



Roj: **STSJ CL 4556/2018 - ECLI:ES:TSJCL:2018:4556**

Id Cendoj: **09059340012018100890**

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

Sede: **Burgos**

Sección: **1**

Fecha: **21/12/2018**

Nº de Recurso: **888/2018**

Nº de Resolución: **869/2018**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **RAQUEL VICENTE ANDRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.CASTILLA-LEON SALA SOCIAL 1

BURGOS

SENTENCIA: 00869/2018

RECURSO DE SUPPLICACION Num.: 888/2018

Ponente Ilma. Sra. D^a. Raquel Vicente Andrés

Secretaría de Sala: Sra. Carrero Rodríguez

SALA DE LO SOCIAL

DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE

CASTILLA Y LEÓN.- BURGOS

SENTENCIA N^o: 869/2018

Señores:

Ilma. Sra. D^a. María José Renedo Juárez

Presidenta

Ilma. Sra. D^a. Raquel Vicente Andrés

Magistrada

Ilmo. Sr. D. José Manuel Martínez Illade

Magistrado

En la ciudad de Burgos, a veintiuno de Diciembre de dos mil dieciocho.

En el recurso de Suplicación número **888/2018** interpuesto por la JUNTA DE CASTILLA Y LEÓN, CONSEJERÍA DE FOMENTO, frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social de Ávila en autos número 366/2018 seguidos a instancia de D^a Juliana , contra la recurrente y ROYAL CLEAN S.L., en reclamación sobre Despido. Ha actuado como Ponente la **Ilma.Sra. D^a Raquel Vicente Andrés** que expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el Juzgado de lo Social de referencia, tuvo entrada demanda suscrita por la parte actora en la que solicita se dicte sentencia en los términos que figuran en el suplico de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el oportuno juicio oral, se dictó sentencia con fecha 10 de septiembre de 2018 cuya parte dispositiva dice: "Que estimando como estimo la demanda formulada por la parte actora, DOÑA Juliana , contra la parte demandada, la empresa ROYAL CLEAN, S.L. y la JCyL, sobre despido, debo declarar y declaro la improcedencia del llevado a cabo, condenando a la segunda a que, a su opción, readmita a la parte actora o



la indemniceen la cantidad de 4.18624 Euros; con abono, si opta por la readmisión, de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la readmisión y a razón de 890 Euros brutos diarios; advirtiéndose que, la antedicha opción, deberá efectuarse ante este Juzgado en el plazo de los cinco días siguientes a la notificación referida. Absolviendo libremente a la otra codemandada de las pretensiones en su contra formuladas".

SEGUNDO.- En dicha sentencia, y como hechos probados, se declaraban los siguientes: "PRIMERO.-Que la parte actora comenzó a prestar sus servicios para la empresa demandada en fecha de 5-6-06, ocupando la categoría profesional de limpiadora y percibiendo un salario mensual de 27063 Euros con el prorrateo de las pagas extraordinarias.

SEGUNDO.-Que la parte actora venía prestando sus servicios en el centro de "los Paúles" perteneciente a la JCYL, con una jornada a tiempo parcial cuya duración y porcentaje sobre la jornada completa se refiere en el hecho segundo de la demanda, que se da por reproducido.

TERCERO.-Que a dicha relación laboral le resulta de aplicación el convenio colectivo del sector de Limpiezas de Edificios y Locales de la Provincia de Ávila el cual, en su artículo 13 establece que al término de la adjudicación de una contrata de limpieza los trabajadores de la empresa contratista saliente pasarán a estar adscritos a la nueva titular de la contrata que vaya a realizar el servicio, añadiendo que "en todos los supuestos de finalización, pérdida, rescisión, cesión o rescate de una contrata así como respecto de cualquier otra figura o modalidad que suponga el cambio en el adjudicatario del servicio que lleven a cabo la actividad de que se trate, los trabajadores de la empresa saliente pasarán a estar adscritos a la nueva titular de la contrata que vaya a realizar el servicio, respetando ésta los derechos y obligaciones que disfruten en la empresa saliente del servicio".

