



Roj: **STSJ AS 699/2013 - ECLI: ES:TSJAS:2013:699**

Id Cendoj: **33044340012013100453**

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

Sede: **Oviedo**

Sección: **1**

Fecha: **22/02/2013**

Nº de Recurso: **172/2013**

Nº de Resolución: **447/2013**

Procedimiento: **RECURSO SUPPLICACION**

Ponente: **FRANCISCO JOSE DE PRADO FERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.ASTURIAS SALA SOCIAL

OVIEDO

SENTENCIA: 00447/2013

T.S.J.ASTURIAS SALA SOCIAL OVIEDO

C/ SAN JUAN Nº 10

Tfno: 985 22 81 82

Fax: 985 20 06 59

NIG: 33044 34 4 2013 0100214

402250

TIPO Y Nº DE RECURSO: RECURSO SUPPLICACION 0000172 /2013

JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS: DEMANDA 541/2012 JDO. DE LO SOCIAL nº3 de OVIEDO

Recurrente/s: TELEINFORMATICA Y COMUNICACIONES S.A.U.(TELYCO)

Abogado/a: JUAN MANUEL FERNANDEZ OTERO

Recurrido/s: Trinidad , TELEFONICA DE ESPAÑA S.A. , TELEFONICA MOVILES ESPAÑA, S.A.U. , SALESLAND SL , MINISTERIO FISCAL

Abogado/a: MIGUEL ANGEL GARCIA RIOS, ALEJANDRO TUERO ALLER , LUIS GARCIA BOTELLA

Sentencia nº 447/13

En OVIEDO, a veintidós de Febrero de dos mil trece.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la Sala de lo Social del T.S.J. de ASTURIAS, formada por los Ilmos Sres., D. FRANCISCO JOSE DE PRADO FERNANDEZ, Presidente, D^a. PALOMA GUTIERREZ CAMPOS y D^a. MARIA PAZ FERNANDEZ FERNANDEZ, Magistrados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española ,

EN NO MBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A

En el RECURSO SUPPLICACION **172/2013**, formalizado por el Letrado D. JUAN MANUEL FERNANDEZ OTERO, en nombre y representación de la empresa TELEINFORMATICA Y COMUNICACIONES S.A.U.(TELYCO), contra



la sentencia número 513/2012 dictada por JDO. DE LO SOCIAL N. 3 de OVIEDO en el procedimiento DEMANDA 541/2012, seguidos a instancia de D^a. Trinidad , representada por el Letrado D. MIGUEL ANGEL GARCIA RIOS frente a TELEINFORMATICA Y COMUNICACIONES S.A.U.(TELYCO), TELEFONICA DE ESPAÑA S.A., TELEFONICA MOVILES ESPAÑA, S.A.U., representada por el Letrado D. ALEJANDRO TUERO ALLER, SALESLAND SL, representada por el Letrado D. LUIS GARCIA BOTELLA, encontrándose citado el MINISTERIO FISCAL, siendo Magistrado-Ponente el **Ilmo. Sr. D. FRANCISCO JOSE DE PRADO FERNANDEZ**.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- D^a Trinidad presentó demanda contra las empresas TELEINFORMATICA Y COMUNICACIONES S.A.U.(TELYCO), TELEFONICA DE ESPAÑA S.A., TELEFONICA MOVILES ESPAÑA, S.A.U. y SALESLAND SL, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 513/2012, de fecha uno de Octubre de dos mil doce .

SEGUNDO.- En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados:

1º Trinidad , con DNI nº NUM000 , cuyas demás circunstancias personales constan en el encabezamiento de la demanda, vino prestando servicios para las empresas:

*Letra A. de Azafatas S.L. (del grupo A. Field Marketing Iberia, S.L.) de 13.09.01 a 30.09.01 y de 01.10.01 a 15.06.2004.

* Eurovendex S.A. de 16.06.04 a 15.02.09

* Salesland S.L. de 16.02.09 a 30.04.2012.

Lo hizo siempre en los mismos locales de trabajo, sin solución de continuidad para esas distintas empresas, que se sucedían en las contrataciones con la principal empleando al personal previo de la contratista anterior, así como sin cambios en cuanto al mobiliario, equipos informáticos, sistema operativo, uniformes o ropa de trabajo y demás material preciso para el ejercicio de la actividad.

2º Suscribió contratos de trabajo de duración determinada a tiempo completo, modalidad obra o servicio determinado, con las indicadas empleadoras, así:

- el 06.09.2001 con Letra A. de Azafatas S.L. cuyo objeto contractual se describía (sic): "promoción y venta de productos de telefonía móvil durante la vigencia de la contrata suscrita, entre Telefónica Móviles y Letra A de Azafatas S.L.";

- el 10.06.2004 con Eurovendex S.A.: "atención, información, demostración y asesoramiento en los puntos de información comercial de TME autorizados, a potenciales clientes y, en general, usuarios de servicio de telefonía móvil/fija, de los diferentes productos y servicios de TME, así como de campañas comerciales vigentes durante la ejecución del presente contrato, para la promoción y difusión de la imagen corporativa de TME, según contrato de arrendamiento de servicios entre Eurovendex S.A. y Telefónica Móviles España S.A., y

- el 05.02.09 con Salesland S.L.: "atención de puntos de información comercial de productos y servicios de empresa cliente "Telefónica" ubicados en Hipermercados, grandes superficies y establecimientos comerciales en la provincia de Asturias".

