



Roj: **STSJ M 6450/2016 - ECLI:ES:TSJM:2016:6450**

Id Cendoj: **28079340032016100352**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **25/05/2016**

Nº de Recurso: **66/2016**

Nº de Resolución: **339/2016**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **LUIS GASCON VERA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 03 de lo Social

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

Teléfono: 914931930

Fax: 914931958

34002650

NIG : 28.079.00.4-2015/0005367

Procedimiento Recurso de Suplicación 66/2016

ORIGEN: Juzgado de lo Social nº 08 de Madrid Despidos / Ceses en general 123/2015

Materia : Despido

Sentencia número: 339/16-FG

Ilmos. Sres.

Dña. VIRGINIA GARCÍA ALARCÓN

D. JOSE IGNACIO DE ORO PULIDO SANZ

D. LUIS GASCÓN VERA

En Madrid, a veinticinco de mayo de dos mil dieciséis, habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección 3 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 66/2016, formalizado por el Letrado D. ANDRES ARRIBAS CHAVES en nombre y representación de EMSAL LIMPIEZAS SL, contra la sentencia de fecha 23/06/2015 dictada por el Juzgado de lo Social nº 08 de Madrid en sus autos número Despidos / Ceses en general 123/2015, seguidos a instancia de Dña. Macarena frente a DOCTOR PISCIPOL, S.L., ASOSER MASDEP, S.L., COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DE C/ DIRECCION000 Nº NUM000 DE MADRID, EMSAL LIMPIEZAS SL, en reclamación por Despido, siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo./Ilma. Sr./Sra. D./Dña. LUIS GASCÓN VERA, 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: La demandante, D^{ÑA}. Macarena , que no ostenta ni ha ostentado la representación legal o sindical de los trabajadores, ha venido trabajando para la empresa demandada, EMSAL SERVICIOS S.L., con antigüedad de 15.9.2006, categoría profesional de Limpiadora y cobrando un salario mensual de 680,62€ con inclusión de la parte proporcional de pagas extras en virtud de contrato de trabajo indefinido a tiempo parcial (hecho no controvertido)

SEGUNDO: La actora desempeñaba sus funciones en jornada de 20 horas semanales de lunes a viernes de 8,00 a 12,00 horas en la COMUNIDAD DE PROPIETARIOS de C/ DIRECCION000 NUM000 de Madrid (hecho no controvertido)

TERCERO: Con fecha 30 de diciembre la empresa notifica a la actora carta fechada el 30.12.2014 en la que le comunica que el día 31 de diciembre de 2014 finaliza el contrato de arrendamiento del servicio de mantenimiento de limpieza con la Comunidad de Propietarios DIRECCION000 NUM000 . Se añade que como la Comunidad no ha comunicado la nueva empresa que prestará el servicio de limpieza "teniendo por lo visto intención de encargarse ellos del mismo" la actora causará baja en la empresa con dicha fecha de efectos debiendo hacerse cargo de la misma bien la nueva empresa que contrate la Comunidad o bien la propia comunidad de conformidad con el art.24 del Convenio Colectivo . La actora firma la recepción del documento "no conforme" (documento 2 acompañado a la demanda y 2 Emsal y declaración del gerente de EMSAL)

CUARTO: Previamente a la notificación por escrito la empresa Emsal ya había advertido a la actora que la prestación de servicios para la Comunidad cesaría el día 1 de enero de 2015 (declaración gerente Emsal)

QUINTO: La Comunidad de Propietarios de la C/ DIRECCION000 NUM000 tenía contratado con Emsal, además del servicio de limpieza, la prestación del servicio de conserjería y control de accesos 24 horas desde diciembre de 2011 que incluía a cuatro empleados con categoría profesional de Controladores/Ordenanzas para realizar las funciones de vigilancia y control de accesos, pequeños trabajos de mantenimiento y limpieza de zonas comunes, cuartos de basura, papeleras de exteriores...(documento 1 Comunidad de Propietarios)