CUARTO.-Que la empresa demandada cesó en la prestación de servicios el día 15-6-18, sin que la JCYL, que pasó a prestar sus servicios con trabajadores por ella contratados, se hiciese cargo de los trabajadores de la empresa demandante.

QUINTO.-Que la parte actora ha agotado la vía ante el SMAC y formuló solicitud ante la JCYL, que no respondió".

TERCERO.- Contra dicha sentencia, interpuso recurso de Suplicación la JUNTA DE CASTILLA Y LEÓN, CONSEJERÍA DE FOMENTO, siendo impugnado por D^a Juliana y por ROYAL CLEAN S.L. Elevados los autos a este Tribunal y comunicada a las partes la designación del Ponente, le fueron, a éste, pasados los autos para su examen y resolución por la Sala.

CUARTO.- En la resolución del presente recurso se han observado, en sustancia, las prescripciones legales vigentes.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - La sentencia de instancia estima la demanda y condena a la JCYL a subrogar a la trabajadora que demanda por despido.

Formula recurso al JCYL al amparo del art 193 c de la LRJS por entender infringido el art 82.3. y 84 del ET y 130 de la L97/ 2017 y 32. y 55 del EBEP. Procede declarar con carácter previo que, por lo que respecta a las normas citadas por la recurrente en su recurso como infringidas, que el recurso de suplicación no es una apelación o segunda instancia, sino un recurso extraordinario sujeto a motivos tasados en cuya formulación se han de respetar los requisitos legales.

Como ya expusimos en nuestra Sentencia y cuya argumentación reproducimos por ser plenamente aplicable al caso , autos de Rs 816 2018: Los motivos se destinan a la impugnación del fallo por error in iudicando, y el recurrente tiene la carga de:

a) citar debidamente el precepto o preceptos sustantivos y en su caso la jurisprudencia que, a su juicio, han sido vulnerados por el fallo de la sentencia, articulando motivos separados para cada precepto o grupo de preceptos que guarden unidad temática;

b) razonar la pertinencia y fundamentación de los motivos (artículo 196.2 de la LRJS lo cual exige argumentar la conexión entre el contenido normativo de las normas o jurisprudencia citadas y el litigio, mostrando cómo su correcta aplicación debería haber llevado a dar distinta solución al debate.

Incluso declara esa doctrina jurisprudencial que no basta que el recurso cite la disposición legal conculcada si contiene diversos artículos, sino que es preciso que se señale el específico precepto que se entiende vulnerado, y si el precepto contiene varios apartados resulta igualmente indispensable señalar expresamente cuál de ellos se reputa infringido. Señalamos lo anterior porque la parte recurrente se ha limitado a citar los preceptos que entiende infringidos por el Magistrado de instancia en la sentencia recurrida pero sin llegar a argumentar y



razonar porque los entiende indebidamente aplicados, máxime cuando son los mismos preceptos en los que aquel se basa para desestimar la demanda.

El Tribunal Constitucional ha venido entendiendo que los requisitos y presupuestos establecidos por las leyes para recurrir han de ser interpretados y aplicados teniendo en cuenta la efectividad del derecho constitucional en el que tienen su razón de ser, y por ello, atendiendo a su finalidad.

De modo que la mayor o menor severidad en la exigencia de los mismos guarde proporción de medio a fin, evitándose interpretaciones rigoristas que no se correspondan con la finalidad de la exigencia legal, y, dentro de esta doctrina, se ha enmarcado el control sobre las decisiones judiciales de inadmisión del recurso de suplicación fundadas en un incumplimiento de los requisitos formales legalmente establecidos (STC 18/93 , 294/93 , 256/94).

El artículo 196 de la LRJS exige, ciertamente, que en el escrito de interposición del recurso se expresen, con suficiente precisión y claridad, el motivo o los motivos en que se ampare, debiendo en el caso de impugnación fáctica, señalar los medios de prueba, que pongan en evidencia el error del Juzgador, ya que la valoración de la prueba corresponde al Juzgador, citándose, asimismo, las normas del ordenamiento jurídico (derecho positivo o sustantivo) o la jurisprudencia que se consideren infringidas. Precepto que, como se dijo es acorde con el artículo 24.1 de la Constitución en cuanto persigue que el contenido del recurso -la pretensión o pretensiones formuladas en éste y su fundamentación- sea conocido por la otra parte, que pueda así debidamente defenderse, y por el órgano judicial, que ha de tener pleno conocimiento del "thema decidendi", para resolver congruentemente.

