



Roj: **STSJ M 14649/2015 - ECLI:ES:TSJM:2015:14649**

Id Cendoj: **28079340052015100907**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **5**

Fecha: **07/12/2015**

Nº de Recurso: **557/2015**

Nº de Resolución: **879/2015**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **MARIA BEGOÑA HERNANI FERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Recurso nº 557/15-LO

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 05 de lo Social

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 , Planta 2 - 28010

Teléfono: 914931935

Fax: 914931960

34002650

NIG : 28.079.00.4-2012/0015348

Procedimiento Recurso de Suplicación 557/2015

ORIGEN:

Juzgado de lo Social nº 13 de Madrid Despidos / Ceses en general 1124/2012

Materia : Despido

Sentencia número: 879

Ilmos. Sres

D./Dña. MARIA BEGOÑA HERNANI FERNANDEZ

D./Dña. MARIA AURORA DE LA CUEVA ALEU

D./Dña. ALICIA CATALA PELLON

En Madrid a siete de diciembre de dos mil quince habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección 5 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 557/2015, formalizado por el/la LETRADO D./Dña. RAFAEL CASTRILLO MARTINEZ en nombre y representación de EDIFICIOS Y LOCALES, S.A., contra la sentencia de fecha 25 de febrero de 2015 dictada por el Juzgado de lo Social nº 13 de Madrid en sus autos número 1124/2012, seguidos a instancia de D./Dña. Remedios y D./Dña. Adoracion y D./Dña. Felisa frente a D./Dña. Natividad , D./Dña. Marí Trini , D./Dña. Celestina , D./Dña. Pilar , D./Dña. Adelina y D./Dña. Edurne , EDIFICIOS Y LOCALES,



S.A. y SPAIN SELECT PROPERTY MANAGEMENT S.L., en reclamación por Despido, siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo./Ilma. Sr./Sra. D./Dña. MARIA BEGOÑA HERNANI FERNANDEZ, 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 actoras han venido prestando servicios por cuenta de la empresa EDIFICIOS Y LOCALES, S.A. (en adelante ELOSA) con la categoría profesional de limpiadora, con un salario diario de 43,30 € D^a Felisa y de 41,62 € D^a Adoracion y D^a Remedios , con inclusión de prorrata pagas extraordinarias y con la antigüedad que respectivamente se indica:

- Felisa : 02/11/2007
- Remedios : 11/10/2006
- Adoracion : 20/02/2007

SEGUNDO.- La prestación de servicios para ELOSA se inició el 26/04/2011, fecha en la que fueron alta en esta empresa.

A tal efecto, ELOSA se subrogó en la relación laboral que las actoras venían manteniendo con la codemandada SPAIN SELECT PROPERTY MANAGEMENT SERVICES SL, y suscribió el 26/04/2011 sendos acuerdos con cada una de ellas en los que se pactaron unas cláusulas de contenido análogo en los tres casos. En el caso de Felisa se estipularon los siguiente pactos en ese acuerdo:

"PRIMERO.- Que con fecha 25 de abril de 2011, Dña. Felisa dejará de prestar servicios en SPAIN SELECT PROPERTY MANAGEMENT SERVICES SL, pasando a incorporarse a partir del día 26 de abril de 2011, a la plantilla de EDIFICIOS Y LOCALES, S.A. (ELOSA).

SEGUNDO.- Que EDIFICIOS Y LOCALES, S.A. (ELOSA), asume a todos los efectos su antigüedad laboral, categoría, salario y demás derechos laborales que tiene reconocida dicho trabajador en SPAIN SELECT PROPERTY MANAGEMENT SERVICES, SL

TERCERO.- Que Dña. Felisa , el mismo consiente expresamente en que se lleve a cabo la incorporación a la empresa EDIFICIOS Y LOCALES, S.A. (ELOSA), en las referidas condiciones, asumiendo en consecuencia a todos los efectos dicha empresa su antigüedad laboral, categoría, salario y demás derechos laborales que tiene reconocidos hasta la fecha en SPAIN SELECT PROPERTY MANAGEMENT SERVICES, SL."

En el caso de las otras dos actoras se pactaron cláusulas de contenido análogo al anterior acuerdo; sus acuerdos obran en autos y por ello su tenor se tiene aquí por reproducido.

Asimismo, por carta de fecha 25/04/2011 SPAIN SELECT PROPERTY MANAGEMENT SERVICES SL comunicó a las actoras lo siguiente:

"Por medio de la presente, le comunicamos que con fecha 25 de abril de 2011, dejará Ud. de prestar servicios en SPAIN SELECT PROPERTY MANAGEMENT SERVICES SL, pasando a incorporarse a partir del día 26 de abril de 2011, a la plantilla de EDIFICIOS Y LOCALES, S.A. (ELOSA).

Igualmente, le comunicamos que EDIFICIOS Y LOCALES, S.A. (ELOSA), asume a todos los efectos su antigüedad laboral, categoría, salario y demás derechos laborales que tiene reconocida en su actual empresa, a partir del día 26 de abril, sin efectos retroactivos, quedando ELOSA libre de toda responsabilidad por las posibles cargas o deberes anteriores a la fecha del presente documento.

