



Roj: **STSJ NA 47/2012 - ECLI:ES:TSJNA:2012:47**

Id Cendoj: **31201340012012100035**

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

Sede: **Pamplona/Iruña**

Sección: **1**

Fecha: **02/04/2012**

Nº de Recurso: **116/2012**

Nº de Resolución: **122/2012**

Procedimiento: **Recursos de Suplicación**

Ponente: **MARIA DEL CARMEN ARNEDO DIEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**ILMO. SR. D. VICTOR CUBERO ROMEO**

**PRESIDENTE**

**ILMA. SRA. D<sup>a</sup>. CARMEN ARNEDO DIEZ**

**ILMO. SR. D. JOSE ANTONIO ALVAREZ CAPEROCHIPI**

En la Ciudad de Pamplona/Iruña , a DOS DE ABRIL de dos mil doce.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, compuesta por los Ilmos. Sres. citados al margen y

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

**S E N T E N C I A N U M . 1 2 2 / 1 2**

En el Recurso de Suplicación interpuesto por D<sup>a</sup> ANA CAROLINA MARIJUAN CASTRO, en nombre y representación de FERROVIAL SERVICIOS S.A. , frente a la Sentencia del Juzgado de lo Social N<sup>o</sup> 3 de Pamplona/Iruña sobre Despido , ha sido Ponente la Ilma Sra. Magistrada D<sup>a</sup> CARMEN ARNEDO DIEZ , quien expresa el parecer de la Sala.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO:** Ante el Juzgado de lo Social n<sup>o</sup> TRES de los de Navarra, se presentó demanda por D<sup>a</sup> Inés , en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminaba suplicando se dicte sentencia por la que se declare la IMPROCEDENCIA del despido de la actora, condenando solidariamente a las empresas demandadas a proceder a la indemnización legal o a su readmisión siendo opción de la misma al ser representante de los trabajadores conforme al art. 56.4 del Estatuto de los Trabajadores

**SEGUNDO:** Admitida a trámite la demanda, se celebró el acto del juicio oral en el que la parte actora se ratificó en la misma, oponiéndose la demandada según consta en el acta extendida a tal efecto por el Sr. Secretario. Recibido el juicio a prueba se practicaron las propuestas y declaradas pertinentes.

**TERCERO:** Por el Juzgado de instancia se dictó sentencia, cuya parte dispositiva dice: "Que estimando parcialmente la demanda de despido improcedente deducida por D<sup>a</sup> Inés contra la empresa FERROVIAL SERVICIOS S.A., la UTE EULEN S.A.-ON DEMAND S.L. y las empresas EULEN S.A. y ON DEMAND S.L., debo declarar y declaro improcedente el despido de la demandante producido con efectos del 15 de agosto de 2011, condenando a la empresa Ferrovial Servicios SA a estar y pasar por la anterior declaración y, según la acción que realice la demandante a readmitir a la actora en iguales condiciones a las que regían con anterioridad al despido o a indemnizarle con la suma de 10.747,31 (s.e.u.o.; 161,25 días a indemnizar, computando prestación de servicios desde el 22 de enero de 2008, x 66,65 al día), y en todo caso a abonarle los salarios dejados de percibir desde el 15 de agosto de 2011 hasta la fecha de notificación de la presente sentencia, a razón de 66,65



brutos al día. Asimismo, debo absolver y absuelvo a las demás codemandadas de las pretensiones frente a ellas deducidas. ontra esta sentencia cabe recurso de Suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, que se anunciará dentro de los CINCO DÍAS siguientes a su notificación, bastando para ello la manifestación de la parte, de su Abogado o de su representante en el momento de la notificación pudiendo hacerlo también estas personas por comparecencia o por escrito ante este Juzgado en el mismo plazo."

