



Roj: **STSJ AS 3762/2014 - ECLI:ES:TSJAS:2014:3762**

Id Cendoj: **33044340012014102495**

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

Sede: **Oviedo**

Sección: **1**

Fecha: **21/11/2014**

Nº de Recurso: **1906/2014**

Nº de Resolución: **2460/2014**

Procedimiento: **RECURSO SUPPLICACION**

Ponente: **JOSE ALEJANDRO CRIADO FERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

### **T.S.J.ASTURIAS SALA SOCIAL**

#### **OVIEDO**

SENTENCIA: 02460/2014

#### **T.S.J.ASTURIAS SALA SOCIALOVIEDO**

C/ SAN JUAN Nº 10

Tfno: 985 22 81 82

Fax:985 20 06 59

**NIG:** 33044 34 4 2014 0103467

402250

**TIPO Y Nº DE RECURSO:** RECURSO SUPPLICACION 0001906 /2014

**JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS:** DEMANDA 0000786/2013 JDO. DE LO SOCIAL nº 004 de GIJON

**Recurrente/s:** María

**Abogado/a:** CARLOS MEANA SUAREZ

**Recurrido/s:** TELEVISION DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS S.A.U, Miriam , Raimundo , PROIMA ZABRASTUR S.L. (PROIMA AUDIOVISUALES S.L.)

**Abogado/a:** JULIA GARCIA ALVAREZ, MARIA DEL ROSARIO IGLESIAS GONZALEZ , MARIA EUGENIA MENENDEZ BLANCO

#### **Sentencia nº 2460/14**

En OVIEDO, a veintiuno de Noviembre de dos mil catorce.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, formados por los Ilmos. Sres. D. JORGE GONZÁLEZ RODRIGUEZ, Presidente, D. JOSE ALEJANDRO CRIADO FERNANDEZ y D<sup>a</sup>. MARIA VIDAU ARGÜELLES, Magistrados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española ,

**EN NO MBRE 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 SUPPLICACION 0001906/2014, formalizado por el letrado D. CARLOS MEANA SUAREZ, en nombre y representación de María , contra la sentencia número 169/2014 dictada por JDO. DE LO SOCIAL



N.4 de GIJON en el procedimiento DEMANDA 0000786/2013, seguidos a instancia de María frente a TELEVISION DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS S.A.U, Miriam , Raimundo , PROIMA ZABRASTUR S.L. (PROIMA AUDIOVISUALES S.L.), siendo Magistrado-Ponente el Ilmo. Sr. **D. JOSE ALEJANDRO CRIADO FERNANDEZ** .

De las actuaciones se deducen los siguientes:

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO:** D<sup>a</sup> María presentó demanda contra TELEVISION DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS S.A.U, Miriam , Raimundo , PROIMA ZABRASTUR S.L. (PROIMA AUDIOVISUALES S.L.), siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 169/2014, de fecha cinco de Mayo de dos mil catorce .

**SEGUNDO:** En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados:

1º.- La actora comenzó a prestar servicios el 1 de agosto de 2010 para la entidad RAMON MAYAR RODRÍGUEZ con categoría de oficial de primera, con el objeto de prestar servicios de peluquería y maquillaje para la TPA. Finalizó dicho contrato por obra o servicios el 31 de julio de 2013.

Fue nuevamente contratada por el 31 de agosto de 2013 por la entidad PROIMA ZABRASTUR S.L. por obra o servicios determinado, en concreto prestación de servicios de peluquería y maquillaje para la TPA, como ayudante de peluquería. El 31 de julio finaliza contrato por fin de obra, siendo comunicada dicha circunstancia por la empresa entonces contratante.

2º.- La entidad TPA suscribe contrato con Raimundo en expediente NUM000 con el objeto de prestación de servicios de peluquería y maquillaje, de conformidad con las prescripciones técnicas y condiciones jurídicas que rigen el contrato, en fecha 30 de julio de 2010. Dicho contrato fue sucesivamente prorrogado hasta el 31 de julio de 2013, fecha en que cesa en la contrata. Las prescripciones técnicas y pliego de condiciones que sirvieron de base al contrato establecían que la contratista correría a cargo de los materiales necesarios para la ejecución de la contrata, aunque a la finalización los dejaría a cuenta de la TPA previa realización del inventario correspondiente. Entre las obligaciones del contratista se encontraba el destinar el numero de personal necesario las necesidades y prestar el servicios, sin mas referencia.