En consecuencia, se procederá a darle de baja en la seguridad social en SPAIN SELECT PROPERTY MANAGEMENT SERVICES SL., con fecha 25 de abril de 2011, y darle de alta en EDIFICIOS Y LOCALES, S.A. (ELOSA), en la cual no nos cabe dudas, desempeñará su labor con el mismo grado de responsabilidad y profesionalidad que ha demostrado a lo largo de su relación laboral."



TERCERO.- Con anterioridad las actoras habían celebrado el 04/02/2011 sendos contratos de trabajo con la empresa SPAIN SELECT PROPERTY MANAGEMENT SERVICES SL para prestar servicios como limpiadoras. En estos contratos se estipuló en sus cláusulas adicionales que se les reconocía la antigüedad antes indicada "a todos los efectos".

CUARTO.- No obstante lo anterior, también en un principio las actoras habían venido prestando servicios para SPAIN SELECT PROPERTY MANAGEMENT SERVICES SL con la indicada antigüedad hasta el 18/07/2010, fecha en la que causaron baja en ella para pasar a prestar servicios a partir del 19/07/2010 para la compañía TAURO S.G. MADRID SL, que se subrogó en sus relaciones laborales; ésta acordó con ellas por escrito que "asume a todos los efectos su antigüedad laboral, categoría, salario y demás derechos laborales que tiene reconocida dicho trabajador en SPAIN SELECT PROPERTY MANAGEMENT SERVICES SL"

Asimismo, por carta de fecha 18/07/2010 SPAIN SELECT PROPERTY MANAGEMENT SERVICES SL comunicó a las actoras lo siguiente:

"Por medio de la presente, le comunicamos que con fecha 18 de julio de 2010, dejará Ud. de prestar servicios en SPAIN SELECT PROPERTY MANAGEMENT SERVICES SL, pasando a incorporarse a partir del día 19 de julio de 2010, a la plantilla de TAURO S.G. MADRID SL.

Igualmente, te comunicamos que TAURO S.G. MADRID SL, asume a todos los efectos su antigüedad laboral, categoría, salario y demás derechos laborales que tiene reconocida en su actual empresa.

En consecuencia, se procederá a darle de baja en la seguridad social en SPAIN SELECT PROPERTY MANAGEMENT SERVICES SL., con fecha 18 de julio de 2010, y darle de alta en TAURO S.G. MADRID, SL, en la cual no nos cabe dudas, desempeñará su labor con el mismo grado de responsabilidad y profesionalidad que ha demostrado a lo largo de su relación laboral."

A fecha 18/07/2010 SPAIN SELECT PROPERTY MANAGEMENT SERVICES SL liquidó a las actoras, que firmaron el correspondiente recibo de liquidación, saldo y finiquito.

QUINTO.- El 27/04/11 las codemandadas SPAIN SELECT PROPERTY MANAGEMENT SERVICES SL y ELOSA celebraron un "contrato de prestación de servicios de limpieza" en el que manifestaron lo siguiente:

"PRIMERO: Que ELOSA se dedica entre otras actividades a la limpieza, estando facultada para ello por la declaración de alta en el Impuesto de Actividades Económicas y en su epígrafe correspondiente, constituyendo esta actividad un aspecto importante de sus negocios mercantiles.

SEGUNDO: Que SPAIN SELECT necesita de la prestación de dicho servicio para los pisos y apartamentos que gestiona y a tal fin acuerda con ELOSA la realización del contrato de servicios con sujeción a las siguientes estipulaciones:"

Además pactaron las siguientes estipulaciones:

"PRIMERA: El presente contrato tendrá por objeto la realización de los servicios de limpieza, suministro y entrega de material textil, control de inventario y menaje (ver Anexo V) revisión de mobiliario (ver Anexo IV), reposición de bombillas, entrega kit de limpieza cocina y baño, notificación de incidencias y supervisión general de los servicios según las especificaciones del Anexo 1. Las actividades que, se detallan aquí tienen que considerarse meramente enunciativas, pudiendo existir variación en las mismas según sea la organización del trabajo determinado por ELOSA en cada momento, siempre y cuando no suponga menoscabo en el servicio prestado.

CUARTA: Todo el personal que haya de efectuar los trabajos mencionados, pertenecerán a la plantilla de ELOSA, que a todos los efectos asume con respecto a los mismos el carácter legal de empresario con todos los derechos y obligaciones inherentes a su condición, con arreglo a la legislación laboral y social vigente.

Para el comienzo de dicho servicio, ELOSA se compromete a subrogar a cuatro personas contratadas ya por SPAIN SELECT para dicho servicio conservando todos sus derechos y condiciones económicas que hasta la fecha mantenían con SPAIN SELECT. De cualquier forma, se pactará un periodo de prueba de cuatro meses entre ELOSA y SPAIN SELECT para que en caso de desavenencia, la situación lega/laboral de estas cuatro personas se retrotraigan a las condiciones previas a esta subrogación.

QUINTA: Todo el personal que se emplea para realizar el servicio contratado estará debidamente uniformado con el anagrama de SPAIN SELECT y ELOSA. El coste de dicho uniforme correrá por, cuenta y cargo de ELOSA. Asimismo se hace especial mención a la necesidad de que la furgoneta de reparto que utilice el personal de ELOSA vaya rotulada según las indicaciones de SPAIN SELECT. El coste de la rotulación correrá por cuenta y cargo de SPAIN SELECT.

