



Roj: **STSJ ICAN 2302/2019 - ECLI: ES:TSJICAN:2019:2302**

Id Cendoj: **38038340012019100850**

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

Sede: **Santa Cruz de Tenerife**

Sección: **1**

Fecha: **02/09/2019**

Nº de Recurso: **180/2019**

Nº de Resolución: **857/2019**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **CARMEN MARIA RODRIGUEZ CASTRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

?

Sección: MAG

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA. SALA DE LO SOCIAL

Plaza San Francisco nº 15

Santa Cruz de Tenerife

Teléfono: 922 479 373

Fax.: 922 479 421

Email: socialtsjtf@justiciaencanarias.org

Rollo: Recursos de Suplicación

Nº Rollo: 0000180/2019

NIG: 3803844420170007148

Materia: Reclamación de Cantidad

Resolución: Sentencia 000857/2019

Proc. origen: Procedimiento ordinario Nº proc. origen: 0000995/2017-00

Órgano origen: Juzgado de lo Social Nº 2 de Santa Cruz de Tenerife

Recurrente: ADECCO OUTSOURCING S.A.U.; Abogado: JORGE LOPEZ CUEVAS

Recurrido: Isidora ; Abogado: JOSE GREGORIO GARCIA GOTERA

Recurrido: ENTELGY CONSULTING S.A.

En Santa Cruz de Tenerife, a 2 de septiembre de 2019.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de CANARIAS en Santa Cruz de Tenerife formada por los lltmos. Sres. Magistrados D./Dña. MARÍA DEL CARMEN SÁNCHEZ PARODI PASCUA, D./Dña. EDUARDO JESÚS RAMOS REAL y D./Dña. CARMEN MARÍA RODRÍGUEZ CASTRO, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el Recurso de Suplicación núm. 0000180/2019, interpuesto por D./Dña. ADECCO OUTSOURCING S.A.U., frente a Sentencia 000474/2018 del Juzgado de lo Social Nº 2 de Santa Cruz de Tenerife los Autos Nº



0000995/2017-00 en reclamación de Reclamación de Cantidad siendo Ponente el ILTMO./A. SR./A. D./Dña. CARMEN MARÍA RODRÍGUEZ CASTRO.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Según consta en Autos, se presentó demanda por D./Dña. Isidora , en reclamación de Reclamación de Cantidad siendo demandado/a D./Dña. ENTELGY CONSULTING S.A. y ADECCO OUTSOURCING S.A.U. y celebrado juicio y dictada Sentencia estimatoria, el día 5/11/2018, por el Juzgado de referencia.

SEGUNDO.- En la citada Sentencia y como hechos probados, se declaran los siguientes: Primero.- El Gobierno de Canarias sacó a concurso el Contrato de servicios de telecomunicaciones (telefonía fija, móvil y datos) de la Administración Autónoma de Canarias, siendo adjudicado a la empresa, Telefónica de España, S.A.U.. Por su parte, esta empresa subcontrató la parte del contrato relativa a la "oficina de seguimiento" (centro de atención de incidencias), a través de varias empresas; primero, a Entelgy Consulting, S.A., hasta el 27 de noviembre de 2013 y, posteriormente, desde el 28 de noviembre de 2013, en adelante, a la entidad, Adecco Outsourcing, S.A.U. (hecho no controvertido).

Segundo.- La trabajadora, doña Isidora vino prestando servicios para la entidad, Entelgy Consulting, S.A., con la categoría de administrativo, en virtud de un contrato de trabajo para obra o servicio determinado, a tiempo completo, siendo su objeto (.) la realización de la obra consistente en Servicio oficinas de Seguimiento GGEE número de pedido .según contrato suscrito con el cliente Telefónica de España (.). Dicho contrato se celebró el 17 de marzo de 2009- véase, copia del citado contrato y, en particular, su cláusula sexta (documento número 1 del ramo de prueba de la trabajadora).

Tercero.- Posteriormente y, sin solución de continuidad, tras la asunción de contrato de servicios de telecomunicaciones por la entidad, Adecco Outsourcing, S.A.U., doña Isidora pasó a prestar servicios para ésta última empresa, en virtud de un contrato de trabajo de 28 de noviembre de 2013- (véase, copia de los correos electrónicos entre dicha trabajadora con doña Camino , empleada de la entidad, Extel Contact Center, de 27 de noviembre de 2013- folios 17 y siguientes del ramo de prueba de la trabajadora cuyo contenido se da, íntegramente, por reproducido).

Cuarto.- Así, en fecha de 28 de noviembre de 2013, la trabajadora y la entidad, Adecco Outsourcing, S.A.U. formalizaron contrato de trabajo para obra o servicio determinado, con la categoría profesional de coordinadora. Su objeto, la cláusula sexta lo describía de la siguiente manera: (.) la realización de la obra o servicio determinado consistente en la gestión de pedidos y reparaciones, gestión de corporativos, multigestión, información, asesoramiento a clientes, gestión de cobros y facturación, según contrato de arrendamiento de servicio con Movistar y Extel Contact Center, S.A.U., aún tratándose de la actividad normal de la empresa (.)- véase, documento número 2 del ramo de prueba de la trabajadora, consistente en copia del indicado contrato de trabajo.

Quinto.- En la citada empresa, la trabajadora venía percibiendo un salario mensual bruto, incluida la parte proporcional de las pagas extraordinarias, de 1.541,66 euros. En la nómina se reflejaba una fecha de antigüedad, de 28 de noviembre de 2013 (véase, relación de nóminas- documento número 2 del ramo de prueba- folios 5 y siguientes del ramo de prueba de la empresa).

