



Roj: **STS 3198/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:3198**

Id Cendoj: **28079140012016100460**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **07/06/2016**

Nº de Recurso: **2911/2014**

Nº de Resolución: **484/2016**

Procedimiento: **Auto de aclaración**

Ponente: **ROSA MARIA VIROLES PIÑOL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En Madrid, a 7 de junio de 2016

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por las mercantiles Facto Almeriense de Construcciones SA, Servicios Geriátricos de Almería SL, Unión Temporal de Empresas (UTE Residencia de Mayores Vega de Acá) representadas por la procuradora D.ª Cristina Velasco Echavarrí y asistidas por el letrado D. Juan Antonio Luque Martínez contra la sentencia dictada el 5 de junio de 2014 por la **Sala de lo Social** del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede en Granada) en recurso de suplicación nº 877/2014, interpuesto contra la sentencia de fecha 24 de enero de 2014, dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Almería, en autos nº 612/2012, seguidos a instancias de D.ª Patricia contra Asisttel Servicios Asistenciales S.A., Servicios Geriátricos de Almería SL. y UTE Residencia de Mayores Vega de Acá sobre despido.

Ha comparecido como parte recurrida Asisttel Servicios Asistenciales S.A. representada y asistida por la letrada D.ª Rosa Mª Lara Fernández.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.ª Rosa Maria Viroles Piñol.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 24 de enero de 2014, el Juzgado de lo Social nº 3 de Almería, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Que desestimando las excepciones de caducidad de la acción y de falta de conciliación administrativa previa alegadas por la UTE "Residencia de Mayores Vega de Acá", integrada por las empresas Facto Almeriense de Construcciones y Obras Públicas SA y Servicios Geriátricos de Almería SL y estimando parcialmente la demanda interpuesta D.ª Patricia frente a las empresas Asisttel Servicios Asistenciales SA, Servicios Geriátricos de Almería SL y la UTE "Residencia de Mayores Vega de Acá", debo declarar y declaro la improcedencia del despido de que ha sido objeto la actora, y en consecuencia condeno a la empresa Asisttel Servicios Asistenciales SA a optar en el plazo ,de cinco días a partir de la notificación de sentencia, entre readmitir a la demandante en su puesto de trabajo con abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha de los despidos hasta que la readmisión tenga lugar, o extinguir la relación laboral, en cuyo caso deberá pagar la trabajadora una indemnizaciones por despido de 7.763,32 €. Absolviendo de la demanda a las empresas Servicios Geriátricos de Almería SL y la UTE "Residencia de Mayores Vega de Acá" integrada por las empresas Facto Almeriense de Construcciones y Obras Públicas SA y Servicios Geriátricos de Almería SL.»

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia y como hechos probados se declaran los siguientes:

«1º.- La parte actora, D.ª Patricia, mayor de edad, con DNI núm. NUM000, ha venido prestando sus servicios para la empresa Asisttel Servicios Asistenciales SA, dedicada a la actividad de Cuidado de personas mayores, en el centro de trabajo denominado Centro U.E.D. "Hogar I" de Estancias Diurnas para personas mayores, sito en la Plaza del Niño Jesús, 3 de la ciudad de Almería, desde el 1-9-08, con la categoría profesional de



Fisioterapeuta y percibiendo un salario diario de 48,47 €, incluida la parte proporcional de las gratificaciones extraordinarias.

2º.- La empresa Asisttel Servicios Asistenciales SA formalizó en fecha 1-2-09 un contrato para la prestación de servicios del programa de estancias diurnas para personas mayores con la Fundación Andaluza de Servicios Asistenciales (FASS) adscrita a la Consejería para la Igualdad y el Bienestar Social de la Junta de Andalucía, haciendo costar en el mismo que la contratación de la prestación de dicho servicio se llevaría a efectos en el Centro U.E.D. "Hogar I" de Estancias Diurnas para personas mayores, sito en la Plaza del Niño Jesús, 3 de la ciudad de Almería, para un total de 49 plazas de estancias diurnas. En la cláusula de dicho contrato se estableció que la vigencia del mismo sería de un año, añadiéndose que podría ser prorrogado por periodos anuales, hasta un máximo de 5 años en total, incluyendo el periodo inicial y sucesivas prorrogas.

3º.- Por Resolución de la Dirección-Gerencia de la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía de 20-1-12, se resolvió aprobar por razones de interés público, la modificación del periodo de ejecución del contrato previsto en la estipulación undécima del contrato de 1 de Febrero de 2.009, suscrito con Asisttel Servicios Asistenciales SA, para la prestación de servicios del programa de estancia diurna para personas mayores en el Centro U.E.D. Hogar I de la ciudad de Almería, en el sentido de establecer que a partir del 1 de Febrero de 2.012, el contrato se entenderá prorrogado mes a mes, hasta que se produzca el traslado de las 49 personas usuarias al nuevo centro.

4º.- Posteriormente el Director-Gerente de la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía, mediante comunicación de fecha 27 de Marzo de 2.012, puso en conocimiento del Asisttel Servicios Asistenciales SA, que "estando previsto el traslado de usuarios y por tanto la finalización de las actuaciones objeto del contrato para el próximo día 31 de Marzo de 2.012, se dan por cumplidos los compromisos adquiridos de manera satisfactoria, por lo que no se procederá a una nueva prorroga.