Con fecha 2013 la TPA suscribe contrato con la entidad PROIMA ZABRASTUR S.L. con el objeto de contrato menor para la prestación del servicio de peluquería y maquillaje, únicamente durante el mes de agosto de 2013 y a la espera de la definitiva adjudicación en expediente NUM001 aun no resultado. Incluía el servicio los medios materiales necesarios. Se preveía la utilización de un local de la TPA mediante el pago de una contraprestación de 375 euros al mes. Entre las cláusulas no se contenía obligación de subrogación como tampoco referencia alguna al número de empleados a contratar.

La TPA celebra con Miriam contrato con fecha 30 de agosto de 2013 la prestación del servicio de peluquería y maquillaje, en virtud de expediente tramitado NUM001 . Se establecía una cláusula de uso de locales de la TPA previo abono de un precio; no se establecía en los pliegos ni personal a contratar ni la obligación de subrogación. Empleo ésta a Dña. Camino , a Dña. Claudia y Dña. Dolores . La primera había prestado servicios en su día para Raimundo .

3º.- Presentó preceptiva papeleta de conciliación 26 de septiembre de 2013 resultando sin avenencia.

**TERCERO:** En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

"DESESTIMO la demanda presentada por DOÑA María frente a Raimundo , TELEVISIÓN DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS, PROIMAR ZABRASTUR S.R.L. Y Miriam , absolviéndoles de todos los pedimentos efectuados en su contra."

**CUARTO:** Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por María formalizándolo posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

**QUINTO:** Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en fecha 7 de agosto de 2014.

**SEXTO:** Admitido a trámite el recurso se señaló el día 2 de octubre de 2014 para los actos de votación y fallo.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes,

### FUNDAMENTOS DE DERECHO



**PRIMERO.-** La representación letrada de la actora interpone recurso contra la sentencia de instancia que desestima su demanda de cesión ilegal, articulando al efecto un primer motivo de suplicación en el que a través del art.193 b) LJS postula que se corrija un error material que figura en el segundo párrafo del hecho probado primero donde consta que la actora fue nuevamente contratada el 31 de agosto de 2013 por la entidad Proima Zabrastur SL por obra o servicio determinado en concreto, prestación de servicio de peluquería y maquillaje para TPA como ayudante de peluquería y que el 31 de julio finaliza el contrato por fin de obra siendo comunicada dicha circunstancia por la empresa entonces contratante, solicitando el recurso que en su lugar se diga que el contrato lo fue del 1 al 31 de agosto de 2013, y puesto que así se acredita con el informe de vida laboral de la actora obrante al f.286, procede la corrección de dicho error.

**SEGUNDO.-** Por el mismo cauce procesal interesa la recurrente que se recoja un nuevo párrafo en el hecho primero donde conste que según el contrato entre TPA y la empresa Proima Zabrastur los servicios se prestaran con carácter general en el centro de emisión de TPA en Camin de las Clarisas 253 de Gijón y que TPA pondrá a disposición de la empresa para la prestación objeto del contrato una sala de maquillaje y peluquería con lavabos y espejos, armarios para guardar el material y monitor de retorno de grabación/emisión, así como otro nuevo párrafo en dicho apartado fáctico en el que en relación con el contrato suscrito entre TPA y D<sup>a</sup> Miriam se diga lo siguiente: "se autoriza el uso por la empresa de una sala de maquillaje y peluquería con lavabos y espejos, armarios para guardar material y monitor de grabación/emisión, que los servicios se prestaran con carácter general en el centro de emisión de TPA ubicado en Camin de las Clarisas 263 de Gijón y que TPA pondrá a disposición motivo que tiene su base documental en el contrato que obra a los f.208 y 209 de los autos y que no prospera por cuanto los datos en cuestión ya figuran en lo sustancial en el apartado fáctico que se trata de modificar de ahí que deba mantenerse en sus propios términos".

**TERCERO.-** Al amparo del art.193 c) LJS se denuncia la infracción por aplicación indebida del art.44 nº1 y 2 de ET alegando en síntesis que estamos ante una transmisión que afecta a una entidad económica que mantiene su identidad entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad esencial o accesoria pues TPA contrató con Raimundo el 1-8-10 la prestación de servicios de maquillaje y peluquería que se prestara en la instalaciones de TPA y para ello la empresa contrata a la actora hasta el 1 de agosto de 2013 en que cesa dicha empresa y luego tras adjudicarse el servicio de forma provisional durante un mes a la empresa Proima Zabrastur, pasó a prestar el servicio Miriam que continuó haciéndolo en el mismo centro de trabajo y utilizando los mismos medios materiales y también utiliza los mismos medios humanos puesto que para esta última trabaja Camino que prestaba servicios para el anterior empresario y por ello entiende que se ha producido una sucesión de empresa ya que el número de trabajadores que pasa de una empresa a otra es significativo pues siendo tres ello supone el 33% de la plantilla, cantidad más que suficiente para poder considerar la existencia de una sucesión de empresa y añade que en todo caso al tratarse de empresas de servicios los elementos materiales son menos significativos llegando incluso a no existir sin que ello impida la sucesión de empresas.