3º En todos ellos tenía una jornada semanal de 40 horas y la categoría de promotora, con duración pactada hasta fin de promoción o de obra. Los dos primeros no remitían a convenio colectivo alguno, el último (con Salesland) al convenio colectivo de promociones y degustaciones.

El 01.12.2010 pasó a trabajar para Salesland con un CTP del 70% (28 horas/semanales), correspondiéndole percibir en 2012 un salario bruto mensual de 706,40€ todo incluido, equivalente a 23,23 €/día -365 días-.

De 02.02.12 a 23.05.2012 percibió subsidio por maternidad. Antes había estado en I.T. por riesgo embarazo.

4º No ostenta ni ha ostentado cargo alguno de representación legal o sindical de los trabajadores.

5º Su actividad fue siempre la atención de puntos de información comercial de productos de telefonía móvil de Movistar ubicados en Hipermercados, grandes superficies y establecimientos comerciales de Asturias, en concreto en el área de Oviedo.

6º Tal actividad continúa ejecutándose en la actualidad por otra empresa, desde 01.05.2012, Teleinformática y Comunicaciones S.A. (A 78.050.481), en adelante TELYCO, del grupo empresarial de "Telefónica de España



S.A.", a diferencia de las tres contratistas anteriores que no consta que pertenezcan al citado grupo mercantil de empresas. TELYCO se constituyó en fecha 3 de junio de 1985.

7º La empresa "Telefónica de España S.A." se constituyó el 19.04.1924, fundado luego junto con don Felix y don Jacobo el 11 de octubre de 1988 la empresa "TS1 Telefónica Servicios S.A.", suscribiendo cada una de esas personas físicas una única acción.

TS1 Telefónica Servicios S.A. pasó luego a ser propiedad al 100% de Telefónica de España S.A. y cambió su denominación varias veces, primero por la de Telefónica Servicios Móviles S.A.U. y luego (11.05.2000) por la de "Telefónica Móviles España S.A." El 26.04.12 depositó sus cuentas anuales del ejercicio 2011 en el Registro Mercantil de Madrid.

8º El 01.04.2001 Telefónica Móviles España S.A. suscribe con Letra A. de Azafatas S.L. contrato de prestación del servicio de atención de puntos de información comercial de productos y servicios de Telefónica Móviles España en hipermercados, grandes superficies y establecimientos comerciales de interés, cuyo pliego de condiciones particulares obra en autos dándose por reproducido. Contrato que fue objeto de sendos anexos el 15.09.03 y 01.12.03.

Telefónica Móviles España SAU -TME suscribió con Eurovendex S.A. el 16.06.2004 contrato de prestación del servicio de promotoras en grandes superficies, participándole a la contratista Eurovendex S.A. TME el 28.12.08 que el contrato quedaba resuelto parcialmente desde 15.02.09 para los puntos de información comercial adscritos a las zonas noreste y noroeste, continuando plenamente vigente con respecto al resto de puntos de información comercial.

El 16.02.09 el contratista de las zonas este, noreste, noroeste, norte, Zaragoza, pasa a serlo Salesland S.L. en virtud de contrato mercantil con Telefónica Móviles España S.A., dándose aquí por reproducido el pliego de condiciones particulares para la prestación del servicio de venta asistida en las grandes superficies.

El 28.03.2012 se participa a Salesland que TME no prorrogará el contrato de 01.05.11 extinguiéndose a todos los efectos el 03.04.2012.

En anexo de 10.01.11 al contrato de 16.02.09 se acordó prorrogarlo hasta el 31.03.2011. Y en anexo de 25.02.2011 una nueva prórroga hasta el 30.04.2011. El 01.05.2011 las partes habían suscrito nuevo contrato del servicio de venta asistida en las grandes superficies.

9º Telefónica Móviles España S.A. a su vez tenía suscritos contratos de distribución en grandes superficies con ALCAMPO (13.04.07), Centros Comerciales Carrefour S.A. (21.07.06),....

10º Telefónica de España S.A. tenía suscritos otros contratos: Con Salesland S.L. de fecha 29.12.06 cuyo objeto era "promotores comerciales canal consumo", con Eurovendex de data 15.06.2006: "contratación del servicio promotoría canal consumo", con Eurovendex S.A. de 10.03.2006: "contratación del servicio de recogida de documentación de portabilidad".

11º Telefónica Móviles España S.A.U. y Telefónica de España S.A. suscriben el 01.05.12 con TELYCO contrato de prestación del servicio de venta asistida en grandes superficies (Alcampo, Carrefour, Media Markt), cuyo pliego de condiciones particulares se tiene aquí por reproducido. TELYCO tiene convenio colectivo propio, de empresa, 2012-2013, ámbito estatal.