Sexto.- Con la citada trabajadora y adscrita al mismo centro de trabajo, prestaba servicios, doña Rafaela , con la categoría profesional de auxiliar administrativo. Al igual que doña Isidora , primero, prestó servicios para la entidad, Entelgy Consulting, S.A. y, posteriormente, para la entidad, Adecco Outsourcing, S.A.U., con la que formalizó contrato de trabajo, en la modalidad de obra o servicio determinado, el 28 de noviembre de 2013. En las nóminas que la entidad, Adecco Outsourcing, S.A.U. expedía a la citada trabajadora, reseñaba una fecha de antigüedad de 21 de enero de 2008 (véase, copia del contrato de trabajo de doña Rafaela - documento número 9 del ramo de prueba de la empresa y copia de la nómina de dicha trabajadora, relativa al mes de diciembre de 2014- documento número 12, folio 24 del ramo de prueba de doña Isidora).

Séptimo.- Por escrito de 7 de febrero de 2017, la entidad, Adecco Outsourcing, S.A.U. comunicó a doña Isidora la decisión de trasladarla de centro de trabajo, con fecha de efectos de 6 de marzo de 2017, por razones organizativas y productivas. Por su parte, la trabajadora manifestó la voluntad de proceder a la resolución del contrato de trabajo, ejercitando la opción indemnizada del vínculo laboral, dándose por extinguida la relación laboral, con fecha de efectos, de 6 de marzo de 2017, percibiendo, en concepto de indemnización, la cuantía de 3.398,53 euros (véase, copia de la comunicación, de la manifestación de la trabajadora ejercitando la opción de extinción indemnizada del vínculo laboral y, finalmente, documento de liquidación y finiquito- documentos números 3 y siguientes del ramo de prueba de la trabajadora).



Octavo.- La entidad, Extel Contact Center, S.A. celebró con Telefónica de España, S.A., Sociedad Unipersonal, contrato de prestación de servicio de atención particular que tenía por objeto el que la entidad contratista prestaría a favor de Telefónica, a cambio de una remuneración, el servicio de Atención Particular del cliente Gran Empresa de Telefónica en los términos y condiciones recogidos en los Pliegos de Condiciones que se acompañaban. El contrato definía el "Servicio Oficina de Seguimiento para la Atención Particular" de la siguiente manera:

(.) el objeto de la presente licitación es la contratación de un servicio cuyas prestaciones permitan realizar el control, la coordinación, gestión de la generación y tramitación de todas las peticiones incluidas en los proyectos a desarrollar dando soporte e información periódica del grado de avance, validando y cumplimentando la documentación necesaria para la tramitación, así como la resolución de posibles contingencias. También actuará como ventanilla única para recibir y gestionar las cuestiones que los clientes (usuarios e interlocutores autorizados) planteen en relación a los servicios contratados a las empresas del Grupo Telefónica. Siendo las actividades y funciones a desarrollar dependientes de la necesidad de cada cliente, existe una serie de funcionalidades básicas a prestar que se enumeran con carácter descriptivo no limitante:

. Atención de clientes: atención, gestión y resolución de peticiones de los clientes. Asesoramiento y formación sobre uso de servicios

. Mantenimiento del servicio: centralización de peticiones de altas, bajas o modificaciones del servicio. Operación, registro y gestión de casos (incidencias, averías, peticiones, etc.) en las herramientas asociadas al servicio y las de los clientes.

. Gestión de pedidos: recepción y cumplimentación de los pedidos del cliente y realización de gestiones administrativas asociadas.

. Despliegue de Proyectos: soporte presencial en el despliegue de servicios. Implantación de Sva sin incidencias, gracias a la ejecución de validaciones previas al despliegue de terminales. Se incluye la coordinación de las instalaciones. Gestión de importaciones de clientes.

. Facturación: asesoramiento y mantenimiento del control del gasto de los servicios.

. Incidencias de pedidos: registro y tramitación de las incidencias y problemas detectados por el cliente.

. Averías: registro y seguimiento de averías.

. Informes: realización de los informes específicos asociados a los servicios prestados. Reuniones periódicas de seguimiento con el cliente para informar del estado de las gestiones en curso.

. Campañas: llamadas proactivas a cliente. Envío de información por email de forma masiva al cliente (.)- véase, copia del contrato, documento número 7, folios 62 y siguientes del ramo de prueba de Adecco Outsourcing, S.A.U. dándose, en lo demás, íntegramente, por reproducido.

Noveno.- Asimismo, la entidad, Extel Contact Center, S.A.U. (en adelante, la contratante) y la mercantil, Adecco Outsourcing, S.A.U. (en adelante, la contratista), celebraron contrato de 22 de julio de 2013, cuyo objeto era la realización y gestión integral por parte de la contratista de la actividad de tareas administrativas relacionadas con la gestión de pedidos y reparaciones; gestión de corporativos, multigestión, información, asesoramiento a clientes, gestión de cobros y facturación. Su cláusula segunda estipulaba lo siguiente:

(.) la contratista prestará el servicio concertado con los medios técnicos, materiales y humanos necesarios para la correcta prestación del servicio. La titularidad de los medios técnicos y materiales anteriormente expresados corresponde a la contratista.

. Quinta.- Personal. La contratista, como entidad autónoma e independiente designará el personal capacitado y especializado que estime conveniente para que, a su cargo y en su nombre y representación, desempeñe los Servicios objeto de este contrato. En cualquier caso, cuidará de que desarrolle la actividad contratada, posea la titulación, habilitaciones, permisos, experiencia y el nivel profesional adecuado a los trabajos a realizar.

