



Roj: **STSJ M 13654/2015 - ECLI:ES:TSJM:2015:13654**

Id Cendoj: **28079340042015100811**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **13/11/2015**

Nº de Recurso: **400/2015**

Nº de Resolución: **813/2015**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **MARIA DEL ROSARIO GARCIA ALVAREZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 04 de lo Social

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 , Planta 3 - 28010

Teléfono: 914931953

Fax: 914931959

34001360

NIG : 28.079.00.4-2014/0033625

Procedimiento Recurso de Suplicación 400/2015

ORIGEN:

Juzgado de lo Social nº 06 de Madrid Despidos / Ceses en general 759/2014

Materia : Despido

Sentencia número: 813/15

Ilmas. Sras

Dña. MARÍA LUZ GARCÍA PAREDES

Dña. ROSARIO GARCÍA ÁLVAREZ

Dña. MARÍA DEL CARMEN PRIETO FERNÁNDEZ

En Madrid a trece de noviembre de dos mil quince, habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección 4 de la Sala de lo Social de este Tribunal Superior de Justicia, compuesta por los Ilmos. Sres. citados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española ,

EN NOMBRE 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 de Suplicación 400/2015, formalizado por el procurador D. José Luis Torrijos León en nombre y representación de CREZCA SERVICIOS AUXILIARES SL, contra la sentencia de fecha cuatro de febrero de dos mil quince, dictada por el Juzgado de lo Social nº 06 de Madrid en sus autos número Despidos / Ceses en general 759/2014, seguidos a instancia de Dña. Rosario , Dña. Marí Trini , Dña. Angustia y Dña. Coral frente a CONSORCIO DE SERVICIOS SA y CREZCA SERVICIOS AUXILIARES SL, en reclamación por Despido, siendo Magistrado-Ponente la Ilma. Sra. Dña. ROSARIO GARCÍA ÁLVAREZ, y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Según consta en los autos, se presentó demanda por la citada parte actora contra la mencionada parte demandada, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, tras los pertinentes actos procesales de tramitación y previa celebración de los oportunos actos de juicio oral, en el que quedaron definitivamente configuradas las respectivas posiciones de las partes, dictó la sentencia referenciada anteriormente.

SEGUNDO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos en calidad de expresamente declarados probados:

"PRIMERO.- Las demandantes que a continuación se relacionan, vinieron prestando servicios por cuenta y orden de la empresa CONSORCIO DE SERVICIOS, S.A., dedicada a la prestación de servicios integrales a edificios e instalaciones, en la sede de Madrid de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV), con las antigüedades, categorías profesionales y salarios brutos mensuales con inclusión de parte proporcional de pagas extras (excluido Plus Transporte y Plus Vestuario), siguientes:

D^a Coral : 20/11/2008; Auxiliar de Servicios/Mantenimiento; 786,73 €.

D^a Angustia : 01/04/2008; Recepcionista Telefonista; 855,66 €.

D^a Marí Trini : 01/04/2008; Recepcionista Telefonista; 786,73 €.

Rosario : 01/04/2008; Recepcionista Telefonista; 786,73 €.

Las relaciones laborales de las actoras eran de carácter indefinido.

El Convenio Colectivo por el que se regían las partes era el de la empresa CONSORCIO DE SERVICIOS, S.A., aprobado por Resolución de la DG de Trabajo del Ministerio de Trabajo, de fecha 28/10/2005 (BOE de 23/11/2005).

El Convenio Colectivo sectorial aplicable es el de Oficinas y Despachos de Madrid.

SEGUNDO.- El 09/05/2014, la Presidenta de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV), dictó Resolución, por la que adjudicaba el contrato administrativo del servicio de recepción y atención telefónica del que hasta entonces era adjudicataria CONSORCIO DE SERVICIOS, S.A., a la empresa CREZCA SERVICIOS AUXILIARES, S.L.

