



Roj: **STSJ AND 4016/2015 - ECLI:ES:TSJAND:2015:4016**

Id Cendoj: **29067340012015100785**

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

Sede: **Málaga**

Sección: **1**

Fecha: **14/05/2015**

Nº de Recurso: **515/2015**

Nº de Resolución: **818/2015**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER VELA TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA

SALA DE LO SOCIAL CON SEDE EN MÁLAGA

Avda. Manuel Agustín Heredia nº 16

N.I.G.: 2906744S20140006910

Negociado: **VE**

Recurso: Recursos de Suplicación 515/2015

Juzgado origen: JUZGADO DE LO SOCIAL Nº6 DE MALAGA

Procedimiento origen: Despidos / Ceses en general 516/2014

Recurrente: CLECE S.A.

Representante: AGUSTIN POZUELO SERRANO

Recurrido: Nicanor , HEMERA CATERING S.L. y Pelayo

Representante: FRANCISCO JAVIER MARTIN GARCIA y MANUEL NAVARRO MALDONADO

ILTMO. SR. D. FRANCISCO JAVIER VELA TORRES, PRESIDENTE

ILTMO. SR. D. JOSE LUIS BARRAGAN MORALES,

ILTMO. SR. D. MANUEL MARTIN HERNANDEZ CARRILLO

En la ciudad de Málaga a catorce de mayo de dos mil quince.

La SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA CON SEDE EN MÁLAGA, compuesta por los Ilmos. Sres. citados al margen y

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente:

S E N T E N C I A 818/15

En el recurso de Suplicación interpuesto por Clece S.A contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número seis de Málaga, ha sido ponente el Ilmo. Sr. D. FRANCISCO JAVIER VELA TORRES.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Que según consta en autos se presentó demanda por Nicanor y Pelayo despido siendo demandado Clece S.A y Hemera Catering S.L habiéndose dictado sentencia por el Juzgado de referencia en fecha 23 de septiembre de 2014 en los términos que se recogen en su parte dispositiva.

SEGUNDO: En la sentencia aludida se declararon como hechos probados los siguientes:



PRIMERO.- D^a Nicanor , provista de DNI nº NUM000 prestaba servicios por cuenta de la entidad Hemera Catering, S.L. en actividad Hosteleria, antigüedad 17.09.2007 , con categoría profesional de Ayudante de Cocina , percibiendo un salario de 1.388,59 euros mes bruto prorrateados

D. Pelayo , provisto de DNI nº NUM001 prestaba servicios por cuenta de la entidad Hemera Catering, S.L. en actividad Hosteleria, antigüedad 05.10.2009, categoría profesional de Conductor de reparto , percibiendo un salario de 1.041,45 euros mes bruto prorrateados.

Se encontraba vinculado a la entidad Hemera Catering, S.L por un contrato de trabajo a tiempo parcial, temporal para la realización de obra o servicio determinado , cuyo objeto consiste en "servicio de elaboración de comidas para personas atendidas en el centro de acogida municipal y centro de acogida de mayores que esta empresa presta al Ayuntamiento de Málaga". En fecha 04.03.2013 se pacta ampliación de jornada a 30 horas"

(documento num. 19).

SEGUNDO.- La entidad Hemera Catering, S.L. venia realizando para el Ayuntamiento de Málaga el servicio de comida a domicilio destinado a usuarios de los servicios sociales municipales de la ciudad de Málaga.

TERCERO.- Mediante acuerdo adoptado en fecha 26.03.2014 se adjudica a la entidad CLECE, S.A. la contratación del servicio de comida a domicilio destinado a usuarios de los servicios sociales municipales de la ciudad de Málaga, a tenor del pliego de condiciones técnicas y económicas obrantes en el expediente núm. NUM002 . (documento nº 4 de clece)

En dicho pliego , datado en fecha 08.07.2013 , se establece que " p) la empresa o entidad adjudicataria deberá subrogar al personal que se encuentra prestando el servicio a la fecha de adjudicación de este contrato, según relación detallada que nos ha entregado la actual empresa que lo presta y que se adjunta al presente pliego. En esta relación consta el numero de trabajadores a los que afecta la subrogación , su categoría profesional, antigüedad, y otros datos que permiten evaluar los costes laborales, de acuerdo a lo descrito en el art. 120 del TRLCSP."

