



Roj: **STSJ M 7314/2017 - ECLI:ES:TSJM:2017:7314**

Id Cendoj: **28079340042017100438**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **16/06/2017**

Nº de Recurso: **298/2017**

Nº de Resolución: **445/2017**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **CONCEPCION ROSARIO URESTE GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 04 de lo Social

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 , Planta 3 - 28010

Teléfono: 914931953

Fax: 914931959

34001360

NIG : 28.079.00.4-2014/0034912

Procedimiento Recurso de Suplicación 298/2017

ORIGEN:

Juzgado de lo Social nº 09 de Madrid 798/2014

Materia : Despido

J.S.

Sentencia número: 445/2017

Ilmas. Sras:

Dña. MARÍA LUZ GARCÍA PAREDES

Dña. MARÍA DEL CARMEN PRIETO FERNÁNDEZ

Dña. CONCEPCIÓN R. URESTE GARCÍA

En Madrid, a dieciséis de junio de dos mil diecisiete, habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección 4 de la Sala de lo Social de este Tribunal Superior de Justicia, compuesta por las Ilmas. Sras. citadas, 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 298/2017, formalizado por el Sr. Letrado D. Alejandro Organero Belmonte en nombre y representación de D^a Filomena , contra la sentencia de fecha veintinueve de noviembre de dos mil dieciséis, dictada por el Juzgado de lo Social nº 9 de Madrid , en sus autos número 798/2014, seguidos a instancia de la parte recurrente frente a D. Benigno y ASPEM SERVICIOS DE LIMPIEZA S.L., sobre Despido, ha sido Magistrado-Ponente la Ilma. Sra. Dña. CONCEPCIÓN R. URESTE GARCÍA.

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.- Por Auto de fecha 04.10.2016 se declaró la nulidad de actuaciones acordando reponer las actuaciones al estado inmediatamente anterior a la admisión de la demanda, requiriendo a la demandante para que fijara los hechos constitutivos de su pretensión, previo a resolver sobre la admisión a trámite de la demanda.

SEGUNDO.- El 18.10.2016 fue registrada la demanda judicial que obrante a los folios 219 y 220 se da íntegramente por reproducida.

TERCERO.- Dña. Filomena provista de NIE nº NUM000 venía prestando servicios en la empresa ASPEM SERVICIOS DE LIMPIEZA SL con una antigüedad de 2 de agosto de 2008, ocupando una categoría profesional de Limpiadora y un salario con prorrateo de pagas de 1.137,42 €.

CUARTO.- La actora suscribe con la empresa Aspem Servicios de Limpieza, S.L, contrato de duración determinada para prestar servicios, como limpiadora de 4 horas al día, de lunes a viernes, con inicio el 02.08.2008 en el centro de trabajo "Limpieza C.P Hospital de San José 32 de Getafe".

La actora ha prestado servicios en dicho centro de trabajo realizando dicha jornada, cotizando la empresa en Seguridad Social por dicha jornada.

También prestó servicios en la Comunidad de Propietarios de la CALLE000 NUM001 , dos horas diarias de lunes a viernes, percibiendo por ello una retribución bruta incluida prorrateo de pagas extras de 284,35 €.

(Folios 68 a 72 e interrogatorio parte actora, testifical D. Eleuterio , Encargado de Aspem Servicios de Limpieza, S.L).

QUINTO.- El 30.05.2014 Aspem Servicios de Limpieza, S.L comunicó a la actora:

"Muy señora nuestra,

Le remitimos la presente carta a los efectos de comunicarles que con fecha 2 de junio de 2014, su jornada laboral, pasara a ser de 6 horas diarias, ya que en la Comunidad de Propietarios de la CALLE000 , núm. NUM001 , ya no prestara servicios al haber comunicado dicha comunidad de propietarios a la empresa ASPEM SERVICIOS DE LIMPIEZA, SL, la rescisión del contrato de limpieza.

Como quiera que la nueva empresa adjudicataria es la mercantil LIMPIEZAS RAYMA SL, deberá esta subrogarla, durante el periodo de dos horas que usted prestaba servicios en la comunidad de propietarios referenciada.

Por lo tanto a partir del próximo día 2 junio de 2014, su contrato se reducirá a 6 horas, debiendo trabajar las dos restantes para la empresa LIMPIEZAS RAYMA SL".

(Folio 73 por reproducido).

