



Roj: **STSJ AND 11835/2015 - ECLI:ES:TSJAND:2015:11835**

Id Cendoj: **29067340012015101582**

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

Sede: **Málaga**

Sección: **1**

Fecha: **22/10/2015**

Nº de Recurso: **1299/2015**

Nº de Resolución: **1583/2015**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **MANUEL MARTIN HERNANDEZ-CARRILLO**

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.: 2906744S20140007239

Negociado: **MA**

Recurso: Recursos de Suplicación 1299/2015

Juzgado origen: JUZGADO DE LO SOCIAL Nº4 DE MALAGA

Procedimiento origen: Despidos / Ceses en general 544/2014

Recurrente: CLECE S.A.

Representante: AGUSTIN POZUELO SERRANO

Recurrido: Camino , HEMERA CATERING S.L. y AYUNTAMIENTO DE MALAGA

Representante: RAFAEL POZO SANCHEZ, MANUEL NAVARRO MALDONADO y MARIA LUISA PERNIA PALLARES

Sentencia Nº 1583/2015

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 veintidós de octubre 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:

SENTENCIA

En el Recursos de Suplicación interpuesto por CLECE S.A. contra la sentencia dictada por JUZGADO DE LO SOCIAL Nº4 DE MALAGA, ha sido ponente el Ilmo./Ilma Sr. /Sra D. / MANUEL MARTIN HERNANDEZ CARRILLO.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por Camino sobre Despidos / Ceses en general siendo demandado CLECE S.A., HEMERA CATERING S.L. y AYUNTAMIENTO DE MALAGA habiéndose dictado



sentencia por el Juzgado de referencia en fecha 27/3/2015 . La parte dispositiva de dicha resolución expresa: "Que ESTIMANDO la excepción de falta de legitimación pasiva alegada por el Ayuntamiento de Málaga y ESTIMANDO PARCIALMENTE la demanda interpuesta por Dña. Camino contra Clece S.A., Hemera Catering S.L. y el Ayuntamiento de Málaga, SE ACUERDA:

1.- Declarar improcedente el despido practicado por Clece S.A.

2.- Condenar a Clece S.A. a que, a su opción, readmita a la trabajador en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido con abono de los salarios de tramitación a razón de cuarenta y seis euros con setenta y ocho céntimos de euro diarios (46,78 €) desde el 28 de abril de 2014 hasta la notificación de esta Sentencia; o al abono de una indemnización de once mil doscientos treinta y ocho euros con ochenta y nueve céntimos de euro (11238,89 €).

Dicha opción deberá ejercitarse por escrito o comparecencia ante la Secretaría de este Juzgado, dentro de los cinco días siguientes a la notificación de esta Sentencia, sin esperar a su firmeza, entendiéndose que opta por la readmisión en el caso de no verificarse aquella. En caso de optarse por la indemnización, se entenderá producida la extinción del contrato en la fecha del despido.

3.- Absolver al Ayuntamiento de Málaga y a Hemera Catering S.L. de las pretensiones ejercitadas en la demanda."

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

I.- Dña. Camino (DNI NUM000) prestaba servicios para Hemera Catering S.L. (CIF B93017994) desde el 27 de junio de 2008, con la categoría profesional de limpiadora y un salario diario bruto de 46,78 euros, incluida parte proporcional de pagas extraordinarias. Dicha relación laboral se formalizó mediante un contrato de duración determinada para obra o servicio determinado a tiempo completo que devino en indefinido (documento n.º 10 del ramo de prueba de Clece S.A.).

II.- Hemera Catering S.L. suscribió contrato administrativo con el Ayuntamiento de Málaga el 22 de noviembre de 2011, prorrogado el 12 de abril de 2013, en virtud del cual aquélla se comprometía a ejecutar el servicio de comida a domicilio destinado a usuarios de los servicios sociales municipales de la ciudad de Málaga con sujeción a lo establecido en el pliego de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas -expediente 59/11- (documento n.º 3 del ramo de prueba del Ayuntamiento, cuyo contenido se da por reproducido).

