



Roj: **STSJ M 11285/2018 - ECLI: ES:TSJM:2018:11285**

Id Cendoj: **28079340042018100649**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **06/11/2018**

Nº de Recurso: **601/2018**

Nº de Resolución: **766/2018**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **MARIA DEL AMPARO RODRIGUEZ RIQUELME**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 04 de lo Social

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 , Planta 3 - 28010

Teléfono: 914931953

Fax: 914931959

34002650

NIG: 28.079.00.4-2018/0010390

Procedimiento Recurso de Suplicación 601/2018

ORIGEN:

Juzgado de lo Social nº 33 de Madrid Despidos / Ceses en general 245/2018

Materia: Despido

Sentencia número: **766/2018**

Ilmos. Sres

Dña. MARÍA DEL CARMEN PRIETO FERNÁNDEZ

Dña. MARIA DEL AMPARO RODRIGUEZ RIQUELME

D. MANUEL RUIZ PONTONES

En Madrid a seis de noviembre de dos mil dieciocho habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección 4 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

SENTENCIA

En el Recurso de Suplicación 601/2018, formalizado por el LETRADO D. CESAR MENDEZ LOPEZ en nombre y representación de EUROPEAN CLEANING SL, contra la sentencia de fecha 27 de abril de 2018 dictada por el Juzgado de lo Social nº 33 de Madrid en sus autos número Despidos / Ceses en general 245/2018, seguidos a instancia de Dña. Vicenta frente a ONET SERALIA SA, EUROPEAN CLEANING SL y FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS SA, y otros en reclamación por Despido, siendo Magistrado-Ponente la Ilma. Sra. Dña. MARIA DEL AMPARO RODRIGUEZ RIQUELME, 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.- D^a Vicenta suscribe el 2-11-2005 contrato de trabajo indefinido con EUROPEAN CLEANING SL con el objeto de prestar servicios como jefa de contabilidad a tiempo parcial.

SEGUNDO.- El 1-1-2013 las partes suscriben acuerdo por el que se conviene que la demandante pasará a desempeñar sus funciones únicamente para el centro de trabajo de la mancomunidad de Ciempozuelos Titulcia pasando a regirse por el convenio de limpieza viaria y recogida de residuos sólidos urbanos.

TERCERO.- El 1-2-2016 acuerdan modificar la jornada laboral que pasará a prestarse a tiempo completo.

CUARTO.- El salario que percibe es de 3.035,52 euros mensuales con prorrata de pagas

QUINTO.- Por resolución de la Dirección de Empleo de la CAM se publica en el BOCAM de 8-5-2013 convenio colectivo de EUROPEAN CLEANING para su centro de trabajo de la mancomunidad de Ciempozuelos Titulcia.

SEXTO.- El 20-6-2017 EUROPEAN CLEANING SL dirige escrito a la mancomunidad denunciando de forma expresa el contrato de arrendamiento del servicio de limpieza pública viaria que con ella mantenía para el 2-2-2018.

Adjuntaba listado de los trabajadores que estaban adscritos a dicha contrata en un total de 23 personas de las que 19 eran para actividades directas de limpieza, dos administrativos, un jefe de servicio y una jefa de contabilidad, la hoy demandante.

La mancomunidad le contesta el 27-9-2017 indicando que tras las comprobaciones realizadas, las únicas personas adscritas al servicio son 17 todas directamente relacionadas con la actividad de limpieza

SÉPTIMO.- El pleno del Ayuntamiento de Ciempozuelos en reunión de 18-1-2018 acuerda adjudicar el servicio de limpieza viaria y recogida de residuos a la mercantil FCC.

OCTAVO.- El pleno del Ayuntamiento de Titulcia de 19-2-2018 acuerda adjudicar el servicio de limpieza viaria y recogida de residuos a la mercantil ONET SERALIA SA.

NOVENO.- El 24-1-2018 EUROPEAN CLEANING se dirige a FCC remitiéndoles la documentación relativa a los trabajadores que considera deben ser subrogados, entre ellos la demandante.

Se dirige asimismo a ONET SERALIA mediante correo el 2-2-2018 indicando los trabajadores que considera deben ser subrogados, en un total de 12 personas, entre ellas la demandante por 1,74 horas semanales.

El 16-2-2018 ONET le contesta indicando que no se va a subrogar en algunos trabajadores, entre ellos la demandada.

DÉCIMO.- El 29-1-2018 EUROPEAN CLEANING comunica a la demandante que FCC y ONET se han adjudicado el servicio y que desde el 3-2-2018 pasará a depender de ellas.

Se dirige a ambas la demandante.

ONET le comunica el 16-2-2018 que no se subroga en ella.

FCC no le contesta pero no se ha subrogado tampoco.

UNDÉCIMO.- Tras la pérdida del servicio con la mancomunidad EUROPEAN CLEANING cuenta con 23 trabajadores.

En el ejercicio 2016 esta mercantil realizó operaciones comerciales con 30 clientes diversos.

DUODÉCIMO.- Consta celebrado acto de conciliación ante el SMAC "

TERCERO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

"Estimo la demanda formulada por D^a Vicenta declaro la improcedencia de su despido que tuvo lugar el 3-2-2018 y condeno a la demandada EUROPEAN CLEANING SL a readmitirla en su puesto de trabajo con abono de los salarios de tramitación devengados, a no ser que en los cinco días siguientes a la notificación de esta sentencia, opte por indemnizarla con 48.202,39 euros.



