



Roj: **STSJ AND 4446/2017 - ECLI:ES:TSJAND:2017:4446**

Id Cendoj: **41091340012017100890**

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

Sede: **Sevilla**

Sección: **1**

Fecha: **27/04/2017**

Nº de Recurso: **1728/2016**

Nº de Resolución: **1278/2017**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **MARIA ELENA DIAZ ALONSO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Recurso nº 1728/2016 S Sentencia nº **1278/2017**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA

SALA DE LO SOCIAL

SEVILLA

DOÑA MARIA ELENA DIAZ ALONSO.

DOÑA MARIA GRACIA MARTINEZ CAMARASA

DON JOSE JOAQUIN PEREZ BENEYTO ABAD

En Sevilla, a veintisiete de abril de dos mil diecisiete.

La Sala de lo Social de Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, compuesta por los lltmos. Sres. Magistrados citados al margen,

EN NOMBRE DEL REY, ha dictado la siguiente

SENTENCIA NÚMERO 1278/2017

En el recurso de suplicación interpuesto por UNION TEMPORAL DE EMPRESAS DALKIA ENERGIA Y SERVICIOS S.A. Y ANDALUZA DE ELECTRICIDAD Y AIRE ACONDICIONADO S.L., contra la sentencia del Juzgado de lo Social 2 de Sevilla, en sus autos núm. 643/13, ha sido Ponente la lltma. Sr^a. Magistrada Doña MARIA ELENA DIAZ ALONSO.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Según consta en autos, se presentó demanda por D. Benedicto contra Andaluza de Electricidad y Aire Acondicionado S.L.; Dalkia Energía y Servicios S.A. y Elimco Soluciones Integrales S.A., sobre Despido, se celebró el juicio y se dictó sentencia el día 8 de enero de 2014 por el referido Juzgado, con estimación de la demanda.

SEGUNDO.- En la citada sentencia y como hechos probados se declararon los siguientes:

1º) El demandante, Benedicto, ha venido prestando servicios por cuenta de la empresa co-demandada ELIMCO SOLUCIONES INTEGRALES, S.A. y adscrito, de forma exclusiva, a la prestación del servicio de Mantenimiento Integral del Hospital San Juan de Dios de Bormujos (Sevilla), con la categoría profesional de Oficial de 1ª y percibiendo un salario mensual de 1.832,64 Euros, incluida la parte proporcional de pagas extras.

2º) La relación laboral que unía al actor con la empresa co-demandada ELIMCO SOLUCIONES INTEGRALES, S.A. se convirtió en indefinida con fecha 25-11-08 (*folio nº 55 de las actuaciones, incluido en el ramo de prueba documental de la parte actora y, también, documento nº 1 del ramo de prueba documental de la parte co-demandada ELIMCO SOLUCIONES INTEGRALES, S.A., correspondiente con los folios nº 346 y 347 de las actuaciones*).



3º) Mediante comunicación escrita de fecha 15-04-13, la empresa co-demandada ELIMCO SOLUCIONES INTEGRALES, S.A. notifica al trabajador demandante que " (...) *la relación laboral con esta empresa finaliza el próximo día 30 de abril de 2013, debido a la finalización del contrato de servicios del Mantenimiento del Hospital San Juan de Dios, siendo dicho servicio prestado por la empresa que resultase adjudicataria del servicio a partir del día siguiente a la finalización antedicha*" (folio nº 51 de las actuaciones, incluido en el ramo de prueba documental de la parte actora y, también, documento nº 4 del ramo de prueba documental de la parte co-demandada ELIMCO SOLUCIONES INTEGRALES, S.A., correspondiente con el folio nº 354 de las actuaciones) .

4º) Mediante comunicación escrita de fecha 16-04-13, la empresa co-demandada ELIMCO SOLUCIONES INTEGRALES, S.A. notifica al trabajador demandante que " (...) *la nueva adjudicataria del servicio, la Unión Temporal de Empresas constituida por "ANDALUZA DE ELECTRICIDAD Y AIRE ACONDICIONADO, S.L." y "DALKIA ENERGÍA Y SERVICIOS, S.A." deberá contactar con Vd. para comunicarle el proceso de subrogación*" (folio nº 52 de las actuaciones, incluido en el ramo de prueba documental de la parte actora y, también, documento nº 4 del ramo de prueba documental de la parte co-demandada ELIMCO SOLUCIONES INTEGRALES, S.A., correspondiente con el folio nº 355 de las actuaciones) .

