



Roj: **STSJ M 5149/2019 - ECLI:ES:TSJM:2019:5149**

Id Cendoj: **28079340022019100426**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **2**

Fecha: **10/07/2019**

Nº de Recurso: **491/2019**

Nº de Resolución: **683/2019**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **MANUEL RUIZ PONTONES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJS, Madrid, núm. 35, 25-01-2019,**
STSJ M 5149/2019

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 02 de lo Social

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 , Planta 2 - 28010

Teléfono: 914931969

Fax: 914931957

34002650

NIG : 28.079.00.4-2018/0048897

Procedimiento Recurso de Suplicación 491/2019 PM

ORIGEN:

Juzgado de lo Social nº 35 de Madrid Despidos / Ceses en general 1100/2018

Materia : Despido

Sentencia número: 683/2019

Ilmos. Sres

D./Dña. MIGUEL MOREIRAS CABALLERO

D./Dña. MANUEL RUIZ PONTONES

D./Dña. FERNANDO MUÑOZ ESTEBAN

En Madrid a diez de julio de dos mil diecinueve habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección 2 de la Sala de lo Social de este Tribunal Superior de Justicia, compuesta por los Ilmos. Sres. citados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española ,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A

En el Recurso de Suplicación 491/2019, formalizado por el/la LETRADO D./Dña. ELIGIO RICARDO LEON LEDESMA en nombre y representación de LA DILIGENCIA CATERING SL, contra la sentencia de fecha 25 de enero de 2019 dictada por el Juzgado de lo Social nº 35 de Madrid en sus autos número Despidos / Ceses en



general 1100/2018, seguidos a instancia de D./Dña. Rosana frente a LA DILIGENCIA CATERING SL y EUREST COLECTIVIDADES SL, por Despido, siendo Magistrado- Ponente el/la Ilmo./Ilma. Sr./Sra. D./Dña. MANUEL RUIZ PONTONES, y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Según consta en los autos, se presentó demanda por la citada parte actora contra la mencionada parte demandada, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, tras los pertinentes actos procesales de tramitación y previa celebración de los oportunos actos de juicio oral, en el que quedaron definitivamente configuradas las respectivas posiciones de las partes, dictó la sentencia referenciada anteriormente.

SEGUNDO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos en calidad de expresamente declarados probados:

"PRIMERO.- Doña Rosana venía prestando sus servicios en virtud de contrato indefinido en la empresa LA DILIGENCIA CATERING S.L, con antigüedad reconocida de 04/10/2000, jornada laboral era de 20 horas semanales y categoría de Ayudante de Cocina. Su salario mensual ascendía, con inclusión de pagas extraordinarias y excluido el plus de transporte, a la cantidad de 856,79 € brutos. Su centro de trabajo se encontraba situado en las instalaciones del cliente Mediaproducción S.L (hechos no controvertidos uy documento nº 2 a 5 de los aportados por EUREST COLECTIVIDADES S.L).

SEGUNDO.- La demandante estuvo en situación de incapacidad temporal hasta el alta médica emitida con fecha de efectos de 30/08/2018 (documento nº 14 de los aportados por la demandante en el acto de la vista).

TERCERO.- En fecha 31/08/2018, tras la finalización del periodo médico de baja señalado en el hecho anterior, la demandante acudió a su centro de trabajo, donde se le comunicó verbalmente que no había sido subrogada por la empresa EUREST COLECTIVIDADES S.L. Dicha negativa se reiteró por escrito mediante carta fechada el 10/09/2018 (documento nº 3 de la demanda). La mercantil LA DILIGENCIA CATERING S.L cursó la baja de la trabajadora en Seguridad Social con fecha de efectos de 24/08/2018 (documento nº 10 de los aportados por la demandante).

CUARTO.- A partir el 25/08/2018 la empresa adjudicataria de la contrata para la prestación de servicios de restauración colectiva en las instalaciones de Mediaproducción S.L era la empresa EUREST COLECTIVIDADES S.L (documento nº 1 de los aportados por esta y documento nº 4 de los aportados junto con la demanda).

