



Roj: **STSJ CANT 205/2015 - ECLI:ES:Tsjcant:2015:205**

Id Cendoj: **39075340012015100128**

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

Sede: **Santander**

Sección: **1**

Fecha: **10/04/2015**

Nº de Recurso: **150/2015**

Nº de Resolución: **279/2015**

Procedimiento: **Recursos de Suplicación**

Ponente: **ELENA PEREZ PEREZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA n° 000279/2015

En Santander, a 10 de abril de 2015.

PRESIDENTA

Ilma. Sra. D^a. Mercedes Sancha Saiz

MAGISTRADOS

Ilmo. Sr. D. Rubén López Tamés Iglesias

Ilma. Sra. D^a. ELENA PEREZ PEREZ (Ponente)

EN NOMBRE DE SU MAJESTAD EL REY, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria compuesta por los Ilmos. Sres. citados al margen ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A

En el recurso de suplicación interpuesto por V2 Complementos Auxiliares SAU, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 3 de Santander, ha sido ponente la Ilma. Sra. D^a. ELENA PEREZ PEREZ, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Según consta en autos se presentó demanda de despido por D^a. Encarnacion frente a las empresas Limpiezas Veci S.L. y V2 Complementos Auxiliares SAU.

En su día se celebró el acto de la vista, habiéndose dictado sentencia por el Juzgado de referencia en fecha 10 de noviembre de 2014, en los términos que se recogen en su parte dispositiva.

SEGUNDO.- Como hechos probados se declararon los siguientes:

1º.- La demandante ha venido prestando sus servicios para la demandada Limpiezas Veci S.L. desde el 2-6-08 con categoría de telefonista y salario bruto diario de 38,79 euros.

2º.- Limpiezas Veci S.L. ha venido siendo la adjudicataria del servicio municipal recepcionista / telefonista en el ayuntamiento de Santa Cruz de Bezana.

La demandante ha trabajado en este centro de trabajo.

3º.- Desde el 1-7-14, es la demandada V2 Complementos auxiliares S.A.U. la adjudicataria del servicio indicado anteriormente.

La demandada citada no cuenta con los servicios de la actora.

4º.- La demandante no ostenta, ni ha ostentado en el último año la condición de representante de los trabajadores o delegado sindical.



5º.- El 17-7-14 se celebró acto de Conciliación con resultado infructuoso."

TERCERO.- En dicha sentencia se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

"Que estimando la demanda interpuesta por doña Encarnacion contra LIMPIEZAS VECI S.L. y V2 COMPLEMENTOS AUXILIARES S.A.U., declaro improcedente el despido de la demandante del 1-7-2014 y, en consecuencia, condeno a la demandada V2 Complementos Auxiliares S.A.U. a que, a su elección, readmita a la demandante en las mismas condiciones anteriores al despido o le indemnice con la cantidad de 9.493,85 euros, con abono en caso de

readmisión de los salarios de tramitación desde el 2-7-2014 hasta el día de la efectiva readmisión, a razón de 38,79 euros diarios.

La opción prevista en el párrafo anterior deberá ejercitarse mediante escrito o comparecencia ante la Secretaría de este Juzgado en el plazo de cinco días a partir de la notificación de esta sentencia, sin perjuicio del recurso que contra esta se pueda interponer. Caso de no ejercitar la misma, se entenderá que el demandado opta por la readmisión."

CUARTO.- Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la demandada V2 Complementos Auxiliares SAU, siendo impugnado por la parte contraria, pasándose los autos a la ponente para su examen y resolución por la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- La empresa, V2 Complementos Auxiliares S.A., se alza frente a la sentencia dictada en instancia que ha estimado la demanda de despido formulada de contrario, condenando a la misma a las consecuencias legales derivadas del despido de la actora.

La sentencia recurrida declara la improcedencia del despido. Considera que se ha producido una sucesión de empresas legal, por lo que condena a la nueva adjudicataria del servicio a las consecuencias legales derivadas de dicha declaración.