De acuerdo con estas premisas, el Tribunal Constitucional también tiene establecido que al enjuiciar el cumplimiento de los requisitos de admisión del recurso de suplicación, debe tenerse presente que éste no es un recurso de apelación ni una segunda instancia sino un recurso de naturaleza extraordinaria, de objeto limitado, en el que el Tribunal ad quem no puede valorar ex novo toda la prueba practicada ni revisar el derecho aplicable sino que debe limitarse a las concretas cuestiones planteadas por las partes. El carácter extraordinario del recurso de suplicación justifica la exigencia de estos requisitos procesales aunque lo relevante "no es la forma o técnica del escrito de recurso, sino su contenido" y que "desde esta perspectiva, resulta obligado concluir que el órgano judicial, según una interpretación flexibilizadora y finalista de las normas disciplinadoras del recurso, no debe rechazar ab límine el examen de su pretensión por defectos formales o deficiencias técnicas, cuando el escrito correspondiente suministra datos suficientes para conocer, precisa y realmente, la argumentación de la parte" (TC 18/93).

Por cuanto ahora interesa, la sentencia del indicado Tribunal Constitucional nº 71/2002, de 8 de abril , vuelve a insistir en la necesidad de la observancia de los presupuestos procesales para cumplir los requisitos de acceso al recurso, cuando se trata de recursos de cognición limitada que comúnmente se denominan extraordinarios (STC 230/2001, de 26 de noviembre), correspondiendo a las partes cumplir las exigencias del recurso que interponen (STC 16/92 y 40/02), llegando a rechazar el amparo motivado por la falta de pronunciamiento de fondo en un recurso de suplicación por la ausencia de indicación en el escrito de formalización del mismo del concreto apartado del art. 191 de la Ley de procedimiento laboral en el que se incardinaba el motivo de recurso, al igual que por la falta de concreción, con absoluta precisión y claridad, de la norma o normas jurídicas que consideraba infringidas por la sentencia de instancia, así como del modo en que se produjo la infracción. Asimismo, el artículo 97.2 de la LRJS al disponer que el Magistrado apreciando los elementos de convicción, concepto más amplio que el de prueba, declarará expresamente en la sentencia, los hechos que estime probados, viene a establecer un elemento esencial de la resolución, con la ineludible consecuencia de que su ausencia o defectuosa consignación determinará la nulidad de la misma. Y esa exigencia legal ha sido subrayada reiteradamente por la doctrina del Tribunal Supremo en el sentido de que en los hechos probados ha de constar no sólo cuanto acreditado sirva al Magistrado para dictar su sentencia, sino también todo aquello que sea necesario para que el Tribunal Superior en el supuesto de recurso pueda dictar la suya, concordante o no con la impugnada. El Juzgador ostenta una amplia facultad para valorar todo el material probatorio practicado en la instancia, de modo que puede obtener y deducir una interpretación distinta a aquella que obtiene la parte, ya que, ante posibles contradicciones, debe prevalecer el criterio del órgano jurisdiccional que actúa de manera imparcial y objetiva frente al interés de una parte, correspondiendo al juzgador la facultad privativa sobre la valoración de todas las pruebas aportadas al proceso, de acuerdo con el artículo 97.2 de la LRJS (S.T.S. 18/11/1999).

En sentencia, de fecha 24/5/2000, el Tribunal Supremo vuelve a señalar que la valoración de la prueba es facultad privativa del Juzgador de instancia, cuyas conclusiones reflejadas en los hechos probados deben prevalecer siempre que se ajusten a lo prevenido en dicho artículo, ya que lo contrario sería tanto como subrogarse la parte en lo que constituye labor jurisdiccional, sin que pueda sustituirse la misma por la



valoración de la parte, voluntaria y subjetiva, confundiendo este recurso excepcional y con motivos tasados en una nueva instancia.