Absuelvo a las codemandadas FCC SA y ONET SERALIA SA de las pretensiones deducidas en su contra."

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte demandada EUROPEAN CLEANING SL, formalizándolo posteriormente; tal recurso fue objeto de impugnación por las demandadas FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS S.A. y ONET SERALIA, S.A..

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 en fecha 18/07/2018, 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 día para los actos de votación y fallo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 33 de Madrid de fecha 27 de abril de 2018, estima parcialmente la demanda, declarando la existencia de un despido que califica de improcedente y de cuyas consecuencias fija la responsabilidad de una de las empresas demandadas EUROPEAN CLEANING S.L., con libre absolución de las otras dos, FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS S.A. y ONET SERALIA S.A., al considerar que la actora no era personal subrogable tras el cambio en la entidad prestataria del servicio de limpieza viaria y recogida de residuos que se realizaba inicialmente para la Mancomunidad de Ciempozuelos y Titulcia, y que luego se separó, pasando a ser dos contratatas independientes, una por cada Ayuntamiento.

Frente al fallo, se interpone el presente Recurso de Suplicación por la representación letrada de la empresa demandada condenada EUROPEAN CLEANING S.L. habiéndose presentado escritos de impugnación por los otros dos codemandados.

SEGUNDO.- Se formulan como motivos del Recurso de Suplicación los que se indican seguidamente:

MOTIVO PRIMERO a OCTAVO.- Con fundamento en el artículo 193.b) LRJS, " revisar los hechos declarados probados, a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas"

Y en este sentido, son varios los hechos afectados por esta petición de revisión:

-Motivo Primero: REVISION DEL HECHO PROBADO SEGUNDO

En citado hecho, en la sentencia de instancia, tiene el siguiente contenido:

"El 1-1-2013 las partes suscriben acuerdo por el que se conviene que la demandante pasará a desempeñar sus funciones únicamente para el centro de trabajo de la mancomunidad de Ciempozuelos Titulcia pasando a regirse por el convenio de limpieza viaria y recogida de residuos sólidos urbanos"

La redacción que se propone es la siguiente:

"El 1-1-2013 las partes suscriben acuerdo por el que se conviene que la demandante pasará a desempeñar sus funciones únicamente para el centro de trabajo de la mancomunidad de Ciempozuelos Titulcia pasando a regirse por el convenio de limpieza viaria y recogida de residuos sólidos urbanos de la empresa European Cleaning SL para el citado centro de trabajo. Dicho documento fue registrado en el Servicio Regional de Empleo de la Comunidad de Madrid en fecha 13.03.2013.

El Convenio Colectivo de la Empresa European Cleaning SL (Centros de Ciempozuelos-Titulcia) obra a los folios 4 a 13 del ramo de prueba de European Cleaning SL (prueba aportada en la vista). En su anexo II, figura el listado nominal del personal adscrito al servicio de limpieza pública viaria de la Mancomunidad Municipal Ciempozuelos-Titulcia, constando la demandante como Jefa de Contabilidad del citado servicio. Este listado nominal no se publicó en el Boletín Oficial en aplicación de la normativa reguladora de la protección de datos de carácter personal, según resolución de la Dirección General de Trabajo de la Consejería de Empleo de la Comunidad de Madrid.

El artículo 2º del citado Convenio regula su ámbito personal y territorial en el sentido de que "...será de aplicación a todos los trabajadores de la empresa European Cleaning SL que prestan sus servicios en las tareas de limpieza pública viaria y recogida de residuos sólidos urbanos en la mancomunidad municipal de Ciempozuelos- Titulcia, así como al personal administrativo, rector y de gestión adscrito a la contrata de dicho servicio..."El Convenio Colectivo contempla en su Anexo I, como categoría propia del centro de trabajo, la de Jefe de Contabilidad"

Todo ello en base a los documentos obrantes a los folios 5 del ramo de prueba de la parte actora; folios 13 y 14 del ramo de prueba de la recurrente; folios 5 a 13 del ramo de prueba de la recurrente; folios 31 a 34 del

ramo de prueba de la actora; y folios 1 a 46, y 113 del expediente aportado por el Excmo. Ayuntamiento de Ciempozuelos en CD.

-Motivo Segundo: REVISION DEL HECHO PROBADO TERCERO

En citado hecho, en la sentencia de instancia, tiene el siguiente contenido:

"El 1-2-2016 acuerdan modificar la jornada laboral que pasará a prestarse a tiempo completo".

La redacción que se propone es la siguiente:

"El 1-2-2016 acuerdan modificar la jornada laboral que pasará a prestarse a tiempo completo, mediante documento registrado en la oficina de empleo en fecha 18 de febrero de 2016. En este mismo documento, las partes reiteran la sumisión de la relación laboral al Convenio Colectivo de la Empresa para el centro de trabajo dedicado al servicio de limpieza viaria y recogida de residuos sólidos urbanos de la Mancomunidad Ciempozuelos-Titulcia".

Todo ello en base al documento obrante al folio 7 del ramo de prueba de la actora (documento nº 3).