SEXTO: Con fecha 27 de octubre de 2014 la Comunidad comunica a la empresa EMSAL que en relación a los contratos que tiene suscritos con ella no se renovará ninguno a la fecha de su vencimiento a finales de 2014, quedando resueltos los mismo (folio 85)

SEPTIMO: Con fecha 1.12.2014 la Comunidad suscribe con ASOSER MADESP S.L. contrato para la prestación de servicio de conserjería, jardinería, grupos de presión y DDD (documento 2 Comunidad)

OCTAVO: Con fecha 1.4.2015 la Comunidad contrata con el trabajador autónomo D. Claudio la actividad de limpieza de portales, ascensor, rellano de pisos y resto que antes estaban contratados con el personal de limpieza de Emsal (documento 3 Comunidad)

NOVENO: Por EMSAL se hizo entrega con fecha 30.12.2014 a la Comunidad de Propietarios de la documentación relativa a la actora que se relaciona en el documento nº4 a 9 que se aporta cuyo contenido se tiene por reproducido.

DECIMO: La empresa DOCTOR PISCIPPOOL S.L. se encarga del mantenimiento de la piscina de la Comunidad (hecho admitido por las partes)

UNDECIMO: La anterior empresa dio de alta a los Conserjes que prestaban servicios para Emsal en la Comunidad como trabajadores propios del 1 al 15 de enero pasando a la empresa ASOSER a continuación con antigüedad de 1.1.2015 (documento 22 Emsal, interrogatorio representante legal empresa Piscipool y declaración Gerente EMSAL)

DUODECIMO: La empresa EMSAL retiró el material de limpieza que tenía en la Comunidad el día 1 o 2 de enero (interrogatorio de la trabajadora)

DECIMOTERCERO: La actora continuó acudiendo a la Comunidad hasta el día 11 de enero aproximadamente pese a que se le había comunicado ya su baja en la empresa Emsal y tanto el Presidente de la Comunidad como



el supervisor de EMSAL le advirtieron que ya no podía trabajar ya allí (interrogatorio de partes y documento 2 EMSAL).

DECIMOCUARTO: La actora además del servicio de limpieza en los portales realizaba labores de limpieza en casas particulares para algunos vecinos de la Comunidad de Propietarios (interrogatorio actora y Presidente de la Comunidad)

DECIMOQUINTO: A la actora le ofrecieron continuar prestando servicios en la Comunidad con una reducción de su sueldo no aceptando ésta (interrogatorio parte actora y representante legal Piscipool).

DECIMOSEXTO: La conciliación previa entre partes se celebró sin avenencia (folio 11)

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

Que desestimando la excepción de falta de legitimación pasiva y estimando parcialmente la demanda formulada por DÑA. Macarena contra EMSAL SERVICIOS S.L., COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DE C/ DIRECCION000 NUM000 , DOCTOR PISCIPOL S.L. y ASOSER MADESP S.L. DEBO DECLARAR Y DECLARO improcedente el despido de la demandante, y en su consecuencia DEBO CONDENAR Y CONDENO a la empresa EMSAL a que, a opción de la misma, readmita a la trabajadora o le abone una indemnización de 7.702,35€ y, caso de optar por la readmisión, a que les abone los salarios dejados de percibir desde la fecha de efectos del despido (31.12.2014) hasta la fecha de notificación de la presente sentencia ABSOLVIENDO a la COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DE C/ DIRECCION000 NUM000 , DOCTOR PISCIPOL S.L. y ASOSER MADESP S.L. de la pretensión formulada frente a ella.

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte EMSAL LIMPIEZAS SL, formalizándolo posteriormente; tal recurso fue objeto de impugnación por el Letrado D. Santiago Arderius Arderius, en nombre y representación de las contrapartes DOCTOR PISCIPOL, S.L. y ASOSER MASDEP, S.L.

