



Roj: **STSJ GAL 1695/2017 - ECLI: ES:TSJGAL:2017:1695**

Id Cendoj: **15030340012017101298**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **10/03/2017**

Nº de Recurso: **5240/2016**

Nº de Resolución: **1467/2017**

Procedimiento: **RECURSO SUPLICACION**

Ponente: **LUIS FERNANDO DE CASTRO MEJUTO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIALA CORUÑA

PLAZA DE GALICIA

Tfno: 981184 845/959/939 **Fax:** 881881133 /981184853

NIG: 15030 44 4 2015 0005732 Modelo: 402250

RSU RECURSO SUPLICACION 0005240 /2016 PM

Procedimiento origen: DESPIDO/CESES EN GENERAL 0001139 /2015

Sobre: DESPIDO DISCIPLINARIO

RECURRENTE/S D/ña GRUPO EUROPEO DE SERVICIOS DOAL,S.A.

ABOGADO/A: MANUEL FERNANDEZ-ECHEVARRIA MORATO DE TAPIA

RECURRIDO/S D/ña: SETEX APARKI SA, UTE VALORIZA SERVICIOS MEDIOAMBIENTALES SA , SOGESEL DESARROLLO Y GESTION SL , Eduardo

ABOGADO/A: ANA ISABEL HERRERA COUCEIRO, JOSE ANTONIO RODRIGUEZ GARCIA , MARIA ELENA VILLAFANE VERDEJO , FEDERICO ANTONIO NOVO PINILLA

PROCURADOR: MARCIAL PUGA GOMEZ

Ilmo. Sr. D. ANTONIO OUTEIRIÑO FUENTE

PRESIDENTE DE LA SALA

ILMO/AS. SR/AS.

JOSE ELIAS LOPEZ PAZ

LUIS F. DE CASTRO MEJUTO

En A CORUÑA, a diez de marzo de dos mil diecisiete.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española ,

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 SUPPLICACION 5240/2016, formalizado por el GRUPO EUROPEO DE SERVICIOS DOAL,S.A., contra la sentencia dictada por XDO. DO SOCIAL N. 5 de A CORUÑA en el procedimiento DESPIDO/CESES EN GENERAL 1139/2015, seguidos a instancia de Eduardo frente a SETEX APARKI SA, GRUPO EUROPEO DE SERVICIOS DOAL,S.A., UTE VALORIZA SERVICIOS MEDIOAMBIENTALES SA, SOGESEL DESARROLLO Y GESTION SL, siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo/a Sr/Sra D/Dª LUIS F. DE CASTRO MEJUTO.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: D/Dª Eduardo presentó demanda contra SETEX APARKI SA Y OTROS, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia de fecha once de marzo de dos mil dieciséis .

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes:

