



Roj: **STSJ M 9944/2017 - ECLI: ES:TSJM:2017:9944**

Id Cendoj: **28079340022017100977**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **2**

Fecha: **11/10/2017**

Nº de Recurso: **460/2017**

Nº de Resolución: **992/2017**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **FERNANDO MUÑOZ ESTEBAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 02 de lo Social

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 , Planta 2 - 28010

Teléfono: 914931969

Fax: 914931957

34002650

NIG : 28.079.00.4-2016/0009627

Procedimiento Recurso de Suplicación 460/2017-M

ORIGEN:

Juzgado de lo Social nº 26 de Madrid Despidos / Ceses en general 203/2016

Materia : Despido

Sentencia número: 992/2017

Ilmos. Sres

D./Dña. MIGUEL MOREIRAS CABALLERO

D./Dña. MANUEL RUIZ PONTONES

D./Dña. FERNANDO MUÑOZ ESTEBAN

En Madrid a once de octubre de dos mil diecisiete habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección 2 de la Sala de lo Social de este Tribunal Superior de Justicia, compuesta por los Ilmos. Sres. citados, 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 de Suplicación 460/2017, formalizado por el/la LETRADO D./Dña. IVAN GAYARRE CONDE en nombre y representación de FORTEM INTEGRAL SL, contra la sentencia de fecha 2 de junio de 2016 dictada por el Juzgado de lo Social nº 26 de Madrid en sus autos número Despidos / Ceses en general 203/2016, seguidos a instancia de D./Dña. Santos frente a FORTEM INTEGRAL S.L., SERVICIOS SECURITAS S.A., y CORPORACION DE RADIO Y TELEVISION ESPAÑOLA, S.A., en reclamación por Despido y Cantidad, siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo./Ilma. Sr./Sra. D./Dña. FERNANDO MUÑOZ ESTEBAN, 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 y previa celebración de los oportunos actos de juicio oral, en el que quedaron definitivamente configuradas las respectivas posiciones de las partes, dictó la sentencia referenciada anteriormente.

SEGUNDO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos en calidad de expresamente declarados probados: "PRIMERO. Sobre las circunstancias laborales del trabajador:

I. El actor han venido prestando servicios por cuenta y orden de la FORTEM INTEGRAL, S.L., con las siguientes circunstancias profesionales:

Antigüedad de 2.9.2010 (folio 97 a 105), categoría profesional de bombero auxiliar y salario de 1.423,12 euros mensuales, con prorrateo de pagas extraordinarias, excluidos 30 euros de plus transporte (47,44 euros de promedio diario), mediante contrato indefinido a tiempo completo. (Nóminas y vida laboral obrantes a los folios 106 a 128)

II. El actor no han ostentado la condición de representante de los trabajadores (hecho conforme).

SEGUNDO. Sobre las contratas:

I. La mercantil SEGURIDAD GALLEGA NOSA TERRA, S.A., fue la anterior adjudicataria del contrato de servicios de dotación de bomberos auxiliares de empresa para los centros de CRTVE en Prado del Rey, Torrespaña y Estudios Buñuel, prestándolo desde 1999.

El servicio contaba con 12 bomberos adscritos a su plantilla laboral, así como con los elementos personales y materiales que se detallan a los folios 103 y 104, que se dan por reproducidos.

Obra a los folios 476 y 478 el contrato de trabajo suscrito entre el demandante y SEGANOSA. Interesa destacar del mismo que señala como convenio aplicable el Convenio Colectivo de Seguridad Gallega Nosa Terra.

II. El 13.12.2011, la entidad FORTEM INTEGRAL, S.A., resultó adjudicataria en el expediente NUM000 del Servicio de Dotación de bomberos Auxiliares de Empresas en los centros de RTVE de Madrid. (Folios 203 a 231). Las partes suscribieron contrato en fecha 9.2.2012, que junto a sus prórrogas, obra a los folios 908 y se da por íntegramente reproducido, al igual que el expediente NUM001 obrante a los folios 232 a 261 y 788 a 796. Interesa destacar del mismo que el plazo de ejecución del servicio era de un año, desde el 16.10.2011 al 15.10.2012, susceptible de prórrogas, que el precio fue de 299.996,86? sin IVA y que el lugar de la prestación del servicio eran las tres sedes de la CRTVE en Madrid en los días, horas y condiciones que obran al folio 244 y 245.

En virtud de acuerdo de fecha 14.10.11 entre la anterior adjudicataria SEGANOSA y FORTEM, esta última se subrogaba en los contratos de los 12 trabajadores respetando la antigüedad reconocida con la anterior empresa, y se producía la transmisión de todos los elementos personales y materiales utilizados para el servicio (vehículo Nissan Patrol, así como material bomberos vehículo, herramientas bombero, equipamiento de medios materiales y personales en los centros que se detallan a folios 101 a 105). En fecha 16.10.2011 se comunicaba a la Oficina de empleo la subrogación, especificando que se producía al amparo del artículo 14 del Convenio Colectivo Estatal de las Empresas de Seguridad (BOE nº 40 de 16.2.2001) folio 97 y 98.

