



Roj: **STS 2388/2013** - ECLI: **ES:TS:2013:2388**

Id Cendoj: **28079140012013100330**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **09/04/2013**

Nº de Recurso: **1435/2012**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **MILAGROS CALVO IBARLUCEA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ M 223/2012,**
STS 2388/2013

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a nueve de Abril de dos mil trece.

Vistos los autos pendientes ante la Sala en virtud del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación procesal de SERVICIOS SECURITAS, S.A., contra la sentencia dictada con fecha 20 de febrero de 2012 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso de suplicación núm. 5245/2011, formulado contra la Sentencia dictada con fecha 1 de julio de 2011 por el Juzgado de lo Social nº 14 de Madrid, en autos núm. 520/2011, seguidos a instancia de D. Ángel Jesús, frente a SERVICIOS SECURITAS, S.A. y SERVIMAX SERVICIOS GENERALES, S.A., sobre DESPIDO.

No han comparecido las partes recurridas.

Es Ponente la Excm. Sra. D^a. Maria Milagros Calvo Ibarlucea, Magistrado de Sala

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 1 de julio de 2011 por el Juzgado de lo Social nº 14 de Madrid se dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Estimo la demanda formulada por D. Ángel Jesús, frente a demandadas SERVICIOS SECURITAS S.A. y SERVIMAX SERVICIOS GENERALES, S.A. y declaro la improcedencia del despido de que fue objeto con fecha 01-04-11 por parte de SERVIMAX SERVICIOS GENERALES, SA. y en consecuencia condeno a la citada empresa a que a su elección, que deberá manifestar ante este juzgado en el plazo máximo de cinco días a contar desde la notificación de esta sentencia, readmita al actor en su mismo puesto de trabajo o le abone en concepto de indemnización la cantidad de 8 euros, entendiéndose que de no optar en dicho plazo procederá la readmisión, y condenándola en todo caso al abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha indicada, a razón de 868 euros brutos mensuales. Absuelvo de la demanda a Servicios Securitas, SA."

SEGUNDO.- En dicha sentencia, como hechos probados, se declaran los siguientes: **1º)**- El actor, D. Ángel Jesús, prestaba sus servicios para la empresa demandada servicios SECURITAS SA. (en adelante SECURITAS, con antigüedad de 01- 07-01 ostentando la categoría profesional de Auxiliar de servicios y percibiendo un salario mensual bruto prorrateado de 868 euros. **2º)** .- La empresa citada anteriormente tenía adjudicado auxiliar del Centro Comercial Centro Oeste de Madrid que se cubría durante todos los días del año, con un promedio en los meses de enero a marzo 2011 de 7/8 trabajadores. Este servicio se efectuaba con dos trabajadores los festivos y domingos que no se abría el centro; y los domingos. Los demás días por servicios tres trabajadores. -**TERCERO.**- Con fecha 28-03-11 el Centro Oeste de Madrid suscribió contrato de arrendamiento de servicios auxiliares con la codemandada Servimax Servicios Generales S.A. (en adelante SERVIMAX), con efectos de 01-04- 11, requiriéndose para el citado servicio 1 Auxiliar de Servicios 24 horas, todos los días del año; más 1 Auxiliar de Servicios de 10 a 22 horas de lunes a sábados laborales; Y también



1 Auxiliar de Servicios de 1 a 22 los domingos y festivos de apertura. CUARTO.- En fecha que no consta, SECURITAS remitió a SERVIMAX comunicación a los efectos de la subrogación del personal adscrito al centro, figurando en la relación el demandante y otro trabajador. Esta comunicación fue contestada el día 30-03-11 por SERVIMAX rechazando dicha subrogación. QUINTO.- Con fecha 25-03-11 SECURITAS remitió comunicación al actor poniendo en su conocimiento la adjudicación del servicio a SERVIMAX con efectos de 01-04-11, e indicándole que sería subrogado por dicha empresa. En fecha 31-03-11 fue dado de baja en la seguridad social por cuenta de la primera empresa citada. SEXTO.- Tres trabajadores de SECURITAS que realizaron los servicios en el Centro Oeste en el periodo enero a marzo de 2011 causaron baja voluntaria en esta empresa en fechas 31-03-11 y 03-04-11. SEPTIMO. - Los tres trabajadores aludidos en el hecho anterior han causado alta en SERVIMAX en fecha 01-04-11. OCTAVO. - Otro de los trabajadores que realizaba el servicio en el Centro Oeste también ha ejercitado la acción de despido. que se sigue en este juzgado bajo el número de autos 520/11. NOVENO. El acto previo de conciliación se celebró Con resultado de intentado y sin efecto."