5º) Mediante comunicación escrita de fecha 18-04-13 y en relación con la finalización el día 30-04-13 del servicio que venía prestándose por la co- demandada ELIMCO SOLUCIONES INTEGRALES, S.A. en el Mantenimiento Integral del Hospital San Juan de Dios de Bormujos (Sevilla) , ésta remite a la empresa co-demandada DALKIA ENERGÍA Y SERVICIOS, S.A. la "*documentación relativa a los trabajadores de dicho servicio*" . (documento nº 6 del ramo de prueba documental de la parte co-demandada ELIMCO SOLUCIONES INTEGRALES, S.A., correspondiente con el folio nº 357 de las actuaciones)

6º) Mediante comunicación escrita de fecha 30-04-13 y en relación con la finalización, ese mismo día, del servicio que venía prestándose por la co- demandada ELIMCO SOLUCIONES INTEGRALES, S.A. en el Mantenimiento Integral del Hospital San Juan de Dios de Bormujos (Sevilla) , ésta pone en conocimiento de la empresa co-demandada DALKIA ENERGÍA Y SERVICIOS, S.A. que "*dándose los requisitos establecidos en el artículo 28 del Convenio Colectivo de Siderometalúrgica de la Provincia de Sevilla y artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores , y ante la falta de comunicación por su parte, entendemos que a partir del día 01 de mayo de 2013 (...) estos trabajadores pasan a depender de Vds. como empleador (...)*" . (documento nº 7 del ramo de prueba documental de la parte co-demandada ELIMCO SOLUCIONES INTEGRALES, S.A., correspondiente con los folios nº 358 a 360 de las actuaciones) .

7º) Se dan por reproducidas las Especificaciones Técnicas para la contratación del Servicio de Mantenimiento en el Hospital San Juan de Dios del Aljarafe en Bormujos (Sevilla) , que constan incorporadas a las actuaciones en el ramo de prueba documental de la parte co-demandada DALKIA ENERGÍA Y SERVICIOS, S.A. (folios nº 139 a 152 de las actuaciones) .

8º) Con fecha 24-04-13, la UTE constituida por las dos empresas co-demandadas formaliza una Oferta de Mantenimiento de Instalaciones en centros de la Orden San Juan de Dios provincia Bética.

El contenido íntegro de dicha oferta, que se da por reproducido, consta incorporado a las actuaciones en el documento nº 2 del ramo de prueba documental de la parte co-demandada DALKIA ENERGÍA Y SERVICIOS, S.A. (correspondiente con los folios nº 105 a 138 de las actuaciones) .

9º) Con fecha 25-04-13 se constituye la UNIÓN TEMPORAL DE EMPRESAS DENOMINADA "*ANDALUZA DE ELECTRICIDAD Y AIRE ACONDICINADO, S.L., DALKIA ENERGÍA Y SERVICIOS, S.A., SOCIEDAD UNIPERSONAL, UNIÓN TEMPORAL DE EMPRESAS, LEY 18/1982 (UTE ANELAIR-DALKIA)*" .

El contenido íntegro de la escritura de constitución, que se da por reproducido, consta incorporado a las actuaciones en el documento nº 1 del ramo de prueba documental de la parte co-demandada DALKIA ENERGÍA Y SERVICIOS, S.A. (correspondiente con los folios nº 68 a 104 de las actuaciones) , así como, también, en el ramo de prueba documental de la parte co-demandada ANDALUZA DE ELECTRICIDAD Y AIRE ACONDICIONADO, S.L. (folios nº 322 a 340 de las actuaciones) .

10º) Con fecha 01-05-13 se suscribe Acuerdo Marco para la prestación del servicio de Mantenimiento de Instalaciones entre la Orden Hospitalaria de San Juan de Dios, Provincia Bética Nuestra Señora de la Paz y la Unión Temporal de Empresas "*ANDALUZA DE ELECTRICIDAD Y AIRE ACONDICINADO, S.L., DALKIA ENERGÍA Y SERVICIOS, S.A., SOCIEDAD UNIPERSONAL, UNIÓN TEMPORAL DE EMPRESAS, LEY 18/1982 (UTE ANELAIR-DALKIA)*" .

El contenido íntegro de dicho documento, que se da por reproducido, consta incorporado a las actuaciones en el documento nº 3 del ramo de prueba documental de la parte co-demandada DALKIA ENERGÍA Y SERVICIOS, S.A. (correspondiente con los folios nº 158 a 174 de las actuaciones) .



