



Roj: **STSJ CAT 581/2016 - ECLI:ES:Tsjcat:2016:581**

Id Cendoj: **08019340012016100461**

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

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **22/02/2016**

Nº de Recurso: **6731/2015**

Nº de Resolución: **1168/2016**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **FELIPE SOLER FERRER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA

CATALUNYA

SALA SOCIAL

NIG : 08019 - 44 - 4 - 2013 - 8052525

AF

Recurso de Suplicación: 6731/2015

ILMO. SR. FELIPE SOLER FERRER

ILMO. SR. LUÍS JOSÉ ESCUDERO ALONSO

ILMO. SR. CARLOS HUGO PRECIADO DOMENECH

En Barcelona a 22 de febrero de 2016

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, compuesta por los Ilmos. Sres. citados al margen,

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

SENTENCIA núm. 1168/2016

En el recurso de suplicación interpuesto por Serunion S.A. y Serunió Servicios, S.A. frente a la Sentencia del Juzgado Social 21 Barcelona de fecha 5 de junio de 2015 dictada en el procedimiento nº 1144/2013 y siendo recurridos D^a Gracia , D^a Loreto , D^a Matilde , D^a Paula , 7 l Tria, S.A. y Fondo de Garantía Salarial. Ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. FELIPE SOLER FERRER.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 8 de noviembre de 2013 tuvo entrada en el citado Juzgado de lo Social demanda sobre Despido en general, en la que el actor alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminaba suplicando se dictara sentencia en los términos de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el juicio se dictó sentencia con fecha 5 de junio de 2015 que contenía el siguiente Fallo:

"Aceptar la demanda interpusada per Gracia , Loreto , Matilde , i Paula , contra Serunió, S.A., Serunió Servicios, S.L., i 7 l Tria, S.A., i també contra el Fons de Garantia Salarial, per tant :

1- Declaro IMPROCEDENT l'acomiadament de cada una de les demandants produït el dia 13/09/2013.

2- Condemno solidàriament a les demandades Serunió, S.A. i Serunió Servicios, S.L., a que, mitjançant opció expressa en el termini de cinc dies, o be readmeti a les demandants en el mateix lloc i condicions de treball, amb



abonament dels salaris de tramitació meritats, o be, convalidant l'extinció contractual produïda, les indemnitzi en la respectiva següent quantia:

Gracia 1.796,73 €

Loreto 1.655,08 €

Matilde 2.998,23 €

Paula 7.491,21 €.

3- En cas d'opció per la readmissió, els salaris de tramitació objecte de condemna, es meritaran amb el mòdul salarial diari que després s'indica, i que a data d'aquesta Sentència, sens perjudici dels que es pugin meritatar amb posterioritat, sumen l'import següidament indicat, pels 630 dies fins ara transcorreguts:

Nom Salari/Dia S·Tramitació

Gracia 4,29 € 2.703,14 €

Loreto 4,30 € 2.708,31 €

Matilde 6,26 € 3.945,45 €

Paula 29,96 € 18.877,84 €.

4- Absolc lliurement a la codemandada 7 I Tria, S.A., de les pretensions de la demanda.

5- Absolc lliurement al codemandat Fons de Garantia Salarial, sens perjudici de les responsabilitats que en el seu dia li pogueren correspondre. "

SEGUNDO.- En dicha sentencia, como hechos probados, se declaran los siguientes:

Primer.- Les demandants, acrediten les següents circumstancies laborals en la prestació de serveis en jornada a temps parcial, i contracte fix discontinu coincident amb el curs escolar, per a l'empresa Serunió, S.A. i Serunió Servicios, S.L.:

1.- Gracia , amb antiguitat a l'empresa de 02/02/2004, categoria professional Monitora, i salari de 130,51€ mensuals.

2- Loreto , amb antiguitat a l'empresa de 25/10/2004, categoria professional Monitora, i salari de 130,76€ mensuals.