Telefónica Móviles España S.A. había suscrito también el 01.05.11 con "Grupo A Field Marketing Iberia S.L.U.". Contrato de prestación del servicio de venta asistida en GG.SS. que el 28.03.12 TME dio por rescindido participando que no sería renovado y que se extinguiría a todos los efectos el 30 de Abril de 2012.

Rafaela demandó el 07.06.12 a Telyco y Grupo A Field Marketing Iberia S.L. por despido ante el Juzgado de lo Social de Madrid por no haber sido subrogada por Telyco el 01.05.12. El acto previo ante el SMAC había concluido "sin avenencia" en lo que hace a Telyco.

María Esther presentó papeleta conciliatoria ante la SMAC de Vigo en materia de despido frente a varias empresas, entre ellas Telyco, Salesland S.L., Eurovendex S.A., Letra A de Azafatas S.L., ..., en cuyo acto celebrado el 23.05.12 el Letrado Juan Manuel Fernández Otero en representación de Telyco reconoció que debía subrogar a la conciliante y admitió su incorporación en 24 horas en las mismas condiciones que tenía en Salesland S.L. como hizo Telyco con el resto de sus compañeros.

12º La actual demanda se presentó por la Sra. Trinidad el 11 de junio de 2012, la vista se convocó para el 29.08.2012 suspendiéndose por enfermedad (bronquitis) del letrado de TELYCO (Sr. Luis Pedro), convocándose de nuevo a las partes para el pasado 24.09.2012.

el día 30 de agosto de 2012 se amplió la demanda frente a Telefónica Móviles España S.A.U.



El preceptivo acto de conciliación previa instado el 24.05.2012 concluyó en data 07.06.12 con el resultado de celebrado "sin avenencia" respecto de Telefónica de España S.A., TELYCO y con el de "intentado sin efecto" en lo que hace a Salesland S.L.F. 9º útil.

13º En Asturias prestaban servicios para Salesland S.L. en los puntos de información comercial de GG.SS.:

- Esmeralda (VEROS)
- Trinidad (DIALF)
- Palmira (GOMAI)
- Marí Trini (SODIM)
- Carina (RECUR)
- Florencia (MASIC)
- Miriam (FEGAR)
- Valle (SASAB).

Todas son promotoras salvo Esmeralda (coordinadora).

A las promotoras Salesland S.L. les participa por carta de 13.04.2012 al tener contratos de obra que la relación laboral quedará extinguida el 30.04.12 al haber rescindido TME la contrata, teniendo derecho a una indemnización de 9 días de salario/año de servicio; siendo que el servicio va a ser continuado desde la fecha de rescisión por TELYCO.

Por posterior carta de 19.04.12 les participa Salesland S.L. que Telyco propiedad del grupo Telefónica está interesada en la continuidad de los trabajadores que ya desarrollaban las tareas, por lo que si están interesadas deberán cumplimentar un formulario de datos personales para su entrega a Telyco, al tiempo que les facilitaba teléfonos de Telyco y una dirección de e- mail para agilizar los trámites. La actora rellenó el formulario. Contactó con Telyco que en principio se mostró favorable a su contratación pero que al final le dio largas cuando supo que estaba disfrutando de descanso maternal.

14º Telyco dio de alta en Tesorería General de la Seguridad Social como personal a su cargo en Asturias:

- el 02.05.12 a - Carina
- Miriam
- Palmira
- Valle
- Florencia

-También contrató el 09.05.12 a Teodoro .

Todas ellas a tiempo completo con contratos por obra (código 401), salvo a doña Valle y Florencia (contrato de obra a T.P. -501- con un CTP del 70%).

Salesland S.L. había suscrito contrato de interinidad el 23.11.2011 con doña Florencia (CTP del 0,700) para sustituir a Trinidad en I.T. por riesgo durante el embarazo desde 21.11.11.

También había suscrito contrato de interinidad a tiempo completo el 04.01.12 con doña Miriam para sustituir a Marí Trini .

Ésta también ha demandado por despido ante el juzgado de lo social de Gijón, iniciando descanso maternal del 06.03.12 al 25.06.12.

Marí Trini venía prestando servicios en Alcampo Gijón y la actora en Carrefour Oviedo. Fueron las únicas empedadas de Salesland S.L. en Asturias adscritas a la contrata de venta asistida en GG.SS. que no fueron asumidas por TELYCO.

15º TELYCO contrató en 05/12 a numeroso personal dentro de toda la geografía española que venía trabajando ya en Salesland S.L. o bien en Grupo A Field Marketing Iberia S.L.U. en los citados puntos de información comercial de GG.SS.

16º En el mes de abril de 2012 se mantuvieron numerosos contactos vía correos electrónicos entre Salesland S.L. y Telyco (Bruno -Director RRHH) que se dan por reproducidas (documento 12 de Salesland S.L.).