III. En fecha 15.10.2014 Corporación de Radio Televisión Española y FORTEM INTEGRAL, S.A., suscribieron el contrato que obra a los folios 381 a 386 y 912 y ss, y su contenido, al igual que el de sus pliegos de condiciones generales para la contratación del expediente (folios 193 a 208 y 927 a 933) y prescripciones técnicas (folios 187 a 192 y 934 a 938), se tiene por íntegramente reproducidos, obrando el Expediente NUM002 a los folios 186 a 208, y 262 a 285. Interesa destacar de su contenido que el Precio es de 222.040 ? IVA no incluido, la duración del contrato es de quince meses y quince días desde el 1.01.2014 al 15.01.2016 contados a partir del 01.09.2014, y que su objeto es prestar el servicio de bomberos auxiliares de empresa en los tres centros de corporación de RTVE (Prado del Rey Torrespaña y Estudios Buñuel) el precio final de adjudicación fue de 221.999 ?.

El 14.11.2015, cesó la actividad de los estudios Buñuel de la Corporación de RTVE, no siendo necesario el servicio de bomberos auxiliares en dichas instalaciones, lo que la Corporación comunicó a Fortem Integral, S.L. en fecha 26.10.2015 (folio 388). En el pliego se contemplaba la reducción de horas de prestación de servicio del 1.02.2015 al 31.01.2016.

La empresa Fortem Integral, S.L., llevó a cabo un expediente de regulación temporal de empleo entre las citadas fechas (folios 287 a 321)



IV. El 23.12.2015, el CRTVE y SERVICIOS SECURITAS, S.L. suscriben contrato que obrante a los folios 939 y 940 se reproduce, basado en la adjudicación del Expediente nº NUM003 cuyo objeto es el servicio de bomberos auxiliares de empresa para los centros de CRTVE en Prado del Rey y Torrespaña, de acuerdo con las condiciones establecidas en el Pliego de condiciones Generales (folios 155 a 181, 328 a 350, 642 a 664 y 941 a 952), el pliego de Prescripciones Técnicas (folios 182 a 185, 324 a 326, 638 a 641, y 953 y 954), y su oferta (folios 322 a 350, y 634 y 635). El Precio para la prestación del servicio era de 103.325,04 ? más IVA. El plazo de ejecución era de 1 año desde el 1.02.2016 hasta el 31.01.2017.

Servicios Securitas, S.L. ha venido prestando el citado servicio en los centros de Prado del Rey y Torrespaña, con su propio personal, desde el 01.01.2015, contratando al efecto a cuatro trabajadores temporales a tiempo completo, cuyos contratos y nóminas obran a los folios 675 a 716. El precio final por el que se le adjudicó el contrato fueron 110.400 ?.

Servicios Securitas, S.L. adquirió para la prestación del servicio un vehículo de intervención Ford Ranger 2.2 TDI 150 cv 4x4, así como el equipamiento principal que reflejan las facturas obrantes a los folios 717 a 722.

TERCERO. Sobre las entidades demandadas:

La empresa FORTEM INTEGRAL, S.L. inició sus operaciones el 24.01.2015, tiene por objeto social la enseñanza y formación teórico específica en toda clase de oposiciones, impartir toda clase de cursos de formación teóricos y/o prácticos acerca de la prevención o extinción de fuegos, inundaciones, avalanchas, corrimiento de tierras (información Registro Mercantil obrante al folio 769)

La empresa SERVICIOS SECURITAS, S.A., inició sus operaciones el 17.12.1984, tiene por objeto social toda clase de servicios auxiliares en urbanización, fincas urbanas, oficinas, instalaciones industriales, centros comercial, redes viales, organismos oficiales y dependencias administrativas. Rige sus relaciones laborales por lo dispuesto en su propio Convenio Colectivo, publicado en el BOE número 278, de 18.11.2008. (información Registro Mercantil y escritura aportada por la codemandada como doc. 18 de su ramo probatorio)

Ninguna de las dos empresas anteriores se encuentra habilitada administrativamente para actuar como empresa de seguridad (hecho no controvertido y corroborado por el listado de empresas de seguridad inscritas a 31.1.2016 obrante a los folios 777 a 787).

- CORPORACIÓN DE RADIO TELEVISIÓN ESPAÑOLA: La organización de la radio y televisión de titularidad estatal, ha sido llevada a cabo por la Ley 17/2006 de 5 de junio, que establece la estructura de la Corporación de RTVE y crea como sociedades filiales de la misma a la Sociedad Mercantil Estatal de Televisión y a la Sociedad Mercantil Estatal RNE, subrogándose en la posición jurídica que ostentaba el Ente Público RTVE y las sociedades TVE, S.A. y RNE S.A.

El 12-7-06, en virtud de lo dispuesto en la DA 35ª de la Ley 30/2005, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado, RTVE y la SEPI elaboraron un Plan de saneamiento y futuro de RTVE, y para conseguir la participación de los actores sociales se suscribió el Acuerdo para la Constitución de la Corporación RTVE por la representación de RTVE, la SEPI, CCOO, UGT, USO y APLI, cuyo apartado 5 fue del siguiente tenor: "Externalización. Se contempla la externalización de actividades conforme a los criterios contenidos en el marco de la regulación establecida en el anexo 13 del Convenio Colectivo vigente; en todo caso, la nueva Corporación garantizará que el control de las actividades objeto de externalización residirá en la nueva Corporación, la cual velará por la correcta y adecuada capacitación y solvencia de las empresas suministradoras del servicio.