. Sexta.- La contratante declara que, la contratista desconoce todo tipo de contingencias o circunstancias de carácter laboral o de Seguridad Social referidas a las relaciones laborales que, con anterioridad a su contratación con la contratista, la contratante hubiera mantenido con los trabajadores contratados y que les afecte o pudiera afectar en un futuro. En caso de sanción administrativa o sentencia judicial firme en contra de los intereses de la contratista en la que se reconozcan a los trabajadores contratados por ésta, derechos anteriores a dicha fecha de contratación, la contratante se compromete, irrevocablemente, a abonar a aquélla, sin límite alguno, dentro de los 15 días siguientes a la firmeza de la resolución, todas aquellas cantidades que hubieran sido reconocidas al trabajador como consecuencia de la relación laboral anterior con la contratante



(.)- véase, copia del contrato, documento número 6, folios 48 y siguientes, del ramo de prueba de la empresa dándose, en lo demás, íntegramente, por reproducido.

Décimo.- Finalmente, en fecha de 28 de septiembre de 2017, doña Isidora presentó papeleta de conciliación ante el Semac, en reclamación de cantidad, celebrándose el citado acto, el 30 de octubre del mismo año, resultando sin efecto, ante la incomparecencia de las empresas, constando en el expediente administrativo, el correspondiente acuse de recibo (véase, copia del acta relativa al intento de conciliación, acompañada a la demanda).

TERCERO.- El Fallo de la Sentencia de instancia literalmente dice: Se estima la demanda presentada por doña Isidora frente a la entidad, Adecco Outsourcing, S.A.U. y, en consecuencia, se le condena a abonar la cantidad de 4.797,55 euros, la cual, devengará el interés legal del dinero desde el 28 de septiembre de 2017.

Se desestima la demanda frente a la entidad, Entelgy Consulting, S.A. y, en consecuencia, se le absuelve de todos sus pedimentos.

CUARTO.- Que contra dicha Sentencia, se interpuso Recurso de Suplicación por la parte D./Dña. ADECCO OUTSOURCING S.A.U., y recibidos los Autos por esta Sala, se formó el oportuno rollo y pase al Ponente. Señalándose para votación y fallo el día 27/6/2019.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- ADECCO OUTSOURCING SAU., articula su recurso al amparo del artículo 193 letra A de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, por entender que la sentencia incurre en incongruencia e infracción del artículo 97.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social; y al amparo de la letra C del mismo artículo para denunciar la infracción de los artículos 44 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social y la jurisprudencia, así como el artículo 59 del Estatuto de los Trabajadores. Solicita se dicte sentencia en la que revoque la de instancia para absolver a ADECCO OUTSOURCING SAU., de todos los pedimentos deducidos en su contra.

La actora impugnó el recurso de contrario.

SEGUNDO.- Nulidad.- Nulidad.- El artículo 202 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social refiere: Efectos de la estimación del recurso

1. Cuando la revocación de la resolución de instancia se funde en la infracción de normas o garantías del procedimiento que haya producido indefensión, de acuerdo con lo dispuesto en la letra a) del artículo 193, la Sala, sin entrar en el fondo de la cuestión, mandará reponer los autos al estado en que se encontraban en el momento de cometerse la infracción, y si ésta se hubiera producido en el acto del juicio, al momento de su señalamiento.

2. Si la infracción cometida versara sobre las normas reguladoras de la sentencia, la estimación del motivo obligará a la Sala a resolver lo que corresponda, dentro de los términos en que aparezca planteado el debate. Pero si no pudiera hacerlo, por ser insuficiente el relato de hechos probados de la resolución recurrida y por no poderse completar por el cauce procesal correspondiente, acordará la nulidad en todo o en parte de dicha resolución y de las siguientes actuaciones procesales, concretando en caso de nulidad parcial los extremos de la resolución impugnada que conservan su firmeza, y mandará reponer lo actuado al momento de dictar sentencia, para que se salven las deficiencias advertidas y sigan los autos su curso legal.

3. De estimarse alguno de los restantes motivos comprendidos en el artículo 193, la Sala resolverá lo que corresponda, con preferencia de la resolución de fondo del litigio, dentro de los términos en que aparezca planteado el debate, incluso sobre extremos no resueltos en su momento en la sentencia recurrida por haber apreciado alguna circunstancia obstativa, así como, en su caso, sobre las alegaciones deducidas en los escritos de impugnación, siempre y cuando el relato de hechos probados y demás antecedentes no cuestionados obrantes en autos resultaran suficientes.

Para el primer motivo planteado, se debe recordar que es criterio reiterado de las diversas salas de suplicación que la declaración de nulidad de actuaciones es un remedio excepcional, que ha de aplicarse con criterio restrictivo, pues una interpretación amplia de la posibilidad de anulación podría incluso vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva, proclamado en el art. 24 de la Constitución Española, en su vertiente del derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas. A este respecto, no solamente es la celeridad uno de los principios orientadores de la interpretación y aplicación de las normas reguladoras del proceso laboral ordinario (artículo 74.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social) sino que la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social aumenta considerablemente las posibilidades de la sala de suplicación de examinar el fondo del asunto, tanto por vulneración de las normas reguladoras de la sentencia (artículo 202.2) como por no haber entrado la



resolución de instancia en el fondo al haber apreciado alguna circunstancia obstativa, como puede ser una excepción procesal (artículo 202.3), siempre que el relato de hechos probados de la sentencia y demás antecedentes no cuestionados sean suficientes para realizar tal pronunciamiento sobre el fondo. Por ello, en la actual regulación, del cotejo del artículo 193.a) y 202 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , solamente procederá la nulidad de la sentencia o de las actuaciones cuando concurren los siguientes requisitos:

- A) Que se haya producido vulneración de una norma o garantía esencial en la regulación del proceso.
- B) Que se haya formulado protesta, si el momento procesal en el que se produjo la irregularidad procesal lo permitía.
- C) Que produzca indefensión, que en principio ha de perjudicar a la parte recurrente en suplicación.
- D) Que por el tipo de infracción procedimental la sala no pueda entrar a resolver sobre el fondo, por determinar una insuficiencia de los hechos probados de la sentencia o de los antecedentes necesarios para poder realizar ese pronunciamiento de fondo.