5º.- Por otro lado el 28-3-12 la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía formalizó un Contrato de Gestión en la modalidad de Concierto con la UTE "Residencia de Mayores Vega de Acá" para el servicio de Centro de Día para personas mayores en situación de dependencia con la UTE "Residencia de Mayores Vega de Acá", integrada por las empresas Facto Almeriense de Construcciones y Obras Públicas SA y Servicios Geriátricos de Almería SL para el servicio de Centro de Día para personas mayores en situación de dependencia. Dicho contrato lo motiva y así se hace constar en la exposición sexta del mismo, "que no contando la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía en la actualidad con los recursos humanos y materiales suficientes para acometer la gestión directa del Servicio de Centro de Día para personas mayores en situación de dependencia en Vega de Acá (Almería) se hace necesaria la contratación del servicios con otra entidad que cuente con los medios necesarios para llevar a cabo dicha gestión". El objeto de dicho contrato es el de "regular las relaciones entre la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía y la UTE Residencia de Mayores Vega de Acá, para la gestión de 45 plazas del servicio de Centro de Día para Mayores en Situación de Dependencia y 20 plazas en Centro de Día para fines de semana y festivos, en el Centro UED Virgen de la Esperanza, situado en el municipio Vega de Acá, en la provincia de Almería en Régimen de Estancia Diurna". Dichas plazas fueron ocupadas por personas mayores que provenían del Centro UED Hogar I son atendidas en las instalaciones de centro Virgen de la Esperanza.

6º.- La empresa Asisttel Servicios Asistenciales SA al tener conocimiento que las personas mayores, que se encontraban en el Centro UED Hogar I, que la misma regentaba, iban a ser trasladadas al Centro UED Virgen de la Esperanza comunicó a la codemandada UTE "Residencia de Mayores Vega de Acá", a través de un requerimiento notarial-efectuado en su centro de trabajo ubicado en la C/ Miguel de Molina esquina a Adolfo Masillach en la Vega de Acá de la ciudad de Almería, el día 31-3-12 que habiendo tenido conocimiento de que todos los usuarios de la Unidad de Estancias Diurnas Hogar I de Almería iban a ser trasladados al centro residencia Virgen de la Esperanza, quien asume la gestión de los servicios correspondientes la misma, debe de subrogarse en el personal que prestaba su servicios en el anterior centro de trabajo de conformidad con lo dispuesto en el art 63 del Convenio Marco Estatal de Servicios de Atención a las Personas Dependientes y Desarrollo de la Promoción de la Autonomía Personal ; procediendo a hacerle entrega de la documentación correspondiente que incluía certificado de estar al corriente del pago de las cuotas de la Seguridad Social, listado del personal a subrogar en donde se reflejaban además de su datos personales, categoría, antigüedad y salarios, fotocopias de los contratos de trabajo y de las nóminas, TC1 y TC2 de los últimos 7 meses etc..

7º.- En fecha 31-3-12 la empresa Asisttel Servicios Asistenciales SA le comunicó verbalmente a la actora la extinción de su contrato de trabajo procediendo a hacerle entrega del certificado de empresa en el que hacía constar como causa de extinción "subrogación empresarial", procediendo ese mismo día a darla de baja en Seguridad Social al igual que al resto de los trabajadores que prestaban servicios en el centro de trabajo "Centro UED Hogar I" y a llevarse todo el material que era de su propiedad y que aportó cuando se le adjudicó el contrato en 1-2-09 por parte de la Fundación Andaluza de Servicios Asistenciales (FASS).



8º.- La UTE "Residencia de Mayores Vega de Acá cuenta desde el año 2010 con unas instalaciones propias para la atención de las personas mayores en el centro denominado "Virgen de la Esperanza" ubicado en el barrio de la Vega de Acá de la ciudad Almería, que incluyen tanto medios materiales, auxiliares y de personal cualificado con la correspondiente titulación y colegiación para poder, en su caso, nominar y firmar el trabajo realizado, a los efectos de su presentación a los colegios profesionales u Oficinas Técnicas correspondientes, para visado, así como para solicitar permisos o licencias administrativas, etc. Dicho centro de trabajo cuenta con una plantilla que oscila entre 70 y 80 trabajadores.

9º.- El Centro UED Hogar I se encuentra cerrado desde el día 2-4-12 sin haya vuelto a iniciar su actividad de cuidado de personas mayores, siendo autorizado tal cierre por resolución de la Dirección General de Personas Mayores de la Consejería para la Igualdad y el Bienestar Social de la Junta de Andalucía de 2-4-12.

10º.- La demandante se personó el lunes 2-4-12 en el centro "Virgen de la Esperanza" con la intención de trabajar y allí se le comunicó verbalmente que no precisaban de sus servicios y que si la necesitaban ya la llamarían.

11º.- La UTE "Residencia de Mayores Vega de Acá" ha contratado "ex novo" para su centro "Virgen de la Esperanza" a 10 de los 15 trabajadores que con anterioridad prestaban sus servicios para la empresa Asisttel Servicios Asistenciales SA en el centro de trabajo "Centro UED Hogar I".