-Motivo Tercero: REVISION DEL HECHO PROBADO QUINTO

En citado hecho, en la sentencia de instancia, tiene el siguiente contenido:

"Por Resolución de la Dirección de Empleo de la CAM se publica en el BOCAM de 8-5-2013 convenio colectivo de EUROPEAN CLEANING para su centro de trabajo de la mancomunidad de Ciempozuelos Titulcia"

La redacción que se propone es la siguiente:

"Por Resolución de la Dirección de Empleo de la CAM se publica en el BOCAM de 8-5-2013 convenio colectivo de EUROPEAN CLEANING para su centro de trabajo de la mancomunidad de Ciempozuelos Titulcia, cuyo ámbito personal se circunscribe a los trabajadores que prestan servicios en tareas de limpieza pública viaria y recogida de residuos sólidos urbanos de la mancomunidad Ciempozuelos-Titulcia, además del personal administrativo adscrito a dicha contrata. En el Anexo I del Convenio figura la categoría de Jefe de Contabilidad como propia de la contrata; y en el Anexo II figura la demandante como personal adscrito al servicio en cuestión, con categoría de Jefa de Contabilidad"

Todo ello con base en los documentos obrantes a los folios 5 a 13 del ramo de prueba de la recurrente y folios 31 a 34 del ramo de prueba de la actora.

-Motivo Cuarto: REVISION DEL HECHO PROBADO SEXTO

En citado hecho, en la sentencia de instancia, tiene el siguiente contenido:

"El 20-6-2017 EUROPEAN CLEANING S.L. dirige escrito a la mancomunidad denunciando de forma expresa el contrato de arrendamiento del servicio de limpieza pública viaria que con ella mantenía para el 2-2-2018.

Adjuntaba listado de los trabajadores que estaban adscritos a dicha contrata en un total de 23 personas de las que 19 eran para actividades directas de limpieza, dos administrativos, un jefe de servicio y una jefa de contabilidad, la hoy demandante.

La mancomunidad le contesta el 27-9-2017 indicando que tras las comprobaciones realizadas, las únicas personas adscritas al servicio son 17 todas directamente relacionadas con la actividad de limpieza".

La redacción que se propone es la siguiente:

"El 20-6-2017 EUROPEAN CLEANING S.L. dirige escrito a la mancomunidad denunciando de forma expresa el contrato de arrendamiento del servicio de limpieza pública viaria que con ella mantenía para el 2-2-2018.

Adjuntaba listado de los trabajadores que estaban adscritos a dicha contrata en un total de 23 personas de las que 19 eran para actividades directas de limpieza, dos administrativos, un jefe de servicio y una jefa de contabilidad, la hoy demandante.

La mancomunidad le contesta el 27-9-2017 indicando que tras las comprobaciones realizadas, las únicas personas adscritas al servicio son 17 todas directamente relacionadas con la actividad de limpieza. Sin embargo, la resolución en cuestión no describe las comprobaciones realizadas, ni los motivos concretos por los que excluye a la actora y al resto del personal administrativo adscrito a la contrata".

Todo ello con base en los documentos obrantes a los folios 259 y 260 del ramo de prueba de Fomento de Construcciones y Contratas S.A.

-Motivo Quinto: REVISION DEL HECHO PROBADO OCTAVO



En citado hecho, en la sentencia de instancia, tiene el siguiente contenido:

"El pleno del Ayuntamiento de Titulcia de 19-2-2018 acuerda adjudicar el servicio de limpieza viaria y recogida de residuos a la mercantil ONET SERALIA SA."

La redacción que se propone es la siguiente:

"En sesión extraordinaria de 23-1-2018, la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Titulcia acordó adjudicar a ONET SERALIA el contrato para la prestación del servicio de recogida de residuos sólidos urbanos con transporte a vertedero o planta de tratamiento. En la resolución notificada a ONET SERALIA se le advirtió, en relación con el personal objeto de subrogación, que "...el servicio se viene prestando por una empresa contratada por la Mancomunidad Ciempozuelos-Titulcia, administración titular del servicio y hasta el próximo 2 de febrero de 2018..."

Desde el día 3 de febrero, y de forma provisional hasta la suscripción del correspondiente contrato, ONET SERALIA comenzó a prestar el servicio de recogida de residuos sólidos urbanos en el municipio de Titulcia".

Todo ello con base en los documentos obrantes a los folios 30 a 32 del ramo de prueba de Onet Seralia (documento nº 2), y folio 808 (documento nº 9).

-Motivo Sexto: REVISION DEL HECHO PROBADO NOVENO

En citado hecho, en la sentencia de instancia, tiene el siguiente contenido:

"El 24-1-2018 EUROPEAN CLEANING se dirige a FCC remitiéndoles la documentación relativa a los trabajadores que considera deben ser subrogados, entre ellos, la demandante.

Se dirige asimismo a ONET SERALIA mediante correo el 2-2-2018 indicando los trabajadores que considera deben ser subrogados, en un total de 12 personas, entre ellas la demandante por 1,74 horas semanales.

El 16-2-2018 ONET le contesta indicando que no se va a subrogar en algunos trabajadores, entre ellos la demandada."

La redacción que se propone es la siguiente:

"En fecha 19 de enero de 2018, FCC remite comunicación por burofax a EUROPEAN CLEANING SL notificándola que ha sido adjudicataria del contrato de concesión del servicio de limpieza viaria y recogida y transporte de residuos sólidos urbanos en Ciempozuelos, requiriendo la aportación de la documentación preceptiva a efectos de la subrogación en los contratos de trabajo afectados, de conformidad con el dispuesto en el Convenio Colectivo del Sector de Saneamiento Público, Limpieza Viaria, Riegos, Recogida, Tratamiento y Eliminación de Residuos, Limpieza y Conservación de Alcantarillado.

