



Roj: **STSJ GAL 6641/2017 - ECLI:ES:TSJGAL:2017:6641**

Id Cendoj: **15030340012017104765**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **10/10/2017**

Nº de Recurso: **3193/2017**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO SUPLICACION**

Ponente: **ANTONIO JESUS OUTEIRIÑO FUENTE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**T.S.X. GALICIA SALA DO SOCIAL A CORUÑA**

**SECRETARIA SRA. BARRIO CALLE-BPB**

PLAZA DE GALICIA S/N

15071 A CORUÑA

**Tfno:** 981-184 845/959/939

**Fax:** 881-881133/981184853

**NIG:** 27028 44 4 2016 0001807

**RSU RECURSO SUPLICACION 0003193 /2017**

Procedimiento origen: DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000584 /2016

Sobre: DESPIDO DISCIPLINARIO

**RECURRENTE/:** EULEN SEGURIDAD, S.A. Ezequias

**RECURRIDO/S:** ALCOR SEGURIDAD SL

Gumersindo

**ILMO. SR. D. ANTONIO OUTEIRIÑO FUENTE**

**PRESIDENTE**

**ILMO. SR. D. JOSE ELIAS LOPEZ PAZ**

**ILMO. SR. D. LUIS FERNANDO DE CASTRO MEJUTO**

En A Coruña, a diez de Octubre de dos mil diecisiete.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, compuesta por los Sres. Magistrados citados al margen y

EN **NO** MBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

**SENTENCIA**

En el recurso de Suplicación número **3193/2017** interpuesto por la entidad EULEN SEGURIDAD SA contra la **sentencia** del JDO. DE LO SOCIAL nº 3 DE LUGO, siendo Ponente ILMO. SR. D. ANTONIO OUTEIRIÑO FUENTE.

**ANTECEDENTES DE HECHO**



**PRIMERO.-** Que según consta en autos se presentó demanda por D. Gumersindo en reclamación de Despido, siendo demandado las entidades Eulen Seguridad SA. y Alcor Seguridad SL. En su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 584/16 sentencia con fecha 31 de marzo de 2017 por el Juzgado de referencia que estimó la demanda formulada.

**SEGUNDO.-** Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: Primeiro.- Gumersindo , maior de idade, prestou servizos por conta e orde de ALCOR SEGURIDAD, SL coas seguintes circunstancias laborais e persoais:

Antigüidade: dende o 17 de setembro de 2009.

Categoría profesional: vixiante de seguridade.

Xornada: completa.

Tipo de contrato: indefinido, se ben a relación laboral se desenvolveu a través dos seguintes contratos:

Contrato do 17 de setembro de 2009, a tempo parcial, para obra ou servizo de-terminado. Non figuraba no contrato a especificación da obra.

Ampliación da xornada do anterior con efectos a partir do 1 de novembro de 2009.

Contrato do 22 de novembro de 211 a tempo completo e para obra ou servizo determinado consistente no servizos de vigilancia autovía del Pirineo A-21.

Contrato do 31 de decembro de 2011 a tempo completo e eventual por circunstancias da produción consistentes en atención inmediata y circunstancial de varios servizos de vigilancia y seguridad de carácter circunstancial y no permanentes que esta empresa debe atender.

Prórroga do anterior dende o 31 de marzo de 2012 ata 30 de decembro de 2012.

Contrato do 31 de decembro de 2012 de interinidade para a cobertura das vacacións de Salvador e de Jose Francisco .

Contrato do 26 de xullo de 2013 a tempo completo e para obra ou servizo determinado consistente no servizo de vigilancia en obras AV: de Ourense.

Centro de traballo: dende xaneiro de 2016 o traballador prestaba servizos no Pazo de Tor.

Salario: 1398 euros ao mes con inclusión da parte proporcional de paga extraordinaria e abonado mediante transferencia bancaria.

O traballador é delegado sindical pola Central Sindical Obreira (CSOI).