Primero.- D. Eduardo , viene prestando servicios para la entidad Grupo Europeo De Servicios Doal, S.A., con la antigüedad reconocida del 17 de noviembre de 2.009, con la categoría de "conductor 18", y desde el 1 de octubre de 2.014, con la categoría de "vigilante" percibiendo un salario medio diario bruto a razón de 67,46 €. La relación laboral se rige por el Convenio Colectivo de ámbito provincial del Sector de Empresas Concesionarias de Servicios Municipales de Aparcamiento y/o Retirada de Vehículos de la vía pública de la provincia de La Coruña (B.O.P. A Coruña 19112|12). Segundo.- D. Eduardo , prestó sus servicios para la entidad Grupo Europeo de Servicios Doal, S.A., entre el 1 de agosto y el 15 de septiembre de 2.010. Desde el 30 de abril de 2.013, en virtud de contrato para "trabajos fijos discontinuos", concertados entre el 30/04/2013 y el 30/11/2013, del 17/03/2014 al 21/10/2014, del 22/10/2014 al 24/03/2014, con la categoría de "conductor mecánico", con la tarea de "reparación, mantenimiento y retirada de vehículos", con una antigüedad reconocida del 17/11/2009; y desde el 1 de abril de 2.014, con contrato de trabajo indefinido, como "conductor mecánico", y reconocimiento de la misma antigüedad. En virtud de comunicación de Grupo Europeo De Servicios Doal, S.A., se le reconoce a D. Eduardo , con efectos de 1 de octubre de 2.014, la categoría de "vigilante ORA", si bien continuó desempeñando su actividad en el servicio de grúa, siendo inscrita tal modificación el 28 de octubre de 2.014, en la TGSS. Tercero.- Por la entidad Grupo Europeo de Servicios Doal, S.A., remite a D. Eduardo , la siguiente comunicación: "Por medio de la presente comunicación ponemos en su conocimiento que el próximo día 15 de Octubre del presente año finalizará su relación laboral con esta empresa como consecuencia de la adjudicación a nueva entidad del "Servicio de ordenación y regulación de aparcamiento en la vía pública mediante expendedores de tickets (ORA) del Ayuntamiento A Coruña" en el que usted viene prestando servicios actualmente. La nueva adjudicataria que, de acuerdo con la legislación vigente, deberá subrogarse en todos sus derechos y obligaciones laborales, a partir del próximo día 16 de Octubre de 2.015, es: SETEXAPARKI SA.... Le informamos que tiene a su disposición en las oficinas de nuestra empresa la liquidación laboral que le corresponde...". Cuarto.- La entidad Setex Aparki, S.A., comunicó el 16 de octubre de 2.015, a D. Eduardo , su "no subrogación", con el siguiente tenor literal: "...Por la presente, le comunicamos que el pasado día nueve de octubre de dos mil quince, fuimos notificados por el Excmo. Ayuntamiento de A Coruña para firmar, el siguiente día catorce de octubre, como así se realizó, el contrato administrativo del servicio público de ordenación y regulación del aparcamiento de vehículos en el municipio de A Coruña, que nos fue adjudicado por acuerdo de la Junta de Gobierno del citado Ayuntamiento, en su sesión celebrada el día 31 de julio de 2015. En concreto, dicha concesión administrativa "contrata" se produce tras el anuncio de convocatoria de fecha 15 de diciembre de 2014, en la que se procede a la división de la contrata en dos servicios, el de estacionamiento limitado de vehículos en la vía pública (ORA) y el de retirada de vehículos en la vía pública (GRUA), habiendo sido SETEX-APARKI, S.A. adjudicataria exclusivamente del primero de ellos, es decir, del servicio de estacionamiento limitado ORA. Por tal motivo y con relación a la división de contrata producida, esta parte ha tenido cabal conocimiento, de que usted no ha estado adscrito a los servicios objeto del contrato del que SETEX-APARKI, S.A. es actual concesionaria y/o no se da el supuesto de "antigüedad en ese concreto servicio de los tres últimos meses anteriores a la primera convocatoria oficial del concurso para la adjudicación de la contrata, publicada en el medio que en cada caso corresponda, sea cual fuere la modalidad de su contrato de trabajo, con independencia de que, con anterioridad al citado período, hubiese trabajado en otra contrata", según disponen los artículos 10 y siguientes del Convenio Colectivo V convenio colectivo de ámbito autonómico para el sector de aparcamientos, garajes y estacionamientos regulados de superficie, de aplicación, con relación a lo previsto respecto al presente caso de "división de contrata". En consecuencia, no se produce la obligatoriedad de que la actual concesionaria se subrogue en su contrato, por lo que usted continua integrado como personal de la empresa cesante, por lo que, por medio de la presente, le comunicamos tal circunstancia para su conocimiento y a los debidos efectos, Simultáneamente, con esta fecha, procedemos a comunicar a la empresa saliente Grupo Europeo de Servicios DOAL, S.A. que, por los motivos expuestos, usted continúa formando parte de



