



Roj: **STSJ CLM 407/2018 - ECLI: ES:TSJCLM:2018:407**

Id Cendoj: **02003340022018100049**

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

Sede: **Albacete**

Sección: **2**

Fecha: **01/03/2018**

Nº de Recurso: **1798/2017**

Nº de Resolución: **321/2018**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **PETRA GARCIA MARQUEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.CAST.LA MANCHA SALA SOCIAL

ALBACETE

SENTENCIA: 00321/2018

C/ SAN AGUSTIN Nº 1 (PALACIO DE JUSTICIA) - 02071 ALBACETE

Tfno: 967 596 714

Fax: 967 596 569

NIG: 13034 44 4 2017 0000970

Modelo: 402250

RSU RECURSO SUPPLICACION 0001798 /2017

Procedimiento origen: DSP DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000319 /2017

Sobre: DESPIDO DISCIPLINARIO

RECURRENTE/S D/ña ILUNION OUTSOURCING SA

ABOGADO/A: LUIS ALONSO CRISTOBO

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

RECURRIDO/S D/ña: Benito , ACCIONA MULTISERVICIOS SA , JAMONES ARROYO SL

ABOGADO/A: , VICTOR MARTINEZ OLMEDO , PEDRO JOSE MARTIN PONCE

PROCURADOR: , ,

GRADUADO/A SOCIAL: FLORENTINO DEL ÁLAMO MUÑOZ, ,

Magistrado/a Ponente: Ilma. Sra. D^a. PETRA GARCIA MARQUEZ

ILMOS/AS. SRES/AS. MAGISTRADOS/AS

D. JOSE MONTIEL GONZALEZ

D^a. PETRA GARCIA MARQUEZ

D^a. LUISA MARIA GOMEZ GARRIDO

En Albacete, a uno de marzo de dos mil dieciocho.

Vistas las presentes actuaciones por la Sección Segunda de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha en Albacete, compuesta por los/las Ilmos/as. Sres/as. Magistrados/as anteriormente citados/as, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española ,

**EN NOMBRE DE S.M. EL REY**

ha dictado la siguiente

- SENTENCIA N° 321 -

en el **RECURSO DE SUPPLICACION número 1798/2017**, sobre **DESPIDO**, formalizado por la representación de **ILUNION OUTSOURCING S.A.** contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 3 de Ciudad Real en los autos número 319/2017, siendo recurrido/s **D. Benito** , **ACCIONA MULTISERVICIOS S.A.** y **JAMONES ARROYO S.L.**; y en el que ha actuado como Magistrada Ponente la Ilma. Sra. D^a. PETRA GARCIA MARQUEZ, deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que con fecha 24 de julio de 2017 se dictó Sentencia por el Juzgado de lo Social número 3 de Ciudad Real en los autos número 319/2017, cuya parte dispositiva establece:

«Que estimando parcialmente la demanda formulada por D. Benito contra la Ilunion Outsourcing S.A., Acciona Multiservicios S.A. y Jamones Arroyo S.L, en reclamación por despido y cantidad, debo declarar y declaro improcedente el despido del trabajador realizado con fecha 31.03.2017 por la mercantil Ilunion Outsourcing S.A., condenando a dicha mercantil a estar y pasar por esta declaración y a que a su elección que realizara en el plazo de cinco días a contar desde la notificación de esta resolución opte entre la readmisión del trabajador en las mismas condiciones laborales existentes con anterioridad al despido con abono de los salarios devengados desde la fecha del despido hasta la efectiva readmisión a razón de 87,67 euros día o en indemnizarle en la cantidad de 7.232,83 euros, advirtiéndole a la parte condenada que la opción indicada deberá ser realizada por escrito ante la Letrado de la Administración de Justicia de este Juzgado y que en el caso de no hacerlo en la forma indicada se entenderá que opta por la readmisión del trabajador.

Asimismo debo condenarle al abono de la cantidad de 732,24 euros dicha suma devengará el interés legal establecido en el artículo 29.3 del Estatuto de los Trabajadores .

Y debo absolver y absuelvo a la mercantil Acciona Multiservicios SA de la pretensión instada.

Que estimando la excepción de falta de legitimación pasiva de la mercantil Jamones Arroyo S.L., debo absolver y absuelvo a la misma en la instancia.»