Se incluye listado suscrito por Hemera, en el que constan las iniciales, categorías, convenio , horas y antigüedad de los trabajadores.

(documento nº 3 de Clece, S.A.)

CUARTO.- En fecha 12 de noviembre de 2013 la entidad Eurest Colectividades , S.L. presentó recurso especial en materia de contratación contra los pliegos para la contratación del "el servicio de comida a domicilio destinado a usuarios de los servicios sociales municipales de la ciudad de Málaga."

QUINTO.- En fecha 09.04.2014 la entidad Hemera Catering, S.L hace entrega a D. Erasmo , en nombre de Clece, de la documentación que se determina en el documento nº 1 de Hemera, cuyo contenido se da por reproducido.

En fecha 10.04.2014 la entidad Clece , S.A. remite misiva a la entidad Hemera Catering comunicando que ninguno de los trabajadores incluidos en el listado sería subrogable (Documento nº 5 Clece)

En fecha 14.04.2014 la entidad Hemera contesta y adjunta listado (documento nº 6 de Clece).

En fecha 28.04.2014 la entidad Clece remite carta a Hemera Catering, , S.l solicitando documentación (documento nº 8 de Clece).

En fecha 02.05.2014 se contesta a dicha carta adjuntando cuadro (documento nº 7 de Clece).

SEXTO.- Mediante carta datada en fecha 28.04.2014 la entidad Hemera Catering, S.L. comunica a los actores que "Con fecha 28 de Abril de 2014, causará baja laboral en nuestra empresa Hemera Catering S. L. como consecuencia de nueva concesión administrativa otorgada a la empresa CLECS, S.A., según expediente nº. NUM002 y tal como nos comunicó formalmente el pasado viernes 25 Abril por parte del Excmo. Ayuntamiento de Málaga.

Le comunicamos el derecho que le asiste a ser subrogado por la nueva empresa concesionaria y corresponde, a esta empresa, subrogarse en la relación laboral e usted mantenía con nosotros, con HEMERA CATERING S.L., conservando las actuales condiciones de trabajo, categoría profesional, antigüedad etc"

(documento 1 de la parte actora)

SÉPTIMO.- En fecha 28.04.2014 los demandantes suscriben documento denominado "liquidación y finiquito, en el que se hace constar mot Baj: subrogación"

Se establece que " el suscrito trabajador cesa en la prestación de sus servicios por cuenta de la empresa y recibe en este acto la liquidación de sus partes proporcionales en la cuantía y detalle que se expresan al pie,



en cuyo percibo reconoce hallarse salado y finiquitado por todos los conceptos con la referida empresa , por lo que se compromete a nada mas pedir ni reclamar".

El concepto abonado responde a "parte proporcional de vacaciones".

(documentos núms. 16 y 22 de Hemera Catering, S.L.)

En la misma fecha son dados de baja en seguridad social por la referida entidad (documentos núms. 14 y 18 de Hemera Catering, S.L. .)

OCTAVO.- En fecha 28.04.2014 los demandantes remiten burofax a D. Erasmo como Jefe de Servicios con el siguiente tenor:

"habiendo recibido de Hemera Catering , S.L. comunicación de subrogación como consecuencia de la nueva concesión administrativa otorgada a la empresa CLECE, S.A. según expediente nº NUM002 .

En dicha carta se me informa el derecho a ser subrogado por la empresa Clece, S.A. .

Por la presente le comunico que ejerzo tal derecho y me encuentro en espera de su llamada para poder incorporarme a mi puesto de trabajo"

(documento núms. 1 de la parte actora)

NOVENO.- La entidad Clece, S.A. no ha subrogado a los demandantes.

DECIMO.- Durante un periodo de tiempo no determinado , el actor D, Pelayo ha prestado servicios, además de en el objeto de su contrato, en el reparto de comida de colegios.

UNDECIMO.- La actora D^a Nicanor ha estado adscrita a la contrata aunque puntualmente haya realizado un otros servicios de catering.

DECIMOSEGUNDO.- Los demandantes no ostentan ni han ostentado en el año anterior la condición de representante legal o sindical de los trabajadores.

DÉCIMOTERCERO.- Se interpuso papeleta de conciliación celebrándose el acto de conciliación el 19.05.2014 con resultado sin avenencia.