SEXTA: Todos los materiales y útiles de Limpieza necesarios para la realización de la limpieza serán por cuenta y cargo de ELOSA. Por el contrario la maquinaria domestica de cada inmueble (lavavajillas, lavadora, aspiradora,...) el agua, alumbrado y energía eléctrica que se precise para realizar estos trabajos serán por cuenta y cargo de SPAIN SELECT, comprometiéndose ELOSA no hacer uso indebido de los mismos."

En el Anexo I se describen los servicios del siguiente modo

"Junto con la entrega de llaves de cada apartamento, ELOSA comprobará el inventario del mobiliario (Anexo IV) y un inventario de equipamiento (Anexo V) de la propiedad que entregará SPAIN SELECT con el objetivo de que conozca en detalle los artículos que hay en la propiedad.

Después de cada limpieza final ELOSA deberá verificar que el inventario de mobiliario y equipamiento se encuentran completos y en perfecto estado y notificarlo a SPAIN SELECT vía su plataforma informática (o vía email). En el caso en el que se encontraran ausencias en el inventario de equipamiento deberá reponerlo en el acto y si hubiera ausencias y/o desperfectos lo deberá notificar del mismo modo acompañándolo de una foto. Esto debe de ser notificado antes de las siguientes 72 horas de la fecha de salida del cliente para que SPAIN SELECT pueda proceder a su reparación o notificación al inquilino.

Asimismo, si se hubiera dejado la vivienda en un estado de suciedad muy alta se enviarán fotos por email a SPAIN SELECT, también esto en un plazo máximo de 72h para poder contactar con el cliente. De no seguir con este procedimiento ELOSA no podrá facturar a SPAIN SELECT cantidad adicional a lo establecido en la lista de precios detallados en el Anexo II.

SPAIN SELECT se compromete a suministrar a ELOSA los productos de bienvenida; kit de cocina, kit de amenities de baño, ropa de cama, toallas, etiquetas adhesivas para papel higiénico, bombillas así como el menaje para reponer de los apartamentos. Lo entregado por SPAIN SELECT a ELOSA lo almacenarán en un almacén proporcionada por ELOSA.

ELOSA se compromete a llevar un control del stock para poder avisar a SPAIN SELECT con tiempo suficiente para poder hacer un pedido antes de quedarse sin stock de cualquier producto. Los pedidos los recogerá ELOSA en el trastero de SPAIN SELECT firmando la hoja de entrega."

SEXTO.- La relación de apartamentos asignados a ese contrato (un total de 198 apartamentos) consta en el documento 6 de ELOSA y aquí se tiene por reproducido.

SEPTIMO.- Las funciones de las actoras consistían en la prestación de servicios de limpieza en los indicados apartamentos.

OCTAVO.- Mediante carta de fecha 27/06/12 la empresa ELOSA comunicó a SPAIN SELECT SL la resolución del anterior contrato en los siguientes términos:

"Sirva la presente para comunicarles nuestra intención de resolver el contrato firmado entre Elosa y Spain Select (de fecha 27 de abril de 2011) para la prestación de los servicios de limpieza de los pisos y apartamentos que Spain Select gestiona en Madrid.

La fecha en la que solicitamos la resolución es el 20 de agosto de 2012, fecha negociada previamente entre Elosa y Spain Select (adjuntamos mail de confirmación), ya que el preaviso de tres meses contemplado en la cláusula undécima del contrato es sustituido por el de DOS meses, una vez consensuado por ambas partes.

Rogamos por tanto se tengan por avisados con fecha de la presente y nos comuniquen lo antes posible la empresa que se hará cargo del servicio a partir del 20 de agosto, para proceder a la tramitación de las gestiones administrativas para la subrogación del personal.

Así mismo les notificamos que, de continuar sin tener noticias de ustedes al respecto, procederemos a dar de baja a la trabajadora afectada con fecha 6 de junio del año en curso, por absorción."

NOVENO.- Asimismo, por carta de 24/07/12 ELOSA comunicó a SPAIN SELECT SL lo siguiente:

"A fin de documentar el cumplimiento de nuestras obligaciones les ruego nos manifiesten a vuelta de correo sus previsiones de limpieza de sus inmuebles a partir del próximo 20 de agosto, con expresión de la nueva empresa adjudicataria de dicha limpieza o bien la confirmación de que sean Ustedes mismos los que van a realizar la limpieza de los inmuebles.

Nos permitimos recordarles que tanto para el caso de nueva contrata como en el caso de que sean Ustedes los encargados de realizar los servicios y como actuales adjudicatarios del servicio hasta el próximo 20 de Agosto, nos vemos en la necesidad legal de traspasar a todo el personal adscrito a dichos trabajos y vinculados a los servicios de limpieza contemplados en el contrato mercantil suscrito entre Elosa y SpainSelect con fecha 27 de Abril de 2011.



Aunque se lo hemos comunicado de palabra en sucesivas ocasiones. queremos aprovechar este escrito para recordarles que ambas opciones se encuentran recogidas en el Art. 24 (1º y 5º párrafo 4º) del Convenio Colectivo de Limpieza de Edificios y Locales de la Comunidad de Madrid . por lo que les rogamos nos hagan llegar la información solicitada lo antes posible para poder tramitar el traspaso de información del personal a quien corresponda y poder así cumplir con las obligaciones legales propias de la subrogación del personal contempladas en el mencionado artículo.

