



Roj: **STSJ M 451/2017 - ECLI:ES:TSJM:2017:451**

Id Cendoj: **28079340012017100061**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **20/01/2017**

Nº de Recurso: **911/2016**

Nº de Resolución: **45/2017**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **MARIA DEL ROSARIO GARCIA ALVAREZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 01 de lo Social

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

Teléfono: 914931977

Fax: 914931956

34002650

NIG : 28.079.00.4-2016/0014299

Procedimiento Recurso de Suplicación 911/2016

ORIGEN: Juzgado de lo Social nº 04 de Madrid Despidos / Ceses en general 340/2016

Materia : Despido

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID

SALA DE LO SOCIAL - SECCIÓN PRIMERA

Recurso número: 911/2016

Sentencia número: 45/2017

D

Ilmo. Sr. D. JUAN MIGUEL TORRES ANDRES

Ilmo. Sr. D. JAVIER JOSE PARIS MARIN

Ilma. Sra. Dña. ROSARIO GARCIA ALVAREZ

En la Villa de Madrid, a 20 de enero de 2017, habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección Primera de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, compuesta por la/los Ilma/os. Sra/es. citados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución española de 27 de diciembre de 1.978,

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 número 911/2016 formalizado por el Sr. Letrado D. JOSE ANTONIO SANCHEZ LOPEZ en nombre y representación de la mercantil ILUNION OUTSOURCING S.A., contra la sentencia de fecha 28/07/2016, dictada por el Juzgado de lo Social número 04 de MADRID , en sus autos número 340/2016,



seguidos a instancia de D. Antonio frente a la mercantil recurrente y SAGITAL S.A., en reclamación sobre DESPIDO, siendo Magistrada-Ponente la Ilma. Sra. Dña. ROSARIO GARCIA ALVAREZ, 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.- Se ejercita en la demanda de autos acción en reclamación sobre despido y cantidad, debiendo señalarse al respecto que con base a la prueba documental aportada en el acto de juicio oral, resulta acreditada la relación laboral, la antigüedad, el salario y la categoría profesional del demandante, según lo siguiente:

1. Antigüedad: 01/01/2013 (folios 29 a 30, 32 a 46)
2. Categoría: Auxiliar de servicios (folios 29 a 30, 32 a 46)
3. Salario: 953,17 euros brutos mensuales, con inclusión prorrateada de pagas extra, calculado como media de las últimas doce nóminas aportadas (folios 32 a 46)
4. El actor suscribe contrato con SAGITAL SA contrato de trabajo de duración determinada de obra o servicios a tiempo completo en fecha 1/01/2013, para la realización del servicio como auxiliar de Avanza Villaverde sito en la calle San Norberto, nº 48-50 Polígono Industrial Marconi en Madrid (folios 29 y 30).

SEGUNDO.- Por escrito de fecha 24/02/2016 (folio 31 y 49), que se da por reproducido, la demandada SAGITAL, SA comunica al actor, en síntesis, que con fecha 1/03/2016 se ha adjudicado a la empresa ILUNION BUSINESS & FACILITY SERVICES el contrato de arrendamiento de servicios auxiliares en las instalaciones de Grupo Avanza; Alisa Villaverde, y que será subrogado a partir del día 1/03/2016 pasando a formar parte de la plantilla de la empresa ILUNION BUSINESS & FACILITY SERVICES

TERCERO.- Por escrito de fecha 24/02/2016 (folio 50) dirigido por SAGITAL SA a ILUNION BUSINESS & FACILITY SERVICES, que se da por reproducido, se manifiesta por SAGITAL, SA, en síntesis, que se hace entrega de la documentación relativa al personal que presta servicios en las instalaciones de Grupo Avanza, Alisa Villaverde y Estación Sur de Autobuses de conformidad con lo establecido en el art. 44 del ET

CUARTO.- Por escrito de fecha 26/02/2016 (folios 52 y 53), que se da por reproducido, ILUNION OUTSOURCING, SA comunica al departamento de RRHH de SAGITAL SA, en síntesis, que rechazan la subrogación y que no serán subrogados ya que no existe sucesión de empresa

QUINTO.- Con fecha 29/02/2016 (folios 54 y 55) SAGITAL SA remite burofax a ILUNION OUTSOURCING & FACILITY SERVICES, SA, que se da por reproducido, comunicándole en síntesis, que si opera lo regulado en el art. 44 del ET, dado que dichos servicios y el personal adscrito a los mismos vienen detallados en el pliego de condiciones administrativas y prescripciones técnicas, confirmando que los trabajadores causarán baja en SAGITAL por esta causa el día 29/02/2016.