QUINTO.- Doña Rosana es hermana de doña María Rosa (hecho no controvertido). Esta última, doña María Rosa , es socia de la mercantil LA DILIGENCIA CATERING S.L, ostentando un 10% del capital social (documento nº 10 de los aportados por EUREST COLECTIVIDADES S.L). Doña María Rosa es Consejera del Consejo de Administración de LA DILIGENCIA CATERING S.L (documento nº 8 de los aportados por EUREST COLECTIVIDADES S.L y nº 1 de los aportados por LA DILIGENCIA CATERING S.L). Doña María Rosa figura igualmente dada de alta en el régimen general de la Seguridad Social por la codemandada LA DILIGENCIA CATERING S.L (documento nº 12 y 13 de los aportados por esa mercantil).

SEXTO.- Resulta de aplicación el Convenio Colectivo del Sector de Hostelería y Actividades Turísticas de la Comunidad de Madrid (BOCM nº 54, de 3/03/2012) y sus correspondientes revisiones. Dicho convenio se remite expresamente, en materia de subrogación a lo previsto en el V Acuerdo Laboral de Ámbito Estatal de Hostelería (BOE nº 121, de 21/05/2015).

SÉPTIMO.- El 06/09/2018 se presentó papeleta de conciliación ante el SMAC de Madrid, celebrándose sin avenencia el preceptivo acto previo el 03/10/2018 (documento aportado junto con la demanda)."

TERCERO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: *"Estimo parcialmente la demanda interpuesta por doña Rosana contra LA DILIGENCIA CATERING S.L, declaro la improcedencia del despido efectuado por tal empresa, condenando a ésta a que readmita a la trabajadora en las mismas condiciones anteriores al despido o a que, si así lo manifiesta por escrito o mediante comparecencia ante este Juzgado dentro de los cinco días siguientes a la notificación de la sentencia, le indemnice con la cantidad de 20.282,40 €; así como, en el caso de proceder a la readmisión, a abonar los salarios devengados desde el despido hasta la efectiva readmisión, por importe diario de 28,17 €. Y absuelvo a la empresa EUREST COLECTIVIDADES S.L de la acción de despido ejercitada en su contra ."*

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por LA DILIGENCIA CATERING SL, formalizándolo posteriormente; tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.



QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta Sección, dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación en forma.

SEXTO: Nombrado Magistrado-Ponente, se dispuso el pase de los autos al mismo para su conocimiento y estudio, señalándose el día 03/07/2019 para los actos de votación y fallo.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. -Frente a la sentencia de instancia que estima parcialmente la pretensión de la demandante declarando que ha sido objeto de un despido improcedente, con las consecuencias legales inherentes a dicha declaración, por parte de La Diligencia Catering SL y absuelve a Eurest Colectividades SL, la representación letrada de La Diligencia Catering SL interpone recurso de suplicación formulando dos motivos destinados a la revisión fáctica y a la censura jurídica. El recurso ha sido impugnado.

En el primer motivo, al amparo del artículo 193 b) de la LRJS, interesa:

1.-La revisión del hecho probado cuarto proponiendo la siguiente redacción:

"A partir del 25-8-2018 la empresa adjudataria de la contrata para la prestación de servicios de restauración colectiva en las instalaciones de Mediaproducción S.L era la empresa EUREST COLECTIVIDADES S.L. (documento nº 1 de los aportados por ésta y documento 4 de los aportados con la demanda)."

Como consecuencia de lo anterior y en aplicación de lo dispuesto en el Artículo 61 del V Acuerdo laboral Estatal para el Sector de Hostelería (folio 152), Eurest Colectividades S.L. se sobrogó en ocho de los nueve trabajadores que prestaban servicios en el comedor de Mediaproducción S.L., excepcionando únicamente en relación a la trabajadora Doña. Rosana, que estaba de baja laboral en el momento de cambio de contrata, alegando por escrito, el 22 de agosto de 2018 que "tiene algún tipo de relación de parentesco de hasta el 2º grado de consanguinidad o afinidad con los socios y accionistas con control efectivo de la empresa" folio 184; el 28-8-2018, "por ser hermana de María Rosa, actual accionista de la empresa cedente" y finalmente, el 5 de septiembre de 2018 y que su hermana " María Rosa que cuando menos es ADMINISTRADORA/CONSEJERA..."

La revisión no puede prosperar porque los convenios colectivos estatutarios que deben ser publicados en los correspondientes Boletines Oficiales, no hace falta probar su existencia, dado el principio *iura novit curia*; no constituyen prueba, son textos legales que, por ostentar el carácter de norma jurídica, constituyendo una fuente jurídica en sentido propio, carecen de eficacia revisora de los hechos. Además es incontrovertido que Eurest no se subrogó en la recurrente por ser hermana de la administradora/consejera.