Pudiendo citar, entre otras, la sentencia de 23 de abril de 2013, recurso 729/2012 , se ha establecido lo siguiente: " La jurisprudencia de esta Sala, – contenida, entre otras muchas, en las SSTs/IV 23-julio-2001 (rcud 4554/2000), 29-abril- 2005 (rcud 3177/2004), 30-junio-2008 (rco 158/2007) , 27- septiembre-2008 (rco 37/2006) , 3-diciembre-2009 (rco 30/2009) y 16-diciembre-2009 (rco 72/2009) , así como las en ellas se citan –, acorde con la jurisprudencia constitucional, ha establecido que la incongruencia es causa de vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva por indefensión (art. 24.1 CE) y que hay incongruencia omisiva cuando falta el pronunciamiento sobre alguna pretensión que hubiera sido llevada al proceso en el momento procesal oportuno, siempre que no quepa interpretar razonablemente el silencio judicial como una desestimación tácita.

Como declara la jurisprudencia (entre otras, sentencia del Tribunal Supremo de 31-3-99), "la incongruencia, como requisito emanado del principio dispositivo, según afirma nuestra sentencia de 1 de octubre de 1998 , implica una adecuada relación entre pretensión y parte dispositiva de la sentencia, prohibiendo que se otorgue más de lo pedido por el demandante, menos de lo resistido por el demandado o cosa distinta a lo solicitado por ambas partes. Como reiteradamente ha mantenido esta Sala y el Tribunal Constitucional, el vicio de incongruencia, en su significado de desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes formulan sus pretensiones, entraña una vulneración del principio de contradicción, y provoca una efectiva denegación del derecho a la tutela judicial, en cuanto este modo de actuar judicial sustrae a las partes su verdadero debate contradictorio y conduce al pronunciamiento de un fallo no adecuado o ajustado a las reciprocas pretensiones de las mismas." Según la sentencia del TC 146/08 , "(...) el juicio sobre la congruencia de una resolución judicial precisa de la confrontación entre su parte dispositiva y el objeto del proceso delimitado por sus elementos subjetivos -partes- y objetivos -causa de pedir y petitum (entre las más recientes, SSTC 167/2007, de 18 de julio, FJ 2 ; y 216/2007, de 8 de octubre , FJ 2)."

Es pacífica la distinción entre las diversas clases de incongruencia, la omisiva, cuando se omite el pronunciamiento sobre alguna de las pretensiones, la ultra petita , cuando se concede más de lo solicitado, la extra petita , cuando se otorga algo distinto a lo solicitado variando el objeto del debate, o la infra petita , cuando se otorga menos de lo que el demandado ha reconocido. Además se ha reconocido el concepto de incongruencia por error, que consiste en la acumulación de la incongruencia omisiva y la incongruencia extra petita . Como declara la STC 264/05 , en la llamada incongruencia por error se trata de supuestos en los que, "por error de cualquier género sufrido por el órgano judicial, no se resuelve sobre la pretensión o pretensiones formuladas por las partes en la demanda o sobre los motivos del recurso, sino que equivocadamente se razona sobre otra pretensión absolutamente ajena al debate procesal planteado, dejando al mismo tiempo aquella sin respuesta (por todas, SSTC 15/1999, de 22 de febrero, F. 2; 124/2000, de 16 de mayo, F. 3 ; 182/2000, de 10 de julio, F. 3 ; 213/2000, de 18 de septiembre, F. 3 ; 211/2003, de 1 de diciembre, F. 4 ; 8/2004, de 9 de febrero , F. 4)" . En parecidos términos se pronuncian las STC 41/07 y 56/07 .

Al conceder más, menos o cosa distinta a lo pedido, el órgano judicial incurre en las formas de incongruencia conocidas como ultra petita, citra petita o extra petita partium. Son muy numerosas las decisiones del TC en las que ha abordado la relevancia constitucional del vicio de incongruencia de las resoluciones judiciales, precisando cómo y en qué casos una resolución incongruente puede lesionar el derecho fundamental reconocido en el art. 24.1 CE. Se ha elaborado así un cuerpo de doctrina consolidado, de la que pueden extraerse cuatro tipos distintos de incongruencia:

- a) Incongruencia interna , esto es, cuando se aprecie una clara contradicción entre los fundamentos de derecho y el fallo.



b) Incongruencia omisiva, o ex silentio, que se produce cuando el órgano judicial deja sin contestar alguna de las pretensiones sometidas a su consideración por las partes, siempre que no quepa interpretar razonablemente el silencio judicial como una desestimación tácita cuya motivación pueda inducirse del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución, y sin que sea necesaria, para la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva, una contestación explícita y pormenorizada a todas y cada una de las alegaciones que se aducen por las partes como fundamento de su pretensión, pudiendo bastar, en atención a las circunstancias particulares concurrentes, con una respuesta global o genérica, aunque se omita respecto de alegaciones concretas no sustanciales.

c) Incongruencia "ultra petitem", cuando se concede más de lo pedido por el demandante.