SEGUNDO .- Para resolver el presente recurso debemos partir del supuesto fáctico contemplado en aquella resolución.

Se analiza la acción de despido ejercida por una trabajadora que prestaba sus servicios de limpieza en un Centro de trabajo dependiente de la JCYL recurrente, que mediante concesión administrativa había otorgado dicho servicio de limpieza a la empresa Royal Clean SL por un periodo, cesando a la actora en fecha 18-6-2018 haciéndose cargo la JCYL directamente de la limpieza de dicho Centro contratando para ello personal nuevo de la bolsa de trabajo.

La sentencia de instancia fundamenta su resolución por entender que existe una reversión del servicio de limpieza hacia la JCYL y que hay una sucesión de plantilla y por tanto al contratar a nuevos trabajadores debe subrogarse y hacerse cargo de la plantilla de la anterior. Y declara en hechos probados que le es de aplicación el Convenio Colectivo del sector de limpieza y el art 130 De la L9/2017.

En primer lugar dicho hecho probado- HECHO 3º- no deja de ser una valoración del Juez a quo y en dicho sentido ha de ser tenida en consideración para su revisión, sin ningun efecto más, como así pretende el impugnante.

Se opone la JCYL en primer lugar porque entiende que no le es de aplicación el Convenio de Limpieza Art 84 ET y se conculca el art 32.2 y 55 del EBEP.

La Normativa Nacional, Directivas Comunitarias y STJUE ya se han pronunciado sobre la Sucesión legal, convencional y la transmisión patrimonial o sucesión de plantilla.

La Jurisprudencia es reiterada y pacífica en orden a cuando se hace cargo del personal , dependiendo si se asume con los propios recursos humanos o no y de los elementos patrimoniales.

La obligación de subrogación se deriva del art. 44 ET que la establece en el caso de la denominada sucesión de empresas en transposición de lo dispuesto en la Directiva 2001/23/CE del Consejo de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de los Estados miembros relativa al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad.

*Conocido es el criterio interpretativo declarado en sentencias como el asunto C-60/17, 11 julio 2018 Somoza Hermo e Ilusión Seguridad (ES), o la **sentencia 4 de julio de 2018 ROJ: STS 3022/2018** y de 10 de octubre de 2018-ROJ: STS 3842/2018 Sentencia: 900/2018* supuesto en que la reversión implicó que la actividad pasaba a desarrollarse directamente por el citado Ministerio, con su propio personal y con las instalaciones, equipos e instrumentos entregados a la contratista para la realización del encargo y devueltos tras su finalización, sin hacerse cargo de los trabajadores adscritos a la contrata, por lo que estos plantearon demanda de despido. La sentencia de suplicación declaró el despido improcedente en aplicación de la doctrina contenida en la STJUE 26/11/2015 (Asunto Aira Pascual).

Por otro lado se produce un supuesto de sucesión empresarial aunque no se transfiera la organización y medios productivos en los casos de contratos con gran carga de personal en que se transfiera precisamente la mano de obra necesaria para la realización del contrato (cuando la nueva empresa continúa desempeñando la misma actividad que la anterior y contrata a gran parte de los empleados de la misma, si ese conjunto de empleados tiene entidad económica autónoma, puede hablarse de sucesión de empresa cuando sucede en la actividad y en la plantilla, figura denominada "sucesión en la plantilla" que se produce en los supuestos en los que la actividad descansa sustancialmente en la utilización de mano de obra, no siendo relevantes los medios materiales. STS 27 enero 2015, rec. 15/2014).

Es lo que se ha venido a denominar la "sucesión de la plantilla", sentada por la STJUE de 11 de marzo de 1997 Asunto C-13/95 Süzen, o la STJUE de 10 de diciembre de 1998, Asunto C -127 y 229/96, S.H. - H.V., entre otras y recogida por el Tribunal Supremo en Sentencias de 29 y 27 de octubre de 2004 o la de 5 de marzo de 2013

Para apreciar sucesión de plantillas, se han de cumplir los siguientes requisitos: la empresa entrante ha de continuar prestando la actividad llevada a cabo por la empresa saliente. Esta actividad ha de tener como activo principal el capital humano, no requiriendo medios materiales relevantes y, por último la empresa entrante ha de asumir una parte importante de los trabajadores utilizados por la empresa saliente para prestar los servicios en cuestión.