12º.- A la relación laboral entre las partes le era de aplicación el V Convenio Colectivo Marco Estatal de Servicios de Atención a las Personas Dependientes y Desarrollo de la Promoción de la Autonomía Personal (BOE 1-4-08). El art 63 de dicho convenio denominado "Adscripción y Subrogación", dispone lo siguiente: "Adscripción del personal en las empresas, centros y servicios afectados por el ámbito funcional de presente convenio. Con el fin de mantener la estabilidad del personal en el empleo, conseguir la profesionalización del sector y evitar en la medida de lo posible la proliferación contenciosos, ambas partes acuerdan la siguiente regulación:

1. Al término la concesión de una contrata, el personal adscrito a la empresa saliente, de manera exclusiva en dicha contrata, pasará a estar adscrito a la nueva empresa titular de la contrata, quien se subrogará en todos los derechos y obligaciones que tuvieran reconocidos en su anterior empresa, debiendo entregar al personal un documento en el que se refleje el reconocimiento de los derechos de su anterior empresa, con mención expresa al menos a la antigüedad y categoría, dentro de los treinta días siguientes a la subrogación. En este sentido, y de conformidad con lo dispuesto en el párrafo precedente, para que el personal adscrito a la empresa saliente sea subrogado, deberá concurrir alguno de los siguientes supuestos:

a. Personal en activo que vengán prestando sus servicios para la empresa saliente con una antigüedad mínima de tres meses, sea cual fuere la modalidad de su contrato de trabajo.

b. Personal que, en el momento del cambio de titularidad de la contrata, se encuentren en suspensión del contrato con derecho de reincorporación (enfermos, accidentados, en excedencia, baja maternal, etc.) y que reúna con anterioridad a la suspensión de su contrato) de trabajo la antigüedad mínima establecida en el apartado a.

c. Personal que con contrato de sustitución, supla a alguno del personal mencionado en los apartados a y b.

d. Personal de nuevo ingreso que, por exigencias de la empresa o entidad contratante, se haya incorporado al centro, como consecuencia de la ampliación del contrato dentro de los últimos noventa días. La empresa cesante deberá comunicar al personal afectado la pérdida de la adjudicación de los servicios, así como el nombre de la nueva empresa adjudicataria, tan pronto tenga conocimiento de dichas circunstancias.

2. Todos los supuestos contemplados se deberán acreditar fehaciente y documentalmente por la empresa saliente a la empresa, con una antelación mínima de quince días naturales antes de la fecha del término de su contrata o en el plazo de los tres días hábiles siguientes a la fecha desde que tuviese conocimiento expreso formal de la adjudicación, si ésta fuera posterior, la documentación siguiente:

a. Certificado del organismo competente de estar al corriente de pago de las cuotas de la Seguridad Social, así como una declaración jurada de la empresa saliente en este sentido.

b. Certificación en la que se haga constar, en relación a la totalidad del personal de plantilla a subrogar, lo siguiente: - Apellidos y nombre: - DNI: -Domicilio: -N.º de la seguridad social: -Tipo de contrato: -Antigüedad: -Jornada y horario: -Fecha de disfrute de las vacaciones: -Conceptos retributivos no incluidos en convenio: - Otras condiciones y pactos: -Fotocopias de las nóminas, TC 1 y TC2, de los últimos siete meses de la totalidad del personal a subrogar:

c. Fotocopia de los contratos de trabajo.



d. Documentación acreditativa de la situación de excedencias, incapacidad temporal, baja maternal y paternal, interinidad o sustitución análoga del personal que, encontrándose en tal situación, deben de ser adscritos a la nueva adjudicataria del servicio.

e. En cualquier caso, el contrato de trabajo entre la empresa saliente y el personal sólo se extingue en el momento que se produzca de derecho la subrogación del mismo a la nueva adjudicataria.

f. En caso de subrogación de representantes del personal durante su mandato (tanto miembros del comité de empresa, como delegados/as de personal o miembros de la sección sindical), la empresa entrante respetará las garantías sindicales establecidas en el presente convenio y demás legislación vigente. Los delegados de personal o los miembros del comité de empresa que hubieran sido elegidos en proceso electoral referido al centro objeto de subrogación, mantendrán su condición de representantes del personal a todos los efectos en la nueva empresa concesionaria, siempre que el número total de representantes del personal no exceda del que pudiera corresponder por la plantilla. No desaparece el carácter vinculante de este artículo en el caso de que la empresa adjudicataria del servicio suspendiese el mismo por un período inferior a los dos meses; dicho personal con todos sus derechos se adscribirá a la nueva empresa. Tampoco desaparece el carácter vinculante de la subrogación en el caso de que el arrendatario del servicio suspendiese el mismo por un periodo no superior a seis meses, siempre que se acredite que el servicio se hubiese reiniciado con la misma u otra empresa. Las empresas entrante y saliente respetarán siempre el calendario vacacional, concediéndose el disfrute total del período de vacaciones tal y como esté asignado en dicho calendario y con independencia de la parte proporcional de vacaciones que se haya devengado en cada empresa. En el supuesto de que se produzca la subrogación una vez comenzado el año natural, la empresa entrante y la saliente realizarán las compensaciones económicas necesarias para el cumplimiento de lo anterior. Caso de que no se produjera acuerdo entre ambas empresas en la compensación económica, la empresa en cuyo seno se haya disfrutado el período vacacional completo descontará en la nómina del trabajador o, en su caso, en la liquidación la cantidad correspondiente al período devengado en la otra empresa; la empresa en cuyo seno no se disfrutaron vacaciones abonará al personal la parte proporcional de vacaciones que le corresponda junto con la liquidación o en la primera nómina, según el caso. En los casos de falta de acuerdo, la empresa que no haya cotizado a la seguridad social el período correspondiente a las vacaciones devengadas vendrá obligada a abonar a la otra empresa la cantidad correspondiente a dichas cotizaciones. De la efectiva compensación económica entre las empresas se entregará copia a la representación legal del personal, a la asociación empresarial y a la comisión paritaria del convenio. El personal percibirá de la empresa cesante la liquidación de los haberes y partes proporcionales de gratificaciones que le pudieran corresponder. El mecanismo de subrogación, definido en el presente artículo operará automáticamente con independencia del tipo de personalidad de la empresa de que se trate, ya sea física, jurídica o de cualquier clase. La aplicación de este artículo será de obligado cumplimiento para las partes que vincula: empresa o entidad pública cesante y nueva adjudicataria.