Incongruencia "extra petitem", -que es la invocada en este motivo de recurso por el FOGASA-, y que se produce cuando se resuelve sobre cuestiones distintas y ajenas a lo solicitado por las partes, esto es, cuando el órgano judicial concede algo no pedido o se pronuncia sobre una pretensión que no fue oportunamente deducida por los litigantes, e implica un desajuste o inadecuación entre el fallo o la parte dispositiva de la resolución judicial y los términos en que las partes formularon sus pretensiones. En este sentido ha de recordarse no obstante, que el principio iura novit curia permite al Juez fundar el fallo en los preceptos legales o normas jurídicas que sean de pertinente aplicación al caso, aunque los litigantes no las hubieren invocado, y que el juzgador sólo está vinculado por la esencia y sustancia de lo pedido y discutido en el pleito, no por la literalidad de las concretas pretensiones ejercitadas, tal y como hayan sido formuladas por los litigantes, de forma que no existirá incongruencia extra petitem cuando el Juez o Tribunal decida o se pronuncie sobre una de ellas que, aun cuando no fuera formal y expresamente ejercitada, estuviera implícita o fuera consecuencia inescindible o necesaria de los pedimentos articulados o de la cuestión principal debatida en el proceso.

Entiende en primer lugar el recurrente, que la sentencia incurre en incongruencia extra petita, por resolver sobre la existencia de subrogación y sucesión empresarial, cuando entiende que la demanda sólo postulaba mayor antigüedad a efectos indemnizatorios por extinción de la relación laboral.

La simple lectura de la demanda exige desestimar el motivo de nulidad, por no incurrir la sentencia en incongruencia extra petitem al resolver sobre la antigüedad de la actora con base en la existencia de una sucesión de empresas.

En la demanda se postula una antigüedad de 17 de marzo de 2009 y se cita expresa y literalmente el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, que regula la sucesión de empresas, asimismo en el apartado octavo de la demanda se dice "con motivo de la subrogación operada conforme al artículo 44 del ETT". No cabe duda, por tanto, que los términos del debate, esto es, la mayor antigüedad por haber operado una sucesión de empresa y la subrogación de la trabajadora, fueron debidamente planteados en la demanda y resueltos congruentemente en sentencia.

El segundo motivo de nulidad, es falta de fundamentación jurídica y fáctica, con infracción del artículo 97.2 de la LRJS. Afirma el recurrente que es insuficiente la fundamentación de la sentencia en orden a concluir que existe una subrogación empresarial, por cuanto únicamente se basa en la existencia de una trabajadora a la que se le respeta la antigüedad. Ahora bien, el deber de fundamentación de las sentencias exige que con la lectura de la misma, las partes puedan conocer las razones por las que se estima o desestima una o varias pretensiones, esto es, la ratio decidendi. Que la misma sea suficiente o no, puede ser combatido a través de la censura jurídica, conforme al apartado c) del artículo 193 de la LRJS, pero no supone falta de fundamentación jurídica ni fáctica de la sentencia. Se trata de una cuestión jurídica y no de un defecto procedimental o de fundamentación que conlleve nulidad de la sentencia, por cuanto esta Sala, con los hechos probados puede resolver los motivos de censura jurídica, sobre la existencia o no de subrogación o sucesión empresarial.

TERCERO.- Al amparo del apartado C del artículo 193 de la LRJS, sostiene el recurrente que se vulnera el artículo 44 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (debe entenderse al artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores) y la jurisprudencia al respecto.

Artículo 44 La sucesión de empresa

1. El cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente.

2. A los efectos de lo previsto en este artículo, se considerará 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, esencial o accesoria.



Esta Sala en la sentencia de 17 de mayo de 2016 ya se pronunció sobre la sucesión de plantillas y refería en el recurso 1082/2015 lo siguiente:

Por el cauce del párrafo c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social denuncia el recurrente la infracción del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores y de la Directiva 2001/23/CE. Argumentan en su discurso impugnatorio, en esencia, que como quiera que el día 31 de julio de 2014 se ha producido una sucesión de empresas entre las codemandadas "FERROVIAL SERVICIOS, SA" y "IMTECH SPAIN, SLU", ya que las mismas se han sucedido en la contrata del servicio de mantenimiento de los edificios e instalaciones del Servicio Canario de Salud (SCS), la empresa entrante tenía que haber incorporado al actor a su plantilla.

Hemos de significar que la cuestión que debe resolverse en el presente litigio es la posible existencia de un supuesto de sucesión de empresas, a los fines de aplicar lo dispuesto en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores y dilucidar las consecuencias que ello depare en orden a las responsabilidades derivadas del cese del actor por fin de contrata, por cuanto si se llega a la conclusión de que se ha de aplicar lo dispuesto en el artículo referido, por considerar que existe una sucesión de empresas, la relación laboral entablada entre el actor y la empresa "FERROVIAL SERVICIOS, SA", tal cual estaba configurada en el momento de la sucesión, habría pasado de ésta a la entrante en la contrata "IMTECH SPAIN, SLU".

En primer lugar hemos de apuntar que la posibilidad de que la duración de una contrata pueda actuar, a su vez, como límite de la duración del vínculo laboral en el marco de un contrato de obra o servicio determinado, es una cuestión que ya ha sido resuelta en sentido afirmativo por nuestro Tribunal Supremo en sentencias de fechas 15 de enero de 1997, 8 de junio de 1999, 20 de noviembre de 2000 y 4 de mayo de 2006, las cuales admiten con carácter general su licitud y unifican doctrina manteniendo que en estos casos: es claro que no existe, desde la perspectiva de la actividad de la empresa principal, un trabajo dirigido a la ejecución de una obra entendida como elaboración de una cosa determinada dentro de un proceso con principio y fin, y tampoco existe un servicio determinado entendido como una prestación de hacer que concluye con su total realización? pero existe una necesidad de trabajo temporalmente limitada para la empresa

contratista, que esa necesidad está objetivamente definida y que esa es una limitación conocida por las partes en el momento de contratar, que opera, por tanto, como un límite temporal previsible en la medida en que el servicio se presta por encargo de un tercero y

mientras se mantenga éste? y que no cabe objetar que la realización de este tipo de trabajos constituye la actividad normal de la empresa, porque esa normalidad no altera el carácter temporal de la necesidad de trabajo, como muestra el supuesto típico de este contrato (las actividades de construcción) y que tampoco es decisivo para la apreciación del carácter objetivo de la necesidad temporal de trabajo el que éste pueda responder también a una exigencia permanente de la empresa comitente, pues lo que interesa aquí es la proyección temporal del servicio sobre el contrato de trabajo y para ello, salvo supuestos de cesión en que la contrata actúa sólo como un mecanismo de cobertura de un negocio interpositorio, lo decisivo es el carácter temporal de la actividad para quien asume la posición empresarial en ese contrato.