**CUARTO:** En la anterior sentencia se declararon probados: "PRIMERO.- La demandante D<sup>a</sup> Inés viene prestando sus servicios profesionales por cuenta de la empresa demandada Ferrovial Servicios SA desde el 22 de enero de 2008, con la categoría profesional de auxiliar administrativo, y en virtud de la suscripción de tres contratos de trabajo temporales, de obra o servicio determinado, que obran unidos a los autos y que se dan aquí por reproducidos. El primer contrato tuvo una duración del 22 de enero de 2008 al 16 de enero de 2009; el segundo del 17 de enero de 2009 al 31 de agosto de 2010; y el tercero del 1 de septiembre de 2010 al 15 de agosto de 2011 (informe de vida laboral que obra unido a los autos y que se da aquí por reproducido). En el último contrato suscrito por la demandante y Ferrovial Servicios SA se indicaba que su objeto era realizar las tareas propias de su categoría profesional "mientras Ferrovial Servicios SA sea la adjudicataria de los servicios de mantenimiento de los edificios del Ayuntamiento de Pamplona...". También se indicaba que el contrato se extinguirá cuando Ferrovial Servicios SA cese en la prestación del servicio de mantenimiento de los edificios del Ayuntamiento de Pamplona. SEGUNDO.- La demandante ostenta la condición de delegada de personal en la empresa Ferrovial Servicios SA desde el 15 de junio de 2009. TERCERO.- La demandante como auxiliar administrativo prestaba servicios por cuenta de Ferrovial Servicios SA durante la mayor parte de su jornada realizando actividades ajenas a la contrata que esa empresa tenía adjudicada por el Ayuntamiento de Pamplona para el servicio de mantenimiento de los edificios de dicho Ayuntamiento. En concreto a la demandante se le encomendaban la realización de sus tareas de auxiliar administrativa respecto de varias contrata que la empresa tenía adjudicadas, siendo tarea suya esencial la llevanza del programa de mantenimiento integral y programa de compras. Para la realización de las tareas administrativas en la contrata de conservación y mantenimiento de edificios del Ayuntamiento de Pamplona que la empresa Ferrovial Servicios SA tenía adjudicada, la empresa tenía adscrita a la trabajadora María Rosa , quien realizaba como tareas esenciales todo lo referente a la facturación, archivo de partes de trabajo y gestión material de la contrata de dicho Ayuntamiento de Pamplona. A su vez, la actora en esa contrata del Ayuntamiento de Pamplona realizaba tareas que venían a representar entre el 25 al 37% de su jornada anual, comprendiendo los periodos en los que sustituía a la trabajadora María Rosa . En esa contrata del Ayuntamiento de Pamplona las tareas que tenía encomendadas la demandante era la gestión de los parques de preventivos, y el volcar los datos del programa de mantenimiento integral en otro formato distinto al que utilizaba la trabajadora María Rosa , así como el uso de la aplicación informática de compras. CUARTO.- Obra unido a los autos y se da aquí por reproducido el contrato del servicio de mantenimiento y conservación de edificios municipales suscrito entre la empresa Ferrovial Servicios SA y el Ayuntamiento de Pamplona.- QUINTO.- Con efectos del 16 de agosto de 2011 el Ayuntamiento de Pamplona ha procedido a adjudicar el servicio de conservación y mantenimiento de los edificios municipales a la UTE Eulen SA-On Demand SL, Unión Temporal de Empresas integrada por Eulen SA y por la empresa On Demand SL. Se ha admitido por las partes litigantes que en realidad la contrata referida a la conservación y mantenimiento de edificios municipales se ha adjudicado a la empresa Eulen SA, y que la parte del contrato referido a la adjudicación de servicios energéticos ha sido asumida por la codemandada On Demand SL. Por ello se ha admitido también que, en caso de estimarse la demanda frente a las integrantes de la Unión Temporal de Empresas, la responsabilidad de las consecuencias del despido recaen exclusivamente en la empresa Eulen SA. Obra unidos a los autos y se dan aquí por reproducidos el pliego de condiciones de la adjudicación del contrato de servicios energéticos y conservación y mantenimiento de los edificios de titularidad o gestión municipal del Ayuntamiento de Pamplona, así como el contrato suscrito entre el Ayuntamiento y las nuevas adjudicatarias del servicio. SEXTO.- De conformidad con las nóminas aportadas a los autos el salario regulador diario de la actora es de 66,65 euros (24.329,06 euros al año, que se obtienen de multiplicar por catorce mensualidades el salario bruto mensual de 1.737,79 euros; 24.329,06 euros año : 365 días = 66,65 euros al día, s.e.u.o.). SÉPTIMO.- En el anexo 1 del pliego de condiciones económico administrativas y prescripciones técnicas particulares referentes a la adjudicación del contrato de servicios energéticos y conservación y mantenimiento de los edificios de titularidad o gestión municipal del Ayuntamiento de Pamplona, figuraba el listado del personal a subrogar por la nueva adjudicataria del servicio y, entre el personal a subrogar, constaba una auxiliar administrativo, era la demandante, según la relación confeccionada por la empresa Ferrovial Servicios SA y entregada al Ayuntamiento. De ese listado, en la que no se identificaba con nombres ni apellidos a ninguno de los trabajadores a subrogar, figuraba la trabajadora María Rosa con referencia a su categoría de auxiliar técnico si bien era esa trabajadora la que realizaba las tareas administrativas en la contrata de conservación y mantenimiento de edificios municipales que el Ayuntamiento de Pamplona había adjudicado a Ferrovial Servicios SA. La inclusión de la categoría de auxiliar administrativo, con referencia a la actora,