g. La adjudicataria saliente tendrá la facultad de acordar libremente con los afectados por la subrogación la permanencia en su plantilla, sin que ello genere a la adjudicataria entrante la obligación de asumir el vínculo con un trabajador diferente.

13º.- La demandante no ostenta ni ha ostentado cargo de representación sindical alguno.

14º.- Intentada las preceptivas conciliación ante el CMAC en fecha 24-4-12 frente a las empresas Asistel Servicios Asistenciales SA y Servicios Geriátricos de Almería (Grupo Gerial), la misma concluyó con el resultado de sin avenencia.

15º.- En el acto de conciliación previo al acto del juicio la parte actora desistió de su petición de nulidad de su despido, manteniendo tan solo la calificación de improcedencia y con anterioridad el 10-10-13 ya había desistido de su demanda con respecto a la Agencia Andaluza de Servicios Sociales dirigiendo su demanda tan solo a las empresas Asistel Servicios Asistenciales SA y Servicios Geriátricos de Almería (Grupo Gerial) y UTE Residencia de Mayores Vega de Acá.»

TERCERO.- Contra la anterior sentencia, la representación procesal de Asistel Servicios Asistenciales S.A. formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede en Granada), dictó sentencia en fecha 5 de junio de 2014, en la que consta el siguiente fallo: «Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por ASISTTEL SERVICIOS ASISTENCIALES S.A. contra Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 3 DE ALMERIA en fecha 24/1/14, en Autos seguidos a instancia de Patricia en reclamación sobre DESPIDO contra ASISTTEL SERVICIOS ASISTENCIALES S.A., SERVICIOS GERIATRICOS DE ALMERIA S.L. Y UTE. RESIDENCIA DE MAYORES VEGA DE ACA, debemos revocar y revocamos dicha sentencia, y en su lugar dictando otra en la que se declara que existió subrogación de empresas con la correspondiente sucesión de plantillas y la indebida extinción del contrato de la actora que se declara despido improcedente achacable a UTE integrada por las empresas Facto Almeriense de Construcciones y Obras Públicas S.A. y



Servicios Geriátricos de Almería S.L., a las que se condena a optar en el plazo de cinco días a partir de la notificación de ésta sentencia, entre la readmisión de la actora en su puesto de trabajo, con abonos de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta que la readmisión tenga lugar en lo límites legales, o extinguir la relación laboral en cuyo caso deberá abonar a la trabajadora una indemnización por despido de 7.763,32 E, absolviendo a la demandada Asisttel Servicios Asistenciales S.A. de las pretensiones deducidas en demanda por la actora.»

CUARTO.- Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, la representación procesal de Facto Almeriense de Construcciones SA, Servicios Geriátricos de Almería SL, Unión Temporal de Empresas (UTE Residencia de Mayores Vega de Acá) interpuso el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que se formalizó mediante escrito fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña de fecha 27 de enero de 2012 (rec. suplicación 5877/11) y la dictada por esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 15 de julio de 2013 (rcud. 1377/12).

QUINTO.- Se admitió a trámite el recurso, y tras ser impugnado por la parte recurrida, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de considerar que el recurso debe ser declarado improcedente. Se señaló para la votación y fallo el día 31 de mayo de 2016, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Pretensión y sentencia recurrida.-

La sentencia impugnada revoca la dictada en la instancia y declara que existió subrogación de empresas con la correspondiente sucesión de plantillas y la indebida extinción del contrato de la actora, que declara despido improcedente achacable a la UTE integrada por las empresas Facto Almeriense de Construcciones y Obras Públicas SA y Servicios Geriátricos de Almería, absolviendo a Asisttel Servicios Asistenciales SA (en adelante Asisttel).