Finalmente sostiene que se han vulnerado los arts.51-1 y 4 y 56 ET pues al haberse producido una sucesión de empresas debería de haber sido cogido por la nueva y al no haberlo hecho así y haber sido cesada, estamos ante un despido improcedente.

**CUARTO.-** Los distintos supuestos de subrogación empresarial, asumiendo la patronal entrante los derechos y obligaciones de la empresa saliente, se reconducen en la actualidad a los siguientes:

- 1) Art.44 del ET condicionado al requisito subjetivo de cambio de titularidad de la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma, y al objetivo de la entrega o aporte de los elementos patrimoniales necesarios, activos materiales o inmateriales o infraestructuras básicas para la continuidad de la actividad productiva.
- 2) Sucesión empresarial por disponerlos los pliegos de concesiones administrativas, cumpliéndose todos y cada uno de sus requisitos previstos en los mismos.
- 3) Subrogación empresarial convencional por así disponerlo los Colectivos, aunque no exista transmisión de elementos patrimoniales, contrayéndose a los casos expresadamente pactados y en tanto se hayan cumplido todos y cada uno de los requisitos en la norma estipulada para que surta efecto, no dándose si se incumpliera alguno de ellos. ( SSTS 10-12-97 , 9-2 y 31- 3-1998, 30-9-99 y 29-1-2002 ).
- 4) Sucesión de plantillas, aun no dándose tampoco los presupuestos del art.44 del ET ni prever la subrogación el Convenio Colectivo o el pliego de condiciones, figura esta nacida de la jurisprudencia del TJCE, por continuar la empresa entrante en la actividad, asumiendo o incorporando a su plantilla a un número significativo de trabajadores de la empresa cesante, tanto a nivel cuantitativo como cualitativo. Aquí, la organización productiva, es la plantilla de trabajadores, entendida como un conjunto de elementos personales organizados, y constitutiva de una entidad económica que mantiene su identidad.



Se admite la existencia de sucesión del artículo 44 ET , como "sucesión de plantillas", en la STS 27-6-2008 para la actividad de limpieza y mantenimiento. El hecho de que la empresa se haya hecho cargo de buena parte de la plantilla determina que pueda considerarse como una unidad económica independiente, aunque no haya habido transmisión patrimonial alguna y exista una falta de coincidencia del objeto social y de la actividad de la contratada, doctrina que se reitera en pronunciamientos posteriores como el de la STS de 28-2-2013 , para actividades de seguridad, o la STS de 5-3-2013 . En esta última se recuerda la jurisprudencia actual, que modificó en parte, la precedente. Tradicionalmente se exigía que el objeto de la transmisión fuera un conjunto organizado de personas y elementos, que permitiese el ejercicio de una actividad económica con un objetivo propio. Ahora bien, en determinados sectores económicos, como los de limpieza y vigilancia, cuya actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, el conjunto organizado de trabajadores, que se hallan específicamente destinados de forma duradera a una actividad común, puede considerarse como una unidad productiva autónoma, sin necesidad de transmisión de elementos patrimoniales del cedente al cesionario y sin requerir la existencia de un acuerdo expreso entre las partes del contrato de trabajo.

La determinación de cuándo existe una asunción de una "parte esencial" de la plantilla es una cuestión evidentemente casuística. En la STS 7-12-11, recud.4665/10 , se estima con una asunción del 80% de la plantilla. En la STSJ Murcia 3-6-13 , se aplica con la asunción de un 79% de la plantilla y en la citada anteriormente del TS de 5 de marzo de 2013 en que la empresa entrante ha asumido catorce de diecinueve trabajadores. También el Tribunal Supremo lo ha aplicado en algún supuesto donde se asumió menos del 50% de la plantilla ( STS 9-4-13 ), en el que se había contratado a tres de siete u ocho trabajadores que prestaban el servicio y ello por ser parte esencial para el desempeño de la contrata en atención a las condiciones en que esta se llevaba a cabo: un auxiliar de servicio 24 horas todos los días del año; un auxiliar de servicio de las 10 a las 22 horas de lunes a sábado laborables; un auxiliar de servicio de las 10 a las 22 horas los domingos y festivos de apertura.

A la vista de lo anteriormente expuesto, el resultado en este caso del denominado "test de la sucesión de plantillas" - sentencia del Tribunal Supremo de 05.03.2013 - no puede ser otro que negativo, entendiéndose que la empresa entrante no ha asumido una parte cuantitativamente importante de la mano de obra de la anterior, y ello al haber contratado a una de las tres trabajadoras de la misma lo que impide entender concurrente en autos la sucesión de plantilla.