SEXTO.- Con fecha 29/02/2016 el actor remite burofax a ILUNION BUSINESS & FACILITY SERVICES (folios 6 a 8), que se da por reproducido, en el que comunica, en síntesis, que habiendo recibido comunicación el 25 de febrero por SAGITAL en la que le indican que a partir del día 1/03/2016 pasa subrogado a la empresa ILUNION BUSINESS & FACILITY SERVICES, solicita se le comunique por escrito cual será su situación contractual.

SÉPTIMO.- Con fecha 29/02/2016 ILUNION OUTSOURCING, SA remite burofax al actor (folios 9 y 10), que se da por reproducido, en el que le comunica, en síntesis, que con fecha 26 de febrero enviaron burofax a la empresa SAGITAL comunicándoles que rechazaban la subrogación

OCTAVO.- Con fecha 24/02/2016 la demandada ILUNION OUTSOURCING, SA suscribe contrato de arrendamiento de servicios auxiliares por el que ILUNION OUTSOURCING, SA se hace cargo del servicio de auxiliar de Avanza Villaverde sito en la calle San Norberto, nº 48-50 Polígono Industrial Marconi en Madrid, donde consta anexado al contrato el pliego de condiciones administrativas y pliego de prescripciones técnicas, y en el Anexo III de Personal adscrito al servicio, figurando para el servicio de auxiliar de Avanza Villaverde sito en la calle San Norberto, nº 48-50 Polígono Industrial Marconi en Madrid, un auxiliar de servicios con fecha



de antigüedad 1/01/2013, que se identifica por la fecha de antigüedad con el trabajador D. Antonio (folios 101 a 117)

NOVENO.- Las demandadas SAGITAL, SA y ILUNION OUTSOURCING, SA adeudan al actor la cantidad de 748,20 euros brutos, con el siguiente desglose:

- PP Paga extra julio: 498,80 euros brutos
- PP Paga extra Navidad: 124,70 euros brutos
- Vacaciones no disfrutadas: 124,70 euros brutos

DÉCIMO.- Se ha celebrado la perceptiva conciliación con el resultado que obra en autos.

TERCERO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

"Que debo dictar sentencia con los siguientes pronunciamientos:

1.- Que estimando la demanda de despido improcedente interpuesta por D. Antonio contra SAGITAL, SA y ILUNION OUTSOURCING, SA, debo declarar y declaro la improcedencia del despido de fecha 29 de febrero de 2016 del que el demandante fue objeto, condenando a ILUNION OUTSOURCING, SA a estar y pasar por esta declaración, así como a que en el plazo de cinco días desde la notificación de esta sentencia opte entre la readmisión del trabajador, o abonarle una indemnización de 3.320,21 euros, conforme lo establecido en el fundamento de derecho sexto. Se advierte a la empresa demandada que de no optar por la indemnización lo hace por la readmisión. Si se produjese la readmisión se deberán abonar los salarios de tramitación desde el despido hasta la fecha de notificación de la presente resolución, en la cuantía de 31,77 euros por día, absolviendo a SAGITAL SA de la acción del despido.

2.- Que estimando la reclamación de cantidad interpuesta por D. Antonio contra SAGITAL, SA y ILUNION OUTSOURCING, SA, debo condenar y condeno solidariamente a SAGITAL, SA y ILUNION OUTSOURCING, SA a abonar a D. Antonio la cantidad de 748,20 euros brutos, por los conceptos que se detallan en el hecho probado noveno".

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte DEMANDADA, 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 de Madrid, tuvieron los mismos entrada en esta Sección Primera en fecha 27/10/2016 dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación forma.

SEXTO: Nombrado Magistrado-Ponente, se dispuso el pase de autos al mismo para su conocimiento y estudio en fecha 04/01/2017 señalándose el día 18/01/2017 para los actos de votación y fallo.

SEPTIMO: En la tramitación del presente recurso de suplicación no se ha producido ninguna incidencia.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: La sentencia de instancia es objeto de un único motivo de recurso formulado al amparo del apartado c) del art. 193 de la LJS. En él se alega la infracción de lo establecido en los artículos 44, 49.k, 54 y 55 del ET.