su plantilla, no operando en su caso la subrogación establecida....". Quinto.- La entidad Grupo Europeo de Servicios Doal, S.A., era la concesionaria del servicio de ordenación y regulación de aparcamiento, y retirada, inmovilización y depósito de vehículos estacionados en la ciudad de A Coruña., según el contrato suscrito el 28 de abril de 2.005, hasta el 30 de julio de 2.015. En fecha de 21 de mayo de 2.015, resultó adjudicataria del servicio de retirada, inmovilización y depósito de vehículos estacionados, la U.T.E. Grúa Coruña, configurada por las entidades Sogesel Desarrollo y Gestión, S.L., y Valoriza Soluciones Medioambientales, S.A., que concertó contrato con el Ayuntamiento de A Coruña, el 27 de julio de 2.015, según el pliego de prescripciones técnicas particulares, cuyo tenor literal damos por reproducido (obrante en las actuaciones remitido por el Ayuntamiento de A Coruña, y como documento nº 3 parte codemandada Grupo Europeo de Servicios Doal, S.A.). En fecha de 31 de julio de 2.015, por el Ayuntamiento de A Coruña, se adjudicó la gestión del servicio público de la ordenación y regulación del aparcamiento de vehículos (ORA) mediante la modalidad de concesión a favor de Setex - Aparki S.A., según el pliego de prescripciones técnicas particulares, cuyo tenor literal damos por reproducido (obrante en las actuaciones remitido por el Ayuntamiento de A Coruña, y como documento nº 2 parte codemandada Grupo Europeo de Servicios Doal, S.A.), que hizo efectiva asunción del servicio el 15 de octubre de 2.015. La licitación de este servicio se produjo mediante publicación de anuncio en el D.O.G.A., de 15 de diciembre de 2.014, y en el B.O.P. A Coruña de 17 de diciembre de 2.014. Sexto.- Por la entidad U.T.E. Valoriza Soluciones Medioambientales, S.A., y Sogesel Desarrollo y Gestión, S.L., solicitó a medio de buro fax remitido el 9 de julio de 2.015, relación de personal adscrito al citado servicio, y una serie de documentación, que le fue entregada por Grupo Europeo De Servicios Doal, S.A., el 27 de julio de 2.015, y completada posteriormente con otra documentación. Esta entidad no subrogó a dos trabajadores, de los que figuraban en la relación de personal en el pliego de cláusulas técnicas. Por la entidad Setex Aparki, S.A., solicitó a medio de buro fax de 6 de agosto de 2.015, relación de personal y documentación del mismo a subrogar, siendo enviado por Grupo Europeo de Servicios Doal, S.A., diversos documentos vía e mail y a medio de entrega documentada por notario el 14 de octubre de 2.015. Esta entidad no subrogó a nueve trabajadores. Séptimo.- Figura en la relación de trabajadores a subrogar presentada ante el Ayuntamiento de A Coruña, por Grupo Europeo De Servicios Doal, S.A., en el servicio ORA, D. Eduardo . Octavo.- El trabajador no ostenta ni ha ostentado en el último año la condición de delegado de personal ni miembro de comité de empresa, ni representante sindical. Noveno.- Con fecha 20 de noviembre de 2.015, se celebró acto de conciliación previa ante el SMAC, según papeleta presentada el 4 de noviembre de 2.015, frente a Grupo Europeo de Servicios Doal, S.A., y Setex Aparki, S.A., con el resultado de intentado sin avenencia.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente:

FALLO: Que debo DESESTIMAR y DESESTIMO la demanda de DESPIDO interpuesta por D. Eduardo , contra las entidades Setex Aparki, S.A., y la U.T.E. Valoriza Soluciones Medioambientales, S.A., y Sogesel Desarrollo y Gestión, S.L., y en consecuencia debo absolverla de las pretensiones formuladas en su contra. Que debo ESTIMAR y ESTIMO la demanda que en materia de DESPIDO ha sido interpuesta por D. Eduardo , contra la entidad Grupo Europeo de Servicios Doal, S.A., en consecuencia, debo declarar y declaro IMPROCEDENTE el despido que el actor ha sido objeto en fecha de 15 de octubre de 2.015, condenando a la entidad Grupo Europeo de Servicios Doal, S.A., a que en el plazo de CINCO DIAS desde la fecha de notificación de la sentencia, opte entre la READMISIÓN inmediata del demandante, en las mismas condiciones que regían con anterioridad, con el abono de los salarios de trámite, (los dejados de percibir desde la fecha del despido y hasta la notificación de la presente sentencia) calculados a razón de 67,46 € /día; o bien al abono de una INDEMNIZACIÓN por despido a razón de 15.178,49€. El abono de la indemnización, determinará la extinción del contrato de trabajo, que se entenderá producida en la fecha del cese efectivo en el trabajo. En el supuesto de no optar el empresario por la readmisión o la indemnización, se entiende que procede la primera.

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte demandada, siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el paso de los mismos al Ponente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Recurre la empresa la estimación parcial de la demanda, instando -por el cauce del artículo 193.b) LJS- la modificación del relato histórico, y denunciando -por la vía artículo 193.c) LJS- la infracción por aplicación indebida del artículo 44 ET , así como diversa jurisprudencia, la STS 05/02/01 ; y el CC provincial del sector de empresas concesionarias de servicios municipales de aparcamiento y/o retirada de vehículos (BOP 19/12/12).

SEGUNDO.- Ninguna de las revisiones fácticas puede acogerse:

(a) La segunda, la tercera y la cuarta por intrascendentes, porque o bien carecen de denuncia jurídica correlativa, o bien se refieren a un motivo jurídico que no ha sido el determinante de la condena de la empresa.