3- Matilde , amb antiguitat a l'empresa de 01/10/2002, categoria professional Monitora, i salari de 190,49€ mensuals.

4- Paula , amb antiguitat a l'empresa de 16/10/2007, categoria professional Netejadora, i salari de 911,44€ mensuals.

Segon.- Les demandants Gracia , Matilde , i Loreto , estan formalment en plantilla de Serunió Servicios, S.L., mentre que Paula , figura en plantilla de Serunió, S.A..

Tercer.- Les demandants prestaven serveis en tasques de monitores i neteja del servei de menjador del centre escolar IES Corbera, en el marc del contracte que l'empresa demandada Serunió, S.A. i el propi IES Corbera havien establert el 1/9/2004 per a la gestió de la restauració, cantina, i monitoratge que s'ofereix al menjador escolar, amb servei de cuina propi i una previsió de 323 comensals diaris. En la seva condició de treballadores fixes discontinues, cessaven en la prestació de serveis al finalitzar el curs escolar el mes de juny de cada any, i reiniciaven la prestació quant eren cridades a l'efecte el mes de setembre, a l'inici del curs escolar..

Quart.- A petició del Centre escolar, mitjançant resolució de 27/6/2013 dels Serveis Territorials d'ensenyament, es va autoritzar al IES Corbera per al curs 2013- 2014 un horari singular de 8 a 14:30 hores, circumstancia que va comportar la rescissió del contracte de menjador de Serunió amb el IES Corbera, doncs l'activitat educativa oficial del centre finalitzava abans de dinar.

Cinquè.- El 12/9/2013 la codemandada empresa 7 I Tria, S.A. va concertar amb l'AMPA Can Baiona el servei educatiu en la franja de migdia, servei de menjador, transport i gestió, a les instal·lacions del IES Corbera, amb inici en la mateixa data del contracte i durada per un curs escolar, prorrogable. Els menús es faciliten a través d'un servei de càtering, amb una previsió de 21 menús diaris, que finalment son entorn als 12-15 menús diaris.

Sisè.- Des de finals de maig de 2013 les empreses codemandades varen intercanviar comunicacions via correu electrònic, per tal de traspasar a 7 I Tria, S.A. la informació i documentació de la plantilla de Serunió al IES Corbera, a efectes de la subrogació del personal, documentació que efectivament es va traspasar entre finals de juliol i primers d'agost.



Setè.- A l'inici del curs escolar 2013-2014, no varen ser cridades per l'empresa Serunió, S.A., i quant s'hi varen posar en contacte els comunicà que havia cessat en el servei el mes de juny anterior, i aquest havia estat subcontractat a una nova empresa. Contactada també aquesta nova empresa el 13/9/2013, no va admetre la subrogació dels seus contractes de treball ni els va assignar funcions ni activitat a desenvolupar. Varen seguir converses almenys entre l'advocat de les demandants i Serunió, sense resultat.

Vuitè.- La part actora ha intentat, sense èxit, la preceptiva conciliació administrativa prèvia, que finalitzà el dia 23/01/2014 amb el resultat de sense avinença.

TERCERO.- Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación las partes codemandadas SERUNION SERVICIOS, S.L. y SERUNION, S.A., que formalizaron dentro de plazo, y que las partes contrarias, a las que se dió traslado no impugnaron, elevando los autos a este Tribunal dando lugar al presente rollo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Las demandadas SERUNION SERVICIOS SL y SERUNION SA formulan sendos recursos de suplicación contra la sentencia del Juzgado de lo Social, que declaró la improcedencia de los despidos objeto de autos, con las consecuencias inherentes a dicha declaración, de las que han de responder solidariamente ambas empresas, con absolució de la codemandada 7 I TRIA SA.

Los recursos, que no han sido impugnados, tienen por objeto, al amparo de los apartados b) y c) del art. 193 LRJS , la revisión de los hechos declarados probados y el examen del derecho aplicado en la sentencia discutida.

