



Roj: **STSJ M 13943/2017 - ECLI:ES:TSJM:2017:13943**

Id Cendoj: **28079340062017101101**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **21/12/2017**

Nº de Recurso: **1163/2017**

Nº de Resolución: **1105/2017**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **ENRIQUE JUANES FRAGA**

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 : 28.092.00.4-2017/0000387

Procedimiento Recurso de Suplicación 1163/2017

ROLLO Nº: RSU 1163/2017

TIPO DE PROCEDIMIENTO: RECURSO SUPLICACION

MATERIA: CANTIDAD

Jzdo. Origen: JDO. DE LO SOCIAL N. **2 MÓSTOLES**

Autos de Origen: **182/2017**

RECURRENTE: AYUNTAMIENTO DE NAVALCARNERO

RECURRIDOS: OEMI SERVICIOS INTERACTIVOS SL, FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, D^a. María Rosa Y D^a. Amanda

SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

DE LA COMUNIDAD AUTONOMA DE MADRID

En MADRID, a veintiuno de diciembre 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 LUIS LACAMBRA MORERA, DON BENEDICTO CEA AYALA** , Magistrados, han pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA nº 1105

En el recurso de suplicación nº **1163/2017** interpuesto por **D^a. M^a. YOLANDA GARCÍA ROMO**, en nombre y representación de **AYUNTAMIENTO DE NAVALCARNERO** , contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº **2 MÓSTOLES** , de fecha **VEINTINUEVE DE JUNIO DE DOS MIL DIECISIETE** , ha sido Ponente el Ilmo **Sr. D. ENRIQUE JUANES FRAGA**

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que según consta en los autos nº **182/2017** del Juzgado de lo Social nº **2 MÓSTOLES**, se presentó demanda por D^a. María Rosa Y D^a. Amanda contra **FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, AYUNTAMIENTO DE NAVALCARNERO Y OEMI SERVICIOS INTERACTIVOS SL** en reclamación de **CANTIDAD**, y que en su día se celebró el acto de la vista, habiéndose dictado sentencia en **VEINTINUEVE DE JUNIO DE DOS MIL DIECISIETE**, cuyo fallo es del tenor literal siguiente :

"Estimo parcialmente la demanda y condeno solidariamente a las demandadas Oemi Servicios Interactivos S.L. y Ayuntamiento de Navalcarnero, a abonar a cada una de las actoras las cantidades que seguidamente se indican, con más el 10% de interés por mora que se concreta

1.- D^a. Amanda : 2.123'28 euros, con más 141'41 euros en concepto de 10% de interés anual por mora.

2.- D^a. María Rosa : 4.670'60 euros, con más 311'06 euros en concepto de 10% de interés anual por mora".

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

"PRIMERO.- Las actoras prestaban sus servicios para la demandada Oemi Servicios Interactivos S.L., en el centro de trabajo Centro de la Tercera Edad de Navalcarnero, con la fecha de antigüedad que seguidamente se concreta:

1.- D^a. Amanda : 19-06-12

2.- D^a. María Rosa : 01-10-11

SEGUNDO.- Con fecha 19-10-11 fue suscrito entre ambas demandadas contrato administrativo menor de la gestión indirecta, bajo modalidad de concesión, del servicio de cocina y cafetería en las instalaciones del centro de la Tercera Edad de Navalcarnero. Conforme al Anexo I, de Prescripciones Técnicas, el objeto era la prestación del servicio de cocina y cafetería en el referido centro, debiendo disponer el contratista para ello de 1 Cocinera, 1 Auxiliar de Cocina y 1 Camarero; fijándose como horario de apertura del Comedor de 13 a 15'30 horas; y la cafetería de 10 a 20 horas y hasta las 21 horas en periodo de verano, y estableciéndose como días de cierre los días 25 de diciembre y 1 de enero.

TERCERO.- Las actoras eran las únicas trabajadoras en la cafetería del Centro. La referida Cafetería estaba abierta en festivos, salvo los dos días anteriormente indicados, y cada trabajadora tenía un día libre a la semana. La jornada de trabajo de ambas trabajadoras se extendía de 12'00 a 20'00 horas, y los domingos hasta las 21'00 horas.

CUARTO.- La relación laboral entre las partes finalizó con fecha 30-11-16, en la que las actoras fueron dadas de baja en la Seguridad Social.

