramiento de la misma mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito (art. 230.1 L.R.J.S.).

Expídase testimonio de la presente resolución para su incorporación al rollo de esta Sala.

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

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