SEGUNDO.- Que en dicha Sentencia se establecen los siguientes Hechos Probados:

«PRIMERO.- D. Benito presta servicios en la empresa Ilunion Outsourcing S.A. en virtud de contrato de trabajo temporal a tiempo completo en la modalidad de eventual por circunstancias de la producción celebrado con fecha 27.10.2014, dicho contrato se convirtió en indefinido con fecha 27.10.2016, ostentando la categoría profesional de Grupo V, percibiendo un salario mensual incluido parte proporcional de pagas extraordinarias de 2.666,65 euros conforme a las nominas aportadas.

En las cláusulas adicionales al contrato de trabajo constan cláusula de consentimiento expreso para el tratamiento de datos y cláusula de confidencialidad.

SEGUNDO.- Con fecha 19.08.2016 la empresa remitió correo electrónico a la mercantil Jamones Arroyo SL con el siguiente tenor literal:

Buenas tardes Indalecio :

Queremos hacer una visita para presentar a Benito la persona que va a estar al frente de vuestra operativa como habíamos acordado. En principio queremos estar allí el lunes a las 12:30, confírmannos por favor si es posible o no.

TERCERO.- *Se ha acreditado que el demandante estaba prestando servicios por cuenta de la empresa en el centro de trabajo sito en Alovera (Guadalajara) y a partir del mes de septiembre de 2016 paso a prestar servicios en el centro de trabajo de Jamones Arroyo SL, como jefe de producción encargándose de la organización del trabajo siendo el responsable de producción.*

CUARTO.- Con fecha 24.03.2017 la empresa remitió escrito al trabajador con el siguiente tenor literal:

Estimado Benito

Por medio de la presente pasamos a comunicarle que con fecha de 14 de marzo de 2017 la mercantil Jamones Arroyo SL con CIF nº B13018924 y domicilio en Ctra. 420 km 165 CP 135000 en Argamasilla de Calatrava (Ciudad



Real), nos comunica que la mercantil Acciona Multiservicios SA., será la nueva adjudicataria del servicio que en la actualidad presta Ilunion Outsourcing S.A.U desde fecha de 01 de abril de 2017.

Atendiendo a lo anterior la mercantil Acciona Multiservicios S.A. se subrogara en todos los derechos y obligaciones de su relación laboral y de Seguridad Social, toda vez que usted presta sus servicios en este servicio, todo ello de conformidad con lo establecido en el art. 44 del Real Decreto Legislativo 2/2015 de 23 de octubre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

Quedamos a su entera disposición para cualquier duda o aclaración sobre el particular.

QUINTO.- Con fecha 31.03.2015 la mercantil Acciona Multiservicios remitió escrito al demandante con el siguiente tenor literal:

Muy Sr Nuestro:

En relación con la adjudicación a esta empresa del Servicio de Producción a partir del día 1 de abril de 2017 del centro de trabajo Jamones Arroyo sito en Puertollano (Ciudad Real), le comunicamos que en su caso concreto no se cumplen los requisitos establecidos para la subrogación por parte de esta empresa.

Por lo que deberá permanecer adscrito a la empresa Ilunion Outsourcing S.A.

SEXTO.- Con fecha 01.04.2017 se celebó contrato de prestación de servicios entre Jamones Arroyo S.A. y Acciona Multiservicios S.A., siendo su objeto la prestación del servicio y desarrollo de actividades de manipulación, envasado, almacenamiento, atemperación, cajeado y verificación de productos cárnicos comprendidos en los procesos productivos de la planta industrial de Puertollano de Jamones Arroyo.

SEPTIMO.- Con fecha 27.03.2017 la mercantil Ilunion Outsourcing SA. remitió escrito a la empresa adjudicataria del servicio entregándoles la documentación laboral de conformidad con lo establecido en la art. 44 del Real Decreto legislativo 2/2015 de 23 de octubre por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y en concreto con respecto al listado de trabajadores el mismo es de 77 entre los cuales figura el demandante.

Con fecha 31.03.2017 la mercantil Acciona Multiservicios S.A remitió escrito a la empresa Ilunion Outsourcing S.A, en contestación al escrito remitido anteriormente indicado comunicándoles que no proceden a subrogar a los siguientes trabajadores: Benito .

Apolonia .

Rodrigo .

Por lo que dichos trabajadores deberán permanecer adscritos a la plantilla de la empresa Ilunion Outsourcing SA.

OCTAVO.- Consta acreditado que el demandante realizo junto a los demás trabajadores el curso de Formación en Prevención de Riesgos Laborales del puesto de trabajo: Producción Industria Cárnica impartido por orden de la mercantil Acciona Service S.A.