11º) Como consecuencia de la adjudicación del Contrato antes referido, las dos empresas que integran la U.T.E. co-demandada se reparten la prestación de los servicios de mantenimiento de los diferentes hospitales incluidos dentro del ámbito del mismo, correspondiéndole a la empresa co-demandada DALKIA ENERGÍA Y SERVICIOS, S.A. la prestación de dicho servicio en las instalaciones del Hospital San Juan de Dios en Bormujos (Sevilla) .

12º) Las nuevas condiciones derivadas del nuevo Contrato de Mantenimiento Integral del Hospital San Juan de Dios en Bormujos (Sevilla) implican, respecto de las condiciones vigentes para la anterior adjudicataria del mismo:

- una reducción del coste del servicio de mantenimiento en un mínimo del 20%.
- la eliminación de 1 turno de trabajo de mantenimiento de mañana y un turno de noche de lunes a viernes.

Como consecuencia de estas nuevas condiciones, la plantilla adscrita a dicho servicio se ha visto reducida, pasando de tener 12 trabajadores adscritos a sólo el equivalente a 10,5.

A estos efectos se da íntegramente por reproducido, el contenido del documento que consta incorporado a las actuaciones con el nº 8 del ramo de prueba documental de la parte co-demandada DALKIA ENERGÍA Y SERVICIOS, S.A. (correspondiente con el folio nº 267 de las actuaciones) .

13º) Mediante comunicación escrita de fecha 06-05-13, la empresa co-demandada DALKIA ENERGÍA Y SERVICIOS, S.A. notifica a la empresa co-demandada ELIMCO SOLUCIONES INTEGRALES, S.A. que "(...) no va a proceder a subrogar a ninguno de los trabajadores que venían prestando su trabajo para ustedes, en el servicio de "MANTENIMIENTO INTEGRAL DEL HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS DEL ALJARAFE" . Y ello por entender que no existe amparo normativo, convencional, ni administrativo que lo sustente (...)" (folio nº 53 de las actuaciones, incluido en el ramo de prueba documental de la parte actora) .

14º) Mediante comunicación remitida por correo certificado de fecha 08-05-13, el trabajador demandante pone en conocimiento de la co-demandada DALKIA ENERGÍA Y SERVICIOS, S.A. que, siendo dicha empresa la nueva adjudicataria del servicio de mantenimiento integral del Hospital San Juan de Dios de Bormujos (Sevilla), "les solicito que me den las correspondientes instrucciones sobre la incorporación a mi puesto de trabajo" . (folios nº 56 y 57 de las actuaciones, incluido en el ramo de prueba documental de la parte actora) .

Esa misma comunicación se reitera con fecha 15-05-13 (folios nº 58 a 60 de las actuaciones, incluidos en el ramo de prueba documental de la parte actora) .

15º) Mediante comunicación remitida por correo certificado de fecha 08-05-13, el trabajador demandante pone en conocimiento de la co-demandada ANDALUZA DE ELECTRICIDAD Y AIRE ACONDICIONADO, S.A. que, siendo dicha empresa la nueva adjudicataria del servicio de mantenimiento integral del Hospital San Juan de Dios de Bormujos (Sevilla), "les solicito que me den las correspondientes instrucciones sobre la incorporación a mi puesto de trabajo" . (folios nº 61 y 62 de las actuaciones, incluidos en el ramo de prueba documental de la parte actora) .

16º) Con fecha del 01-05-13, la empresa co-demandada DALKIA ENERGÍA Y SERVICIOS, S.A. celebra Contrato de Trabajo por Tiempo Indefinido con Obdulio , haciéndose constar que dicho trabajador prestará servicios como Mantenimiento (grupo profesional de Oficial de 1ª) en el Hospital San Juan de Dios de Bormujos (Sevilla) . Asimismo, en la Cláusula Adicional Séptima del mismo se señala que "A efectos de antigüedad se computará su ingreso en la Empresa desde el 28 de Noviembre de 2005" . (folios nº 63 y 64 de las actuaciones, incluidos en el ramo de prueba documental de la parte actora) .

Con la misma fecha del 01-05-13, la empresa co-demandada DALKIA ENERGÍA Y SERVICIOS, S.A. celebra Contrato de Trabajo por Tiempo Indefinido con Luis Enrique , haciéndose constar que dicho trabajador prestará servicios como Mantenimiento (grupo profesional de Oficial de 1ª) en el Hospital San Juan de Dios de Bormujos (Sevilla) . Asimismo, en la Cláusula Adicional Séptima del mismo se señala que "A efectos de antigüedad se computará su ingreso en la Empresa desde el 04 de Diciembre de 2006" . (documentación acompañada por la co-demandada DALKIA ENERGÍA Y SERVICIOS, S.A. a su escrito de fecha 30-10-13 y por el que daba cumplimiento a la Diligencia Final acordada).