en el listado que Ferrovial Servicios SA entregó al Ayuntamiento con ocasión de la nueva adjudicación del servicio, se realizó por un trabajador de la empresa Ferrovial Servicios SA tras consultar con la dirección de la empresa, con la finalidad de encarecer los costes del servicio a adjudicar dado que la propia empresa concurría a la nueva adjudicación del servicio realizada por el Ayuntamiento de Pamplona, y también porque en parte de su jornada si que realizaba la actora tareas propias de la contrata adjudicada por dicho Ayuntamiento. OCTAVO.- La empresa Eulen SA solicitó de la empresa Ferrovial Servicios SA información y documentación complementaria respecto al personal a subrogar, que le fue remitida por Ferrovial Servicios SA, incluyendo en la relación nominativa de personal a subrogar a la propia demandante. Eulen SA comunicó por escrito a Ferrovial Servicios SA que no procedía la subrogación de conformidad con lo previsto en el Convenio de la Industria Siderometalúrgica de la Comunidad Foral de Navarra, aplicable a la relación laboral del personal adscrito a la contrata adjudicada por el Ayuntamiento de Pamplona, y lo mismo comunicó a la propia demandante (comunicaciones que obran unidas a los autos y que se dan aquí por reproducidas). NOVENO.- La empresa Ferrovial Servicios SA comunica el 10 de agosto de 2011 a la actora que la empresa Eulen SA-On Demand SL ha sido adjudicataria del contrato de servicios energéticos y conservación y mantenimiento de edificios de titularidad y gestión municipal del Ayuntamiento de Pamplona a partir del 16 de agosto de 2011, por lo que su relación con Ferrovial Servicios SA concluía el 15 de agosto de 2011. En la propia comunicación se indicaba que de conformidad con lo dispuesto en el art.48 G del Convenio de la Industria Siderometalúrgica de la Comunidad Foral de Navarra la empresa entrante tiene la obligación de subrogarle al cumplir los requisitos que el convenio estipula. DÉCIMO.- La empresa Eulen SA ha procedido a subrogar a todo el personal que estaba adscrito a la contrata de conservación y mantenimiento de los edificios municipales del Ayuntamiento de Pamplona, y además adquirió la totalidad de los materiales y herramientas necesarios para la ejecución del servicio adjudicado, de conformidad con lo incluido en el acuerdo de liquidación de material que obra unido como documento número 6 del ramo de prueba de la empresa Ferrovial Servicios SA, que se da aquí por reproducido. UNDÉCIMO.- Todas las partes litigantes están conformes en que resulta de aplicación a la relación laboral que mantenía la demandante el Convenio Colectivo de la Industria Siderometalúrgica de la Comunidad Foral de Navarra 2008-2011. DUODÉCIMO.- Se celebró el preceptivo acto de conciliación el 9 de septiembre de 2011, instado el 31 de agosto de 2011, concluyendo sin avenencia respecto a Ferrovial Servicios SA y Eulen SA, y teniéndose por intentado y sin efecto respecto a la Unión Temporal de Empresas y frente a la empresa On Demand SL. "

**QUINTO:** Anunciado recurso de Suplicación por la representación letrada de la parte demandada FERROVIAL SERVICIOS, S.A., se formalizó mediante escrito en el que se consignan dos motivos, amparado el primero en el artículo 191.b) de la Ley de Procedimiento Laboral , para revisar los hechos declarados probados a la vista de las pruebas practicadas, y el segundo al amparo del artículo 191.c) del mismo Texto Legal , para examinar las infracciones de normas sustantivas o de la jurisprudencia, denunciando infracción, por falta de aplicación, de lo dispuesto en el artículo 44.2 del Estatuto de los Trabajadores , en relación con el artículo 3.2 del mismo texto legal y artículo 48 G del Convenio Colectivo de la Industria Siderometalúrgica de Navarra y de la doctrina contenida en las sentencias del Tribunal Supremo de 20 y 27 de octubre de 2004 , 28 de abril de 2009 y 12 de julio de 2010 .

**SEXTO:** Evacuado traslado del recurso fue impugnado por la representación procesal de la demandada EULEN, S.A. y por la representación procesal de la demandante D<sup>a</sup> Inés .

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La sentencia de instancia estimó parcialmente la demanda deducida por Doña Inés declarando la improcedencia de su despido, producido con efectos del 15 de agosto de 2011, condenando a la empresa Ferrovial Servicios SA a estar y pasar por tal declaración y a las consecuencias derivadas de tal declaración, absolviendo a las codemandadas UTE Eulen SA-ON Demand SA y a las empresas Eulen SA y On Demand SL.