En ningún caso dicha externalización supondrá la subrogación de empleados desde la Corporación a empresas externas. A los empleados que resultasen excedentes como consecuencia de externalizaciones, se les garantizará su recolocación interna en otras áreas, si fuese posible, facilitándole la formación que para ello fuese necesario, o se les mantendrá en su puesto de trabajo en otro caso.

La Corporación se compromete a incluir como criterio de selección en los concursos públicos o peticiones públicas de ofertas que en el futuro puedan convocarse para la prestación de servicios en la Corporación, la equiparación de condiciones laborales entre los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas y el personal de la Corporación en las mismas categorías o que desarrollen funciones similares.

Igualmente, la nueva Corporación se compromete a incluir en el pliego de condiciones de los concursos públicos o peticiones públicas de ofertas que en el futuro puedan convocarse para la prestación de servicios en la Corporación, la subrogación de trabajadores de las empresas de servicios en el caso de cambio de titularidad de la contrata...". (Se da por reproducido el acuerdo conocido como de "Peñascales" obrante a los folios 140 a 149, 359 a 378 y 955 a 964)

Con relación al anterior referido acuerdo de 12-7-06 se han dictado, al menos, las siguientes sentencias: del TSJ de Catalunya de 9.2.2011 en el conflicto colectivo 26/2009, 30.12.11, recaída en el procedimiento de conflicto



colectivo 30/2011 ; y de 24.11.09 y 9.2.11, recaídas en el procedimiento de conflicto colectivo 26/2009 ; y del TS de 4-6-13 , también citada (rec. casación 58/2012); y de 20-9-10 (rec. casación 17/2010) 23.04.2012 en el rec. Casación 77/2011 de la AN 22.11.2013 en el Conflicto colectivo 435/13 y del TS 14.9.2015 en Rec Casación 191/2014, así como diversas resoluciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional (Resultan del ramo de prueba de Fortem doc 11 que se llevó a la ilustrativa, así como de la aportada por la actora con igual valor, la de RTVE y de las bases de datos de jurisprudencia).

Corporación de Radio Televisión Española no incluyó en el pliego de contratación que dio lugar a la adjudicación del servicio a Servicios Securitas, S.L., la obligación de subrogación de trabajadores (hecho no controvertido)

TERCERO. Sobre el cese y circunstancias concurrentes: FORTEM INTEGRAL, S.A comunicó a los trabajadores, entre ellos al demandante, en fecha 25.1.2016 que con fecha 31.01.2016 causarían baja en la empresa por finalización de contrato con CRTVE, que la nueva adjudicataria que prestaría el servicio a partir del 1.02.2016 era SERVICIOS SECURITAS, S.A., "debiendo de ser Vd. subrogado en todos sus derechos y obligaciones por la citada empresa SERVICIOS SEGURITAS, S.A., en cumplimiento de lo estipulado en Convenio Estatal de las Empresas de Seguridad y de acuerdo a lo redactado en su artículo 14 "Subrogación de servicios", por el cual viene regulándose sus relaciones laborales" (folios 290 a 399). Con esa fecha cursó su baja en la seguridad social (hecho conforme y vida laboral)

Fortem Integral, S.L remitió a Servicios Securitas, S.A. la documentación obrante a los folios 401 a 521 que se da por reproducida.

En fecha 1.02.2016 el demandante se personó en el centro de trabajo y se le impidió la prestación de servicios, remitiendo la representación legal de los trabajadores en RTVE por burofax escrito obrante a los folios 135 a 137 que se reproduce. Se da también por reproducida la contestación de Servicios Securitas, S.A obrante al folio 523, negando la obligación de subrogar a los trabajadores, así como la comunicación que los trabajadores dirigen a Fortem y la contestación de ésta empresa obrante al folio 525.

CUARTO. Diferencias retributivas: A la extinción del contrato se adeuda al demandante la cantidad de 147,11€ en concepto de vacaciones no disfrutadas. (Hecho no controvertido)

QUINTO. Formalidades del procedimiento y proceso. Se interpuso papeleta de conciliación el día 16.02.2016, celebrándose el acto el 4.03.2016, que terminó: sin avenencia respecto de CRTVE y Fortem Integral, S.L., e intentado y sin efecto respecto de Servicios Securitas, S.A. que no compareció constando debidamente citada. Se presentó demanda por despido y cantidad el día 7.03.2015 que, turnada a este Juzgado, tuvo entrada el día 15.03.2015."