Les adjuntamos un pequeño cuadro con la información básica del personal a subrogar, insistiéndoles que estarnos a su disposición para aclarar Y ampliar dicha información."

DECIMO.- SPAIN SELECT SL contestó por carta de 30/07/12 en los siguientes términos:

"Mediante carta de fecha 27 de junio de 2012, nos comunicaron su decisión de resolver el contrato suscrito con SPAIN SELECT, de fecha 27 de abril de 2011, para la prestación de servicios de limpieza de los pisos y apartamentos gestionados por dicha compañía en Madrid, fijando como fecha de efectos la de 20 de agosto de 2012, dado que tras conversaciones previas entre ambas partes, se aceptó por esta parte dicho plazo de preaviso, obviando el establecido en el clausulado del contrato, y ello sin penalización alguna.

Como Uds. bien conocen, las problemas surgidos en el seno de la prestación de servicios, han venido principalmente motivados por la imposibilidad de cubrir con sus personal las necesidades derivadas de nuestra actividad, que no se limita sólo a la limpieza de pisos y apartamentos,, sino que conlleva limpieza, arreglo de habitaciones, ordenar las mismas, controlar los productos, y también cubrir tareas de lencería y lavandería, actividades que han dejado claro no realiza su personal.

Así las cosas, tras la negativa experiencia de los servicios prestados, que nos ha creado importantes y serios problemas con los propietarios que nos tienen encomendada la gestión y explotación de sus pisos y apartamentos, hemos decido modificar nuestra operativa para el mantenimiento de dichos inmuebles en las condiciones contratadas por nuestros clientes; en dicho sentido, esta empresa ha decidido que tras la extinción del contrato de limpieza suscrito con Uds. no se va a proceder a nuevas contrataciones de ninguna empresa de limpieza, y tampoco se va a realizar la misma con personal propio.

El sistema de mantenimiento de los pisos y apartamentos que esta empresa gestiona y explota, será a través de la contratación de personas físicas, bajo el ámbito jurídico de la condición de trabajador autónomo económicamente dependiente, cuya identidad no se les puede facilitar por mor de estar bajo el ámbito de la Ley de Protección de Datos.

Por tanto, y con independencia del listado de personal que Uds. nos han transmitido en su comunicación de fecha 24 de julio de 2012, es claro advertir, que en el supuesto que nos ocupa, no procede subrogación de personal de limpieza alguno, dado que ni está empresa va a realizar dichas labores con su propio personal, ni tampoco va a proceder a la contratación de una nueva empresa de limpiezas, supuestos en los que operaría el convenio colectivo a que Uds. hacen mención; siendo manifiesto por otro lado que los trabajadores autónomos económicamente dependientes que se van a contratar no lo van a ser en concepto de limpieza, sino para la realización de todos los servicios necesarios que requiere la gestión y explotación de los pisos y apartamentos que nos son encomendados por sus propietarios.

En consecuencia, le solicitamos se abstengan de la remisión de documentación alguna relativa a sus trabajadores, dada la imposibilidad de subrogación en sus contratos laborales tras la extinción del contrato que nos unía con Uds., y que en su día nos comunicaron."

UNDECIMO.- Por cartas de 02/08/12 ELOSA comunicó a las actoras la extinción de sus contratos de trabajo; el tenor de esta carta es el siguiente:

"El contrato de limpieza que manteníamos con "Spain Select Property Managemenet S.U" se extingue el próximo día 20 de agosto.

El cliente (Spain Select) evita dar respuesta a los reiterados requerimientos efectuados para que manifieste el sistema de limpieza por el opta en lo sucesivo. Esta omisión sólo puede ser entendida como negativa a cumplir con su obligación de subrogación de los contratos de trabajo de vd. y del resto de limpiadoras que, vienen prestando servicio a dicha empresa, como previene el artículo 24 del Convenio del Sector de Limpieza de Edificios y Locales de Madrid .

En consecuencia, ELOSA, que ha cumplido escrupulosamente sus obligaciones, procederá a darle de baja el día 20 de agosto a fin de que pueda ser dada de alta por la empresa que tiene la obligación legal de subrogarse como empleadora en su contrato de trabajo y contra la que podrá accionar por despido de no proceder en tal sentido.



Tiene a su disposición la liquidación final, cuyo importe le será ingresado por el procedimiento habitual de pago de los salarios,"

DUODECIMO.- ELOSA dio de baja a las actoras en Seguridad Social con fecha de efectos del 20/08/12.

DECIMOTERCERO.- ELOSA se dedica entre otras actividades a la limpieza de pisos y apartamentos.

DECIMOCUARTO.- La demandada SPAIN SELECT SL se dedica a la gestión y explotación de apartamentos turísticos y no turísticos.

DECIMOQUINTO.- SPAIN SELECT SL procedió el 12/09/12 a celebrar una serie de contratos con los trabajadores autónomos económicamente dependiente D^a Natividad , D^a Marí Trini , D^a Pilar , D^a Celestina y D^a Adelina , todos ellos de contenido análogo; obran en autos y se tienen aquí por reproducidos.