La demandante había venido prestando servicios como fisioterapeuta para Asisttel, dedicada al cuidado de personas mayores, en el centro de trabajo "Hogar 1" de estancias diurnas. Asisttel formalizó el 01-02-2009 un contrato para la prestación de servicios con FASS adscrita a la Consejería para Igualdad y Bienestar Social, para un total de 49 plazas, con una vigencia de un año, hasta un máximo de cinco años. La Administración acordó modificar el periodo de ejecución del contrato en el sentido de establecer que a partir de 01-02-2012 los contratos se entenderían aprobados mes a mes, en lugar de por años, hasta que se produjera el traslado de las 49 personas usuarias a otro centro, regido por una UTE, comunicándose el 27-03-2012 la finalización de las actuaciones objeto del contrato el 31-3-2012, teniendo previsto el traslado de usuarios a otro centro. Asisttel comunicó a la UTE que por haber asumido la gestión de los servicios correspondientes a los ancianos, debía subrogarse en el personal que trabajaba en el anterior centro, conforme a lo dispuesto en el art. 63 del Convenio Marco Estatal de Servicios de Atención a Personas Dependientes y Desarrollo de la Promoción de la Autonomía Personal, entregando la documentación correspondiente. También notificó a la actora la extinción de su contrato de trabajo, haciéndole entrega del certificado de empresa en el que se hacía constar como causa de extinción la subrogación empresarial y procediendo a su baja en la Seguridad Social con efectos de 31-03-2012. La UTE contrató "ex novo" para su centro a 10 de los 15 trabajadores que antes prestaban sus servicios para Asisttel en el centro "Hogar 1".

La Sala de suplicación funda su decisión en lo siguiente: la transmisión de la actividad se ha producido, habiendo asumido la empresa entrante una parte cuantitativamente importante de la mano de obra de la anterior (10 de 15 trabajadores), sin que Asisttel haya acreditado que la organización del trabajo experimentará una variación cualitativa sustancial más allá de lo que supone la incardinación en una empresa distinto; lo decisivo en la prestación de los servicios objeto de la transmisión es la cualificación y la experiencia en el trabajo de la mano de obra, y no los elementos materiales puestos a disposición de la misma para la realización de las funciones encomendadas; y, en virtud de los artículos 44 del Estatuto de los Trabajadores y 63 del Convenio aplicable, surge la obligación de subrogación.

SEGUNDO.- Recurso de casación para la unificación de doctrina.-

1.- Contra la referida sentencia, la UTE integrada por Facto Almeriense de Construcciones SA y Servicios Geriátricos de Almería SL, interpone recurso de casación para la unificación de doctrina articulando dos motivos de recurso, relativos a la aplicación de la denominada subrogación de trabajadores por aplicación de la llamada sucesión de plantillas y del art. 63 del V Convenio Marco Estatal de Servicios de Atención a las Personas Dependientes y Desarrollo de la Promoción de la Autonomía Personal .



2.- Para el primer motivo de recurso se designa como sentencia de contraste la dictada por el Tribunal Supremo de fecha 15-03-2013 (rcud. 1377/2012), que aborda un supuesto en el que se debate si ha existido sucesión de empresas en su modalidad de sucesión de plantillas o se ha producido un simple cambio de contrata, prevista y regulada en el Convenio Colectivo Estatal del Sector de Contact Center. Concretamente se trataba de una contrata de prestación de servicios telefónicos de contact center que finalizaba sin que la empresa principal la renovara, procediendo a adjudicar el servicio a otra contratista, quien antes de contratar al personal a emplear, había seguido el procedimiento del Convenio contratando a numerosos empleados de la antigua contratista. Esta Sala declara que no ha existido una sucesión de empresas, y sí una sucesión de contrataciones al no haber existido una transmisión de los activos materiales con los que desarrollaba la actividad. A tal efecto, razona que ningún acuerdo ha existido sobre la transmisión de la actividad y de los medios materiales e infraestructuras entre la antigua y la nueva contratista que ha puesto por su cuenta los medios materiales de todo tipo necesarios para el desarrollo de una actividad que necesita de inmuebles, teléfonos, aparatos informáticos, etc., imprescindibles para su desarrollo. Concluye que el cambio de contratista en estas condiciones no encaja en el Estatuto de los Trabajadores ni en el art. 1.1 de la Directiva 2001/23.

Las sentencias comparadas, no obstante resolver la referencial sobre un conflicto colectivo y la recurrida sobre un despido -donde se discute a quien corresponde asumir las consecuencias de la improcedencia- y tratarse de actividades y convenios colectivos distintos, ha de estimarse que son contradictorias por cuanto en ambas sentencias las nuevas contratistas no se han limitado a continuar la actividad, asumiendo parte de la plantilla, sino que han puesto sus propias instalaciones y medios.

3.- La sentencia propuesta de contraste para el segundo motivo, es la del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 27-01-2012 (rec. 5877/2011). Dicha sentencia revoca la dictada en la instancia en el sentido de condenar exclusivamente a Accio a las consecuencias del despido. Se trata de un supuesto en el que las actoras habían venido prestando servicio, con la categoría de cuidadoras, en un centro de día con la empresa Accio, que había obtenido la adjudicación y la concesión administrativa del servicio del centro, titularidad de un Ayuntamiento. Posteriormente dicha entidad notificó la extinción de la relación administrativa con motivo de la puesta en marcha de una nueva residencia y centro de día. Inversiones Brofar y el Ayuntamiento años antes, habían formalizado contrato administrativo de adjudicación de la concesión de obra pública para la construcción, conservación y explotación de un edificio destinado a hogar-residencia para personas mayores y centro de día, aportando la adjudicataria el edificio, las instalaciones y dotaciones inmobiliarias y organizando los servicios asistenciales según su propio programa. La cuestión que se debate es si a tenor del art. 44 ET se ha de producir la subrogación empresarial de las actora dependientes de Accio por parte de Inversiones Brofar, titular de una nueva concesión administrativa como consecuencia del cierre de la concesión administrativa de gestión del servicio de centro de día en que aquellas trabajaban.