Segundo.- ALCOR SEGURIDAD, SL foi adxudicataria do servizo de vixilancia do Pazo de Tor.

O 21 de xuño de 2016 fíxose cargo do servizo a nova adxudicataria, EULEN SE-GURIDAD, SA.

Terceiro.- ALCOR SEGURIDAD, SL remitiu a EULEN SEGURIDAD, SA por burofax un escrito do 17 de xuño de 2016 no que indicaba que no centro de traballo do Pazo de Tor existían dous traballadores que debían ser subrogados ( Gumersindo e Pablo Jesús , ambos representantes dos traballadores/as).

Asemade, a empresa acompañou devandito escrito da documentación relativa ao artigo 14 do Convenio colectivo estatal de seguridade privada.

Cuarto.- Mediante burofax, EULEN SEGURIDAD, SA comunicou por escrito do 20 de xuño de 2016 a ALCOR SEGURIDAD, SL que non procedía a subrogación de Pablo Jesús e de Gumersindo .

Quinto.- ALCOR SEGURIDAD, SL comunicou por escrito do 21 de xuño de 2016 a Gumersindo que EULEN SEGURIDAD, SA negábase á subrogación. Anteriormente o traballador optara expresamente por ser subrogado por EULEN SE-GURIDAD, SA mediante o escrito do 17 de xuño de 2016 remitido a ALCOR SEGURIDAD, SL.

Sexto.- ALCOR SEGURIDAD, SL deu de baixa na Seguridade Social a Gumersindo con efectos do 21 de xuño de 2016.

Sétimo.- Gumersindo está afiliado á Central Sindical Obreira Independente (CSOI), quen decidiu na asemblea de 10 de xaneiro de 2016 constituír unha Sección Sindical, sendo nomeado delgado sindical Gumersindo . Consta certificación do Presidente da central sindical no folio 527 dos autos que se da por íntegramente reproducido.

Este feito foi porto en coñecemento de ALCOR SEGURIDAD, SL por escrito do 16 de xaneiro de 2016, quen o comunicou á Administración por escrito do con rexistro de entrada do 26 de febreiro de 2016.



Oitavo.- Pablo Jesús formulou unha demanda de despedimento contra ALCOR SEGURIDAD, SL e EULEN SEGURIDAD, SA que deu lugar aos autos 582/16 tramitado no Xulgado do Social núm. 1 de Lugo.

Noveno.- O 7 de xullo de 2016 presentouse a papeleta de conciliación ante o SNAC. O acto tivo lugar o 19 de xullo de 2016, sen avinza.

**TERCERO.-** Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: DECISIÓN

1. Acollo a demanda formulada por Gumersindo contra EULEN SEGURIDAD, SA de tal xeito:

- a. Declaro improcedente o despedimento do traballador con efectos dende o 21 de xuño de 2016.
- b. EULEN SEGURIDAD, SA deberá ou ben readmitir a Gumersindo nas mesmas condicións que tiña antes do 21 de xuño de 2016 ou ben a indemnizalo na cantidade de 11696,82 euros (correspondendo a opción en todo caso ao traballador).
- c. Para o caso de se optar pola readmisión, EULEN SEGURIDAD, SA deberá aboar tamén como salarios de tramitación a cantidade de 45,96 euros diarios dende o 21 de xuño de 2016 ata a data de notificación desta resolución.

2. Absolvo a ALCOR SEGURIDAD, SL de canta petición se formulaba contra ela no presente procedemento.

3. Non se fai pronunciamento sobre custas.

**CUARTO.-** Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte demandada entidad EULEN SEGURIDAD SA.. siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el paso de los mismos al Ponente.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Contra la sentencia de instancia que estimó en parte la demanda declarando la improcedencia del despido a cargo de la empresa Eulen Seguridad S.A., recurre dicha demandada articulando, en primer término, dos motivos de suplicación en los que interesa la revisión de los hechos declarados probados, para que se modifiquen en la forma siguiente:

A) El hecho primero con la siguiente redacción:

Gumersindo , maior de idade, prestou servizos por conta e orde de AL-COR SEGURIDAD, SL coas seguintes circunstancias laborais e persoais:

Categoría profesional: vixiante de seguridade.

