



Roj: **STSJ M 802/2017 - ECLI:ES:TSJM:2017:802**

Id Cendoj: **28079340022017100157**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **2**

Fecha: **08/02/2017**

Nº de Recurso: **1024/2016**

Nº de Resolución: **124/2016**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **MIGUEL MOREIRAS CABALLERO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

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

34001360

NIG : 28.079.00.4-2016/0004326

Procedimiento Recurso de Suplicación 1024/2016-s

ORIGEN:

Juzgado de lo Social nº 27 de Madrid Despidos / Ceses en general **124/2016**

Materia : Despido

Sentencia número: **124/2016**

Ilmos. Sres

D. /Dña. MIGUEL MOREIRAS CABALLERO

D. /Dña. MANUEL RUIZ PONTONES

D. /Dña. SANTIAGO EZEQUIEL MARQUÉS FERRERO

En Madrid a 8 de febrero de dos mil diecisiete 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 1024/2016, formalizado por el/la LETRADO D. /Dña. JAVIER GALAN FECED en nombre y representación de D. /Dña. Hermenegildo , contra la sentencia de fecha 28.6.2016 dictada por el Juzgado de lo Social nº 27 de Madrid en sus autos número Despidos / Ceses en general **124/2016**, seguidos a instancia de D. /Dña. Hermenegildo frente a CLECE SA y MANTENIMIENTO Y MONTAJES INDUSTRIALES SA, en reclamación por Despido, siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo./Ilma. Sr./Sra. D. /Dña. MIGUEL MOREIRAS CABALLERO, 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.- El demandante Hermenegildo , con. D.N.I. núm. NUM000 ha prestado servicios laborales por cuenta y órdenes de la empresa demandada CLECE SA con antigüedad de 22-1-2008 ostentando la categoría profesional de OFICIAL 1º climatizador y percibiendo un salario bruto mensual de 1.530,11.-euros incluido el prorrateo de pagas extraordinarias.-No controvertido.

SEGUNDO.- La relación laboral se instrumentó mediante contrato temporal de obra o servicio cuyo objeto era "Mantenimiento del edificio e instalaciones técnicas con destino al Centro de Humanidades y Ciencias Sociales del CSIC nºExp NUM001 ".

El actor prestó sus servicios durante la vigencia de su relación laboral, en el centro de trabajo perteneciente al Consejo Superior de Investigaciones Científicas como oficial de 1ª -No controvertido-.

TERCERO.- La mercantil CLECE SA era la adjudicataria para la prestación del servicio de Mantenimiento del Edificio e Instalaciones del CSIC mediante sucesivos contratos de prestación de servicios el último de los cuales finalizaba el 31-12- 2015. Doc. 2 CLECE.

En la prestación del servicio de mantenimiento CLECE tenía destinados a 8 trabajadores.

CUARTO.- Con fecha de 15-12-2015, el demandante recibió carta de la empresa por la que procedía a la extinción de la relación laboral al amparo del art 52 c) del ET con efectos de 31-12-2015 cuyo contenido por obrar doc. 4 de CLECE se da aquí por reproducido a efectos de integrar este hecho probado.

De los 8 trabajadores de CLECE, cuando finalizó la contrata, tres permanecieron en la plantilla de CLECE, otros 3 pasaron a la plantilla de la nueva adjudicataria MASA y dos, entre ellos el actor fueron despedidos.

No controvertido y Doc. 6 de las demandadas.

QUINTO.- La mercantil MANTENIMIENTOS Y MONTAJES INDUSTRIALES SA, resultó adjudicataria para la prestación de servicios de Mantenimiento del Edificio e Instalaciones del CSIC a partir del 1-1-2016. Doc. 1

Para la prestación de dicho servicio MASA tiene destinados a 9 trabajadores de los cuales tres habían pertenecido a la empresa CLECE. Doc. 6.

SEXTO.-Con fecha 13 1 2015 el demandante remitió carta a la empresa MASA comunicando que dado que era la nueva adjudicataria de la prestación del servicio de mantenimiento en el CSIC entendía que debía ser subrogado por lo que les requería que le comunicaran la forma de proceder para ello pues en caso contrario entendería que han procedido al despido y ejercería las acciones oportunas. Doc. 4 actor.

SEPTIMO.- La mercantil CLECE realizó oferta de contrato de trabajo para 14 puestos de oficial polivalente en prácticas. Doc. 11 actor.

OCTAVO.- El demandante no ostenta ni ha ostentado cargo de representación legal o sindical de los trabajadores.

NOVENO.- Se agotó la vía administrativa previa.