(Doc. nº 2 de CONSORCIO DE SERVICIOS, S.A.)

El 02/06/2014 se formalizó el referido contrato entre la CNMV y CREZCA SERVICIOS AUXILIARES.

(Doc. nº 2 de CREZCA)

En los pliegos de Prescripciones Técnicas y de Cláusulas Administrativas Particulares de la contratación, no se incluyó la obligación de la nueva adjudicataria de subrogarse en el personal de la anterior.

En el punto 4.7.1 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares se hizo constar: "Corresponde exclusivamente a la empresa contratista la selección del personal que, reuniendo los requisitos de titulación y experiencia exigidos en los pliegos, formará parte del equipo de trabajo adscrito a la ejecución del contrato, sin perjuicio de la verificación por parte de la CNMV del cumplimiento de aquellos requisitos".

(Docs. nº 3 y 4 de CREZCA)

TERCERO.- El 22/05/2014, CONSORCIO DE SERVICIOS, S.A., remitió fax a CREZCA SERVICIOS AUXILIARES, S.L., comunicándole que le había sido comunicado que a partir del 30/05/2014 ellos serían los adjudicatarios del contrato del servicio de recepción y atención telefónica de la CNMV en sus sedes de Madrid y Barcelona, por lo que de conformidad con lo dispuesto en el art. 44 del ET, le manifestaba su decisión de subrogarles al personal que venía prestando servicios para ella en dicho cliente, por entender que se trataba de una sucesión empresarial.

En dicho escrito se hicieron constar los nombres, apellidos, antigüedad, tipo de contrato, de los 8 trabajadores que prestaban servicios en la sede de la CNMV en Madrid.

(Doc. nº 5 de CREZCA)

CUARTO.- CREZCA contestó la anterior comunicación el 26/05/2014, indicando que entendía que no era de aplicación el art. 44 del ET.

(Doc. nº 6 de CREZCA)

QUINTO.- CONSORCIO DE SERVICIOS, S.A. remitió a CREZCA SERVICIOS AUXILIARES, S.L., la documentación relativa a cada trabajador.



(Docs. nº 7 a 10 de CREZCA)

SEXTO.- Mediante carta de fecha 26/05/2014, CONSORCIO DE SERVICIOS, S.A. notificó a las actoras lo siguiente:

"Muy Sr. (a) Nuestro (a):

Por la presente ponemos en su conocimiento que a partir del próximo día 30 de mayo de 2014, queda resuelto el contrato de arrendamiento de servicios de recepción y atención telefónica que CONSORCIO DE SERVICIOS S.A., tenía celebrado con la COMISIÓN NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES (CNVM), servicio al que está Usted adscrita y que ha sido adjudicado a la Empresa CREZCA SERVICIOS AUXILIARES S.L., sita en la calle Bravo Murillo nº 377 - 2º B de Madrid, de conformidad con el expediente de contratación 09/14.

Por tal causa y de conformidad con cuando dispone el Art. 44ª del Estatuto de los Trabajadores, el contrato de trabajo que tenemos celebrado con usted queda automáticamente resuelto a partir de aquella fecha, quedando subrogada a la nueva Empresa adjudicataria, conservando cuantos derechos y obligaciones laborales mantenía con esta Empresa, al entender que se ha producido una sucesión de contratas.

Debe usted firmar el "recibí" de esta carta, agradeciéndole los servicios prestados durante su permanencia en esta Empresa."

SÉPTIMO.- El lunes, día 02/06/2014, CREZCA SERVICIOS AUXILIARES, S.L. no permitió a las actoras que accedieran a sus puestos de trabajo.

OCTAVO.- Las otras cuatro trabajadoras que habían venido prestando servicios en la sede de la CNMV de Madrid por cuenta y orden de CONSORCIO DE SERVICIOS, S.A., se apuntaron a la oferta de empleo de CREZCA SERVICIOS AUXILIARES, S.L. a través de Infojobs el 19/05/2014, y fueron contratadas por dicha empresa mediante contratos para obra o servicio determinado, para continuar prestando servicios en la sede de la CNMV a partir del 02/06/2014, no habiéndoles reconocido la antigüedad que tenían en la empresa saliente.