SEXTO.- Aspem Servicios de Limpieza, S.L remitió a la empresa entrante el 28 de Mayo de 2014 la documentación (Fotocopia contrato de trabajo, 3 últimos TC1 y TC2, 3 últimas nóminas y certificado de estar al corriente de pago en Hacienda y Seguridad Social), y que obrante a los folios 240 a 260 se dan íntegramente por reproducidos.

SÉPTIMO.- El 2 de junio 2014 la actora acudió a la Comunidad de Propietarios de la CALLE000 , NUM001 , acompañada del Encargado de Aspem Servicios de Limpieza, S.L, D. Eleuterio , donde había tres personas, y una de ellas le dijo a la actora que no la subrogaba.

OCTAVO.- La trabajadora no ostenta ni ha ostentado la condición de representante del personal ni sindical alguna en el último año.

NOVENO.- El 25.06.2014 presentó la actora demanda por despido ante el SMAC, frente a la empresa Aspem Servicios de Limpieza, S.L y Limpiezas Rayma, S.L, celebrándose el 11 de Junio 2014 sin efecto.

DECIMO.- Al acto del juicio no compareció la codemandada Aspem Servicios de Limpieza, S.L pese a estar citada en legal forma y con apercibimiento expreso de ser tenida por confesa."

TERCERO.- En dicha sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: "*Que ESTIMANDO EN PARTE la demanda formulada por DOÑA Filomena frente ASPEM SERVICIOS DE LIMPIEZA,*



S.L y DON Benigno , debo declarar y declaro IMPROCEDENTE el despido de la actora efectuado el 02.06.2014, debiendo la empresa codemandada ASPEN SERVICIOS DE LIMPIEZA, S.L optar en el plazo de CINCO DIAS desde la notificación de la sentencia entre la readmisión de la trabajadora o el abono de una indemnización de 2.227,64 euros. El abono de la indemnización determinará la extinción del contrato de trabajo a la fecha del despido (02.06.2014)

De optar por la readmisión deberá abonar salarios de tramitación, en su caso, desde la fecha del despido hasta notificación de sentencia a razón de 9,35 euros/día.

Se absuelve al empresario individual DON Benigno , dada su falta de legitimación pasiva ad causam."

CUARTO.- Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte demandante, 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 en fecha 12/04/2017, 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 día para los actos de votación y fallo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Frente a la sentencia que ha declarado la improcedencia del despido de la demandante frente a la codemandada ASPEN SERVICIOS DE LIMPIEZA interpone suplicación la representación de la trabajadora articulando dos motivos al amparo del art. 193 b) y c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social .

En el primero interesa la parte recurrente la revisión del capítulo fáctico a fin de integrar un HP 5º bis que diga: *"Con fecha 30 de abril de 2014, la Comunidad de Propietarios de la CALLE000 , núm NUM001 de Getafe, comunica mediante carta a la empresa ASPEN SERVICIOS DE LIMPIEZA S.L. que por Junta Extraordinaria de fecha 24 de abril de 2014, han decidido de forma unánime rescindir el contrato de limpieza que mantenían con la empresa, comunicándoles que el próximo día 31 de mayo de 2014, finalizará la relación que mantenían con la comunidad. Con fecha 10 de junio de 2014, la empresa ASPEN SERVICIOS DE LIMPIEZA S.L. entrega un escrito a la administradora de la comunidad Aida , donde le hace entrega de las llaves de la Comunidad de Propietarios CALLE000 NUM001 , por finalización de contrato"* . La irrelevancia del contenido propuesto en orden al dictado del correspondiente fallo -el correlativo motivo de censura de fondo así lo demuestra al no sustentarse en su texto- y la ineficacia de las pruebas de índole testifical (aunque estuvieren documentadas por escrito) para provocar la modificación fáctica, motivan el fracaso de la adición propuesta.

Los pronunciamientos de la Sala acerca de los requisitos de prosperabilidad de los motivos de revisión de hechos, en aplicación de la doctrina Jurisprudencial y de Suplicación nacida de la interpretación de la norma contenida en el apartado b) del artículo 193 y en el apartado d) del artículo 205 de la LRJS , para el progreso de la pretensión de modificación del relato fáctico de la sentencia de instancia, perfilan que son exigibles los siguientes:

- a) Solamente puede solicitarse la revisión de hechos probados en base a prueba documental, que obre en autos, ya por haber sido aportada en la instancia, bien porque haya llegado a ellos en base al mecanismo especial contemplado en el artículo 233, practicada, dice la Ley, o pericial practicada en la instancia.
- b) Existencia de error en la apreciación del juzgador de instancia que debe ser concreto, evidente y cierto, y advertirse sin necesidad de conjeturas, hipótesis o razonamientos, tampoco puede basarse en documentos o pericias a las que se hayan opuesto documentos o pericias por la otra parte, precisándose, por ello, de una actividad de ponderación por parte del juzgador, sin que, tampoco, sea admisible la alegación de prueba negativa, aquella que entiende insuficiente el medio de prueba en que el juzgador apoya su declaración.
- c) Que el hecho cuya modificación se pretende sea trascendente en el fallo, es decir ha de servir de soporte al motivo jurídico que alterará el pronunciamiento.
- d) Es necesaria la propuesta de un texto alternativo a la redacción cuya modificación se pretende.
- e) No puede tratarse de alterar la convicción de instancia pretendiendo que sea la Sala de Suplicación quien realice un nuevo enjuiciamiento de los hechos, con una valoración de toda la prueba y ello porque se contradicen varios presupuestos procesales que delimitan la posibilidad de la revisión de los hechos probados en el Recurso de Suplicación.



En primer lugar, su naturaleza extraordinaria, que significa llanamente, que este recurso no constituye una segunda oportunidad para que la parte recurrente pueda obtener la tutela judicial de sus pretensiones ya que nos encontramos en una jurisdicción de única instancia que satisface ese derecho constitucional con la sentencia dictada por del Juzgado de lo Social.

En segundo lugar, porque la Suplicación no es una apelación y la facultad revisora de la sala queda limitada a los hechos fruto de la valoración de prueba documental o pericial fehaciente, como hemos expuesto anteriormente, quedando fuera del recurso la valoración de prueba testifical y de interrogatorio.

En consecuencia, permanece inalterado el relato fáctico de instancia.

SEGUNDO .- La censura jurídica de fondo -ex art. 193 c) LRJS - denuncia la vulneración del art. 24 del Convenio Colectivo del sector de Limpieza de Edificios y Locales de la CAM, sosteniendo que la demandante también prestó servicios en la Comunidad de Propietarios de la CALLE000 de Getafe que indica, dos horas diarias de lunes a viernes, que la sentencia entra en contradicción al decir que no se acredita la prestación en dicho centro y que la empresa saliente entregó la documentación a la entrante cuando solo era una trabajadora, debiendo aplicarse el referido precepto.

Con relación a la entrega de documentación el criterio seguido por la Sala en precedentes pronunciamientos (sentencia de fecha 5.10.2015 Roj: STSJ M 11267/2015 - ECLI:ES:TSJM:2015:11267, entre otras) recuerda la argumentación de la *sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2014, Recurso nº 646/2013* y dice: *<<... la sucesión de empresas contratistas de servicios, al carecer la sucesión de un soporte patrimonial, por lo que no tiene más alcance que el establecido en las correspondientes normas sectoriales (SSTS 30/12/93 - rcud 702/93 -; 29/12/97 -rec. 1745/97 -; ... 10/07/00 -rec. 923/99 -; 18/09/00 -rec. 2281/99 -; y 11/05/01 -rec. 4206/00 -). Porque en las contrataciones sucesivas de servicios, en las que lo que se transmite no es una empresa ni una unidad productiva con autonomía funcional, sino de un servicio carente de tales características, no opera, por ese solo hecho, la sucesión de empresas establecida en el artículo 44 ET , sino que la misma se producirá o no, de conformidad con lo que al efecto disponga el convenio colectivo de aplicación, y con subordinación al cumplimiento por las empresas interesadas de los requisitos exigidos por tal norma convenida (SSTS 10/12/97 -rec. 164/97 -; 29/01/02 -rec. 4749/00 -; 15/03/05 -rec. 6/04 -; y 23/05/05 -rec. 1674/04 -), habida cuenta de que los convenios colectivos del sector suelen establecer una garantía de estabilidad en el empleo en favor de los trabajadores empleados en los centros de trabajo cuya limpieza se adjudica sucesivamente a distintas empresas contratistas de este servicio, imponiendo una obligación convencional de cesión de los correspondientes contratos de trabajo, subordinada a la puesta en conocimiento, por parte de la empresa contratista saliente, de información sociolaboral relevante relativa al personal beneficiario de la misma, mediante entrega de la documentación pertinente (STS 28/07/03 -rec. 2618/02 -)>>.*