TERCERO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: "Que **desestimando** la demanda interpuesta por Hermenegildo contra CLECE SA, MANTENIMIENTOS Y MONTAJES INDUSTRIALES SA, debo declarar y declaro procedente la extinción del contrato del trabajador demandante con efectos de 31-12-2015 con derecho a la indemnización prevista en el art. 53.1 ET que consolida al haberla ya percibido, absolviendo a las demandadas de las peticiones formuladas en su contra."

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte DEMANDANTE, D. /Dña. Hermenegildo , 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 08.2.2017 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 .- Contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 27 de esta ciudad en autos núm. **124/2016**, ha interpuesto recurso de suplicación el Letrado del demandante al amparo de lo dispuesto en el artículo 193 b) y c) de la LRJS, alegando tres motivos de recurrir: el primero interesa que se añada un nuevo hecho probado de ordinal décimo al relato fáctico de la resolución impugnada con la siguiente redacción:

"De acuerdo con la página web propiedad de la codemandada, (www.clece.es), CLECE S.A., es "una compañía que, en más de dos décadas, se ha convertido en la empresa multiservicios de referencia en España, con una tasa anual de crecimiento del 10% en los últimos doce años" y tiene "un crecimiento anual de plantilla del 4,7 % respecto al año anterior" y una plantilla más de 70.000 trabajadores".

En el segundo *"se propone añadir un undécimo hecho probado de la sentencia con la siguiente redacción: el demandante tiene el título de Técnico de montaje y mantenimiento de instalaciones de frío, climatización y calor, así como el carnet profesional de mantenedor e instalador de instalaciones de frío y calor.*

Además, ha realizado las siguientes acciones formativas:

- Operador de plataformas elevadores móviles de personal (según norma UNE58923)
- Operador de trabajos en altura
- Montador de andamios avanzado".

El tercero alega la infracción de los artículos 51, 52 y 53 del E.T., que considera que se han aplicado indebidamente en la instancia.

SEGUNDO .- Para que los motivos de recurrir en suplicación por la vía del apartado b) del artículo 193 de la LRJS puedan ser estimados no es suficiente para que estén acreditados documental y/o pericialmente en los autos sino que han de tener relevancia para el fallo del litigio. En el presente caso el contenido de los dos nuevos hechos que con ordinales décimo y undécimo interesa la parte recurrente que se añadan al relato fáctico de la sentencia del Juzgado no son necesarios y por ello no tienen transcendencia para el fallo del litigio que puede y debe ser resuelto con los hechos declarados probados en la sentencia del Juzgado, del primero al octavo, que no han sido impugnados y ya son firmes, constitutivos de un supuesto de aplicación de las normas legales sustantivas suficiente e idóneo. Lo que impide estimar los motivos primero y segundo del recurso.

TERCERO .- Aunque el demandante alega la infracción de los artículos 51, 52 y 53 del Estatuto de los Trabajadores, lo que sería aplicable la decisión de CLECE S.A., de extinguir su contrato de trabajo temporal por obra o servicio determinado: el mantenimiento del edificio e instalaciones técnicas del Centro de Humanidades y Ciencias Sociales perteneciente al CSIC, sito en la calle Albasanz nºs 26 y 28 de Madrid, cuando cesó en la contrata el 31.12.2015 pasando a encargarse de la misma desde el 1.1.2016 la empresa codemandada Mantenimiento y Montajes Industriales S.A. en el suplico de la demanda solicita que *" se declare la improcedencia del despido, condenando a las demandadas a optar por indemnizar el trabajador con la indemnización establecida para el despido improcedente o reincorporarle a su puesto de trabajo y en cualquiera de los dos casos al abono de los salarios dejados de percibir..."*.

Esta pretensión comprende la actuación de ambas empresas y si a la primera, CLECE S.A., le puede ser de aplicación la doctrina jurisprudencial contenida en las sentencias del Tribunal Supremo que cita en su escrito de recurso de las que transcribimos la siguiente:

"Es cierto que una doctrina clásica ha señalado que la pérdida de una contrata implica una causa productiva que puede fundar la extinción del contrato. Pero se han introducido importantes matizaciones; así indica la STS 31/1/2008 citada que "es cierto que esta doctrina es de muy dudosa aplicación en aquellas empresas cuya actividad consiste en la prestación de servicios a otras empresas mediante las correspondientes contratas, toda vez que la finalización o terminación de estas contratas, que normalmente produce la amortización de puestos de trabajo, es una situación que se da habitualmente en la actuación de dichas empresas; por lo que no parece aceptable estimar que esas situaciones constituyen o suponen en estos casos "dificultades que impidan el buen funcionamiento de la empresa".