Xornada: completa.

Tipo de contrato: indefinido, se ben a relación laboral se desenvolveu dende o 17 de setembro de 2009 a través dos seguintes contratos:

Contrato do 17 de setembro de 2009 ao 21 de novembro de 2010 a tempo parcial, para obra ou servizo determinado. Non figuraba no contrato a especificación da obra.

Ampliación da xornada do anterior con efectos a partir do 1 de novembro de 2009.

Contrato do 22 de novembro de 2011 ao 24 de novembro de 2011, a tempo completo e para obra ou servizo determinado consistente no servizos de vigilancia autovía del Pirineo A-21.

Contrato do 31 de decembro de 2011 ao 30 de decembro de 2012, a tempo completo e eventual por circunstancias da produción consistentes en atención inmediata y circunstancial de varios servizos de vigilancia y seguridade de carácter circunstancial y no permanentes que esta empresa debe atender.

Prórroga do anterior dende o 31 de marzo de 2012 ata o 30 de decembro de 2012.

Contrato do 31 de decembro de 2012 ao 27 de febreiro de 2013, de interinidade para a cobertura das vacacións de Salvador e de Jose Francisco .

Contrato do 26 de xullo de 2013 a tempo completo e para obra ou servizo determinado consistente no servizo de vigilancia en obras AVE de Ourense.

Entre o 28 de febreiro e o 25 de xullo de 2013 o actor percibiu prestacións de desemprego.

Centro de traballo: dende xaneiro de 2016 o traballador prestaba servizos no Pazo de Tor.



Salario: 1398 euros ao mes con inclusión da parte proporcional de paga extraordinaria e abonado mediante transferencia bancaria.

La modificación interesada debe prosperar parcialmente en el sentido de la fecha de inicio de la relación laboral, por resultar así de los contratos de trabajo que se inicia-ron con el primero de ellos celebrado en 17 de septiembre de 2009, siendo la antigüedad discutida por la recurrente. Igualmente, procede admitirla en parte en el particular relativo a la supresión de que el trabajador es delegado sindical por la central Sindical Obrera (CSOI), en el sentido de redactar el apartado del hecho en la forma siguiente: El trabajador es delegado sindical por la central Sindical Obrera (CSOI). En el centro de trabajo donde el actor prestaba servicios eran dos los trabajadores. Así resulta de la documental obrante en autos, sin perjuicio de razonar si se trata o no de un delegado sindical propio, que goza de las prerrogativas y garantías reconocidas en el art. 10.3 de la LOLS, o de un delegado sindical que no gozan de tales garantías.

B) El hecho octavo para que se le adicione lo siguiente: En dita demanda, redactada nos mesmos termos que a do actor, o Sr. Pablo Jesús alega ter prestado servicios no Pazo de Tor dende o 1 de xaneiro de 2016 ao 21 de xuño de 2016 (feito primeiro da demanda); ter recibido un escrito de ALCOR SEGURIDAD, S.L. no que se lle notificaba a extinción da relación laboral o día 21 de xuño do 2016; así corno que é delegado sindical da Central Sindical Obrera Independiente (CSOI) -feito sétimo da demanda-, e que como tal delegado sindical considera que pode optar por permanecer en calquera das empresas demandadas (feito sexto e fundamento de dereito III da demanda).

La adición interesada debe prosperar por resultar así de la documental que se citar, obrante a los folios 197 y 198 de las actuaciones.