La Sala considera que se ha efectuado transmisión patrimonial entre cedente y cesionaria a los efectos del art. 44 ET pues Inversiones Brofar ha construido el centro residencial a su coste en los términos establecidos en la concesión administrativa, después de haber ganado un concurso público, en distinto emplazamiento, aportando el edificio, las instalaciones y dotaciones inmobiliarias y organizando los servicios con el personal aportado, sin que, a su vez, asumiera personal cedente de la empresa que gestionaba el servicio público coincidente en otra ubicación, y sin que la subrogación del personal de Accio se imponga en el pliego de condiciones del concurso ni en el art. 63 del Convenio, por cuanto no nos encontramos al término de la concesión de una contrata.

También se aprecia la contradicción entre las sentencias comparadas para este segundo motivo, que llegan a distinta solución, aún tratándose de supuestos semejantes en los que se han cambiado los centros donde se prestan los servicios, y las nuevas concesionarias han puesto sus propias instalaciones y medios materiales y aunque en la referencial se ha asumido la mayoría de los trabajadores procedentes de la misma contrata de la empresa saliente (19 de 15 trabajadores), la nueva concesionaria contaba con una plantilla de entre 70-80 trabajadores.

Ha de estimarse, pues, que concurre el requisito de contradicción exigido en el art. 219 LRJS.

4.- Y, superado el requisito de la contradicción, procede el examen de los concretos motivos del recurso.

TERCERO.- Examen de los motivos del recurso.-

1.- Denuncia el recurrente la infracción del art. 44.2 del Estatuto de los Trabajadores y art. 63 del V Convenio Marco Estatal de Servicios de Atención a las Personas Dependientes y Desarrollo de la Promoción de la Autonomía Personal.



La cuestión litigiosa se centra en determinar si existe sucesión de empresa, y de que empresa es la responsabilidad del despido improcedente de una trabajadora, entre las concesionarias codemandadas de la atención a personas dependientes.

Del relato de hechos probados, que aquí se da por reproducido, resulta -en síntesis-, como señala el Ministerio Fiscal en su detallado informe, que: "a) se ha producido una transmisión de la actividad que en el presente caso es la atención a personas dependientes, b) la UTE "Residencia De Mayores de Edad Acá" ha asumido una parte cuantitativamente importante de la mano de obra de la anterior (diez de quince trabajadores), c) la característica de los trabajadores en relación con su pase a la nueva empresa radica en su cualificación y experiencia en el trabajo, d) la empresa Asisttel comunicó a la UTE que al haber asumido la gestión de los servicios correspondientes de los 45 ancianos a que ella prestaba servicio, debía subrogarse en el personal que prestaba sus servicios en el anterior centro de trabajo, de conformidad con lo dispuesto en el art. 63 del Convenio Marco Estatal de Servicios de Atención a Personas Dependientes y Desarrollo de la Promoción de la Autonomía Personal".

El art 63 de dicho convenio denominado "Adscripción y Subrogación", dispone lo siguiente: *"Adscripción del personal en las empresas, centros y servicios afectados por el ámbito funcional de presente convenio. Con el fin de mantener la estabilidad del personal en el empleo, conseguir la profesionalización del sector y evitar en la medida de lo posible la proliferación contenciosos, ambas partes acuerdan la siguiente regulación:*

*1. Al término la concesión de una contrata, el personal adscrito a la empresa saliente, de manera exclusiva en dicha contrata, pasará a estar adscrito a la nueva empresa titular de la contrata, quien **se subrogará en todos los derechos y obligaciones que tuvieran reconocidos en su anterior empresa**, debiendo entregar al personal un documento en el que se refleje el reconocimiento de los derechos de su anterior empresa, con mención expresa al menos a la antigüedad y categoría, dentro de los treinta días siguientes a la subrogación.(...)"*

2.- La cuestión litigiosa ha sido resuelta por esta Sala, entre otras, en las SSTS/IV de 9-julio-2014 (rcud. 1201/2013) y 10-julio-2014 (rcud. 1051/2013). Señala esta última en lo que aquí interesa, recordando la STS/IV de 24 de julio de 2013 (rec. 3228/2012):

" Procede señalar a este respecto que la sucesión de empresa, regulada en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, impone al empresario que pasa a ser nuevo titular de la empresa, el centro de trabajo o una unidad productiva autónoma de la misma, la subrogación en los derechos laborales y de Seguridad Social que tenía el anterior titular con sus trabajadores, subrogación que opera "ope legis" sin requerir la existencia de un acuerdo expreso entre las partes, sin perjuicio de las responsabilidades que para cedente y cesionario establece el apartado 3 del precitado artículo 44.