Con amparo en el artículo 193 c) LRJS la recurrente denuncia la infracción del contenido del artículo 44 ET y de la jurisprudencia que cita.

En términos generales, sostiene que no se ha producido una subrogación en sentido legal, al no concurrir los requisitos del artículo 44 ET .

En primer lugar, es necesario puntualizar que la subrogación convencional y la sucesión de empresas del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores son supuestos distintos. Cada una de ellas cuenta con una regulación propia. Por tanto, pueden existir supuestos de subrogación legal del artículo 44 ET totalmente ajenos a la subrogación convencional. En tales casos, la situación se regirá única y exclusivamente por la normativa legal.

No obstante, existen también supuestos de superposición entre ambas figuras, de manera que una subrogación convencional sea, al mismo tiempo, un supuesto de sucesión legal de empresas. En tales casos la relación entre la norma legal y la convencional se rige por las previsiones del artículo 3 ET . El convenio colectivo puede mejorar el marco legal en beneficio de los trabajadores, pero no puede reducir los derechos y garantías de éstos por debajo de ese mínimo legal.

Por consiguiente, una vez que a la vista de las circunstancias nos encontremos ante un supuesto de sucesión de empresas se impone la transmisión de la relación jurídico laboral por imperativo legal y la misma no puede ser excluida por el convenio colectivo.

Esto nos lleva a analizar, en primer lugar, si en este caso se ha producido una sucesión del artículo 44 ET .

En cuanto a la existencia de sucesión de empresas, el criterio decisivo para determinar la concurrencia de una transmisión a los efectos de la Directiva 2001/23/CE y del artículo 44 ET es si la entidad de que se trata mantiene su identidad tras el cambio de titular.

Uno de los elementos fundamentales para ello es que continúe de forma efectiva la explotación o que se reanude (SS. Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 18-3-1986, caso Spijkers y de 11-3-1997, caso Sützen).

La transmisión debe referirse a una entidad económica organizada de forma estable, cuya actividad no se limite a la ejecución de una obra determinada (S. Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 19-9-1995, caso Rygaard).



De este modo, el concepto de entidad económica independiente hace referencia a un conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica y que persigue un objetivo propio (S. Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas 11-3-1997).

Para determinar si se reúnen los requisitos necesarios para la transmisión de una entidad han de tomarse en consideración todas las circunstancias de hecho características de la misma, entre las cuales se encuentra el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate. La transmisión o no elementos materiales como edificios y otros bienes muebles. El valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión. Que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores. Que se haya transmitido o no la clientela. Finalmente, deberá analizarse el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión y la duración de una eventual suspensión de dichas actividades.

Como señala la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 19-5-1992 (Redmond Stichting, asunto C-29/1991), entre las circunstancias que han de considerarse se encuentra el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión. Esa identidad puede resultar de que se trate de una actividad esencialmente realizada mediante la aportación de mano de obra y que el grupo organizado de los trabajadores dedicados a la realización de tales tareas o una parte sustancial de los mismos sea coincidente.

En cualquier caso debe considerarse que los diferentes elementos que se mencionan, esto es, la transmisión de medios materiales, transmisión de la plantilla o de la mayor parte de ella, analogía de las actividades, etc., son solo aspectos parciales de la evaluación de conjunto que debe hacerse y no pueden apreciarse aisladamente (SS Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas 18-3-1986 y 11-3-1987).

Por otro lado, la denominada "sucesión de plantilla" ha sido admitida por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, a partir de su sentencia de 27-10-2004 (Rec. 899/2003), seguida por las SSTs de 4-4-2005 (Rec. 2423/2003), 29-5-2008 (Rec. 3617/2006), 28-4-2009 (Rec. 4614/2007), 23-10-2009 (Rec. 2684/2008), 7-12-2009 (Rec. 2686/2008), 7-12-2011 (Rec. 4665/2010), 13-6-2013 (RJ 2013/5724), 20-11-2012 (Rec. 3900/2011), 19-9-2012 (Rec. 3056/2011), entre otras.

