



Roj: **STS 5847/2013** - ECLI: **ES:TS:2013:5847**

Id Cendoj: **28079140012013100741**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **13/11/2013**

Nº de Recurso: **1334/2012**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **MARIA LOURDES ARASTEY SAHUN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ M 1641/2012,**
STS 5847/2013,
AATS 2597/2014

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a trece de Noviembre de dos mil trece.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala, en virtud del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la letrada Sra. Zamora Olaya en nombre y representación de SUFI-SERVIDRIVE S.L contra la sentencia dictada el 30 de marzo de 2012 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en recurso de suplicación nº 762/12, interpuesto contra la sentencia de fecha 18 de junio de 2010, dictada por el Juzgado de lo Social nº 40 de Madrid, en autos núm. 636/10, seguidos a instancias de Dña. Gregoria contra la ahora recurrente; CARPA SERVICIOS y CONSERVACION SLU; PARLA SPORT 10; AGOTRAN SA; y AYUNTAMIENTO DE PARLA sobre despido.

Han comparecido en concepto de recurrido Dña. Gregoria; PARLA SPORT 10 SL; CARPA SERVICIOS y CONSERVACION SLU representadas por los letrados Sr. García Linares, y Sr. Saez Carbo, respectivamente.

Es Ponente la Excm. Sra. D^a. Maria Lourdes Arastey Sahun,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 18-06-2010 el Juzgado de lo Social nº 40 de Madrid dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos: " **1º** .- La demandante Dña. Gregoria ha prestado servicios por cuenta y dependencia de la empresa SUFI SA-SERVIDRIVE SL UNION TEMPORAL DE EMPRESAS con una antigüedad de 23-05-2005, con la categoría profesional de directora de gestión y percibiendo un salario mensual de 2.557,99 euros incluida la parte proporcional de pagas extraordinarias (doc. nº 1 a 22 de la parte actora).

2º.- La demandante inicialmente prestaba servicios para la empresa Servidrive S.L. si bien a partir del 05-06-2008 pasó a prestar servicios para la UTE tras la adjudicación a la UTE del contrato administrativo de prestación de diversos servicios en el polideportivo municipal FJ Castillejo de Parla, contrato administrativo suscrito el 03-06-2008 (doc. nº 3 del Ayuntamiento de Parla, y doc nº 1 de la parte actora).

3º.- La demandante se encargaba de la gestión del Polideportivo así como de todas las cuestiones del personal del polideportivo, realizando la prestación de servicios en las oficinas sitas en la calle Empleo de Getafe (doc nº 26 a 28 de la parte actora, interrogatorio de la testigo Dña. Agustina).

4º.- El Ayuntamiento de Parla publicó el pliego de cláusulas administrativas para la adjudicación del contrato de concesión de obra pública y gestión integral del Polideportivo municipal FJ Castillejo, piscina de agua salada, balneario y campos de fútbol de las Américas y Alfredo di Stefano de Parla (expediente NUM000), en la



cláusula 24 se establece lo siguiente: El adjudicatario viene obligado a subrogar al personal adscrito al vigente servicio y que anexo al PPT se detalla, con reconocimiento de sus derechos y obligaciones. En el anexo III se contiene el listado del personal a subrogar en el cual no se encuentra incluida la demandante. En el art. 12-4 del pliego de prescripciones técnicas se establece lo siguiente: "el adjudicatario deberá subrogar al personal actual y contratar por su cuenta al personal preciso para atender todos los servicios objeto de la contratación." (doc. nº 78 de la parte actora).

5º.- La empresa SUFI SA Y SERVIDRIVE SL UTE en fecha 01-12-2009 presentó escrito en el Ayuntamiento de Parla alegando que en la relación de trabajadores incluida en el Pliego de condiciones no se habían incluido a tres trabajadores entre los que se encontraba la demandante, por lo que adjuntaba de nuevo la relación íntegra de trabajadores y solicitaban que se realizaran las oportunas correcciones que afectarían al pliego de condiciones (doc. nº 80 de la parte actora). La demandante en fecha 17-12- 2009 remitió un escrito al Ayuntamiento de Parla en términos similares y solicitando que se subsanara la omisión en la relación de trabajadores existente en el pliego de condiciones. El Ayuntamiento de Parla no publicó una corrección del pliego de condiciones. El Ayuntamiento de Parla solicitó el 25-02-2010 a la UTE que remitiera los datos y documentación del personal del polideportivo municipal FJ Castillejo, siendo incluida en la documentación a la demandante (doc. nº 5 de la UTE y doc. nº 77 de la actora).

6º.- El contrato administrativo fue adjudicado a las empresas CARPA SERVICIOS Y CONSERVACION SLU y AGOTRAN SA, las cuales han constituido la sociedad concesionaria denominada PARLA SPORT 10 SL la cual suscribió el contrato administrativo con el citado Ayuntamiento en fecha 06-04-2010 (doc. nº 1 del Ayuntamiento de Parla).