En todo caso, no podemos acceder a la modificación interesada, ya que debe existir una interconexión entre los motivos a los que se refiere el artículo 193.b) LJS (los de «hechos») y los que se articulan al amparo de la letra c) de dicho precepto (los de «derecho»), pues si ello no se realizara de la manera indicada se produciría una ruptura fatal en la línea argumental del recurso, al dejar, en definitiva, huérfanos de apoyo jurídico los motivos fácticos. Y debe quedar claro que estos últimos no son una meta en sí mismos, sino un camino de previo recorrido dirigido al fin de argumentar después en derecho; en síntesis, un ataque a un hecho declarado probado sólo puede tener trascendencia en sí mismo en tanto que, apoyado en un posterior razonamiento jurídico dado por el recurrente, sirva para modificar el fallo de instancia (entre las últimas, SSTJ Galicia 11/01/17 R. 2876/16, 07/12/16 R. 3248/16, 31/10/16 R. 2542/16, 22/09/16 R. 1512/16, 29/03/16 R. 498/15, etc.).

(b) La primera, por la misma razón que la anterior, puesto que carece de denuncia jurídica correlativa, ya que se habla de una STS sobre el reconocimiento de la antigüedad «a todos los efectos», mas no se incluye una mínima referencia al precepto que regula el cálculo de la antigüedad, sin que debamos completar el salto lógico desde uno de los elementos que sirve de parámetro al cálculo de la indemnización por despido improcedente hasta las consecuencias de su declaración y concreto cálculo. Es cierto -queremos recordarlo-, como hemos hecho anteriormente (STSJ Galicia 19/01/17 R. 3900/16)- que hecho de que los servicios para las diversas empresas hayan sido sin solución de continuidad no significa que las empresas sean la misma o se haya producido una sucesión entre ellas, lo único que se revelaría sería un reconocimiento del último de los contratos con la anterior empresa, siquiera se presentan dificultades, pues, cuando lo que se discute es la antigüedad computable en los supuestos de reconocimiento de la prestada para anteriores empresas, pero sin mediar subrogación y sin que se pactase que aquél lo fuese a *todos los efectos* (STS 13/11/06 -rec. 3110/05 -) no puede emplearse a los fines del despido. Sin embargo, a la vista del planteamiento del recurso, se hace inane discutir sobre dicha revisión fáctica.

TERCERO.- Tres son las denuncias jurídicas, pero sólo una está válidamente formulada, porque en las dos últimas no se hace válidamente, porque la cita de una STS de la forma que se ha realizado no identifica a cuál de todas las dictadas ese día se refiere -sobre todo, cuando en el motivo anterior introduce el marginal o su número de recurso-, no es lo suficientemente específico -al margen de que carecería de trascendencia, pues no consta la cita del artículo 56.1 ET -; y la mera referencia a un CC sin identificar qué precepto es el vulnerado, desde luego, infringe las normas relativas a la formulación del recurso de suplicación. En este punto, hemos de reiterar (para todas, SSTSJ Galicia 15/03/17 R. 4282/16 , 24/01/17 R. 1939/16 , 09/11/16 R. 1035/16 , 10/10/16 R. 2180/16 , etc.) que la naturaleza extraordinaria del recurso (STS 07/05/96 -rcud 3544/94 -) implica que el Tribunal de suplicación tan solo deba examinar -cuestiones de orden público procesal aparte- aquellas infracciones legales que hayan sido aducidas por los recurrentes, no siéndole hacedero abordar las infracciones no denunciadas o que no lo hubiesen sido con arreglo a las referidas formalidades, porque (STS 24/06/92 -rec. 2010/91 -) el incumplimiento de tal carga procesal de la parte no puede ser suplida por el órgano judicial, abocado a la neutralidad y a velar por el equilibrio procesal y tutela judicial en los términos exigidos por el artículo 75 LJS. Y, por supuesto, la mera cita genérica de un CC -y de todo su articulado sin individualizar el precepto infringido- o de una STS que no identifica claramente es inoperativa a estos efectos.