La razón de la reserva final de la sentencia citada, reiterada por ejemplo en la STS 7/6/2007 en los mismos términos, deriva de que en las empresas cuya actividad habitual consiste en la celebración de contratas que



pueden ganarse o perderse de forma aleatoria, y en que es normal la sustitución de unas por otras, la pérdida de unas contrataciones -sin consideración a la ganancia de otras- no es el supuesto contemplado por la norma, que exigía la existencia de "dificultades que impidan el buen funcionamiento de la empresa", dificultades que no existen por la sustitución normal de unas contrataciones por otras. En tales casos, convalidar la extinción del contrato podría conllevar la convalidación de un fraude de ley, pues no es el caso de la sustitución de una contratación por la otra contemplado por la norma, sino en todo caso la disminución global y persistente de éstas, de modo que a la empresa le sea imposible por el desequilibrio entre la mayor cantidad de contrataciones perdidas y consiguiente volumen de trabajo afectado, frente al volumen de contrataciones ganadas, mantener el mismo volumen de empleo que anteriormente tenía.

En tales casos no es pues suficiente el constatar la pérdida de una contratación, sin referencia alguna a las ganancias de otras, sino que es necesario acreditar la existencia de un volumen menor de contrataciones y del consiguiente empleo contratado, pues solo así es posible atender a la finalidad de la ley de declarar la procedencia del despido objetivo cuando existen dificultades que impidan el buen funcionamiento de la empresa, y su improcedencia en caso contrario. La sustitución de unas contrataciones por otras, y la consiguiente pérdida y ganancia de volumen de empleo consiguiente no cae bajo la previsión de la ley, pues en tal caso en definitiva no queda afectado el buen funcionamiento de la empresa, sino que al contrario forma parte de su funcionamiento ordinario

(...)

En tales supuestos se ha declarado que no es razonable el despido de un trabajador por causa de la pérdida de una contratación, si existe a la vez numerosas nuevas contrataciones para cubrir puestos vacantes en la empresa, caso en el que se produce en realidad una sustitución de trabajadores antiguos por otros nuevos, antes que una auténtica extinción de contrato por causa objetiva, que obligue a la empresa a extinguir los contratos.

Así la STS 21/12/2012 declara que "es cierto que esta Sala en sentencia de 29 de noviembre de 2010, recurso 387/09, entendió que no procedía la amortización del puesto de trabajo del actor por causas organizativas -prestaba servicios en un espacio de la estación de ferrocarril de Sants, arrendado por ADIF a la empresa Global Game Machine Corporation SA, dedicada a la actividad de máquinas recreativas- por el hecho de que ADIF rescindiera el contrato de arrendamiento de dicho local, teniendo en cuenta las especiales circunstancias concurrentes cual son que por las mismas fechas del despido la empresa había efectuado numerosas contrataciones. La sentencia razona: "el art. 52.c ET subordina la decisión extintiva, como decíamos, a la «necesidad... de amortizar», de forma que con la medida se contribuya a «superar las dificultades» de la empresa, y éstas -como señalamos más arriba- únicamente pueden invocarse con eficacia cuando no sean superables con otra «medida racional» en orden a la eficacia productiva y -por ello- no se presenten simple medio para aumentar el «beneficio empresarial». Pues bien, esta doctrina hace de muy difícil justificación la «necesidad de amortizar» un determinado puesto de trabajo cuando -como en el caso objeto de litigio- en la misma empresa existen numerosas vacantes o se van a crear otros puestos, y simultánea o posteriormente pasan a cubrirse con la contratación de nuevos trabajadores. "Continúa razonando la sentencia: "Con ello está claro que en el caso de que tratamos no se traslada el problema -las dificultades empresariales- de un centro de trabajo a otro, porque si bien la empresa no tenía la obligación ex lege de buscar necesario acomodo al trabajador afectado, de todas formas lo que sí afirmamos es que en el presente caso ha de darse prioridad al traslado (voluntario para el trabajador) frente a la masiva contratación de trabajadores ajenos. Y aunque ciertamente esta obligación -trasladar, antes que contratar- no figure expresamente en la norma, entendemos que puede colegirse de su propio texto, puesto que habla de «superar las dificultades que impidan el buen funcionamiento de la empresa» y en todo caso es consecuencia de la interpretación jurisprudencia/ sobre la racionalidad de la medida a adoptar, que - como decíamos- está ausente en un supuesto tan singular como el presente."