7º.- La demandante suscribió el 06-04-2010 recibo de finiquito con la empresa SUFI SERVIDRIVE UTE CASTILLEJO (doc. nº 1 de la empresa UTE).

8º.- La demandante no ostenta ni ha ostentado cargo de representación de los trabajadores.

9º.- Se ha intentado el preceptivo acto de conciliación ante el SMAC el día 27-04-2010. La demanda ha sido presentada el 03-05- 2010.

10º.- Es de aplicación el convenio colectivo de piscinas e instalaciones acuáticas (doc. nº 6 de PARLA SPORT 10)."

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: "Estimo la demanda interpuesta por Dña. Gregoria contra la empresa SUFI SA-SERVIDRIVE S.L. UNION TEMPORAL DE EMPRESAS y declaro improcedente el despido efectuado el 6-04-2010 condenando a la empresa demandada a optar en el plazo de cinco días entre readmitir al demandante en su puesto de trabajo o indemnizarle con la cantidad de 18.588,86 euros, debiendo abonarle en todo caso los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia a razón de 85,27 euros diarios. La opción deberá ejercitarse en el plazo de cinco días a contar desde la notificación de la sentencia sin esperar a la firmeza de la misma mediante escrito o comparecencia ante la secretaría de este Juzgado. En caso de no ejercitar la opción en el plazo indicado se entenderá que procede la readmisión. Absuelvo a las empresas CARPA SERVICIOS Y CONSERVACIÓN SLU, AGOTRAN, PARLA SPORT 10 SL, y AYUNTAMIENTO DE PARLA".

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por SUFI-SERVIDRIVE S.L. ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, la cual dictó sentencia en fecha 30-03-2012 , en la que consta el siguiente fallo: "Desestimando el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de la empresa SUFI-SERVIDRIVE S.L., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 40 de Madrid, de fecha dieciocho de junio de dos mil diez , confirmamos la expresada resolución. Se condena en costas a la parte recurrente que deberá abonar a cada uno de los Srs. Letrados impugnantes del recurso, en concepto de honorarios, la cantidad de 500 €, excepto, a la Sra. Letrado del Excmo. Ayuntamiento de Parla que la cantidad a abonarle, por el mismo concepto, será de 100 €. Dése el destino legal a lo depositado y consignado una vez sea firme la presente resolución."

TERCERO.- Por la representación de SUFI-SERVIDRIVE S.L. se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina ante la misma Sala de suplicación el 17-05-2012, en el que se alega infracción del art. 44 ET . Se aporta como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del T.S.J. de Madrid de 25 de abril de 2011 (R- 6280/10).

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 23-05-2013 se admitió a trámite el presente recurso. Dándose traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte recurrida para que formalice su impugnación en el plazo de quince días.



QUINTO.- Evacuado el traslado de impugnación por el Ministerio Fiscal se emitió informe en el sentido de considerar el recurso improcedente, e instruida la Excm. Sra. Magistrada Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 6-11-2013, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 30 de marzo de 2012 (rollo 762/2012) confirma la del Juzgado de lo Social nº 40 de esta Capital, que había declarado la improcedencia del despido de la trabajadora demandante y condenado a la codemandada UTE SUFI SA-SERVIDRIVE SL, absolviendo al resto de las partes demandadas.

Recurre en casación para unificación la citada condenada aportando como sentencia contradictoria la dictada por la misma Sala de Madrid el 25 de abril de 2011 (rollo 6280/2010).

Entre dicha sentencia y la ahora recurrida se da la contradicción exigida por el art. 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , pues ambas se refieren a trabajadoras que prestaban servicios en el mismo centro de trabajo en el momento en que se produce la extinción del contrato que se impugna como despido, concurriendo además las identidades siguientes: a) las trabajadoras de los dos procesos tenían categorías profesionales similares, b) prestaban servicios para la UTE ahora recurrente, c) en la relación de trabajadores del pliego de condiciones de la adjudicación del servicio por parte del Ayuntamiento de Parla a la recurrente (en 2008) no se incluyó a dichas trabajadoras, circunstancia que en ambos casos fue alertada por la empresa, sin que se corrigiera por parte del Ayuntamiento, d) cuando con ocasión del cambio de adjudicataria el Ayuntamiento solicitó el listado de trabajadores a la empresa recurrente, ésta incluyó a las dos trabajadoras afectadas por los procesos aquí comparados, e) en ambos supuestos se da la circunstancia de que la recurrente comunica el cambio de empleadora siendo así que la nueva concesionaria no acepta la subrogación en los contratos. Las sentencias deben decidir sobre la responsabilidad de las entidades intervinientes en las consecuencias de la calificación de improcedencia del despido, que se comparte. Y, mientras que la recurrida entiende que era la saliente la que debía hacerse cargo de la trabajadora, por no figurar ésta en su momento en el pliego de especificaciones de la adjudicación, la sentencia de contraste condena a la empresa entrante porque la empresa saliente remitió toda la documentación.

