



Roj: **STSJ M 10888/2013 - ECLI: ES:TSJM:2013:10888**

Id Cendoj: **28079340022013100394**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **2**

Fecha: **08/05/2013**

Nº de Recurso: **6816/2012**

Nº de Resolución: **344/2013**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **LUIS GASCON VERA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ M 10888/2013,**
STS 5746/2014

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 02 de lo Social

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 - 28010

Teléfono: 914931969

Fax: 914931957

34001360

NIG : 28.079.34.4-2012/0058293

Procedimiento Recurso de Suplicación 6816/2012-FS

ORIGEN:

Juzgado de lo Social nº 35 de Madrid 355/2012

Materia : Despido

Sentencia número: 344/2013

Ilmos. Sres

D./Dña. MIGUEL MOREIRAS CABALLERO

D./Dña. FERNANDO MUÑOZ ESTEBAN

D./Dña. LUIS GASCÓN VERA

En Madrid a ocho de mayo de dos mil trece habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección 2 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 **6816/2012**, formalizado por el/la LETRADO D./Dña. ANA PEREZ SALCEDO en nombre y representación de STAR SERVICIOS AUXILIARES SL, contra la sentencia de fecha 27/07/2012 dictada por el Juzgado de lo Social nº 35 de Madrid en sus autos número 355/2012, seguidos a instancia de D./



Dña. Gabriel frente a SEGURIBER CIA DE SERVICIOS INTEGRALES SL y STAR SERVICIOS AUXILIARES SL, en reclamación por Despido, siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo./Ilma. Sr./Sra. D./Dña. LUIS GASCÓN VERA, 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.- Que el actor D Gabriel prestó servicios para la Star Servicios Auxiliares SL desde 21.06.2006, categoría de Auxiliar de Servicios y un salario anual con promedio de los conceptos variables de 13632,36 E.

SEGUNDO.- Que la citada empresa tenía suscrito un contrato de servicios suscrito con Centros Comerciales Carrefour SA, que afectaba a un total de 71 centros en todo el territorio nacional.

El objeto era un servicio auxiliar en las instalaciones del cliente y consistente en lo siguiente:

- a) Labor de información y atención a los clientes en los accesos de los centros del cliente.
- b) Custodia, comprobación y control del estado y funcionamiento de las instalaciones generales y de gestión auxiliar.
- c) Control de tránsito en zonas reservadas o de circulación restringida.
- d) Tareas de recepción, comprobación y orientación de visitantes y clientes, así como el control de entradas y documentos.
- e) Reposición de etiquetado anti-hurto.
- f) Colaboración en los planes de emergencia y evacuación.
- g) Colaboración en controles de inventario.

El actor prestaba servicios en un centro sito en Madrid.

TERCERO.- El 25.01.2012 Star Servicios Auxiliares SL comunica al actor:

"Por la presente ponemos en su conocimiento que con efectos del próximo día 01 de Febrero 2012, se procederá a la cancelación del contrato de arrendamiento de servicios en virtud del cual prestamos servicios en las instalaciones de nuestro cliente CARREFOUR sito en Madrid, servicio al que se encuentra Vd. Ascrito.

Por consiguiente, en virtud de lo establecido en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores y la Jurisprudencia de aplicación, a partir del día 1 de Febrero de 2012, quedará Vd. Subrogado a la nueva adjudicataria del servicio, la Empresa SEGURIBER SERVICIOS INTEGRALES, S.L. domiciliada en el Paseo de la Florida, nº 2, Madrid 28008 y nº de teléfono 91-5489760 con la que tendrá que ponerse en contacto."

CUARTO.- Por contrato de 15.01.2012 y efectos 1.02.2012 el servicio antes indicado es adjudicado con el mismo objeto y extensión territorial a Seguriber Compañía de Servicios Integrales SL sociedad unipersonal.

QUINTO.- Con fecha 31.01.2012, Seguriber da cuenta a Star de la siguiente comunicación:

"Acusamos recibo de su comunicación de fecha 26 de enero de 2012 y por medio del presente, y habiendo revisado la documentación aportada, por Uds., les manifestamos que el servido del que ha resultado adjudicataria esta empresa, a partir del día 1 de febrero de 2012, para las instalaciones del cliente Carrefour, hace referencia a un servicio de personal auxiliar.

