



Roj: **STSJ M 5370/2017 - ECLI:ES:TSJM:2017:5370**

Id Cendoj: **28079340062017100478**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **22/05/2017**

Nº de Recurso: **308/2017**

Nº de Resolución: **484/2017**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **MARIA JOSE HERNANDEZ VITORIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

### **Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 06 de lo Social**

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

Teléfono: 914931967

Fax: 914931961

34001360

**NIG** : 28.079.00.4-2016/0045435

**Procedimiento Recurso de Suplicación 308/2017**

**MATERIA:** DESPIDO

Jzdo. Origen: JDO. DE LO SOCIAL Nº 31 DE MADRID

Autos de Origen: 981/16

**RECURRENTE/S:** ESC SERVICIOS GENERALES SL

**RECURRIDO/S:** D<sup>a</sup> Agueda , D. Desiderio , ADECCO OUTSOURCING SA

**SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA**

**DE LA COMUNIDAD AUTONOMA DE MADRID**

En MADRID, a veintidós de mayo de dos mil diecisiete.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de MADRID, formada por los Ilmos. Sres. **DON ENRIQUE JUANES FRAGA, PRESIDENTE** , **DON BENEDICTO CEA AYALA, DOÑA M<sup>a</sup> JOSÉ HERNÁNDEZ VITORIA**, Magistrados, han pronunciado

**EN NOMBRE DEL REY**

la siguiente

**S E N T E N C I A nº 484**

En el recurso de suplicación nº **308/17** interpuesto por el Letrado D. ANGEL TEJERINA GALLARDO en nombre y representación de **ESC SERVICIOS GENERALES SL**, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº **31** de los de MADRID, de fecha **20 DE DICIEMBRE DE 2016** , ha sido Ponente la Ilma. Sra. **DOÑA M<sup>a</sup> JOSÉ HERNÁNDEZ VITORIA**

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Que según consta en los autos nº **981/16** del Juzgado de lo Social nº **31** de los de Madrid, se presentó demanda por D<sup>a</sup> Agueda , D. Desiderio contra ESC SERVICIOS GENERALES SL, ADECCO OUTSOURCING SA en reclamación de **DESPIDO** y que en su día se celebró el acto de la vista, habiéndose



dictado sentencia en **20 DE DICIEMBRE DE 2016** cuyo fallo es del tenor literal siguiente : "Que estimando la demanda de despido interpuesta por D<sup>a</sup> Agueda y D<sup>o</sup> Desiderio debo **DECLARAR Y DECLARO IMPROCEDENTE** el despido de los actores y en consecuencia **CONDENO** a la empresa **ESC SERVICIOS GENERALES S.L.** a la inmediata readmisión de los trabajadores o ,a elección de aquélla, a que les indemnice con las cantidades siguientes y en caso de readmisión con abono de los salarios de tramitación desde la fecha del despido (16-9-16) hasta la notificación de la presente resolución a razón de la cuantía siguiente:

A favor de D<sup>a</sup> Agueda : 3.440,86 euros de indemnización y salarios a razón de 11,46 euros/día.

A favor de D<sup>o</sup> Desiderio : 3.759,27 euros de indemnización y salarios a razón de 17,88 euros/día.

Así mismo, procede imponer a **ESC SERVICIOS GENERALES S.L** una multa por temeridad por cuantía de 300 euros.

Y DEBO ABSOLVER Y ABSUELVO a la empresa **ADECCO OUTSOURCING SA** de todos los pedimentos de la misma."

**SEGUNDO.**- Con fecha 9 de enero de 2017 se dictó Auto de Aclaración de Sentencia, cuya Parte Dispositiva dice textualmente: "SE ACUERDA AÑADIR la omisión advertida en el Hecho Probado 5º y en el Fallo de la Sentencia de fecha 20/12/2016 , en el sentido que a continuación se dice:

En el Hecho Probado 5º (último párrafo): teniendo además en cuenta que la demanda ha sido estimada, "así como 300 euros por los honorarios del letrado de la parte demandante".

En el Fallo: una multa por temeridad por cuantía de 300 euros, "así como 300 euros por los honorarios del letrado de la parte demandante."

**TERCERO.**- En dicha sentencia y como HECHOS PROBADOS se declaran los siguientes:

1)- El actor D<sup>a</sup> Agueda comenzó a prestar sus servicios en la empresa **ESC SERVICIOS GENERALES S.L.** con fecha 25-11-08, con la categoría profesional de monitor y con un salario mensual de 343,85 euros brutos con prorrata de pagas extras, siendo la relación laboral indefinida a tiempo parcial.