TERCERO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: " 1º) Estimo la demanda interpuesta por DON Santos , contra FORTEM INTEGRAL, S.L., declaro la improcedencia del despido comunicado al demandante, con efectos del día 31.01.2016, y condeno a la citada mercantil a estar y pasar por esta declaración y a que, a su opción, readmita al trabajador en su anterior puesto de trabajo, con abono de los salarios dejados de percibir desde el despido (día siguiente a su fecha de efectos) hasta la notificación de esta resolución (a dicha empresa), a razón del salario diario declarado probado(47,44 euros) y descuento de los periodos en que haya permanecido en situación de incapacidad temporal, maternidad, riesgo por embarazo y/o de los salarios que hayan percibido en nuevos empleos y prestaciones de desempleo que percibido como consecuencia de la rescisión parcial de su contrato para su reintegro al Servicio Público de Empleo hasta el límite del salario diario declarado probado, o le abone la cantidad que a continuación se indica en concepto de 9.464,28 euros indemnización por despido. La opción deberá ser formulada mediante escrito o comparecencia ante este Juzgado en el plazo de los cinco días siguientes a la notificación de la presente resolución y, de no efectuarse en tiempo y forma, se entenderá que se efectúa en favor de la readmisión.

2º) Estimo la demanda interpuesta por DON Santos , contra FORTEM INTEGRAL, S.L., y condeno a ésta a que le abone la cantidad de 147,11 euros , con el recargo del artículo 29.3 LET.

3º) Absuelvo de la demanda libremente y a todos los efectos a CORPORACIÓN DE RADIO TELEVISIÓN ESPAÑOLA y a SERVICIOS SECURITAS, S.A., dada su falta de legitimación pasiva por inexistencia de deber de subrogación de esa mercantil en el contrato de los actores y de despido, desestimando la excepción de falta de competencia del Orden Jurisdiccional Social opuesta por CRTVE."

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por FORTEM INTEGRAL SL, formalizándolo posteriormente; tal recurso fue objeto de impugnación por D. Santos , SERVICIOS SEGURITAS, S.A. y CORPORACIÓN DE RADIO TELEVISIÓN ESPAÑOLA.



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, tuvieron los mismos entrada en esta Sección, dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación en forma.

SEXTO: Nombrado Magistrado-Ponente, se dispuso el pase de los autos al mismo para su conocimiento y estudio, señalándose el día 27 de septiembre de 2017 para los actos de votación y fallo.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Disconforme la demandada antecitada con la sentencia de instancia, formula recurso de suplicación con la doble finalidad de revisar la declaración fáctica y examinar el derecho aplicado en dicha resolución.

Al recurso se oponen el demandante y las restantes demandadas en sus respectivos escritos de impugnación por las razones alegadas al efecto.

Así, en los siete primeros motivos de su recurso dicha demandada solicita, al amparo del artículo 193 b) de la LRJS, la revisión de los hechos declarados probados, en los términos que propone.

Ahora bien, a la vista de las alegaciones realizadas, se ha de significar que, según tiene declarado la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha en Sentencias de 28 de septiembre de 2004, recurso de suplicación 878/2004 y de 26 de junio de 2007, recurso de suplicación 1225/05 y esta misma Sala del T.S.J. de Madrid en la de 13-5-2009 (Rec. 1472/09), entre otras, con doctrina enteramente aplicable tras la entrada en vigor de la LRJS, se vienen considerando como requisitos a tener en cuenta para la procedencia de la revisión fáctica:

- 1.-Imposibilidad de aducir cuestiones fácticas nuevas no discutidas en el procedimiento.
- 2.-Precisión y claridad en la concreción del hecho o hechos a revisar.
- 3.-Determinación explícita y concreta de las pruebas documentales o periciales que sirvan de sustento a su pretensión, no siendo viables las interpretaciones distintas de las mismas pruebas ya valoradas por el Juez "a quo".
- 4.-No pueden servir para la revisión la referencia genérica a las pruebas practicadas, ni la alegación de inexistencia de prueba de hechos declarados como acreditados, ni la mención de determinados medios probatorios desvirtuados o contradichos por otros también incorporados a las actuaciones.
- 5.-El error del Juzgador debe inferirse directamente de las específicas pruebas documentales o periciales aducidas, y no de hipótesis, conjeturas o razonamientos efectuados a partir de las mismas.
- 6.-Debe ofrecerse el correspondiente texto alternativo que se pretende vaya a sustituir al llamado a ser suprimido.
- 7.-Por último, es necesario que la revisión propuesta, ya sea a través de la modificación, supresión o adición instada, resulte trascendente o relevante en orden al enjuiciamiento y resolución del tema litigioso objeto de debate.

Pues bien, en el presente caso la recurrente pretende en estos motivos que se revisen los hechos probados en los términos que indica. Sin embargo, en cuanto a los motivos I, II y III (encaminados a la revisión del Hecho Probado Segundo y a la adición de un nuevo hecho probado, respectivamente), nos encontramos con que las revisiones pedidas resultan por completo intrascendentes al fallo, siendo así que en el relato fáctico aparecen recogidos los extremos relevantes para la resolución del litigio, lo que obliga a rechazar dichos motivos.

Como igualmente se ha de rechazar el motivo IV, en que la recurrente solicita que se efectúe la adición que propone, a fin de que conste que el salario de los trabajadores reseñados en el mismo es el que indica. Y es que de nuevo la revisión pedida resulta completamente intrascendente al recurso, careciendo en todo caso del alcance que pretende dársele.