En fecha 24-1-2018, EUROPEAN CLEANING contrata a FCC remitiéndole toda la documentación requerida por el citado Convenio Colectivo. Incluyendo la documentación relativa a la demandante, para 37,26 horas semanales.

En fecha 30-1-2018, EUROPEAN CLEANING comunica igualmente por escrito a ONET SERALIA todo el personal susceptible de subrogación (un total de 12 trabajadores, con diversas jornadas), con arreglo al Convenio Colectivo y entrega toda la documentación preceptiva a tal efecto, de conformidad con lo dispuesto en el Convenio Colectivo del Sector de Saneamiento Público, Limpieza Viaria, Riegos, Recogida, Tratamiento y Eliminación de Residuos, Limpieza y Conservación de Alcantarillado. Incluyendo a la demandante por 1,74 horas semanales.

En fecha 16-2-2018 ONET SERALIA contesta por burofax indicando que no se va a subrogar en ninguno de los 12 trabajadores reseñados por EUROPEAN CLEANING como asignados al servicio, sin concretar el motivo de tal decisión"

Todo ello con base en los documentos obrantes a los folios 31 a 37 (documentos 5.1 y 5.2), del 38 al 530, del 531 al 535 (documento 6.1), del 536 al 798 y del 799 al 800 (documento nº 6.11) del ramo de prueba anticipada de la recurrente; y folios 77 a 222 del ramo de prueba de Fomento de Construcciones y Contratas.

-Motivo Séptimo: REVISION DEL HECHO PROBADO UNDECIMO

En citado hecho, en la sentencia de instancia, tiene el siguiente contenido:

"Tras la pérdida del servicio con la mancomunidad, EUROPEAN CLEANING cuenta con 23 trabajadores.

En el ejercicio 2016, esta mercantil realizó operaciones comerciales con 30 clientes diversos".

La redacción que se propone es la siguiente:

"Tras la pérdida del servicio con la mancomunidad en fecha 2.2.2018, EUROPEAN CLEANING cuenta con tan solo 9 trabajadores en alta.

Según el modelo 347 (operaciones con terceras personas), correspondiente al ejercicio 2016 (documento 3 del ramo de prueba de EUROPEAN CLEANING) en el mencionado ejercicio 2016, EUROPEAN CLEANING solo tiene 4 clientes (clave B): el Ayuntamiento de Ciempozuelos (operaciones por importe de 11.578,17 €), la Mancomunidad Intermunicipal Ciempozuelos-Titulcia (operaciones por importe de 2.009.252,27 €), Mercedes Benz España (571.873,83 €) y Mercedes Benz Retail SA (82.118,43 €). La cantidad total de ventas (2.674.822,70 €) se corresponde con la cifra de negocio declarada en el Impuesto de Sociedades de la compañía del mencionado ejercicio 2016 (documento número 4 del ramo de prueba de EUROPEAN CLEANING: 2.231.374,86 € + IVA).

Según el modelo 347 (operaciones con terceras personas) correspondiente al ejercicio 2017 (documento número 5 del ramo de prueba de EUROPEAN CLEANING) la compañía solo tiene 2 clientes (Clave B): La Mancomunidad Intermunicipal Ciempozuelos-Titulcia (2.208.928,24 €) y Mercedes Benz España (566.506,91 €)

Se acredita así que el volumen de las operaciones con la Mancomunidad y con el Ayuntamiento de Ciempozuelos, suponen el 75,55 % en el ejercicio 2016 y el 79,59 % en el ejercicio 2017, en ambos casos sobre el total de operaciones".

Todo ello con base en los documentos obrantes a los folios 95 (documento nº 8), 15 a 20 (documento nº 3), 33 a 37 (documento nº 5), 22 a 31 y 97 del ramo de prueba de la recurrente.

-Motivo Octavo: ADICION DE UN NUEVO HECHO PROBADO DECIMOTERCERO

La redacción que se propone es la siguiente:

"Conforme al pliego de cláusulas administrativas particulares para el contrato de concesión del servicio público de limpieza viaria y recogida y transporte de residuos de Ciempozuelos, en cuya virtud se adjudica el servicio a FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS SA se recogen las obligaciones de índole administrativo que incumben al adjudicatario del servicio: En el proyecto de prestación del servicio que presenten las compañías que formulen propuestas debe constar "relación de la plantilla necesaria con expresión del grupo profesional y puesto de trabajo por servicios, bajas, vacaciones, etc...incluyendo personal superior, oficina y taller". El artículo 44 dentro de la organización general de los servicios., regula los llamados "servicios generales" que comprenden todos los aspectos relativos "...a los servicios técnicos, administrativos, almacenes, control, vigilancia, talleres, etc...." En el apartado 46.13 se dispone la obligación para los licitadores de definir en sus ofertas, con detalle "...el equipo administrativo necesario para los contactos con el Ayuntamiento y los usuarios, así como para la realización correcta de las tareas propias de este departamento...". El artículo 52 impone a la adjudicataria del servicio la elaboración y presentación de informes periódicos de seguimiento del servicio; uno al inicio del ejercicio; luego diariamente, mensualmente, trimestralmente, semestralmente y anualmente. Con datos tales como incidencias, certificación de residuos recogidos por día de recogida para cada fracción; relaciones de plantilla en servicio; inventarios de contenedores; seguimiento y gestión de avisos, quejas; número de contenedores repuestos, reparados, fijos o móviles; medios utilizados para la prestación del servicio...consumos, maquinaria, amortizaciones, memorias de sostenibilidad...además el adjudicatario debe facilitar toda la documentación requerida en el Convenio Marco con Ecoembalajes España SA, así como cualquier otra información requerida para la verificación de la contenerización y de la facturación con dicha entidad.