Aunque como se ha manifestado al inicio de este Fundamento de Derecho, esta doctrina jurisprudencial actual avala la pretensión del actor de que se declare que la sentencia del Juzgado ha infringido los artículos 51, 52 y 53 del E.T., también hay que tener en cuenta lo sucedido a partir del 01.01.2016 en que la empresa codemandada MANTENIMIENTO Y MONTAJES INDUSTRIALES S.A., se hizo cargo sin solución de continuidad de los servicios de mantenimiento del edificio del CSIC, así como de sus instalaciones técnicas que hasta entonces había venido realizando CLECE SA. Con ocho trabajadores de su plantilla, de los cuales tres permanecerán en la plantilla de CLECE S.A., otros tres pasarán a la plantilla de MANTENIMIENTO Y MONTAJES INDUSTRIALES S.A.; y otros dos, incluido el actor, fueron despedidos.

Para la prestación de dicho servicio esta última empresa emplea a nueve trabajadores. Y hay que tener en cuenta estos datos de hecho probados porque configuran el supuesto de aplicación de la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativos al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad. En este caso concreto se trata del centro de actividad consistente en el edificio del CSIC de cuyo mantenimiento se "INDUSTRIALES S.A., desde el 1.1.2016.



En su artículo 3, nºs 1,2 y 3 dispone la Directiva que :

1."Los derechos y obligaciones que resulten para el cedente de un contrato de trabajo o de una relación laboral existente en la fecha del traspaso, serán transferidos al cesionario como consecuencia de tal traspaso.

Los Estados miembros podrán establecer que, después de la fecha del traspaso, el cedente y el cesionario sean responsables solidariamente de las obligaciones que tuvieran su origen, antes de la fecha del traspaso, en un contrato de trabajo o en una relación laboral existentes en la fecha del traspaso.

2. Los Estados miembros podrán adoptar las medidas necesarias para garantizar que el cedente notifique al cesionario todos los derechos y obligaciones que, en virtud del presente artículo, se transferirán al cesionario, en la medida en que en el momento del traspaso el cedente no notifique al cesionario alguno de estos derechos u obligaciones, ello no afectará al traspaso del derecho o de la obligación ni a los derechos de los trabajadores frente al cesionario o al cedente en relación con dicho derecho u obligación.

3. Después del traspaso, el cesionario mantendrá las condiciones de trabajo pactadas mediante convenio colectivo, en los mismos términos aplicables al cedente, hasta la fecha de extinción o de expiración del convenio colectivo, o de la entrada en vigor o de aplicación de otro convenio colectivo".

Y en su artículo 4.1. dice: *"El traspaso de una empresa, de un centro de actividad o de una parte de éstos no constituirá en sí mismo un motivo de despido para el cedente o para el cesionario. Esta disposición no impedirá los despidos que puedan producirse por razones económicas, técnicas o de organización que impliquen cambios en el plano del empleo".*

De la aplicación de ambas normas legales al presente caso hay que concluir que el demandante fue despedido de forma improcedente el día 31.12.2015 y son responsables solidarios del despido ambas empresas codemandadas, que deberán optar en el plazo de cinco días desde la notificación de esta sentencia entre readmitir al actor en su puesto de trabajo abonándole los salarios de tramitación dejados de percibir desde la fecha del despido o indemnizarle con la suma de (50,30 euros x 350 días = 15.341 euros) QUINCE MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y UN EUROS.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que estimando en parte el recurso de suplicación interpuesto por el Letrado del demandante contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 27 de esta ciudad en autos núm. **124/2016**, debemos revocar y revocamos la resolución impugnada dejándola sin efecto y, en su lugar, estimando la demanda formulada por D. Hermenegildo contra CLECE S.A. y desestimándola frente a MANTENIMIENTO Y MONTAJES INDUSTRIALES S.A., debemos declarar y declaramos la improcedencia del despido de que fue objeto el actor por parte de CLECE S.A. el día 31.12.2015, y debemos condenarla y la condenamos a que en el plazo de cinco días desde que les sea notificada esta sentencia opte entre la readmisión del actor en su puesto de trabajo con las mismas condiciones laborales que tenía antes del despido, así como el abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido o la indemnización con la suma de 15.341 euros (QUINCE MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y UN EUROS); absolviendo libremente a MANTENIMIENTO Y MONTAJES INDUSTRIALES SA de las pretensiones frente a la misma formuladas.

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 2827-0000-00-1024-16 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- 1024-16.

Una vez adquiriera 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.

PUBLICACIÓN

Publicada y leída fue la anterior sentencia en el día de su fecha por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado-Ponente en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