Se admite la existencia de sucesión del artículo 44 ET , como "sucesión de plantillas", en la STS 27-6-2008 (Rec. 4773/2006), 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.

Esta doctrina se reitera en pronunciamientos posteriores como las SSTs de 28-2-2013 (Rec. 542/2012) y 5-3-2013 (Rec. 3984/2011) para actividades de seguridad. En la última de ellas 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.

Esta sentencia declara que esta doctrina es aplicable a supuestos en los que se produce una sucesión de contrataciones o adjudicaciones y la empresa entrante ha incorporado al desempeño de los servicios una parte importante, cualitativa o cuantitativamente, de la plantilla de trabajadores de la saliente, en una actividad en la que es principal la mano de obra.

Por tanto, la sucesión de contrataciones con "sucesión de plantillas" se caracteriza por la presencia de los siguientes elementos. La empresa entrante sucede a la que desempeñaba anteriormente tales servicios o actividades por cuenta de un tercero. Los servicios o actividades han de ser sustancialmente iguales. La nueva adjudicataria ha de incorporar al desempeño de los servicios a una parte importante, cualitativa o cuantitativamente, de la plantilla de trabajadores de la anterior y el activo principal para el desempeño de los servicios o actividades objeto de la contrata ha de ser la "mano de obra" organizada.

No habrá sucesión en los términos del artículo 44 ET cuando no concurren tales requisitos. Entonces deberá verificarse si cabe aplicar una sucesión convencional o no. Así lo dispone la STS de 25-2-2014 (Rec. 646/2013), al afirmar que en las contrataciones sucesivas de servicios en las que no se transmite una unidad productiva autónoma "sino de un servicio carente de tales características, no opera, por ese solo hecho, la sucesión de empresas establecida en el artículo 44 ET , sino que la misma se producirá o no, de conformidad con lo que al efecto disponga el convenio colectivo de aplicación, y con subordinación al cumplimiento por las empresas



interesadas de los requisitos exigidos por tal norma convenida (SSTS 10/12/97 -rec. 164/97 -; 29/01/02 -rec. 4749/00 -; 15/03/05 -rec. 6/04 -; y 23/05/05 -rec. 1674/04 -)...".

En los casos en los que concurra una sucesión de plantilla la consecuencia es que la empresa sucesora no puede dejar de subrogar los contratos de parte de los trabajadores. Si se ha producido una sucesión en el sentido establecido por el artículo 44 ET , la sucesora pasa a ser empleadora de todos los trabajadores adscritos a la unidad productiva traspasada, en virtud de disposición legal. La negativa a reconocer la vigencia de la relación laboral con alguno de ellos configura un despido al margen de la legalidad, que podrá calificarse como improcedente o nulo, según las circunstancias concurrentes.

De este modo, si la empresa sucesora estima que por razones productivas, organizativas o de otra clase no necesita a toda la plantilla de la unidad productiva, deberá proceder a la extinción de los contratos por las vías previstas en la normativa para ello, pero no puede negar la sucesión de empresas.

Por otro lado, respecto a la sucesión de contratistas, la STS de 9-7-2014 (Rec. 1201/2013) establece que: "El supuesto particular de sucesión de contratistas 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 contratistas 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".

Por su parte, la STS de 25-2-2014 (Rec. 646/2013), con cita de las previas SSTS de 2-10-2012 (Rec. 2698/2011) y 19-9-2011 (Rec. 3056/2011), afirma que: "en las contratistas sucesivas de servicios, en las que lo que se transmite no es una empresa ni una unidad productiva con autonomía funcional, sino de un servicio carente de tales características, no opera, por ese solo hecho, la sucesión de empresas establecida en el artículo 44 ET , sino que la misma se producirá o no, de conformidad con lo que al efecto disponga el convenio colectivo de aplicación, y con subordinación al cumplimiento por las empresas interesadas de los requisitos exigidos por tal norma convenida (SSTS 10/12/97 -rec. 164/97 -; 29/01/02 -rec. 4749/00 -; 15/03/05 -rec. 6/04 -; 23/05/05 -rec. 1674/04 -)".