NOVENO.- Las demandantes no ostentaron en ningún momento la condición de representantes legales o sindicales de los trabajadores de la empresa demandada.

DÉCIMO.- La papeleta de conciliación se presentó en el SMAC el 16/06/14, habiéndose tenido por intentado dicho acto sin avenencia respecto de CREZCA SERVICIOS AUXILIARES, S.L., y sin efecto respecto de CONSORCIO DE SERVICIOS, S.A., al no haber comparecido a dicho acto a pesar de constar debidamente citada."

TERCERO : En dicha sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: "
I.- Que estimando en parte la demanda interpuesta por las trabajadoras que más adelante se relacionan, contra CONSORCIO DE SERVICIOS, S.A. y contra CREZCA SERVICIOS AUXILIARES, S.L., debo declarar y declaro IMPROCEDENTE el despido de las actoras que llevó a cabo CREZCA SERVICIOS AUXILIARES, S.L. con efectos de 02/06/2014, condenando a dicha empresa a optar por escrito en el plazo de CINCO DÍAS HÁBILES desde la notificación de la sentencia, entre la readmisión de las trabajadoras o el abono de las indemnizaciones que seguidamente se indican.

En caso de que se optara por el abono de las indemnizaciones dentro del referido plazo, ello determinará la extinción de los contratos de trabajo, que se entenderá producida en la fecha del cese efectivo en el trabajo.

En caso de que se opte por la readmisión, las actoras tendrán derecho a los salarios de tramitación. Estos equivaldrán a una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de esta sentencia, a razón del salario/día con inclusión de parte proporcional de pagas extras que más adelante se indica, o hasta que hubieran encontrado aquellas otro empleo si tal colocación fuera anterior a dicha sentencia y se probase por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación.

Se advierte a la empresa CREZCA SERVICIOS AUXILIARES, S.L. que si no ejercitara por escrito la opción en el plazo indicado, se entenderá que procede la readmisión (art. 56.3 ET).

INDEMNIZACIÓN SALARIO/DÍA

A Dª Coral : 5.740,27 € 25,86 €

A Dª Angustia : 6.053,24 € 28,13 €

A Dª Marí Trini : 6.484,07 € 25,86 €

A Dª Rosario : 6.484,07 € 25,86 €

II.- Que debo absolver y absuelvo a CONSORCIO DE SERVICIOS, S.A. , de las pretensiones deducidas en su contra."

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte CREZCA SERVICIOS AUXILIARES SL, formalizándolo posteriormente; tal recurso fue objeto de impugnación por las contrapartes.



QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta Sección en fecha 14/05/2015, dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación en forma.

SEXTO: Nombrado Magistrado-Ponente, se dispuso el pase de los autos al mismo para su conocimiento y estudio, señalándose el día 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 : 1.- La sentencia de instancia es objeto de un único motivo de recurso formulado al amparo del apartado b) del art. 193 de la LJS. La infracción que en él se denuncia se centra en el artículo 44 del ET , la Directiva 77/1987 CEE, modificada por la Directiva 50/1998 CEE y refundida en la Directiva 23/2001. También se citan las siguientes sentencias : TSJCE de 25 de enero de 2001 , TS 3 de octubre de 1998 , 15 de abril de 1999 , 25 de febrero de 2002 , 19 de junio de 2002 , 12 de diciembre de 2002 , 11 de marzo de 2003 , 23 de noviembre de 2004 , entre otras que va enumerando a lo largo de su escrito.