Con la misma fecha del 01-05-13, la empresa co-demandada DALKIA ENERGÍA Y SERVICIOS, S.A. celebra Contrato de Trabajo por Tiempo Indefinido con Cipriano , haciéndose constar que dicho trabajador prestará servicios como Jefe Organización 1ª en el Hospital San Juan de Dios de Bormujos (Sevilla). Asimismo, en la Cláusula Adicional Séptima del mismo se señala que "A efectos de antigüedad se computará su ingreso en la Empresa desde el 24 de Noviembre de 2005" . (documentación acompañada por la co-demandada DALKIA ENERGÍA Y SERVICIOS, S.A. a su escrito de fecha 30-10-13 y por el que daba cumplimiento a la Diligencia Final acordada).



Con la misma fecha del 01-05-13, la empresa co-demandada DALKIA ENERGÍA Y SERVICIOS, S.A. celebra Contrato de Trabajo por Tiempo Indefinido con Jenaro , haciéndose constar que dicho trabajador prestará servicios como Mantenimiento (*grupo profesional de Encargado*) en el Hospital San Juan de Dios de Bormujos (Sevilla) . Asimismo, en la Cláusula Adicional Séptima del mismo se señala que "A efectos de antigüedad se computará su ingreso en la Empresa desde el 25 de Noviembre de 2004" . (*documentación acompañada por la co-demandada DALKIA ENERGÍA Y SERVICIOS, S.A. a su escrito de fecha 30-10-13 y por el que daba cumplimiento a la Diligencia Final acordada*).

Con la misma fecha del 01-05-13, la empresa co-demandada DALKIA ENERGÍA Y SERVICIOS, S.A. celebra Contrato de Trabajo por Tiempo Indefinido con Silvio , haciéndose constar que dicho trabajador prestará servicios como Mantenimiento (*grupo profesional de Oficial de 1ª*) en el Hospital San Juan de Dios de Bormujos (Sevilla) . Asimismo, en la Cláusula Adicional Séptima del mismo se señala que "A efectos de antigüedad se computará su ingreso en la Empresa desde el 25 de Noviembre de 2004" . (*documentación acompañada por la co-demandada DALKIA ENERGÍA Y SERVICIOS, S.A. a su escrito de fecha 30-10-13 y por el que daba cumplimiento a la Diligencia Final acordada*).

Con la misma fecha del 01-05-13, la empresa co-demandada DALKIA ENERGÍA Y SERVICIOS, S.A. celebra Contrato de Trabajo por Tiempo Indefinido con Arcadio , haciéndose constar que dicho trabajador prestará servicios como Mantenimiento (*grupo profesional de Oficial de 1ª*) en el Hospital San Juan de Dios de Bormujos (Sevilla). Asimismo, en la Cláusula Adicional Séptima del mismo se señala que "A efectos de antigüedad se computará su ingreso en la Empresa desde el 10 de Abril de 2006" . (*documentación acompañada por la co-demandada DALKIA ENERGÍA Y SERVICIOS, S.A. a su escrito de fecha 30-10-13 y por el que daba cumplimiento a la Diligencia Final acordada*).

17º) En la misma fecha del 01-05-13, la empresa co-demandada DALKIA ENERGÍA Y SERVICIOS, S.A. cursa el alta en la Seguridad Social de los siguientes trabajadores:

- Silvio , D.N.I.: NUM000 y N.I.S.S.: NUM001 .
- Jenaro , D.N.I.: NUM002 y N.I.S.S.: NUM003 .
- Cipriano , D.N.I.: NUM004 y N.I.S.S.: NUM005 .
- Obdulio , D.N.I.: NUM006 y N.I.S.S.: NUM007 .
- Arcadio , D.N.I.: NUM008 y N.I.S.S.: NUM009 .
- Luis Enrique , D.N.I.: NUM010 y N.I.S.S.: NUM011 .

El contenido íntegro de los respectivos partes de altas, que se dan por reproducidos, consta incorporado a las actuaciones en el documento nº 5 del ramo de prueba documental de la parte co-demandada DALKIA ENERGÍA Y SERVICIOS, S.A. (*correspondiente con los folios nº 179 a 184 de las actuaciones*) .

18º) El demandante cesó en la prestación de servicios que venía realizando, en las instalaciones del Hospital San Juan de Dios en Bormujos (Sevilla) y por cuenta de la empresa co-demandada ELIMCO SOLUCIONES INTEGRALES, S.A., con fecha 30-04-13.