A su vez, en lo referente al motivo V nos encontramos con que, por un lado, la demandada trata de introducir elementos y valoraciones de carácter jurídico, como es la de la aplicación de una normativa determinada, que deben quedar fuera del relato fáctico y, por otro lado, que lo relativo al alta en el IAE de FORTEM carecería de toda trascendencia, constando en el relato fáctico su objeto social, que es lo verdaderamente relevante.

Por su parte, en lo que respecta al motivo VI, se observa que la recurrente trata de efectuar nuevamente una adición que carece de toda virtualidad para modificar el fallo, no pudiendo deducirse tampoco del pliego de



prescripciones técnicas del contrato de 2014 ni del correo electrónico indicado, los extremos alegados, y en consecuencia debe decaer también este motivo.

Finalmente, en el motivo VII la recurrente interesa que se introduzca un nuevo hecho probado en el que se recoja que la Inspección de Trabajo ha practicado acta de infracción grave con propuesta de sanción a RTVE por incumplimiento del Acuerdo de 2006 al no incorporar la obligación de subrogación del personal en el contrato adjudicado en 2015 a SECURITAS SERVICIOS. Ahora bien, si la obligación de subrogación de las empresas de servicios no deriva del acuerdo sino de la aceptación que la empresa hace del concurso, resulta indudable que la sanción que pueda imponerse a la principal por incumplimiento de pactos vinculantes para ella en nada afecta a la contratista, y por consiguiente la revisión sería totalmente intrascendente al recurso.

En definitiva, ninguna de las revisiones pedidas resulta posible, en el bien entendido de que, al no ser la suplicación una segunda instancia y configurarse como un recurso de naturaleza extraordinaria, lo que implica el objeto limitado del mismo, el Tribunal "ad quem" no puede valorar "ex novo" toda la prueba practicada, como si de una apelación se tratara, como no puede revisar "in totum" el Derecho aplicable, y ello aun cuando las pruebas estuvieran mal interpretadas y aunque el Derecho estuviera mal aplicado. Y ha de insistirse asimismo en que el criterio del juzgador para establecer la datación fáctica no puede ser sustituido por el interesado y particular del recurrente sino en virtud de causa objetiva, contundente y suficientemente acreditada que evidencie de manera patente e incuestionable un error en la narración histórica con trascendencia al recurso, y nunca en virtud de otras pruebas de similar valor a las que el juez considere preeminentes o que ya fueron tenidas en cuenta por él para la conformación de su juicio.

SEGUNDO .- Al examen del derecho sustantivo aplicado dedica la recurrente el siguiente motivo, en que, al amparo del artículo 193 c) de la LRJS, denuncia la infracción del artículo 7 del Código Civil, en relación con los artículos 37 y 38 de la CE, 1257 del Código Civil, 42 del ET y 14 del Convenio Colectivo estatal de empresas de seguridad, así como de la jurisprudencia.

Así las cosas, vistas las alegaciones realizadas, se ha de significar que para la resolución de este motivo del recurso deben hacerse las consideraciones siguientes:

1ª) Constituyendo el despido en todo caso la extinción del contrato de trabajo por decisión unilateral del empresario, tal como tiene declarado una reiterada jurisprudencia (así, ss. T.S. de 20 de diciembre de 1.989 y 19 de junio de 1.990, entre otras), se ha de subrayar que, a falta de concepto legal, el despido ha sido interpretado en sentido amplio, comprensivo tanto de los supuestos en que, reciban o no esa estricta denominación, las decisiones empresariales dirigidas a la extinción del contrato tienen acomodo expreso entre las causas legalmente establecidas, como los que se denominan despidos "atípicos", por carecer de acogida expresa en la Ley o por no estar legalmente concebidos como tales despidos. Por lo demás, el art. 55 del Estatuto de los Trabajadores determina que se ha de calificar en el fallo de la sentencia el despido como procedente, improcedente o nulo, aun cuando bien puede suceder, como es evidente, que el despido sea en realidad inexistente, es decir que no haya habido despido, como puede ocurrir igualmente que se haya de declarar "no probado" el despido (sentencia del Tribunal Supremo de 13 de Febrero de 1.986, entre otras).

Así, tras la reforma operada en el Estatuto de los Trabajadores por la Ley 11/1994, de 19 de Mayo, se ha de declarar improcedente el despido - art. 55.4 del Estatuto de los Trabajadores - tanto en el supuesto de que no quede acreditado el incumplimiento alegado por el empresario en su escrito de comunicación como cuando en su forma no se ajuste el despido a lo establecido en el apartado 1 del propio art. 55, en que se exige que el despido sea notificado por escrito al trabajador haciendo figurar los hechos que lo motivan y la fecha en que tendrá efectos, asimilándose a tales supuestos, en general, aquellos en que no se acredite la existencia real de la causa alegada por la empresa para la extinción del contrato de trabajo.