SEGUNDO.- Se interesa en primer término la revisión del HP 3º, para el que, con fundamento en la documental obrante a folios 251 a 257 de autos, se ofrece la siguiente redacción alternativa:

"Les demandants prestaven serveis en tasques de monitores i neteja del servei de menjador del centre escolar IES CORBERA en el marc del contracte que l'empresa demandada SERUNION SA i el propi IES CORBERA havien establert el 1/9/2004. L'objecte del contracte entre SERUNION SA i el IES CORBERA era la gestió de la restauració i cantina -amb el.laboració de menús amb servei de cuina propi i una previsió de 323 comensals diaris -i monitoratge o servei de vigilància i activitat interlectiva, en virtut del qual s'encarregaven de:

-Vetllar pel correcte funcionament del menjador

-Dur a terme la vigilància de l'alumnat usuari del servei de menjador.

-Fomentar i treballar el hàbits de neteja, higiene i de menjar correctament.

-Informar a les famílies de l'evolució de cada alumne quant als hàbits que es treballen al menjador (informe trimestral).

-Organitzar l'espai de menjador per grups d'edat.

-Aplicar les conductes sobre hàbits alimentaris que el centre proposi i que serán revisades pel propi centre.

-Organitzar l'espai interlectiu de migdia de forma que es realitzin diverses activitats educatives, per edats i grups determinats.

Les esmentades activitats es realitzaven al local i a les instal.lacions del propi centre IES CORBERA -c) Andromeda 2-4 de Corbera de Llobregat-, el qual les cedeix a SERUNION SA, juntament amb tots el estris, utilitatge, parament, coberteria, vaixela, cristalleria a fi de que doni compliment al servei contractat. Així mateix, l'IES CORBERA es farà carrec dels subministraments (aigua, telèfon...) i SERUNION es compromet a assumir el manteniment tècnic normal i reposicions del estris, així como la neteja de les instal.lacions.

En la seva condició de treballadores fixes-discontinues, cessaven en la prestació de serveis al finalitzar el curs escolar el mes de juny de cada any, i reiniciaven la prestació quan eren cridades a l'efecte el mes de setembre, a l'inici del curs escolar."

La Sala accepta la redacció propuesta a la vista de la citada documental.

TERCERO.- Seguidamente, se pide la adición de un nuevo HP 4º bis, expresivo de que "L'AMPA BAIONA es qui s'encarrega de la gestió del servei de menjador escolar que ofereix l'IES CORBERA, al menys de de l'any 2012". Pretensió modificatoria que se accepta a tenor de la documental invocada en el motivo.

CUARTO.- Acto seguido se propone nueva redacción para el HP 5º, con fundamento en los documentos obrantes a folios 262 a 269, que la Sala acepta a la vista de su contenido, quedando el ordinal con la siguiente redacción:



"El 12/07/2013, la codemandada empresa 7 I TRIA SA va concertar amb l'AMPA CAN BAIONA contracte d'Activitat Educativa i l'espai interlectiu de migdia, servei de menjar transportat i gestió. Els serveis contractats contempen el servei de cuina -catering de linea freda-, subministrament i emmagatzemaments d'aliments, neteja de la cuina i activitat de monitoratge consistent en:

- Vetllar pel al bon funcionament del menjador.
- Controlar els/les alumnes usuàries del servei.
- Fomentar i treballar el hàbits d'higiene i alimentaris.
- Organitzar jocs i activitats educatives adequades per cada edat.
- Realitzar el programa d'activitats pedagògiques en el projecte.

Els serveis de 7ITRIA SA objecte del contracte es duren a terme en les dependències del centre a C) Andromeda 2-4 de Corbera de Llobregat-, anant a carrec de l'AMPA el subministraments de llum, aigua..., i comprenen els equips, maquinària, mobiliari i estris de cuina existents. L'inici del contracte es de la mateixa data del contracte i de durada per un curs escolar, prorrogable. Els menus es faciliten a través d'un servei de catering, amb una previsió de 21 menús diaris, que finalment son entorn als 12-15 menús diaris."