QUINTO.- Las actoras, en el orden citado en el hecho anterior, percibieron las siguientes cantidades por los conceptos y periodos que se detallan:

1.- 12.539'69 euros netos de salario base y parte proporcional de pagas extraordinarias en el periodo diciembre 2015 a noviembre 2016.

2.- 443'42 euros brutos en concepto de salario base en el periodo abril a noviembre 2016, mes este último en el que causó baja médica el día 21.

SEXTO.- Las demandantes disfrutaron vacaciones en el mes de agosto.

SEPTIMO.- Las actoras formularon denuncia ante la Inspección de Trabajo con fecha 09-08-16.

OCTAVO.- La actora D^a. María Rosa suscribió contrato de trabajo temporal a tiempo parcial el 14-03-16, en el que se indica que la distribución de las 20 horas de trabajo semanales se realiza de lunes a domingo con los descansos establecidos legal o convencionalmente.

NOVENO.- Se agotó el trámite previo conciliatorio, habiendo sido interpuesta reclamación previa el 03-01-17".

TERCERO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandada, 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 20 de diciembre de 2.017.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La sentencia de instancia ha estimado en parte las demandas de las actoras en reclamación de conceptos salariales, condenando solidariamente a la empresa OEMI SERVICIOS INTERACTIVOS S.L. y al



Ayuntamiento de Navalcarnero, el cual ha recurrido en suplicación para negar dicha responsabilidad solidaria, habiendo sido impugnado su recurso por las trabajadoras demandantes.

El primer motivo se ampara en el art. 193.b) de la LRJS, con el fin de solicitar la adición de un nuevo hecho probado del siguiente tenor literal: *"desde el día 1 de diciembre de 2016 hasta el día 1 de febrero de 2017 la contrata del servicio de comedor y cafetería ha estado sin ocupación"*.

Para ello cita diversos folios que consisten en escritos presentados por las partes, que no constituyen prueba documental, y además un acta de sesión ordinaria - folios 312-313 - en la que se declara desierto el concurso para adjudicación del servicio de cafetería y comedor del centro de la tercera edad de Navalcarnero "Casimiro Arenas" por falta de licitadores.

Es cierto, y así lo reconoce la parte recurrida en su escrito de impugnación, que dicho servicio estuvo vacante en el período señalado por la razón indicada, pero tal circunstancia no es relevante a los efectos de solución del litigio, ya que la determinación de si el servicio de cafetería y comedor en un centro de mayores constituye o no "propia actividad" del Ayuntamiento en el sentido del art. 42 del Estatuto de los Trabajadores, no depende, en modo alguno, de que en un período de dos meses haya dejado de prestarse por ausencia de licitadores. Por ello se desestima el motivo.

SEGUNDO.- En el segundo y último motivo se alega, con amparo en el art. 193.c) de la LRJS, la infracción del art. 42 del Estatuto de los Trabajadores y la jurisprudencia que lo interpreta, citando sentencias del TS de 8-11-16 rec. 2258/15 y 24-11-98. Aduce el recurrente que la prestación de un servicio de cafetería y cocina en un centro de la tercera edad gestionado directamente por el Ayuntamiento no constituye actividad propia y por tanto no debe responder solidariamente con la empresa adjudicataria del servicio de las deudas salariales que ésta tiene con sus empleados, pues el centro tiene por objeto desarrollar programas de integración social para el colectivo de la tercera edad, a través de la información, sensibilización y mediante la realización de actividades de animación sociocultural, de ocio y tiempo libre, deportivas y de mantenimiento físico, así como de formación.

La sentencia de Pleno de la Sala de lo Social del TS de fecha 21-7-16 rec. 2147/14 (seguida por la de 8-11-16 que cita la recurrente) ha precisado el concepto de "propia actividad" de la empresa principal en el ámbito de las contratas y subcontratas en los términos siguientes:

"(...) CUARTO.- Descentralización de la "propia actividad".

1. La "propia actividad".

"Correspondientes a la propia actividad " han de ser las obras o servicios requeridos de un tercero para que juegue la responsabilidad cuestionada. El sistema de garantías instrumentado por el art. 42 ET pende de que la colaboración entre empresas concierna a "la propia actividad" del empresario principal. La utilización de un concepto delicuescente y circunstancial como el de propia actividad ha propiciado que se intente su aprehensión desde múltiples parámetros: el carácter imprescindible de las actividades, su habitualidad, la complementariedad, la marginalidad, la inclusión en el ciclo productivo ordinario, etc.