Conforme al pliego de cláusulas administrativas para el contrato de gestión del servicio de recogida de residuos urbanos con transporte a vertedero o planta de tratamiento en el Municipio de Titulcia, que se aportó como documento número 1 del ramo de prueba de ONET SERALIA (folios 2 a 29), en concreto en el Capítulo III relativo a medios humanos (folios 23 y 24) se exige que el proyecto de prestación del servicio incluya propuesta detallada de la previsión de plantilla necesaria, incluido personal de administración. En el capítulo VI, apartado 9.2 se exige que el licitador describa "...el equipo administrativo necesario para la correcta realización de las tareas propias del servicio..."

Figura el pliego de condiciones del Ayuntamiento de Ciempozuelos en CD aportado por el propio Ayuntamiento al folio 99 del expediente. En estos dos documentos, se recogen las obligaciones de índole administrativo que incumbe cumplir al adjudicatario del servicio, tareas administrativas que eran cumplimentadas por la actora, en tanto que prestaba el servicio por EUROPEAN CLEANING SL".

Todo ello con base en los documentos que se citan en la redacción propuesta en el recurso.

Esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en sentencia de 21 marzo de 2018, en relación a este motivo de suplicación mantiene lo siguiente:



"...la reiterada doctrina de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo relativa a los requisitos exigibles para acceder a la revisión fáctica, compendiados en la sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2015 (recurso 95/2014):

"Con carácter general, para que prospere la denuncia del error en este trámite extraordinario de casación, es preciso que concurran los siguientes requisitos:

- a) Que se concrete con claridad y precisión el hecho que haya sido negado u omitido en el relato fáctico (no basta mostrar la disconformidad con el conjunto de ellos).*
- b) Que tal hecho resulte de forma clara, patente y directa de la prueba documental obrante en autos, sin necesidad de argumentaciones o conjeturas (no es suficiente una genérica remisión a la prueba documental practicada).*
- c) Que se ofrezca el texto concreto a figurar en la narración que se tilda de equivocada, bien sustituyendo o suprimiendo alguno de sus puntos, bien complementándolos.*
- d) Que tal hecho tenga trascendencia para modificar el fallo de instancia.*

Añadiendo en la sentencia de 15 marzo de 2018 de la misma Sala:

"(...) De los términos de la redacción fáctica solicitada ha de quedar excluido:

Todo lo que no sea un dato en sí, como los preceptos de normas reglamentarias de carácter interno o del convenio colectivo aplicable, y, en definitiva cualquier concepto jurídico.

- b) Los hechos notorios y los conformes.*
- c) Los juicios de valor predeterminantes del fallo, cuya sede ha de corresponderse con la motivación o fundamentación jurídica del recurso.*
- d) Las hipótesis, conjeturas o elucubraciones, pues lo no acontecido, por posible, probable o incluso seguro que pudiera resultar llegar a ser, de darse las condiciones correspondientes, no ha llegado a ser, y debe quedar fuera de esa relación.*
- e) Los hechos negativos cuando equivalen a no acaecidos".*

Y así, dada la numerosa prueba documental en que basa el recurrente su petición, y los hechos a los que afecta el motivo b) del art 193:

- debe declararse que la revisión de hechos no faculta a la Sala a efectuar una nueva valoración global y en conjunto de toda la prueba practicada en el procedimiento.

- tampoco es posible, como también sucede en este supuesto en varios de los submotivos, admitir una revisión de hechos de la sentencia de instancia con base en las mismas pruebas (documental) que ya fueron tenidas en cuenta por el Magistrado de instancia, puesto que en el recurso de suplicación, dada su especial naturaleza, no es posible sustituir la valoración de que dichas pruebas hizo el juzgador por el juicio valorativo de la parte recurrente.

-si hay documentos que contengan datos que pueden ser valorados como contradictorios, debe prevalecer la opción fáctica recogida en la instancia, salvo que su conclusión sea clara y evidentemente errónea.

-que la revisión interesada tiene que ser trascendente de cara a modificar el fallo de la sentencia, para lo que resulta conveniente tener presente el tipo de acción que se ejercita, y la causa de pedir. La reclamación que se hace por la actora es la impugnación de la extinción de la relación laboral con efectos de 3 de febrero de 2018.

-tampoco la vía del apartado b) del citado art. 193 permite que se incorporen al relato de hechos probados todos los datos o todos los hechos que aparezcan reflejados en la prueba documental, y que no hayan sido consignados por el Magistrado en su sentencia, sino solo aquellos que reflejen -como antes se ha indicado- el error del juzgador.

Y aplicando lo antes expuesto a los motivos planteados por la representación letrada de la recurrente EUROPEAN CLEANING S.L.:

-No procede la revisión del hecho probado SEGUNDO ya que se pretende adicionar el contenido de un convenio (que ya se ha indicado no es un dato y sí una norma), sin que tampoco se discuta su contenido literal.

-No procede la revisión del hecho probado TERCERO por resultar intrascendente la fecha de su registro en la oficina pública de empleo, y ya recogerse en el hecho 5º la existencia de un convenio de empresa para el centro de trabajo de la Mancomunidad de Ciempozuelos Titulcia.