QUINTO.- En el recurso de SERUNION SA se pide también la revisión del HP 6º, para el que se propone la adición del siguiente párrafo: "Finalment, l'empresa 7 I TRIA SA va passar a contractar a només una de les treballadores de la relació facilitada per SERUNION, na Anna Gisbert Jarque, amb categoria professional de Auxiliar Servei i neteja -netejadora-, respectant la seva antiguitat de 14-09-2009 i demés condicions". Adición que la Sala acepta a la vista de la documental citada en su apoyo.

SEXTO.- Ya en sede de censura jurídica acusan los recursos infracción del art. 44 ET , así como de la doctrina jurisprudencial y doctrina judicial que lo desarrolla.

El artículo 44.1 del ET plasma un mecanismo esencial para hacer efectivo el principio de estabilidad en el empleo de los trabajadores asalariados, al disponer que el cambio del titular de una empresa, de uno de sus centros de trabajo o incluso de aquéllas de sus unidades productivas dotadas de autonomía, no extingue por sí mismo la relación laboral de quienes forman parte de su plantilla, pues el nuevo titular queda obligado a subrogarse en los derechos y obligaciones del anterior, asumiendo así la posición de empresario que éste tenía hasta entonces.

El supuesto de hecho previsto en dicha norma requiere la concurrencia de dos requisitos. De una parte que haya transmisión. Requisito sobre el que nuestro Ordenamiento Jurídico consagra una amplitud de procedimiento sin establecer negocio jurídico al respecto (Sentencia del Tribunal Supremo de 22 junio 1983 y del mismo año de 2 diciembre del desaparecido TCT); y, por tanto permite incluir cualesquiera, incluso aquellos en los que la transmisión no es directa, entre el inicial empresario y su sucesor, o incluso se disimula, bien con la finalidad de evitar que operen sus efectos legales, o con cualquier otra intencionalidad, siendo lo realmente decisivo a estos efectos, advertir que se continúa realizando la misma actividad empresarial, para lo que cobra suma importancia comprobar el objeto que desempeñan ambos empresarios, así como las circunstancias del lugar en que los efectúan, medios materiales y humanos con que lo hacen y momento que cada cual la realiza. De otro que el objeto transmitido lo sea la empresa en su conjunto, alguno de sus centros de trabajo, o incluso una de sus unidades productivas con capacidad para funcionar autónomamente.

Hemos de analizar la situación producida en el caso de autos, partiendo a tal fin de los hechos que la sentencia declara probados, en la redacción final resultante de los recursos. Como pone de manifiesto la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2000 , con cita de las de 20 de marzo y 22 de diciembre de 1993 , "la determinación de si existe o no un supuesto de sucesión de empresas, tal y como se regula esta en el artículo 44 del ET ha de hacerse partiendo de los hechos probados. Y es que las circunstancias de hecho concurrentes son esenciales a la hora de clarificar y distinguir si se está en presencia de una auténtica sucesión empresarial, o ante empresas sucesivas entre las que no se ha producido transmisión alguna, o frente a un simple reflotamiento empresarial en el que los trabajadores son obligados a implicarse -real o ficticiamente- en la creación de una supuesta empresa sucesora si no quieren perder su empleo, en cuyo caso, señala la STS de 15-4-99 , "podría llegar a cuestionarse no solo la existencia de transmisión sino incluso el propio cambio subjetivo de empleador". De ahí la importancia que, en cada caso, pueden adquirir hechos tales como la fecha de constitución de la segunda empresa, la del inicio de su actividad, si esta se desarrolla o no en el mismo local que la anterior y bajo que título, que útiles y maquinaria se han transferido de una a otra y por que medio, cual es la participación económica y la posición directiva del anterior o anteriores propietarios en la empresa sucesora, si los trabajadores arriesgan o no en su empeño la indemnización por desempleo y los créditos contraídos para poner en marcha una nueva empresa etc., etc".