TERCERO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la representación procesal actuando en nombre y representación de SERVIMAX SERVICIOS GENERALES S.A., ante el Juzgado de lo Social nº 14 de Madrid, para ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, la cual dictó sentencia en fecha 20 de febrero de 2012 , en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que, estimando el recurso de suplicación interpuesto por la demandada SERVIMAX SERVICIOS GENERALES S.S. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 14 de Madrid en fecha 1-7-11 en autos 520/11 sobre despido, seguidos a instancia de D. Ángel Jesús contra la recurrente y contra SERVICIOS SECURITAS S.A., debemos revocar y revocamos en parte la sentencia de instancia, condenando a SERVICIOS SECURITAS S.A. a que, a su opción, readmita al actor en su puesto de trabajo en las mismas condiciones con abono de los salarios de tramitación hasta que se produzca la readmisión, o le abone la indemnización fijada en la sentencia de instancia más los salarios e tramitación hasta la fecha de notificación de esta sentencia, salvo que se acredite por la empresa condenada una nueva colocación para el descuento de los salarios percibidos en ella, todo lo cual podrá resolverse en ejecución de sentencia, y sin perjuicio de lo establecido en el art. 57 del Estatuto de los Trabajadores ; y absolvemos a la recurrente SERVIMAX SERVICIOS GENERALES S.A. de la demanda, manteniendo el resto de los pronunciamientos de la sentencia de instancia. La empresa SERVICIOS SECURITAS S.A. podrá efectuar la opción entre readmisión e indemnización a tener del art. 110.3 LPL , ante esta Sala en plazo de cinco días sin esperar a la firmeza de esta sentencia. se devolverá a la recurrente el depósito y la consignación efectuados para recurrir. Sin costas."

CUARTO.- Por la representación procesal de SERVICIOS SECURITAS S.A., se formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que alega como sentencia contradictoria con la recurrida la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 29-12-11 en el Recurso nº 6339/2011 .

QUINTO.- Por providencia de esta Sala, se procedió admitir a trámite el citado recurso, y no habiéndose impugnado de contrario, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que emitió informe en el sentido de considerar PROCEDENTE el recurso. E instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 3 de abril de 2013, en el que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El trabajador venía prestando servicios por cuenta de Servicios Securitas S.A. en el servicio auxiliar de la que ésta era adjudataria en el Centro Comercial Centro Oeste de Madrid, cubierto por 7/8 trabajadores en los meses de enero a marzo, si bien el servicio estaba contratado para todo el año, y durante el resto la ocupación alcanzaba a tres trabajadores. El 28 de marzo de 2011 la principal concertó el servicio con Servimax Servicios Generales S.A., para cuyo servicio le requirió la asistencia de: un auxiliar de servicio 24 horas, todos los días del año; un auxiliar de servicios de 10 a 22 horas de lunes a sábado laborables ; un auxiliar de 10 a 22 los domingos y festivos de apertura. Servimax, que ha contratado a tres de los siete trabajadores que prestaban servicios para la empresa saliente ha denegado la subrogación al demandante. El Juzgado de lo Social estimó la demanda declarando la improcedencia del despido, condenado a Servimax.S.A., con absolución de Servicios Securitas S.A. La sentencia fue revocada en suplicación, recayendo la condena por despido improcedente sobre Servicios Securitas S.A. La Sala , tras rechazar los argumentos basados en la falta de subrogación y en la no adscripción del trabajador a la específica contrata, estima el recurso razonando que *"no es posible apreciar que en este caso la nueva empresa haya contratado una parte esencial, en términos de número y competencias, del personal que la anterior empresa destinaba a esta contrata, pues lo único que consta es que Servicios Securitas destinaba al servicio adjudicado un total de 7-8 trabajadores, de los cuales solamente ha contratado a tres la recurrente SERVIMAX, y es claro que la contratación de menos de un 50% de la plantilla, sin que conste otro dato referido a la cualificación de los trabajadores contratados, no implica haberse*



hecho cargo de una parte esencial, en términos de número o competencias, del personal que la anterior empresa destinaba al servicio contratado."