De esta forma no procede la aplicación del artículo 44 del RDL 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, sobre la sucesión de empresa, ni tampoco resulta de aplicación la jurisprudencia, por Uds., aducida, por lo que les manifestamos que Seguriber Compañía de Servicios Integrales, S.L.U. no puede hacerse cargo de la subrogación pretendida.

Asimismo le informamos que procedemos a devolverle, en este acto, la documentación por ustedes aportada."



SEXTO.- Que Seguriber a raíz de la adjudicación del citado servicio, inició un proceso de selección para la contratación de personal en los distintos centros adjudicados.

Dicho proceso de selección se realizó a través de los medios habituales y previstos por esta empresa: publicaciones en páginas web tanto la propia de esta empresa como a través de la utilización de plataformas externas, etc. Tras dicho proceso de selección la empresa eligió a las personas que consideró que encajaban mejor para los puestos de trabajo, celebrando con ellos el oportuno contrato de trabajo.

SEPTIMO.- La contratación global de trabajadores se centra en unos 320; respecto a los centros de la Comunidad Autónoma de Madrid y que prestaban servicios con Star, fueron contratados ex novo 111 trabajadores de 136.

OCTAVO.- Que el actor ante la negativa de Seguriber a la continuidad de la prestación de sus servicios, formula demanda por despido previo intento de conciliación ante el SMAC.

NOVENO.- Ambas sociedades demandadas se rigen por Convenio Colectivo propio.

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

"Que estimando como estimo en parte la demanda de despido formulada por D Gabriel contra SEGURIBER COMPAÑÍA DE SERVICIOS INTEGRALES SL y STAR SERVICIOS AUXILIARES SL, debo declarar y declaro el mismo procedente con condena a la demandada Star Servicios Auxiliares SL a que en el plazo de cinco días opte por la readmisión del actor o bien le indemnice con la cuantía de nueve mil cuatrocientos cuarenta y siete euros con dos céntimos (9447,02), correspondiente a doscientos cincuenta y tres días (253) de salario; en todo caso a los salarios de tramitación devengados desde 1 de febrero de 2012 a la fecha de notificación de esta sentencia a razón de un salario día de treinta y siete euros con treinta y cuatro céntimos (37,34).

Se absuelve a la codemandada Seguriber Servicios Integrales SL."

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por STAR SERVICIOS AUXILIARES SL, formalizándolo posteriormente; tal recurso fue objeto de impugnación por D./Dña. Gabriel y SEGURIBER CIA DE SERVICIOS INTEGRALES SL.

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 17/12/2012, 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 el día 30 DE ABRIL 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.- La sentencia de instancia, no apreciando la existencia de sucesión empresarial, ha estimado parcialmente la demanda rectora declarando improcedente el despido del demandante, y, en su consecuencia, condenando a la empresa STAR SERVICIOS AUXILIARES S.L. a las efectos jurídicos a dicha declaración inherentes, absolviendo a la otra mercantil demandada de los pedimentos deducidos en su contra.

Disconforme con el sentido del fallo se alza la representación letrada de la empresa condenada interponiendo recurso de suplicación que articula en un único motivo dedicado a la infracción de derecho aplicado en el que, con adecuado encaje procesal, se denuncia por la parte recurrente la transgresión del artículo 44 del ET y doctrina jurisprudencial que se cita, al entender de esta parte que en el caso de autos concurren los requisitos necesarios para poder apreciar la existencia de sucesión de plantilla.