Pues bien, la conclusión de esta Sala, confirmando la decisión adoptada en la instancia, es la de que no se da el supuesto previsto en la referida norma estatutaria para que surja el efecto subrogatorio. No existe transmisión de elementos patrimoniales entre SERUNION SA y 7 I TRIA SA. Es cierto que en ambas contrataciones se recoge la cesión del local e instalaciones del comedor y del mobiliario y material que en él se contiene, a fin de que la empresa contratista pueda llevar a cabo la actividad de manera correcta. Pero son el centro escolar y el AMPA contratantes quienes ceden sucesivamente estos elementos a las empresas contratistas, sin que entre estas se haya producido la transmisión de un conjunto de medios necesarios para llevar a cabo la actividad. Para que exista la sucesión de empresas regulada en el art. 44 del ET no basta con el hecho de que trabajadores de una entidad empresarial pasen a prestar servicio a otra compañía diferente, pues es de todo punto necesario además que se haya producido *"la transmisión al cesionario de los elementos patrimoniales que configuran la infraestructura u organización empresarial básica de la explotación"*. Este criterio se ha mantenido en las sentencias de 5 de abril de 1993 , 23 de febrero de 1994 , 12 de marzo de 1996 , 25 de octubre de 1996 , 15 de diciembre de 1997 , 27 de diciembre de 1997 , 24 de abril de 1998 y 17 de julio de 1998 ; así como en las más recientes 29 de febrero del 2000 , 30 de abril del 2002 (ésta dictada en Sala General), 17 de mayo del 2002 , 13 , 18 , 21 y 26 de junio del 2002 , 9 de octubre del 2002 , 13 de noviembre del 2002 , 18 de marzo del 2003 y 8 de abril del 2003 , entre otras".

No dándose en el caso de autos dicho elemento.

En cuanto a si estamos ante un supuesto en que opere la obligación de subrogación por imperativo del convenio colectivo de aplicación, la respuesta debe ser claramente negativa, pues no hay identidad de contrataciones. Así, desde un punto de vista subjetivo, las empresas principales son distintas, el centro escolar en la primera contrata y el AMPA en la segunda, y, desde el punto de vista material, son distintos los objetos de dichas contrataciones, pues como bien explica el Juez "a quo" la segunda contrata se refiere a un servicio minoritario y residual en relación con la primera.

En definitiva, no opera la subrogación convencional ni estamos ante la sucesión de empresas regulada en el artículo 44 ET , pues no consta que se haya producido transmisión de activos materiales entre saliente y entrante, ni tampoco hay elementos en el relato de hechos probados que permitan hablar de "sucesión de plantillas", que se da en aquellos supuestos en que la actividad empresarial descansa fundamentalmente en la mano de obra y el nuevo empresario no se limita a continuar con la actividad de que se trata, sino que además se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y competencias, del personal que su antecesor destinaba especialmente a dicha tarea (STS 27-6-2008 , entre otras), no constando en el caso más que la contratación de una sola trabajadora de SERUNION SA por la empresa 7 I TRIA SA. En consecuencia, no puede entenderse que se haya producido una transferencia relevante de medios personales de una a otra empresa, por lo que el elemento que podría dar lugar a la consideración de la existencia de una auténtica sucesión no concurre.

SÉPTIMO.- En el recurso de SERUNION SERVICIOS SL se acusa también infracción del art. 38 del Convenio Colectivo de trabajo para el sector del ocio educativo y sociocultural de Catalunya.