TERCERO: Que contra dicha sentencia anunció Recurso de Suplicación la parte codemandada Clece S.A , recurso que formalizó, siendo impugnado de contrario. Recibidos los autos en este Tribunal se proveyó el pase de los mismos a ponente para su examen y resolución.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: La sentencia de instancia estima las demandas sobre despido promovidas por los actores y declara la improcedencia de los mismos, condenando a la empresa codemandada Clece S.A. a optar entre la readmisión de los trabajadores con abono de los correspondientes salarios de tramitación o el pago a los mismos de una indemnización cifrada en la cantidad de 12.446,23 a Doña Nicanor y en la suma de 6108,96 a Don Pelayo ; absolviendo a la empresa codemandada Hemera Catering S.L. de las pretensiones deducidas en la demanda. Contra dicha sentencia interpone recurso de suplicación la representación de de la empresa condenada, formulando un primer motivo, al amparo de lo dispuesto en el apartado b) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , para solicitar la revisión de los hechos probados de la sentencia recurrida, pretendiendo una redacción alternativa de los ordinales primero, tercero, noveno, décimo y décimo primero de la resolución impugnada, los cuales quedarían del tenor literal que figura en el escrito de interposición del recurso de suplicación y que aquí damos expresamente por reproducido.

Deben desestimarse las modificaciones solicitadas de los hechos probados décimo y décimo primero, pues la redacción alternativa que se propone de los mismos coincide sustancialmente con la que figura en el relato fáctico de la sentencia recurrida, por lo que dichas modificaciones resultan intrascendentes a los fines discutidos en la presente litis. En cuanto a la modificación de los hechos probados tercero y noveno, la misma debe igualmente rechazarse, dado que la redacción alternativa propuesta contiene claramente conceptos jurídicos predeterminantes del fallo, como es la afirmación de que no procedía la subrogación de la empresa recurrente por no cumplirse los requisitos previstos al efecto en el Convenio Colectivo de hostelería de la provincia de Málaga, cuestión ésta que será objeto de análisis al examinar el motivo de censura jurídica, pero que no puede incluirse como hecho probado en el relato fáctico de la sentencia. Finalmente, debe desestimarse asimismo la modificación del hecho probado primero, pues la misma no encuentra debido apoyo en prueba documental que ponga de manifiesto de una manera directa e inequívoca, sin necesidad de hipótesis, conjeturas o razonamientos, el error de la Magistrada de instancia al afirmar que con fecha 4 de marzo de 2013



se pactó una ampliación de la jornada del actor Don Pelayo , el cual pasó de una jornada de 25 horas semanales a una jornada de 30 horas semanales, con el consiguiente incremento del salario, máxime si tenemos en cuenta que ello se desprende claramente del acuerdo de ampliación de jornada suscrito con fecha 4 de marzo de 2013 entre el referido trabajador y la que entonces era su empresa Hemera Catering S.L. (folio 322 de los autos).

SEGUNDO: Que al amparo de lo dispuesto en el apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , se formula el segundo motivo de recurso para denunciar la infracción de lo dispuesto en los artículos 45 b), 46 a) y 47 del Convenio Colectivo del sector de hostelería de la provincia de Málaga. Alega la parte recurrente que en el presente caso no concurren los requisitos exigidos por los preceptos convencionales antes reseñados para que proceda la subrogación empresarial en el caso de sucesión de contratatas, por lo que las consecuencias del despido de los actores debe recaer exclusivamente en la empresa codemandada Hemera Catering S.L. para la que venían prestando servicios.

La cuestión a debate en este motivo de recurso radica en determinar si se ha producido o no una sucesión empresarial entre las empresas codemandadas Hemera Catering S.L. y Clece S.A., pues, dependiendo de que haya habido o no subrogación empresarial, las consecuencias de la declaración de improcedencia del despido de los actores, los cuales venían trabajando para Hemera Catering S.L. en la contrata que dicha empresa tenía con el Ayuntamiento de Málaga para el servicio de elaboración de comidas para personas atendidas en el centro de acogida municipal y centro de acogida de mayores, deberán recaer sobre una u otra empresa, dado que a partir del día 28 de abril de 2014 Clece S.A. es la nueva empresa contratista para la prestación del indicado servicio.

