



Roj: **STSJ AND 1476/2016 - ECLI: ES:TSJAND:2016:1476**

Id Cendoj: **41091340012016100657**

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

Sede: **Sevilla**

Sección: **1**

Fecha: **31/03/2016**

Nº de Recurso: **3121/2014**

Nº de Resolución: **940/2016**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **MARIA DEL CARMEN PEREZ SIBON**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

ROLLO Nº 3121/2014 - JM SENTENCIA Nº 940/16

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA

SALA DE LO SOCIAL

SEVILLA

Recurso nº 3121/2014 (JM)

Ilmos. Sres.:

D. Luis Lozano Moreno

D. José Joaquín Pérez Beneyto Abad

D^a Carmen Pérez Sibón, ponente

En Sevilla, a 31 de marzo de dos mil dieciseis.

La Sala de lo Social de Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, compuesta por los Ilmos. Sres. citados al margen,

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

SENTENCIA Nº 940/2016

En el recurso de suplicación interpuesto por la representación procesal de D^a Cecilia , contra la sentencia del Juzgado de lo Social número 1 de Sevilla, Autos nº 670/13; ha sido Ponente la Ilma. Sra. D^a. Carmen Pérez Sibón, Magistrada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Según consta en autos, se presentó demanda por D^a Cecilia , contra GSS Line Gestión Punto de Venta S.L., Avanza Externalización de Servicios S.A. e Itapuan S.L., con intervención del Fondo de Garantía Salarial, se celebró el juicio y se dictó sentencia el día 13/6/14, por el Juzgado de referencia, en la que se desestimó la demanda.

SEGUNDO .- En la citada sentencia y como hechos probados se declararon los siguientes:

"PRIMERO.- Dña Cecilia ha venido prestando servicios para Avanza Externalización de Servicios SA, con antigüedad de 1/2/02, categoría profesional de promotora y salario a efectos de despido de 26,45 €/día. La actora tenía jornada reducida de 18 horas semanales por guarda legal. Con anterioridad a la reducción su jornada era de 36 horas semanales Se dan por reproducidos informe de vida laboral, nóminas, boletines de cotización de los últimos 12 meses y certificado sobre retribuciones elaborado por la empresa.



SEGUNDO.- El 3/1/02 la actora suscribió contrato para obra o servicio determinado con Vexter Outsourcing SA (antes Vedior Servicios de Outsourcing SA). La fecha de inicio del contrato era 1/2/02, su finalización estaba ligada a la duración del contrato suscrito con Amena y su objeto era "atención clientes, venta, promoción de los productos y servicios Amena" en grandes superficies comerciales de la provincia de Sevilla. Se da por reproducido el citado contrato. La actora desarrollaba su actividad en el Centro Carrefour de San Pablo.

La empresa Vexter Outsourcing SA fue la adjudicataria del servicio de información, promoción, venta y postventa del cliente France Telecom España (Orange) hasta 20/10/10 en que fue adjudicado a GSS Line Gestión Punto de Venta SL, que se subrogó en la relación laboral de la actora.

TERCERO.- El 30/3/12 Avanza Externalización de Servicios SA suscribió con France Telecom España (Orange) contrato de prestación de servicios, que se da por reproducido así como addenda, para la prestación, a partir de 1/5/12, del servicio de información, promoción, venta y postventa del citado cliente. Los medios materiales con los que Avanza prestaba el servicio eran propiedad de France Telecom. Se da por reproducido contrato de cesión de medios suscrito por ambas empresas el 30/3/12. Avanza Externalización de Servicios SA se subrogó en la relación laboral de la actora, la cual continuó prestando los mismos servicios en el stand de Carrefour, San Pablo.

CUARTO.- El 20/3/13 Orange comunicó a Avanza la finalización del contrato suscrito el 30/4/13. El 10/4/13 Avanza comunicó a la actora la finalización, el 30/4/13, de la obra para la que había sido contratada y la extinción de la relación laboral. La empresa abonó a la trabajadora la suma de 2787,45 € en concepto de indemnización.

En la fecha mencionada se extinguieron las relaciones laborales de los 300 trabajadores adscritos al mismo servicio. Se da por reproducido certificado sobre trabajadores afectados así como sobre trabajadores que prestaban servicios en el Centro Carrefour San Pablo.

QUINTO.- El 1/5/13 Itapuan SL suscribió con Orange contrato para la comercialización y venta de productos y servicios Orange en grandes superficies. Se da por reproducido el citado contrato.

Itapuan presta servicios en el stand Carrefour San Pablo. Tales servicios los presta con trabajadores contratados, ninguno de los cuales prestaba servicios con anterioridad en dicho stand. Los medios materiales para la prestación del servicio fueron puestos por la propia empresa.