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 04/02/2016, 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 24/05/2016 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.- La sentencia de instancia, previa desestimación de la falta de legitimación pasiva, ha estimado parcialmente la demanda de despido rectora de las presentes actuaciones, declarando la improcedencia del cese de la actora, condenando por ello a la empresa Emsal Servicios SL a las consecuencias jurídicas inherentes a tal calificación, absolviendo por su parte al resto de las codemandadas de los pedimentos formulados en su contra.

Disconforme con el sentido del fallo se alza la representación letrada de la empresa condenada interponiendo recurso de suplicación que articula en tres motivos, todos ellos formulados con adecuado encaje procesal, dedicando los tres primeros a la revisión fáctica de la sentencia, siendo el cuarto de censura jurídica.

SEGUNDO.- Así interesa la parte recurrente en la primera de las pretensiones indicadas la modificación del hecho probado quinto, para el que se propone, al sustento documental obrante en autos a los folios 86 a 90, un texto alternativo en el que se suprime cualquier referencia a la existencia de un contrato de limpieza entre la comunidad de propietarios demandada y la empresa Emsal Servicios SL, quedando como única relación contractual entre las partes la de prestación del servicio de conserjería y control de accesos.

Propuesta que no puede ser atendida en la medida que lo que pretende la parte recurrente con su postulación es alterar el relato judicial de los hechos sobre la consideración de que no ha quedado acreditado en los autos la existencia del correspondiente contrato para la prestación de servicios de limpieza, cuando sabido es que no resulta asumible la supresión de una afirmación fáctica por entenderlo huérfano de prueba, en cuanto que tal afirmación exige, para su apreciación, la necesidad de examinarla toda, incluyendo los elementos de convicción formados en la propia inmediatividad del Juicio Oral, lo que no es posible dado los estrechos contornos en los que se desarrolla este trámite de recurso. Por lo que la alegación de inexistencia de pruebas, denominada por la doctrina "obstrucción negativa", carece de eficacia revisora en suplicación dadas las amplias facultades que el art. 97.2 de la LRJS otorga al Juzgador "a quo" para la apreciación de los elementos de convicción - Sentencias de esta Sala de 19 mayo 1998 ; 22 de abril y 19 de octubre de 1999 ; 29 de febrero , 21 y 28 de



marzo y 23 de octubre de 2000 ; 20 de diciembre de 2001 ; 9 de julio , 29 de octubre y 5 de diciembre de 2002 y 13 de marzo de 2001 , entre otras.

Sin que por otro lado de las nóminas aportadas por la empresa Emsal Servicios SL sea apreciable la veracidad de lo que se afirma como hecho probado, pues de la circunstancia de que sólo prestasen servicios para la empresa tres Conserjes a fecha 31 de diciembre de 2014 no es posible colegir de un modo patente y directo, sino en un plano puramente deductivo, la existencia de un único contrato entre la recurrente y la comunidad de propietarios, por más que en el contrato aludido se haga mención a la limpieza de mobiliario urbano, acceso a garaje, zonas comunes y cubos de basura, las cuales no pueden comprender la más amplia de limpieza de portales, ascensor, rellano de pisos, que a su vez, conforme resulta del hecho probado octavo -que además resulta incombustible- tenía también encomendada la empresa Emsal Servicios SL.

TERCERO.- Igual suerte de rechazo debe seguirse en relación al segundo de los motivos del recurso, en el que en relación al hecho probado sexto y de manera similar al precedente sobre idéntica base documental, se encamina a singularizar la relación contractual que mantenían la empresa antedicha con la comunidad de propietarios. Desestimación que, en buena lógica, tiene su fundamento en las mismas razones que han determinado el fracaso del motivo anterior.