Destacar que el 03.04.12 Salesland envía a Telyco conforme a lo solicitado por el Sr. Bruno : 1.- Listado de personal actual (zona, punto de venta, horario, antigüedad, retribución, contrato, estado actual). 2.- Tablas de Comisiones del mes de Abril (Promotores y Estructura). 3.- Esquela de Supervisión distribuido por Territoriales (Coordinares y Jefes de Equipo). 4.- Descripción de Puestos (Funciones y responsabilidades de los Coordinadores y Jefes de Equipo). Al correo cursado a las 11:58 horas respondió el Sr. Bruno a las 12:25 horas del 03.04.12 preguntando cuántas pagas anuales eran las del salario mensual indicado. Aclarado por Salesland que eran 12 (extras ya prorrateadas), respondió el Sr. Bruno a las 13:37 horas del 03.04.12 dando el O.K. y las gracias. Hubo contactos vía e-mail asimismo en el mes de mayo de 2012, verbigracia participando datos de otras trabajadoras que no subrogadas en Pamplona iban a accionar, Celsa . y Inmaculada .

TERCERO.- En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

Que estimando la demanda en su pretensión subsidiaria, formulada por doña Trinidad , declara NULO el despido de la demandante, CONDENANDO a la empresa TELYCO -Teleinformática y Comunicaciones S.A. (A.78.050.481) a estar y pasar por ello, así como a la inmediata readmisión de la trabajadora en su P.T. en las circunstancias que informaban antes la relación laboral (jornada semana de 28 horas -CTP 70%, categoría de promotora, antigüedad de 13.09.2001, ...), así como al abono de la misma de los correspondientes salarios de tramitación desde 24 de mayo de 2012 hasta la efectiva readmisión, a razón de 23,23 € diarios de sueldo; con absolución de las codemandadas Salesland, S.L., Telefónica Móviles España S.A.U. y Telefónica de España, S.A.

CUARTO.- Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la empresa TELEINFORMATICA Y COMUNICACIONES S.A.U.(TELYCO) formalizándolo posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO.- Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en fecha 25 de enero de 2013.

SEXTO.- Admitido a trámite el recurso se señaló el día 14 de febrero de 2013 para los actos de votación y fallo.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la Sentencia de instancia, que estimando la pretensión deducida en la demanda rectora del proceso declara la nulidad del despido del que la accionante ha sido objeto acogiendo los efectos legales inherentes a tal calificación, interpone la empresa Teleinformática y Comunicaciones S.A. (TELYCO) recurso de suplicación, siendo impugnado por aquélla y por las otras dos entidades co-demandadas, que fundamenta en los motivos recogidos en los apartados a) y c) del artículo 193 de la Ley 36/2011, de 10 de Octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social , denunciando en el primero de ellos la vulneración de los artículos 97.2 y 107 de ésta, 248.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 218.1 y 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , alegando en esencia que el relato fáctico de aquélla Resolución, en concreto sus ordinales Tercero y Décimo Tercero, no aporta la descripción de los elementos necesarios para poder atribuir a dicha recurrente la autoría de un despido, específicamente el proceder o conducta determinantes del mismo y el momento cronológico en el que éstos se pudieron exteriorizar, añadiendo además que en aquél se "ha introducido algún hecho probado que perturba el estudio del que, en teoría, impugna la propia actora".

El motivo ha de ser forzosamente rechazado; primero y formalmente porque constituye criterio doctrinal sustentado jurisprudencialmente el que afirma que la nulidad de la sentencia es un remedio extraordinario al que únicamente cabe acudir en los casos en que se produzca la infracción de una norma o garantía del procedimiento que ocasione indefensión material y no meramente formal, indefensión, aquí ni siquiera alegada en el escrito de formalización, que no pueda ser paliada de otro modo. La operatividad de aquél remedio queda pues reducida no a los supuestos en los que se haya infringido formalmente por el Juzgador una previsión procedimental, sino a aquellos en los que la misma haya generado perjuicio, gravamen o indefensión a alguna de las partes litigantes no existiendo otro mecanismo de subsanación, obstaculizando su derecho de defensa y privándolas de la posibilidad de alegar y en su caso justificar sus derechos e intereses.

No es esta la situación predicable del supuesto que nos ocupa; siguiendo la línea plasmada en la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de Octubre de 1991 , no es posible encauzar el recurso de suplicación al amparo de la causa prevista en el apartado a) del artículo 193 de la Ley 36/2011, de 10 de Octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social , anulación de actos procesales por infracción de normas o garantías de procedimiento que hayan producido indefensión, cuando se puede conseguir la subsanación de una omisión fáctica en la Resolución de instancia, o la supresión de otra, por la vía del punto b) de dicho precepto, revisión de los hechos declarados probados, interpretación la expuesta acorde con los principios de celeridad, economía y buen orden



procesal. En el caso examinado la recurrente, pese a manifestar su disconformidad con la versión histórica de la Sentencia que impugna, consiente y no ataca la misma a través del precitado cauce.

