



Roj: **STSJ GAL 7118/2017 - ECLI: ES:TSJGAL:2017:7118**

Id Cendoj: **15030340012017105130**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **10/11/2017**

Nº de Recurso: **3705/2017**

Nº de Resolución: **5332/2017**

Procedimiento: **RECURSO SUPLICACION**

Ponente: **ANTONIO JESUS OUTEIRIÑO FUENTE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE GALICIA

-

PLAZA DE GALICIA S/N

15071 A CORUÑA

Tfno: 981-184 845/959/939

Fax: 881-881133/981184853

NIG: 36057 44 4 2016 0005066

Equipo/usuario: MR

Modelo: 402250

RSU RECURSO SUPLICACION 0003705 /2017 CRS

Procedimiento origen: DESPIDO/CESES EN GENERAL 0001017 /2016

Sobre: DESPIDO DISCIPLINARIO

RECURRENTE/S D/ña COYMA SERVICIOS GENERALES SL

ABOGADO/A: JUAN RAMIRO AGRA REQUEIJO

PROCURADOR: JOSE ANTONIO CASTRO BUGALLO

RECURRIDO: EULEN S.A., Marcelina EULEN SA, Palmira

ABOGADO/A: CARLOS ENRIQUE RODRIGUEZ MARTINEZ, Palmira

PROCURADOR:

ILMOS/AS. SRES/AS. MAGISTRADOS

D. ANTONIO OUTEIRIÑO FUENTE

Presidente

D. JOSE ELIAS LOPEZ PAZ

D. LUIS FERNANDO DE CASTRO MEJUTO.

A CORUÑA, a diez de noviembre 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

SENTENCIA

En el RECURSO SUPPLICACION 0003705 /2017, formalizado por el letrado Juan Ramiro Agra Requeijo, en nombre y representación de COYMA SERVICIOS GENERALES SL, contra la sentencia número 196 /2017 dictada por XDO. DO SOCIAL N. 1 de VIGO en el procedimiento DESPIDO/CESES EN GENERAL 0001017 /2016, seguidos a instancia de D^a Marcelina , frente a COYMA SERVICIOS GENERALES SL, EULEN S.A., FISCALIA COMUNIDAD AUTONOMA DE GALICIA, siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo/a Sr/Sra D/D^a ANTONIO OUTEIRIÑO FUENTE.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: D^a Marcelina presentó demanda contra COYMA SERVICIOS GENERALES SL, EULEN S.A., FISCALIA COMUNIDAD AUTONOMA DE GALICIA, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 196/2017, de fecha veintiuno de marzo de dos mil diecisiete , por la que se estimò la demanda.

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

Primero.- La demandante D^a. Marcelina , mayor de edad y con D. N. I. número NUM000 , vino prestando servicios para la empresa Atlas Servicios Empresariales, S.A. desde el día 19 de junio de 2004 con categoría nivel 2, realizando funciones de atención en la taquilla de Vigo-Zoo, lo que suponía vender entradas, controlar las entradas al recinto y atender el teléfono, empresa para la que prestó servicios hasta el día 30 de septiembre de 2008. Segundo.- Con efectos del 1 de octubre de 2008 asumió el servicio antes señalado la empresa Eulen, S.A., con la que la trabajadora suscribió contrato en esa fecha con categoría de taquillera, jornada parcial de 36'68 horas si bien fue dada de alta en la Seguridad Social a jornada completa y así prestó servicios y percibiendo en el año 2016 la siguiente retribución mensual: 655'20 euros de salario base, 235'60 de gratificación voluntaria, 109'20 de prorrata de pagas extras (655'20x2:12) y 375 euros de horas extras. Dicha sociedad le notificó a la actora el día 29 de agosto de 2016 que la nueva contratista era Coyma Servicios Generales, S.A. que entraría a prestar servicios el día 1 de octubre y que entendía que "...usted se incorporará a la plantilla de la nueva adjudicataria, todo ello conservando sus condiciones y derechos laborales" por considerar que se producía una sucesión empresarial. Tercero.- Con efectos del 1 de octubre de 2016 se hizo cargo del servicio la empresa Coyma Servicios Generales, S.L., que le suscribió a la actora un contrato eventual por 3 meses con categoría de auxiliar, jornada de 36'68 horas semanales (91'7% de la jornada ordinaria) y salario mínimo interprofesional, contrato prorrogado por 3 meses el 1 de enero de 2017, percibiendo la trabajadora una retribución mensual de 757'12 euros incluida prorrata de pagas extras y reconociéndosele una antigüedad del 1 de octubre de 2016. Cuarto.- Considera la actora que al no haber sido subrogada por Coyma Servicios Generales, S.L. en las mismas condiciones que tenía con Eulen, S.A. fue objeto de un despido frente al que reclama en esta litis. Quinto.- En el servicio de taquillas en Vigo-Zoo venían prestando servicios la actora y otra compañera, a la que también contrató Coyma Servicios Generales, S.L. así como solía contratarse siempre a la misma persona para sustituir vacaciones y que no quiso continuar con la nueva contratista a pesar de haber sido contactada por la misma. En dicho servicio el personal disponía de ordenador, escáner y teléfono cuya propiedad no consta pero que ya existían con Eulen, S.A. y material de oficina (papel, sobres, bolígrafos ...) que aportaban las empresas contratistas. Sexto.- En la fecha de la subrogación la actora estaba embarazada, siendo la fecha previsible del parto el día 26 de marzo de 2017. Séptimo.- Presentada papeleta de conciliación ante el S.M.A.C. el día 4 de noviembre de 2016, la misma tuvo lugar el día 22 con el resultado de sin avenencia en relación a Eulen, S.A. y sin efecto respecto a la codemandada. Octavo.- La demandante no es ni fue durante el último año representante legal de los trabajadores.