CUARTO.- Como, en fin, debe ser desestimada la pretensión recurrente plasmada en el tercero de los motivos, atinente en este caso al hecho probado décimo de la sentencia, y ello no sólo porque al igual que los motivos anteriores la petición carece de prueba documental o pericial que lo secunde -ha de observarse que ninguna cita se hace a tal efecto-, sino porque además se parte de una premisa, que, como ya ha quedado indicado, no ha sido acreditada, como es la circunstancia de que la comunidad de propietarios ha suscrito con la empresa Emsal Servicios SL una única prestación de servicios, la de conserjería. Sin que, por otro lado, la redacción del hecho probado undécimo entre en contradicción con la versión original del hecho probado combatido.

QUINTO.- Dedicar el recurso el cuarto y último de los motivos a la infracción de norma de derecho sustantivo, censura que se concreta en la denuncia del artículo 44 del ET en que a juicio de la empresa recurrente ha incurrido la sentencia de instancia. Arguye en sustento de su pretensión que en el caso de autos nos encontramos ante un supuesto de subrogación empresarial por sucesión de plantilla de lo que se deriva que la empresa Doctor Piscipool SL debería haberse hecho cargo de la trabajadora accionante al haber sucedido a la empresa Emsal Servicios SL en toda la actividad anteriormente contratada -conserjería y limpieza- integrando en su plantilla a tres de los trabajadores que junto a la demandante prestaban sus servicios en la anterior mercantil.

El motivo debe fracasar pues aun sin desconocer la doctrina legal conformadora de la denominada "sucesión de plantilla" en aplicación del artículo 44 del ET que se dice infringido, lo cierto es que no se dan en esta litis los condicionantes necesarios para su aplicación. En efecto, como consta del inmodificado relato de hechos probados la demandante Dña. Macarena vino trabajando para la empresa Emsal Servicios SL con antigüedad de 15 de septiembre de 2006 con categoría profesional de Limpiadora en virtud de contrato indefinido a tiempo parcial, desempeñando tales funciones en jornada de 20 horas semanales de lunes a viernes de 8:00 a 12:00 horas en la Comunidad de Propietarios de la calle DIRECCION000 nº NUM000 (hechos probados primero y segundo). Siendo de reseñar que además de este servicio de limpieza la comunidad de propietarios citada tenía suscrito con la misma empresa la prestación del servicio de conserjería y control de acceso 24 horas desde diciembre de 2011 que incluía a 4 empleados con categoría profesional de Controladores/ Ordenanzas, servicio que conllevaba, amén de las funciones de vigilancia y control referidas, pequeños trabajos de mantenimiento y limpieza de zonas comunes, cuartos de basura o papeleras exteriores, entre otras (hecho probado quinto). Mientras que las labores de limpieza propiamente dichas, al margen del contrato de conserjería y control de acceso, consistían principalmente en la limpieza de portales, ascensores, rellanos, escalera y cristales (fundamento de derecho segundo con valor fáctico). Pues bien, con fecha de 27 de octubre de 2014 la comunidad de propietarios comunica a la empresa Emsal Servicios SL la no renovación a la fecha de su vencimiento -lo que tendría lugar el 31 de diciembre de 2014- de ninguno de los contratos hasta entonces en vigor, notificando a su vez la empresa a la actora este hecho el 30 de diciembre de 2014 y la consiguiente baja en la empresa con efectos 31 de diciembre de 2014 (hechos probados tercero y sexto). Y aunque resulta llamativo que llegado este plazo y hasta el 1 de abril de 2014 -momento en el que formaliza contrato de arrendamiento de servicios con el trabajador autónomo del Claudio (hecho probado octavo)- la comunidad de propietarios no encomendase a nadie tales funciones de limpieza -aunque también debe advertirse que según se infiere del último párrafo del segundo de los fundamentos de derecho de la sentencia de instancia la comunidad asumió en este periodo directamente la limpieza de los portales-, lo cierto y verdad es que desde el 1 de enero de 2014 no consta que ninguna otra empresa hubiese asumido las labores de limpieza de la comunidad ni tácitamente, pues lo único que se constata de la narración judicial de los hechos es que la empresa Doctor Piscipool SL, que tenía encomendada desde hace años el servicio de mantenimiento de la piscina de



la finca (hecho probado décimo), ofreciera a la actora continuar prestando servicios en la comunidad con una reducción de sueldo, ofrecimiento que fue rechazado por esta trabajadora (hecho probado décimo quinto), por lo que no es posible apreciar en este caso la sucesión de plantilla que se aduce en el motivo.