SEXTO.- La relación laboral de la actora se regía por el Convenio Colectivo Estatal para Empresas de Promoción, Degustación, Merchandising y Distribución de Muestras.

SEPTIMO.- Intentado sin efecto el preceptivo acto de conciliación se presentó la demanda origen de los presentes autos."

TERCERO .- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandante, que fue impugnado de contrario.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO : Frente a la sentencia que ha desestimado la acción por despido instada por la demandante, interpone ésta recurso de suplicación, articulándolo en dos motivos, de revisión fáctica y de censura jurídica respectivamente.

SEGUNDO : El motivo formulado con amparo procesal en el párrafo b) del Art. 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social propone la revisión del hecho probado quinto, para que en el mismo se indique que " *Itapuan S.L. suscribió con France Telecom España S.A. un contrato para la comercialización y venta de productos y servicios de Orange en grandes superficies, constando en el mencionado contrato, que se da por reproducido en los folios 188 a 200. De manera que la empresa Itapuan S.L. será la nueva adjudicataria del stand situado en el Centro Comercial Carrefour San Pablo, donde viene prestando sus servicios la actora. La concesionaria del servicio contratará nuevo personal para la prestación del servicio enervando los derechos laborales de la actora, a pesar de que la empresa Itapuan S.L. se hará cargo del stand con los medios materiales de que se encuentra dotado y son propiedad de la empresa France Telecom España S.A. (Orange), la cual es a su vez la que ostenta el contrato de arrendamiento del referido stand* ".

El contrato de arrendamiento de servicios se da por reproducido. No se admiten, sin embargo, las expresiones predeterminantes que constituyen valoraciones jurídicas y no hechos, tales como " *enervando los derechos laborales del trabajador* ".

El que la empresa Itapuan S.L. se haga cargo del servicio con los medios materiales de que se encuentra no se deriva con claridad de las cláusulas del contrato mercantil de arrendamiento de servicios, el cual



prevé la asunción de ciertos elementos materiales por parte de Itapuan S.L., tales como teléfonos, ordenador, uniformes, etc. en cualquier caso, se da por reproducido el contrato de arrendamiento de servicios suscrito con France Telecom España S.A.

Se admite por tanto la redacción propuesta únicamente en los términos indicados.

TERCERO : El motivo de censura jurídica denuncia la infracción de la Directiva 2001/23 así como del Art. 44 del Estatuto de los Trabajadores , invocando la obligación de la nueva contratista, Itapuan S.L., de subrogarse en la trabajadora, al haberse producido una sucesión de empresas, siendo por ello responsable de las consecuencias de su despido.

En relación con la sucesión de empresas, el Tribunal Supremo en sentencias dictadas el 19.9.2012, Rec.u.d. 3056/2011 y de 6.7.2011 nº Rec. 41/11 , tras analizar su contenido en relación con la Directiva 1.1.a) de la Directiva 2001/23/CE, especifica que la sucesión empresarial " se articula sobre la concurrencia de dos requisitos básicos:

1º. *Un requisito que se suele denominar subjetivo, consistente en la existencia de un cambio en la titularidad de la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma.*

2º *Otro requisito de carácter objetivo, relacionado con el objeto de la transmisión. Así, la transmisión debe afectar a un conjunto organizado de bienes que sean aptos para llevar a cabo una explotación o, en los términos legales, una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, accesoria o esencial, preexistente", analizando posteriormente la evolución de la doctrina del TJUE, extraer del análisis de sus pronunciamientos las siguientes conclusiones:*

a) En principio, la constitución de una contrata, la sucesión o la reasunción de la actividad no determinan de por sí un fenómeno transmisorio; sólo tienen tal consideración cuando van acompañadas de la transmisión de los elementos patrimoniales necesarios, algo que, por lo demás, debe apreciar el juez nacional efectuando una valoración de conjunto, como señaló en su momento el TJUE en el asunto Spijkers - STJUE 18-3- 1986 - y que después han seguido otros pronunciamientos (SSTJUE de 19 de mayo de 1992, asunto Redmond-Stichting ; de 12 de noviembre de 1992, asunto Watson Rask ; de 14 de abril de 1994, asunto Schmidt ; dc 7 de marzo de 1996, asunto Merckx ; de 10 de diciembre de 1998, asunto Hernández Vidal y otros; de 10 de diciembre de 1998, asunto Sánchez Hidalgo y otros; de 2 de diciembre de 1999, asunto Allen ; de 26 de septiembre de 2000, asunto Didier Mayeur ; de 25 de enero de 2001, asunto Oy Liikenn ; de 24 de enero de 2002, asunto Temco ; de 20 de noviembre de 2003, asunto Abler ; de 15 de diciembre de 2005, asunto Nurten GüneyGörres ; de 29 de julio de 2010, asunto PSP/UGT/Ayuntamiento La Línea ; de 20 de enero de 2011, asunto Martín Valor).