-No procede la revisión del hecho probado QUINTO al tratar de introducir datos de un convenio colectivo, por lo que se da por reproducido lo indicado en relación al hecho probado segundo.

-No procede la revisión del hecho probado SEXTO, en cuanto pretende la introducción de un último párrafo, por resultar irrelevante para intentar cambiar el sentido del fallo de la sentencia recurrida que es la finalidad pretendida mediante la interposición del recurso de suplicación.

-No procede la revisión del hecho probado OCTAVO, puesto que es un dato no controvertido que el cambio en la empresa que prestaba el servicio de limpieza viaria y recogida de residuos en los Ayuntamientos de Ciempozuelos y de Titulcia es el 3 de febrero de 2018.

-No procede la revisión del hecho probado NOVENO, puesto que la sentencia de instancia no imputa a la ahora recurrente algún incumplimiento formal en las obligaciones que en materia de subrogación impone el Convenio Colectivo de aplicación.

-Procede la revisión -al menos parcial- del hecho probado UNDECIMO, puesto que partiendo tanto la sentencia de instancia como el recurrente de los mismos documentos, los nº 3 y 8 del ramo de prueba de EUROPEAN CLEANING, S.L. y ésta además de los documentos nº 4 y 5 también de su ramo de prueba:

.por lo que se refiere al número de trabajadores en alta en la Seguridad Social a la fecha de la pérdida del servicio, 3-2-2018, según el documento nº 8 consistente en certificado / informe de vida laboral de la mercantil EUROPEAN CLEANING S.L. emitido por la Tesorería General de la Seguridad Social, el número total de trabajadores era de 23, con independencia de las vicisitudes que cada empleado haya tenido con posterioridad a esa fecha.

.por lo que se refiere a las operaciones comerciales llevadas a efecto por la mencionada mercantil, el dato que figura en la sentencia consistente en que " *En el ejercicio 2016, esta mercantil realizó operaciones comerciales con 30 clientes diversos*" está extraído como así se recoge en el fundamento de derecho primero de la resolución judicial, del documento nº 3 de la parte demandada EUROPEAN CLEANING, S.L. y consiste, como se indica en la propuesta de redacción del hecho probado, en el modelo 347 presentado por esa empresa ante la Agencia Tributaria y se corresponde con la declaración anual de operaciones con terceras personas, conteniendo la relación de declarados del ejercicio 2016 y en el documento nº 5 (que se indica en el recurso como documento a tener en cuenta para la revisión de los hechos), se presenta el mismo modelo de declaración pero relativo al año 2017.

Y si bien es cierta la afirmación contenida en la sentencia de que son 30 las terceras personas con las que EUROPEAN CLEANING S.L. ha tenido operaciones susceptibles de recogerse en esa declaración por superar anualmente cierto importe, no todos ellas se corresponden con la clave B que identifica a las ventas, puesto que éstas son únicamente las cuatro que se dicen en el recurso: el Ayuntamiento de Ciempozuelos (operaciones por importe de 11.578,17 €), la Mancomunidad Intermunicipal Ciempozuelos-Titulcia (operaciones por importe de 2.009.252,27 €), Mercedes Benz España S.A. (operaciones por importe de 571.873,83 €) y Mercedes Benz Retail S.A. (operaciones por importe de 82.118,43 €), puesto que los otros veintiséis restantes declarantes se corresponden con claves de operación A, es decir, compras.

En cuanto al importe de la cifra de negocio que figura en el modelo 200 -Impuesto sobre Sociedades ejercicio 2016- se consigna la cantidad que figura en el documento nº 4 del ramo de prueba del demandado-recurrente.

También debe admitirse, por figurar expresamente en la documental a la que se refiere la parte, que según el modelo 347 (operaciones con terceras personas) correspondiente al ejercicio 2017 (documento número 5 del ramo de prueba de EUROPEAN CLEANING S.L.) la compañía declaró dos operaciones por la clave B: La Mancomunidad Intermunicipal Ciempozuelos-Titulcia (operaciones por importe de 2.208.928,24 €) y Mercedes Benz España S.A. (operaciones por importe de 566.506,91 €) y otras veintidós operaciones lo fueron por la clave A.

De las citadas cifras se desprende el cuantía y la importancia de cada operación en relación con el total de la actividad de la empresa sin que sea necesario consignar resultados matemáticos que fijen porcentajes.

Así la redacción que se fija por esta Sección de Sala del hecho probado undécimo es la siguiente:

"Tras la pérdida del servicio con la mancomunidad, EUROPEAN CLEANING S.L. cuenta -en la fecha de 3/2/2018- con 23 trabajadores en alta en la Seguridad Social.

Según el modelo 347 (operaciones con terceras personas), correspondiente al ejercicio 2016, EUROPEAN CLEANING S.L. declaró cuatro operaciones por la clave B: el Ayuntamiento de Ciempozuelos (operaciones por importe de 11.578,17 €), la Mancomunidad Intermunicipal Ciempozuelos-Titulcia (operaciones por importe de



2.009.252,27 €), Mercedes Benz España S.A. (operaciones por importe de 571.873,83 €) y Mercedes Benz Retail S.A. (operaciones por importe de 82.118,43 €). Y declaró veintiséis operaciones por la clave A.

La cifra de negocio declarada en el Impuesto de Sociedades de la compañía del mencionado ejercicio 2016 ascendió a 2.231.374,86 euros (importe neto de la cifra de negocios de la cuenta de pérdidas y ganancias).