Por otro lado el artículo 24 del Convenio Colectivo del sector de limpieza de edificios y locales de la Comunidad de Madrid para los años 2012, 2013 y 2014 en su apartado 1 disciplina "En todos los supuestos de finalización, pérdida, rescisión, cesión o rescate de una contrata, así como respecto de cualquier otra figura o modalidad que suponga el cambio en el adjudicatario del servicio que lleven a cabo la actividad de que se trate, los trabajadores de la empresa saliente pasarán a estar adscritos a la nueva titular de la contrata que vaya a realizar el servicio, respetando esta los derechos y obligaciones que disfruten en la empresa saliente del servicio", por lo que al no haber asumido la empresa Doctor Piscipool SL la nueva contrata de limpieza en la comunidad de propietarios, pues, como ha quedado referido, únicamente se hizo cargo durante los primeros quince días de enero de 2015 de los servicios de conserjería, tampoco por razón del convenio colectivo de aplicación le puede deparar la responsabilidad contemplada en el precepto transcrito y por ende las consecuencias jurídicas derivadas de su incumplimiento, por más que la empresa recurrente hubiese observado los presupuestos legales a que hace méritos el artículo 24.2 de la norma colectiva de referencia.

Sin que, dados los estrechos contornos en que ha quedado conformado el debate en esta sede de suplicación y en coherencia con el suplico del recurso, pueda ser abordado en esta instancia la posible responsabilidad que pudiera asumir la comunidad de propietarios, teniendo en cuenta que esta comunidad, tras asumir ella misma la limpieza de los portales, encomendó el servicio de limpieza a un trabajador de nueva contratación tres meses después de haber rescindido la contrata con la empresa Emsal Servicios SL.

Con todo, el motivo debe claudicar y con ello el recurso, lo que lleva necesariamente aparejado la integra confirmación del fallo de instancia.

SEXTO.- La plena desestimación del recurso formulado lleva aparejado la condena en costas a la parte demandada recurrente, por no gozar del beneficio de justicia gratuita, costas en las que se incluirán los honorarios del Letrado de la parte que ha impugnado el recurso, lo que se fija en 300 euros.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación formulado por EMSAL LIMPIEZAS S.L., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 08 de Madrid, de fecha tres de septiembre de dos mil quince, en el procedimiento seguido a instancia de D^a Macarena frente a ASOSER MASPED S.L., DOCTOR PISCIPOOL S.L., COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DE DIRECCION000 Y EMSAL LIMPIEZAS S.L., en reclamación por despido y, en su consecuencia, debemos confirmar y confirmamos la expresada resolución, con imposición de costas a la parte demandada recurrente, cuantificándose estas en 300 euros, que deberán satisfacer a la parte actora impugnante, así como a la pérdida de los depósitos y consignaciones a los que se dará 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 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 2828-0000-00-0066-16 que esta Sección tiene abierta en BANCO SANTANDER sita en Paseo 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:

Emitir la transferencia a la cuenta bancaria de 20 dígitos (CCC) siguiente:



Clave entidad

0049

Clave sucursal

3569

D.C.

92

Número de cuenta

0005001274

I.B.A.N: 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. **MUY IMPORTANTE** : Estos 16 dígitos correspondientes al procedimiento tienen que consignarse en un solo bloque. Es importante que este bloque de 16 dígitos este separado de lo que se ponga en el resto del campo por espacios. **Si no se consignan estos dieciséis dígitos o se escriben erróneamente, la transferencia será repelida por imposibilidad de identificación del expediente judicial y será devuelta a origen** . 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).

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

por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado-Ponente en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.