La interpretación de la norma ha de realizarse, tal como retiradamente ha venido señalando la jurisprudencia de esta Sala, a la luz de la normativa Comunitaria Europea -Directiva 77/187 CEE, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspaso de empresas, de centros de actividad o de parte de empresas o de centros de actividad, sustituida por la Directiva 98/50 CE de 29 de junio de 1998 y por la actualmente vigente Directiva 2001/23 CE, del Consejo de 12 de marzo de 2001- y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

La sentencia de 12 de diciembre de 2002, recurso 764/02, con cita de la de 1 de diciembre de 1999 establece lo siguiente: *"El supuesto de hecho del art. 44 del E.T., al que se anuda la consecuencia jurídica de la sucesión o subrogación de un nuevo empleador en la posición del anterior empresario, presenta una cierta complejidad. La ley española lo describe en términos genéricos como "cambio de titularidad" de la empresa, centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma". Dejando a un lado el caso especial de sucesión en la empresa "mortis causa" a que se refiere el art. 49.1 g. del ET., los acontecimientos constitutivos del cambio de titularidad de la empresa o de alguno de sus elementos dotado de autonomía productiva, han de ser, siguiendo la formulación de la propia ley española, actos "inter vivos" determinantes de una "transmisión" del objeto sobre el que versa (la "empresa" en su conjunto, un "centro de trabajo", o una "unidad productiva autónoma") por parte de un sujeto "cedente", que es el empresario anterior, a un sujeto "cesionario", que es el empresario sucesor.*

La Directiva 98/59 CE, de 29 de junio de 1.998, ha aclarado este concepto genérico de transmisión o traspaso de empresa, a través de una serie de precisiones sobre el significado de la normativa comunitaria en la materia. Esta aclaración se efectúa, según puntualiza el preámbulo de dicha disposición de la CE, "a la luz de la jurisprudencia" del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. La exposición de motivos de la propia Directiva 98/50 se encarga de señalar a continuación, que la aclaración efectuada "no supone una modificación del ámbito de aplicación de la Directiva 77/187/CEE de acuerdo con la interpretación del Tribunal".

Una primera precisión sobre el concepto de transmisión o traspaso de empresa del nuevo art. 1 de la Directiva Comunitaria se refiere a los actos de transmisión de empresa comprendidos en el ámbito de aplicación de la



normativa comunitaria, que pueden ser una "cesión contractual" o una "fusión" (art. 1.a.). Una segunda precisión versa sobre el objeto de la transmisión en dichos actos de transmisión o traspaso, que comprende en principio cualquier "entidad económica que mantenga su identidad" después de la transmisión o traspaso, entendiendo por tal "un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesoria" (ar. 1.b). Una tercera precisión del concepto de transmisión de empresa en el Derecho Comunitario, que no viene al presente caso, trata de las modalidades de su aplicación en las empresas y Administraciones Públicas (art. 1.c.)" .

La normativa Comunitaria alude a "traspaso de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o centros de actividad" (artículo 1. a) de la Directiva 2001/23/CEE, del Consejo de 12 de marzo de 2001), en tanto el artículo 44.1 del Estatuto de los Trabajadores se refiere a "cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma", utilizándose en el apartado 2 de dicho artículo 44 la expresión "transmisión", procediendo a establecer en que supuestos se considera que existe sucesión de empresa de forma similar a la regulación contenida en el artículo 1 b) de la Directiva. En efecto, a tenor del precepto, se considera 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, ya fuere esencial o accesoria (art. 1 b de la Directiva).

Esta Sala IV/TS, resolviendo supuesto sustancialmente idéntico, en sentencia de fecha 9-julio-2014 (rcud. 1201/2013), señala que: " *Son elementos de hecho que se deben tener presentes para solucionar la litis los siguientes: Que entre la empresa principal o comitente y la anterior contratista existía un contrato para la prestación de servicios auxiliares (información y atención al cliente a la entrada al hipermercado, custodia de instalaciones, control de tránsito en zonas reservadas, control de entradas y orientación de clientes etc. etc.) en diferentes centros del territorio nacional. Ese contrato se rescindió con efectos del 1 de febrero de 2012, fecha en el que entró en vigor el contrato para la prestación de idénticos servicios, suscrito con la nueva contratista, quien ha contratado con igual categoría profesional a la gran mayoría del personal que prestaba servicios a la anterior en la Comunidad de Madrid con un nuevo contrato, sin reconocerles antigüedad alguna y abonándoles un salario inferior al que cobraban, al ser inferiores las retribuciones que para la misma categoría profesional establece el convenio colectivo de esta empresa.*

Con estos antecedentes, procede estimar el recurso, como ha informado el Ministerio Fiscal, por cuanto concurren las circunstancias que dan lugar a lo que se ha llamado subrogación por "sucesión de plantillas". En efecto, se ha producido una sucesión en la actividad de prestación de los mismos servicios auxiliares en determinados hipermercados y la empresa entrante ha asumido una gran parte de la mano de obra (más del 70 por 100) de la anterior, trabajadores a quienes ha empleado en los mismos hipermercados en los que venía trabajando, sin que la nueva empleadora, aparte de algún trabajador propio, haya aportado elementos materiales que fuesen necesarios para el desarrollo de la actividad, lo que evidencia que lo esencial para los "servicios auxiliares" que presta es la cualificación y experiencia profesional de los trabajadores que emplea y no la aportación de elementos materiales necesarios para la producción, máxime cuando tal aportación no consta.