2ª) Jurídicamente, el cambio de titularidad en la empresa es causa, en sentido amplio, de una novación subjetiva por virtud de la cual una persona sustituye a otra como parte de un contrato, de forma que, como consecuencia de la novación, hay una subrogación empresarial, "quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones del anterior" (art. 44.1 del Estatuto de los Trabajadores), en el bien entendido de que, según reiterada doctrina jurisprudencial (ss. del T. S. de 16 de junio de 1983, 29 de marzo de 1985 y 26 de enero de 1987, entre otras), la transmisión o sucesión empresarial requiere la concurrencia de dos elementos: uno, subjetivo, representado por la transferencia directa o tracto sucesivo del antiguo empresario al nuevo adquirente, ó sea el cambio de titularidad del negocio o centro de trabajo autónomo, y otro, 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, es decir, la permanencia de ésta como unidad en sus factores técnicos, organizativos y productivos, unidad socio-económica de producción que configura la identidad del objeto transmitido, habiendo establecido asimismo la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1996, dictada en casación para la unificación de doctrina, que la subrogación sólo se producirá conforme a lo



dispuesto en el art. 44 del Estatuto de los Trabajadores cuando se produzca la transmisión "de los elementos patrimoniales que configuran la infraestructura u organización empresarial básica de la explotación", debiendo significarse, en este sentido, que la actividad empresarial precisará de un soporte patrimonial mínimo que sirva de sustento a su quehacer independiente, por lo que el cambio de titularidad requiere, conforme a lo expuesto, que se realice una transmisión de un conjunto de elementos esenciales en los términos indicados anteriormente.

Así, el art. 44.1 E.T. se refiere expresamente al cambio de titularidad "de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma", que no extinguirá por sí mismo la relación laboral, siendo la cuestión práctica que se plantea más frecuentemente al respecto la de si la sucesión en la realización de una actividad basta para entender que existe una sucesión empresarial, de forma que se ha suscitado a menudo la duda de si la sucesión entre empresarios que pasan a realizar un servicio a terceros, que es el caso de las contratas, constituye a tales efectos una transmisión.

Pues bien, la Directiva europea (Directiva del Consejo 1998/50/CE, de 29 de junio) se pronunció en el sentido de entender, al igual que la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, que es preciso que se transmitiese un substrato material, y no una mera ocasión de negocio, exigiéndose para la existencia de sucesión empresarial la transmisión de un elemento material o jurídico que la sustentara, y así, de acuerdo con tal doctrina, se ha considerado que en el caso de contratas "no hay transmisión de empresa, no hay sucesión de empresa, no se está ante el supuesto del art. 44 del Estatuto de los Trabajadores , y por ende, no hay subrogación empresarial cuando no se transmite la unidad productiva que la determina y define y cuando ni la normativa sectorial, ni el eventual pliego de condiciones dan tratamiento jurídico-laboral a la cuestión" (s.s. T.S. de 13 de marzo de 1.990, 23 de Febrero de 1.994 y 12 de marzo de 1.996, entre otras), habiendo precisado el propio Tribunal Supremo en sentencias de fechas 29-4-1990 , 5-4-1993 y 25-10-1996 , entre otras, que la transmisión de contratas no es tal, sino la finalización de una y comienzo de la otra distinta, aunque materialmente la contrata sea la misma en el sentido de que los servicios prestados siguen siendo los mismos.

En definitiva y a manera de conclusión, hemos de señalar que, según establece la sentencia del Tribunal Supremo de 29-1-2002 , que recoge otras anteriores, en los supuestos de sucesión de contratas la pretendida transmisión de contratas no es tal, sino finalización de una contrata y comienzo de otra, formal y jurídicamente distinta, con un nuevo contratista, aunque materialmente la contrata sea la misma, en el sentido de que son los mismos servicios los que se siguen prestando, de ahí que, para que la subrogación del nuevo contratista en los contratos de los trabajadores de la antigua se produzca, tenga que venir impuesto por norma sectorial eficaz que así lo imponga o por el pliego de condiciones que pueda establecerla, aceptada por el nuevo contratista.

3ª) Una vez expuesto lo que antecede, hemos de señalar que las cuestiones planteadas en el presente caso han sido ya resueltas por la sentencia de esta misma Sala del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 17-3-2017 (Rec. 1096/2016), referente a otro trabajador de la empresa que se encontraba en la misma situación que el demandante, según resulta del Hecho Probado Tercero de la sentencia ahora recurrida, siendo así que en la antecitada sentencia de esta Sala se dice, en lo que aquí interesa, lo siguiente:

"... Desde el punto de vista del recurrente existe una ignorancia deliberada, es decir, connivencia, entre CRTVE y SECURITAS SERVICIOS para no incluir en los pliegos de la contrata la subrogación obligatoria del adjudicatario. Esta connivencia para eludir la aplicación del art. 44 del ET pasaría por aceptar que CRTVE se beneficia de contratar a un precio muy inferior al que lo venía haciendo y SERVICIOS SECURITAS se ahorra el coste de los trabajadores. De esta forma el recurrente trata de llevar la atención a las sucesivas cifras de la adjudicación para llegar a afirmar que en menos de cuatro años se ha reducido el precio del contrato de servicio en más de un 75% lo que incide en la libre competencia pues si en el año 2011 concurrieron cinco empresas a la licitación, en el 2015 solo ha concurrido la adjudicataria. En suma, viene a alegar que ha existido una connivencia mercantil para alterar el precio del servicio, lo que determina que CRTVE incumpla el convenio, que SERVICIOS SECURITAS ignore de forma deliberada su obligación de subrogación en perjuicio de los derechos de los trabajadores, de la libre competencia amparada por la libertad de empresa y, en definitiva, de los derechos de FORTEM.