2.-La revisión del hecho probado quinto proponiendo la siguiente redacción:

"Doña Rosana es hermana de Doña María Rosa (hecho no controvertido).

Esta última Doña María Rosa es social mercantil de LA DILIGENCIA CATERING S.L., ostentando un 10% del capital social aproximadamente (documento nº 10 de los aportados por la codemandada Eurest Colectividades S.L.) D. Bienvenido y D. Braulio son los otros dos titulares de participaciones de LA DILIGENCIA CATERING S.L., ostentando el primero el 60% del capital social y el segundo un 30% aproximadamente. (doc. 10 de EUREST COLECTIVIDADES S.L. folio 82 y doc. 14 de la DILIGENCIA CATERING S.L. folio 216).

Doña María Rosa es Consejera del Consejo de Administración de la Diligencia Catering S.L. (documento 8 de los aportados por EUREST COLECTIVIDADES S.L y nº1 de los aportados por LA DILIGENCIA CATERING S.L.), asimismo son Consejeros del Consejo de Administración D. Bienvenido y D. Braulio. (docs. 8 y 9 de EUREST COLECTIVIDADES S.L. folio 82 y hojas 3 y 4 del doc. 1 al folio 177 y doc. 14 de LA DILIGENCIA CATERING S.L. folio 216), en virtud de los acuerdos sociales adoptados en la Junta General y Extraordinaria de 24 de noviembre de 2009, protocolizados por el Notario de Madrid D. ANGEL HIJAS MIRON el 25 de noviembre de 2009, con el número 1765 de su protocolo e inscritos en el Registro Mercantil.

D. Bienvenido y D. Braulio son los CONSEJEROS DELEGADOS de LA DILIGENCIA CATERING S.L. en virtud de los acuerdos sociales adoptados en la Junta General y Extraordinaria de 24 de noviembre de 2009, protocolizados por el Notario de Madrid D. ANGEL HIJAS MIRON el 25 de noviembre de 2009, con el número 1765 de su protocolo e inscritos en el Registro Mercantil, (docs. 8 y 9 de EUREST COLECTIVIDADES S.L. folio 82 y hojas 3 y 4 del doc. 1 al folio 177 y doc. 14 de la DILIGENCIA CATERING S.L. folio 216).

D. Bienvenido y D. Braulio ostentan la titularidad real de la mercantil LA DILIGENCIA CATERING S.L. a los efectos de la *declaración responsable* que establece la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo



de capitales y de la financiación del terrorismo y el art. 9 del Real Decreto 304/2014, de 5 de mayo , por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo (hojas 3 y 4 del doc. 1 de LA DILIGENCIA CATERING S.L. al folio 177).

Doña María Rosa figura igualmente dada de alta en el Régimen General de la seguridad social por la codemandada LA DILIGENCIA CATERING S.L. (documentos nº 12 y 13 de los aportados por esa mercantil).

DOÑA María Rosa no es ADMINISTRADORA de LA DILIGENCIA CATERING S.L. ni de la mercantil REOLLEGA S.L."

La revisión prospera parcialmente en cuanto a dar por reproducidos los documentos que cita, salvo los que contengan declaraciones o manifestaciones de personas, sin que tengan cabida las valoraciones que efectúa por ser impropias del relato fáctico.

SEGUNDO. -En el segundo motivo, al amparo del artículo 193 c) de la LRJS , alega infracción del artículo 44 del ET en relación con la Directiva 2001/23 del Consejo, de 12 de marzo de 2001. En síntesis expone que con independencia de la relación familiar de la trabajadora con una accionista de la empresa saliente, debe operar el mecanismo de la subrogación no pudiendo oponerse ninguna limitación en virtud de previsiones convencionales. También alega infracción del artículo 61 del V Acuerdo Laboral Estatal para el Sector de Hostelería en relación al artículo 3 del Código Civil, al Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio , por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital en sus artículos 242 y 529 duodecimos y al artículo 4 de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de Prevención de Blanqueo de Capitales y de la Financiación del Terrorismo y a los artículos 8 y 9 del RD 304/2014 y al artículo 34 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre , de medidas fiscales, administrativas y de orden social; infracción del artículo 217 de la LEC en relación con el artículo 24 de la CE y artículos 317 , 319 , y 326 de la LEC y jurisprudencia que cita. En síntesis expone que la empresa La Diligencia Catering SL estaba formada por tres socios, entre ellos la hermana de la demandante que poseía aproximadamente un 10 % de participaciones y que por el artículo 242 de la Ley de Sociedades de Capital debe tener un Consejo de Administración conformado al menos por tres personas, sin que sea consejera ejecutiva al no realizar funciones de dirección, correspondiendo a la empresa codemandada acreditar la concurrencia de los supuestos excluyentes para la aplicación de la subrogación y que la sentencia recurrida no ha valorado correctamente la información mercantil aportada.