La reciente sentencia del **TJUE 9-5-2018** dispone que sólo se produce subrogación si se transmite Unidad productiva O si lo determina la normativa o pliego de condiciones de la concesión.

La Ley de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014. (Ley 9/2017, de



8 de noviembre) sobre contratación y transparencia, establece en primer lugar en la disposición transitoria primera de la citada ley 9/2017 a que contratos afecta:

" *Expedientes iniciados y contratos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley.*

1. *Los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley se regirán por la normativa anterior. A estos efectos se entenderá que los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato. En el caso de procedimientos negociados sin publicidad, para determinar el momento de iniciación se tomará en cuenta la fecha de aprobación de los pliegos.*

2. *Los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su modificación, duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior....."*

La contrata objeto del litigio se adjudicó con anterioridad a la entrada en vigor de esta norma, y por tanto no le es de aplicación el art 130 de la LCSP 9/2017 en base a la DTª 1ª. La fecha en todo caso del despido y de la no subrogación no son las condicionantes, sino la de la adjudicación y los efectos, incluidos la extinción, se rigen por la normativa anterior.

Por lo que no le es de aplicación el art 130 invocado:

130.3. *En caso de que una Administración Pública decida prestar directamente un servicio que hasta la fecha venía siendo prestado por un operador económico, vendrá obligada a la subrogación del personal que lo prestaba si así lo establece una norma legal, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general.*

TERCERO - Así mismo lo que se plantea por el Recurrente es que no se hace cargo de la plantilla y que no le puede vincular a la JCYL un Convenio en el que no ha sido parte y por tanto no se enmarca en su ámbito de aplicación .

A este respecto decir que, como recuerda la Sala Cuarta del TS en su sentencias de 21-4-2015 y de 11/07/2011 (rcud. 2861/2010) en la que se hace eco de la doctrina sentada en su sentencia de 28/10/1996 (rcud. 566/1996).

"el convenio colectivo no puede (...) en su contenido normativo, establecer condiciones de trabajo que hubieran de asumir empresas que no estuvieran incluidas en su ámbito de aplicación. Así lo deja precisado el (...) artículo 82.3 del (...) Estatuto de los Trabajadores al disponer que los convenios colectivos regulados por su Título III obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos en su ámbito de aplicación, en el que sólo pueden estar comprendidos quienes, formal o institucionalmente, estuvieron representados por las partes intervinientes en la negociación del convenio "

La doctrina ha sido reiterada, entre otras, en las sentencias de 15-12-1997 (rcud. 184/1997), resolviendo también un supuesto referido igualmente al sector de la limpieza, 14-3-2005 (rcud. 6/2004), 26-4-2006 (rcud. 38/2004) y 10-12-2008 (rcud.2731/2007).

La STS de 17/06/2011 (rcud. 2855/2010), recordando la doctrina sentada en la sentencia de 10/12/08 (rcud. 2731/2007), con cita nuevamente de la de 28/10/96 (rcud. 566/1996) establece que *"la empresa que asume la limpieza de sus propios centros de trabajo (...) no desnaturaliza ni amplía el ámbito funcional de la empresa que asume tal actividad (...) y de ahí que el mero hecho de que una empresa decida realizar la limpieza de sus propios locales o centros de trabajo directamente y con su propio personal, aunque éste sea de nueva contratación, no la convierte en modo alguno en una empresa dedicada a la actividad de limpieza de edificios y locales ajenos"*, de donde se infiere la imposibilidad de aplicar al recurrente un convenio colectivo que le es ajeno.