Reiterada doctrina jurisprudencial en unificación de doctrina ha venido declarando que en los supuestos de sucesión de contratatas o concesiones para la prestación de servicios sólo se produce subrogación empresarial si se transmite la unidad productiva o si así viene determinado en el convenio colectivo aplicable o lo prescribe el pliego de condiciones de la concesión (Sentencias del Tribunal Supremo de 29 diciembre 1997 , 18 marzo 2002 y 29 mayo 2008 , entre otras muchas). Efectivamente, la jurisprudencia unificada sostiene que para que exista la transmisión de empresas regulada en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores no basta con el hecho de que se haya producido una mera sucesión de contratatas para la prestación de un servicio determinado, pues es de todo punto necesario que además se haya producido la transmisión al cesionario de los elementos patrimoniales que configuran la infraestructura u organización empresarial básica de la explotación, ya que la transmisión debe referirse a una entidad económica organizada de forma estable cuya actividad no se limite a la ejecución de una obra determinada, debiéndose tener en cuenta que el concepto de entidad hace referencia a un conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio. En definitiva, la mera circunstancia de que el servicio prestado por el antiguo y el nuevo adjudicatario de una contrata sea similar no es suficiente para afirmar que existe transmisión de una entidad económica, concepto que remite a un conjunto organizado de personas y elementos patrimoniales. Para determinar si ha existido o no sucesión de empresas, no es determinante si el nuevo empresario, continuador de la actividad, es propietario o no de los elementos patrimoniales necesarios para el desarrollo de la misma, ni si ha existido o no un negocio jurídico entre cedente y cesionario, sino si se ha producido un cambio de titularidad la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma, y si la transmisión afecta a una entidad económica que mantenga su identidad.

Ahora bien, según la doctrina comunitaria, que compendia ampliamente y analiza la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 abril 2009 , en aquellos sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejerce de manera duradera una actividad en común puede constituir una actividad económica, que puede mantener su identidad, cuando se produce una transmisión, y el nuevo empresario no sólo continúa con la actividad de que se trata, sino que también se hace cargo de una parte esencial de los trabajadores del anterior empresario. Por el contrario, si la actividad de que se trata no descansa fundamentalmente en la mano de obra, sino que exige material e instalaciones importantes, aunque se produzca la continuidad de la actividad por un nuevo empresario y éste asuma un número importante de trabajadores del anterior, no se considera que hay sucesión empresa, si no se transmiten los elementos materiales necesarios para el ejercicio de la actividad.

En definitiva, como indica la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de julio de 2013 en los supuestos de sucesión de contratatas la subrogación no opera de una manera automática en virtud del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores , sino que para que se produzca tiene que concurrir alguna de estas tres circunstancias:A) Que se haya producido una transmisión de activos patrimoniales, esto es un conjunto organizado de elementos que permita el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio, sin que pueda considerarse a la contrata ni a la concesión administrativa como unidad productiva autónoma a los efectos del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores , salvo entrega al concesionario o al contratista de la infraestructura u organización empresarial básica para la explotación; B) Que aunque no haya habido



transmisión de activos patrimoniales, el nuevo empresario entrante no sólo continúe con la actividad de que se trate, sino que también se haya hecho cargo de una parte esencial de los trabajadores del anterior empresario, siempre y cuando se trate de sectores cuya actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra; y C) Que aún no concurriendo transmisión de elementos patrimoniales o personales, la subrogación se encuentre expresamente prevista en el convenio colectivo aplicable o en el pliego de prescripciones de la contrata o concesión administrativa.

Pues bien, ninguna de las dos primeras notas concurre en el supuesto de autos, pues no existe transmisión de elementos patrimoniales, dado que, como hemos indicado anteriormente, la mera circunstancia de que el servicio prestado por el antiguo y el nuevo adjudicatario de una contrata sea similar no es suficiente para afirmar que existe transmisión de una entidad económica, sino que es necesario que se haya producido la entrega al nuevo concesionario o contratista de la infraestructura u organización empresarial básica para la explotación, lo que no consta haya ocurrido en el supuesto de autos. Tampoco ha habido transmisión de elementos personales, ya que no se ha acreditado que el nuevo contratista haya asumido a la mayoría de los trabajadores que venían trabajando en la contrata antes reseñada. Por tanto, debe examinarse si en el presente caso concurren o no la tercera nota antes reseñada, esto es si la subrogación se encontraba expresamente prevista en el convenio colectivo aplicable o en el pliego de prescripciones de la contrata o concesión administrativa. El artículo 46 del Convenio Colectivo de hostelería de la provincia de Málaga establece que con la finalidad de garantizar el principio de estabilidad en el empleo y la subrogación empresarial en las relaciones laborales del personal en los supuestos de sucesión de contratas, los trabajadores de la empresa cedente pasarán a adscribirse a la empresa cesionaria que vaya a realizar el servicio, respetando ésta los derechos y obligaciones económicas, sociales, sindicales y personales que se disfrutasen en la empresa cedente, siempre que, entre otros supuestos, se trate de trabajadores en activo que presten sus servicios en dicho centro de actividad con una antigüedad mínima de los cuatro últimos meses en el mismo, sea cual fuere la naturaleza o modalidad de su contrato de trabajo; debiendo computarse a estos efectos los períodos de vacaciones, incapacidad temporal u otros supuestos de suspensión del contrato por causa legal o paccionada.