2.- La línea argumental de la empresa recurrente se centra en los siguientes puntos: 1) no existe una sucesión de empresa porque no se ha hecho cargo de una parte esencial de la plantilla, en términos de número y competencia; 2) solo ha asumido al 50% de la plantilla y no directamente, sino tras realizar el correspondiente proceso selectivo y atendiendo al cv de las trabajadoras que con fecha de 19 de mayo de 2014 se apuntaron a la oferta de empleo que la recurrente tenía en la web Infojobs; 3) de aceptarse el criterio de la sentencia de instancia se impediría que una empresa contratista entrante en la nueva contrata pudiera seleccionar a algunos de los trabajadores de la saliente que voluntariamente se presentan a la oferta de empleo de la entrante.

SEGUNDO : 1.- Como se ha encargado de señalar nuestro Tribunal Supremo (por todas STS 12 de marzo de 2015 reproduciendo doctrina anterior y la que se cita en la sentencia ahora recurrida), no pueden confundirse los conceptos de "contrata" y de "transmisión de empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma" pues se trata de contratos de naturaleza y contenido diferentes. La diferencia deriva, entre otros aspectos, de que la contrata no requiere la transmisión de elementos patrimoniales necesarios para configurar una estructura empresarial porque el contratista dispone de organización empresarial.

2.- La sucesión de contrata no está contemplada en el art. 44 del ET porque no existe transmisión de activos patrimoniales necesarios para la explotación contratada. Por el contrario, hay subrogación del art. 44 cuando se transmite una organización empresarial manifestada en la "sucesión de plantillas", en los que la actividad descansa esencialmente en el denominado "factor humano" (organización y dirección de la actividad del personal cualificado que se emplea en la ejecución del servicio contratado en la ejecución de la contrata). En tal supuesto es cuando se produce el fenómeno de la sucesión de empresa en su modalidad de sucesión de plantilla lo que obliga al nuevo contratista a subrogarse en los contratos laborales del anterior por imperativo legal (art. 44 ET).

3.- Para que esta sucesión se produzca no es necesario que exista una vinculación directa entre cedente y cesionario, pues la vinculación o el trato directo entre las empresas tiene un mero valor indiciario de la existencia de sucesión de empresa. Por ello puede producirse la cesión o transmisión de empresas o unidades productivas a través o por mediación de un tercero propietario, arrendador o dueño de la obra.

4.- Finalmente, hay que estar al caso concreto para determinar si en el supuesto específico concurren los requisitos necesarios para la transmisión de una empresa. De esta forma:

- 1) han de tomarse en consideración todas las circunstancias de hecho características de la operación de que se trate;
- 2) el tipo de empresa o centro de actividad de que se trate;
- 3) el que se hayan transmitido o no elementos materiales;
- 4) el valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión;
- 5) el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores;
- 6) el que se haya transmitido o no la clientela;
- 7) el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión y;
- 8) la duración de una eventual suspensión de dichas actividades



TERCERO : 1.- La aplicación de la anterior doctrina al supuesto planteado nos lleva a estimar el recurso formulado.

2.- Ello es así por las específicas circunstancias que concurren en el caso de autos y, en concreto, por la forma y número en que la empresa entrante ha procedido a la contratación del 50% de la plantilla. Así y en primer lugar, no puede hablarse de una "mayoría" de trabajadores sino exactamente de la mitad. En segundo término, comprobamos que son las propias trabajadoras que conforman este 50% las que por su propia iniciativa se apuntan a la oferta de empleo de la entrante en Infojobs el 19 de mayo (hecho probado octavo), antes pues del 22 de mayo cuando la saliente comunica a la entrante que considera de aplicación el art. 44 ET (hecho probado tercero) y antes de la negativa de 26 de mayo de la entrante oponiéndose a la subrogación (hecho probado cuarto) y antes de la carta de 26 de mayo de la saliente dirigida a las trabajadoras (hecho probado sexto) comunicándolas su cese y el pase a la entrante.