**SEGUNDO.-** En sede jurídica sustantiva y al amparo de lo establecido en el apartado c) del artículo 193 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, formula la empresa recurrente el tercer motivo de suplicación en el que denuncia infracción, por aplicación indebida, de lo dispuesto en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, y en el artículo 14 del Convenio colectivo estatal para las empresas de seguridad, publica-do por Resolución de 04/09/2015, de la Dirección General de Empleo (BOE de 18/09/2015). A su juicio, no cabe hablar de sucesión de empresa por vía de imposición de la obligación en el contrato o la concesión, dado que este nada preveía al respecto, ni nada se ha alegado ni declarado probado al respecto, sin que ello pueda presumirse puesto que la existencia de sucesión de empresa fuera del concreto supuesto que prevé el art. 44 ET ha de interpretarse de manera estricta y restrictivamente ( STS de 8 de Junio de 1998 -RJ 1998, 6693, rec. 2178/97 - y 10 de Diciembre del 2008 -RJ 2009, 254, rec. 3837/2007 -). No ha existido transmisión de activos, instrumentos o elemento productivo alguno entre las dos empresas demandadas, ni tampoco sucesión en las plantillas.

La cuestión central del motivo se concreta a determinar qué empresa debe responder del cese del actor (la saliente o la entrante), en un supuesto, como el presente, de sucesión de contratos de empresas de seguridad y en el que la relación laboral del trabajador ha sido calificada de indefinida por apreciación de fraude de ley en la contratación. Y la respuesta que procede dar al recurso ha de ser de contenido diferente a lo razonado por la sentencia de instancia, sobre la base de las siguientes consideraciones:

1.- El artículo 14 del Convenio Colectivo de Empresas de Seguridad 2.015-2.016 (B.O.E. 18 de septiembre de 2015) comienza con la declaración que ese precepto tiene como finalidad garantizar la estabilidad en el empleo de los trabajadores de este sector, y para alcanzar esa finalidad se previene en el apartado, A) Servicios de vigilancia, sistemas de seguridad, transporte de explosivos, protección personal y guardería particular de campo, lo siguiente: Cuando una empresa cese en la adjudicación de los servicios contratados de un cliente, público o privado, por rescisión, por cualquier causa, del contrato de arrendamiento de servicios, la nueva empresa adjudicataria está, en todo caso, obligada a subrogarse en los contratos de los trabajadores adscritos a dicho contrato y lugar de trabajo, cualquiera que sea la modalidad de contratación de los mismos, y/o nivel funcional, siempre que se acredite una antigüedad real mínima, de los trabajadores afectados en el servicio objeto de subrogación, de siete meses inmediatamente anteriores a la fecha en que la subrogación se produzca, incluyéndose en dicho período de permanencia las ausencias reglamentarias del trabajador del servicio subrogado establecidas en los Artículos 45, 46 y 50 de este Convenio Colectivo, las situaciones de Incapacidad Temporal y suspensiones disciplinarias, cualquiera que sea su causa, excluyéndose expresamente las excedencias reguladas en el Artículos 48, salvo los trabajadores que hayan sido contratados por obra o servicio determinado. Asimismo procederá la subrogación, cuando la antigüedad en la empresa y en el servicio coincida, aunque aquella sea inferior a siete meses. Igualmente procederá la subrogación cuando exista un cambio en la titularidad de las instalaciones donde se presta el servicio.



En interpretación del citado precepto, las SSTs/IV de 10 de julio de 2000 (rec. 923/99 ), 18 de septiembre de 2000 (rec. 2281/99 ) y 21 de septiembre de 2012 (rec. 2247/2011 ), consideran que la subrogación no es obligatoria para el nuevo contratista cuando el arrendatario del servicio suspende o reduce el mismo por periodo superior a doce meses, a lo que hay que añadir el supuesto previsto en el Convenio en que el trabajador afectado en el servicio objeto de subrogación, no tenga una antigüedad real mínima, de siete meses inmediatamente anteriores a la fecha en que la subrogación se produzca. En tales casos, la empresa saliente debe mantener al trabajador en plantilla tal como resulta de la doctrina jurisprudencial citada y de la dicción del propio Convenio, ya que en tal caso tales medidas resultarían irrelevantes porque la subrogación no deviene obligatoria para la empresa entrante; y todo ello sin olvidar que los supuestos de subrogación regulados en el art. 14 del Convenio colectivo, no constituyen un supuesto de sucesión de empresa del art. 44 ET .