NOVENO.- El demandante no ostenta la condición de legal representante de los trabajadores.

DECIMO.- Con fecha 26.04.2017 se celebó acto de conciliación en reclamación por despido y cantidad que finalizo sin avenencia.»

TERCERO.- Que contra dicha Sentencia se formalizó Recurso de Suplicación, en tiempo y forma, por la representación de ILUNION OUTSOURCING S.A., el cual fue impugnado de contrario, elevándose los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, a esta Sala de lo Social, en la que, una vez tuvieron entrada, se dictaron las correspondientes y subsiguientes resoluciones para su tramitación en forma; poniéndose en su momento a disposición del/de la Magistrado/a Ponente para su examen y resolución.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia, que acoge parcialmente la demanda sobre despido y reclamación de cantidad planteada por el actor contra las empresas ILUNION OUTSOURCING S.A., ACCIONA MULTISERVICIOS S.A. y JAMONES ARROYO S.L., declarando la improcedencia del mismo y como única responsable a la primera de dichas empresas, a la que también se condena al abono de la cantidad reclamada, absolviendo a la mercantil ACCIONA MULTISERVICIOS S.A., estimando la excepción de falta de legitimación pasiva de la entidad JAMONES ARROYO S.L; muestra su disconformidad la empresa condenada a través de



un solo motivo amparado en el art. 193 c) de la LRJS , a fin de examinar el derecho aplicado, denunciando la infracción de los arts. 44 , 49.k), 54 y 55 del ET .

SEGUNDO .- Según se declara expresamente acreditado, extremos no impugnados de contrario, el actor venía prestando servicios para la empresa ILUNION OUTSOURCING S.A. desde el 27-10-2014, primero en virtud de un contrato temporal, el cual se transformó en fijo en fecha 27-10-2016, ostentando la categoría profesional de Grupo V, pactándose en su contrato cláusulas adicionales sobre consentimiento expreso para el tratamiento de datos y de confidencialidad. Habiendo prestado servicios en el centro de trabajo de dicha empresa en Alovera (Guadalajara), pasando a prestarlos desde el mes de septiembre de 2016 en el centro de trabajo de JAMONES ARROYO S.L., como Jefe de producción, encargándose de la organización del trabajo, habiéndose remitido el 19-08-2016, por la empleadora a esta última empresa un correo electrónico en el que se les indicaba que querían hacerles una visita a fin de presentarles al hoy actor como persona que estaría al frente de la operativa en su empresa.

En fecha 1-04-2017 se suscribe contrato de prestación de servicios entre JAMONES ARROYO S.L y ACCIONA MULTISERVICIOS S.A., cuyo objeto era la prestación del servicio y desarrollo de actividades de manipulación, envasado, almacenamiento, atemperación, cajeado y verificación de productos de la planta industrial de Puertollano de JAMONES ARROYO S.L., actividad que antes venía llevando a cabo ILUNION OUTSOURCING S.A., y en base a ello, en fecha 24-03-2017, esta empresa remite escrito al demandante indicándole que al haberse operado un cambio en la adjudicación de los servicios que se venían prestando por la misma a JAMONES ARROYO S.L., la nueva adjudicataria se subrogaría en todos los derechos y obligaciones de su relación laboral de conformidad con lo dispuesto en el art. 44 del ET . Remitiendo igualmente escrito el 27-03-2017 a la nueva adjudicataria, ACCIONA MULTISERVICIOS S.A., remitiéndole la documentación laboral de un total de 77 trabajadores, entre los cuales figuraba el accionante.

En fecha 31-03-2017 esta última entidad remite escrito a ILUNION OUTSOURCING S.A., indicándoles que de la lista suministrada no procederían a subrogar a tres trabajadores, siendo uno de ellos el hoy demandante, debiendo permanecer los mismos adscritos a la plantilla de la empresa que cesaba en la contrata. Fecha la indicada en la que también se remite escrito al accionante por la nueva adjudicataria comunicándole que en su caso concreto no se cumplían los requisitos establecidos para la subrogación y que debería continuar adscrito a la plantilla de ILUNION OUTSOURCING S.A.