Estas sentencias señalan que, entre los múltiples aspectos que el juez nacional debe valorar, se encontrarían el tipo de empresa o centro de actividad de que se trate; el hecho de que haya habido o no una transmisión de los de los activos materiales, como edificios e inmuebles, así como el valor de los inmateriales en el momento de la transmisión; el hecho de que se haya transmitido o no la clientela; el grado de analogía entre las actividades anteriores y posteriores a la transmisión; la duración de la suspensión de la actividad; así como también el hecho de que el empresario nuevo se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores del predecesor.

b) Ahora bien, en otros pronunciamientos, el TJUE matiza esta doctrina para aquellos sectores productivos y actividades que no requieren de un importante soporte patrimonial para su funcionamiento, por lo que, en consecuencia, no resultaría procedente exigir su transmisión, y en los que tiene una gran relevancia la mano de obra. Pues bien, en estos casos, la contratación de una parte importante de la mano de obra del antecesor en número y competencias será el criterio determinante para decidir si existe o no transmisión.

De esta manera, y a modo de recapitulación de lo señalado anteriormente, cabe destacar que el TJUE, al margen de que parece abrazar una noción de empresa funcional o polivalente, otorga a la plantilla un protagonismo indiciario cuando la plantilla del predecesor -esto es, el hecho de que el sucesor contrate la plantilla del predecesor- constituye un indicio más de los distintos que debe valorar el juez a lo hora de determinar si estamos o no ante una sucesión y, en consecuencia, aplicar las previsiones normativas propias sobre protección de los derechos de los trabajadores afectados por la misma " .

Y es que no cabe duda de que el T.S. ha admitido la validez del contrato temporal para obra o servicio determinado ligado a la duración de una contrata, pero ello ha de entenderse sin perjuicio de que se produzca un fenómeno de sucesión de empresas, siendo esta la solución más acorde con la finalidad de la Directiva 2001/23, de 12 de marzo, sobre mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad y del propio art. 44 ET , cual es la de garantizar la estabilidad en el empleo ante los fenómenos de transmisión.



Centrándonos en el supuesto de autos, descartada la asunción de plantillas por la empresa entrante, que no ha contratado al parecer a ningún trabajador de la saliente para la prestación del servicio asumido -o no se ha acreditado- y teniendo en cuenta que no existe una obligación convencional de subrogación, entendemos que falta un elemento esencial para evidenciar la sucesión, cual es la no asunción de la plantilla de la empresa saliente. En palabras del Tribunal Supremo en las resoluciones que acabamos de exponer, " *la contratación de una parte importante de la mano de obra del antecesor en número y competencias será el criterio determinante para decidir si existe o no transmisión*", y en el presente supuesto la empresa entrante no ha contratado a trabajador alguno de la saliente de la contrata, tal y como consta expresamente en el Hecho Probado quinto de la sentencia impugnada. No se ha producido tampoco un traspaso de entidad económica o conjunto organizado de bienes que sean aptos para llevar a cabo una explotación o actividad económica, accesoria o esencial, preexistente. Como mucho, los bienes con los que la nueva contratista cuenta son en su mayoría de la empresa principal (France Telecom España), o de aquélla a la que ésta alquila el espacio físico (Carrefour), pero no de la empresa precedente.

En este mismo sentido se pronunció esta Sala en sentencia de 21-1-2016 (recurso 3164/14), en reclamación interpuesta frente a las mismas demandadas por trabajadora cesada el mismo día que la ahora actora. Y en dicha resolución declaraba la Sala: " *No puede entenderse, como pretende subsidiariamente la recurrente que su cese acordado con efectos de 30/04/2013 constituye despido improcedente, al no haberse subrogado como empleadora la nueva contratista ITAPUAN, S.L., que vendría obligada a asumir las consecuencias del despido, dado que aunque ésta sucedió a AVANZA como adjudicataria del servicio contratado con FRANCE TELECOM (actualmente ORANGE), no hubo sucesión empresarial entre ambas empresas, no viniendo obligada la nueva adjudicataria a la subrogación por convenio colectivo, que no la contempla, y no imponiendo tampoco dicha subrogación las condiciones de la contrata.*

La doctrina jurisprudencial (por todas, sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 2008 (RJ 2008, 4557), con cita de otras anteriores) viene manteniendo que "en los casos de sucesión de contratas no hay transmisión de la misma sino finalización de una, y comienzo de otra formal y jurídicamente distinta, con un nuevo contratista, aunque materialmente la contrata sea la misma, en el sentido de que son los mismos servicios los que se siguen prestando, no produciéndose por tanto la subrogación del nuevo contratista en los contratos de los trabajadores, salvo que lo imponga el pliego de condiciones, o se derive de normas sectoriales. Todo ello siempre y cuando no se transmitan "los elementos patrimoniales significativos que configuran la infraestructura u organización empresarial básica de la explotación".