Añadimos que *"si la empresa saliente no hubiera cumplimentado de manera suficiente «los deberes que le impone el convenio colectivo no se produce transferencia alguna hacia la empresa entrante», siendo la empresa incumplidora de esa obligación la responsable de las consecuencias perjudiciales que sobrevengan al trabajador afectado y más en concreto del despido en el caso de que se haya producido, y no cabe invocar en contra de ello la vulneración del derecho del trabajador a la estabilidad en el empleo, porque «dicho derecho está asegurado en cuanto persiste, en estos supuestos, la vigencia del contrato de trabajo con la empresa saliente» (SSTS 10/12/97 -rec. 164/97 -; ...; 20/01/02 -rec. 4749/00 - 29/01 / 02 -rcud 4749/00 -; 11/03/03 -rec. 2252/02 -; y 28/07/03 -rec. 2618/02 -. A destacar que otra solución se impuso -por diversidad de normativa convencional- en las sentencias de 20/09/06 -rec. 3671/05-, para limpieza de edificios y locales; y 26/07/07 -rcud 381/06 -, para empresas de seguridad). Y aunque la subrogación puede operar, incluso, aunque la documentación de la empresa cesante en la contrata no está completa, si no se trata de «documentación imprescindible» para informar sobre las circunstancias profesionales de los trabajadores afectados y para justificar haberse atendido las obligaciones dinerarias y de SS; en todo caso, si no se remite esa documentación no se produce transferencia alguna hacia la empresa contratante (SSTS 11/03/03 -rec. 2252/02 -; y 28/07/03 - rec. 2618/02)."*

Por ello, en tales supuestos, concluimos que la empresa saliente no cumplió con lo establecido en el artículo 55 del mencionado convenio colectivo, puesto que la mera comunicación de poner a disposición la documentación que adjuntaba, cuando el único documento que se entregó a la entrante era una relación de personal, no suponía en manera alguna cumplir la inequívoca previsión que se contiene en el señalado precepto convencional. Además el precepto claramente impone la entrega de todos los demás documentos, como demuestran las imperativas expresiones "deberá facilitar y acreditar ante la nueva empresa...>>.

En el mismo sentido las *sentencias del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2014, Recursos númsº 1054/2013 y 1198/2013* .

La aplicación de tal doctrina al supuesto ahora enjuiciado, sin embargo, no conduce a la misma conclusión, en tanto que en este caso era una sola trabajadora la afectada por la subrogación, constando las circunstancias



en las que prestaba servicios para la empresa saliente; así, el hecho probado sexto declara acreditado que Aspem Servicios de Limpieza, S.L remitió a la empresa entrante el 28 de Mayo de 2014 la documentación (Fotocopia contrato de trabajo, 3 últimos TC1 y TC2, 3 últimas nóminas y certificado de estar al corriente de pago en Hacienda y Seguridad Social). No ofrecía duda alguna la identidad de la trabajadora afectada por las previsiones del citado art. 24 del convenio de cobertura, corroborada igualmente en la visita realizada por la actora el 2 de junio de 2014 a la Comunidad de Propietarios de la CALLE000 , nº NUM001 , acompañada del Encargado de Aspem Servicios de Limpieza, S.L, D. Eleuterio , donde había tres personas, y una de ellas le dijo a la actora que no la subrogaba. Es por ello que la subrogación puede operar, como expresa el Tribunal Supremo, aunque la documentación no estuviere completa, pues los datos imprescindibles para llevarla a cabo sí fueron cumplimentados.

De esta forma, el empresario entrante -codemandado Sr. Benigno - que se hizo cargo del servicio de limpieza, debió subrogar a la trabajadora, resultando de aplicación la doctrina unificada que se acaba de transcribir y por ende las responsabilidades del despido declarado improcedente en la instancia.

Se estima el recurso interpuesto, revocando parcialmente la sentencia de instancia en el sentido de condenar a la empresa entrante D. Benigno por el despido improcedente de la trabajadora.

En su virtud,

FALLAMOS

Estimando el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de D^a Filomena , contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 9 de Madrid, de fecha veintinueve de noviembre de dos mil dieciséis , y revocando en parte la sentencia de instancia, debemos condenar a la empresa entrante D. Benigno por el despido improcedente de la trabajadora recurrente, manteniendo dicha calificación y efectos, y absolviendo a la empresa ASPEM SERVICIOS DE LIMPIEZA S.L. de los pedimentos deducidos frente a ella.

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 2829-0000-00-0298-17 que esta sección tiene abierta en BANCO SANTANDER sita en Pº del General Martínez Campos, 35, 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 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 (2829000000029817) , 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).

Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social y una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

Una vez adquiera 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 por la Ilma. Sra. Magistrado-Ponente en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