

Roj: **STS 3937/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:3937**Id Cendoj: **28079140012016100577**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **28/06/2016**Nº de Recurso: **384/2015**Nº de Resolución: **565/2016**Procedimiento: **SOCIAL**Ponente: **SEBASTIAN MORALO GALLEGO**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **STSJ GAL 9988/2014,**
STS 3937/2016

SENTENCIA

En Madrid, a 28 de junio de 2016

Esta sala ha visto los recursos de casación para la unificación de doctrina interpuestos por FESMI, S.L., representado y defendido por el letrado D. Rolando Martínez Rodríguez, y por D. Urbano , bajo la asistencia del letrado D. José Manuel Aneiros García, contra la sentencia dictada el 11 de noviembre de 2014 por la **Sala de lo Social** del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el recurso de suplicación núm. 3114/2014 , que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Ferrol, de fecha 25 de febrero de 2012 , recaída en autos núm. 525/2013, seguidos a instancia de D. Urbano contra FESMI, S.L., Prosegur Compañía de Seguridad, S.A., Prosegur Compañía de Seguridad, S.A. - FESMI, S.L. - UTE, Eulen Seguridad, S.A., Eulen, S.A., Eulen Seguridad, S.A. - Eulen, S.A. - UTE y Concello de Ferrol, sobre despido. Han sido partes recurridas las empresas Eulen Seguridad, S.A. - Eulen, S.A. - UTE, representadas y defendidas por el letrado D. José Miguel Orantes Canales.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Sebastian Moralo Gallego

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por D. Urbano se presentó demanda el 19 de julio de 2013 ante el Juzgado de lo Social nº 1 de Ferrol, el cual dictó sentencia de fecha 25 de febrero de 2014 , en la que se declararon probados los siguientes hechos: « **1º.-** D. Urbano , demandante, con DNI núm. NUM000 , y al que le fue reconocido un porcentaje de minusvalía del 46% por resolución de 20/07/1995, firmó con la empresa FESMI, S.L., centro especial de empleo que aplica a sus relaciones laborales el Convenio Colectivo Gallego de Centros Especiales de Empleo, contrato de trabajo indefinido a tiempo completo en la modalidad de contratación de trabajadores minusválidos para la prestación de servicios con efectos iniciales del 08/06/2000, contratación que desde el 01/04/2002 pasó a serlo para la prestación de servicios como controlador de accesos incidencias, con categoría de controlador, en el centro de trabajo del Castillo de San Felipe en Ferrol. **2º .-** Fue retribuido por FESMI, S.L., en la nómina de mayo de 2013 por conceptos salariales mensuales fijos de 779,74 euros/mes por salario base, 10 euros/mes por asistencia, 10 euros/mes por distancia, 60, euros/mes por mejora voluntaria, y 129,96 euros por p. p. extras; y durante la anualidad anterior de junio de 2012 a mayo 2013 inclusive fue retribuido en cuantías variables por el concepto salarial de nocturnidad en el importe total de 144,30 euros. La base de cotización reflejada en la hoja salarial correspondiente al periodo de liquidación de marzo de 2013 es de 1000,10 euros. **3º .-** El demandante, sin ostentar ni haber ostentado cargo de representación de los trabajadores, mantiene vigente la relación laboral con FESMI S.L., en situación de suspensión contractual, por ERE suspensivo de carácter rotativo de efectos desde el 01/07/2013 al 30/06/2014 afectante a 13 trabajadores, con alta por este motivo en prestación por desempleo el 01/07/2013. **4º .-** El 08/05/2013 el Concello de Ferrol formalizó contrato, -