Frente a este pronunciamiento se alza en Suplicación la representación Letrada de la empresa Ferrovial Servicios SA formulando dos motivos. En el primero solicita la revisión de los hechos declarados probados tercero, sexto y séptimo y, en el segundo, denuncia infracción, por falta de aplicación, de lo dispuesto en el artículo 44.2 del Estatuto de los Trabajadores , en relación con el artículo 3.2 del mismo texto legal y artículo 48 G del Convenio Colectivo de la Industria Siderometalúrgica de Navarra y de la doctrina contenida en las sentencias del Tribunal Supremo de 20 y 27 de octubre de 2004 , 28 de abril de 2009 y 12 de julio de 2010 .

**SEGUNDO.-** En relación con las modificaciones fácticas interesa, en primer término, la revisión del ordinal tercero, proponiendo la siguiente redacción alternativa: "La demandante como auxiliar administrativo prestaba servicios por cuenta de Ferrovial Servicios durante parte de su jornada realizaba actividades inherentes a la contrata que esa empresa tenía adjudicada por el Ayuntamiento de Pamplona para el servicio de



mantenimiento de los edificios de dicho Ayuntamiento, servicio al que estaba adscrito el contrato de trabajo de la actora. En concreto a la demandante se le encomendaban la realización de sus tareas de auxiliar administrativa respecto de varias contrata que la empresa tenía adjudicadas, siendo la tarea suya esencial la llevanza del programa de mantenimiento integral y programa de compras relativas a la contrata de conservación y mantenimiento de edificios del Ayuntamiento de Pamplona que la empresa Ferrovial Servicios SA tenía adjudicada. La trabajadora María Rosa realizaba como tareas esenciales todo lo referente a la facturación, archivo de partes de trabajo y gestión material de la contrata de dicho Ayuntamiento de Pamplona. En esa contrata del Ayuntamiento de Pamplona las tareas encomendadas a la demandante era la gestión de los parques de preventivos, y el volcar los datos del programa de mantenimiento integral en otro formato distinto al que utilizaba la trabajadora María Rosa, así como el uso de la aplicación informática de compras. Por tanto, Doña María Rosa y la actora, ambas adscritas a la contrata del Ayuntamiento, realizaban tareas distintas pero complementarias y todas ellas necesarias para la citada contrata. Las dos trabajadoras figuraban en el Pliego de Condiciones de la contrata que fue adjudicada a Eulen."

Sin embargo esta revisión no puede acogerse en cuanto no se sustenta en prueba documental o pericial que desvirtúe las conclusiones de instancia sobre las tareas encomendadas a la demandante por la empresa Ferrovial y que, según concluye, representaban sólo entre el 25 y el 37% de su jornada anual, comprendiendo los periodos en los que sustituía a María Rosa que era quien realizaba las tareas administrativas derivadas de la contrata.

Idéntica suerte merece la revisión del hecho probado sexto a través del cual pretende modificar el salario diario percibido por la trabajadora que, según entiende, no ascendería a 66,65 euros diarios sino a 54,27 euros. Sin embargo no propone prueba alguna que sustente la modificación, limitándose a exponer que el Juzgador de instancia lo fija según las nóminas aportadas por la parte actora, a pesar de su oposición, olvidando que sus argumentos fueron expresamente rechazados ya que sólo se sustentaban en las tablas salariales del Convenio Colectivo sectorial correspondientes al grupo 6, sin incluir otros conceptos retributivos percibidos por la demandante, como el complemento de antigüedad, el plus de convenio y el plus carencia de incentivos.

En último término se insta la rectificación del ordinal séptimo al objeto de suprimir que la inclusión de la categoría de auxiliar administrativo con referencia a la actora en el listado que Ferrovial Servicios SA entregó al Ayuntamiento con ocasión de la nueva adjudicación del servicio se realizó por un trabajador de la empresa tras consultar con la dirección con la finalidad de encarecer los costes del servicio a adjudicar dado que la propia empresa concurriría a la nueva adjudicación. Pero también aquí olvida la recurrente sustentar la modificación en prueba idónea que desvirtúe la conclusión de instancia. Por ello debe ser rechazada.

**TERCERO.-** En el campo de las censuras jurídicas, previa denuncia como infringidos de los preceptos citados, entiende que la subrogación llevada a cabo por Eulen SA de la totalidad del personal que desarrollaba las labores de la contrata, y no sólo las de mantenimiento sino también las de labores administrativas, y la asunción de la totalidad de los elementos patrimoniales precisos para la prestación del servicio, determina necesariamente la concurrencia del supuesto contemplado en el apartado 2 del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores y, por ello, resultaba exigible la subrogación de Eulen de todo el personal adscrito a la contrata, incluida la demandante, siendo responsable de su despido.