Pero para que la duración de la contrata actúe, a su vez, como límite de duración del contrato de trabajo temporal para la realización de obra o servicio determinado (actuando la contrata como objeto del mismo) tal vinculación ha de reflejarse inexcusablemente con precisión y claridad en el propio contrato, con criterios objetivos e independientes de la voluntad del empresario.

Por otra parte, según la doctrina jurisprudencial española, para la operatividad del mecanismo jurídico de la subrogación prevista en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, es precisa la concurrencia de dos requisitos:

- a) Autonomía, es decir, la unidad productiva que se transmite ha de constituir un conjunto de elementos productivos o patrimoniales dotado de suficiente autonomía funcional? y
- b) Continuidad, la sucesión requiere una continuidad en la actividad y en la prestación de servicios.

De tales elementos se desprende la necesidad de que en los supuestos de sucesión de empresas exista una transmisión patrimonial entre los sucesivos empleadores, es decir, la transmisión de una unidad patrimonial con vida propia.

Pero tal interpretación no es ajustada a la que hace el Derecho Comunitario Europeo. Para la Directiva 77/187/CEE del Consejo de 14 de febrero de 1977, sustituida por la 98/50/CE del Consejo de 29 de junio de 1998, ya derogada y que reproduce en lo esencial la actual Directiva 2001/23/CE sobre aproximación de la legislación de los estados miembros relativa al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspaso



de empresas, de centros de actividad o de parte de centros de actividad y la jurisprudencia que la interpreta (sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 17 de diciembre de 1987 -asunto Ny Molle Kro-, 10 de febrero de 1988 -asunto Daddys Dance may-, 19 de mayo de 1992 -asunto Stichting-, 12 de noviembre de 1992 -asunto Watson Rask y Christensen-, 14 de abril de 1994 -asunto Schmidt-, 19 de septiembre de 1995 -asunto Rygaard-, 7 de marzo de 1996 -asunto Merckx-, 5 de diciembre de 1999, asunto Allen-, 18 de marzo de 1996 -asunto Spijkers- y 11 de marzo de 1997 -asunto Sützen-, 10 de diciembre de 1998 -asunto Hernández Vidal-, 2 de diciembre de 1999 -asunto Sánchez Hidalgo-, 14 de septiembre de 2000 -asunto Collino-, 26 de septiembre de 2000 -asunto Mayeur-, 25 de enero de 2001 -asunto Liikenne- y 20 de noviembre de 2003 -asunto TEMCO-) a los efectos de determinar si ha existido o no sucesión de empresas, no es determinante si ha existido un negocio jurídico entre ambas empresas (cedente y cesionaria), o si la transmisión conlleva un conjunto de elementos materiales organizados, sino si se ha producido un cambio en la titularidad de una explotación económica identificable, a cuyos efectos la transmisión de medios materiales es un elemento más a tener en cuenta, pero no el único, debiéndose tener en cuenta además todas las circunstancias de hecho características de la operación de que se trate (tipo de empresa, valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión, el que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores, la transmisión o no de la clientela, grado de analogía de las actividades, etc.).

Al respecto resulta de interés la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sala Quinta) de 10 diciembre 1998) que declara que:

"el artículo 1, apartado 1º, de la Directiva 77/187/CEE del Consejo, de 14 de febrero de 1977, debe interpretarse en el sentido de que esta Directiva se aplica a una situación en la que una empresa que encomendaba a otra empresa la limpieza de sus locales o de una parte de éstos decide poner fin al contrato que la vinculaba a aquélla y, en adelante, ejecutar por sí misma esas tareas, siempre y cuando la operación vaya acompañada de la transmisión entre ambas empresas de una entidad económica. El concepto de entidad económica remite a un conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad que persigue un objetivo propio".

En tal sentido sostiene que en determinados sectores económicos, como el de limpieza o la seguridad privada, los elementos de activo material e inmaterial se reducen a menudo a su mínima expresión y la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra. Así pues, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una entidad económica, dicha entidad puede mantener su identidad aún 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 entidad económica es algo más que la actividad y resulta de elementos tales como el personal que la integre, su marco de actuación, la organización de su trabajo, sus métodos de explotación y, en su caso, los medios de explotación de que dispone. Aunque la transmisión de elementos del activo figura entre los diferentes criterios a considerar, la falta de tales elementos no excluye necesariamente la existencia de dicha transmisión. Y así, 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.

Además, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea declaró, mientras estaba en vigor la Directiva 77/1987 (modificada por la Directiva 98/50), que el mero hecho de que el cesionario de la actividad sea un organismo de Derecho Público no permite excluir la existencia de una transmisión comprendida en el ámbito de aplicación de dicha Directiva (sentencia 212/2000, de 26 de septiembre Asunto Mayeur), y que la misma conclusión se impone en el caso de la vigente Directiva 2001/23, puesto que la circunstancia de que la transmisión se derive de decisiones unilaterales de los poderes públicos y no de un acuerdo de voluntades no excluye la aplicación de la Directiva (sentencias 99/1992, de 19 de mayo, Asunto Redmond Stichting? 195/2000, de 14 de septiembre, Asunto Collino y Chiappero? y 241/2010, de 29 de julio, que precisamente declara la sucesión empresarial de un Ayuntamiento español por la asunción directa de la gestión del servicio público de mantenimiento de parques y jardines).