2)-El actor D<sup>o</sup> Desiderio comenzó a prestar sus servicios en la empresa **ESC SERVICIOS GENERALES S.L.** con fecha 18-11-10, con la categoría profesional de monitor y con un salario mensual de 536,62 euros brutos con prorrata de pagas extras, siendo la relación laboral indefinida a tiempo parcial.

3)-Los actores venían prestando servicios para el cliente **MAGUSCREATIVA EUROPEE S.L.**, siendo subrogados por la empresa demandada en fecha 31-10-13.

5)-En fecha 20-10-14 la empresa demandada había contratado la prestación del servicio de monitores y gestión de taquillas con la empresa **MAGUS CREATIVA EUROPE SL** para prestar el servicio en el centro de Micrópolis, con efectos del 1-11-14.

6)-Los actores prestaban servicios en la sede de la empresa demandada en **MICROPOLIS**, en San Sebastián de los Reyes, cuya actividad se cierra siempre en el mes de agosto, periodo en que los trabajadores disfrutaban de sus vacaciones anuales.

7)-Por correo de fecha 14-7-16 la empresa **MAGUS CREATIVA EUROPE SL** comunica a la empresa demandada que ha decidido no renovar el contrato de monitores y taquilleros.

8)-Todos los trabajadores de la plantilla de la empresa demandada prestaban sus servicios en Micrópolis son trabajadores temporales con contratos de obra o servicio, salvo tres trabajadores con contrato indefinido (entre ellos los actores).

9)-En fecha 10-7-16 la empresa demandada comunica a todos los trabajadores temporales para obra o servicio, que prestan sus servicios en Micrópolis, que con efectos de esta fecha se procede a extinguir el contrato de trabajo por finalización de la obra o servicio.

10)-En fecha 30-6-16 la empresa **MAGUS CREATIVA EUROPE SL** celebró un contrato de arrendamiento de servicios con la empresa **ADECCO OUTSOURCING SA**, para prestar el servicio de monitores y gestión de taquillas, en concreto la gestión del servicio de monitores y actividades del parque Micropolis, en el horario de apertura, así como el servicio de taquilla; y con duración del contrato desde el 2-9-16 hasta el 30-7-17.

11)-La empresa **ADECCO OUTSOURCING SA** ha celebrado una serie de contratos temporales para obra o servicio con la categoría de monitor de ocio educativo a partir del 2-9-16, habiendo contratado, al menos, a unos 28 trabajadores que prestaban anteriormente servicio en la empresa **ESC SERVICIOS GENERALES S.L.**

12)-Desde el día 14-7-16 los actores no realizan ninguna actividad en la empresa demandada, manifestándoles ésta que se fueran a casa porque ya no tenían contrato alguno con Micrópolis y que disfrutaran de las vacaciones anuales en el mes de agosto.



13)-En fecha 2-9-16, finalizado el periodo vacacional, los actores comparecen en la sede de la empresa demandada ESC, sita en la C/ Pajaritos 24 de Madrid y presentan un escrito solicitando trabajo efectivo, manifestándoles el Jefe de Recursos Humanos que no les puede dar trabajo porque la empresa ya no presta servicios en Micrópolis.

14)-Por carta de fecha 14-9-16 la empresa ESC comunica a los actores que van a ser subrogados por la nueva contratista desde el 16-9-16.

La empresa da de baja a los actores en TGSS el 16-9-16.

15)-En fecha 14-9-16 la empresa ESC SERVICIOS GENERALES S.L. remite un burofax a la empresa ADECCO OUTSOURCING SA requiriéndoles para que subroguen a los tres trabajadores indefinidos que prestaban servicios en Micrópolis, entre ellos los actores, al amparo del art. 44 ET .

Por escrito de la misma fecha, la nueva contratista manifiesta a la empleadora que no procede la subrogación.

16)-Por carta de fecha 16/19 de septiembre de 2016 los actores solicitan a la empresa ADECCO que les de trabajo efectivo, negando la empresa dicha subrogación por carta de fecha 19/ 23 de septiembre de 2016, respectivamente.

17)-La parte actora no ostenta cargo sindical ni representativo alguno.

18)-Con fecha 26-10-16 se celebró el acto de conciliación previa con resultado de sin avenencia con la empresa ADECCO, y sin efecto con la empresa ESC, quien no comparece a pesar de estar citada en legal forma. La papeleta se había interpuesto el 5-10-16."