El segundo de los motivos que justifica el fracaso de la petición formulada se debe a que una simple lectura de aquélla evidencia que la decisión que se considera constitutiva del despido de la actora es la negativa de la empresa que recurre a subrogarse en su vínculo laboral imposibilitando la continuidad de éste. La Magistrada a quo, partiendo de la existencia de un fenómeno de sucesión empresarial en el servicio objeto de las contrataciones a las causalmente han obedecido los contratos de trabajo temporales de aquélla, suscritos desde el año 2001 con las empresas que cronológicamente han resultado adjudicatarias de tal servicio, considera que la última de estas, TELYCO, que asumió el mismo el 1 de Mayo de 2012, viene obligada a integrar en su plantilla a la trabajadora y que al no haberlo hecho así incurre en despido.

SEGUNDO.- En el apartado reservado a infracciones normativas y jurisprudenciales se denuncia primeramente la vulneración de los artículos 44 del Estatuto de los Trabajadores con las previsiones del 56.1 de éste en relación con los preceptos 24.1 de la Constitución y 218.1 y 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 26 de Noviembre de 2012 resume con detalle la doctrina vigente sobre la materia enjuiciada expresando que "el art. 44 ET, regulador la sucesión de empresa, no había tenido cambios en su redacción hasta que la Ley 12/2001, introdujo novedades en su contenido, sustancialmente debidas a la jurisprudencia emanada del TJCE y a la necesidad de adaptar nuestro derecho interno a la normativa comunitaria, no sólo a causa de la modificación operada en ésta por la Directiva 98/50/CE del Consejo, de 29 de junio de 1998, sino por la falta de incorporación a nuestro ordenamiento de determinados mandatos de la Directiva 77/187/CEE del Consejo, de 14 de febrero de 1977. Normativa comunitaria constituida, al tiempo de promulgarse la Ley 12/2001, por la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001. Uno de los efectos de la sucesión de empresa que dispone el art. 44 ET en su apartado 1, mantenido tras la Ley 12/2001, es el efecto subrogatorio en la posición de empresario de la relación laboral. Norma de rango legal, que como acabamos de ver, no deja margen alguno a la negociación colectiva o a la autonomía de la voluntad para poder disponer de ese concreto efecto en el caso de que concurra el supuesto de sucesión de empresa ahí previsto, por lo que cualquier convenio colectivo o pacto (individual o colectivo) que lo niegue, lo condicione o limite su ámbito de aplicación resulta nulo de pleno derecho (inciso inicial del art. 85-1 ET y art. 3-1-c ET).

Ahora bien, entre los cambios introducidos en el art. 44 ET por la Ley 12/2001, como muy clarificadoramente apunta la Sentencia del TSJ del País Vasco de 13-2-2007, se incluye la noción misma de sucesión de empresa, al establecerse en el apartado 2 del precepto que, a efectos de lo previsto en ese artículo, se considerará que existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria. Descripción del fenómeno regulado que supone una evidente innovación respecto a la noción anterior, al alterar de manera esencial la descripción del objeto de la transmisión, que ya no se define como una empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma (pese a lo que parece del inicio del apartado 1), sino en los concretos términos del apartado 2, dadas las taxativas palabras con que éste se inicia y hemos dejado remarcadas.

Variación de suma trascendencia cuando se advierte que esa nueva descripción de la transmisión de empresa en nuestro derecho interno resulta ser copia literal de un precepto de la Directiva 1998/50/CE (art. 1-1-b), mantenido en la Directiva 2001/23/CE (art. 1-1-b), cuando señala que se considerará traspaso, a efectos de esas Directivas, el de una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesoria. Definición cuyo origen radica, a su vez, en la jurisprudencia comunitaria sentada en interpretación del art. 1 de la Directiva 1977/187/CEE, cuando señala que el concepto de entidad objeto de la transmisión remite a un conjunto organizado de personas y elementos que permiten el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio (sentencias Süzen, de 11 de marzo de 1997, Hernández Vidal, de 10 de diciembre de 1998, Sánchez Hidalgo, de la misma fecha, y Allen, de 2 de diciembre de 1999).

No cabe duda, vista esa identidad en la descripción, que nuestro legislador ha querido que, a partir de la vigencia de la Ley 12/2001, la noción de sucesión de empresa, en nuestro derecho interno, sea la comunitaria a la sazón vigente, abandonando la que hasta ahora teníamos. Resulta obvio que, de ser la misma, no habría sido necesario cambio alguno de regulación.

Pues bien, al identificarse ahora nuestra noción del objeto de la transmisión con la comunitaria se ha producido un efecto singular, como es la relevancia de la jurisprudencia comunitaria, en la medida en que pasa a ser la autorizada intérprete de nuestra propia norma.