Para una adecuada comprensión del debate planteado en el presente procedimiento hemos de partir de los siguientes datos, contenidos todos ellos en la resultancia de hechos probados de la resolución recurrida: -a) el "SERVICIO CANARIO de SALUD" (SCS) ha adjudicado sucesivamente el servicio de mantenimiento de sus edificios e instalaciones a la empresa "FERROVIAL SERVICIOS, SA", entre los días 14 de julio de 2008 y 31 de julio de 2014, e "IMTECH SPAIN, SLU" a partir del día 1 de agosto de 2014 y hasta la actualidad (hechos probados tercero, cuarto y quinto)? -b) dentro de dicha cadena de adjudicaciones el Sr. Marcelino inició su prestación de servicios para la primera el día 1 de agosto de 2008, mediante la suscripción de un contrato de



trabajo temporal para la realización de obra o servicio determinado (hechos probados primero y segundo)? - c) a partir del día 1 de agosto de 2014 "IMTECH SPAIN, SLU" sucedió en la contrata a la anterior adjudicataria del servicio, no haciéndose cargo de la plantilla de trabajadores (hechos probados sexto y séptimo).

Dicho lo anterior, en el supuesto cuya resolución nos ocupa resulta dificultoso atisbar transmisión de elementos patrimoniales, de infraestructura productiva, pues tratándose de una empresa dedicada a la prestación de servicios (concretamente de mantenimiento de instalaciones) la sucesión en la contrata administrativa otorgada por el SERVICIO CANARIO de SALUD (SCS), lo que implica es que pasen a cargo de la nueva empresa concesionaria los edificios e instalaciones dependientes del mismo para llevar a cabo su mantenimiento y conservación. Pero el mantenimiento es una actividad intensiva de mano de obra, por lo que para determinar la existencia o inexistencia de sucesión empresarial habrá de estarse a la prueba de que el nuevo contratista se ha hecho cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencias, del personal que su antecesor destinaba especialmente a dicha tarea.

Y en este punto nos encontramos con el dato significativo de que la demandada, "IMTECH SPAIN, SLU", no ha asumido a ninguno de los trabajadores que trabajaban en el servicio de mantenimiento de edificios e instalaciones dependientes del SCS con la anterior adjudicataria para cubrir el servicio. Por otra parte, desde el punto de vista contractual, el pliego de condiciones de la contrata no recoge la obligación del contratista de subrogar a los trabajadores adscritos a la contrata. Por tanto, si bien la actividad desarrollada por las empresas sucedida y sucesora es la misma y los mismos los métodos de organización y el procedimiento, como quiera que nos encontramos ante una actividad que descansa fundamentalmente en la mano de obra ocupada y no se ha producido una sucesión de plantillas, no es posible aplicar al actor el mecanismo subrogatorio previsto en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores.

Afirma el recurrente que no puede existir subrogación empresarial o sucesión de empresas entre ella, ADECCO OUTSOURCING SAU., y ENTELGY CONSULTING S.A., por cuanto, existió una extinción de la relación laboral entre ésta última y doña Isidora . Ahora bien, la doctrina que contiene la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de octubre, número 757/2017, que cita el recurrente, no es de aplicación a autos, por cuanto no consta en ningún hecho probado que doña Isidora fuera despedida por Entelgy Consulting, S.A., al contrario el hecho probado tercero deja claro que sin solución de continuidad, tras la asunción del contrato de servicios de telecomunicaciones por la entidad, Adecco Outsourcing, S.A.U., la actora pasó a prestar servicios para ésta última, sin que conste ninguna comunicación de despido por Entelgy Consulting, S.A.

Difiere el recurrente de la sentencia, por cuanto entiende que no existe ningún indicio o prueba de sucesión de empresas entre las codemandadas. Afirma que nada tiene que ver con el contrato de Extel Contract Center S.A.U y Telefónica de España, S.A.

Ahora bien, consta en el hecho probado primero que el servicio de telecomunicaciones del Gobierno de Canarias, lo tiene adjudicado Telefónica de España, S.A.U, y que ésta subcontrató la "oficina de seguimiento" primero a Entelgy Consulting S.A., y después a Adecco Outsourcing, S.A.U. De tal manera que doña Isidora , sin solución de continuidad, siguió prestando los mismos servicios, pues no consta ningún cambio de funciones probado en autos, en el mismo centro de trabajo, cambiando únicamente su empleadora. Asimismo consta que otra trabajadora del mismo centro de trabajo, que fue también contratada por Adecco, conservó la antigüedad que tenía en Entelgy Consultina S.A. Se afirma que por acuerdo personal pero se desconoce los términos del mismo.

Siendo que la actora siguió prestando los mismos servicios y en el mismo centro de trabajo, es clara la continuidad de la actividad de Entelgy Consulting S.A., por Adecco Outsourcing S.A.U. Debió ésta, en cuanto la prueba estaba a su alcance (facilidad probatoria artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), acreditar que la actividad que pasó a desarrollar lo fue con sus propios medios materiales y sin asumir la totalidad o la mayor parte de la plantilla de Entelgy Consulting S.A. Se limita a negar la subrogación, sin acreditar que distinta actividad asumió, que funciones prestó la actora a su servicio y con qué medios.

De lo que consta en hechos probados, lo que si puede concluirse es que el servicio que Entelgy prestaba para Telefónica fue asumido por Adecco en el mismo centro de trabajo y con el mismo personal, y tal conclusión debió ser combatida por Adecco, que se limita a negar la subrogación o sucesión empresarial sin prueba alguna de los medios materiales y personales que asumió o aportó al servicio, y limitándose a afirmar que la antigüedad reconocida a una compañera de trabajo de la actora lo fue por un acuerdo personal, cuyos términos no revela.