correspondiente al Servicio de vigilancia y servicios complementarios para, entre otros centros e instalaciones pertenecientes al Concello de Ferrol, el Castillo de San Felipe de Ferrol,- con la unión temporal de empresas que resultó adjudicataria tras el correspondiente procedimiento de licitación EULEN SEGURIDAD S.A., EULEN S.A, UTE. 5º.- La cláusula 30 relativa a subrogación de personal del pliego de cláusulas administrativas particulares para la contratación de este servicio establece, conforme a la modificación acordada el 22/10/2012 (publicada en el BOP núm. 207, de 30/10/2012), que el adjudicatario del contrato quedará obligado a la subrogación del personal que actualmente viene realizando el servicio en los términos en que legalmente proceda y que la relación del personal adscrito al servicio figura como Anexo VI de este pliego. La relación del personal incluye a 19 trabajadores, entre los que se incluye referenciado el demandante como trabajador 2, fecha antigüedad 08/06/2000, puesto de trabajo controlador- auxiliar de servicios, tipo de contrato indefinido, y jornada completa. 6º.- El pliego de prescripciones técnicas para esta adjudicación establece como objeto del contrato la prestación de los servicios de vigilancia y protección de las instalaciones de los centros que detalla entre los que se encuentra el Castillo de San Felipe con referencia en este centro en relación a personal para la prestación del servicio a un vigilante de seguridad sin arma en horario nocturno (de 23:00 h -07:00 h) de lunes a sábado y 24 los festivos y domingos, y un auxiliar de servicios con funciones de información de 10:00 a 14:00 y de 16:00 a 20:00 horas. En relación a condiciones laborales y sociales este pliego de prescripciones técnicas establece que la empresa adjudicataria se compromete a contratar al personal necesario para realizar el objeto del contrato y hacerse cargo en la forma reglamentaria del personal procedente de otra u. otras contrataciones que cesen en la prestación del servicio, cuando así lo exijan las normas, convenio o acuerdos en vigor, así como que el referido personal dependerá exclusivamente del adjudicatario, con expresión también de que dentro de las condiciones laborales y sociales deberá de cumplirse Convenio Nacional de Seguridad Privada en vigor. 7º.- PROSEGUR COMPAÑÍA DE SEGURIDAD SA-FESMI SL UNIÓN TEMPORAL DE EMPRESAS resultó adjudicataria de la anterior licitación del servicio de vigilancia y servicios complementarios para los centros e instalaciones del Concello de Ferrol. Esta UTE PROSEGUR COMPAÑÍA DE SEGURIDAD SA-FESMI SL, fue constituida en escritura pública de fecha 11/09/2009. Según sus estatutos el objeto que constituía esta UTE era el del servicio de vigilancia y servicios complementarios para los centros e instalaciones del Concello de Ferrol y los servicios objeto de esta UTE eran también los derivados del contrato adjudicado por el Concello de Ferrol; estableciendo también estos Estatutos que la duración de la Unión Temporal será todo el plazo que transcurra desde el momento de constitución hasta que finalice el contrato de servicios y liquiden definitivamente y sin reserva alguna todas las obligaciones, diferencias y litigios Ve las Empresas miembros entre sí, con la Administración o con terceros y con un límite de 25 años. Asimismo, en cuanto a su régimen general Estatutos establecen en relación a los servicios que cada una de las empresas de la unión prestará aquellos servicios que corresponden con sus específicos objetos sociales asumiendo cada una de las empresas el resultado económico de los servicios que a cada una de ellas le corresponda, los costes, cargas y responsabilidades que se deriven del personal, maquinaria y equipos y demás medios empleados en la prestación de los servicios, las consecuencias que se deriven del incumplimiento de la legislación que les resulte aplicable función de su actividad y que el personal empleado para cada una de las actividades de la Unión estará adscrito a empresa que tuviera asignada tal actividad. En la ejecución de los servicios adjudicados la empresa PROSEGUR COMPAÑÍA DE SEGURIDAD SA., aportó los trabajadores para la cobertura de los puestos referidos para vigilantes de seguridad en el pliego de prescripciones técnicas, mientras que a la empresa FESMI SL, aportó los trabajadores para cobertura de los puestos referidos para auxiliares de servicios en el pliego de prescripciones técnicas, y cada una de estas empresas daba las instrucciones y organizaba el trabajo de su propio personal respectivo que contaba con diferente uniformidad de cada una de las empresas. 8º.- El pliego de prescripciones técnicas correspondientes a esta anterior licitación del servicio, incluía respecto del Castillo de San Felipe de Ferrol la prestación de servicio por un auxiliar de servicios en los turnos de día y por un vigilante de seguridad sin arma para el turno de noche, todos los días del año 24 horas, y 1 auxiliar de servicios en 1 turnos de 10:00 a 14:00 y de 16:00 a 20:00 para tareas de información. 9º.- El pliego de prescripciones técnicas relativo al servicio adjudicado a la UTE EULEN SEGURIDAD, S.A., EULEN, S.A., establece, en relación a dotación y condiciones generales, que el servicio deberá ser desempeñado por vigilantes de seguridad sin arma y auxiliares de servicios, y concreta también en relación a los otros centros e instalaciones del Concello de Ferrol los siguientes horarios y personal para la prestación de servicio: Reciclalerra y Mougá: vigilante de seguridad sin arma de 23 a 7 horas todos los días; -Mercado A Magdalena: auxiliar para apertura y cierre del mercado con los siguientes horarios: apertura de lunes a sábado 05:00 horas, domingos 11:00 horas, 3º domingo 8:00 horas; cierre: lunes a sábado 20:00 horas, domingos 15:00 horas, 3º domingo 15:00 horas; Mercado de Caranza: auxiliar para apertura y cierre del mercado: apertura lunes a sábado 06:30 horas, cierre lunes a sábado 15:30 horas; Mercado de Recimil: auxiliar para apertura y cierre del mercado con los siguientes horarios: apertura lunes a sábado 07:00 horas, cierre lunes a sábado 19:30 horas; (se refiere también en el pliego que en los tres mercados las vísperas de festivo se cerrará una hora antes). Servicios Sociales: Casa Solidaria, Servicios Sociales C/ Sánchez Barcaiztegui, Centro Cívico de Caranza: un vigilante de seguridad sin arma de carácter rotatorio los lunes, miércoles y viernes en horario de 08:00 h a 14:30 horas, servicio a prestar un día en cada centro; Auditorio: control de los sistemas de alarma ya