Pues bien, del inalterado relato fáctico de la sentencia recurrida se desprende que ambos actores habían prestado servicios para la empresa Hemera Catering S.L. en la referida contrata de servicio de elaboración de comidas para personas atendidas en los centros de acogida municipal del Ayuntamiento de Málaga durante los cuatro meses anteriores al momento del cambio en la explotación del referido servicio, por lo que, de conformidad con el precepto convencional antes reseñado, debe producirse la subrogación entre la empresa cedente y la cesionaria respecto de los referidos trabajadores, por encontrarse ello expresamente previsto en el convenio colectivo aplicable. A mayor abundamiento, en el pliego de prescripciones de la contrata se indicaba expresamente que la empresa o entidad adjudicataria debería subrogar al personal que se encontraba prestando servicios a la fecha de la adjudicación de la contrata, según relación detallada que la empresa cedente debía entregar a la cesionaria, relación en la cual se encontraban incluidos los actores. Finalmente hemos de indicar que lo anterior no puede quedar desvirtuado por el hecho de que en algún momento puntual los demandantes hayan podido prestar servicios en actividades ajenas a las que son objeto de la contrata, pues no consta que ello se haya realizado con un mínimo de habitualidad ni permanencia, ni tampoco que haya tenido lugar en los cuatro meses anteriores al momento de la sucesión de contratas producida. En consecuencia, concurriendo los requisitos convencionalmente exigidos para que se produzca la subrogación empresarial, será la nueva empresa adjudicataria del servicio la que deberá responder de las consecuencias del cese de los actores. Habiéndolo entendido así la Magistrada de instancia, debe desestimarse el recurso de suplicación interpuesto y confirmarse la sentencia recurrida.

FALLAMOS

Que debemos **desestimar y desestimamos** el recurso de suplicación interpuesto por la representación de la empresa Clece S.A. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número seis de Málaga con fecha 23 de septiembre de 2014, en autos sobre despido seguidos a instancias de Doña Nicanor y Don Pelayo contra dicha empresa recurrente y Hemera Catering S.L., confirmando la sentencia recurrida y condenando a la empresa recurrente a la pérdida del depósito constituido para recurrir y al abono de las costas del recurso, incluidos los honorarios del letrado de la parte recurrida que lo impugnó en cuantía que no podrá superar los 1200, debiendo mantenerse el aval prestado hasta el total cumplimiento de la condena.

Notifíquese esta resolución a las partes y al Ministerio Fiscal advirtiéndoles que contra la misma cabe Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina ante la Sala 4ª del Tribunal Supremo, el que deberá prepararse en el plazo de los diez días siguientes a la notificación de este fallo, durante cuyo plazo se encontraran los autos a su disposición en esta Sede Judicial para su examen.



Adviértase a la parte demandada que en caso de recurrir habrá de efectuar las siguientes consignaciones:

- La suma de 600 en la cuenta de Depósitos y Consignaciones nº **2928-0000-66-0515-15** de esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en Málaga.
- La cantidad objeto de la condena, si no estuviera consignada con anterioridad en la c/c número 2928 del Banco Santander, a nombre de esta Sala de lo Social con el título cuenta de depósitos y consignaciones, al tiempo de prepararse el recurso, pudiendo sustituirse esta última consignación por aval bancario en el que se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista; o realizar transferencia a la cuenta ES55-0049-3569-92-0005001274, haciendo constar, en el campo reservado al beneficiario, el nombre de esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Málaga; y en el campo reservado al concepto, el número de cuenta 2928-0000-66-0515-15 .

Líbrese certificación de la presente sentencia para el rollo a archivar en este Tribunal incorporándose el original al correspondiente libro.

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