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

La interpretación de la norma ha de realizarse, tal como retiradamente ha venido señalando la jurisprudencia de la Sala IV del Tribunal Supremo ( STS de 28 de abril de 2009 ), a la luz de la normativa Comunitaria Europea - Directiva 77/187 CEE, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspaso de empresas, de centros de actividad o de parte de empresas o de centros de actividad, sustituida por la Directiva 98/50 CE de 29 de junio de 1998 y por la actualmente vigente Directiva 2001/23 CE, del Consejo de 12 de marzo de 2001 y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

La sentencia de 12 de diciembre de 2002, recurso 764/02, con cita de la de 1 de diciembre de 1999 establece lo siguiente: "El supuesto de hecho del art. 44 del E.T., al que se anuda la consecuencia jurídica de la sucesión o subrogación de un nuevo empleador en la posición del anterior empresario, presenta una cierta complejidad. La ley española lo describe en términos genéricos como "cambio de titularidad" de la empresa, centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma". Dejando a un lado el caso especial de sucesión en la empresa "mortis





causa" a que se refiere el art. 49.1 g. del ET ., los acontecimientos constitutivos del cambio de titularidad de la empresa o de alguno de sus elementos dotado de autonomía productiva, han de ser, siguiendo la formulación de la propia ley española, actos "inter vivos" determinantes de una "transmisión" del objeto sobre el que versa (la "empresa" en su conjunto, un "centro de trabajo", o una "unidad productiva autónoma") por parte de un sujeto "cedente", que es el empresario anterior, a un sujeto "cesionario", que es el empresario sucesor.

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

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

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

El elemento relevante para determinar la existencia de una transmisión, a los efectos ahora examinados, consiste en determinar si la entidad de que se trata mantiene su identidad, lo que se desprende, en particular, de la circunstancia de que continúe efectivamente su explotación o de que esta se reanude ( sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 18 de marzo de 1986 , Spijkens, 24/85 ; de 11 de marzo de 1997 , Süzen , C-13/95 ; de 20 de noviembre de 2003 , Abler y otros, -340/01 y de 15 de diciembre de 2005, Guney-Gorres, C.232/04 y 233/04 ). La transmisión debe referirse a una entidad económica organizada de forma estable, cuya actividad no se limite a la ejecución de una obra determinada ( sentencia de 19 de septiembre de 1995, Rygaard, C- 4888/94 ), infiriéndose el concepto de entidad a un conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio (sentencias Süzen y Abler y otros, antes citadas).

Para determinar si se reúnen los requisitos necesarios para la transmisión de una entidad, han de tomarse en consideración todas las circunstancias de hecho características de la operación de que se trate, entre las cuales figuran, en particular, el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate, el que se hayan transmitido o no elementos materiales como los edificios y los bienes muebles , el valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión, el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores, el que se haya transmitido o no la clientela, así como el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión y de la duración de una eventual suspensión de dichas actividades. Sin embargo, estos elementos son únicamente aspectos parciales de la evaluación de conjunto que debe hacerse y no pueden, por tanto, apreciarse aisladamente (asunto Süzen antes citado).

Una segunda cuestión se plantea respecto a si el concepto de "transmisión de un conjunto de medios organizados", necesarios para llevar a cabo su actividad, requiere que haya transmisión de la propiedad del cedente al cesionario, o no es necesario que el cesionario adquiera la propiedad de tales elementos para que exista sucesión empresarial.

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se ha pronunciado de forma reiterada en las sentencias de 17 de diciembre de 1987, My Molle Kiro, 287/86 , 12 de noviembre de 1992 , 1992/84, Watrson Risk y Christensen 209/91 , y 20 de noviembre de 2003 Abler y otros, C-340/01 , señalando que el ámbito de aplicación de la Directiva abarca todos los supuestos de un cambio, en el marco de las relaciones contractuales, de



la persona física o jurídica que sea responsable de la explotación de la empresa que, por ello, contraiga las obligaciones del empresario frente a los empleados de la empresa, sin que importe si se ha transmitido la propiedad de los elementos materiales concluyendo, la última de las sentencias citadas, que " la circunstancia de que los elementos materiales asumidos por el nuevo empresario no pertenezcan a su antecesor, sino que fueron puestos a su disposición por el primer empresario no puede excluir la existencia de una transmisión de empresa en el sentido de la Directiva 77/187 ".