instalados y su mantenimiento, puesta en marcha si fuera el caso del sistema de grabación; Palacio Municipal: control de los sistemas de videoconferencia ya instalados e instalación de sistema de videovigilancia en la primera planta, puesta en marcha del sistema de grabación, un coordinador y tres auxiliares de servicios para la atención al ciudadano y asistencia telefónica con horario por persona de ocho horas diarias y hasta un máximo de cuarenta horas semanales. **10º** .- El pliego de prescripciones técnicas relativo al anterior servicio que había sido adjudicado a la UTE PROSEGUR COMPAÑÍA DE SEGURIDAD SA-FESMI S.L., establecía, en relación a dotación y condiciones generales, que el servicio debería ser desempeñado por vigilantes de seguridad sin arma o auxiliares de servicios, y concretaba también en relación a los otros centros e instalaciones del Concello de Ferrol los siguientes horarios y personal para la prestación servicio: Palacio Municipal: 1 vigilante de seguridad sin arma, todos los días de lunes a viernes laborales en horario de 07:30 a 15:00 horas controlando el acceso al edificio; Centro Cultural Torrente Ballester: 1 auxiliar de servicios con el siguiente horario: invierno de lunes a sábado, de 11:00 a 13:30 horas y de 17:00 a 21:00 horas; verano de martes a sábado de 10:30 a 14:00 horas y de 19:00 a 21:30 horas; Aula de Educación Ambiental (Reciclaterra): 1 auxiliar de servicios en los turnos de día y 1 vigilante de seguridad sin arma para el turno de noche todos los días del año 24 horas; Mercados: Central, Recimil y Caranza: 1 auxiliar de servicios de lunes a sábados de 05,00 a 14:00 horas, 1 auxiliar de servicios de lunes a sábados de 14:00 a 20:00 horas; 30 domingo del mes de 08:00 a 15:00 horas (Mercado Central); Cementerio Municipal. 1 auxiliar de servicios de lunes a sábado, de 10:00 a 13:00 horas y de 16:00 a 18:00 horas, domingos y festivos de 10:00 a 13:00 horas; Vigilancia de playas: 1 vigilante de seguridad sin arma con vehículo para la Vigilancia de las casetas de salvamento y socorrismo de las playas de 20 de junio a 15 de septiembre de 22:00 horas a 6:00 horas. Este pliego de prescripciones técnicas relativo al anterior servicio, -a diferencia del pliego de prescripciones técnicas por el que se rigió la actual adjudicación y que únicamente especifica las funciones a realizar correspondientes al servicio de vigilancia y seguridad-, establecía por una parte las funciones a desarrollar por el servicio de vigilancia y seguridad, y por otra como correspondientes a servicios complementarios a título enunciativo y no exhaustivo las de: abrir y cerrar el centro, controlar el acceso, atender llamadas telefónicas, informar de las actividades que se realizan en el centro, preparar las instalaciones antes y a la finalización de las actividades, controlar el correcto comportamiento de los usuarios, y en general todas aquellas tareas similares a las descritas que se les encomienden por los responsables del centro; refiriendo también este pliego de prescripciones técnicas que las empresas licitadoras podrían presentar alternativas a la prestación de los servicios en cuyo caso serían estudiadas por los servicios técnicos municipales con objeto de valorar la viabilidad de las propuestas, y que la instalación de cámaras u otro sistema técnico alternativo se haría previa autorización y supervisión del coordinador del área de seguridad del Concello de Ferrol. **11º** .- El Concello de Ferrol comunicó en escrito con fecha de salida de 24/05/2013 a la UTE PROSEGUR COMPAÑÍA DE SEGURIDAD SA-FESMI SL la finalización de la prestación del servicio el 31/05/2013, refiriéndose la formalización en fecha de 08/05/2013 del contrato con la adjudicataria EULEN SEGURIDAD SA, EULEN SA. UTE, así como refiriéndose también en el escrito que según establecían los pliegos de cláusulas del contrato existía la obligación de subrogación del personal. La empresa FESMI S.L., se dirigió en escrito de 29/05/2013 a la UTE EULEN SEGURIDAD S.A., EULEN S.A., en el que en referencia al escrito recibido del Concello de Ferrol, le refiere a esta UTE que no habiendo tenido noticias por su parte en lo relativo a subrogación del personal se ponía en contacto para realizar los trámites para proceder a dicha subrogación. En escrito de fecha 31/05/2013 por la empresa EULEN S.A., se contestó a FESMI S.L., en los siguientes términos: «Por medio de la presente pongo en su conocimiento que por parte de EULEN SA., no se va a proceder a la subrogación de los auxiliares de servicio que venían trabajando por cuenta de esta empresa en el "Servicio de vixilancia e servízos complementarios para los centros e instalacións pertencentes ao Excmo. Concello de Ferrol. Es indudable que la modificación de la cláusula 30 del pliego rector de referido concurso, que figura en el BOP de fecha 30.10.2012, se hizo con la expresa finalidad de aclarar que la subrogación se producirá "nos términos que legalmente proceda", lo cual hace referencia a los vigilantes de seguridad (pues en el convenio sectorial se recoge dicha obligación), pero no a los auxiliares de servicio, puesto que, no hay ninguna norma legal ni convencional que imponga dicha subrogación respecto de este personal. Por otro lado, resulta evidente que el contenido de la nueva contrata de servicios auxiliares es sustancialmente diferente, tanto en servicios como en plantilla, a la contrata anterior. Esperando haber aclarado la situación planteada con motivo de la sucesión de contratas entre la adjudicataria saliente. (UTE PROSEGUR, S.A., -FESMI. S.L.) y la nueva adjudicataria (UTE EULEN SEGURIDAD., S.A., -EULEN S.L.), rogamos pongan estos hechos en conocimiento de los trabajadores pertenecientes a su plantilla y que pudieran verse afectados por la pérdida del servicio». **12º** .- En relación al servicio adjudicado a la unión temporal de empresas EULEN SEGURIDAD S.A., EULEN S.A, UTE, la empresa EULEN SEGURIDAD S.A., procedió a subrogarse con fecha de efectos del 01/06/2013 en la relación laboral de los 4 vigilantes de seguridad que venían prestando servicios por cuenta y dependencia de la empresa PROSEGUR COMPAÑÍA DE SEGURIDAD, S.A. Por su parte la empresa EULEN S.A., en relación al servicio adjudicado ha efectuado nuevas contrataciones de auxiliares, sin efectuar subrogación alguna de personal. Además del demandante, otros 9 trabajadores de FESMI S.L., han formulado también demanda ejercitando acción de despido instando declaración de su improcedencia. La unión temporal