En su cláusula primera se estipuló lo siguiente:

"El trabajador autónomo económicamente dependiente tiene experiencia en la limpieza de pisos y apartamentos, control y orden de los mismos, arreglo y orden de habitaciones, control de productos, así como en tareas de lencería y lavandería, por lo que ofrece sus servicios al cliente para realizar dichos servicios en los pisos y apartamentos que gestiona y explota el CLIENTE, que terceros puedan encargar al cliente.

Dicha experiencia y capacidad resultan de suma importancia para EL CLIENTE por lo que se decide la contratación de EL AUTONOMO DEPENDIENTE para que pueda ejercitar tareas de limpieza de pisos y apartamentos, control y orden de los mismos, arreglo de habitaciones, control de los productos existentes en el mismo, y tareas básicas de lencería y lavandería, dentro del ámbito de trabajo que le ofrece EL CLIENTE.

Como precio por sus servicios EL AUTONOMO DEPENDIENTE percibirá una contraprestación económica por encargo de limpieza, mantenimiento y control de pisos y apartamentos, consistente en DOCE EUROS 12,00 €, por cada hora invertida en la realización del servicio encomendado en los inmuebles que previamente le asigne el cliente.

A tal fin, finalizado el mes EL AUTONOMO DEPENDIENTE entregará una relación de los encargos realizados para el CLIENTE que servirán de base para la confección de la correspondiente factura.

Esta cantidad y cualquiera que se devengue en el futuro se abonará dentro de los cinco primeros días del mes siguiente a la prestación de los servicios y se efectuará por EL CLIENTE mediante transferencia bancaria a la cuenta que designe EL AUTONOMO DEPENDIENTE contra la presentación de la correspondiente factura, en la que quedarán reflejados los servicios prestados, la repercusión del Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA) y la retención por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF)."

En sus cláusulas sexta y octava se estipuló lo siguiente:

"Sexta.- EL AUTONOMO DEPENDIENTE prestará sus servicios en la forma y modo que resulte más conveniente para el correcto desarrollo de su labor, sin perjuicio de las indicaciones técnicas que pueda recibir del cliente, en particular en lo que se refiere a la organización y control de los inmuebles asignados.

Octava.- El lugar de prestación de los servicios profesionales serán los pisos o apartamentos cuya limpieza, organización y mantenimiento en relación a las tareas descritas en la cláusula primera le encomiende el cliente, pudiendo el CLIENTE a través del personal que designa, comprobar la calidad y el buen hacer de EL AUTONOMO DEPENDIENTE en la prestación de sus servicios profesionales y el cumplimiento de todos los deberes de buena fe, respeto, secreto profesional y los demás inherentes a una relación profesional en la que la imagen de EL CLIENTE frente a quienes realizan los encargos de gestión y explotación de sus inmuebles depende en parte del buen resultado y el buen hacer de EL AUTONOMO DEPENDIENTE."

DECIMOSEXTO.- Los indicados trabajadores causaron alta en el RETA como TRADE y emiten a SPAIN SELECT SL las facturas correspondientes por los servicios de limpieza.

DECIMOSÉPTIMO.- Los indicados trabajadores efectuaban en los apartamentos tareas de limpieza y otras labores no de limpieza. El material de limpieza era de ellos, y el material de reposición era de SPAIN SELECT PROPERTY MANAGEMENT SERVICES SL, la cual designaba a una persona de su plantilla para verificar la limpieza final de los apartamentos. La organización y el horario de trabajo dependía de los indicados trabajadores".

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

"Estimando la demanda interpuesta por D^a Felisa , D^a Remedios y D^a Adoracion frente a D^a Edurne , D^a Adelina , D^a Pilar , D^a Celestina , D^a Marí Trini , D^a Natividad , SPAIN SELECT PROPERTY MANAGEMENT S.L. y EDIFICIOS Y LOCALES, S.A. debo:



1º.- Declarar improcedente los despidos practicados por la empresa EDIFICIOS Y LOCALES, S.A con efectos del 20/08/12.

2º.- Condenar a la empresa EDIFICIOS Y LOCALES, S.A. a que en el plazo de cinco días desde la notificación de esta sentencia opte entre la readmisión de las trabajadoras o la extinción de sus contratos con abono de las indemnizaciones que respectivamente se indica:

- D^a Felisa 9.277,03 €

- D^a Remedios 10.946,06 €

- D^a Adoracion 10.165,69 €

3º.- Condenar a la empresa EDIFICIOS Y LOCALES, S.A a que en caso de readmisión abone a las actoras los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de esta sentencia.

4º.- Absolver a SPAIN SELECT SL , D^a Natividad , D^a Marí Trini , D^a Celestina , D^a Pilar , D^a Edurne , y D^a Adelina de todos los pedimentos formulados en su contra".

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte EDIFICIOS Y LOCALES, S.A., 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 01/07/2015, 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 25/11/2015 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.- Frente a la sentencia de instancia que estima la demanda formulada por despido declarando el mismo como improcedente con las consecuencias legales inherentes a esta declaración se alza en suplicación la representación letrada de Edificios y Locales S.A., estructurando el recurso en un doble motivo en el que se solicita la revisión de los hechos probados y el examen del derecho aplicado.