2.- La doctrina unificada recogida entre otras en la SSTs de 20-noviembre-2011 (rcud. 3900/2011 ), 18/12/2012 y 19 de septiembre de 2012, (recurso 3056/2011 ), ha venido señalando que el mecanismo sucesorio operante entre las empresas de limpieza, de seguridad o de gestión de diversos servicios públicos, no es el previsto en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, pues «ni la contrata ni la concesión administrativa, son unidades productivas autónomas a los efectos del artículo 44 ET , salvo entrega al concesionario o al contratista de la infraestructura u organización empresarial básica para la explotación». En general, no se trata de una sucesión de empresas regulada en dicho precepto, sino de una sucesión de contratos de servicios, que al carecer de un soporte patrimonial, no tiene más alcance que el establecido en las correspondientes normas sectoriales, 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 -).

Cabría, sin embargo, la posibilidad de que pese a no concurrir la transmisión de un conjunto de medios organizados, se produjese la figura de la sucesión de empresa en su modalidad de sucesión de plantilla, a que se refieren, entre otras, las SSTs de 29 de mayo de 2008 (R. 3617/2006 ), 27 de junio de 2008 (R. 4773/2006 ), 28 de abril de 2009 (R. 4614/2007 ), 7 de diciembre de 2011 (R. 4665/2010 ), 28 de febrero de 2013 (R. 542/2012 ), 5 de marzo de 2013 (R. 3984/2011 ), 8 y 9 de julio de 2014 (rcud. 1741/2013 y 1201/2013 ), 9 de diciembre de 2014 (rcud. 109/2014 ) y 12 de marzo de 2015 (recud. 1480/2014 ). El supuesto particular de sucesión de contratos 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 contratos 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.

3.- Sin embargo, ninguno de los dos supuestos previstos en el art. 44 del ET han tenido lugar en el presente caso, ya que ni se ha producido la transmisión de la empresa o de un conjunto de medios organizados necesarios para continuar la actividad, ni tampoco una sucesión en la plantilla, al negarse la empresa entrante a incorporar al desempeño de los servicios o actividades objeto de la contrata a los dos trabajadores de la plantilla de la empresa saliente que prestaban servicios en el lugar y centro de trabajo de la contrata, en concreto, el Pazo de Tor perteneciente a la Diputación Provincial de Lugo. Y tampoco existe una obligación convencional de subrogación del personal ocupado en la prestación de servicios de la empresa saliente Alcor Seguridad S.L. por la empresa entrante, dado que no concurren los requisitos que establece el art. 14. 1 A), en concreto, que el trabajador adscrito a dicho contrato y lugar de trabajo acredite una antigüedad real mínima en el servicio objeto de subrogación, de siete meses inmediatamente anteriores a la fecha en que la subrogación se produzca. Y en este caso, consta acreditado que el trabajador demandante prestaba servicios en el Pazo de Tor desde enero de 2016 y la empresa entrante Eulen Seguridad S.A. se hizo cargo del servicio el 21 de junio de 2016, esto es, a los cinco meses y 21 días. Además, tampoco concurre el requisito que establece el citado art. 14. 1 del Convenio aplicable cuando señala que: Asimismo procederá la subrogación, cuando la antigüedad en la empresa y en el servicio coincida, aunque aquella sea inferior a siete meses, pues el demandante tenía una antigüedad en la empresa saliente muy anterior, siéndole reconocida por la empresa Alcor Seguridad S.L., la inicial de 17 de septiembre de 2009. El motivo, por tanto, ha de ser acogido.