de empresas EULEN SEGURIDAD S.A., EULEN S.A, UTE, carece de plantilla propia **13º**. - En el referido centro de trabajo del Castillo de San Felipe de Ferrol, por los trabajadores de la empresa FESMI S.L., se venían efectuando 3 turnos de trabajo: de 7:00 a 15:00 horas, de 15:00 a 23:00 horas, y un tercer turno de 10:00 a 14:00 horas y de 16 a 20:00 horas. Los vigilantes de seguridad de la empresa PROSEGUR COMPAÑÍA DE SEGURIDAD SA, venían prestando servicios de 23:00 a 7:00 horas. Los trabajadores de FESMI S.L., en este centro de trabajo, realizaban tareas de información al público, se ocupaban de la taquilla cobrando las entradas, visionaban los monitores donde se emitían las imágenes del exterior y la entrada del recinto recogidas por las cámaras de seguridad instaladas, daban vueltas por el interior del desperfectos. **14º** .- El Concello de Ferrol en septiembre de 2001 aprobó la contratación mediante procedimiento abierto del concurso de la custodia del Castillo de San Felipe y la recepción de visitantes, calificándose el objeto del contrato como contrato de servicios, y posteriormente mediante Decreto de la Alcaldía de 14-1-2001, le adjudicó a la empresa FESMI, SL., el contrato para la " custodia do Castelo de San Felipe a recepción de visitantes", que fue suscrito por ambas partes el 5-2-2002, obligándose el exacto cumplimiento del mismo, con estricta sujeción al pliego de condiciones que se incorporan al anexo 1, quedando las demás cuestiones reglamentadas por el pliego de cláusulas administrativas incorporando las mejoras ofertadas por la adjudicataria que para este contrato fueron la instalación de un sistema de seguridad conectado 24 horas del día a una central de alarmas e instalación de un circuito cerrado de televisión con cámaras de infrarrojos, preparado para la visualización y grabación diurna y nocturna. En el pliego de cláusulas económico-administrativas y técnicas para la contratación entonces del servicio de custodia del Castillo de San Felipe y recepción de visitantes se hacía constar que correspondería al adjudicatario la custodia del citado inmueble las 24 horas diarias y los siete días de la semana durante todo el tiempo que durara la vigencia del contrato y que esta custodia se efectuaría con un mínimo de 1 persona en turno de 7:00 horas a 22:00 horas y de 2 personas en el resto de los turnos. **15º** .- El grupo mercantil EULEN, en el que se integran, entre otras, las empresas EULEN SEGURIDAD S.A., y EULEN S.A., aporta a los autos relación a fecha noviembre 2013 de 1633 trabajadores con expresión de ser discapacitados; cuenta con el certificado Discert; y en informe 2012 de responsabilidad corporativa del Grupo se hace referencia, en su apartado 4 de sociedad, a acuerdos para la integración de personas con discapacidad física o intelectual con expresión de ser la inserción laboral de trabajadores con discapacidad superior al 33% objetivo estratégico en las corporaciones del Grupo Eulen propiciando la cobertura de puestos de trabajo con personal con discapacidad acreditada. **16º** .- El 15/07/2013 se celebró ante el SMAC el preceptivo acto de conciliación en virtud de papeleta presentada el 26/06/2013»