Las argumentaciones relativas a que, como se trata de una contrata global sobre prestación de servicios en centros repartidos por todo el territorio nacional, la unidad productiva cedida es "la contrata en su totalidad", debe ser a nivel de la contrata en general como hay que computar la asunción de la mayoría de la plantilla anterior, lo que impide que la subrogación opere por centros de trabajo o por provincias u otro tipo de división territorial, no son acogibles por las siguientes razones: Primera.- Porque la contrata no es una unidad productiva autónoma a los efectos del art. 44 del E.T ., como ya ha señalado esta Sala en sus sentencias de 5 de abril de 1993 (R. 702/92), 10 de diciembre de 1997 (R. 164/97) y 24 de julio de 2013 (R.3228/12). La contrata, como su nombre indica, es el contrato por el que una empresa se compromete a prestar a otra un servicio a cambio de un precio o a ejecutar la obra que se le encomienda. El contratista adquiere el derecho a prestar el servicio o a ejecutar la obra pero no adquiere ninguna empresa, ni ninguna actividad productiva autónoma en el sentido del art. 44- 1 del E.T . porque nada se transmite a quien celebra un contrato de arrendamiento de obra o de servicios".

En definitiva, no pueden confundirse los conceptos de "contrata" y transmisión de empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma, pues se trata de contratos de naturaleza y contenido diferentes, dado que el primero no requiere la transmisión de los elementos patrimoniales necesarios para configurar una estructura empresarial, organización empresarial que en principio tiene el contratista. Y, como señala la referida sentencia, la mera sucesión de contratistas no está contemplada en el artículo 44 del E.T . cuando no existe transmisión de activos patrimoniales necesarios para la explotación contratada, pero la subrogación empresarial que el citado precepto estatutario impone si se produce cuando se transmite una organización empresarial en aquellos supuestos denominados "sucesión de plantillas", en los que la actividad descansa, esencialmente, en el factor humano, en la organización y dirección de la actividad del personal cualificado que se emplea en la ejecución del servicio contratado, en la ejecución de la contrata. En los supuestos de "sucesión



de plantillas" las obligaciones que impone el artículo 44 del E.T . operan en el ámbito en que esta sucesión tenga lugar, esto es a nivel de empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma en la que se asuma la mayor parte de la plantilla."

Y en los mismos términos la STS/IV de 5-marzo-2013 (rcud. 3984/2011) en la que se apoya la sentencia recurrida que la reproduce extensamente.

Igualmente la reciente STS de 7-abril de 2016 dictada en Pleno (rcud. 2269/2014), señala que: *"en los supuestos de sucesión de contratistas la subrogación no opera en virtud del mandato estatutario - artículo 44 ET - si no se ha producido una transmisión de activos patrimoniales o una "sucesión de plantillas", en aquellos sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra - STS de 27 de octubre de 2004, rec. 899/02 , que recoge la doctrina comunitaria-. La subrogación se produce en virtud del mandato contenido en el **convenio colectivo aplicable** . Por tanto, la asunción de los trabajadores de la empresa anterior no responde al supuesto de sucesión en la plantilla derivado del hecho de que la nueva contratista se haga cargo voluntariamente de la mayoría de los trabajadores que prestaban servicios en la contrata. Al contrario, en estos casos la sucesión de la plantilla es el resultado del cumplimiento de las disposiciones establecidas en el convenio aplicable. Dicho de otra manera: la nueva contratista podría haber empleado a su propio personal en la contrata y, sin embargo, se ve obligada por la norma convencional a hacerse cargo de los trabajadores que la empresa saliente tenía afectos a la contrata.*

(...) En punto a la normativa aplicable, el artículo 3.1 de la Directiva 2001/23/CE dispone que "Los derechos y obligaciones que resulten para el cedente de un contrato de trabajo o de una relación laboral existente en la fecha del traspaso, serán transferidos al cesionario como consecuencia de tal traspaso. Los Estados miembros podrán establecer que, después de la fecha del traspaso, el cedente y el cesionario sean responsables solidariamente de las obligaciones que tuvieran su origen, antes de la fecha del traspaso, en un contrato de trabajo o en una relación laboral existentes en la fecha del traspaso".

Doctrina de aplicación al supuesto enjuiciado, atendiendo a los antecedentes fácticos antes expresados, por lo que no cabe apreciar las infracciones denunciadas, y sí declarar que la doctrina correcta se contiene en la sentencia recurrida, pues la subrogación se produce en virtud del mandato contenido en el art. 63 del convenio aplicable que es concluyente. La nueva contratista se ve obligada por la norma convencional a hacerse cargo de los trabajadores que la empresa saliente tenía afectos a la contrata.

CUARTO.- Por cuanto precede, y de acuerdo con el elaborado informe del Ministerio Fiscal, procede la desestimación del recurso, confirmando la sentencia recurrida que contiene la buena doctrina. Con imposición de costas a la recurrente (art. 235.1 LRJS) y la pérdida del depósito.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación de FACTO ALMERIENSE DE CONSTRUCCIONES SA y SERVICIOS GERIÁTRICOS DE ALMERIA SL UTE RESIDENCIA DE MAYORES VEGA DE ACÁ, contra la sentencia dictada en fecha 5-Junio-2014 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía -sede en Granada-, en recurso de suplicación núm. 877/2014 , interpuesto contra la sentencia de fecha 24-enero-2014, dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Almería , en autos núm. 612/2012, seguidos a instancia de DOÑA Patricia contra ASISTTEL SERVICIOS ASISTENCIALES S.A., SERVICIOS GERIÁTRICOS DE ALMERÍA SL y UTE RESIDENCIA DE MAYORES VEGA DE ACÁ. Confirmamos la sentencia recurrida, con imposición de costas a la recurrente y la pérdida del depósito constituido para recurrir; debiendo darse a las cantidades consignadas el destino legal.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.