Dicho cese, involuntario por parte del actor, vino provocado por la terminación de la contrata que tenía adjudicada la empresa co-demandada ELIMCO SOLUCIONES INTEGRALES, S.A. y el simultáneo comienzo de la prestación de esos mismos servicios por parte de la empresa co-demandada DALKIA ENERGÍA Y SERVICIOS, S.A..

19º) El demandante, en el momento de su cese (ni en el año anterior a producirse éste), no ostentaba la condición de representante legal, o sindical, de los trabajadores en la empresa co-demandada ELIMCO SOLUCIONES INTEGRALES, S.A..

20º) Se presentó la papeleta de conciliación el día 13-05-13, que se celebró el día 22-05-13 con resultado de intentada sin avenencia respecto de las empresas co-demandadas ELIMCO SOLUCIONES INTEGRALES, S.A. y DALKIA ENERGÍA Y SERVICIOS, S.A. y con el de sin efecto respecto de la empresa co-demandada ANDALUZA DE ELECTRICIDAD Y AIRE ACONDICIONADO, S.A.. El día 04-06-13 se presentó la demanda de despido.

TERCERO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por Unión Temporal de Empresas Dalkia Energía y Servicios S.A. y Andaluza de Electricidad y Aire Acondicionado S.L, que fue impugnado por la parte contraria.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los presentes recursos de suplicación se interponen por la Unión Temporal de Empresas "Dalkia Energía y Servicios S.A." y "Andaluza de Electricidad y Aire Acondicionado S.L." y la empresa "Dalkia Energía y Servicios S.A.", al amparo del artículo 193 c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, recursos que debemos resolver conjuntamente, ya que ambos están formulados por el mismo letrado y son idénticos, denunciando en primer lugar la infracción de los artículos 28 del Convenio Colectivo del sector de Industrias Siderometalúrgicas de la provincia de Sevilla, publicado en el BOP de 9 de octubre de 2.012, que era el convenio vigente en la fecha del despido el día 30 de abril de 2.013 y del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, norma que aplica la sentencia de instancia para estimar que hubo una sucesión de empresas, al contratar "Dalkia Energía y Servicios S.A." a 6 trabajadores de los 12 que componían la plantilla de mantenimiento del Hospital San Juan de Dios de Bormujos, cuando la empresa titular de la contrata era "Elimco Soluciones Integrales S.A.".

En el presente recurso debemos determinar en primer lugar la norma que se aplica a la sucesión de contrata, si el artículo 44 como hace la sentencia de instancia o el convenio colectivo, ya que la sucesión de empresas en nuestro ordenamiento puede revestir una triple modalidad: a) la legal, que regula el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores; b) la convencional, que se establece en un convenio colectivo; y c) la contractual que impone el pliego de condiciones de una contrata administrativa.

El artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, que regula en nuestro Derecho la sucesión de empresas establece que: *"El cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente"*, esta norma de larga tradición en nuestro ordenamiento laboral y cuya última redacción procede de la ley 12/2.001, de 9 de julio, que incorporó al Derecho nacional las disposiciones de la Directiva 77/87/CEE de 14 de febrero, modificada por la Directiva 98/50/CE, establece una garantía de conservación de los derechos de los trabajadores en los casos de transmisiones totales o parciales de empresas.

El artículo 44.2 del Estatuto de los Trabajadores exige para que se produzca una sucesión de empresas la transmisión de los elementos patrimoniales necesarios para el desarrollo de la actividad productiva, es decir, la transmisión de *"una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria."*

La sentencia del Tribunal Supremo de 28 de abril de 2.009 (RJ 2009/2997), resumiendo la doctrina comunitaria en la materia define la "entidad económica" como **" un conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio "**, concepto que supera y engloba a los conceptos de "empresa", "centro de actividad" y "parte de centro de actividad", requiriendo exclusivamente que exista un vínculo entre la "entidad económica" y el "mantenimiento de la actividad" para saber si nos encontramos ante una unidad productiva que permita la continuidad de la actividad empresarial.

La contrata de mantenimiento del Hospital San Juan de Dios de Bormujos, en sí misma considerada, no constituye una "entidad económica" susceptible de transmisión, ya que la empresa entrante en la prestación de este servicio la UTE "Dalkia Energía y Servicios S.A." y "Andaluza de Electricidad y Aire Acondicionado S.L." y en concreto "Dalkia Energía y Servicios S.A." que ha asumido este hospital, por un reparto interno entre las componentes de la Unión Temporal de Empresas, no ha adquirido de la empresa saliente "Elimco Soluciones Integrales S.A." ningún elemento patrimonial que le permita continuar con las operaciones de mantenimiento del Hospital San Juan de Dios de Bormujos, ni ha asumido la mayor parte de la plantilla al haber contratado a 6 trabajadores de un plantilla de 12 trabajadores, exactamente la mitad de la plantilla, por lo que no ha existido la transmisión de *"medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica"* necesaria para que se produzca la sucesión de empresas.