Al amparo del art. 193 apartado b) LRJS , solicita la recurrente la revisión de los hechos probados y en concreto la adición de un hecho probado decimosexto bis, así como la supresión del ordinal decimoséptimo, proponiendo nueva redacción del ordinal adicionado con el siguiente tenor literal:

Decimosexto bis: "1. La representación procesal de SPAIN SELECT SL aportó a los autos los documentos requeridos por el Juzgado a las codemandadas Marí Trini , Adelina , Celestina , Edurne , Pilar Y Natividad .

2. Las facturas emitidas por las codemandadas Marí Trini , Adelina , Celestina , Edurne , Pilar Y Natividad , obrantes a los folios 897 a 941 y que se dan por reproducidas, están realizadas con el mismo formato y tipografía.

3. Las facturas de las codemandadas Marí Trini , Adelina , Celestina , Edurne , Pilar Y Natividad aportadas por SPAIN SELECT SL están sin firmar.

4. El IVA soportado por las codemandadas es el que consta en las relaciones de IVA SOPORTADO que se dan por reproducidas (folios 210, 276, 278, 280, 325, 378)".

La jurisprudencia viene exigiendo con reiteración, hasta el punto de constituir doctrina pacífica, que para estimar este motivo es necesario que concurran los siguientes requisitos:

1º.- Que se señale con precisión cuál es el hecho afirmado, negado u omitido, que el recurrente considera equivocado, contrario a lo acreditado o que consta con evidencia y no ha sido incorporado al relato fáctico.

2º.- Que se ofrezca un texto alternativo concreto para figurar en la narración fáctica calificada de errónea, bien sustituyendo a alguno de sus puntos, bien complementándolos.

3º.- Que se citen pormenorizadamente los documentos o pericias de los que se considera se desprende la equivocación del juzgador, sin que sea dable admitir su invocación genérica, ni plantearse la revisión de cuestiones fácticas no discutidas a lo largo del proceso; señalando la ley que el error debe ponerse de manifiesto precisamente merced a las pruebas documentales o periciales practicadas en la instancia.



4º.- Que esos documentos o pericias pongan de manifiesto, el error de manera clara, evidente, directa y patente; sin necesidad de acudir a conjeturas, suposiciones o argumentaciones más o menos lógicas, naturales y razonables, de modo que sólo son admisibles para poner de manifiesto el error de hecho, los documentos que ostenten un decisivo valor probatorio, tengan concluyente poder de convicción por su eficacia, suficiencia, fehaciencia o idoneidad.

5º.- Que la revisión pretendida sea trascendente a la parte dispositiva de la sentencia, con efectos modificadores de ésta, pues el principio de economía procesal impide incorporar hechos cuya inclusión a nada práctico conduciría, si bien cabrá admitir la modificación fáctica cuando no siendo trascendente en esta instancia pudiera resultar en otras superiores.

Sentado lo anterior, la adición solicitada no prospera pues carece de trascendencia para la resolución del pleito. La misma respuesta negativa ha de darse a la supresión del ordinal decimoséptimo solicitada pues lo en él recogido ha sido valorado por el magistrado de instancia, cuyo conocimiento directo del asunto garantiza el principio de inmediación del proceso laboral, a quien corresponde apreciar los elementos de convicción -concepto más amplio que el de medios de prueba- para establecer la verdad procesal intentando su máxima aproximación a la verdad real, valorando, en conciencia y según las reglas de la sana crítica, la prueba practicada en autos, conforme a las amplias facultades que a tal fin le otorga el artículo 97.2 de la LRJS . De manera tal que en el Recurso de Suplicación, dado su carácter extraordinario, el Tribunal Superior no puede efectuar una nueva ponderación de la prueba, sino realizar un control de la legalidad de la sentencia recurrida en la medida que le sea pedido, y, sólo de excepcional manera, puede hacer uso de la facultad de revisar las conclusiones fácticas, facultad reservada para cuando los documentos o pericias citados por el recurrente - artículos 193.b) y 196 de la LRJS - pongan de manifiesto de manera patente e incuestionable el error en que el Juzgador "a quo" hubiera podido incurrir, o cuando los razonamientos que le han llevado a éste a su conclusión fáctica, a los que debes referirse en los fundamentos de derecho -artículo 97.2 de la citada Ley de Ritos-, carezcan de la más elemental lógica. El fracaso de la revisión fáctica lleva aparejada la desestimación de este motivo del recurso quedando el relato fáctico inmodificado.

SEGUNDO.- En el apartado destinado a las infracciones jurídicas, al amparo del art.193 apartado c)LRJS , se denuncia la infracción del art.7 CC en relación con el art 44 ET .

La recurrente pretende, sin alterar los hechos declarados probados en la sentencia de instancia e interpretados por el Juez a quo, establecer unas consecuencias jurídicas totalmente subjetivas y en modo alguno amparadas jurídicamente.

En primer lugar se manifiesta por la recurrente que los contratos suscritos por Spain Select con las trabajadoras autónomas económicamente dependientes, hecho probado decimoquinto, y el suscrito con Edificio y Locales S.A., hecho probado quinto, son sustancialmente idénticos y para ello se trata de amparar en una norma que en modo alguno alegó, instando la aplicación en todo momento, por la propia actividad de su representada, cuestión que ahora contradice, en la aplicación tanto del Convenio de Limpieza de Edificios y Locales de la Comunidad de Madrid, como el Acuerdo Marco Estatal del Sector de Edificios y Locales.