En primer lugar debemos indicar que como señala la STS de 26/03/2014, recurso nº 158/2013 , lo que plantea la recurrente " *es la propia valoración de la prueba, tratando de conseguir que esta Sala lleve a cabo una nueva valoración de la prueba (obteniendo, naturalmente, consecuencias distintas de las que aparecen plasmadas en el relato histórico de la sentencia recurrida), como si el presente recurso no fuera el extraordinario de casación sino el ordinario de apelación, y olvidando también que en el proceso laboral la valoración de la prueba en toda su amplitud únicamente viene atribuida por el artículo 97.2 del invocado Texto procesal al juzgador de instancia (...), por ser quien ha tenido plena intermediación en su práctica .* ", y que la carga de la prueba de que en la hermana de la demandante no concurre el supuesto excluyente previsto en la norma convencional y que, por tanto, procede la subrogación, corresponde a la empresa recurrente.

Para la resolución del motivo debemos partir de la Disposición Adicional Cuarta del Convenio Colectivo Estatal del Sector Laboral de Restauración Colectiva que dispone:

"En cuanto así se mantenga y las partes no acuerden otro régimen, la subrogación convencional en el ámbito funcional de éste convenio se regirá por lo dispuesto en el capítulo XII del Acuerdo Laboral Estatal de Hostelería, incluido su desarrollo y modificación por la jurisprudencia y, en especial, en lo relativo a los derechos y garantías de la representación legal y unitaria de los trabajadores ".

Y el artículo 61 del V Acuerdo Laboral de Ámbito Estatal para el Sector de Hostelería (ALEH V), establece los casos en que se producirá la subrogación empresarial siempre que se den determinados supuestos, y en el apartado 2 del citado artículo dispone que:

" No existirá subrogación alguna respecto del empresario o empresaria individual o los socios o socias accionistas con control efectivo de la empresa, administradores o gerentes de la misma, cónyuges de los citados anteriormente y trabajadores o trabajadoras contratados como fijos o fijos discontinuos y que tengan relación de parentesco hasta el 2º grado de consanguinidad o afinidad con los anteriores, salvo pacto en contrario .

Los trabajadores y trabajadoras no afectados por la subrogación empresarial seguirán vinculados con la empresa cedente a todos los efectos ".

También debe tenerse en cuenta que la jurisprudencia unificadora en STS de 27/09/2018, recurso nº 2747/2016 , que citan las partes recurrente e impugnante, en el caso de una subrogación empresarial por sucesión en contrata de limpieza operada por mandato convencional, señala que la empresa que se hace cargo del servicio y del personal encargado de la ejecución de la misma debe responder solidariamente con



su antecesora de las deudas salariales contraídas por ésta con sus trabajadores aunque el convenio colectivo aplicable establezca la responsabilidad exclusiva de la empresa saliente sobre las deudas salariales anteriores a la finalización de la contrata. La citada sentencia dice:

"(...) el hecho de que la subrogación de plantilla (la asunción de una parte cuantitativa o cualitativamente relevante) sea consecuencia de lo previsto en el convenio colectivo no afecta al modo en que deba resolverse el problema. Que la empresa entrante se subroge en los contratos de trabajo de una parte significativa del personal adscrito por mandato del convenio no afecta al hecho de que la transmisión pueda referirse a una entidad económica.

(...) El concepto de "entidad económica", de este modo, es el único que puede erigirse en definidor de la existencia de una transmisión empresarial con efectos subrogatorios. Y la determinación de si eso sucede ha de hacerse ponderando el conjunto de circunstancias concurrentes en cada caso.

En este aspecto consideramos que lo sustancial de nuestra doctrina viene ajustándose a lo que el TJUE exige: siempre que haya transmisión de un conjunto de medios organizados impera el régimen legal de transmisión y subrogación laboral, debiendo considerarse ilegal el convenio que lo desconozca.