CUARTO.- 1.- El segundo motivo se plantea, al entender la recurrente que debería haber operado la subrogación empresarial, obviando que han sido los defectos cometidos por la empresa saliente -y ahora recurrente- los que han producido que dicha subrogación de la contrata no se hubiese podido producir. Esta cuestión ha sido objeto de múltiples pronunciamientos judiciales, que reiteraremos una vez más, siguiendo el criterio, entre otras, de las SSTSJ Galicia 08/02/17 R. 4579/16 , 12/11/15 R. 3800/15 , 22/10/15 R. 4957/14 , 04/06/15 R. 961/15 , etc.; que la adecuada garantía de estabilidad en el puesto de trabajo impone en nuestro ordenamiento jurídico un concepto objetivo de empresa, que pone el acento en la vinculación de los trabajadores no con la persona del empresario, sino con el complejo organizativo de medios humanos y materiales que la empresa representa como generadora de derechos y obligaciones laborales garantizadas por el artículo 44 ET , de tal manera que mientras subsista la empresa como tal el contrato de trabajo resulta inmune a los cambios de titularidad empresarial; y de ello es reflejo el citado artículo 44 ET , que prevé la continuidad de la relación laboral en los casos de novación subjetiva de la persona del empleador, abarcando con su amplia expresión «cambio de titularidad» cualquier tipo de transmisión, ya sea *inter vivos* o *mortis causa* , bien se acentúe la nota de la sucesión en el conjunto orgánico de bienes y derechos que constituyen la empresa, o bien por el contrario se haga hincapié en la sucesión de la actividad (SSTSJ Galicia 19/10/04 R. 3748/04 , 30/09/04 R. 1473/02 , 29/06/95 AS 2326 y 10/03/94 AS 903, siguiendo criterio expuesto por la STS 10/05/71), en el bien entendido de que la mayor parte de las situaciones contempladas judicialmente no integran supuestos en los que se transmita una empresa en funcionamiento, pues ello eliminaría todo litigio sobre la subrogación empresarial, sino que el desacuerdo surge precisamente -como observa la STSJ Asturias 15/12/95 AS 4597- cuando se



trata de ocultar esa sucesión con el fin de evitar las consecuencias que entraña y se acude en el cambio de titularidad -añadimos- a mecanismos no transparentes.

Más exactamente, el referido artículo 44 ET constituye la transposición al derecho español de la Directiva 77/1987 de la CEE (actual 2001/23/ CE [12/Marzo]), aplicable -conforme al artículo 1- a los traspasos de empresas, centros de actividad o partes de centros de actividad, como consecuencia de cesión contractual y difusión; y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sentencias 65/1986, de 18/Marzo y Asunto *Spijkers* ; 54/1994, de 14/Abril y Asunto *Schmidt* ; y 83/1999, de 02/Diciembre y Asunto *Allen y otros*) ha mantenido que el elemento decisivo para determinar la presencia de una sucesión de empresa se encuentra en el mantenimiento de la identidad de la entidad económica, que resulta de la continuación o reanudación, por parte del nuevo empresario, de las mismas o análogas actividades económicas, cuya concurrencia puede resultar de distintas circunstancias, como son la transmisión de elementos corporales o incorporeales, la transferencia de actividad o la transferencia del personal o la parte esencial del personal (para todas, STJUE 25/01/01 Ar. 22).

2.- Ya en el ámbito de la Jurisprudencia española se ha mantenido unánimemente (así, SSTS 03/10/98 Ar. 7804 ; 15/04/99 -Sala General Ar. 4408 ; 25/02/02 Ar. 6325 ; 19/06/02 Ar. 7492 ; 12/12/02 Ar. 2003\1962 ; 11/03/03 Ar. 3353 ; 23/11/04 Ar. 2005/951) que el supuesto de hecho contemplado por el artículo 44 ET requiere la concurrencia de dos requisitos: (a) que haya tracto o transmisión de un titular a otro, por cualquier procedimiento, lo que permite incluir los supuestos en los que la transmisión no es directa entre el primitivo empresario y el sucesor, e incluso aquellos otros en los que se disimula con la finalidad de evitar que operen sus efectos legales, siendo lo realmente decisivo a tales efectos, como destaca la STSJ País Vasco 19/12/95 AS 4763, que haya continuidad en la actividad empresarial, y para ello cobra suma importancia comprobar el objeto de la actividad que desarrollan ambos empresarios, así como las circunstancias del lugar en que lo efectúan, los medios humanos y materiales con que lo hacen y el momento en que cada cual la lleva a cabo; y (b) que el objeto transmitido sea la empresa en su conjunto, alguno de sus centros de trabajo o, incluso, una de sus unidades productivas con capacidad para funcionar autónomamente. En palabras del TS, la sucesión de empresa requiere «la entrega efectiva del total conjunto operante de los elementos esenciales [...] que permite la continuidad de la actividad empresarial» (STS 27/10/86 Ar. 5902) y, por ello, no puede apreciarse la sucesión cuando lo que se transmite «no es la empresa en su totalidad ni un conjunto organizativo de ésta dotado de autonomía suficiente en el plano funcional o productivo, sino unos elementos patrimoniales aislados» (SSTS 04/06/87 Ar. 4127 ; y 15/04/99 -Sala General-).