Con anterioridad a esa reforma, una doctrina consolidada del Tribunal Supremo excluía del supuesto regulado en el art. 44 ET los casos de cambio de contratista de un servicio si no llevaba aparejado la transmisión de los elementos patrimoniales precisos para ejecutarlo, por lo que el nuevo contratista no quedaba sujeto a un deber de subrogación en el vínculo laboral de los trabajadores empleados por el contratista saliente al amparo de lo dispuesto en dicho precepto, sin perjuicio de que esa obligación pudiera surgir por disposición del convenio colectivo o por exigencia del titular del servicio (sentencias de 5 de abril de 1993 , 14 de diciembre de 1994 , 23 de enero y 9 de febrero de 1995 , 29 de diciembre de 1997 , 29 de abril de 1998 y 18 de marzo de 2002), como tampoco se da si, llegado un determinado momento, éste decide asumir directamente su gestión (sentencias de 3 de octubre de 1998 , y 19 de marzo de 2002). Aún más, cuando el convenio colectivo o el titular del servicio imponen ese deber, queda sujeto a los términos y condiciones impuestos por la fuente que fija la obligación de subrogación (sentencias de 10 de diciembre de 1997 , 9 de febrero , 31 de marzo y 8 de junio de 1998 , 26 de abril y 30 de septiembre de 1999 , y 29 de enero de 2002).

Sin embargo, tras la reforma de la Ley 12/2001, y a la luz de la sentencia dictada por el TJCEE el 24 de enero de 2002 en el caso TEMCO , también se engloban en el supuesto de sucesión de empresa tipificado en el art. 44 ET los casos de cambio de contratista de un servicio en cuya ejecución el elemento trascendental lo constituyen los trabajadores que lo desempeñan, siempre que el nuevo contratista esté obligado a asumirlos en su totalidad o en su parte esencial, sea por convenio o por imposición del titular del servicio, y aunque no lleve aparejada transmisión de los elementos patrimoniales precisos para su ejecución.

Así tenemos que los distintos supuestos de subrogación empresarial, asumiendo la patronal entrante los derechos y obligaciones de la empresa saliente, se reconducen en la actualidad a los siguientes:

A). Art. 44 del ET , reformado al compás de las Directivas comunitarias e interpretación de la jurisprudencia del TJCE, condicionado al requisito subjetivo de cambio de titularidad de la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma, y al objetivo de la entrega o aporte de los elementos patrimoniales necesarios, activos materiales o inmateriales o infraestructuras básicas para la continuidad de la actividad productiva.

B). Sucesión empresarial por disponerlos los pliegos de concesiones administrativas, cumpliéndose todos y cada uno de sus requisitos previstos en los mismos.

C). Subrogación empresarial convencional por así disponerlo los Colectivos, aunque no exista transmisión de elementos patrimoniales, contrayéndose a los casos expresadamente pactados y en tanto se hayan cumplido todos y cada uno de los requisitos en la norma estipulada para que surta efecto, no dándose si se incumpliera alguno de ellos. (SSTS 10-12-97 , 9-2 y 31- 3-1998, 30-9-99 y 29-1-2002).

D). Sucesión contractual mediante acuerdo entre la empresa cedente y cesionaria, aun no concurriendo los requisitos del art. 44 del ET , supuesto a que hace méritos una copiosa jurisprudencia del TS referida a las empresas de handling, (por todas STS 29- 2-2000), que constituye una novación por cambio del empleador que exige el consentimiento de los trabajadores afectados en aplicación del art. 1205 del Código Civil .

E). Sucesión de plantillas, aun no dándose tampoco los presupuestos del art. 44 del ET ni prever la subrogación el Convenio Colectivo o el pliego de condiciones, figura esta nacida de la jurisprudencia del TJCE, por continuar la empresa entrante en la actividad, asumiendo o incorporando a su plantilla a un número significativo de trabajadores de la empresa cesante, tanto a nivel cuantitativo (asumir por ejemplo la empresa entrante dos trabajadores sobre un total de seis, STS de 25-1-2006) como cualitativo (STSJ de Castilla-León de 31-10-2007). Aquí, la organización productiva, es la plantilla de trabajadores, entendida como un conjunto de elementos personales organizados, y constitutiva de una entidad económica que mantiene su identidad.

Este supuesto ha sido aceptado por la Sala Cuarta del TS en su sentencia de 27-10-2004 , (aun suscitando en la misma ciertas "reservas", entre otras razones, "por el efecto de desincentivación de estas contrataciones y del establecimiento convencional de estas garantías, que acabarán privando de las oportunidades de empleo a los trabajadores que supuestamente se quiere proteger"), ya que la doctrina establecida por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, al resolver cuestiones prejudiciales, es vinculante para el TS que ha de acatarla y ello no sólo en el caso decidido por la sentencia que resuelve la cuestión prejudicial, sino con carácter general en todas aquellas que queden comprendidas en la interpretación que se establece".