SEGUNDO.- 1. El recurso invoca el art. 44 del Estatuto de los Trabajadores (ET) para sostener que la empresa entrante se hallaba obligada a la subrogación de todos los trabajadores, incluida la demandante.

A los efectos de delimitar la obligación de subrogación, se trata aquí de determinar el alcance que haya que otorgarse a la omisión de la trabajadora demandante en el anexo del pliego de condiciones en que el Ayuntamiento detalla el personal adscrito al servicio objeto de la adjudicación.

2. Partimos de que en este caso nos hallamos ante un caso de sucesión empresarial por haber asumido la empresa al personal de la empresa saliente, destinado al centro de trabajo sobre el que se produce la adjudicación del servicio.

Hemos venido señalando que 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 (STS/4ª sentencias de 20 y 27 octubre 2004 -rcud. 4424/2003 y 899/2002-, 29 de mayo y 27 de junio 2008 -rcud. 3617/06 y 4773/06-, 28 de abril de 2009 -rcud. 4614/07-, 12 de julio de 2010 -rcud. 2300/09-, 7 de diciembre de 2011 -rcud. 4665/10-, etc., que acogieron la doctrina de las TJCE de 10 de diciembre 1998 - Asunto Sánchez Hidalgo - y otras). Por tanto, 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, no sólo continua con la actividad de la que se trata sino que también se hace cargo de una parte cuantitativamente importante de la plantilla del anterior.

3. 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. En estos últimos casos, la obligación de subrogación solo será exigible si surge de la norma convencional o la imponía, en su caso, el régimen de obtención de la contrata -como puede suceder



con la imposición de tal condición en el pliego de condiciones por parte de la Administración-, en cuyo caso habrá de estarse a esa fuente para delimitar el alcance de la obligación de subrogarse.

4. Resulta determinante la afirmación que antes hicimos sobre la existencia de una sucesión empresarial para sostener la obligación de la empresa entrante de asumir los contratos de trabajo de los trabajadores destinados a la contrata, pues tal obligación de subrogación nacida *ex lege* del art. 44 ET no puede verse enervada por la apreciación de defectos formales como los que aparecen en este caso, consistentes en la errónea configuración del listado de trabajadores que prestaban servicios en el centro de trabajo que pasa a gestionar la empresa entrante.

La circunstancia de que la actora no figurara en el listado de trabajadores que el Ayuntamiento incluía en el pliego de condiciones, no impide afirmar la realidad de su prestación para el servicio que es objeto del cambio de prestatario. Fuera cual fuera la categoría profesional que tuviera asignada, lo cierto es que desde el inicio de la actividad la trabajadora prestó servicio en el centro objeto de la concesión administrativa, lo cual, por otra parte, conocía la Administración pública titular de las instalaciones. La persistencia en el tiempo de aquella prestación de servicios de esta trabajadora permite, además, despejar cualquier duda sobre un eventual fraude. La asunción de la actividad por parte de la nueva concesionaria y la subrogación en los contratos de los trabajadores que venían prestando aquellos servicios había de provocar la inclusión de todos los trabajadores destinados a la concesión en el marco de los servicios que el Ayuntamiento adjudicaba ahora a la nueva empresa.

TERCERO.- 1. Entendemos que la doctrina correcta es la de la sentencia de contraste, discrepando así de lo que sostuvo el Ministerio Fiscal en su informe.

2. El recurso debe estimarse y la sentencia recurrida debe ser casada y anulada y, resolviendo el debate suscitado en suplicación, debe estimarse el recurso de dicha clase, con la consiguiente revocación de la sentencia de instancia en el sentido de imponer a CARPA SERVICIOS Y CONSERVACION, SLU la condena por la declaración de improcedencia del despido de la actora, absolviendo a la ahora recurrente y manteniendo el resto de pronunciamientos del fallo de instancia.

3. Con arreglo a lo dispuesto en el art. 235 LRJS, no procede la imposición de costas. Devuélvase al depósito dado para recurrir y dese a la consignación el destino legal.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación de SUFI-SERVIDRIVE S.L. frente a la sentencia dictada el 30 de marzo de 2012 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en recurso de suplicación nº 762/12, casamos y anulamos la sentencia recurrida y, resolviendo el debate suscitado en suplicación, estimamos el recurso de dicha clase, con revocación de la sentencia de instancia en el sentido de imponer a CARPA SERVICIOS Y CONSERVACION, SLU la condena por la declaración de improcedencia del despido de la actora, Dña. Gregoria, absolviendo a la ahora recurrente y manteniendo el resto de pronunciamientos del fallo de instancia. Sin costas, con devolución del depósito dado para recurrir.

Devuélvase las actuaciones al Órgano Jurisdiccional de procedencia, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. María Lourdes Arastey Sahun hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.