En tal línea tenemos señalado precedentemente (así, SSTSJ Galicia citadas) que los amplios términos en que está redactado el artículo 44 ET determinan - SSTS 13/03/90 Ar. 2069 y 10/05/91 Ar. 3798- que los supuestos de transmisión de empresas en él previstos sean configurados, unas veces acentuando la sucesión en el conjunto orgánico de bienes y derechos que constituyen la empresa, y en otras ocasiones haciendo hincapié en la sucesión de la «actividad», por entender que el entramado sistemático y funcional que subyace a la actividad productiva de la empresa es el auténtico nervio de la misma. De todas formas y con carácter general podemos señalar que el Tribunal Supremo ha venido interpretando el artículo 44 ET -como su precedente artículo 79 LCT- presuponiendo la concurrencia de dos elementos: el subjetivo, representado por la transferencia directa del negocio o centro de trabajo autónomo por cualquier tipo de transmisión; y el objetivo, consistente en la entrega efectiva del total conjunto operante de los elementos esenciales de la empresa que permita la continuidad de la actividad empresarial, o lo que es lo mismo, que la Empresa se transmita como unidad, en sus factores técnicos, organizativos y patrimoniales, realizada a través de cualquier figura jurídica y comprendiendo tanto la directa como la llevada a cabo con la interposición de un tercero, que incluso puede ser un Órgano de la Administración. Y precisamente por ello ha de excluirse la aplicación de los aludidos preceptos en los supuestos de transmisión de aislados elementos materiales o instrumentales, pero no del ente unitario que la Empresa representa (en este sentido, las SSTS 06/05/71 Ar. 2568 , 14/11/77 Ar. 4510 , 16/06/83 Ar. 3017 , 03/10/84 Ar. 5224 , 09/10/84 Ar. 5263 , 29/03/85 Ar. 1454 , 26/01/87 Ar. 292 , 11/05/87 Ar. 3664 y 12/09/88 Ar. 6875).

Pero en relación con la necesidad de transmitir elementos patrimoniales se ha introducido una modificación de criterios en relación con las empresas de servicios en aplicación de la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas [STS 27/10/04 -rcud 899/02 -]. En relación con ello, procede constatar que el indicado Tribunal comunitario ha señalado como elemento fundamental para determinar si existe o no sucesión empresarial el de que se haya transmitido una entidad económica organizada de forma estable, o sea, que se haya producido la transmisión de un conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica que persigue un objeto propio y cómo la realidad de aquella transmisión garantista puede deducirse no solo de la transmisión de elementos patrimoniales sino del hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores, que se haya transmitido o no la clientela o del grado de analogía entre las actividades ejercitadas antes y después de la transmisión [SSTJUE 65/1986, de 18/Marzo, Asunto *Spijkers* ; 99/1992, de 19/Mayo, Asunto *Stiiching* ; 309/1998, de 10/Diciembre, Asunto



Sánchez Hidalgo ; 283/1999, de 02/Diciembre, Asunto *Allen* y otros; y 29/2002, de 24/Enero, Asunto *Temco* , entre otras]. En definitiva, hoy lo importante y trascendental es que se haya producido aquella sustitución subjetiva de empresarios o entidades, lo que habrá que concretar en cada caso a partir de las particulares circunstancias concurrentes (STS 23/11/04 -rcud 6432/03 -).

Además, en aquellos sectores (limpieza, vigilancia y seguridad) en los que la actividad suele descansar fundamentalmente en la mano de obra, el conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera esa actividad común puede constituir una entidad económica que mantenga su identidad, cuando se produce la transmisión y el nuevo empresario no sólo continúa con la actividad de la que se trata, sino que también se hace cargo de una parte cuantitativamente importante de la plantilla del anterior; y viceversa, de tal modo que si la actividad no descansa fundamentalmente en la mano de obra, sino que exige de instalaciones o importantes elementos materiales, aunque se produzca la continuidad de la actividad por un nuevo empresario y éste asuma un número significativo de los empleados por el anterior, no se considera que haya sucesión de empresa si al tiempo no se transmiten aquellos elementos materiales necesarios para el ejercicio de la actividad.