Recurre Servicios Seguritas S.A. en casación para la unificación de doctrina y ofrece como sentencia de contraste la dictada el 29 de diciembre de 2011 por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid . En la sentencia de comparación, a otro trabajador que prestaba servicios por cuenta de Servicios Seguritas S.A, en el Centro Comercial Centro Oeste de Madrid, afectado por el cambio de adjudicataria, tampoco le fue admitida la subrogación por la empresa entrante Servimax S.A. El Juzgado de lo Social estimó la demanda frente a Servimax S.A. condenándola a las consecuencias del despido improcedente. En suplicación, la anterior resolución fue confirmada, y desestimado el recurso de Servimax S.A.

Entre ambas resoluciones concurre la necesaria contradicción en los términos exigidos por el artículo 219 de la Ley de la Jurisdicción Social.

SEGUNDO.- La recurrente alega la infracción del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores y jurisprudencia de aplicación, con cita de la Jurisprudencia comunitaria recaída en supuestos de subrogación, STJCE de 11 de marzo de 1997 (1997/45, asunto Süzen), de 10 de diciembre de 1998 (TJCE 1998/308 , asunto Hernandez Vidal, 10 de diciembre de 1998 (TJCE 1998/309 , asunto Sanchez Hidalgo), de 24 de enero de 2002 (TJCE 2002/29 , asunto Temco) y de 20 de noviembre de 2003 (TEDH 2003/ 386 , asunto Sodexho . STS de 20 de octubre de 2004 .

En cuanto a la Jurisprudencia nacional, el recurso alude a la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 2004 (R.C.U.D 4424/2003).

El análisis de las circunstancias de hecho sobre las que el recurso insiste, en conexión con la consolidada doctrina comunitaria, que ha sido objeto de recepción en la sentencia a la que alude el recurso y en otras posteriores, sentencias del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 2011 (R.C.U.D. núm. 4665/2010) y de 17 de junio de 2008 (R.C.U.D. núm. 4426/2006), muestran precisamente la aplicación del criterio a seguir. El tenor literal del inmodificado relato histórico nos da cuenta de un servicio que la recurrente venía prestando a través de 7/8 personas, de las que la empresa entrante ha acogido a tres, número de personas que no representa meramente un 50% o menos sino que en realidad es parte esencial para el desempeño de la contrata si nos atenemos a las condiciones en que la misma se lleva a cabo: un auxiliar de Servicios 24 horas, todos los días del año; un auxiliar de servicios de las 10 a las 22 horas de lunes a sábados laborables; un auxiliar de Servicios de las 10 a las 22 horas los domingos y festivos de apertura. La Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 2004 (R.C.U.D. 899/2002) aplica el criterio comunitario al tiempo que recoge el jurisprudencial consecuencia de la recepción de aquel reflejado en la Sentencia del Tribunal Supremo 24 de octubre de 2010 (R.C.U.D. 4424/2003), reproduciendo en parte su fundamentación, siendo el conjunto de la misma del tenor literal siguiente: *"TERCERO.- Interesa reflejar a continuación los pronunciamientos que se han sucedido en el tiempo con el mismo objeto. Así, junto a la primera sentencia, recaída el 11 de marzo de 1997 (asunto Süzen), antes parcialmente reproducida, se sitúa la sentencia de 10 de diciembre de 1998 (asuntos acumulados C-127/96 , C- 229/96 y C-74/97) C Y Limpiezas, S.L., Hoechst AG y R.E.N.F.E., la de 10 de diciembre de 1998 (asuntos acumulados C- 173/96 y C-247/96), en la que se señala que "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 hallen específicamente destinados de forma duradera a una actividad común puede constituir una entidad económica cuando no existen otros factores de producción. En igual dirección se pronuncia la sentencia de 2 de diciembre de 1999 (asunto C-234/98), Asunto Allen y la sentencia de 24 de enero de 2002, asunto Temco Service e Industries, S.A. (C-151/2000).*