Lo que no debemos hacer es seguir abordando el problema atendiendo a la causa de esa continuidad significativa de contratos de trabajo (el mandato convencional). Por el contrario, son los efectos derivados de la previsión del convenio (asunción de una parte significativa de la plantilla) los que deben valorarse para determinar si hay sucesión de empresa.

(...) En sectores donde la mano de obra constituye el elemento principal de la actividad empresarial es posible que el conjunto de personas adscritas a la actividad equivalga a la unidad económica cuyo cambio de titularidad activa la subrogación.

Pero esa subrogación no es automática e incondicionada. Ni nuestra doctrina ni la del TJUE sostienen que la mera asunción de un conjunto de personas equivale a la transmisión de una unidad productiva en todos los casos. Hay que ponderar el conjunto de circunstancias concurrentes.

Por eso la sucesión en la contrata (de vigilancia, de limpieza, de cualquier otra actividad de características similares) activa la subrogación empresarial "siempre y cuando la operación vaya acompañada de la transmisión de una entidad económica entre las dos empresas afectadas" (parte dispositiva de la STJUE de 11 julio 2018).

(...) En principio, y siempre por referencia a estos supuestos en que lo relevante no es la infraestructura productiva puesta en juego, la adjudicación de una nueva contrata a empleador diverso del saliente nos sitúa ante la transmisión de la "entidad económica" recién aludida.

Pero no se trata de algo que pertenezca al terreno de lo abstracto o dogmático sino al de los hechos y de su prueba. Es decir, el examen de las características de la adjudicación (condiciones de tiempo, exigencias sobre el modo de suministrar los servicios a la empresa principal, dirección del grupo de personas adscrito, adscripción funcional permanente o aleatoria, etc.), de la realidad transmitida (afectación funcional y locativa, medios audiovisuales, programas informáticos, mobiliario para el personal, etc.), del alcance que tenga la asunción de personas (no solo cuantitativa, sino también cualitativa) son aspectos valorables para despejar esa incógnita, que constituye al tiempo un condicionante de la subrogación.

Eso significa, claro, que en sectores donde la mano de obra constituye lo esencial ha de valorarse de manera muy prioritaria el dato relativo al número o condición de quienes han sido asumidos por la nueva empleadora, al margen del título o motivo por el que ello suceda.

A partir de ahí, dados los términos en que el convenio colectivo disciplina la subrogación, será lógico que quien sostenga que no se ha producido la asunción suficientemente relevante de la mano de obra así lo acredite (art. 217 LECLegislación citadaLEC art. 217) y que se produzca el debate correspondiente cuando la cuestión sea controvertida.

(...)

Aunque, ciertamente, el giro doctrinal que imprimimos es lo más relevante de nuestra sentencia (y lo que justifica su deliberación en Pleno por esta Sala; art. 227.2 LRJSLegislación citadaLRJS art. 227.2) no debemos olvidar que los pronunciamientos de la sentencia resolviendo el recurso de casación unificadora "en ningún caso alcanzarán a las situaciones jurídicas creadas por las resoluciones precedentes a la impugnada" (art. 228.1 LRJSLegislación citadaLRJS art. 228.1) pero sí "a las situaciones jurídicas creadas por la sentencia impugnada" (art. 228.2 LRJSLegislación citadaLRJS art. 228.2). Apliquemos, pues, la doctrina recién acuñada al presente caso.

1. Las doctrinas enfrentadas.



A) La sentencia de contraste, en sintonía con cuanto hemos venido manteniendo en ocasiones precedentes, considera que no existe posible subrogación con los efectos comunes porque todo lo acaecido deriva de las previsiones del convenio colectivo.

Como hemos expuesto, se trata de doctrina que debemos abandonar. El origen convencional de la asunción de una parte significativa de la plantilla no puede servir para obviar los efectos de la subrogación empresarial (con asunción de los derechos y obligaciones del empleador saliente).

B) La sentencia recurrida, por el contrario, considera que la aplicación de lo previsto en el convenio colectivo comporta una sucesión de plantilla subsumible en el art. 44 ETLegislación citada que se interpretaReal Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre , por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. art. 44 (13/11/2015), por lo que la nueva contratista debe responder solidariamente del pago de las deudas salariales contraídas por su antecesora.

(...)

2. Doctrina que debemos aplicar.

El resumen de cuanto hemos expuesto en el Fundamento anterior nos permite sentar las siguientes premisas:

Primera.- Hay transmisión de empresa encuadrable en el art. 44 ETLegislación citada que se interpretaReal Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre , por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. art. 44 (13/11/2015) si la sucesión de contratas va acompañada de la transmisión de una entidad económica entre las empresas saliente y entrante.