**TERCERO.-** Al amparo de lo establecido en el apartado c) del artículo 193 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social , articula la recurrente el cuarto motivo en el que denuncia infracción, por interpretación errónea, de lo dispuesto en los artículos 14 y 63 del Convenio colectivo estatal para las



empresas de seguridad, publicado por Resolución de 04/09/2015, de la Dirección General de Empleo (BOE de 18/09/2015), en relación con los artículos 8 y 10 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical, señalando que el art. 14.D) Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Seguridad, en ningún caso puede ser aplicado al actor por carecer este de la condición de delegado sindical en sentido legal y con las prerrogativas reconocidas a estos por la ley y el convenio. A lo sumo el actor podría ser un portavoz o representante de una sección sindical, pero no un delegado sindical investido de los derechos y prerrogativas que establece el art. 10 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical (LOLS), único al que se refiere el art. 14. D) del Convenio, conforme resulta de su art. 63, en el que se establece que Para quienes ostenten cargos de representación de los trabajadores, incluido el delegado sindical, se estará a lo dispuesto en las Leyes vigentes.

La cuestión que suscita el motivo es la de si corresponde al actor, como delegado sindical impropio, el derecho de opción entre permanecer en su empresa o subrogarse a la empresa adjudicataria. Y la respuesta que procede dar al motivo ha de ser también de contenido diferente a lo razonado por la sentencia de instancia, sobre la base de las siguientes consideraciones:

1.- Razona la Sentencia de esta Sala de 3 diciembre de 2014 (Recurso 3529/2014) que la diferencia entre lo que es un delegado sindical previsto por la LOLS y un simple portavoz, al que también puede denominarse delegado sindical, pero cuya asimilación al anterior es una mera cuestión de homonimia, puesto que - cuando la empresa no cuenta con 250 trabajadores- el denominado delegado sindical no es más que un portavoz o representante del Sindicato y nada más. Sobre este aspecto ya hemos tenido la oportunidad de pronunciarnos (valgan por todas, las SSTSJ de Galicia de 07/10/14 (R. 2856/14) y 17/12/13 (R. 2986/13 y las SSTS/IV, entre otras, de 10 abril 2001, rec. nº 1548/2000. RJ 2001\4901; 10-11-1998, rec. nº 2123/1998. RJ 1998\9545; 20-7-2000, rec. nº 1000/2000, RJ 2000\7190; 5-9-2006, Rcd 1643/2005 y Auto de 18-11-1999, recurso 718/1999. RJ 1999\8524 y STS de 18 julio 2014 (rec. 91/2013; RJ 2014\4781), en el sentido de mantener que es clara la diferencia entre el delegado sindical, que disfruta de los derechos atribuidos en el artículo 10. 3 de la LOLS, y aquel que - con independencia de su denominación- es un simple portavoz o representante de la Sección sindical, quien gozará de los derechos de los artículos 2.2, 8.1.b) y c) LOLS, pero no de los del artículo 10.3, que está en conexión con su párrafo primero, que exige un centro de más de 250 trabajadores. Lo que no impide -por su capacidad de autoorganización- que el Sindicato correspondiente pueda constituir una Sección Sindical en cualquier empresa y nombrar un Delegado o, más bien, portavoz de ella; de hecho, la STC 173/1992, de 29/Octubre (RTC 1992, 173), declara que, «el artículo 10.1 L.O.L.S., ni por sí mismo ni en conexión con otros artículos como, por ejemplo, el 8.1 a) impide en modo alguno que se constituyan Secciones Sindicales en cualesquiera unidades productivas, con independencia de la forma en que ésta se organice y de las características de su plantilla. De hecho, al no supeditar la constitución de Secciones Sindicales a requisito alguno de representatividad del Sindicato o de tamaño de las empresas o de los centros, se posibilita la presencia de todo Sindicato en cualquier lugar de trabajo. En definitiva, no procede declarar que la limitación a empresas o centros de trabajo de más de 250 trabajadores de la posibilidad de nombrar delegados sindicales resulte contraria a los imperativos de los arts. 7, 28 y 37 CE».