Como declara la sentencia del Tribunal Supremo de 21 abril 2015 (RJ 2015\2177) *" En lo que atañe a la posible aplicación del artículo 44 Estatuto de los Trabajadores, hemos de recordar que ni la contrata ni la concesión administrativa son unidades productivas autónomas a los efectos del artículo 44 Estatuto de los Trabajadores, salvo que se entreguen al concesionario o al contratista la infraestructura u organización empresarial básica para la explotación. Y que por lo mismo, la pretendida transmisión de contrata no es tal, sino la finalización de una y comienzo de otra distinta, aunque materialmente la contrata sea la misma en el sentido de que los servicios prestados siguen siendo los mismos. En tal sentido hemos afirmado que la sucesión de empresas contratistas de servicios generalmente no comporta la sucesión regulada en el referido artículo 44 Estatuto de los Trabajadores -, porque al carecer la contrata -por regla general- del adecuado soporte patrimonial, la sucesión de las mismas no tiene más alcance que el establecido en las correspondientes normas sectoriales. Ello es así, porque en las contrata sucesivas de servicios lo que se transmite no es una empresa ni una unidad*



productiva con autonomía funcional, sino de un servicio carente de tales características, y por lo mismo no opera, por este exclusivo hecho, la subrogación estatutaria -la del artículo 44 Estatuto de los Trabajadores -, sino que la misma se producirá -si no se trasmite la unidad productiva- tan sólo si lo determina la norma sectorial o lo prescribe el pliego de condiciones de la concesión [sentencias del Tribunal Supremo de 05/04/93 (RJ 1993, 2906) -rcud 702/92 -; 12/02/14 (RJ 2014, 950) -rcud 2028/12 -; 25/02/14 (RJ 2014, 1407) - rcud 646/13 -; 19/11/14 (RJ 2014, 6478) -rcud 1845/13 -; y 16/12/14 (RJ 2014, 6881) -rcud 1198/13 -]."

Conforme a esta doctrina la adjudicación de una contrata o concesión administrativa no es motivo suficiente para justificar una sucesión empresarial, es necesario un elemento accesorio, o bien la transmisión de elementos patrimoniales, o la asunción de toda o gran parte de la plantilla; o que la subrogación venga impuesta por una norma convencional o por el pliego de condiciones de la contrata.

SEGUNDO.- La sucesión de contratas por si misma no es por lo tanto un supuesto de sucesión de empresas, pues como declara la sentencia del TS nº 251/17 de 10 de enero de 2.017 (recurso n.º 1077/15): *"las disposiciones del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores y de las Directivas Comunitarias y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Unión Europea no son de aplicación cuando no existe un contrato entre cedente y cesionario, cuando no existe una transmisión empresarial en los términos previstos en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores , sino que **la sucesión y consiguiente subrogación en el personal laboral de la contrata viene impuesta por el Convenio Colectivo de aplicación, como aquí ocurre, supuestos en los que la sucesión se regula por las disposiciones del convenio colectivo** (sentencias del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 2006 (Rec. 3671/2005), 21 de septiembre de 2012 (Rec. 2247/2011) y de 1 de junio de 2016 (Rec. 2468/2014), entre otras que en ellas se citan."*

La sentencia de instancia fundamenta la sucesión empresarial en una presunta sucesión de plantillas, considerando como elemento primordial del servicio de mantenimiento adjudicado a la empresa UTE "Dalkia Energía y Servicios S.A." y "Andaluza de Electricidad y Aire Acondicionado S.L." la mano de obra, haciendo una interpretación tergiversada de la doctrina comunitaria en la materia, que considera que existe una sucesión empresarial cuando la empresa entrante asume toda o la mayor parte de la plantilla de la empresa saliente, aún cuando la operación no va acompañada de ninguna cesión de elementos del activo, materiales o inmateriales, entre el primer empresario o el subcontratista y el nuevo empresario, siempre que el mantenimiento del personal se refiera a una parte esencial, en términos de número y de competencia del personal que el subcontratista destinaba a la ejecución del contrato, *"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 aún después de su transmisión cuando el nuevo empresario no se limita a continuar con la actividad de que se trata, sino que además se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencias, del personal que su antecesor destinaba especialmente en dicha tarea "* (sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 11 de marzo de 1.997 (caso Süzen)).