Según el modelo 347 (operaciones con terceras personas) correspondiente al ejercicio 2017, EUROPEAN CLEANINGS.L. declaró dos operaciones por la clave B: La Mancomunidad Intermunicipal Ciempozuelos-Titulcia (operaciones por importe de 2.208.928,24 €) y Mercedes Benz España S.A. (operaciones por importe de 566.506,91 €)".

-No procede la adición de un hecho probado, DECIMOTERCERO, puesto que la obligatoria subrogación no se ha producido vía pliego de cláusulas administrativas reguladoras de la concesión del servicio público de limpieza viaria.

MOTIVO NOVENO.- Con fundamento en el artículo 193.c) LJS, " examinar las infracciones de normas sustantivas o de la Jurisprudencia".

A tal efecto considera el recurrente que la sentencia vulnera lo dispuesto en el art. 50 del Convenio Colectivo del Sector de Saneamiento Publico, Limpieza Viaria, Riegos, Recogida, Tratamiento y Eliminación de Residuos, Limpieza y Conservación de Alcantarillado.

Concretamente, el artículo 50 que regula la subrogación del personal, lo hace en los siguientes términos (por lo que afecta a la cuestión debatida en este procedimiento):

" 1. En el marco establecido en el artículo anterior operará la subrogación del personal cuando tenga lugar un cambio de entidad prestataria del servicio en cualquier actividad de las reguladas en el ámbito funcional del presente Convenio...

En lo sucesivo, el término contrata se refiere, con carácter genérico al conjunto de medios organizados con el fin de llevar a cabo una actividad económica de las definidas dentro del ámbito funcional del presente Convenio, mediante cualquier modalidad de contratación....

A los efectos previstos en este artículo no tendrán la consideración de trabajadores/as y, por tanto, no serán objeto de subrogación por la nueva adjudicataria los socios/as cooperativistas que no tengan la condición de socios/as trabajadores/as. Únicamente alcanzará la subrogación a los socios/as cooperativistas que tengan la condición de trabajadores/as, y exclusivamente en esta última condición, sometiéndose en todos los aspectos a la regulación laboral y convencional de aplicación.

2. En todos los supuestos de finalización, pérdida, rescisión, cesión o rescate de una contrata así como respecto de cualquier otra figura o modalidad que suponga el cambio de entidades, personas físicas o jurídicas que lleven a cabo la actividad de que se trate, los miembros de la plantilla de la entidad saliente pasarán a estar adscritos a la nueva entidad que vaya a realizar el servicio, respetando ésta los derechos y obligaciones que viniesen disfrutando en aquella.

Se producirá la mencionada subrogación de personal, siempre que se den alguno de los siguientes supuestos:

a) Personal en activo que realice su trabajo en la contrata con una antigüedad mínima de los cuatro últimos meses anteriores a la finalización efectiva del servicio, sea cual fuere la modalidad de su contrato de trabajo, con independencia de que, con anterioridad al citado período de cuatro meses, hubieran trabajado en otra contrata....

3. Todos los supuestos anteriormente contemplados, se deberán acreditar documentalmente por la empresa o entidad saliente a la entrante, mediante los documentos que se detallan en el artículo 52 en el plazo de diez días hábiles contados desde el momento en que, la entidad entrante comunique fehacientemente a la saliente el cambio en la adjudicación del servicio...

4. La aplicación de este artículo será de obligado cumplimiento para las partes a que vincula: empresa o entidad pública o privada cesante, nueva adjudicataria y personal afectados por el ámbito de aplicación del presente convenio.

En particular, la subrogación de personal, así como los documentos a facilitar, operarán en todos los supuestos de sustitución de contratas, partes, zonas o servicios que resulten de la fragmentación o división de las mismas, así como en las agrupaciones que de aquéllas puedan efectuarse..."

EUROPEAN CLEANING S.L. mantiene como argumentos para que la sentencia de instancia sea revocada y se le absuelva de asumir las consecuencias del despido -improcedente- de la actora, que ésta se encontraba incluida en la previsión del convenio como personal a subrogar, con entrega de la documentación allí prevista, partiendo el Magistrado de datos erróneos en cuanto a la plantilla y al volumen de clientes, discrepando las



otras dos empresas demandadas de tales consideraciones, en los términos que figuran en los escritos de impugnación del recurso.

No se discrepa de la aplicación a las empresas FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS S.A. y ONET SERALIA S.A., de las previsiones que, en materia de subrogación de personal se contemplan en el convenio del sector de Saneamiento Público, Limpieza Viaria, Riegos, Recogida, Tratamiento y Eliminación de Residuos, Limpieza y Conservación de Alcantarillado, en cuanto han resultado adjudicatarias de dichos servicios en los municipios de Ciempozuelos y de Titulcia, debiendo asumir, de esta manera al personal de la anterior prestataria de la limpieza que estuviera adscrito a la misma.

Y es esta condición - de adscripción exclusiva al servicio-la que se considera como no acreditada en la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social, sin que la modificación introducida en unos de los hechos probados sea causa suficiente como para mantener que ha existido una valoración errónea de la prueba por parte del Juzgador de instancia.