Hemos de diferir total y absolutamente de dicho extremo, dado que parte de un error manifiesto tanto respecto a la condición de las codemandadas, como en lo que se refiere a la Ley de aplicación a sus relaciones con la empresa Spain Select Property Management Services en función precisamente de su condición.

En dicho sentido, las relaciones entre Spain Select y las codemandadas, se rigen por el Real Decreto 197/2009 de 23 de febrero por el que se desarrolla el Estatuto del Trabajo Autónomo en materia de contrato del trabajador autónomo económicamente dependiente, en cuyo artículo 1 , relativo al objeto y ámbito de aplicación se establece lo siguiente:

"1. Se considera trabajador autónomo económicamente dependiente la persona física que realiza una actividad económica o profesional a título lucrativo y de forma habitual, personal, directa y predominante para un cliente del que percibe, al menos, el 75 por ciento de sus ingresos por rendimientos de trabajo y de actividades económicas o profesionales y en el que concurren las restantes condiciones establecidas en el artículo 11 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo " .

Estamos ante aspectos vitales que indican la imposibilidad de aplicación por un lado directamente de la subrogación prevista en el Convenio Colectivo de Limpieza de Oficinas y Locales de la Comunidad de Madrid, ya que ha de ser a través de este Real Decreto que la desarrolla en materia del trabajador autónomo económicamente dependiente, y por otro lado la exclusión de la aplicación del párrafo quinto del acuerdo marco estatal el sector de limpieza de edificios y locales, que excluye en el Fundamento de Derecho Segundo de la sentencia de instancia, dado que las autónomas económicamente dependientes, no pueden, en virtud



de los contratos suscritos, y en aplicación de la normativa que les corresponde, tener trabajadores por cuenta ajena, que es el supuesto que regula el referido párrafo quinto.

Tanto la normativa que rige los contratos suscritos con Spain Select y las codemandadas, como el contenido de los contratos suscritos en cumplimiento de las mismas, excluyen la aplicación de las normas que pretende el recurrente, y más si tenemos en cuenta, lo que se dice en el fundamento de Derecho Cuarto de la sentencia de instancia: "Igualmente debe estimarse la excepción de falta de legitimación pasiva ad causam opuesta por los trabajadores codemandados que comparecieron al acto del juicio oral al no serles de aplicación el referido convenio colectivo de limpieza de edificios y locales y al no apreciarse ningún tipo de fraude de ley en las contrataciones que se señalan en el hecho probado 15º, sin que puedan ser calificadas como empresas a los efectos de ser incluidas en el ámbito de aplicación del art. 2 del convenio colectivo del sector de limpieza de Edificio y Locales de la Comunidad de Madrid antes transcrito".

En el Fundamento de Derecho Tercero se declara, en atención a lo dispuesto en el artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores, que a Spain Select, no le es de aplicación el convenio colectivo de oficinas y locales, según se infiere del hecho probado decimocuarto, ya que no se dedica a tal actividad, y ahí que no quede incluida dentro de su ámbito de aplicación.

Asílo entendió la Sala en resolución de idéntico supuesto referido a otra trabajadora criterio que hemos de mantener por estrictas razones de seguridad jurídica y que pasamos a exponer:

"La sentencia del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 2014 (ROJ: STS 4888/2014 - ECLI:ES:TS:2014:4888) efectúa un recorrido por la normativa y jurisprudencia española y comunitaria - "Si bien la doctrina de esta Sala es constante al afirmar con carácter general que la extinción de la contrata y la asunción con trabajadores propios de la actividad antes descentralizada no constituye, por sí misma, un supuesto de subrogación empresarial, "no es menos veraz que tal criterio general resulta inaplicable cuando la empresa que venía llevando a cabo la actividad mediante sucesivas contrataciones con diferentes empresas, decide asumir aquélla y realizarla por sí misma, pero haciéndose cargo del personal de la empresa contratista, supuesto en el cual puede decirse que se ha producido una sucesión de empresa encuadrable jurídicamente en el referida art. 44 ET y en las diversas Directivas de la que aquél es transposición [77/1987; 98/50; y 2001/23] (así, la STS 27/06/08 -rcud 4773/06 -, a contrario sensu). Como es también inatendible el criterio general cuando -así se ha dicho interpretando esa Directivas comunitarias- la transmisión vaya referida a cualquier "entidad económica que mantenga su identidad" después de la transmisión o traspaso, entendiéndose por tal "un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesoria"; o el "conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio". Y para cuya determinación - transmisión de la entidad que mantiene su identidad han considerarse todas las circunstancias de hecho características de la operación de que se trata, entre las cuales figuran, en particular, el tipo de empresa de que se trate, el que se hayan transmitido o no elementos materiales, el valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión, el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores, el que se haya transmitido o no la clientela, así como el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión y la duración de una eventual suspensión de dichas actividades (SSTJCE 65/1986, de 18/Marzo, Asunto Spijkers ; 22/2001, de 25/Enero, Asunto Oy Liikenne ; 45/1997, de 11/Marzo, Asunto Sützen ; 286/2003, de 20/Noviembre, Asunto Abler ; 406/2005, de 15/Diciembre, Asunto Güney-Görres ; y 241/2010, de 29/Julio, Asunto C-151/09. Y, reproduciendo tales criterios, entre otras las SSTS 12/12/02 - cud764/02 -; 29/05/08 -rcud 3617/06 -; 27/06/08 -rcud 4773/06 -; 28/04/09 -rcud 4614/07 -; y 23/10/09 -rcud 2684/08 -). "- de la que se extrae la necesidad de atender a las circunstancias específicas concurrentes en tales supuestos, y que en el nuestro han conducido a que deba ser la empresa ELOSA la que responda del despido de las trabajadoras demandantes.