No puede olvidarse, tampoco, que la subrogación empresarial del artículo 44 ET no opera en los supuestos de transmisión de contratos o de concesiones salvo que se haya producido un traspaso de activos patrimoniales, o lo sancione la normativa convencional, o lo imponga el respectivo pliego de condiciones, porque en estos casos no hay sucesión de la concesión o de la contrata sino finalización de una y comienzo de otra formal y jurídicamente distinta, con un nuevo contratista o concesionario, aunque materialmente una y otra sea la misma, en el sentido de que son los mismos servicios los que se siguen prestando, de ahí que la no transferencia de elementos patrimoniales que configuran la infraestructura u organización empresarial básica de la explotación, implique una transmisión temporal en la actividad sin entrega del soporte patrimonial necesario para la realización de ésta, que hace inaplicable el artículo 44 ET (SSTS 05/04/93 -rcud 702/92 -, 29/04/98 -rcud 1696/97 -; 10/07/00 -rcud 923/99 -; 18/03/02 -rcud 1990/01 -; y 27/06/08 -rcud 4773/06 -); doctrina que, sin embargo, ha sido atenuada respecto de las contrataciones en las que se sucede la misma empresa en idéntica actividad y centro de trabajo (STS 18/06/08 -rcud 811/07 -), pues la transmisión no es en sí misma fraudulenta y la existencia o no de sucesión empresarial encuadrable en la Directiva 77/187 CEE del Consejo de 14/02/77, hoy 2011/23 CE del Consejo de 12/03/01 [Aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad], con la consiguiente obligación de asumir la plantilla, dependerá de las distintas circunstancias que concurren en cada caso, tal y como se desprende de la jurisprudencia del TJCE (SSTS 27/10/04 -rcud 899/02 -; y 29/05/08 -rcud 3617/06 -).

3.- En concreto (para todas, SSTSJ Galicia 08/02/17 R. 4579/16 , 24/01/17 R. 1939/16 , 09/11/16 R. 1035/16 , 12/11/15 R. 3800/15 , 07/04/15 R. 85/15 y 04/03/15 R. 4493/14), «los distintos supuestos de subrogación empresarial, asumiendo la patronal entrante los derechos y obligaciones de la empresa saliente, se reconducen en la actualidad a los siguientes:

a) Sucesión legal regulada en el art. 44 del ET , no disponible por la autonomía colectiva, (STS de 9 febrero 2011), aplicable a los altos directivos (STS de 27 septiembre 2011), reformado al compás de las Directivas comunitarias e interpretación de la jurisprudencia del TJCE, condicionado al requisito subjetivo de cambio de titularidad de la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma, y al objetivo de la entrega o aporte de los elementos patrimoniales necesarios, activos materiales o inmateriales o infraestructuras básicas para la continuidad de la actividad productiva...

b) Sucesión empresarial por disponerlos los pliegos de concesiones administrativas, cumpliéndose todos y cada uno de los requisitos previstos en los mismos.

c) Subrogación empresarial convencional por así disponerlo los Convenios colectivos, para cubrir un espacio al que no alcanza el art. 44 ET aunque no exista transmisión de elementos patrimoniales, contrayéndose a los casos expresadamente pactados y en tanto y en cuanto se hayan cumplido todos y cada uno de los requisitos en la norma estipulada para que surta efecto, (normalmente entrega de una determinada documentación y cumplimiento de una determinada antigüedad) no dándose si se incumpliera alguno de ellos (SSTS 10 de diciembre de 1997 , 9 febrero y 31 marzo 1998 , 30 septiembre 1999 y 29 enero 2002), de efectos limitados a los prevenidos en el convenio sin llegar a establecer responsabilidades solidarias en materia salarial y de Seguridad Social, pues de no ser así se produciría un régimen "muy severo" (STS de 20 octubre 2004).

d) Sucesión contractual mediante acuerdo entre la empresa cedente y cesionaria, aun no concurriendo los requisitos del art. 44 del ET , supuesto a que hace méritos una copiosa jurisprudencia del TS referida a las empresas de *handling* , por todas STS 29 febrero 2000 , que constituye una novación por cambio del empleador que exige el consentimiento de los trabajadores afectados en aplicación del art. 1205 del Código Civil



e) Sucesión de plantillas, aun no dándose tampoco los presupuestos del art. 44 del ET ni prever la subrogación, el Convenio Colectivo o el pliego de condiciones figura esta nacida de la jurisprudencia del TJCE, por continuar la empresa entrante en la actividad, asumiendo o incorporando a su plantilla a un número significativo de trabajadores de la empresa cesante, tanto a nivel cuantitativo (asumir por ejemplo la empresa entrante dos trabajadores sobre un total de seis, STS de 25 enero 2006), como cualitativo (STSJ de Castilla-León de 31 octubre 2007), siempre que la actividad productiva descansa esencialmente en la mano de obra.

f) Sucesión de empresas en caso de concurso para lo que habrá de estarse a las especialidades de la Ley Concursal (LC), en concreto art. 100.2 y 149 de la misma». Encontrándonos eventualmente ante el supuesto de la letra b) citada.