Hechos en función de los cuales, y sobre la base de que el demandante ostentaba la condición de trabajador estructural de la entidad que lo contrato, formando parte de su plantilla, con funciones propias o consustanciales a la dirección de la misma, sin adscripción directa a la actividad que se venía realizando en virtud de la adjudicación que ahora se había trasladado por el cliente, JAMONES ARROYO S.L. a otra empresa, determina que la Juzgadora de instancia catalogue como despido improcedente la comunicación de cese, y como única responsable a su empleadora, absolviendo a la nueva adjudicataria del servicio.

Sobre el tema relativo a la obligación subrogatoria derivada de la **sucesión** de contratas, es preciso estar, tal y como se lleva a cabo por la Juzgadora de instancia, a la reiterada doctrina Jurisprudencial del Tribunal Supremo, contenida en diversas Sentencias como, por vía de ejemplo, la de 24-07-2013 (Rec. 3228/12), en la que, como punto de partida, se mantiene que: "la figura de la **sucesión** de empresa, regulada en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores , impone al empresario que pasa a ser nuevo titular de la empresa, el centro de trabajo o una unidad productiva autónoma de la misma, la subrogación en los derechos laborales y de Seguridad Social que tenía el anterior titular con sus trabajadores, subrogación que opera "ope legis" sin requerir la existencia de un acuerdo expreso entre las partes, sin perjuicio de las responsabilidades que para cedente y cesionario establece el apartado 3 del precitado artículo 44."

Tras lo cual se añade la necesidad interpretar dicha norma "a la luz de la normativa Comunitaria Europea -Directiva 77/187 CEE, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspaso de empresas, de centros de actividad o de parte de empresas o de centros de actividad, sustituida por la Directiva 98/50 CE de 29 de junio de 1998 y por la actualmente vigente Directiva 2001/23 CE, del Consejo de 12 de marzo de 2001- y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas."

Derivando de esa necesaria aproximación que "ni la contrata ni la concesión administrativa son unidades productivas autónomas a los efectos del artículo 44 ET , salvo entrega al concesionario o al contratista de la infraestructura u organización empresarial básica para la explotación". De esta manera en los supuestos de **sucesión** de contratistas la subrogación no opera en virtud del mandato estatutario - artículo 44 ET - si no se ha producido una transmisión de activos patrimoniales o una "**sucesión** de plantillas", en aquellos sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra - STS de 27 de octubre de 2004, recurso 899/00 , que recoge la doctrina comunitaria-."



Indicándose por el Alto Tribunal en su Sentencia de 28-02-2013 (Rec. 542/2012), a modo de conclusión, que su doctrina sobre el particular se podría resumir en los siguientes puntos:

a) Lo determinante, para saber si se produce o no una **sucesión** empresarial, no depende tanto de que el nuevo empresario, el que continúa la actividad, sea o no propietario de los elementos patrimoniales necesarios para su desarrollo, y al margen también de que existiera o no un negocio jurídico entre cedente y cesionario, lo decisivo, decíamos, es que se produzca realmente un cambio de titularidad de la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma y que la transmisión afecte a una entidad económica que continúe manteniendo su propia identidad.

b) En aquellos sectores (por ejemplo, limpieza, y vigilancia y seguridad) en los que la actividad suele descansar fundamentalmente en la mano de obra, un 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, quizá salvo que se trate del principal (STS 27-6-2008 , citada), 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.

c) Por contra, 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.

d) Así pues, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una entidad económica y, por consiguiente, dicha entidad puede mantener su identidad, aun después del cese de la anterior contrata, cuando el nuevo empresario no se limita a continuar con la actividad de que se trata, sino que además se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencias, del personal que su antecesor destinaba especialmente a dicha tarea. Por lo que se refiere a una empresa de limpieza se ha dicho también, que "un conjunto organizado de trabajadores que se hallan específicamente destinados de forma duradera a una actividad común puede constituir una entidad económica cuando no existen otros factores de producción (SSTJCE de 10 de diciembre de 1998 y 24 de enero de 2002) " [12- 7-2010, citada]."

Siendo ello así, no existiendo en el caso que nos ocupa, evidencia alguna de una posible transmisión entre las entidades implicadas, esto es, entre ILUNION OUTSOURCING S.A. y ACCIONA MULTISERVICIOS S.A., de elementos patrimoniales que pudiesen configurar la infraestructura y organización básica integrantes del Centro en el cual se llevaría a cabo el objeto propio de la contrata, no constando tampoco la existencia de normativa convencional específica que así lo estableciese, no cabe duda que la obligación subrogatoria se sustenta, no en la aplicación del art. 44 del ET , sino en el criterio de la asunción de plantilla, sobre la base de la naturaleza de la propia actividad objeto de la contrata, que al descansar fundamentalmente en la mano de obra, esto es, en un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera esa actividad común, configura a los mismos como una entidad económica que mantiene su identidad cuando se produce la transmisión y el nuevo empresario se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencias, del personal que su antecesor destinaba especialmente a dicha tarea.