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: «Que resolviendo en el sentido expresado en el fundamento de derecho primero en relación a las excepciones opuestas a la demanda interpuesta por D. Urbano contra FESMI S.L., PROSEGUR COMPAÑÍA DE SEGURIDAD, S.A., PROSEGUR COMPAÑÍA DE SEGURIDAD, S.A-FESMI, S.L. ,UTE, EU SEGURIDAD, S.A., EULEN SA, EULEN SEGURIDAD SA., EULEN S., UTE, CONCELLO DE FERROL, y estimando parcialmente la demanda debo declarar y declaro improcedente el despido efectuado y debo declarar y declaro improcedente el despido efectuado y condeno a la empresa EULEN, S.A., a que, a su opción, que deberá manifestar mediante escrito o comparecencia ante la Oficina de este Juzgado de lo Social dentro del plazo de cinco días desde la notificación de esta Sentencia sin esperar a firmeza, readmita al trabajador despedido en su puesto trabajo en las mismas condiciones que regían antes del despido o le abone una indemnización por importe de 18860,66 euros entendiéndose que si no opta en el plazo de cinco días procederá su readmisión, en caso de que opte por readmisión a que le abone al demandante los salarios deja de percibir desde el despido a razón de 32,93 euros diarios con absolucón del resto de codemandados».

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por UTE EULEN SEGURIDAD, S.A. - EULEN, S.A., ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, la cual dictó sentencia en fecha 11 de noviembre de 2014 , en la que, dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consta el siguiente fallo: «Que estimando el recurso de Suplicación interpuestos por la representación procesal de EULEN SEGURIDAD, S.A. - EULEN, S.A. UTE contra la sentencia de fecha 25 de febrero de 2014, dictada por el Juzgado de lo Social número uno de Ferrol , en proceso por despido nº 525/2013, debemos revocar y revocamos la sentencia recurrida desestimando la demanda rectora de autos por falta de acción de despido».

TERCERO.- Por la representación letrada de FESMI, S.L. se formalizó recurso de casación para la unificación de doctrina, que tuvo entrada en el Tribunal Superior de Justicia de Galicia el 5 de enero de 2015. Se aporta como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 28 de abril de 2014 (RSU 1583/2013), alegando la infracción del artículo 24 de la Constitución , del art. 56 del Estatuto de los Trabajadores en relación con el artículo 108 de la Ley reguladora de la jurisdicción social , y del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores , en relación con el convenio estatal de seguridad.

Por la representación procesal de D. Urbano se formalizó recurso de casación para la unificación de doctrina, que tuvo entrada en el Tribunal Superior de Justicia de Galicia el 8 de enero de 2015. Se aporta como sentencia



contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 28 de abril de 2014 (RSU 1583/2013), alegando como motivo del recurso, al amparo procesal de la letra e) del art. 207 de la LRJS, la infracción de lo previsto en los artículos 103.3 de la LRJS y 24 de la Constitución, así como la jurisprudencia que los interpreta.