La línea argumental de la empresa recurrente parte de la aceptación de los hechos probados para, a continuación, destacar que la contrata en la que ha entrado incluía tanto servicios de vigilancia como auxiliares, siendo los segundos los únicos que se le han adjudicado. Añade que desconoce quiénes son las empresas adjudicatarias de los servicios de vigilancia aunque seguidamente señala, con aparente conocimiento de causa, que todas las empresas de seguridad se han subrogado en todas las relaciones laborales de los trabajadores adscritos al servicio por existir una obligación convencional. Desde su punto de vista al no existir en el pliego de condiciones contractuales una obligación de subrogación ni previsión convencional, no es posible dar entrada al art. 44 ET a la condena solidaria en la sentencia con la anterior adjudicataria ahora codemandada que se establece en la sentencia para la reclamación de cantidad.

SEGUNDO: Reproducimos a continuación parte de la STS de 5 de marzo de 2013, rec. 3984/11 :

«La doctrina general sobre la subrogación en las relaciones de trabajo establecida en el artículo 44 ET se puede resumir distinguiendo de un lado los puntos que se refieren al hecho o acto de la transmisión de empresa y de otro lado los relativos al objeto de dicha transmisión.



En cuanto al objeto de la transmisión en los supuestos de sucesión de empresa, deben destacarse aquí los siguientes puntos de nuestra doctrina jurisprudencial:

- 1) el objeto de la transmisión ha de ser "un conjunto organizado de personas y elementos que permita el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio";
- 2) dicho objeto "no entraña necesariamente elementos significativos de activo material o inmaterial" reduciéndose "en determinados sectores económicos como los de limpieza y vigilancia" "a su mínima expresión", en tanto en cuanto "la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra";
- 3) de lo anterior se desprende que "un conjunto organizado de trabajadores que se hallan específicamente destinados de forma duradera a una actividad común puede constituir una entidad económica [objeto de la transmisión determinante de la sucesión de empresa] cuando no existen otros factores de producción";
- 4) por el contrario, no se considera que hay sucesión de empresa "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";
- 5) el mantenimiento de la identidad del objeto de la transmisión supone que la explotación o actividad transmitida "continúe efectivamente" o que luego "se reanude".

En cuanto a los hechos o actos de transmisión los puntos doctrinales a destacar para la decisión del caso son los siguientes:

- 6) La expresión del artículo 44.1 ET "transmisión de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva" es equivalente a la expresión del artículo 1 a) de la Directiva comunitaria vigente "traspaso de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o centros de actividad";
- 7) el acto o hecho de "transmisión de un conjunto de medios organizados" no requiere necesariamente que haya transmisión de elementos patrimoniales del cedente al cesionario;
- 8) tampoco es imprescindible que exista en la transmisión de empresas o unidades productivas una vinculación contractual directa entre cedente y cesionario, vinculación o tracto directo que tiene un mero valor indiciario de la existencia de sucesión de empresa;
- 9) puede producirse, por tanto, la cesión o transmisión de empresas o unidades productivas a través o por mediación de un tercero propietario, arrendador, o dueño de la obra.

Dos puntos doctrinales más de carácter general conviene reseñar de la jurisprudencia en la materia, que se desprenden en realidad de los anteriores, pero que no está de más resaltar para la solución del caso controvertido o de otros semejantes:

- 10) para determinar en un supuesto concreto si se reúnen los requisitos necesarios para las transmisión de una empresa o unidad productiva "han de tomarse en consideración todas las circunstancias de hecho características de la operación de que se trate", entre ellos "el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate", "el que se hayan transmitido o no elementos materiales como edificios o 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", "el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión" y "la duración de una eventual suspensión de dichas actividades";
- 11) la obligación de subrogación en las relaciones de trabajo ("sucesión de empresa") generada en los supuestos normativos reseñados de la normativa comunitaria y del artículo 44 ET opera por imperativo de la ley (*ope legis*), sin requerir la existencia de un acuerdo expreso entre las partes del contrato de trabajo.

(...)

Sobre la base de la compleja doctrina sobre la sucesión de empresa resumida en los puntos anteriores se ha construido la teoría denominada de la "sucesión de plantillas", de acuerdo con la cual se da el supuesto de hecho legal de la sucesión de empresa en los casos de sucesión de contratas o concesiones de servicios en que concurren determinadas circunstancias o requisitos.

El supuesto particular de sucesión de contratas o concesiones con "sucesión de plantillas" se caracteriza por la presencia de las siguientes relaciones y circunstancias entre personas físicas y/o jurídicas: A) una empresa contratista o adjudicataria de servicios ("empresa entrante") sucede a la que desempeñaba anteriormente tales servicios o actividades ("empresa saliente") por cuenta o a favor de un tercero (empresa "principal" o entidad "comitente"); B) la sucesión de contratas o adjudicaciones se ha debido a que la empresa o entidad



comitente ha decidido dar por terminada su relación contractual con la "empresa saliente", encargando a la "empresa entrante" servicios o actividades sustancialmente iguales a los que desarrollaba la contratista anterior; C) la "empresa entrante" ha incorporado al desempeño de los servicios o actividades objeto de la contrata o adjudicación a un parte importante, cualitativa o cuantitativamente, de la plantilla de trabajadores de la "empresa saliente"; y D) el activo principal para el desempeño de los servicios o actividades objeto de la contrata es la "mano de obra" organizada u organización de trabajo».