Junto a ello debemos tener presente que "para determinar si ha existido o no sucesión de empresa, no es determinante si el nuevo empresario, continuador de la actividad, es propietario o no de los elementos patrimoniales necesarios para el desarrollo de la misma, ni si ha existido o no un negocio jurídico entre cedente y cesionario, sino si se ha producido un cambio de titularidad de la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma y si la transmisión afecta a una entidad económica que mantenga su identidad. La jurisprudencia comunitaria ha examinado la cuestión atinente a la denominada "sucesión de plantillas", como



elemento relevante a tener en cuenta para determinar si existe o no sucesión de empresa, entre otras, en las siguientes sentencias:

En la sentencia de 11 de marzo de 1997, asunto 13/95, Süzen, tras señalar que para determinar si se reúnen los requisitos necesarios para la transmisión de una entidad, han de tomarse en consideración todas las circunstancias de hecho características de la operación de que se trate, entre las que figuran el tipo de empresa, el que se hayan transmitido o no elementos materiales, el valor de los elementos inmateriales, 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... , dispone "En la medida en que, en determinados sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común, puede constituir una entidad económica, ha de admitirse que dicha entidad puede mantener su identidad, aun después de su transmisión, 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. En este supuesto, reproduciendo los términos de la sentencia Rygaard, antes citada (apartado 21), el nuevo empresario adquiere en efecto el conjunto organizado de elementos que le permitirá continuar las actividades o algunas actividades de la empresa cedente de forma estable. En la sentencia de 10 de diciembre de 1998, C-173/96 y C-247/96, Sánchez Hidalgo y otros, entendió que era aplicable la Directiva 77/187/CEE a un supuesto en que un Ayuntamiento adjudicó el servicio de ayuda a domicilio, en régimen de concesión a una determinada empresa y, tras finalizar la concesión, se lo adjudica a una nueva, que contrató a todos los trabajadores que venían prestando servicios para la anterior.

La sentencia contiene el siguiente razonamiento: "El concepto de entidad remite a un conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio (sentencia Süzen, antes citada, apartado 13)". "Dicha entidad, si bien debe ser suficientemente estructurada y autónoma, no entraña necesariamente elementos significativos de activo material o inmaterial. En efecto, en determinados sectores económicos, como los de limpieza y vigilancia, estos elementos se reducen a menudo, a su mínima expresión y la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra. Así pues, 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". De la doctrina contenida en las sentencias anteriormente consignadas se desprende que en aquellos sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una entidad económica, que puede mantener su identidad, cuando se produce una transmisión, y el nuevo empresario no sólo continúa con la actividad de que se trata, sino que también se hace cargo de una parte esencial del personal del anterior empresario. Por contra, 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, no se considera que hay sucesión de empresa si no se transmiten los elementos materiales necesarios para el ejercicio de la actividad". (STS de 7 de diciembre de 2011 , con cita de la de 28-4- 2009)".

TERCERO.- Son datos fácticos acogidos en la Resolución de instancia y no atacados en el recurso:

A) Que la accionante ha venido prestando servicios sin solución de continuidad desde el 13 de Septiembre de 2001 para diversas empresas que se sucedían en las contrataciones con la principal empleando al personal previo de la contratista anterior, siempre en los mismos locales y sin cambios en cuanto al mobiliario, equipos informáticos, sistema operativo, uniformes o ropa de trabajo y demás material preciso para el ejercicio de la actividad (Hecho Probado Primero).

B) Que el objeto de su actividad ha sido la atención de puntos de información comercial de productos de telefonía móvil de Movistar ubicados en hipermercados, grandes superficies y establecimientos comerciales de Asturias, en concreto en el área de Oviedo, continuando en la actualidad y desde el 1 de Mayo de 2012 la ejecución de dicha actividad la empresa Teleinformática y Comunicaciones S.A. (ordinales Quinto y Sexto), que suscribió en tal fecha con Telefónica Móviles España y Telefónica de España S.A. el contrato de prestación del servicio de venta asistida en grandes superficies (Acampo, Carrefour, Media Markt), cuyo pliego de condiciones particulares, obrante en las actuaciones de da por reproducido (Hecho Probado Undécimo).

C) Que la demandante y Marí Trini , que venía prestando servicios en Acampo Gijón, fueron las únicas empleadas de Salesland S.L. en Asturias, empresa que anteriormente había asumido la contrata de aquél servicio, que no fueron asumidas por TELYCO (último párrafo del ordinal Decimocuarto). Ésta, a su vez, había contratado en Mayo de 2012 a numeroso personal dentro de toda la geografía española que venía trabajando en aquélla en diferentes puntos de información comercial de grandes almacenes.



D) Que la recurrente asumió en su plantilla y dio de alta en la Tesorería General de la Seguridad Social en fecha 2 de Mayo de 2012 a la trabajadora Florencia , contratada el 23 de Noviembre de 2011 por aquélla empresa saliente para sustituir a la actora, en situación de incapacidad por riesgo de embarazo, a la que sucedió baja por maternidad desde el 2 de Febrero hasta el 23 de Mayo de 2012 (Hecho Probado Decimocuarto, párrafo quinto y Tercero). También asumió a Miriam con contrato de interinidad para sustituir a la operaria Marí Trini (Hechos Probados Decimocuarto, párrafos quinto y sexto, y Tercero).