CUARTO.- Con fecha 11 de junio de 2015 se admitieron a trámite los presentes recursos. Dándose traslado de los escritos de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte recurrida para que formalice su impugnación en el plazo de quince días. Evacuado el traslado de impugnación, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que emitió informe en el sentido de considerar el recurso improcedente por falta de contradicción entre las sentencias enfrentadas.

QUINTO.- Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 16 de junio de 2016, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- Recurren en casación para la unificación de doctrina el trabajador demandante y la codemandada FESMI,S.L. contra la sentencia dictada por la Sala Social del TSJ de Galicia de 11 de noviembre de 2014 (rec.- 3114/2014), que acoge el recurso de suplicación interpuesto por la codemandada UTE EULEN SEGURIDAD, S.A. - EULEN, S.A contra la sentencia del Juzgado de lo Social que estimó la demanda del trabajador accionante y consideró existente un despido que declaró improcedente, condenando a Eulen, S.A. como responsable única del mismo.

2.- La sentencia recurrida revoca la de instancia al entender que el trabajador demandante carece de acción para demandar por despido, toda vez que su relación laboral sigue vigente con la empresa saliente y no ha sido extinguida tras producirse el cambio de adjudicación en la contrata del centro de trabajo en el que desarrollaba sus tareas como auxiliar de servicios, sino que con posterioridad a la fecha de la subrogación operada el 31 de mayo de 2013 continua trabajando para su anterior empresa, de la que ha cobrado la nómina correspondiente el mes de junio, pasando luego a estar suspendido el contrato de trabajo a consecuencia del expediente de regulación de empleo de suspensión colectiva rotatorio acordado por la empresa desde 1 de julio de 2013 a 30 de junio de 2014, por lo que está percibiendo prestaciones de desempleo desde 1 de julio de 2013.

3.- En ambos recursos se sostiene que se habría producido un despido con la negativa de la nueva adjudicataria del servicio Eulen S.A, a subrogarse en la relación laboral del actor, invocando en los dos casos la misma sentencia de contraste dictada por la Sala Social del TSJ de Madrid de 28 de abril de 2014 (rec.- 1583/2013).

SEGUNDO .- 1.-Antes de entrar en el análisis de la infracción denunciada hemos de examinar si concurre la necesaria contradicción exigida por el artículo 219.1 LRJS, que el Ministerio Fiscal niega en su preceptivo informe.

2.- De la sentencia recurrida resultan hechos relevantes los siguientes: 1) El actor presta servicios para la empresa FESMI S.L. desde el 8 de junio de 2000 con la categoría profesional de controlador de accesos e incidencias, siendo su centro de trabajo las instalaciones del Castillo de San Felipe de Ferrol de las que es titular el Concello de Ferrol; 2) en fecha 11 de septiembre de 2009, se constituyó la UTE PROSEGUR COMPAÑÍA DE SEGURIDAD S.A. FESMI SL, resultado adjudicataria del servicio de vigilancia y servicios complementarios de los centros e instalaciones del Concello de Ferrol, para cuya ejecución la empresa PROSEGUR aportó los trabajadores de los puestos de vigilantes de seguridad objeto de la contrata, mientras que FESMI SL, aportó los correspondientes a la cobertura de los puestos de auxiliares de servicio. Cada una de estas empresas daba las instrucciones y organizaba el trabajo de su propio y respectivo personal que contaba con diferente uniformidad de cada una de ellas. En el pliego de condiciones técnicas correspondiente a esta licitación se contemplaba la prestación de servicio de un auxiliar de servicio en los turnos de día del Castillo de San Felipe, y de un vigilante de seguridad sin arma para el turno de noche; 3º) el 8 de mayo de 2013 el Concello de Ferrol formaliza contrato con la empresa Eulen Seguridad S.A, Eulen S.A; UTE para la prestación del servicio de vigilancia y auxiliares de servicios sus instalaciones, del que habían resultado adjudicatarias tras el correspondiente procedimiento de licitación; 4º) en las cláusulas del pliego de condiciones y respecto del Castillo de San Felipe se contempla la dotación de un vigilante de seguridad sin arma en el turno de noche, y de un auxiliar de servicio con funciones de información de 10:00 a 14:00 y de 16:00 a 20:00 horas, imponiendo a la empresa que resulte adjudicataria la continuidad de los contratos de los trabajadores que ya presten servicio para la anterior empresa en los términos que legalmente proceda; 5º) el Concello de Ferrol comunica en fecha 24 de mayo de 2013 a la UTE PROSEGUR COMPAÑÍA DE SEGURIDAD S.A.- FESMI SL, la finalización de la prestación de sus servicios el 31 de mayo de 2013, que pasarán a ser desempeñados por aquella nueva adjudicataria; 6º) en fecha 29 de mayo de 2013 la empresa FESMI SL comunica a la nueva adjudicataria que no habiendo tenido noticias de su parte referente a la subrogación en los contratos de los trabajadores, se ponía en contacto para iniciar