TERCERO: Una vez establecidas las líneas jurisprudenciales básicas, acierta el recurrente cuando señala que no existe obligación convencional alguna de asumir a los trabajadores por mucho que ambas empresas se dediquen a la misma actividad. Por otro lado, sabido es que en la contrata el contratista no adquiere empresa alguna pues aquella es el contrato por el que una empresa se compromete a prestar a otra un servicio a cambio de un precio o a ejecutar la obra que se le encomienda, sin adquirir una empresa o una actividad productiva autónoma en el sentido del art. 44-1 del E.T. porque nada se transmite a quien celebra un contrato de arrendamiento de obra o de servicios.

Ahora bien, situación distinta es que exista una sucesión de plantillas cuando, como en los servicios auxiliares examinados, la actividad descansa, esencialmente, en el factor humano, en la organización y dirección de la actividad del personal cualificado que se emplea en la ejecución del servicio contratado (en la ejecución de la contrata). En los supuestos de sucesión de plantillas las obligaciones que impone el artículo 44 del E.T. operan en el ámbito en que esta sucesión tenga lugar, esto es a nivel de empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma en la que se asuma la mayor parte de la plantilla (SSTS 9-7- 2014, rec. 1201/13 , y 10-7-2014, rec. 1051/13).

Es cierto que la recurrente no ha asumido plantilla. Sin embargo, esta decisión es incorrecta porque la obligación de asunción de plantilla en el presente supuesto es contractual como se comprueba al examinar el Pliego de condiciones administrativas y prescripciones técnicas, en cuyo apartado 5.6 se establece que la presentación de la oferta implica la aceptación de todas las condiciones establecidas en el pliego y en sus anexos y en cualquier otra documentación complementaria que el comitente pudiera publicar y/o comunicar durante el desarrollo del proceso. Entre los Anexos se encuentra el III relativo al personal adscrito al servicio tanto de seguridad como de servicios auxiliares con referencia a sus condiciones laborales lo que, con toda obviedad, implica la obligación contractual de asunción de plantilla que fue aceptada como integrante del pliego en el momento de presentar la oferta y, posteriormente, al suscribir el contrato. Es así, porque no otro sentido puede tener la inclusión del Anexo III ya que, en caso contrario (no existir sucesión de plantilla vía contractual) hubiera bastado con la inclusión del anexo I (prescripciones técnicas).

No yerra pues la sentencia cuando condena a la recurrente por haber operado un despido. Se desestima el recurso.

FALLAMOS

Desestimando el recurso de suplicación formulado por ILUNION OUTSOURCIG S.A. debemos confirmar y confirmamos la sentencia de instancia. Se condena a la recurrente a la pérdida del depósito constituido para recurrir, dándose al mismo y a la consignación el destino legal, así como a las costas, fijándose en 500 euros el importe de de cada uno de los honorarios de las partes contrarias intervinientes en el recurso.

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 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

Hágaseles saber a los antedichos, sirviendo para ello esta misma orden, que contra la presente sentencia pueden, si a su derecho conviene, interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina, que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social de Madrid dentro del improrrogable plazo de los diez días laborales inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia de acuerdo con los establecido, más en concreto, en los artículos 220 , 221 y 230 de la LRJS .

Asimismo se hace expresa advertencia a todo posible recurrente en casación para unificación de esta sentencia que no goce de la condición de trabajador o de causahabiente suyo o de beneficiario del Régimen Público de la Seguridad Social o del beneficio reconocido de justicia gratuita, deberá acreditarse ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso el ingreso en metálico del depósito de 600 euros conforme al art. 229.1 b) de la LRJS y la consignación del importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente, en la cuenta corriente número 2826000000 nº recurso que



esta Sección Primera tiene abierta en el Banco de Santander, sita en el Paseo del General Martínez Campos nº 35, 28010 de Madrid.

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: 2826000000 (nº recurso).

Pudiéndose, en su caso, sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento de dicha condena mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvanse los autos originales, para su debida ejecución, 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.

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior sentencia el , por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal, doy fe.