(...) Y desde este prisma también debe ser analizado el único motivo de recurso formulado al amparo del apartado c) del art. 193 de la LRJS en el que denuncia la infracción de lo establecido en el art. 7 CC , en relación con los arts. 37 y 38 CE , 1257 CC , 42 ET y 14 del Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Seguridad .

(...)

2.- Lo primero que debemos poner de relieve es lo infructuoso del intento de tratar de demostrar en el ámbito laboral judicial la existencia de una conducta colusoria sin ni tan siquiera citar la Ley 15/2007, de 3 de julio de Defensa de la Competencia (BOE de 4 de julio). Si la empresa recurrente considera que de una u otra forma los codemandados han incurrido en alguna de las conductas colusorias del art. 1 de la Ley 15/2007 como



puede ser la connivencia para aplicar condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros o para fijar los precios del servicio, de forma directa o indirecta, o en fin, cualquiera de las prácticas desleales que regula la ley, tiene a su disposición los órganos de Defensa de la Competencia de las Comunidades Autónomas y, desde luego, la Comisión Nacional de la Competencia, que es la encargada de preservar, garantizar y promover la existencia de una competencia efectiva en los mercados en el ámbito nacional, asumiendo las funciones que describe el art. 24 de la Ley.

3.- No obstante lo anterior, es cierto que el respeto a la ley implica respetar la legislación de defensa de la competencia y a este respeto vienen obligadas las empresas. También es cierto que la STS de 15 de marzo de 1993 (rec. 1730/1991) admitió la posibilidad de que por la vía de impugnación de un Convenio Colectivo los Tribunales del orden social puedan examinar si el Convenio infringe la normativa de competencia. Como ha señalado la SAN de 30 de septiembre de 2013 , «la actual Comisión Nacional de la Competencia es administración y no puede anular normas de un Convenio Colectivo, existiendo al efecto una reserva de jurisdicción a favor del orden social - art 90.5 ET y 163 y ss LRJS -. Quizás por ello el art.5.4 de la Ley 3/2013, de 4 de junio , de creación de la Comisión Nacional de Mercados y la Competencia concede legitimación la Comisión para impugnar ante la "jurisdicción competente....las disposiciones generales de rango inferior a la ley de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados"».

4.- Sin embargo, la tesis del recurrente tropieza con escollos importantes:

1) como se ha anticipado, estamos ante un recurso extraordinario en el que las partes deben ajustarse de forma inexorable a determinados requisitos de forma. Así, es obligado que en el escrito de interposición se exponga «con suficiente precisión y claridad el motivo o los motivos en que se ampare, citándose las normas del ordenamiento jurídico o la jurisprudencia que se consideren infringidas», como ordena el citado art. 196.2. Todo ello implica que el Tribunal de suplicación puede examinar aquellas infracciones legales que hayan sido aducidas por la parte o partes recurrentes, no siendo posible abordar las infracciones no denunciadas; y además estas alegaciones deben efectuarse con arreglo a las referidas formalidades. Si estas específicas exigencias no se cumplen, no es viable el recurso o el alegato concreto que adolece de este defectuoso planteamiento como ocurre en el presente supuesto en el que no se nos cita ni una sola vez la Ley 15/2007, de 3 de julio;

2) incluso en el caso de que hipotéticamente aceptáramos que con la genérica cita del art. 38 CE y la mención a la libre competencia se comprende el alcance de la pretensión que se formula y que en aras a preservar el art. 24 CE no cabe su rechazo por motivos formales (art. 11.3 LOPJ), la aplicación de la Ley de la Competencia al supuesto de autos se topa con el problema de que se denuncia un pacto entre empresarios destinado a influir en el mercado, pacto que no ha sido probado y que de existir se produce entre dos mercantiles una de ellas pública, y en ese ámbito, no en el terreno de la negociación colectiva o de pactos entre empresarios y trabajadores logrados con el fin de lesionar la libre competencia en cuyo caso también podría entrar en juego el Convenio de colaboración entre el Ministerio de Trabajo e Inmigración y la Comisión Nacional de la Competencia, aprobado por Resolución de 1 de febrero de 2010, BOE de 26 de febrero, además de este orden social.

5.- Analizada y desestimada de esta forma la genérica denuncia de lesión de la libre competencia y el libre mercado, la cuestión se reconduce a los términos estrictos en los que ha sido planteada en la sentencia de instancia en la que consta una circunstancia que se omite en el recurso: cuando la recurrente FORTEM entró en escena en 2011 asumiendo a los trabajadores de SEGURIDAD GALLEGA NOSA S.A. lo hizo así por pacto con la saliente, no por imposición del pliego de condiciones. Si considera ahora que por el Acuerdo de los Peñascales de 12 de julio de 2006 debió imponerse la inclusión de la cláusula de subrogación, por la misma lógica debió también imponerse en su día y solicitar la integración del contrato administrativo o impugnar el pliego de condiciones ante la jurisdicción contencioso-administrativa como también pudo impugnar el pliego de condiciones origen de la adjudicación a SERVICIOS SECURITAS S.A.