**CUARTO.-** Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la representación de la demandada ESC SERVICIOS GENERALES SL, siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a esta Sala de lo Social, se dispuso su pase al Ponente para su examen y posterior resolución por la Sala, habiéndose fijado para votación y fallo el día **17 DE MAYO DE 2017**.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La empresa "Magus creativa Europee S.L" (en adelante "Magus creativa") contrató a D<sup>a</sup> Agueda el 25 de noviembre de 2008 y al Sr. Desiderio el 18 de noviembre de 2011. Ambos trabajadores se incorporaron a la plantilla de "ESC SERVICIOS GENERALES SL" (en adelante "GSC") el 31 de octubre de 2013 a raíz de la contrata suscrita entre las dos empresas mencionadas, donde la primera ocupaba la posición de principal y la segunda de contratista, a fin de realizar servicio de monitores y gestión de taquilla en el centro denominado "Micrópolis", al que fueron adscritos los dos trabajadores citados. La empresa principal extinguió la contrata de referencia y suscribió una nueva con "Adecco Outsourcing SA" (en adelante "Adecco"), cuya actividad comenzó el 2 de septiembre de 2016. La nueva contratista no se hizo cargo de la Sra. Agueda ni del Sr. Desiderio y por su parte "ESC" les dio de baja el 16 de septiembre de 2016.

Los dos trabajadores interpusieron demanda de despido contra "Esc" y "Adecco", siendo resuelta por sentencia del juzgado de lo social nº 31 de Madrid de fecha 20 de diciembre de 2016 , seguida de auto de aclaración de 9 de enero de 2017, en el sentido de declarar la efectiva existencia de despido acordada por "ESC", a la que condenaba a hacer frente a las consecuencias pertinentes.

Dicha empresa ha recurrido con amparo en el apdo c) del art. 191 LRJS .

**SEGUNDO.-** Ese recurso está integrado por un solo motivo, donde se dice que la decisión de instancia es contraria a la regulación del art. 44 ET , " la jurisprudencia del Tribunal Supremo en interpretación de las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que desarrollan las directivas en materia de "sucesión de plantilla" (Directiva 77/187/CEE del consejo del 14 de febrero, Directiva 2001/23/CEE de 12 de marzo) y como consecuencia de dicha infracción la sentencia infringe también los artículos 55 y 56 del mismo texto normativo." De esta base normativa se concluye que "Adecco" debió asumir la posición de nueva empleadora de los actores a raíz de la contrata de la que se hizo cargo el 2 de septiembre de 2016, como consecuencia del proceso de "sucesión de plantilla" llevado a cabo respecto a los trabajadores de "ESC" y que la negativa a esa subrogación constituye despido.

Presentan escrito de impugnación de recurso "Adecco" y los trabajadores, manifestando estos últimos que la decisión de instancia es conforme a Derecho, pero, de no entenderlo así este Tribunal, debería declararse la existencia de despido por parte de "Adecco".

**TERCERO.-** A criterio de este Tribunal el recurso de "ESC" debe ser estimado. La sentencia de instancia declara expresamente probado (ordinal once del relato fáctico) que "Adecco" ha contratado como monitores



de ocio educativo a unos 28 de los trabajadores que anteriormente realizaban esta misma actividad para "ESC", así como que ese número de trabajadores representa más del 50% de la plantilla "ESC" en el centro de Micrópolis (fundamento de derecho tercero). De ello deduce que podría tratarse de una sucesión de plantilla a efectos de subrogación de empresa; sin embargo, la acaba descartando en razón a que los demandantes eran trabajadores fijos de "ESC" que no estaban adscritos a ninguna contrata o centro de trabajo determinado, de donde concluye que el fin de la contrata de "ESC" no era causa de extinción de dicho contrato y por ello su baja en esa empresa constituye despido.

Como hemos anticipado, no podemos compartir esa conclusión: A tal efecto hemos de diferenciar dos cuestiones independientes: el fenómeno subrogatorio por sucesión de plantillas y la naturaleza de los contratos afectados por ese mecanismo de sucesión.

**CUARTO.-** Son varios los títulos jurídicos que pueden dar pie a la subrogación de empleadores respecto a un trabajador: el art. 44 ET, el convenio colectivo aplicable, el pliego de condiciones que impone ese deber y el acuerdo entre los afectados. En el caso presente no hay discusión en cuanto a que el único cauce normativo que permitiría dicha subrogación sería el art. 44 ET, a través del mecanismo de sucesión de plantillas que en él está comprendido, según repetida jurisprudencia.