Hay que reiterar, una vez más, los trazos fundamentales que hemos expuesto en ocasiones precedentes y que aparecen compendiados, por ejemplo, en SSTs de 18 de enero de 1995 (rec. 150/1994), 24 de noviembre de 1998 (rec. 517/1998), 22 de noviembre de 2002 (rec. 3904/2001), 11 mayo 2005 (rec. 2291/2004) y otras muchas posteriores:

Lo que determina que una actividad sea "propia" de la empresa es su condición de inherente a su ciclo productivo.

Podría entenderse como propia actividad la "indispensable", de suerte que integrarán el concepto, además de las que constituyen el ciclo de producción de la empresa, todas aquellas que resulten necesarias para la organización del trabajo. Ello abarca las tareas complementarias.

Podría pensarse que únicamente se integran en el concepto las actividades inherentes, de modo que sólo las tareas que corresponden al ciclo productivo de la empresa principal se entenderán "propia actividad" de ella. Eso comporta que las labores no "nucleares" quedan excluidas del concepto.

Si se exige que las obras y servicios que se contratan o subcontratan deben corresponder a la propia actividad empresarial del comitente, es porque el legislador está pensando en una limitación razonable que excluya una interpretación favorable a cualquier clase de actividad empresarial. Es obvio que la primera de las interpretaciones posibles anula el efecto del mandato del artículo 42 ET que no puede tener otra finalidad que reducir los supuestos de responsabilidad del empresario comitente y, por ello, "ha de acogerse la interpretación que entiende que propia actividad de la empresa es la que engloba las obras y servicios nucleares de la comitente".



Son las "obras o servicios que pertenecen al ciclo productivo de la empresa, esto es, las que forman parte de las actividades principales de la empresa"; "nos encontraríamos ante una contrata de este tipo cuando de no haberse concertado ésta, las obras y servicios debieran realizarse por el propio empresario comitente so pena de perjudicar sensiblemente su actividad empresarial".

2. Tipología aplicativa.

Los notables los esfuerzos desplegados por las sentencias citadas y otras muchas para definir el concepto de "propia actividad" configuran la atalaya desde la cual ha de abordarse la resolución final del caso. Antes, consideramos asimismo útil recordar algunos criterios aplicativos de tal doctrina.

La celebración de convenios de colaboración entre el INEM y las empresas para la impartición de cursos de formación profesional ocupacional no constituye una relación de descentralización productiva o subcontratación sobre la propia actividad (STS 29 octubre 1998, rec. 1213/1998).

Las tareas de vigilancia no forman parte de la propia actividad de una compañía eléctrica (STS 10 julio 2000, rec. 923/1999) o de una Administración Pública (STS 18 enero 1995, rec. 150/1994).

La construcción de inmuebles por parte de empresa constructora no constituye actividad propia de una empresa de promoción inmobiliaria, siendo inaplicables las responsabilidades del art. 42 ET respecto de trabajadores de empresa auxiliar (SSTS 20 julio 2005, 2160/2004 y 2 octubre 2006 , rec. 1212/2005).

Responde solidariamente como empresario principal el Colegio Mayor que tiene descentralizado el servicio de comedor y cafetería (STS 24 noviembre 1998, rec. 517/1998).

El transporte sanitario se considera "actividad propia" de un Servicio Público de Salud por tratarse de una actividad indispensable para prestar una atención sanitaria correcta (STS 29 octubre 2013 rec. 2558/2012).

La instalación de postes y tendido aéreo de cables telefónicos constituye actividad propia de Compañía Telefónica, entrando en juego las responsabilidades del art. 42 ET respecto de trabajadores de empresa auxiliar (STS 22 noviembre 2002, rec. 3904/2001).

El servicio de atención a personas mayores en Centros de Día constituye una propia actividad del Ayuntamiento que éste ha asumido y para la que es competente, con independencia de que su prestación le sea legalmente exigible; en consecuencia, el Ayuntamiento que gestiona dicho servicio de forma indirecta asume la responsabilidad solidaria como empresa principal por la deudas salariales de la concesionaria (STS 5 diciembre 2011, rec. 4197/2010).

(...) Partiendo de que "propia actividad" solo es la inherente y absolutamente indispensable para la realización del objeto de la empresa principal, la actividad de comercialización del servicio de telefonía es, atendiendo al servicio de que se trata y a las circunstancias en las cuales se desarrolla el mercado de ese servicio, inherente y absolutamente indispensable para la realización de la actividad de la empresa de telefonía."