La proyección de la doctrina anteriormente expuesta a la acreditada realidad que antecede pone de manifiesto la efectiva existencia de un fenómeno de sucesión empresarial producido el 1º de Mayo de 2012, al haber adjudicado en tal fecha Telefónica Móviles España SAU y Telefónica de España SAU a TELYCO el servicio de venta asistida de productos de telefonía móvil en los puntos de información comercial sitios en grandes superficies, servicio hasta ese momento prestado por Salesland S.L. y con anterioridad por otras entidades en el marco de las correspondientes y sucesivas contrataciones, habiendo asumido la recurrente "prácticamente a todo el personal previo de SALESLAND S.L. ..., con la sola excepción de la demandante y otra trabajadora que prestaba servicios en Gijón, subrogando a las demás", conforme se declara con indudable valor de hecho probado en el Fundamento de Derecho Cuarto de la Sentencia atacada. A lo dicho se une que resulta ciertamente significativo que entre dicho colectivo de personal se encuentren dos operarias contratadas por Salesland S.L. en régimen de interinidad para sustituir a la accionante y a otra trabajadora durante sus bajas laborales, dato inequívoco de la continuidad del desarrollo de sus puestos de trabajo tras la sucesión empresarial habida.

CUARTO.- Llegados a este punto, la negativa de la empresa recurrente a subrogarse en el contrato de trabajo de la demandante y a asumir su condición de empleadora impidiendo con ello la continuidad de la relación laboral, es constitutiva de despido, conforme se ha reconocido en la instancia, merecedor de la calificación de nulidad impuesta en los artículos 55.5 a) del Estatuto de los Trabajadores y 108.2 a) de la Ley 36/2011, de 10 de Octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social , dado que se ha producido durante el período de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, y generador de los efectos legales previstos respectivamente en los preceptos 55.6 y 113 de dichos textos normativos. La precitada situación de maternidad y el percibo del correlativo subsidio hasta el 23 de Mayo de 2012 determinan que el devengo de los salarios de tramitación no se inicie hasta el día siguiente.

Por cuanto antecede,

FALLAMOS

Desestimando el recurso de suplicación interpuesto por la empresa TELEINFORMATICA Y COMUNICACIONES SAU (TELYCO) contra la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de Oviedo de fecha 1 de Octubre de 2012 , dictada en proceso promovido por D^a Trinidad frente a aquélla empresa y TELEFONICA DE ESPAÑA, SAU, TELEFONICA MOVILES ESPAÑA, SAU y SALESLAND, S.L., en el que ha sido parte el Ministerio Fiscal, seguido en materia de despido, confirmamos la Resolución de instancia.

Dese a los depósitos y consignaciones efectuados para recurrir el destino legal, y con imposición a la recurrente de las costas del presente recurso, entre las que se incluyen los honorarios del letrado de la parte recurrida e impugnante en la cuantía de 500 euros.

La interposición de recurso de casación en el orden Social exige el ingreso de una tasa en el Tesoro Público. Los términos, condiciones y cuantía de este ingreso son los que establece la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, en los artículos 3 (sujeto pasivo de la tasa), 4 (exenciones a la tasa), 5 (devengo de la tasa), 6 (base imponible de la tasa), 7 (determinación de la cuota tributaria), 8 (autoliquidación y pago) y 10 (bonificaciones derivadas de la utilización de medios telemáticos). Esta Ley tiene desarrollo reglamentario en la Orden HAP/2662/2012, de 13 de diciembre.

Se advierte a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación para la unificación de doctrina, que habrá de prepararse mediante escrito suscrito por letrado, presentándolo en esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de los diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la misma, y en los términos del Art. 221 de la LRJS y con los apercibimientos en él contenidos.

En cumplimiento del Art. 229 de la LRJS , si el recurrente no fuere trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de Seguridad Social, deberá acreditar que ha efectuado el **depósito** para recurrir de 600 euros en la cuenta de depósitos y consignaciones que esta Sala de lo Social del TSJA tiene abierta con el número 3366 en el Banco Español de Crédito, oficina de la calle Pelayo 4 de Oviedo número 0000, clave 66, haciendo constar el número de rollo, al preparar el recurso, y debiendo indicar en el campo concepto: "**37 Social Casación Ley 36-2011**". Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria deberá



incluir tras la cuenta referida, separados por un espacio con la indicación "recurso" seguida del código "37 Social Casación Ley 36-2011". Si efectuare diversos pagos en la misma cuenta deberá especificar un ingreso por cada concepto, incluso si obedecen a otros recursos de la misma o distinta clase indicando en el campo de observaciones la fecha de la resolución recurrida utilizando el formato dd/mm/aaaa.

Están exentos de la obligación de constituir el depósito el Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales y las entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de los mismos, las entidades de derecho público reguladas por su normativa específica y los órganos constitucionales, así como los sindicatos y quienes tuvieren reconocido el beneficio de justicia gratuita.

Pásense las actuaciones al Sr/a. Secretario para cumplir los deberes de publicidad, notificación y registro de la Sentencia.

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