En el supuesto de asunción del trabajo y actividad por la propia plantilla ya se ha pronunciado esta Sala entre otras en sentencia de 3 de octubre 2018 (ROJ: STSJ CL 3546/2018 Sentencia: 599/2018 Recurso: 631/2018 en relación con la sentencia del TS de 26-9-2017: *" El hecho de que una Administración Pública decida hacerse cargo de un servicio, previamente descentralizado, para prestarlo de forma directa con su propia plantilla y con sus propios materiales no implica, necesariamente, que estemos en presencia de una sucesión de empresa comprendida dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 2001/23/CEE y, por ende, del artículo 44 ET . Así lo ha venido señalando, reiteradamente nuestra jurisprudencia, entre otras en la lejana STS de 6 de febrero de 1997 (Rcud. 1886/1996) en la que dijimos que "la doctrina de esta Sala es constante al afirmar con carácter general que la extinción de la contrata y la asunción con trabajadores propios de la actividad antes descentralizada no constituye, por sí misma, un supuesto de subrogación empresarial"*, y en la más reciente STS de 26 de julio de 2012(Rcud. 3627/2011) conforme a la cual no se produce sucesión empresarial cuando *"no consta transmisión alguna de elementos patrimoniales o estructura organizativa ni tampoco la asunción por el*



Ayuntamiento codemandado de una parte sustancial de la plantilla". Doctrina reiterada en STS de 16 de junio de 2016 (Rcud. 2390/2014).

En este sentido, el TS en sentencia de 09/12/2016 (rec. 1674/2015), y recordando la doctrina establecida en su resolución de 12/07/2016 (recud. 349/2015), analiza la cuestión relativa a la aplicabilidad del artículo 44 del ET cuando opera la reversión a una Administración Pública de un servicio al finalizar una adjudicación, en el caso de que la Administración que fuera anteriormente la principal en la contrata no asumiera a ninguno de los trabajadores de la adjudicataria saliente, ni recibiera de esta elementos patrimoniales necesarios para la explotación por pertenecer los mismos a la Administración que pasa a gestionar el servicio.

Y más recientemente sentencia del TS de 04/07/2018 rec. 2609/2017 "el hecho de que una Administración Pública decida hacerse cargo de un servicio, previamente descentralizado, para prestarlo de forma directa con su propia plantilla y con sus propios materiales no implica, necesariamente, que estemos en presencia de una sucesión de empresa comprendida dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 2001/23/CEE y, por ende, del artículo 44 ET".

Es preciso reiterar que, en estos supuestos, la obligación no deriva del artículo 44 del ET, pues este artículo no resulta aplicable a los contratos de servicios celebrados por las administraciones públicas, ante la falta de identidad del concepto "unidad productiva", ya que en este tipo de contratos prima la labor de los trabajadores y no se puede hablar de una "transmisión" de empresa, que es la que contempla el artículo 44 reiteradamente citado.

En este sentido se pronuncia la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en su sentencia 888/2014, de 25 de febrero de 2014 (recurso 646/2013), declarando 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 E. T., pues "ni la contrata ni la concesión administrativa son unidades productivas autónomas a los efectos del artículo 44 E. T., salvo entrega al concesionario o al contratista de la infraestructura u organización empresarial básica para la explotación".

La sucesión en la contrata (de vigilancia, de limpieza, de cualquier otra actividad de características similares) activa la subrogación empresarial "siempre y cuando la operación vaya acompañada de la transmisión de una entidad económica entre las dos empresas afectadas" (parte dispositiva de la STJUE de 11 julio 2018).

Pero no se trata de algo que pertenezca al terreno de lo abstracto o dogmático sino al de los hechos y de su prueba. Es decir, el examen de las características de la adjudicación (condiciones de tiempo, exigencias sobre el modo de suministrar los servicios a la empresa principal, dirección del grupo de personas adscrito, adscripción funcional permanente o aleatoria, etc.), de la realidad transmitida (afectación funcional y locativa, medios audiovisuales, programas informáticos, mobiliario para el personal, etc.), del alcance que tenga la asunción de personas (no solo cuantitativa, sino también cualitativa) son aspectos valorables para despejar esa incógnita, que constituye al tiempo un condicionante de la subrogación.

Eso significa, claro, que en sectores donde la mano de obra constituye lo esencial ha de valorarse de manera muy prioritaria el dato relativo al número o condición de quienes han sido asumidos por la nueva empleadora, al margen del título o motivo por el que ello suceda.