El dato de la adscripción se deduce, inicialmente, de un documento fechado el 1-1-2013 que recoge el acuerdo entre D^a Vicenta y European Cleaning S.L., por el cual frente a su contratación general como "jefe de contabilidad a tiempo parcial" pasaba a desempeñar sus funciones únicamente para el centro de trabajo de la Mancomunidad, incrementándose su jornada de a tiempo parcial (para la que fue contratada en el 2005) a tiempo completo a partir de febrero de 2016, sin que nada conste sobre los datos objetivos que pudieran justificar ni esa variación de jornada ni esa dedicación exclusiva que solo podría estar vinculada a un incremento importante del servicio contratado por los Ayuntamientos de Ciempozuelos y Titulcia que no se ha probado. También se refiere el recurrente al Convenio Colectivo de empresa, en el que aparece la figura del jefe de contabilidad, convenio que como tal y dado su ámbito de negociación y aplicación, no puede extenderse a empresas ajenas.

Partiendo de que la actividad objeto de la contrata es de limpieza, parece razonable deducir que el personal adscrito a la misma básicamente estará formado por lo que se denomina "mano de obra directa" dedicado a realizar físicamente la limpieza viaria y la recogida de residuos, siendo la propia Mancomunidad quien rechaza (así hecho probado 6º apartado último), que sean 23 trabajadores los adscritos a la contrata (tesis de la empresa recurrente), admitiendo únicamente 17 (excluyendo entre otros a la demandante), dato que conocía el empresario pues así se lo había comunicado la Mancomunidad por escrito de 27-9-2017.

Es evidente que una empresa con cierto nivel de actividad empresarial y de personal, necesita realizar tareas de carácter administrativo y de contabilidad (relacionadas con sus trabajadores y clientes), pudiendo optar por empleados propios o por la contratación con profesionales externos. Y en esta libertad, European Cleaning S.L. optó por suscribir un contrato con la Sra. Vicenta en el año 2005, que posteriormente modificó en los términos antes expresados (acuerdos de enero de 2013 y febrero de 2016 y Convenio de empresa para el centro de trabajo de la Mancomunidad), pero sin embargo estas decisiones no se pueden trasladar a terceros salvo que se acreditara cuales eran las funciones que -durante la jornada completa- dicha trabajadora realizaba en exclusiva para la contrata de la Mancomunidad (y que ésta no acepta).

Esta falta de prueba de la real integración de D^a Vicenta en el servicio objeto de la contrata, que aparece declarada en la sentencia, no se ha desvirtuado por el hecho de que se haya aceptado una precisión en cuanto al volumen de operaciones con clientes, en los términos de la modificación aceptada respecto del hecho probado undécimo, que se limita a fijar los datos de las últimas dos anualidades anteriores al fin de la contrata, años 2017 y 2016 (aquí el porcentaje de volumen de las operaciones con la Mancomunidad no era del 75,55% y si inferior puesto que incluye a otro cliente distinto como es el Ayuntamiento de Ciempozuelos), cuando la pretendida adscripción lo fue en el año 2013.

De esta manera se comparte el criterio de la instancia de estar en presencia de lo que ha venido definiéndose como "personal de estructura o plantilla", que se caracteriza por ser no personal de ese centro de trabajo (el de la Mancomunidad) y sí personal fijo de la empresa, no adscrito a la concesión y que, como tal, ha de permanecer en la empresa saliente, sin perjuicio de que la misma pudiera adoptar alguna decisión relacionada con la actora, de haberse reducido tanto su volumen de actividad como su volumen de personal.

No concurriendo las infracciones denunciadas en el recurso, éste debe ser desestimado.

TERCERO.- Procede la imposición de costas, dado que el art. 235.1 LRJS prevé esta medida respecto a la parte recurrente que resulta vencida y no disponga del beneficio de justicia gratuita o no haya sido eximida legalmente de dicho deber.

CUARTO.- Contra la presente sentencia cabe Recurso de Casación para la unificación de doctrina (art. 218 LRJS).

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Desestimando el Recurso de Suplicación interpuesto por el LETRADO D. CESAR MENDEZ LOPEZ en nombre y representación de EUROPEAN CLEANING SL, contra la sentencia de fecha 27 de abril de 2018 dictada por el Juzgado de lo Social nº 33 de Madrid en sus autos número Despidos / Ceses en general 245/2018, seguidos a instancia de Dña. Vicenta frente a ONET SERALIA SA, EUROPEAN CLEANING SL y FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS SA, y otros. en reclamación por Despido. Confirmamos la misma.

Se imponen las costas causadas a la parte recurrente EUROPEAN CLEANING S.L. fijándose los honorarios de los Letrados de las partes recurridas, cada uno de ellos, en 300,00 euros.

Se decreta la pérdida del depósito constituido para recurrir y la pérdida de las consignaciones y/o mantenimiento de los aseguramientos que en su caso se hubieran prestado, hasta que se cumpla la sentencia o se resuelva si procediese la realización de los mismos.

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 2829-0000-00-0601-18, que esta sección tiene abierta en BANCO SANTANDER sita en Pº del General Martínez Campos, 35, 28010 Madrid o bien por transferencia desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de Banco Santander. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes:

1. Emitir la transferencia a la cuenta bancaria IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274
2. En el campo *ORDENANTE*, se indicará como mínimo el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y si es posible, el NIF /CIF de la misma.
3. En el campo *BENEFICIARIO*, se identificará al Juzgado o Tribunal que ordena el ingreso.
4. En el campo " *OBSERVACIONES O CONCEPTO DE LA TRANSFERENCIA*", se consignarán los 16 dígitos que corresponden al Procedimiento (2829000000060118), 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).

Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social y una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

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 por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado-Ponente en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.