En el presente caso es necesario valorar los datos que constan en el inmodificado relato fáctico de la sentencia de instancia. La empresa codemandada, Limpiezas Veci S.L., era la anterior adjudicataria del servicio municipal de recepcionista/telefonista en el Ayuntamiento de Santa Cruz de Bezana. La actora ha trabajado en ese centro de trabajo. Desde el 1-7-2014 la empresa V2 Complementos Auxiliares es la nueva adjudicataria del servicio y no ha contado con la trabajadora -hechos primero a tercero-. El servicio lo desempeña con un trabajador propio -fundamento de derecho segundo con indudable valor fáctico-.

La contrata tenía por objeto la prestación del servicio de recepcionista/telefonista. Por tanto, no se encuentra vinculada a ninguna norma convencional que obligue a la subrogación empresarial entre las empleadoras que sucesivamente fueron adjudicatarias del servicio. Además no consta que la nueva adjudicataria haya incorporado al desempeño del servicio a ninguno de los trabajadores de la empresa saliente. Por tanto, no estamos ante un supuesto de sucesión de plantillas en el sentido establecido en la doctrina antes expuesta. Es cierto que la actividad desplegada por la empresa saliente continúa desarrollándose por la nueva adjudicataria en las mismas instalaciones. Pero esta empresa no ha asumido a ningún trabajador de la antigua prestadora del servicio. Tampoco consta que se haya producido ninguna transmisión patrimonial ya sea material o inmaterial.

En definitiva, sin negar la sucesión en las contratistas, no podemos apreciar el efecto subrogatorio declarado en la instancia, sino la finalización de una contrata y el comienzo de otra, formal y jurídicamente distinta, con un contratista nuevo.

Con tales datos procede estimar el recurso, dado que no concurren las circunstancias que dan lugar a una sucesión de plantillas y la mera sucesión de contratistas en servicios como el presente, que son auxiliares, no está contemplada en el artículo 44 ET , en los supuestos en los que no se ha producido una transmisión de activos patrimoniales necesarios para el desarrollo del servicio contratado.

Conviene destacar que en supuestos relativos a servicios semejantes al que ahora nos ocupa, como ocurre con la actividad de "contac center", el Tribunal Supremo ha establecido que en ellos adquiere singular relevancia



el elemento material, pues con independencia del factor humano, lo cierto es que el desempeño del servicio contratado depende casi de forma exclusiva de los medios materiales con los que se ejecuta (teléfonos, aparatos informáticos, etc...).

Así se ha afirmado en la STS de 15-7-2013 (Rec. 1377/2012), que estableció que para que pueda apreciarse una sucesión legal en este tipo de actividad es necesario que se haya transmitido un conjunto de medios organizados para llevar a cabo la actividad económica. La asunción de todo o parte de la plantilla no es un elemento esencial a considerar, pues la misma es fruto del cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 18 de la norma convencional aplicable, que no impone la subrogación, sino que sólo establece la necesidad de que los trabajadores participen en el proceso de selección de la nueva adjudicataria del servicio. Razona además el TS que el factor humano es sólo uno de los que componen la organización productiva, lo que determina que no sea aplicable la doctrina de la sucesión de plantillas a casos como el examinado en el que la nueva contratista no se había limitado a continuar la actividad de la anterior, asumiendo la plantilla sino que había puesto su propias instalaciones y medios técnicos, así como el denominado "know how" (saber hacer como empresa).