En cuanto a la vulneración del art. 7 del Código Civil, alegando que la empresa SPAIN SELECT no negó con anterioridad la aplicabilidad de las reglas convencionales del sector de limpieza de edificios y locales y le subrogó a otras trabajadoras, entendiéndose que posteriormente incurre en mala fe al ocultar al nuevo prestador de servicios y utilizar el estatuto del trabajador autónomo.

La resolución del Tribunal Supremo últimamente identificada (de 23 de septiembre de 2014) en otro de sus fundamentos recuerda que "... el fraude de Ley no se presume y ha de ser acreditado por el que lo invoca (SSTS 16/02/93 -rec. 2655/91 -; ... 21/06/04 -rec. 3143/03 -; y 14/03/05 -rcd 6/04 - lo que puede hacerse -como en el abuso del derecho- mediante pruebas directas o indirectas, admitiendo las presunciones entre estas últimas el art. 1253 CC [actualmente, arts. 385 y 386 LECiv] (SSTS 04/02/99 -rec. 896/98 -; ... 14/05/08 9 -rcud 884/07 -; y 06/11/08 -rcud 4255/07 -); y aunque el fraude es una conducta intencional de utilización desviada de una norma del ordenamiento jurídico para la cobertura de un resultado antijurídico que no debe ser confundida con la mera infracción o incumplimiento de una norma (SSTS 04/07/94 -rcud 2513/93 -; ... 16/01/96 -rec. 693/95 -; y 31/05/07 -rcud 401/06 -), de todas formas es suficiente con que los datos objetivos revelen el ánimo de



ampararse en el texto de una norma para conseguir un resultado prohibido o contrario a la ley (SSTS 19/06/95 -rco 2371/94 -; y 31/05/07 -rcud 401/06 -)".

En sede fáctica se declara probado efectivamente que en el contrato de prestación de servicios de limpieza suscrito entre SPAIN SELECT y ELOSA en abril de 2011 se estipuló que todo el personal que hubiera de efectuar los servicios pactados pertenecería a la plantilla de ELOSA y así ésta se comprometió a subrogar a cuatro personas ya contratadas por SPAIN SELECT.

Sin embargo, esa mera circunstancia no constituye indicio suficiente para apreciar la concurrencia de una situación de fraude, ni aun cuando la contratación posterior -tras resolver el contrato con ELOSA en agosto de 2012- lo sea con trabajadores autónomos dependientes.

Las actoras no fueron una de las cuatro personas subrogadas en 2011 (pues ella prestaba servicios para la empresa EXTERNAL OUTSOURCING, S.L.), ni se conocen las condiciones de esas otras trabajadoras, amén del hecho no combatido (HP 14) que pone de relieve que la codemandada SPAIN SELECT tiene como objeto social la gestión y explotación de apartamentos turísticos y no turísticos, y no la limpieza de edificios y locales. Sin que tampoco la opción legal por la fórmula de encomienda a personas físicas -TRADES- de tareas de limpieza y otras diferentes a las que contrató con ELOSA, revele un elemento intencional de defraudación".

Lo expuesto nos lleva con desestimación del recurso a confirmar la sentencia de instancia, con imposición de costas a la recurrente incluidos los honorarios de los letrados impugnantes que la Sala fija en 600 euros para cada uno de ellos.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por EDIFICIOS Y LOCALES S.A. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 13 de los de Madrid, de fecha 25 de febrero de 2015 en virtud de demanda formulada por D^a Felisa , D^a Remedios Y D^a Adoracion contra la recurrente, D./Dña. Natividad , D./Dña. Marí Trini , D./Dña. Celestina , D./Dña. Pilar , D./Dña. Adelina y D./Dña. Edurne y SPAIN SELECT PROPERTY MANAGEMENT S.L., en reclamación por despido, y confirmamos la sentencia de instancia, con imposición de costas a la recurrente incluidos los honorarios de los letrados impugnantes que la Sala fija en 600 euros para cada uno de ellos.

Dese a los depósitos constituidos el correspondiente 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 Publico 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 2876-0000-00-0557-15 que esta sección tiene abierta en BANCO DE SANTANDER sita en PS. del General Martinez Campos, 35; 28010 Madrid, 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).

Se puede realizar el ingreso por transferencia bancaria desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de BANCO DE SANTANDER. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes:

Emitir la transferencia a la cuenta bancaria siguiente: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274. 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. En el campo beneficiario, se identificará al juzgado o tribunal que ordena el ingreso. En el campo "observaciones o concepto de la transferencia", se consignarán los 16 dígitos que corresponden al procedimiento 2876-0000-00-0557-15.



Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvanse 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.

PUBLICACIÓN

Publicada y leída fue la anterior sentencia en el día 16/12/15 por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado-Ponente en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