En este punto puede recordarse ( STS 29/03/11 -rc 145/10 -) que «los sindicatos disponen de un ámbito esencial de libertad para organizarse y actuar de la forma que consideren más adecuada a la efectividad de su acción, dentro, claro está, del respeto a la Constitución y a la Ley. En el art. 28. 1 CE se integra, pues, el derecho a llevar a cabo una libre acción sindical, comprensiva de todos los medios lícitos y sin indebidas injerencias de terceros (por todas, SSTC 94/1995, de 16 de junio (RTC 1995, 94), F. 2; 127/1995, de 25 de julio (RTC 1995, 127) F. 3; 168/1996 de 29 octubre ( RTC 1996, 168), F. 1; 168/1996, de 29 de octubre, F. 3; 107/2000, de 5 de mayo (RTC 2000, 107), F. 6, y 121/2001, de 4 de junio (RTC 2001, 121), F. 2)», de tal forma que «la facultad de elegir portavoz o representante del Sindicato en la empresa o centro de trabajo, carente de garantías, emana y es ejercicio de la libertad interna de autoorganización del sindicato que, en cuanto tal, no puede ser impedida ni coartada» ( STC 84/1989, de 10/Mayo (RTC 1989, 84) y STC 292/1993, de 18 de octubre (RTC 1993, 292).

Ahora bien, añade la Sentencia de esta Sala de 3 diciembre de 2014 (Recurso 3529/2014), nada impide que cualquier sección sindical pueda designar un portavoz que la represente ante la empresa, pero ello no implica que se le atribuyan los derechos de los centros de más de 250 trabajadores ( artículo 10.3 LOLS). Y, finalmente, la jurisprudencia ha establecido que la simple tolerancia empresarial respecto de que el trabajador goce de determinadas garantías atribuidas a la cualidad delegado sindical, aunque sin ostentarla, por no cumplir los necesarios requisitos, no supone reconocimiento de la cualidad ni atribuye un derecho adquirido ( STS 05/09/06 (RJ 2006, 6435) (rcud 1643/05) ... En función de lo expuesto consideramos que estos actos de mera liberalidad o tolerancia por parte de la empresa saliente, no pueden constituirse en derecho adquirido por parte del trabajador pues no está acreditada la voluntad inequívoca de la empresa para conceder tales derechos.

2.- En el presente caso, ninguna prueba existe de que el actor reúna las condiciones de delegado sindical con los derechos y prerrogativas del artículo 10.3 LOLS. Nada consta a propósito de la dimensión de la plantilla



de la empresa saliente Alcor Seguridad S.L., ni que el centro de trabajo donde el actor desempeñaba sus funciones tuviera más de 250 trabajadores. Lo único acreditado sobre este particular es que en el Pazo de Tor perteneciente a la Diputación Provincial de Lugo, donde el actor prestaba servicios, solo había dos trabajadores de la empresa saliente, el demandante y otro que también formuló demanda contra ambas empresas (hecho octavo). Por ello, no puede entenderse que la comunicación de constitución por la Central Sindical Obreira Independiente (CSOI) de una Sección sindical en la asamblea de 10 de enero de 2016, fuera de las del art. 10 LOLS, ni que los delegados o representantes que la misma pudiera designar tuvieran las prerrogativas del apartado 3 de ese mismo precepto. En definitiva, no alcanza al demandante, en su cualidad de delegado sindical de sección sindical no incardinable en el artículo 10 LOLS, ninguna de esas prerrogativas, entre las que se halla la de optar entre permanecer en su empresa o subrogarse a la adjudicataria en caso de despido declarado improcedente, tal como establece el artículo 56.4 ET que lo reconoce a los representantes unitarios en la empresa, y el art. 14 D) del Convenio colectivo que reconoce ese derecho de opción a los miembros del Comité de Empresa, a los delegados de personal y los delegados sindicales, en el plazo de 24 horas tras la designación del número de trabajadores a subrogar, salvo en los supuestos que el precepto establece.

**CUARTO.-** Con el mismo amparo procesal, formula la recurrente el quinto motivo de recurso en el que denuncia infracción de lo dispuesto en el art. 56.1 y 4 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con el art. 107 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, sobre la base de sostener que la antigüedad del actor no es la del primer contrato, sino que su antigüedad no puede ir más allá del día 26/7/2013 por la inactividad entre contratos, y ello con independencia de la antigüedad inicial reconocida en su empresa Alcor Seguridad S.L.