En ese sentido la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 10 de enero de 2017 (RCUD 1670/16) indica que *"con independencia de la transmisión o uso de medios materiales de la anterior contratista, la contratación de todos los empleados en la contrata por su anterior adjudicatario puede ser reveladora de la existencia de una sucesión de empresa en su modalidad de sucesión de plantillas"*.

A su vez la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 2016 (RCUD 795/2015) se apoya en la previa resolución del mismo órgano judicial de 5 de marzo de 2013 (RCUD nº 3984/11) para mantener: *"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."*

Todos los elementos que acabamos de indicar concurren en el caso presente: hay sucesión de empresas contratistas ("Adecco" sucede a "ESC" en la prestación de servicios de monitores y gestión de taquillas del centro de Micrópolis de "Magus creativa"); la sucesión de contratas se ha debido al fin de la primera contrata acordado por la empresa principal; "Adecco" ha incorporado a su plantilla a más de la mitad de los trabajadores de "ESC" que participaban en la ejecución de esa contrata. Por tanto, hay sucesión de plantilla y el fenómeno de sucesión empresarial que comporta alcanza tanto a los trabajadores fijos como a los temporales de la saliente.

Ciertamente, la condición de trabajadores fijos de los demandantes no excluye su integración en la nueva contratista. Ninguna base hay para tal decisión. Esa circunstancia sería relevante si estuviéramos considerando una extinción de contrato sin obligación de subrogación empresarial (en orden a decidir si esa extinción justificaba o no el fin de las relaciones laborales del personal), que no es el caso.

En consecuencia, se estima el recurso de "ESC" y se atribuye la responsabilidad del despido de los actores a "Adecco". En coherencia, procede revocar también la multa impuesta en instancia a esta empresa.

**QUINTO.-** Se acuerda la devolución del depósito para recurrir y la cancelación del aval presentado para garantizar la condena de instancia.

No procede la imposición de costas, dado que el art. 235.1 LRJS sólo prevé esta medida respecto a la parte vencida que no disponga del beneficio de justicia gratuita o no haya sido eximida legalmente de dicho deber.

**SEXTO.-** Contra la presente sentencia cabe recurso de casación en unificación de doctrina ( art. 218 L.R.J.S ).

## FALLAMOS

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por "ESC SERVICIOS GENERALES SL" contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 31, de fecha **20 DE DICIEMBRE DE 2016**, en virtud de demanda formulada por D<sup>a</sup> Agueda y D. Desiderio contra dicho recurrente, en reclamación de **DESPIDO**. En su



consecuencia, revocamos la sentencia de instancia en la parte de la misma que se refiere a la determinación de la empresa responsable del despido de los actores, atribuyendo esta responsabilidad a "ADECCO OUTSOURCING SA", pudiendo proceder esta empresa a la elección entre la reincorporación laboral de dichos trabajadores o su indemnización, en los términos acordados en instancia.

Igualmente revocamos la sentencia de instancia en la parte de la misma que se refiere a la imposición de multa por temeridad a la empresa hoy recurrente.

Se acuerda la devolución del depósito para recurrir y del aval presentado para garantizar la condena de instancia. Sin costas.

Notifíquese la presente resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, haciéndoles saber que contra la misma sólo cabe RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA que se preparará por escrito ante esta Sala de lo Social dentro de los DIEZ DÍAS siguientes a la notificación de la sentencia de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 220, 221 y 230 de la L.R.J.S, advirtiéndose, que por todo recurrente que no tenga la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, 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 resguardo acreditativo de haber efectuado ambos ingresos, separadamente, en la c/c nº 2870 0000 00 **308/17** que esta Sección Sexta tiene abierta en el Banco Santander, oficina sita en la Calle Miguel Angel nº 17, 28010 Madrid, o bien por transferencia desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de Banco Santander. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes: 1. Emitir la transferencia a la cuenta bancaria (CCC) siguiente: (IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274). 2. 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. 3. En el campo beneficiario, se identificará al Juzgado o Tribunal que ordena el ingreso. 4. En el campo "observaciones o concepto de la transferencia", se consignarán los 16 dígitos que corresponden al Procedimiento (2870 0000 00 308/17), 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 .).

Expídase testimonio de la presente resolución para su incorporación al rollo de esta Sala.

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

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día por el/la Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.