Conclusión que implica la necesaria ratificación del pronunciamiento de instancia, dado que de los hechos que resultan acreditados se evidencia que el demandante no era de los trabajadores que la anterior adjudicataria destinaba a la realización de las tareas propias de la contrata que le vinculaba con la empresa JAMONES ARROYO S.L., antes al contrario, el mismo formaba parte de la propia estructura de la entidad que lo contrató, lo que se produjo de forma independiente a la suscripción del contrato de servicios con JAMONES ARROYO S.L., habiendo venido realizando su actividad para la misma en otros centros de trabajo, siendo tan solo cinco meses antes de producirse el cambio de adjudicación de la contrata cuando es destinado a prestar servicios en ella, los cuales tampoco quedaban supeditados a las tareas en las que se traducían los servicios propios de la misma, sino para situarse al frente de la operativa, como responsable directo de la empresa ILUNION OUTSOURCING S.A., y de la correcta ejecución de los servicios a prestar por la misma a su cliente. Todo lo cual justifica cumplidamente que era su empleadora la que lo tenía que mantener en su puesto de trabajo, de tal forma que la comunicación de cese, sin correlativa obligación subrogatoria por la nueva adjudicataria de la contrata, implicó un despido improcedente cuyas consecuencias pesaban sobre la misma, como acertadamente se resolvió en la instancia, lo que determina la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia impugnada.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS



Que desestimando el Recurso de Suplicación interpuesto por la representación letrada de la empresa ILUNION OUTSOURCING S.A., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Ciudad Real, de fecha 24 de julio de 2017, en Autos nº 319/2017, sobre despido, siendo recurridos D. Benito, ACCIONA MULTISERVICIOS S.A. y JAMONES ARROYO S.L., debemos **confirmar** la indicada resolución. Imponiendo las costas de esta alzada a la parte recurrente, por ser preceptivas, incluidos los honorarios de los Letrados de las partes impugnantes de su recurso, que se cuantifican prudencialmente en 400 € para cada uno de ellos. Con pérdida del depósito y consignación efectuados para recurrir.

Notifíquese la presente resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha en Albacete, haciéndoles saber que contra la misma únicamente cabe **RECURSO DE CASACION PARA LA UNIFICACION DE DOCTRINA**, que se preparará por escrito dirigido a esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha en Albacete, dentro de los **DIEZ DIAS** siguientes a su notificación. Durante dicho plazo, las partes, el Ministerio Fiscal o el letrado designado a tal fin, tendrán a su disposición en la oficina judicial los autos para su examen, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 220 de la Ley reguladora de la jurisdicción social. La **consignación del importe de la condena**, cuando proceda, deberá acreditarse por la parte recurrente, que no goce del beneficio de justicia gratuita, ante esta Sala al tiempo de preparar el Recurso, presentando resguardo acreditativo de haberla efectuado en la **Cuenta Corriente número ES55 0049 3569 9200 0500 1274** que esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, con sede en Albacete, tiene abierta en la Oficina del BANCO SANTANDER sita en esta ciudad, C/ Marqués de Molíns nº 13, **indicando: 1) Nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y, si es posible, el NIF/CIF ; 2) Beneficiario: SALA DE LO SOCIAL ; y**

3) Concepto (la cuenta del expediente): 0044 0000 66 1798 17 ; pudiéndose sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario en el que se hará constar la responsabilidad solidaria del avalista. Debiendo igualmente la parte recurrente, que no ostente la condición de trabajador, causahabiente suyo, o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, o se trate del Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las Entidades Locales, los Organismos dependientes de todas ellas y quienes tuvieren reconocido el beneficio de justicia gratuita, consignar como **depósito** la cantidad de **SEISCIENTOS EUROS (600,00 €)**, conforme al artículo 229 de la citada Ley, que deberá ingresar en la Cuenta Corriente anteriormente indicada, debiendo hacer entrega del resguardo acreditativo de haberlo efectuado en la Secretaría de esta Sala al tiempo de preparar el Recurso.

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