Dato éste que no consta en las actuaciones

Es más la reciente STS 3545/2018 - ECLI:ES:TS:2018:3545 N° de Recurso: 2747/2016 N° de Resolución: 873/2018 Fecha de Resolución: 27/09/2018, que analiza la citada sentencia del TJUE de 11-7-2018 dispone :

El concepto de "entidad económica", de este modo, es el único que puede erigirse en definidor de la existencia de una transmisión empresarial con efectos subrogatorios. Y la determinación de si eso sucede ha de hacerse ponderando el conjunto de circunstancias concurrentes en cada caso.

En este aspecto consideramos que lo sustancial de nuestra doctrina viene ajustándose a lo que el TJUE exige: siempre que haya transmisión de un conjunto de medios organizados impera el régimen legal de transmisión y subrogación laboral, debiendo considerarse ilegal el convenio que lo desconozca.

Lo que no debemos hacer es seguir abordando el problema atendiendo a la causa de esa continuidad significativa de contratos de trabajo (el mandato convencional). Por el contrario, son los efectos derivados de la previsión del convenio (asunción de una parte significativa de la plantilla) los que deben valorarse para determinar si hay sucesión de empresa.

C) En sectores donde la mano de obra constituye el elemento principal de la actividad empresarial es posible que el conjunto de personas adscritas a la actividad equivalga a la unidad económica cuyo cambio de titularidad activa la subrogación.



Pero esa subrogación no es automática e incondicionada. Ni nuestra doctrina ni la del TJUE sostienen que la mera asunción de un conjunto de personas equivale a la transmisión de una unidad productiva en todos los casos. Hay que ponderar el conjunto de circunstancias concurrentes.

Concluyendo:

Hay transmisión de empresa encuadrable en el art. 44 ET si la sucesión de contratas va acompañada de la transmisión de una entidad económica entre las empresas saliente y entrante.

En actividades donde la mano de obra constituye un factor esencial, la asunción de una parte relevante del personal adscrito a la contrata (en términos cuantitativos o cualitativos) activa la aplicación del artículo 44 ET .

Cuando (como en el caso) lo relevante es la mano de obra (no la infraestructura) la subrogación solo procede si se da esa asunción de una parte relevante (cuantitativa o cualitativamente) del personal.

No existe prueba alguna de que se produjera transmisión de elementos materiales o patrimoniales de la empleadora de la demandante a la JCYL ni este ha asumido a ningún trabajador de "ROYAL CLEAN, S.L.", la JCYL no realiza la limpieza en los mismos términos que lo realizaba " Royal Clean ", y ha introducido cambios en la gestión de la limpieza acreditados en las pruebas practicadas, no concurriendo por tanto las exigencias de aplicabilidad del artículo 44 ET .

En este mismo sentido sentencia de STSJ NA 349/2018 - Nº de Recurso: 264/2018 Nº de Resolución: 279/2018 Fecha de Resolución: 20/09/2018.

Por todo ello procedería revocar la sentencia de instancia y absolver a la JCYL de la demanda haciéndose cargo de la extinción operada la empresa saliente, es decir Royal Clean, que como ya ha declarado esta Sala en sentencia reciente de 4 de julio de 2018 (ROJ: STSJ CL 2691/2018 -) Sentencia: 458/2018 Recurso: 425/2018:

Teniendo en cuenta la doctrina del Tribunal Supremo en la materia, en la sentencia de S 14-3-2012, rec. 2922/2011 EDJ 2012/65439:" El recurso alega la infracción del artículo 24 de la Constitución EDL 1978/3879 en relación con la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en su sentencia 200/1987, de 16 de diciembre EDJ 1987/199 , y por este Tribunal Supremo en sus sentencias de 10 de mayo de 1994 EDJ 1994/4208 y 19 de diciembre de 1997 EDJ 1997/10587, entre otras, de las que se deriva que es posible condenar, al resolver el recurso de suplicación, a la empresa que fue absuelta en la instancia, aunque los trabajadores no impugnarán ese pronunciamiento, siempre que no hubiesen desistido de su pretensión contra ella.