Segunda.- En actividades donde la mano de obra constituye un factor esencial, la asunción de una parte relevante del personal adscrito a la contrata (en términos cuantitativos o cualitativos) activa la aplicación del artículo 44 ETLegislación citada que se interpretaReal Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre , por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. art. 44 (13/11/2015).

Tercero.- Cuando (como en el caso) lo relevante es la mano de obra (no la infraestructura) la subrogación solo procede si se da esa asunción de una parte relevante (cuantitativa o cualitativamente) del personal.

Cuarto.- El hecho de que la asunción de una parte relevante de la plantilla derive de lo preceptuado por el convenio colectivo no impide la aplicación de la anterior doctrina.

3. Consideraciones finales.

La aplicación de la doctrina que acabamos de compendiar aboca a la desestimación del recurso de CLECE. Para una más adecuada tutela judicial y explicación de nuestras razones de decidir conviene añadir alguna precisión adicional.

A).Aquí se discute al hilo de las consecuencias del cambio en una contrata de limpieza. Puesto que nada se ha afirmado respecto de la transmisión de infraestructura relevante para llevar a cabo los servicios concertados (máquinas barredoras o limpiadoras, plataformas elevadoras, vehículos autopropulsados, cisternas desinfectantes, etc.) hemos de operar en el entendido de que lo esencial del caso, como suele suceder en el sector, radica en la mano de obra puesta en juego para desarrollar las tareas de limpieza.

B) Es verdad que el escueto relato fáctico de la sentencia del Juzgado de lo Social (inalterado en suplicación) no afirma que CLECE haya asumido una parte relevante de la plantilla que venía adscrita precedentemente a la limpieza del aeródromo leonés. Tampoco ha acreditado lo contrario, como le correspondía haber hecho si considerase que es lo acaecido.

Además, no cabe duda de que estamos sentando doctrina para un caso en que la empresa entrante sí ha asumido esa parte relevante (cuando no la totalidad) del personal adscrito. Y es que cuando CLECE formaliza el recurso que ahora resolvemos invoca para el contraste una sentencia (la del TSJ de la Comunidad Valenciana) en la que sí aparece como hecho probado que la empresa entrante ha asumido a cuantas personas venían adscritas a la importante contrata de limpieza del Hospital Universitario y Politécnico de Valencia excepto tres.

Por tanto, al igual que sucede en el supuesto de la citada STJUE 11 julio 2018 (Somoza Hermo), debemos partir de que el empleador entrante (Clece, en nuestro caso) asume una parte esencial (en términos de número y competencias) del personal que la primera empresa (Cleanet Empresarial) destinaba a la ejecución de la contrata.

C) Concluyamos: la entrada en juego de las reglas sobre carga de la prueba (art. 217 LECLegislación citadaLEC art. 217 y concordantes) aboca a considerar que CLECE ha asumido, de acuerdo con el convenio, una parte significativa de la plantilla adscrita a la contrata de que venimos hablando. ".



En el presente caso, la norma convencional contiene una cláusula que, ante sustitución de contratatas, entra una nueva empresa a la que han adjudicado el servicio y cesa la que venía desempeñando el mismo, permite excluir de la subrogación al personal con relación de parentesco hasta el 2º grado con administradores o gerentes de la empresa saliente, con el objeto de evitar posibles tensiones en la sucesión de contrata que perjudiquen a la empresa entrante en la contrata, sin que se exija que los administradores o gerentes tengan el control efectivo de la empresa.

En el relato fáctico consta que la hermana de la demandante es Consejera del Consejo de Administración y hay que determinar si esta condición es equiparable a la de administrador.

Como se recoge en la sentencia recurrida, de la información obrante en el Registro Mercantil se desprende que el órgano de administración elegido por la empresa saliente de la contrata era un Consejo de Administración que fue la opción por la que se decantó la empresa al amparo de lo dispuesto en el artículo 210 de la Ley de Sociedades de Capital que dice:

" 1.La administración de la sociedad se podrá confiar a un administrador único, a varios administradores que actúen de forma solidaria o de forma conjunta o a un consejo de administración .

2. En la sociedad anónima, cuando la administración conjunta se confíe a dos administradores, éstos actuarán de forma mancomunada y, cuando se confíe a más de dos administradores, constituirán consejo de administración.