CUARTO.- *El hecho de que a la primera de las resoluciones de mérito hayan seguido las que se relacionan, lleva a la conclusión de que la jurisprudencia comunitaria en la necesidad de reconducir las diferencias en la aplicación de la Directiva 77/187. C.E.E. del Consejo, de 14 de febrero de 1997 sobre derecho de los trabajadores en caso de cambio de titularidad de empresas, ha optado por una fórmula que cabe resumir según sus propios términos en que "para apreciar las circunstancias de hechos que caracterizan la operación de quien se trata, el órgano jurisdiccional debe tener en cuenta, en particular, el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate. De ello resulta que la importancia respectiva que debe atribuirse a distintos criterios de la existencia de una transmisión en el sentido de la Directiva varía necesariamente en función de la actividad ejercida o incluso de los métodos de producción o de explotación utilizados en la empresa, en el centro de actividad o en la parte del centro de actividad de que se trate. En particular, en la medida en que sea posible que una entidad económica funcione, en determinados sectores, sin elementos significativos de activo material o inmaterial, el mantenimiento de la identidad de dicha entidad independientemente de la operación de que es objeto no puede, por definición, depender de la cesión de tales elementos.*



De conformidad con el artículo 234 del Tratado de la Comunidad Europea -anterior artículo 177-, la doctrina establecida por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, al resolver cuestiones prejudiciales, es vinculante para esta Sala 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, salvo que, como consecuencia del planteamiento de otra cuestión prejudicial se produzca un cambio en la doctrina comunitaria. Esta vinculación se produce, aunque el criterio del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea pueda suscitar, dicho sea con el debido respeto, ciertas reservas, como ocurrió en el caso del cálculo de las pensiones de los trabajadores migrantes (sentencia de 9 de marzo de 1999) y como sucedió también con la doctrina de la denominada "sucesión en la actividad", que, acogida en las sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 14 de abril de 1994 (asunto Schmitd) y 7 de marzo de 1996 (asunto Merckx), fue luego revisada en la sentencia Süzen ya citada.

Como ya señalaba la última sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 11 de marzo de 1997: *"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"*. La noción de traspaso, la transferencia de la mera actividad cuando la misma va acompañada de la asunción de las relaciones laborales con un núcleo, considerable e la plantilla anterior, de tal forma que la sentencia del asunto Süzen vino a dar a ese conjunto el carácter de entidad económica.

Por razones de seguridad y homogeneidad jurídica se deberá mantener la doctrina de mérito al no existir nuevos motivos que aconsejen su modificación y concurrir en el supuesto que se examina las condiciones de aplicación de la misma.

Por lo expuesto y de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal procede la estimación del recurso, resolviendo el debate de suplicación con la desestimación del recurso de igual naturaleza formulado por SERVIMAX. S.A imponiendo a dicha codemandada las costas y pérdida del depósito en suplicación.

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 procesal de SERVICIOS SECURITAS, S.A., contra la sentencia dictada con fecha 20 de febrero de 2012 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso de suplicación núm. 5245/2011, contra la Sentencia dictada con fecha 1 de julio de 2011 por el Juzgado de lo Social nº 14 de Madrid, en autos núm. 520/2011, seguidos a instancia de D. Ángel Jesús, frente a SERVICIOS SECURITAS, S.A. y SERVIMAX SERVICIOS GENERALES, S.A., sobre DESPIDO. Casamos y anulamos la sentencia recurrida y resolviendo el debate planteado en suplicación, desestimamos el de esta clase interpuesto por SERVIMAX SERVICIOS GENERALES S.A. y confirmamos la sentencia dictada por el Juzgado de Instancia. Condenamos en costas y a la pérdida del depósito constituido para recurrir a SERVIMAX SERVICIOS GENERALES S.A. en Suplicación, sin que haya lugar a pronunciamiento sobre las costas en casación, devuélvase a Servicios Securitas S.A. el importe de los depósitos constituidos para recurrir y dése a las consignaciones el destino legalmente previsto.

Devuélvase las actuaciones a la Sala 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 Milagros Calvo Ibarlucea hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.