los trámites a tal efecto; 7º) en escrito de 31 de mayo 2013, la empresa Eulen S.A. contesta que no va a proceder a la subrogación de los auxiliares de servicio que venían trabajando en aquel centro de trabajo, sino tan solo en la de los vigilantes de seguridad, porque el convenio colectivo del sector no impone dicha obligación respecto de aquel personal, siendo además que el contenido de la nueva contrata de servicios auxiliares es sustancialmente diferente a la anterior, tanto en servicios como en plantilla; 8º) con efectos de 1 de junio de 2013 la empresa Eulen Seguridad S.A. se subroga en la relación laboral de los 4 vigilantes de seguridad que venían prestando servicios en estas instalaciones por cuenta de Prosegur Compañía de Seguridad S.A.; 9º) por su parte, la empresa Eulen S.A. ha contratado a nuevos trabajadores para prestar servicios como auxiliares, sin subrogación alguna de personal; 10º) el trabajador demandante ha percibido de FESMI SL las retribuciones correspondientes al mes de junio de 2013, encontrándose percibiendo prestaciones de desempleo al estar en situación de suspensión del contrato de trabajo con dicha empresa por ERE suspensivo de carácter rotatorio afectante a 13 trabajadores de la misma con efectos desde 1/7/2013 al 30/06/2014; 11º) la sentencia del juzgado de lo social estimó la demanda, considerando que no hay obstáculo legal que impida al trabajador ejercitar acción de despido frente a la decisión de la nueva empresa de no subrogarse en su contrato de trabajo, aun cuando siga vigente la relación laboral con la empresa saliente.

Conforme a tales circunstancias, la sentencia acoge el recurso de suplicación formulado por EULEN S.A., al entender que si continua vigente la relación laboral con la empresa FESMI SL, no se ha producido entonces despido alguno que permita al trabajador ejercitar la acción de tal naturaleza contra la nueva adjudicataria.

3.- La sentencia de contraste contempla el supuesto de varios trabajadores de la empresa GRUPO RAGA, S.A. adjudicataria del mantenimiento de jardinería para el Ayuntamiento de Madrid, en la que resultan relevantes los siguientes hechos: 1º) en el mes de abril de 2012 el Ayuntamiento adjudica a una nueva empresa, CESPAA, el contrato denominado "Servicio de conservación y mantenimiento de zonas verdes y arbolado viario municipales del Ayuntamiento de Madrid (Lote 1)"; 2º) por carta de 12 de abril de 2012, GRUPO RAGA, S.A. comunica a los trabajadores demandantes que con efectos de 16 de abril pasarían a prestar servicios para la nueva adjudicataria; 3º) en fecha 13 de abril de 2012, CESPAA comunicó a la anterior empresa la relación de trabajadores que no serían subrogados, entre los que se encontraban los demandantes; 4º) tres de los cuatro trabajadores siguen prestando servicios en la empresa GRUPO RAGA, S.A., y el cuarto había causado baja percibiendo prestaciones de desempleo; 5º) no se discute que resulta de aplicación el Convenio Colectivo Estatal de Jardinería, cuyo art. 43 establece: "Al objeto de contribuir y garantizar el principio de estabilidad en el empleo, la absorción del personal entre quienes se sucedan, mediante cualesquiera de las modalidades de contratación de gestión de servicios públicos, contratos de arrendamientos de servicios, o de otro tipo, en una concreta actividad de las reguladas en el ámbito funcional del artículo del presente Convenio, se llevará a cabo en los términos indicados en el presente artículo... habrán de ser subrogados "los trabajadores/as en activo que realicen su trabajo en la contrata con una antigüedad mínima de los cuatro últimos meses anteriores a la finalización efectiva del servicio, sea cual fuere la modalidad de su contrato de trabajo, con independencia de que, con anterioridad al citado período de cuatro meses, hubieran trabajado en otra contrata", debiendo la empresa saliente facilitar a la empresa entrante y a los representantes de los trabajadores los documentos que el precepto enumera, disponiéndose que "todos los supuestos anteriores contemplados se deberán acreditar fehacientemente y documentalmente por la empresa o entidad pública saliente a la entrante y a la representación de los trabajadores/as con la documentación que se plantea más adelante y en el plazo de diez días hábiles contados desde el momento que la empresa entrante o saliente comunique fehacientemente a la otra empresa el cambio de adjudicación del servicio; 6º) la sentencia del Juzgado de lo Social desestimó la demanda de despido al entender que continuaba vigente la relación laboral con la empresa GRUPO RAGA S.A., y no podían en consecuencia accionar por despido contra la empresa entrante.