3. En la sociedad de responsabilidad limitada los estatutos sociales podrán establecer distintos modos de organizar la administración atribuyendo a la junta de socios la facultad de optar alternativamente por cualquiera de ellos sin necesidad de modificación estatutaria.

4. Todo acuerdo que altere el modo de organizar la administración de la sociedad, constituya o no modificación de los estatutos sociales, se consignará en escritura pública y se inscribirá en el Registro Mercantil."

La hermana de la demandante, que tiene el 10 % de participaciones sociales, sin control efectivo de la sociedad, forma parte del Consejo de Administración, debiendo considerarse como administradora a los efectos de la norma convencional, aunque los otros dos miembros del Consejo de Administración sean los que ostenten la condición de consejeros delegados solidarios porque el consejero delegado es un miembro del Consejo de Administración de una sociedad al que el propio Consejo acuerda que se le deleguen ciertas facultades de gestión y/o representación. Cuando los estatutos de la sociedad no dispusieran lo contrario y sin perjuicio de los apoderamientos que puedan conferirse, el Consejo de Administración podrá designar entre sus miembros uno o varios consejeros delegados pero hay algunas facultades atribuidas al Consejo de Administración que nunca podrán ser objeto de delegación a uno de los miembros del Consejo. Cuando un miembro del consejo de Administración sea nombrado Consejero Delegado el artículo 249.3 de la Ley de Sociedades de Capital establece:

" Cuando un miembro del consejo de administración sea nombrado consejero delegado o se le atribuyan funciones ejecutivas en virtud de otro título, será necesario que se celebre un contrato entre este y la sociedad que deberá ser aprobado previamente por el consejo de administración con el voto favorable de las dos terceras partes de sus miembros. El consejero afectado deberá abstenerse de asistir a la deliberación y de participar en la votación. El contrato aprobado deberá incorporarse como anejo al acta de la sesión ." . Por tanto, del relato fáctico no se puede deducir que la hermana de la trabajadora no ostentase facultades en el Consejo de Administración, lo que lleva a desestimar el motivo y el recurso.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por **la representación letrada de la DILIGENCIA CATERING SL** contra la sentencia de fecha 25 de enero de 2019, dictada por el Juzgado de lo Social nº 35 de Madrid , en autos nº 1100/2018, seguidos a instancia de Rosana contra EUREST COLECTIVIDADES SL y LA DILIGENCIA CATERING SL, en reclamación por DESPIDO, confirmando la misma, condenando a la empresa a la pérdida del depósito y consignación efectuados para recurrir y a que abone a la parte impugnante del recurso la cantidad de 600 euros en concepto de honorarios de Abogado.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta Sección de Sala.

Expídanse certificaciones de esta sentencia para su unión a la pieza separada o rollo de suplicación, que se archivará en este Tribunal, y a los autos principales.

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal Superior de Justicia.



MODO DE IMPUGNACIÓN : Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación para la unificación de doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de DIEZ DÍAS hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia. Siendo requisito necesario que en dicho plazo se nombre al letrado que ha de interponerlo. Igualmente será requisito necesario que el recurrente que no tenga la condición de trabajador ,causahabiente suyo o beneficiario del Régimen Publico de la Seguridad Social o no gozare del derecho de asistencia jurídica gratuita, acredite ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso haber depositado 600 euros, conforme al artículo 229 de la LRJS , y consignado el importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente en la cuenta corriente nº 2827-0000-00-0491-19 que esta sección tiene abierta en BANCO DE SANTANDER sita en PS. del General Martinez Campos, 35; 28010 Madrid, pudiendo en su caso sustituir la consignación de la condena en metálico por el aseguramiento de la misma mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito (art.230.1 L.R.J.S).

Se puede realizar el ingreso por transferencia bancaria desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de BANCO DE SANTANDER. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes:

Emitir la transferencia a la cuenta bancaria siguiente: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274. En el campo ordenante, se indicará como mínimo el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y si es posible, el nif /cif de la misma. En el campo beneficiario, se identificará al juzgado o tribunal que ordena el ingreso. En el campo "observaciones o concepto de la transferencia", se consignarán los 16 dígitos que corresponden al procedimiento 2827-0000-00-0491-19.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvanse los autos originales al Juzgado de lo Social de su procedencia, dejando de ello debida nota en los Libros de esta Sección de Sala.

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