III.- El 12 de noviembre de 2013 Eurest Colectividades S.L. interpuso recurso especial en materia de contratación contra los pliegos de condiciones Económico-Administrativa u de Condiciones Técnicas y Económicas para la contratación del servicio de comida a domicilio destinado a usuarios de los servicios sociales municipales de la ciudad de Málaga. De dicho recurso se dio traslado para alegaciones a Clece S.A. el 18 de noviembre de 2013. (documento n.º 2 del ramo de prueba de Clece S.A.)

IV.- El 27 de marzo de 2014 el Ayuntamiento de Málaga adjudicó a Clece S.A. (CIF A80364243) la contratación del servicio de comida a domicilio destinado a usuarios de los servicios sociales municipales de la ciudad de Málaga (documento n.º 4 del ramo de prueba de Hemera Catering S.L.)

V.- El 25 de abril de 2014 el Ayuntamiento de Málaga y Clece S.A. firmaron contrato administrativo en virtud del cual Clece S.A. resultaba adjudicataria del servicio de comida a domicilio destinado a usuarios de los servicios sociales municipales de la ciudad de Málaga con sujeción a lo establecido en el pliego de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas - expediente 112/13- (documento n.º 2 del ramo de prueba del Ayuntamiento, cuyo contenido se da por reproducido). La cláusula cuarta del pliego de condiciones técnicas y económicas en su apartado p) recoge que "La empresa o entidad adjudicataria deberá subrogar al personal que se encuentra prestando el servicio a 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 número 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 artículo 120 TRLCSP".

VI.- La actora está incluida en la relación detallada adjuntada al pliego de condiciones técnicas y económicas del expediente 112/13 en los siguientes términos: iniciales del trabajador: MDJP; categoría profesional: limpiadora; convenio colectivo aplicable: hostelería; N.º horas semanales: 40 h; antigüedad en el contrato: 27/06/2008.

VII.- El 9 de abril de 2014 D. Andrés Alarcón García, en representación de la empresa Clece S.A., recibió de Hemera Catering S.L. la documentación relacionada en el documento n.º 7 del ramo de prueba de Hemera Catering S.L.



VIII.- El 10 de abril de 2014 Clece S.A. dirigió comunicación a Hemera Catering S.L. que contenía unas observaciones sobre la documentación requerida a ésta debido a la adjudicación del servicio de comida a domicilio (documento n.º5 del ramo de prueba de Clece S.A.), contestando Hemera Catering S.L. en los términos obrantes en el documento n.º 6 del ramo de prueba de Clece S.A.

IX.- El 28 de abril de 2014 Hemera Catering S.L. comunicó a Doña. Camino que en dicha fecha causaba baja laboral en la empresa como consecuencia de la nueva concesión administrativa otorgada a la empresa Clece S.A. y que le asiste el derecho a ser subrogada por la nueva empresa en la relación laboral que mantenía con Hemera Catering S.L. entregando a la trabajadora el finiquito correspondiente finiquito en el que se recoge como motivo de la baja: subrogación. (documentos n.º 1 y 2 del ramo de prueba de Hemera Catering S.L.). El finiquito fue firmado por la trabajadora.

X.- El 28 de 2014 Dña. Camino envió fax a Clece S.A. en el cual expresaba que se le había informado del derecho a ser subrogada por esta empresa, comunicaba a Clece S.A. que ejercía dicho derecho y que estaba a la espera de su llamada para incorporarse a su puesto de trabajo (documento n.º 2 del ramo de prueba de la parte actora).

XI.- El 28 de abril de 2014 Clece S.A. se negó a subrogar a los trabajadores entre los que se incluye la actora (documento n.º 7 del ramo de prueba de Clece S.A.).

XII.- El 2 de mayo de 2014 Hemera Catering S.L. dirigió a Clece S.A. el escrito obrante en el documento n.º 8 del ramo de prueba de Clece S.A. y el correo electrónico contenido en el documento n.º 9 del ramo de prueba de Clece S.A.