En este caso, la contratación de un 6 trabajadores de la empresa "Elimco Soluciones Integrales S.A.", no puede calificarse como la "asunción de plantilla" a la que se refiere la doctrina comunitaria que exige la contratación efectiva de la mayoría de los trabajadores de la empresa saliente, ya que no constituían la mayoría de la plantilla que era de 12 trabajadores, sino que la subrogación que se examina en estos autos estuvo motivada por la aplicación del artículo 28 del Convenio Colectivo del sector de Industrias Siderometalúrgicas de la provincia de Sevilla, norma convencional que regula la subrogación de los trabajadores en los casos de sucesión de contratas, y que establece en relación con las entidades privadas, como es el Hospital San Juan de Dios de Bormujos que: *"A la finalización de un contrato de mantenimiento ejecutado por empresa a la que sea de aplicación el presente Convenio Colectivo,...*

En el caso de que la contrata hubiera sido suscrita entre una empresa subcontratista incluida en el ámbito funcional del presente Convenio y una empresa principal privada, si a su finalización se hiciera cargo de la citada contrata una nueva empresa y se mantuviera la actividad objeto de la subcontrata, esta última deberá otorgar preferencia de ingreso al 50% de los trabajadores que hubiesen desempeñado para la empresa cesante las funciones de la categoría profesional para la que se vaya a producir la nueva contratación, prevaleciendo entre éstos los trabajadores de mayor antigüedad."

Por lo que es evidente que la empresa "Dalkia Energía y Servicios S.A." cumplió esta norma convencional, contratando a 6 trabajadores de la anterior contrata suscrita por "Elimco Soluciones Integrales S.A.", debiendo determinar si existe despido ya que el actor era el 5º trabajador más antiguo en la contrata, por lo que tiene preferencia sobre al menos uno de los trabajadores contratados, lo que justifica que su falta de contratación por "Dalkia Energía y Servicios S.A.", que de hecho es una falta de subrogación en su relación laboral, se considere un despido.



TERCERO.- En el último motivo de recurso las empresas recurrentes denuncian la infracción del artículo 10 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, 26 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social y 78 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pretendiendo que se les estime la excepción de falta de legitimación pasiva, alegando que el actor está reclamando en su demanda un derecho preferente al ingreso en la empresa "Dalkia Energía y Servicios S.A.", petición que no se puede acumular a la acción de despido que se ejercita en estos autos, sino en un proceso ordinario al que se acumule una reclamación indemnizatoria.

La Sala no puede menos que rechazar la alegación formulada por las empresas recurrentes, ya que, en el presente caso se está impugnando un despido, el causado por la negativa de la empresa "Dalkia Energía y Servicios S.A.", a la contratación del actor que venía impuesta por aplicación del artículo 28 del convenio colectivo del Sector de Industrias Siderometalúrgicas de la provincia de Sevilla, que establece claramente el derecho de 50% de los trabajadores de la empresa concesionaria del servicio de mantenimiento con una entidad privada a continuar en la relación laboral con la empresa entrante, estableciendo un derecho de preferencia entre los trabajadores de la empresa saliente de la contrata para estas contrataciones, los de mayor antigüedad sobre los más modernos en el servicio.

La empresa "Dalkia Energía y Servicios S.A." no puede limitarse a aplicar el convenio, para no asumir la totalidad de la plantilla que prestaba servicios en "Elimco Soluciones Integrales S.A.", sino sólo la mitad, y excluir de la norma lo que tenga por conveniente, en este caso no respetar la preferencia que el convenio otorga al actor por ser el 5º más antiguo de la empresa "Elimco Soluciones Integrales S.A." según se deduce del fundamento de derecho 1º de la sentencia y de la antigüedad reconocida a efectos indemnizatorios desde el 27 de noviembre de 2.006, siendo al menos más antiguo en el servicio que D. Luis Enrique, que al ser recolocado en "Dalkia Energía y Servicios S.A." se le reconoce una antigüedad desde el 4 de diciembre de 2.006.

En consecuencia no es que el actor reclame un derecho de preferencia no vinculado al despido, sino que la preferencia que ostenta es precisamente la que hace improcedente su despido por falta de recolocación en la empresa "Dalkia Energía y Servicios S.A.", al finalizar la contrata de mantenimiento de la empresa "Elimco Soluciones Integrales S.A." en el Hospital San Juan de Dios de Bormujos, lo que nos conduce a desestimar este motivo de recurso, y a confirmar la sentencia de instancia, aunque por razones distintas a las mantenidas en la misma.

FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos los recursos de suplicación interpuestos por la "UTE DALKIA ENERGÍA Y SERVICIOS S.A." Y "ANDALUZA DE ELECTRICIDAD Y AIRE ACONDICIONADO S.L." y la empresa "DALKIA ENERGÍA Y SERVICIOS S.A.", contra la sentencia dictada el día 8 de enero de 2.014, en el Juzgado de lo Social nº 2 de Sevilla, en el procedimiento seguido por la demanda interpuesta por D. Benedicto en impugnación de despido contra las empresas "DALKIA ENERGÍA Y SERVICIOS S.A.", "ANDALUZA DE ELECTRICIDAD Y AIRE ACONDICIONADO S.L." y "ELIMCO SOLUCIONES INTEGRALES S.A." y confirmamos la sentencia impugnada en todos sus pronunciamientos, condenando solidariamente a las empresas recurrentes al pago de las costas causadas y al abono de honorarios de los Letrados impugnantes del recurso, por ser preceptivos en cuantía de 300 euros, más IVA, para cada uno de ellos que en caso de no satisfacerse voluntariamente podrán interesarse ante el Juzgado de lo Social de instancia, por ser el único competente para la ejecución de sentencias, según el artículo 237.2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Excmo. Sr. Fiscal de este Tribunal, advirtiéndose que, contra ella, cabe recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, que podrá ser **preparado por cualquiera de las partes o el Ministerio Fiscal** dentro de los **DIEZ DÍAS** hábiles siguientes a la notificación de la misma, mediante **escrito** dirigido a esta Sala, firmado por abogado -caso de no constar previamente, el abogado firmante deberá acreditar la representación de la parte-, con tantas **copias** como partes recurridas, expresando el propósito de la parte de formalizar el recurso; y en el mismo deberá **designarse un domicilio** en la sede de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo a efectos de notificaciones, con todos los datos necesarios para su práctica y con los efectos del apartado 2 del artículo 53 Ley reguladora de la Jurisdicción Social.

En tal escrito de preparación del recurso **deberá constar**: a) exposición de "cada uno de los extremos del núcleo de la contradicción, determinando el sentido y alcance de la divergencia existente entre las resoluciones comparadas, en atención a la identidad de la situación, a la igualdad sustancial de hechos, fundamentos y pretensiones y a la diferencia de pronunciamientos";

b) "referencia detallada y precisa a los datos identificativos de la sentencia o sentencias que la parte pretenda utilizar para fundamentar cada uno de los puntos de contradicción";



c) que las "sentencias invocadas como doctrina de contradicción deberán haber ganado firmeza a la fecha de finalización del plazo de interposición del recurso", advirtiéndose, respecto a las sentencias invocadas, que "Las sentencias que no hayan sido objeto de expresa mención en el escrito de preparación no podrán ser posteriormente invocadas en el escrito de interposición".

d) Asimismo la parte recurrente que no goce del beneficio de la justicia gratuita o de la exención de la obligación de constituir depósitos o consignar el importe de la condena, si recurre, deberá presentar en esta Secretaría resguardo acreditativo del depósito de 600 euros en la cuenta corriente de «Depósitos y Consignaciones» núm. 4.052-0000-35-1728-16, abierta a favor de esta Sala en el Banco de Santander, especificando en el campo concepto que se trata de un recurso, y mantener la consignación efectuada en la instancia para recurrir.

f) Asimismo se advierte que deberá adjuntar al escrito de interposición del recurso de casación para la unificación de doctrina, el ejemplar para la Administración de Justicia, del modelo 696 aprobado por Orden HAP/2662/2012 de 13 de diciembre, con el ingreso debidamente validado, y en su caso el justificante del pago del mismo, en la cuantía establecida para el orden social, por Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses.

Se condena a la pérdida del depósito constituido en la instancia, que deberá ingresarse en el Tesoro Público, y a destinar la consignación efectuada al cumplimiento de la condena, manteniéndose en su caso el aseguramiento hasta la total ejecución de la sentencia.

Únase el original de esta sentencia al libro de su razón y firme que sea esta resolución, por transcurso del término indicado sin prepararse el recurso, devuélvanse los autos al Juzgado de lo Social de procedencia con certificación de la misma, diligencia de su firmeza y, en su caso, certificación o testimonio de la posterior resolución que recaiga dejándose otra certificación en el rollo a archivar por esta Sala.

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

PUBLICACIÓN.- En Sevilla a 27 de abril de 2017