El recurso debe prosperar porque la cuestión planteada ha sido ya unificada por esta Sala en favor de la tesis que mantienen la sentencia de contraste y el recurso, sin que se ofrezcan razones que justifiquen un cambio de criterio. En nuestras sentencias de 12 de marzo de 1996 (Rcud. 945/95) EDJ 1996/1912 , 6 de febrero de 1997 (Rcud.1886/96) EDJ 1997/513 , 13 de octubre de 1999 (Rcud. 3001/98) EDJ 1999/30626 , 20 de diciembre de 1999 (Rcud. 5049/98) EDJ 1999/55788 y 24 de marzo de 2003 (Rcud. 3516/01) EDJ 2003/7192 , dictadas en supuestos de hecho similares así se resolvió. Como se dice en la sentencia citada en último lugar "no es óbice para realizar un pronunciamiento de condena frente a una determinada empresa el hecho de que los trabajadores no recurrieran en su momento la absolución en la sentencia de instancia de dicha empresa. En la citada resolución se aplica la doctrina del Tribunal Constitucional contenida en la sentencia 200/1987, de 16 de diciembre EDJ 1987/199 , con arreglo a la que fue contraria al artículo 24.1 de la Constitución EDL 1978/3879 la decisión del Tribunal Central de Trabajo que a la hora de determinar la empresa responsable de una deuda salarial absolvió en suplicación a la única empresa condenada y no hizo pronunciamiento de condena sobre la otra, que fue absuelta en la instancia, con lo que -dice el Tribunal Constitucional- se produjo una incongruencia omisiva, que hubo de remediarse por el referido Tribunal anulando la resolución recurrida en amparo y retrotrayendo las actuaciones al momento anterior a la resolución del recurso de suplicación para que el Órgano Judicial de suplicación se pronunciara sobre la responsable del pago de los salarios adeudados "

Por todo lo cual efectuamos una estimación del recurso en el sentido de absolver al recurrente de la condena efectuada, condenando a la primera adjudicataria ROYAL CLEAN de las consecuencias del despido.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español,

FALLAMOS

Que estimando parcialmente el recurso interpuesto por la JUNTA DE CASTILLA Y LEÓN, CONSEJERÍA DE FOMENTO, frente a la sentencia de fecha 10 de septiembre de 2018 dictada por el Juzgado de lo Social de Ávila en autos número 366/2018 seguidos a instancia de D^a Juliana , contra la recurrente y ROYAL CLEAN S.L., en reclamación sobre Despido, debemos declarar y declaramos responsable de la extinción del contrato



del actor a la empresa Royal Clean S.L., absolviendo de todos los pedimentos a al Junta de Castilla y León y manteniendo el resto de los pronunciamientos en su integridad. SIN COSTAS

Notifíquese la presente resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León en la forma prevenida en el artículo 97 de la L.R.J.S. y 248.4 de la L.O.P.J. y sus concordantes, haciéndoles saber que contra esta resolución cabe recurso de Casación para la Unificación de Doctrina para ante el Tribunal Supremo, significándoles que dicho recurso habrá de prepararse ante esta Sala en el plazo de los DIEZ DIAS siguientes a la notificación, mediante escrito ajustado a los requisitos legales contenidos en los artículos 220 y 221 de la L.R.J.S., con firma de Abogado o de Graduado Social Colegiado designado en legal forma conforme al art. 231 de la citada Ley.

Se deberá ingresar como depósito la cantidad de 600 € conforme a lo establecido en el artículo 229.1.b de la L.R.J.S., asimismo será necesaria la consignación por el importe de la condena conforme a los supuestos previstos en el art. 230 de la mencionada Ley, salvo que el recurrente estuviera exento por Ley o gozare del beneficio de justicia gratuita.

Dichas consignación y depósito deberán efectuarse en la cuenta corriente de esta Sala, bajo la designación de Depósitos y Consignaciones, abierta en la Entidad Bancaria Santander, cuenta nº ES55 0049 3569 9200 0500 1274, en cualquiera de sus sucursales, incluyendo en el concepto los dígitos 1062.0000.65.0888.18.

Se encuentran exceptuados de hacer los anteriormente mencionados ingresos, los Organismos y Entidades enumerados en el punto 4 del artículo 229 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

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