Si a ello unimos que tal como consta en el inciso final del hecho probado segundo la nueva adjudicataria, contrató con TPA la prestación del servicio de peluquería y maquillaje en el que se establecía un cláusula de uso de locales de TPA previo abono de un precio de 375 euros mensuales (f.242), que no se establecía en los pliegos ni personal a contratar ni obligación de subrogación y que corren a cargo del contratista todos los materiales y productos a emplear (herramientas y utensilios propios de los oficios de peluquería y maquillaje así como su mantenimiento (f.241), hay que concluir con la sentencia de instancia que no ha habido sucesión de empresas lo que en definitiva da lugar a su confirmación previo rechazo del recurso de la parte actora.

**VISTOS** los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

## FALLAMOS

Que desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por María contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº4 de Gijón, dictada en los autos seguidos a su instancia contra TELEVISION DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS SAU, Miriam , Raimundo , PROIMA ZABRASTUR S.L. (PROIMA AUDIOVISUALES SL), sobre Resolución de contrato, y en consecuencia confirmamos la resolución impugnada.

### *Medios de impugnación*

Se advierte a las partes que contra esta sentencia cabe interponer **recurso de casación para la unificación de doctrina** , que habrá de prepararse mediante escrito suscrito por letrado, presentándolo en esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de los diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la misma, en los términos del Art. 221 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social y con los apercibimientos en él contenidos.

### *Tasas judiciales para recurrir*

La interposición de recurso de casación en el orden Social exige el **ingreso de una tasa** en el Tesoro Público. Los términos, condiciones y cuantía de este ingreso son los que establece la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, en los artículos 3 (sujeto pasivo de la tasa), 4 (exenciones a la tasa), 5 (devengo de la tasa), 6 (base imponible de la tasa), 7 (determinación de la cuota tributaria), 8 (autoliquidación y pago) y 10 (bonificaciones derivadas de la utilización de medios telemáticos). Esta Ley tiene desarrollo reglamentario en la Orden HAP/2662/2012, de 13 de diciembre.



Están **exentos** de la tasa para recurrir en casación: a) Los trabajadores; b) Los beneficiarios de la Seguridad Social; c) Los funcionarios y el personal estatutario; d) Los sindicatos cuando ejerciten un interés colectivo en defensa de los trabajadores y beneficiarios de la Seguridad Social; e) Las personas físicas o jurídicas a las que se les haya reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita; f) El Ministerio Fiscal; g) La Administración General del Estado, las de las Comunidades Autónomas, las Entidades locales y los organismos públicos dependientes de todas ellas; h) Las Cortes Generales y las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas; j) Las personas físicas o jurídicas distintas de las mencionadas en los apartados anteriores e incluidas en el art. 2 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, dentro de los términos previstos en esta disposición. También están exentos de tasas los recursos de casación para unificación de doctrina (criterio del Tribunal Supremo).

#### *Depósito para recurrir*

En cumplimiento del Art. 229 de la LRJS, si el recurrente no fuere trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de Seguridad Social, deberá acreditar que ha efectuado el **depósito** para recurrir de 600 euros en la cuenta de depósitos y consignaciones que esta Sala de lo Social del TSJA tiene abierta con el número 3366 en el Banco Español de Crédito, oficina de la calle Pelayo 4 de Oviedo número 0000, clave 66, haciendo constar el número de rollo, al preparar el recurso, y debiendo indicar en el campo concepto: "**37 Social Casación Ley 36-2011**". Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria deberá incluir tras la cuenta referida, también en el campo concepto, separados por un espacio con la indicación "recurso" seguida del código "37 Social Casación Ley 36-2011". Si efectuare diversos pagos en la misma cuenta deberá especificar un ingreso por cada concepto, incluso si obedecen a otros recursos de la misma o distinta clase indicando en el campo de observaciones la fecha de la resolución recurrida utilizando el formato dd/mm/aaaa.

Caso de ingresar el depósito para recurrir o las consignaciones a través de **transferencia**, el código IBAN es: ES55 0049 3569 9200 0500 1274, identificando la cuenta del recurso como quedó dicho para el ingreso del depósito.

Están **exentos** de la obligación de constituir el depósito el Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales y las entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de los mismos, las entidades de derecho público reguladas por su normativa específica y los órganos constitucionales, así como los sindicatos y quienes tuvieren reconocido el beneficio de justicia gratuita.

Pásense las actuaciones al Sr/a. Secretario para cumplir los deberes de publicidad, notificación y registro de la Sentencia.

Así, por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.