No puede esta Sala concluir en modo distinto al de instancia, por cuanto de lo expuesto se aprecia una continuidad en la prestación de un servicio para Telefónica, en un mismo centro de trabajo, lo que es indicativo, a falta de prueba en contra, de sucesión empresarial, máxime cuando se asume al personal y a una trabajadora



se le respeta la antigüedad en la anterior, indiciario de su subrogación, que debió operar con todos los trabajadores.

CUARTO.- Prescripción.-

Afirma ADECCO OUTSOURCING S.A., que prescribió por el transcurso de un año del artículo 59 del Estatuto de los Trabajadores el derecho a la subrogación que postula.

El plazo de un año que postula el artículo 59 del Estatuto de los Trabajadores, en caso de extinción por movilidad geográfica, debe empezar a contar desde el momento que la trabajadora, que recibe la comunicación empresarial, no acepta la movilidad y opta por la extinción indemnizada. Y siendo que fue objeto de extinción e indemnizada con 3.398,53 euros en fecha 6 de marzo de 2017, desde ese día comienza el plazo de un año para exigir el pago de la totalidad de la indemnización por extinción. La demanda se interpone el 17 de noviembre de 2017, previa conciliación, por lo que nunca transcurrió el plazo de prescripción del año.

El artículo 59 del ETT. 2. Si la acción se ejercita para exigir percepciones económicas o para el cumplimiento de obligaciones de tracto único, que no puedan tener lugar después de extinguido el contrato, el plazo de un año se computará desde el día en que la acción pudiera ejercitarse.

La indemnización por extinción de la relación laboral que es objeto de autos, no puede exigirse hasta el día 6 de marzo de 2017, que es cuando se extingue la relación laboral, y es en ese momento cuando debe empezar a computar el plazo de prescripción. En la fecha en que la actora es contratada por Adecco, el 28 de noviembre de 2013, no habiendo sido objeto de despido y continuando prestando los mismos servicios, nada tenía que reclamar en concepto de indemnización y ningún reconocimiento judicial se le exigía en orden a su antigüedad a efectos indemnizatorios, por cuanto tendría la condición de meramente declarativo sin efectos prácticos en aquél momento y, por tanto, carente de acción.

La acción para exigir el pago de la indemnización por extinción comenzó a correr en el momento de la extinción, y ninguna acción tenía el 28 de noviembre de 2013 que ejercitar.

La acción de cantidad ejercitada, sólo pudo ejercitarse después de extinguido el contrato, pues ninguna reclamación de cantidad podía dirigirse por extinción si seguía vigente su relación laboral y seguía prestando los mismos servicios en el mismo centro de trabajo.

Habiéndolo entendido en el mismo sentido la Magistrada de instancia, procede desestimar el recurso y confirmar la sentencia.

QUINTO.-En aplicación de lo dispuesto en los artículos 204 y 235 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, procede hacer los pronunciamientos pertinentes respecto del depósito efectuado para recurrir y de las costas causadas en el presente recurso. La desestimación del recurso implica la pérdida del depósito y la condena en costas que se fija en 300 euros atendiendo a la complejidad del recurso y la impugnación.

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por D./Dña. ADECCO OUTSOURCING S.A.U. contra la Sentencia 000474/2018 de 5 de noviembre de 2018 dictada por el Juzgado de lo Social Nº 2 de Santa Cruz de Tenerife sobre Reclamación de Cantidad, la cual confirmamos íntegramente.

Se condena a la parte recurrente al pago de las costas del presente recurso, consistentes en los honorarios del letrado de doña Isidora y que se fijan en 300 euros. Se decreta la pérdida del depósito constituido para recurrir, y de las consignaciones efectuadas, a las que se dará el destino que corresponda cuando la sentencia sea firme.

Devuélvanse los autos originales al Juzgado de lo Social Nº 2 de Santa Cruz de Tenerife, con testimonio de la presente una vez notificada y firme a las partes.

ADVERTENCIAS LEGALES

Contra esta sentencia cabe Recurso de Casación para Unificación de doctrina, que se preparará por las partes o el Ministerio Fiscal por escrito ante esta Sala de lo Social dentro de los DIEZ DÍAS siguientes a la notificación de la sentencia de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 220 y 221 de la Ley 36/2011 de 11 de Octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social.

Para su admisión será indispensable que todo recurrente que no tenga la condición de trabajador o causahabiente suyo, o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, y no goce del beneficio de justicia gratuita efectúe, dentro del plazo de preparación del recurso, el depósito de 600 €; previsto en el artículo 229, con las excepciones previstas en el párrafo 4º, así como así como el importe de la condena,



dentro del mismo plazo, según lo previsto en el artículo 230, presentando los correspondientes resguardos acreditativos de haberse ingresado en el BANCO DE SANTANDER c/c Tenerife nº 3777/0000/66/ el nº de expediente compuesto por cuatro dígitos, y los dos últimos dígitos del año al que corresponde el expediente pudiéndose sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario en el que se hará constar la responsabilidad solidaria del avalista, y que habrá de aportarse en el mismo plazo. Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social.

Para el supuesto de ingreso por transferencia bancaria, deberá realizarse la misma al siguiente número de cuenta: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274

Consignándose en el campo Beneficiario la Cuenta de la Sala y en Observaciones o Concepto de la Transferencia los 16 dígitos que corresponden al procedimiento.

Notifíquese la Sentencia a la Fiscalía de este Tribunal y líbrese testimonio para su unión al rollo de su razón, incorporándose original al Libro de Sentencias.

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