SEGUNDO.- Contraído el debate a la posible existencia en el caso litigioso de un supuesto de sucesión empresarial en los términos del artículo 44 del ET, en su vertiente específica de "sucesión de plantilla", habrá de estarse en la resolución de la litis a la incuestionable doctrina del TS sobre el particular reflejada en sentencia de 12-7-10, conforme a la cual *"En efecto, si bien la doctrina de la Sala ha mantenido que la mera sucesión en la actividad que se produce como consecuencia en el cambio de adjudicación de las contrataciones con salida de un contratista y la entrada de otro nuevo no constituye un supuesto de transmisión de empresa previsto en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores cuando no va acompañada de la cesión de los elementos patrimoniales precisos para la explotación, debe tenerse en cuenta que esta doctrina se rectificó a partir de las sentencias de 20 y 27 de octubre de 2004 - reiteradas por las sentencias de 29 de mayo y 27 de junio 2008 - para acomodarla al criterio que en aplicación de la Directiva 2001/23 ha mantenido el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas - hoy Tribunal de Justicia de la Unión Europea- en numerosas sentencias entre las*



que pueden citarse las de 10 de diciembre de 1998 (casos Sánchez Hidalgo y Hernández Vidal), 25 de enero de 2001 (caso Liikeene), 24 de enero de 2002 (caso Temco Service Industries) y 13 de septiembre de 2007 (caso Jouini), que sostienen 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" y, por consiguiente, dicha entidad puede mantener su identidad, aun después del cese en la actividad contratada, 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 similares términos se pronuncia la sentencia del Alto Tribunal de 7-12-2011 cuando expone que "(...) La cuestión planteada en el presente recurso consiste en determinar si existe sucesión de empresa cuando, finalizada una contrata, se adjudica el mismo contrato a otra empresa que se subroga en los contratos de 36 trabajadores de los 46 que empleaba la anterior contratista, aunque la empresa adjudicataria no celebre contrato alguno con la anterior contratista y se vea obligada a aportar maquinaria y ciertos elementos materiales. El problema ha sido resuelto de forma diferente por las sentencias comparadas. La recurrida ha estimado que se produce sucesión empresarial cuando, aunque no exista relación jurídica alguna entre la anterior contratista y la nueva adjudicataria, quien no recibe de la saliente de la contrata los elementos patrimoniales necesarios para el desempeño de la actividad, pero se hace cargo de la actividad por la otra desempeñada y emplea en la misma a un número de trabajadores relevante, tanto a nivel cuantitativo como cualitativo, de la empresa cesante, cuando la actividad productiva descansa principalmente en la mano de obra que, aunque se aporten elementos materiales, constituye por sí una organización productiva con entidad propia. (...) 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 continua 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'. La aplicación de la anterior doctrina al presente caso obliga a desestimar el recurso por ser correcta la solución que da la sentencia recurrida con cita de nuestra jurisprudencia. Es así porque no es necesario para que exista sucesión empresarial a efectos legales que se produzca un contrato de cesión de la actividad o de medios materiales entre la antigua contratista y la nueva, sino que basta con que la suceda en la actividad, cual ha ocurrido en el presente caso, en el que la recurrente ha sucedido en la contrata a la anterior contratista y se le han encomendado las mismas labores. Esta circunstancia unida al hecho de que la recurrente ha empleado a 36 de los 46 trabajadores que ocupaba en la actividad la contratista anterior, siendo uno de los contratados el encargado general de control de personal y distribución de trabajos, revela el conjunto de trabajadores empleados constituye una unidad económica que tiene su propia entidad porque la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra. Por ello, nos encontramos ante un supuesto de los llamados de 'sucesión de plantillas', sin que el hecho de que la recurrente haya aportado maquinaria propia y elementos materiales desvirtúe lo dicho, porque no se ha probado la importancia de estas aportaciones materiales, mientras que si consta el valor del factor humano, al haberse dado ocupación al 80 por 100 de la anterior plantilla, a la par que los trabajos de jardinería, mudanzas, peonaje, control de acceso y de circulación, así como los de facturación no requieren por lo general una gran inversión en muebles y máquinas, sino, principalmente, en capital humano. La recurrente debía haber probado que lo antes dicho no es cierto, acreditando el importe de sus inversiones en máquinas y demás bienes materiales, la mano de obra empleada y que la reducción de la plantilla se debía a sus inversiones y, como no lo ha realizado, procede concluir que sus inversiones no han sido relevantes para que la actividad continúe con normalidad".