La sentencia referencial estimó el recurso de suplicación formulado por los trabajadores y califica como despido improcedente la negativa de la nueva adjudicataria a subrogarse en sus contratos de trabajo.

TERCERO. 1.- La comparación de ambas sentencias conduce a la conclusión de la inexistencia de contradicción en los términos exigidos por el art. 219 LRJS .

Como esta sala viene reiterando, la existencia de contradicción que habilita el recurso de casación para la unificación de doctrina, exige, conforme establece el art. 219.1º LRJS , que en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se hubiere llegado a pronunciamientos distintos, esto es, " *que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales". Por otra parte, la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una*



oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales", (SSTS 29/04/2014 (R. 609/2013), 17/06/2014 (R. 2098/2013), 18/12/2014 (R. 2810/2012) y 21/01/2015 (R. 160/2014).

2.- Aplicando estos criterios al caso de autos, se constatan varias y muy relevantes diferencias que impiden la contradicción: 1º) en el caso de la sentencia de contraste, se declara expresamente probado que la empresa saliente notificó a los trabajadores demandantes que pasarían a prestar servicios para la nueva adjudicataria a partir de una determinada fecha. Por el contrario, la sentencia recurrida no contiene ninguna referencia que permita constatar que la empresa saliente hubiere remitido al demandante ninguna notificación en tal sentido, sino que al contrario, continúa prestando servicios para la misma; 2º) la sentencia de contraste sustenta su decisión en lo que dispone el art. 43 del Convenio Colectivo Estatal de Jardinería , razonando específicamente la aplicabilidad del mismo del que deduce la obligación de subrogación, por estar adscritos los demandantes a la misma zona objeto de la nueva adjudicación, y partiendo de esa consideración ha entendido que la negativa de la nueva empresa a subrogarse en los contratos de trabajo es constitutiva de despido. Mientras que en la recurrida no hay convenio colectivo que imponga la subrogación, estando ausente el debate sobre la existencia de la norma que pudiere obligar a la sucesión en el contrato de trabajo del actor, más allá de la mera referencia a las cláusulas administrativas particulares del pliego de condiciones de adjudicación de la contrata, que se remiten a las obligaciones en esta materia del nuevo adjudicatario "en los términos en que legalmente proceda". De lo que se desprende que el título jurídico del que pudiere derivarse la subrogación, sus condiciones y límites, son radicalmente diferentes en uno y otro caso, siendo que no se aborda ese extremo en la recurrida, cuyo fundamento se basa exclusivamente en la circunstancia de que el actor sigue prestando servicios para la empresa saliente y no se ha extinguido su vínculo laboral con la misma, al margen por lo tanto de la procedencia o no de la subrogación; 3º) en el supuesto de contraste la empresa entrante se subroga en la relación laboral de una parte de la plantilla de la saliente, lo que justificó que los demandantes no subrogados hubieren ejercitado la acción de despido, mientras que en la recurrida no hay asunción de personal alguno por la nueva adjudicataria , y siguen prestando servicios para la saliente todos sus empleados en la contrata.

Todas estas particularidades impiden que pueda apreciarse la concurrencia de contradicción, al no tratarse de una respuesta judicial diferente a conflictos iguales.

CUARTO.- De conformidad con la propuesta del Ministerio Fiscal, procede desestimar el recurso y confirmar la sentencia impugnada, que contiene la doctrina más ajustada a derecho. Conforme al art. 235.1º LRJS , sin costas para el trabajador recurrente, y con condena en costas para la empresa FESMI, S.L.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido Desestimar los recursos de casación para la unificación de doctrina interpuestos por FESMI, S.L., y por D. Urbano , contra la sentencia dictada el 11 de noviembre de 2014 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el recurso de suplicación núm. 3114/2014 , que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Ferrol, de fecha 25 de febrero de 2012 , recaída en autos núm. 525/2013, seguidos a instancia de D. Urbano contra FESMI, S.L., Prosegur Compañía de Seguridad, S.A., Prosegur Compañía de Seguridad, S.A. - FESMI, S.L. - UTE, Eulen Seguridad, S.A., Eulen, S.A., Eulen Seguridad, S.A. - Eulen, S.A. - UTE y Concello de Ferrol, sobre despido., confirmando íntegramente la misma e imponiendo a la empresa recurrente las costas del recurso y la pérdida del depósito.

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

Así se acuerda y firma.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Sebastian Moralo Gallego hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.