En el mismo sentido se han pronunciado las SSTSJ de Cantabria de fecha 9-10-2014 (Rec. 639/2014), 30-10-2014 (Rec. 660/2014) o 5-11-2014 (Rec. 689/2014). También las SSTSJ de Madrid de 31-3-2014 (Rec. 1516/2012), 10-2-2014 (Rec. 1953/2012), 24-2-2014 (Rec. 1404/2012) o 20-12-2013 (Rec. 1573/2013), entre otras.

En la misma línea se sitúa la STSJ de Cantabria de 23-10-2014 (Rec. 663/2014). En esta última sentencia se resuelve un supuesto muy semejante al que ahora nos ocupa, ya que se trataba de un servicio auxiliar. El trabajador desempeñaba funciones de telefonista-recepcionista. La nueva adjudicataria había continuado prestando el servicio sin que en la contrata se estableciese la obligación de subrogación de los trabajadores de la anterior. El servicio seguía desempeñándose en las mismas instalaciones, pero sin que constara transmisión de elementos patrimoniales materiales ni inmateriales.

En definitiva, el recurso debe ser desestimado.

Ahora bien, al no existir sucesión empresarial con la empresa que la sentencia recurrida condena, debemos plantearnos si es posible condenar a la empresa saliente que fue absuelta en la instancia, al no haber recurrido la trabajadora dicho pronunciamiento y después, si se produjo un despido por la otra empresa codemandada.

Respecto a la primera cuestión, como ya argumentamos en nuestra previa STSJ de Cantabria de 23-10-2014 , la STS de 14-3-2012 (Rec. 2922/2011) ha señalado que "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 , con arreglo a la que fue contraria al artículo 24.1 de la Constitución 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 tanto, conforme a la referida doctrina, procede entrar a examinar si existió un despido por parte de la saliente.

Respecto a la segunda cuestión, no habiendo probado la codemandada causa alguna para la extinción, procede estimar que al no haber existido sucesión empresarial, la relación laboral de la demandante era con la empresa Limpiezas Veci S.L. Al prescindir de sus servicios y no justificar el cese dicha empresa ha incurrido en un despido improcedente por carecer de causa.

No procede efectuar expresa condena en costas, de conformidad con lo dispuesto en el art. 235.1 LRJS .

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por V2 COMPLEMENTOS AUXILIARES S.A.U. frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Santander, de fecha 10-11-2014 (proceso de despido 489/2014) y en consecuencia, revocamos en parte la sentencia recurrida en el único sentido de absolver a la recurrente de las pretensiones deducidas en su contra, manteniendo la declaración de improcedencia del despido de la actora acaecido el 1 de julio de 2014, condenando a la empresa LIMPIEZAS VECI, S.L., a que, a



su elección, readmita a la demandante en las mismas condiciones anteriores al despido o le indemnice con la cantidad de 9.493,85 euros, con abono de los salarios de tramitación en caso de readmisión hasta que tenga lugar, a razón de 38,79 euros diarios.

Sin costas.

Notifíquese esta Sentencia a las partes y a la Fiscalía de la Comunidad Autónoma, previniéndoles de su derecho a interponer contra la misma, recurso de casación para la unificación de doctrina, regulado en los artículos 218 y siguientes de la Ley 36/2011, de 10 de Octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social, que podrá prepararse ante esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, dentro de los diez días hábiles contados a partir del siguiente a su notificación. El demandado recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregado en la secretaría de la Sala de este Tribunal Superior al tiempo de la preparación del recurso, la consignación de un depósito de 600 Euros en la cuenta nº 3874/0000/66/0150/15, abierta en la entidad de crédito BANCO SANTANDER, Código identidad 0030, Código oficina 7001. Igualmente, deberá consignar en la misma cuenta citada, otro depósito por la cantidad total importe de la condena.

Procédase a dar a los depósitos y de consignaciones el destino legalmente previsto.

Devuélvanse, una vez firme la sentencia, el proceso al Juzgado de procedencia, con certificación de esta resolución, y déjese otra certificación en el rollo a archivar en este Tribunal.

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

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