TERCERO.- Lo que podría confundir en esta exposición es la utilización del término "indispensable" en dos sentidos contrapuestos, pues inicialmente se considera como comprensivo de todas las actividades que resulten necesarias para la organización del trabajo, lo cual abarca las tareas complementarias, y se rechaza que ésta sea la interpretación correcta de la expresión "propia actividad", y sin embargo finalmente se concluye que dicha expresión equivale a la inherente y absolutamente indispensable para la realización del objeto de la empresa principal.

Pero en todo caso resulta nítido que la jurisprudencia rechaza una interpretación amplia del concepto de "propia actividad", negando que deba quedar incluida cualquier tarea que resulte necesaria para la organización del trabajo, incluso las complementarias (como pueden ser limpieza o vigilancia). Por el contrario, solamente se incluyen en el art. 42 ET las tareas que corresponden al ciclo productivo de la empresa principal, esto es, las obras y servicios nucleares de la comitente. Las actividades o tareas que no constituyan el núcleo de la producción de bienes o realización de servicios a que se dedica la empresa principal, no son "propia actividad", por muy convenientes, o incluso necesarias, que resulten, porque no forman parte de la actividad de la empresa sino que son labores complementarias o accesorias.

Hay que precisar, porque el razonamiento de la sentencia de instancia no es claro y puede inducir a confusión, que la responsabilidad legal de la empresa principal (solidaria respecto de las deudas salariales de la empresa contratista o subcontratista) solamente puede activarse si se está en presencia de una contrata de la "propia actividad" y debe rechazarse en caso contrario. La sentencia de instancia parece haber negado que el servicio de cafetería y cocina pueda considerarse como propia actividad del Ayuntamiento y sin embargo lo condena solidariamente, al parecer, por no haber llevado a cabo una actividad de fiscalización de la empresa contratista, lo que considera "equivalente a la propia actividad", pero esta argumentación carece de base legal alguna,



siendo único el supuesto de responsabilidad solidaria establecido en el art. 42 del ET , sin que exista posibilidad de ampliarlo con base en un supuesto deber genérico de fiscalización del contratista que habría sido incumplido.

En el caso examinado, tal como aduce la entidad local recurrente, la prestación de un servicio de cafetería no puede considerarse como propia actividad del Ayuntamiento, pues la corporación local tiene como misión en relación con el centro de mayores, desarrollar programas de integración social, organizar actividades de animación sociocultural, de ocio y tiempo libre, de formación, etc. El indicado servicio de cafetería, aunque pueda ser conveniente y habitual, es sin duda una actividad complementaria que no entra en el núcleo de la función que lleva a cabo el Ayuntamiento.

Pueden citarse como supuestos similares los resueltos por las sentencias de los TSJ de Comunidad Valenciana 11-12-14 , Castilla - La Mancha 23-3- 09 , Murcia 11-12-06 , Andalucía (Sevilla) 25-6-96 .

Asimismo pero a sensu contrario, ha de citarse la sentencia del TS de 24-11-98 rec. 517/98 , porque en ella sí se consideró como propia actividad de un Colegio Mayor la prestación del servicio de comedor, pero ello se debió precisamente a que los servicios propios de un Colegio Mayor comprenden tanto colaboración en la formación de los alumnos, como su alojamiento y manutención, por lo que tal servicio de comidas forma parte esencial del cometido del Colegio Mayor de forma que, de no dispensarse la prestación alimenticia a los colegiales, quedaría incompleta la labor del Centro que se integra con dos áreas de actividad: una, la docente y otra, la de hostelería de unas específicas características pues ha de contribuir a la formación integral de los colegiales.

Por todo lo razonado, y de conformidad con lo dispuesto en el art. 117 de la Constitución ,

FALLAMOS:

estimamos el recurso de suplicación interpuesto por AYUNTAMIENTO DE NAVALCARNERO contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Móstoles en fecha 29 de junio de 2.017 en autos 182/2017 seguidos a instancia de D^a. María Rosa y D^a. Amanda contra el recurrente, FOGASA y OEMI SERVICIOS INTERACTIVOS, S.L., y en consecuencia revocamos en parte dicha sentencia y absolvemos a la parte recurrente de la demanda, manteniendo el resto de pronunciamientos. 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 1163/2017 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 1163/2017), 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 Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.