3.- En estas condiciones y ante estas circunstancias la Sala considera que no puede hablarse propiamente de un acto de transmisión ni de la transmisión del factor humano decisivo a efectos de la subrogación. Ciertamente se ha asumido el 50% de la plantilla, pero este 50% se ha conformado directamente por las trabajadoras que individualmente decidieron por motivos que solo a ellas compete apuntarse en la oferta de empleo en Infojobs, antes incluso de cualquier decisión empresarial al respecto.

4.- Este porcentaje de trabajadores así conformado puede ser de índole variada y con experiencia diversa y por tanto a los efectos que ahora analizamos, estimamos que constituye un grupo heterogéneo azarosamente conformado que no responde al concepto de factor humano entendido como una entidad económica que mantiene su identidad, esto es, como un conjunto de trabajadores organizados a fin de llevar a cabo la actividad económica, esencial o accesoria (art. 1.1.b) Directiva 2001/23/CE) que va a llevar a cabo la empresa entrante.

5.- Esta es la razón por la que, en este específico supuesto y atendiendo a las circunstancias del caso y del hecho concreto, consideramos que no se ha producido una transmisión de empresa sino una sucesión de contratistas. La lógica consecuencia es que es la saliente y no la empresa entrante, ahora recurrente, la que debe responder de las consecuencias derivadas de la extinción de las relaciones laborales establecidas en la sentencia de instancia que se revoca parcialmente en este extremo, previa estimación del recurso empresarial.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Estimando el recurso formulado por CREZCA SERVICIOS AUXILIARES S.L. contra la sentencia nº 45/2015 de fecha 4 de febrero de 2015 dictada por el Juzgado de lo Social nº 6 de Madrid en autos 759/14, aclarada por auto de 16 de febrero de 2015, debemos revocar y revocamos parcialmente la citada resolución y confirmando la declaración de improcedencia que en la misma se contiene, condenamos a la empresa CONSORCIO DE SERVICIOS S.A. estar y pasar por dicha declaración y por las consecuencias establecidas en la sentencia de instancia, absolviendo a CREZCA SERVICIOS AUXILIARES S.L. de los pedimentos en su contra formulados. Sin costas y con devolución del depósito efectuado para recurrir, dándose a la consignación el destino legal.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta Sección de Sala.

Expídanse certificaciones de esta sentencia para su unión a la pieza separada o rollo de suplicación, que se archivará en este Tribunal, y a los autos principales.

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal Superior de Justicia.

MODO DE IMPUGNACIÓN : Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación para la unificación de doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de DIEZ DÍAS hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia. Siendo requisito necesario que en dicho plazo se nombre al letrado que ha de interponerlo. Igualmente será requisito necesario que el recurrente que no tenga la condición de trabajador, causahabiente suyo o beneficiario del Régimen Público de la Seguridad Social o no gozare del derecho de asistencia jurídica gratuita, acredite ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso haber depositado 600 euros, conforme al artículo 229 de la LRJS , y consignado el importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente en la cuenta corriente nº 2829-0000-00-0400-15 que esta sección tiene abierta en BANCO SANTANDER sita en Pº del General Martínez Campos, 35, 28010 Madrid o bien por transferencia desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de Banco Santander. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes:

1. Emitir la transferencia a la cuenta bancaria IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274



2. En el campo *ORDENANTE* , se indicará como mínimo el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y si es posible, el NIF /CIF de la misma.
3. En el campo *BENEFICIARIO* , se identificará al Juzgado o Tribunal que ordena el ingreso.
4. En el campo " *OBSERVACIONES O CONCEPTO DE LA TRANSFERENCIA* ", se consignarán los 16 dígitos que corresponden al Procedimiento (2829000000 040015) , pudiendo en su caso sustituir la consignación de la condena en metálico por el aseguramiento de la misma mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito (art.230.1 L.R.J.S).

Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social y una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvase los autos originales al Juzgado de lo Social de su procedencia, dejando de ello debida nota en los Libros de esta Sección de Sala.

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