Por su parte el Tribunal Supremo, en la ya citada sentencia de 11-12-02, rec. 764/02 , entendió que en un supuesto en que se cedió por una empresa a otra un local, con entrada desde el patio central del colegio, dentro del cual estaba ubicada una cocina industrial completamente equipada y apta para elaborar comidas, una nevera industrial etc... además de útiles de limpieza, un local anexo destinado a office y otro destinado a almacén, estando formado el local principal por un comedor escolar y dos servicios, es claro que lo cedido fue una unidad productiva autónoma, sin que represente obstáculo alguno que el título sea un contrato de arrendamiento, pues para ser empresario no es necesario ser propietario de los bienes de la empresa, sino poseer la titularidad del negocio, constituyendo la cesión de bienes, antes relacionados, un negocio cuya titularidad se cede, en palabras del Estatuto y de la Directiva una entidad económica con propia identidad. En el mismo sentido se ha pronunciado la sentencia de 12 de diciembre de 2007, recurso 3994/06 .

La tercera cuestión se plantea respecto a si es o no exigible una vinculación contractual directa entre cedente y cesionario, para apreciar la existencia de sucesión de empresa en los términos examinados. Tal como ha señalado el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la sentencia Süzen anteriormente citada, la inexistencia de vínculo contractual entre el cedente y el cesionario no puede revestir una importancia decisiva a este respecto, a pesar de que puede constituir un indicio de que no se ha producido ninguna transmisión en el sentido de la Directiva. También puede producirse la cesión en dos etapas, a través de un tercero, como el propietario o el arrendador ( sentencia de 7 de marzo de 1996 Mercks y Neuhyus, asuntos acumulados C-171/94 y C72/94). Tampoco excluye la aplicación de la Directiva la circunstancia de que el servicio o contrata de que se trate haya sido concedido o adjudicado por un organismo de Derecho público ( sentencia de 15 de octubre de 1996, Merke, 298/94 ).

A la vista de todo lo anteriormente expuesto se ha de concluir que para determinar si ha existido o no sucesión de empresa, no es determinante si el nuevo empresario, continuador de la actividad, es propietario o no de los elementos patrimoniales necesarios para el desarrollo de la misma, ni si ha existido o no un negocio jurídico entre cedente y cesionario, sino si se ha producido un cambio de titularidad de la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma y si la transmisión afecta a una entidad económica que mantenga su identidad.

La jurisprudencia comunitaria también ha examinado la cuestión atinente a la denominada "sucesión de plantillas", como elemento relevante a tener en cuenta para determinar si existe o no sucesión de empresa, entre otras, en las siguientes sentencias:

En la sentencia de 11 de marzo de 1997, asunto 13/95 , Süzen, tras señalar que para determinar si se reúnen los requisitos necesarios para la transmisión de una entidad, han de tomarse en consideración todas las circunstancias de hecho características de la operación de que se trate, entre las que figuran el tipo de empresa, el que se hayan transmitido o no elementos materiales, el valor de los elementos inmateriales, el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores, el que se haya transmitido o no la clientela , el grado de analogía de las actividades ejercidas... dispone " En la medida en que, en determinados sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común, puede constituir una entidad económica, ha de admitirse que dicha entidad puede mantener su identidad, aun después de su transmisión, cuando el nuevo empresario no se limita a continuar con la actividad de que se trata, sino que además se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencias, del personal que su antecesor destinaba especialmente a dicha tarea. En este supuesto, reproduciendo los términos de la sentencia Rygaard, antes citada (apartado 21), el nuevo empresario adquiere en efecto el conjunto organizado de elementos que le permitirá continuar las actividades o algunas actividades de la empresa cedente de forma estable". La sentencia concluye que el apartado 1 del artículo 1 de la Directiva no es aplicable al supuesto en que una empresa, que había encomendado la limpieza de sus instalaciones a un primer empresario, resuelve dicha contrata y celebra una nueva con un segundo empresario si la operación no va acompañada de una cesión entre ambos empresarios, de elementos significativos del activo material e inmaterial, ni el nuevo empresario se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y competencia, de los trabajadores que su antecesor destinaba al cumplimiento de su contrata.

En la sentencia de 10 de diciembre de 1998, Gumersindo y otros, entendió que era aplicable la Directiva 77/187 / CEE a un supuesto en que un Ayuntamiento adjudicó el servicio de ayuda a domicilio, en régimen de concesión a una determinada empresa y, tras finalizar la concesión, se lo adjudica a una nueva, que contrató a todos los



trabajadores que venían prestando servicios para la anterior. La sentencia contiene el siguiente razonamiento:" El concepto de entidad remite a un conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio (sentencia Sützen, antes citada, apartado 13)

Dicha entidad, si bien debe ser suficientemente estructurada y autónoma, no entraña necesariamente elementos significativos de activo material o inmaterial. En efecto, en determinados sectores económicos, como los de limpieza y vigilancia, estos elementos se reducen a menudo, a su mínima expresión y la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra. Así pues, un conjunto organizado de trabajadores que se hallan específicamente destinados de forma duradera a una actividad común puede constituir una entidad económica cuando no existen otros factores de producción".