6.- Como ha señalado el TS en su sentencia de 14 de septiembre de 2015 antes citada, FORTEM en 2011 solo venía obligada a respetar lo que aceptó por el concurso al que libre y voluntariamente se presentó, sometiéndose a las cláusulas del mismo. La subrogación no se le impuso ni derivó del pliego de condiciones sino que fue aceptada por ella asumiendo a trabajadores a los que, además, les era de aplicación un Convenio específico, el de seguridad, porque este era el aplicable a la empresa de procedencia por razón de su actividad. Como señala la sentencia de instancia este Convenio expiró en 2012, dejando de regular las relaciones laborales de los trabajadores subrogados (art. 44.4 ET) en una empresa que, pese a lo que pretende, no puede elegir el convenio que es de aplicación pues se ha de regir por el criterio de la actividad preponderante o principal que no es, conforme a los hechos probados, la actividad de vigilancia y seguridad. En efecto, es criterio jurisprudencial reiterado que la determinación del convenio colectivo aplicable no es disponible ni renunciante para las partes, al ser una cuestión indisponible y de orden público, de tal forma que no cabe elegir, ni adherirse,



ni aplicar un convenio distinto del que debe aplicarse por estar incluida en su ámbito de aplicación la actividad realizada por la empresa.

6.- Por ello, y de la misma forma, si en 2015 el pliego de condiciones no contiene cláusula de subrogación SERVICIOS SECURITAS S.A. solo viene obligada a respetar lo que aceptó por el concurso al que libre y voluntariamente se presentó, sometiéndose a las cláusulas del mismo. La subrogación no se le impone ni deriva del pliego de condiciones ni de un Convenio que no le es aplicable por objeto social y actividad ni puede imponerse la subrogación por un acuerdo datado en 2006 en el que no ha sido parte. Si este acuerdo ha sido incumplido por la Corporación pública codemandada podrá ser expuesta a la exigencia de responsabilidad que corresponda, incluso por FORTEM. Lo que no es posible es que, por la vía de hecho en el despido individual, se integre el contrato administrativo firmado en su día entre las codemandadas cuando, como se señala en el escrito de impugnación, no impugnó el contrato de forma adecuada, ni el pliego, ni la adjudicación ni, en definitiva, ninguno de los actos del procedimiento administrativo en su día seguido y del que, desde luego, tenía conocimiento porque conocía perfectamente que su adjudicación finalizaba en enero de 2016 y que el procedimiento de contratación administrativa del nuevo contrato de servicios se inició en octubre de 2015.

7.- En consecuencia, si no hay subrogación vía convenio ni es de aplicación el art. 44 por sucesión de empresas al no existir sucesión de plantillas, ni la subrogación viene impuesta en el pliego o de otra forma, la responsabilidad del despido operado descansa exclusivamente en FORTEM. Así lo ha entendido la sentencia de instancia, en nuestro criterio de forma correcta. Se mantiene su decisión.

(...)"

Tal doctrina resulta enteramente de aplicación en el supuesto de autos y a ella ha de estarse necesariamente, por evidentes razones de seguridad jurídica y de igualdad ante la ley, por lo que, no habiendo incurrido la sentencia de instancia en las infracciones denunciadas, se impone, con previa desestimación del recurso, la confirmación de dicha resolución.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que, **desestimando el recurso de suplicación** interpuesto por la representación legal de FORTEM INTEGRAL, S.L., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 26 de los de MADRID de fecha 2 de junio de 2016, en los autos número 203/2016, seguidos en virtud de demanda presentada por D. Santos, en reclamación por DESPIDO Y CANTIDAD, debemos **CONFIRMAR** y **CONFIRMAMOS** dicha resolución, condenado a la recurrente a abonar a cada uno de los letrados que han impugnado su recurso la cantidad de 500 euros en concepto de honorarios. Dése a los depósitos y consignaciones que se hayan constituido el destino legal.

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 de este Tribunal Superior de Justicia.

MODO DE IMPUGNACIÓN : Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación para la unificación de doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de DIEZ DÍAS hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia. Siendo requisito necesario que en dicho plazo se nombre al letrado que ha de interponerlo. Igualmente será requisito necesario que el recurrente que no tenga la condición de trabajador, causahabiente suyo o beneficiario del Régimen Público de la Seguridad Social o no gozare del derecho de asistencia jurídica gratuita, acredite ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso haber depositado 600 euros, conforme al artículo 229 de la LRJS, y consignado el importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente en la cuenta corriente nº 2827-0000-00-0460-17 que esta sección tiene abierta en BANCO DE SANTANDER sita en PS. del General Martínez Campos, 35; 28010 Madrid, 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).

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 2827-0000-00-0460-17.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvanse los autos originales 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.

PUBLICACIÓN

Publicada y leída fue la anterior sentencia en el día de su fecha por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado-Ponente en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