Pues bien, sobre tal base doctrinal y atendiendo al relato histórico recogido en sentencia, por cuya virtud la empresa condenada tenía suscrito contrato para prestar servicios auxiliares en las instalaciones del cliente, afectando a un total de 71 centros en todo el territorio nacional, consistiendo dichos servicios en labores de información y atención a los clientes en los accesos de los centros del cliente; custodia, comprobación y control del estado y funcionamiento de las instalaciones generales y de gestión auxiliar; control de tránsito en zonas reservadas o de circulación restringida; tareas de recepción, comprobación y orientación de visitantes y clientes, así como el control de entradas y

documentos; reposición de etiquetado anti-hurto; colaboración en los planes de emergencia y evacuación y colaboración en controles de inventario, servicio que fue concedido por contrato de 15 de enero de 2012, y efectos de 1 de febrero, a la nueva empresa adjudicataria, y siendo como es que en la Comunidad Autónoma de Madrid, en uno de cuyos centros se encontraba destinado el actor, tal y como se refleja en el hecho



probado séptimo, de los 116 trabajadores destinados a dichas funciones en la nueva empresa adjudicataria fueron contratados 111 que prestaban servicios para la anterior, debe entenderse, atendiendo a este concreto ámbito territorial, que la nueva contratista se ha hecho cargo de una parte cuantitativamente importante de los trabajadores, colmándose con ello los requisitos formales para entender que nos encontramos ante una verdadera "sucesión de plantilla".

Sin que el hecho de que la nueva empresa se opusiese a la subrogación propuesta, llevando a cabo un proceso de selección propio, contratando "ex novo" a los trabajadores, afecte al alcance de la obligación de subrogación, como ya estableció el TJCE en su sentencia de 24 de noviembre de 2002, en el caso Temco Service Industries, pues la obligación de subrogación en las relaciones de trabajo surge, una vez comprobado el supuesto de hecho legal, por imperativo de la ley y no por voluntaria asunción de la empresa sucesora. Como en la misma medida acontece atendiendo al contenido de los servicios contratados, por no ser tal consideración determinante de la inaplicación del artículo 44 ET, como así ha sido entendido por nuestro Alto Tribunal en recientes sentencias de 28 de febrero y 5 de marzo de 2013 analizando un supuesto similar al ahora enjuiciado.

Por todo cuanto antecede se debe convenir con el recurrente que el fallo de instancia ha incurrido en la infracción legal que se postula, lo que supone, la revocación de la sentencia de instancia y la estimación del recurso de suplicación.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Debemos estimar y estimamos el recurso de suplicación formulado por STAR SERVICIOS AUXILIARES S.L. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 35 de los de esta ciudad, de fecha 27 DE JULIO DE 2012, en sus autos nº 355/12y, en su consecuencia, debemos revocar y revocamos la expresada resolución, condenando a la empresa SEGURIBER SERVICIOS INTEGRALES, S.L. a las consecuencias legales del despido improcedente de la demandante, esto es, condenando a dicha empresa a que, a su opción, readmita al trabajador en su puesto en las mismas condiciones que antes del despido o le indemnice en cuantía de 9.447,02 €, con abono en cualquier caso, con las salvedades legales, de los salarios de tramitación desde la fecha del despido, el 1 de febrero de 2012, a la de notificación de esta sentencia, a razón de un salario día de 37,34 €, absolviendo a la empresa Star Servicios Auxiliares SL de la pretensión en su contra ejercitada. Sin costas. Se acuerda la devolución a la recurrente del depósito y consignación efectuados para recurrir.

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 Publico 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 2827-0000-00-6816-12 que esta sección tiene abierta en BANESTO sita en C/ Miguel Ángel, 17; 28010 Madrid, 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).

Se advierte, igualmente, a las partes que preparen recurso de casación para la unificación de doctrina contra esta resolución judicial, que, según lo previsto en la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, modificada por el RDL 3/13 de 22 de febrero, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y de Ciencias Forenses, con el escrito de interposición del recurso habrán de presentar justificante de pago de la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional a que se refiere dicha norma legal, siempre que no concurra alguna de las causas de exención por razones objetivas o subjetivas a que se refiere la citada norma, tasa que se satisfará mediante autoliquidación según las reglas establecidas por Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas en la Orden HAP/266/2012, de 13 de Diciembre.



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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