En la sentencia de 10 de diciembre de 1998, C-127/96 , 229/96 y 74/97 asunto Hernández Vidal S.A. y otros, el Tribunal entendió que no era de aplicación la Directiva 77/187/CEE a un supuesto en que una empresa, que tiene contratada con otra la limpieza de sus locales, al finalizar la contrata asume por sí misma dicha actividad. Razona la sentencia que la Directiva no es aplicable en el supuesto en que simplemente se realice sucesivamente por una y otra empresa la misma actividad, sin que se haya producido transmisión entre ambas empresas de una entidad económica, concepto que remite a un conjunto organizado de personas y elementos patrimoniales.

La sentencia de 2 de diciembre de 1999, C-234/98 , Allen y otros, entendió que era de aplicación la Directiva a un supuesto en que una empresa, dedicada a la construcción de viales subterráneos y perforación de galerías, a la que contratan las empresas mineras para dicho trabajo, subcontrata este con otra empresa, que contrata a trabajadores a los que les aplica peores condiciones que las que tenían en la empresa contratista. La sentencia razona lo siguiente: "Bien es verdad que, en el asunto principal, la perforación de galerías de minas no puede considerarse una actividad que descansa fundamentalmente en la mano de obra, puesto que exige un material e instalaciones importantes. No obstante, se desprende de la resolución de remisión que, en el sector minero, es habitual que la mayor parte de los activos necesarios para la realización de los trabajos de perforación sea suministrada por el propietario de la mina. De esta forma, AMS, convertido en subcontratista, pudo disponer de los equipos que RJB ponía antes a disposición de ACC. Pues bien, la circunstancia de que la propiedad de los activos necesarios para la explotación de la empresa no haya sido transmitida al nuevo empresario no constituye un obstáculo para que exista una transmisión (véanse las sentencias Ny Molle Kro y Daddy,s çDance may, antes citadas, y la de 12 de noviembre de 1992, Watson Rask y Christensen, C-209/91 , Rec.p I-57755). En estas circunstancias, el hecho de que no haya tenido lugar ninguna transmisión de activos entre ACC y AMS no tiene carácter determinante."

En similar sentido se ha pronunciad sentencia de 24 de enero de 2002, C -51/00 , Temco Services.

La sentencia de 25 de enero de 2001, C- 172/99 , Oy Liikenne Ab y otros, entendió que no era de aplicación la Directiva 92/50 /CE en un asunto en que una empresa, adjudicataria de una línea de autobuses, contrata a la mayoría de los conductores que habían venido prestando servicios en la adjudicataria anterior, no habiéndose producido cesión de vehículos ni de ningún otro activo de la antigua concesionaria a la nueva. La sentencia, tras recordar la jurisprudencia del Tribunal, consistente en que en determinados sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una entidad económica, que puede mantener su identidad cuando el nuevo empresario no se limita a continuar con la actividad de que se trata, sino que se hace cargo de una parte esencial del personal, dispone lo siguiente." Sin embargo, no puede considerarse que el transporte por autobús sea una actividad que descansa fundamentalmente en la mano de obra, puesto que exige un material e instalaciones importantes (véase, para la misma afirmación en lo que respecta a la perforación de galerías mineras, la sentencia Allen y otros, antes citada, apartado 30). Por consiguiente, la inexistencia de transmisión del antiguo al nuevo concesionario de los elementos materiales del activo utilizados para la explotación de las líneas de autobuses de que se trata constituye una circunstancia que ha tomarse en consideración". Continúa la Sentencia: " Sin embargo, en un sector como el transporte público regular por autobús, en el que los elementos materiales contribuyen de forma importante al ejercicio de la actividad, el hecho de que no se transmitan del antiguo al nuevo concesionario en una medida significativa dichos elementos, que son indispensables para el buen funcionamiento de la entidad, debe conducir a considerar que ésta no conserva su identidad.

La sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 2004, recurso 899/00 , recoge la doctrina comunitaria en un supuesto en que un trabajador, que después de haber prestado servicios como peón para diversas empresas encargadas sucesivamente del servicio de mantenimiento de una Entidad Deportiva, no fue admitido a trabajar por la última empresa titular de la contrata, siendo de destacar que dicha empresa se había hecho cargo del resto del personal, entendiendo la Sentencia que en tal supuesto existía sucesión de plantilla, que constituye la sucesión de empresa regulada en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores .



De la doctrina contenida en las sentencias anteriormente consignadas se desprende que en aquellos sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una entidad económica, que puede mantener su identidad, cuando se produce una transmisión, y el nuevo empresario no sólo continúa con la actividad de que se trata, sino que también se hace cargo de una parte esencial del personal del anterior empresario. Por contra, si la actividad de que se trata no descansa fundamentalmente en la mano de obra, sino que exige material e instalaciones importantes, aunque se produzca la continuidad de la actividad por un nuevo empresario y éste asuma un número importante de trabajadores del anterior, no se considera que hay sucesión de empresa si no se transmiten los elementos materiales necesarios para el ejercicio de la actividad.

En el asunto ahora sometido a la consideración de la Sala, debe ponerse de relieve que la actividad a la que se dedica la empresa -prestación de servicios de mantenimientos de edificios, - es una actividad en la que cobra especial relevancia el elemento personal, la mano de obra al no requerir la aportación de materiales o instalaciones importantes, y ello también determina que la continuación de la actividad no suponga por sí sólo la existencia de sucesión empresarial, salvo, claro está, que la subrogación viniese impuesta por norma convencional o por las condiciones impuestas por la adjudicación del servicio.

Pues bien, aun admitiendo que en la sucesión en la prestación de servicios entra la empresa Ferrovial Servicios SA y Eulen concurriese los elementos exigidos por el artículo 44 de la Ley Estatutaria y, también por el artículo 48 G) del Convenio Colectivo sectorial, sin embargo ello no conduciría en el caso a la estimación del recurso en cuanto no podemos obviar el hecho de la obligación subrogatoria legal y convencional estaría limitada al personal adscrito al objeto de la contrata, lo que en el supuesto de la actora no se produce ya que a ella se le encomendaba tareas de auxiliar administrativa respecto de varias contrata, porque las labores administrativas exigidas por la contrata con el Ayuntamiento de Pamplona se encomendaron a otra trabajadora de la empresa Ferrovial Servicios, SA, concretamente a Doña María Rosa y, en todo caso, porque la actora sólo ocupó entre el 25 y el 37% de su jornada anual a desarrollar tareas relacionadas con la contrata con el Ayuntamiento, comprendiendo los periodos en los que era necesario que sustituyese a la Sra. María Rosa .

Por tanto, partiendo de la anterior premisa fáctica que no se ha logrado desvirtuar a través de los motivos de revisión fáctica, procede confirmar la sentencia recurrida al no derivarse obligación subrogatoria alguna para la codemandada Eulen, ni derivada del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores , ni del artículo 48 G) del Convenio sectorial ni, tampoco, del pliego de condiciones de la contrata adjudicada.

**CUARTO.-** Procede la condena en costas de la recurrente Ferrovial Servicios SA, incluidos los honorarios del Letrado de Eulen SA que fijamos en 450 euros (Artículo 235.1 L.R.J.S.)

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

## FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de Suplicación formulado por la representación Letrada de la empresa Ferrovial Servicios SA, interpuesto frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social Nº Tres de los de Navarra, en el Procedimiento Nº 941/11, seguido a instancia de Doña Inés , contra la recurrente, UTE Eulen SA-ON Demand SL, Eulen SA y On Demand SL, sobre Despido, confirmando la sentencia recurrida, con condena en costas a la recurrente, incluidos los honorarios del Letrado de Eulen SA, que fijamos en 450 euros.

Notifíquese a las partes y al Ministerio Fiscal la Sentencia dictada, con la advertencia que contra la misma, puede interponerse Recurso de Casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, anunciándolo a través de esta Sala por escrito, dentro de los DIEZ DIAS hábiles siguientes a su notificación, durante el cual tendrán a su disposición en la oficina judicial de esta Sala los autos para su exámen, debiendo la parte condenada si recurre y no tuviese reconocido el beneficio de justicia gratuita, constituir un depósito de 600 . en la cuenta que esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia tiene abierta en el Banco Español de Crédito (Banesto), (Sucursal de Cortés de Navarra nº 5) con el nº 3166 0000 66 0166.12, debiendo hacer entrega del resguardo acreditativo en la Secretaría de esta Sala al tiempo de preparar el recurso.

Firme que sea esta resolución, devuélvanse los autos al Juzgado de lo Social de procedencia con certificación de la misma, dejándose otra certificación en el rollo a archivar por esta Sala.

Así, por nuestra Sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.