El motivo no resulta acogible. Conforme a lo razonado hasta ahora la empresa responsable del despido del actor es la entidad saliente Alcor Seguridad S.L., toda vez que al no proceder la subrogación por la empresa entrante, venía obligada a mantener al actor en su puesto de trabajo, sin que corresponda a la recurrente Eulen Seguridad S.A., una vez excluida su responsabilidad en el despido, defender los intereses de su codemandada y, en concreto, discutir la antigüedad que Alcor Seguridad S.L. tenía reconocida al demandante, según las nóminas obrantes en autos; antigüedad que es la inicial del primer contrato -17 de septiembre de 2009- cuya cláusula de temporalidad debe entenderse viciada desde el momento en que la obra o servicio no aparece identificada con la precisión y claridad que impone el art. 2. 2 a) del Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre, por el que se desarrolla el art. 15 del ET en materia de contratos de duración determinada. La conclusión final, por tanto, ha de ser la de estimar el recurso, revocar la sentencia de instancia y estimar en parte la demanda formulada por el actor, declarando la improcedencia de su despido y condenando, en consecuencia, a la empresa codemandada Alcor Seguridad S.L., a que en el plazo de cinco días desde la notificación de esta sentencia OPTE: entre readmitir al trabajador en las mismas condiciones que regían antes de producirse su despido, o bien a satisfacerle la cantidad de 11.606,82 € en concepto de indemnización, entendiéndose que si no opta en el plazo de cinco días procederá su readmisión, y en caso de que opte por la readmisión, a que le abone los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido y hasta la notificación de la presente sentencia a razón del salario diario de 45,96 €. Y desestimamos la demanda frente a la también demandada y recurrente Eulen Seguridad S.A. a la que absolvemos libremente. Sin costas. Por lo expuesto,

## FALLAMOS

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por la empresa codemandada Eulen Seguridad S.A., debemos revocar y revocamos la sentencia de fecha 31 de marzo de 2017, dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Lugo, y con estimación parcial de la demanda formulada por el actor D. Gumersindo, debemos declarar y declaramos la improcedencia de su despido y, en consecuencia, condenamos a la empresa codemandada Alcor Seguridad S.L., a que en el plazo de cinco días desde la notificación de esta sentencia OPTE: entre readmitir al trabajador en las mismas condiciones que regían antes de producirse su despido, o bien a satisfacerle la cantidad de 11.606,82 € en concepto de indemnización, entendiéndose que si no opta en el plazo de cinco días procederá su readmisión, y en caso de que opte por la readmisión, a que le abone los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido y hasta la notificación de la presente sentencia a razón del salario diario de 45,96 €. Y desestimamos la demanda frente a la también demandada y recurrente Eulen Seguridad S.A. a la que absolvemos libremente. Sin costas.

**MODO DE IMPUGNACIÓN :** Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de Casación para Unificación de Doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala dentro del improrrogable plazo de diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la sentencia. Si el recurrente no tuviera la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de seguridad social deberá efectuar:



- El depósito de 600 ? en la cuenta de 16 dígitos de esta Sala, abierta en el Banco de SANTANDER (BANESTO) con el nº **1552 0000 35 seguida del cuatro dígitos correspondientes al nº del recurso y dos dígitos del año del mismo** .

- Asimismo si hay cantidad de condena deberá consignarla en la misma cuenta, pero con el código **80** en vez del 35 ó bien presentar aval bancario solidario en forma.

- Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria desde una cuenta abierta en cualquier entidad bancaria distinta, habrá que emitirla a la cuenta de veinte dígitos **0049 3569 92 0005001274** y hacer constar en el campo Observaciones ó Concepto de la transferencia los 16 dígitos que corresponden al procedimiento ( **1552 0000 80 ó 35 \*\*\*\* ++**).

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

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