(...)

En el presente caso no consta, ni se ha alegado siquiera, que haya existido transmisión alguna entre las entidades implicadas de elementos patrimoniales que configuren la infraestructura y organización empresarial básica de la explotación, y tampoco -como se ha dicho- se está en el caso, de que en el pliego de condiciones de adjudicación de la contrata se prevea la subrogación de la nueva contratista en los contratos de trabajo de la adjudicataria saliente, o de que el convenio colectivo imponga la obligación de subrogación, no habiéndose producido el traspaso de una parte esencial, en términos de número y competencia, del personal que su antecesora destinaba especialmente a dicha tarea, dado que la trabajadora Jacinta ya venía prestando sus servicios con anterioridad para ITAPUAN, S.L. y María Consuelo tras haberse extinguido su contrato el 30/04/2013 no fue contratada por ITAPUAN, S.L. hasta el 19 de septiembre de 2013, es decir pasado más de cuatro meses y medio desde aquella extinción, de modo que, no puede entenderse que la nueva adjudicataria se haya hecho cargo de la mayoría de los trabajadores que prestaban servicios para la anterior en el centro de trabajo, por lo que no existiendo obligación de subrogación por parte de ésta, hemos de concluir que el cese de la actora acordado con efectos de 30/04/2013 no constituye despido, sino, como se ha dicho, válida terminación del contrato temporal que ligaba a las partes, conforme a lo establecido en el artículo 49.1 del Estatuto de los Trabajadores "

No existiendo razones que aconsejen un cambio de criterio, nos reiteramos por todas las razones expuestas, en la inexistencia de sucesión de empresas que imponga la subrogación de Itapuan S.L., y no habiéndose vulnerado lo dispuesto en el art. 44 del Estatuto de los Trabajadores , el recurso debe ser desestimado.

Vistos los preceptos legales citados, sus concordantes y demás disposiciones de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Que debemos **DESESTIMAR y DESESTIMAMOS** el recurso de suplicación interpuesto por la representación legal de Cecilia contra la sentencia de fecha 13-6-2014, dictada por el juzgado de lo social nº 1 de Sevilla , en autos 670/13, seguidos a instancia de Cecilia contra G.S.S. Line Gestión Punto de Venta S.L., Avanza



Externalización de Servicios S.A., Itapuan S.L. y Fondo de Garantía Salarial, y en consecuencia, **CONFIRMAMOS** la Resolución impugnada.

No se efectúa condena en costas

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Excmo. Sr. Fiscal de este Tribunal, advirtiéndose que, contra ella, cabe recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, que podrá ser preparado dentro de los DIEZ DÍAS hábiles siguientes a la notificación de la misma, mediante escrito dirigido a esta Sala, firmado por abogado -caso de no constar previamente, el abogado firmante deberá acreditar la representación de la parte-, con tantas copias como partes recurridas, expresando el propósito de la parte de formalizar el recurso; y en el mismo deberá designarse un domicilio en la sede de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo a efectos de notificaciones, con todos los datos necesarios para su práctica y con los efectos del apartado 2 del artículo 53 LRJS.

En tal escrito de preparación del recurso deberá constar:

- a) exposición de "cada uno de los extremos del núcleo de la contradicción, determinando el sentido y alcance de la divergencia existente entre las resoluciones comparadas, en atención a la identidad de la situación, a la igualdad sustancial de hechos, fundamentos y pretensiones y a la diferencia de pronunciamientos".
- b) referencia detallada y precisa a los datos identificativos de la sentencia o sentencias que la parte pretenda utilizar para fundamentar cada uno de los puntos de contradicción".
- c) que las "sentencias invocadas como doctrina de contradicción deberán haber ganado firmeza a la fecha de finalización del plazo de interposición del recurso", advirtiéndose, respecto a las sentencias invocadas, que "Las sentencias que no hayan sido objeto de expresa mención en el escrito de preparación no podrán ser posteriormente invocadas en el escrito de interposición".

Una vez firme esta sentencia, devuélvase los autos al Juzgado de lo Social de referencia, con certificación de esta resolución, diligencia de su firmeza y, en su caso, certificación o testimonio de la posterior resolución que recaiga.

Únase el original de esta sentencia al libro de su razón y una certificación de la misma al presente rollo, que se archivará en esta Sala.

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

PUBLICACIÓN.- Sevilla a 4/4/16.