La Sala se remite a lo expuesto "ut supra", pues no puede pretenderse que opere la subrogación prevista en dicho precepto convencional cuando no hay propiamente sucesión de contrataciones, pues los clientes o empresas principales son distintos y son también distintos los objetos de las contrataciones, pues aunque la actividad sea la misma, la prestación de servicio de restauración y de monitoraje en el comedor del centro escolar, el volumen de actividad contratado es muy inferior, pasando a ser el servicio contratado minoritario y residual. Son distintas, pues, las entidades contratantes del servicio de restauración, y el objeto de las contrataciones no es el mismo, pues el AMPA contrata con 7 I TRIA SA una mínima parte de los servicios que el centro escolar tenía contratados con SERUNION SA, y la sucesión empresarial que se contempla en la indicada norma paccionada (art. 38 del expresado Convenio) presupone la continuidad y permanencia en la adjudicación del mismo contrato de arrendamiento de servicios, no de otro distinto, y en el caso de autos resulta patente la notoria diferencia existente entre la magnitud de las respectivas concesiones.

Procediendo por cuanto queda expuesto la desestimación de los recursos y la plena confirmación de la sentencia recurrida.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLO

Desestimamos los recursos de suplicación interpuestos por SERUNION SA y SERUNION SERVICIOS SA contra la sentencia de 5 de junio de 2015, dictada por el Juzgado de lo Social nº 21 de Barcelona en sus autos de despido nº 1144/2013, y en su consecuencia confirmamos todos los pronunciamientos del fallo recurrido.



Sin costas. Con pérdida de los depósitos y consignaciones constituidos para recurrir.

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, y expídase testimonio que quedará unido al rollo de su razón, incorporándose el original al correspondiente libro de sentencias.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia se devolverán los autos al Juzgado de instancia para su debida ejecución.

La presente resolución no es firme y contra la misma cabe Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina para ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. El recurso se preparará en esta Sala dentro de los diez días siguientes a la notificación mediante escrito con la firma de Letrado debiendo reunir los requisitos establecidos en el Artículo 221 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social .

Así mismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 229 del Texto Procesal Laboral, todo el que sin tener la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social o no goce del beneficio de justicia gratuita o no se encuentre excluido por el artículo 229.4 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , depositará al preparar el Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, la cantidad de 600 euros en la cuenta de consignaciones que tiene abierta esta Sala, en BANCO SANTANDER, Oficina núm. 6763, sita en Ronda de Sant Pere, nº 47, cuenta Nº 0965 0000 66, añadiendo a continuación seis dígitos. De ellos los cuatro primeros serán los correspondientes al número de rollo de esta Sala y dos restantes los dos últimos del año de dicho rollo, por lo que la cuenta en la que debe ingresarse se compone de 16 dígitos.

La consignación del importe de la condena, cuando así proceda, se realizará de conformidad con lo dispuesto en el artículo 230 la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , con las exclusiones indicadas en el párrafo anterior, y se efectuará en la cuenta que esta Sala tiene abierta en BANCO SANTANDER (oficina indicada en el párrafo anterior), cuenta Nº 0965 0000 80, añadiendo a continuación seis dígitos. De ellos los cuatro primeros serán los correspondientes al número de rollo de esta Sala y dos restantes los dos últimos del año de dicho rollo, por lo que la cuenta en la que debe ingresarse se compone de 16 dígitos. La parte recurrente deberá acreditar que lo ha efectuado al tiempo de preparar el recurso en esta Secretaría.

Podrá sustituirse la consignación en metálico por el aseguramiento de la condena por aval solidario emitido por una entidad de crédito dicho aval deberá ser de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento.

Para el caso que el depósito o la consignación no se realicen de forma presencial, sino mediante transferencia bancaria o por procedimientos telemáticos, en dichas operaciones deberán constar los siguientes datos:

La cuenta bancaria a la que se remitirá la suma es IBAN ES 55 0049 3569 920005001274. En el campo del "ordenante" se indicará el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y el NIF o CIF de la misma. Como "beneficiario" deberá constar la Sala Social del TSJ DE CATALUÑA. Finalmente, en el campo "observaciones o concepto de la transferencia" se introducirán los 16 dígitos indicados en los párrafos anteriores referidos al depósito y la consignación efectuados de forma presencial.

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

Publicación.- La anterior sentencia ha sido leída y publicada en el día de su fecha por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, de lo que doy fe.