4.- Además, cabría añadir las conclusiones que se contienen en las SSTS 08/07/14 -rcud 1741/13 -; 09/07/14 -rcud 1201/13 -, 09/12/14 -rcud 109/14 -; 12/03/15 -rcud 1480/14 -; 27/04/15 -rcud 348/14 -; 17/06/15 -rcud 1548/14 -; al afirmarse que: «El supuesto particular de sucesión de contratistas o concesiones con "sucesión de plantillas" se caracteriza por la presencia de las siguientes relaciones y circunstancias entre personas físicas y/o jurídicas: A) una empresa contratista o adjudicataria de servicios ("empresa entrante") sucede a la que desempeñaba anteriormente tales servicios o actividades ("empresa saliente") por cuenta o a favor de un tercero (empresa "principal" o entidad "comitente"); B) la sucesión de contratistas o adjudicaciones se ha debido a que la empresa o entidad comitente ha decidido dar por terminada su relación contractual con la "empresa saliente", encargando a la "empresa entrante" servicios o actividades sustancialmente iguales a los que desarrollaba la contratista anterior; C) la "empresa entrante" ha incorporado al desempeño de los servicios o actividades objeto de la contrata o adjudicación a un parte importante, cualitativa o cuantitativamente, de la plantilla de trabajadores de la "empresa saliente"; y D) el activo principal para el desempeño de los servicios o actividades objeto de la contrata es la "mano de obra" organizada u organización de trabajo»; y que «lo esencial para los "servicios auxiliares" que presta es la cualificación y experiencia profesional de los trabajadores que emplea y no la aportación de elementos materiales necesarios para la producción, máxime cuando tal aportación no consta».

5.- Todo lo anterior, nos conduce a confirmar el criterio de la Instancia, puesto que, con respecto a UTE Valoriza Soluciones Medioambientales, SA y Sogesel Desarrollo y Gestión, SL, dado que ni se incluyó al actor en las listas incluidas en los Pliegos, ni se remitió documentación alguna; y, con respecto a Setex Aparki, SA, sólo se remitió el contrato de 01/04/14 fijándolo como adscrito al servicio de ORA, pero el despedido -en realidad- no realizaba funciones de ORA, sino de grúa, porque nunca trabajó como Vigilante, pese a su cambio de categoría en 01/10/14, sino como Conductor mecánico y, por ello, de acuerdo con las condiciones establecidas en los Pliegos de Prescripciones Técnicas y los artículos 11 y 25 CC del sector (BOP La Coruña 19/12/12), y -en todo caso- no cubriría el requisito de dedicación anterior mínima al servicio. Se desestima el motivo

QUINTO.- Las costas del presente recurso han de ser impuestas a la parte vencida, incluyéndose en las mismas la cantidad de 601 euros en concepto de honorarios del Letrado de la parte impugnante (artículo 235 LJS). En consecuencia,

FALLAMOS

Que con desestimación del recurso interpuesto por la empresa «GRUPO EUROPEO DE SERVICIOS DOAL,S A», confirmamos la sentencia que con fecha 11/03/16 ha sido dictada en autos tramitados por el Juzgado de lo Social nº Cinco de los de La Coruña , a instancia de don Eduardo y por la que se acogió en parte la demanda formulada.

Asimismo condenamos a la parte recurrente a que por el concepto de honorarios satisfaga 601 € al Sr. Letrado de la parte recurrida. E igualmente acordamos, en su caso, la pérdida del depósito constituido y el destino legal para la consignación efectuada (aval presentado).

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Galicia.

MODO DE IMPUGNACIÓN : Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de Casación para Unificación de Doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala dentro del improrrogable plazo de diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la sentencia. Si el recurrente no tuviera la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de seguridad social deberá efectuar:

- El depósito de 600 € en la cuenta de 16 dígitos de esta Sala, abierta en el Banco de SANTANDER (BANESTO) con el nº **1552 0000 35 seguida del cuatro dígitos correspondientes al nº del recurso y dos dígitos del año del mismo** .



- Asimismo si hay cantidad de condena deberá consignarla en la misma cuenta, pero con el código **80** en vez del 35 ó bien presentar aval bancario solidario en forma.

- Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria desde una cuenta abierta en cualquier entidad bancaria distinta, habrá que emitirla a la cuenta de veinte dígitos **0049 3569 92 0005001274** y hacer constar en el campo "Observaciones ó Concepto de la transferencia" los 16 dígitos que corresponden al procedimiento (**1552 0000 80 ó 35 **** ++**).

Una vez firme, expídase certificación para constancia en el Rollo que se archivará en este Tribunal incorporándose el original al correspondiente Libro de Sentencias, previa devolución de los autos al Juzgado de lo Social de procedencia.

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

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