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

FALLO: Que estimando la demanda interpuesta por D^a. Marcelina , debo condenar y condeno a la empresa Coyma Servicios Generales, S.L. a que la readmita con efectos del 1 de octubre de 2016 en las siguientes condiciones laborales: antigüedad del 19 de junio de 2004, categoría de taquillera, jornada completa y salario mensual prorrateado de 1.375 euros (655'20 euros de salario base, 235'60 de gratificación voluntaria, 109'20 de prorrata de pagas extras -655'20x2:12 - y 375 euros de horas extras), debiendo abonarle dicho salario desde el 1 de octubre de 2016, salario que se compensará con las prestaciones de incapacidad temporal en el período concurrente, desestimando la demanda de la actora frente a Eulen, S.A., a la que absuelvo.



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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia estima en parte la demanda interpuesta por la actora y condena a la empresa Coyma Servicios Generales, S.L. a que la readmita con efectos del 1 de octubre de 2016 en las siguientes condiciones laborales: antigüedad del 19 de junio de 2004, categoría de taquillera, jornada completa y salario mensual prorrateado de 1.375 euros (655'20 euros de salario base, 235'60 de gratificación voluntaria, 109'20 de prorrata de pagas extras 655'20x2:12 - y 375 euros de horas extras), debiendo abonarle dicho salario desde el 1 de octubre de 2016, salario que se compensará con las prestaciones de incapacidad temporal en el período concurrente, desestimando la demanda de la actora frente a Eulen, S.A., a la que absuelvo. Y contra este pronunciamiento recurre la empresa condenada Coyma Servicios Generales, S.L. articulando un primer motivo de suplicación, al amparo del art. 193. b) de la LRJS, en el que interesa la modificación del Hecho Probado SEGUNDO, en el sentido de suprimir del párrafo segundo, la siguiente afirmación: *"que entendía que usted se incorporará a la plantilla de la nueva adjudicataria, todo ello conservando sus condiciones y derechos laborales" por considerar que se producía una sucesión empresarial*.

El motivo no resulta acogible, por cuanto lo que el hecho transcribe no es mas que el contenido de la notificación a la remitida a la actora por su empleadora Eulen S.A., relativa a que la nueva contratista Coyma Servicios Generales, S.L., entraría a prestar servicios el día 1 de octubre, y que -a juicio de su empleadora- se producía una sucesión empresarial, lo que en absoluto predetermina el resultado del proceso.

SEGUNDO.- La cuestión central del recurso se concreta a decidir si la empresa recurrente Coyma Servicios Generales, S.L., perteneciente al sector de limpieza y sucesora en la contrata del Zoo de Vigo, en la que trabajaba la actora para la empresa Eulen S.A., debe responder de la readmisión de dicha trabajadora en las mismas condiciones laborales que tenía en la empresa saliente por haberse producido su subrogación. Y la respuesta que procede dar al recurso ha de ser de contenido semejante a lo razonado por la sentencia de instancia, sobre la base de las siguientes consideraciones:

I.- El tema de la sucesión de empresa, en su modalidad de sucesión de plantilla, ha sido resuelto, entre otras, por las SSTs de 29 de mayo de 2008 (R. 3617/2006), 27 de junio de 2008 (R. 4773/2006), 28 de abril de 2009 (R. 4614/2007), 7 de diciembre de 2011 (R. 4665/2010), 28 de febrero de 2013 (R. 542/2012), 5 de marzo de 2013 (R. 3984/2011), 8 y 9 de julio de 2014 (rcud. 1741/2013 y 1201/2013), 9 de diciembre de 2014 (rcud. 109/2014) y 12 de marzo de 2015 (recud. 1480/2014). En esta última, tras hacer referencia al artículo 44 del Estatuto de los trabajadores, resume la doctrina judicial en la forma siguiente:

"... La doctrina general sobre la subrogación en las relaciones de trabajo establecida en el artículo 44 ET se puede resumir distinguiendo, de un lado, los puntos que se refieren al hecho o acto de la transmisión de empresa y, de otro lado, los relativos al objeto de dicha transmisión. En cuanto al objeto de la transmisión en los supuestos de sucesión de empresa, deben destacarse aquí los siguientes puntos..:

- 1) el objeto de la transmisión ha de ser "un conjunto organizado de personas y elementos que permita el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio";
- 2) dicho objeto "no entraña necesariamente elementos significativos de activo material o inmaterial" reduciéndose "en determinados sectores económicos como los de limpieza y vigilancia" "a su mínima expresión", en tanto en cuanto "la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra";
- 3) de lo anterior se desprende que "un conjunto organizado de trabajadores que se hallan específicamente destinados de forma duradera a una actividad común puede constituir una entidad económica [objeto de la transmisión determinante de la sucesión de empresa] cuando no existen otros factores de producción";
- 4) por el contrario, no se considera que hay sucesión de empresa "si la actividad de que se trata no descansa fundamentalmente en la mano de obra, sino que exige material e instalaciones importantes, aunque se produzca la continuidad de la actividad por un nuevo empresario y éste asuma un número importante de trabajadores del anterior";
- 5) el mantenimiento de la identidad del objeto de la transmisión supone que la explotación o actividad transmitida "continúe efectivamente" o que luego "se reanude".

En cuanto a los hechos o actos de transmisión los puntos doctrinales a destacar para la decisión del caso son los siguientes:



6) La expresión del artículo 44.1 ET "transmisión de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva" es equivalente a la expresión del artículo 1 a) de la Directiva comunitaria vigente "traspaso de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o centros de actividad";

7) el acto o hecho de "transmisión de un conjunto de medios organizados" no requiere necesariamente que haya transmisión de elementos patrimoniales del cedente al cesionario;

8) tampoco es imprescindible que exista en la transmisión de empresas o unidades productivas una vinculación contractual directa entre cedente y cesionario, vinculación o tracto directo que tiene un mero valor indiciario de la existencia de sucesión de empresa;

9) puede producirse, por tanto, la cesión o transmisión de empresas o unidades productivas a través o por mediación de un tercero propietario, arrendador, o dueño de la obra.

Dos puntos doctrinales más de carácter general conviene reseñar de la jurisprudencia en la materia, que se desprenden en realidad de los anteriores, pero que no está de más resaltar para la solución del caso controvertido o de otros semejantes:

10) para determinar en un supuesto concreto si se reúnen los requisitos necesarios para las transmisión de una empresa o unidad productiva "han de tomarse en consideración todas las circunstancias de hecho características de la operación de que se trate", entre ellos "el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate", "el que se hayan transmitido o no elementos materiales como edificios o bienes muebles", "el valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión", "el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores", "el que se haya transmitido o no la clientela", "el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión" y "la duración de una eventual suspensión de dichas actividades";

11) la obligación de subrogación en las relaciones de trabajo ("sucesión de empresa") generada en los supuestos normativos reseñados de la normativa comunitaria y del artículo 44 ET opera por imperativo de la ley (ope legis), sin requerir la existencia de un acuerdo expreso entre las partes del contrato de trabajo".

II.- "Sobre la base de la compleja doctrina sobre la sucesión de empresa resumida en los puntos anteriores se ha construido la teoría denominada de la "sucesión de plantillas", de acuerdo con la cual se da el supuesto de hecho legal de la sucesión de empresa en los casos de sucesión de contratatas o concesiones de servicios en que concurren determinadas circunstancias o requisitos.

El supuesto particular de sucesión de contratatas 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 contratatas 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".

III.- La aplicación de la doctrina judicial expuesta lleva a una conclusión semejante a la aplicada por la sentencia de instancia, pues consta probado que la empresa entrante Coyma Servicios Generales, S.L. contrató -y subrogó con condiciones distintas- a los dos empleados de la anterior entidad adjudicataria del servicio, lo que pone de manifiesto que *la actividad del servicio de control de accesos y atención al público, objeto de transmisión, que se realizaba básicamente mediante la aportación de mano de obra en el centro de trabajo de la comitente, pasó a realizarse con los mismos trabajadores del servicio anterior que gestionaba la empresa saliente, sin necesidad de equipos, instalaciones y locales de importancia.* En tales circunstancias, debe entenderse correcta y ajustada a derecho la condena de la empresa entrante que venía obligada a readmitir y subrogar en todas las obligaciones del contrato que la actora tenía con la empresa saliente Eulen S.A., con las consecuencias legales que de ello derivan, tal como resolvió también la STS de 9 de julio de 2014 (rcud. 1201/2013), contemplando también un caso de despido semejante al que ahora se enjuicia. La conclusión final ha de ser la de desestimar el recurso y confirmar la sentencia de instancia. Por lo expuesto,

TERCERO.- Las costas del presente recurso han de ser impuestas a la parte vencida, incluyéndose en las mismas la cantidad de 500 euros en concepto de honorarios del Letrado o Graduado Social de cada parte impugnante (art. 235 LRJS).



FALLAMOS

Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por la empresa codemandada Coyma Servicios Generales, S.L., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Vigo, en los presentes autos tramitados a instancia de la actora D^a. Marcelina , frente a la recurrente y la empresa también demandada Eulen, S.A., debemos confirmar y confirmamos dicha sentencia, con imposición a la recurrente de las costas causadas por su recurso, que incluirán la cantidad de 500 euros en concepto de honorarios del Letrado o Graduado Social de cada parte impugnante.

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.