XIII.- La actora desarrollaba su trabajo en el centro de trabajo "Cocina Central Cuernavaca", desarrollando principalmente labores de limpieza en la cocina y puntualmente en otras dependencias del centro de trabajo como aseo u oficinas (documentos n.º 18, 19 y 20 del ramo de prueba de la parte actora y testifical de Dña. Estibaliz).

XIV.- El 5 de octubre de 2012 Hemera Catering S.L. sancionó a la trabajadora por los motivos que constan en los documento n.º 10 y 11 del ramo de prueba de la parte actora) y el 21 de noviembre de 2012 aquélla fue sancionada nuevamente por los hechos recogidos en los documentos n.º 12 y 13 del ramo de prueba de la parte actora, cuyo contenido se da por reproducido.

XV.- La trabajadora ostentaba en la fecha del despido ni en el año anterior la condición de delegada de personal, miembro del comité de empresa o delegada sindical.

XVI.- El 21 de abril 2014 la trabajadora presentó la papeleta de conciliación y el 8 de mayo de 2014 se celebró sin avenencia el acto de conciliación ante el Centro de Mediación, Arbitraje y Conciliación respecto de Clece S.A., no compareciendo Hemera Catering S.L. ni el Ayuntamiento de Málaga.

XVII.- El 4 de junio de 2014 se interpuso la demanda que ha dado origen a este procedimiento.

TERCERO.- Que contra dicha sentencia anunció Recurso de Suplicación la parte demandada, recurso que formalizó siendo impugnado de contrario. Recibidos los autos en este Tribunal 30/07/2015 se proveyó el pase de los mismos a ponente para su examen y resolución.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO . La sentencia de instancia estima la demanda sobre despido promovida por la actora y declara la improcedencia del mismo, condenando a la empresa codemandada Clece S.A. a optar entre la readmisión de la trabajadora con abono de los correspondientes salarios de tramitación o el pago a los mismos de una indemnización cifrada en la cantidad de 11.238,89; 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 así como de determinada fundamentación jurídica de la sentencia recurrida.

Deben desestimarse las modificaciones solicitadas pues la redacción alternativa que se propone 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.

Los hechos probados, por lo expuesto, quedan firmes e inalterados.



SEGUNDO . Queal 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 contratadas, por lo que las consecuencias del despido de la actora 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 la actora, quien venía 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.

Pues bien, dicho interrogante ya ha sido abordado y resuelto por esta Sala de lo Social respecto de terceros compañeros de la hoy demandante en idéntica situación que la que ahora se analiza (sentencia de 14.5.15, Recurso de Suplicación 515/15) por lo que, por elementales razones de coherencia y seguridad jurídica, los razonamientos de dicha resolución se reiteran en la presente al no existir dato alguno que aconseje variar la respuesta judicial ya dada. En la citada sentencia se razona que: Reiterada doctrina jurisprudencial en unificación de doctrina ha venido declarando que en los supuestos de sucesión de contratadas 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 contratadas 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 contratadas 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 la actora 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 la trabajadora demandante, 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 encontraba incluida la actora. Finalmente hemos de indicar que lo anterior no puede quedar desvirtuado por el hecho de que en algún momento puntual la demandante haya 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 la actora. 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 4 de Málaga con fecha 23 de marzo de 2.015, en autos sobre despido seguidos a instancias de Doña Camino contra dicha empresa recurrente, Hemera Catering S.L. y el Ayuntamiento de Málaga, 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 1.200 €, 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 en el Banco Santander con el número 2928 0000 66 129915; bien, mediante transferencia a la cuenta número ES5500493569920005001274 (en el caso de ingresos por transferencia en formato electrónico); o a la cuenta número ES55 0049 3569 9200 0500 1274 (para ingresos por transferencia en formato papel). En tales casos, habrá de hacer 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 129915.

- 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.

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