



Roj: **STSJ GAL 7836/2016 - ECLI:ES:TSJGAL:2016:7836**

Id Cendoj: **15030340012016105574**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **31/10/2016**

Nº de Recurso: **1367/2016**

Nº de Resolución: **6044/2016**

Procedimiento: **RECURSO SUPLICACION**

Ponente: **CARLOS VILLARINO MOURE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL A CORUÑA

PLAZA DE GALICIA

Tfno: 981184 845/959/939

Fax: 881881133 /981184853

NIG: 15036 44 4 2015 0001069

Equipo/usuario: MC

Modelo: 402250

RSU RECURSO SUPLICACION 0001367 /2016 MCR

Procedimiento origen: DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000516 /2015

Sobre: DESPIDO DISCIPLINARIO

RECURRENTE/S D/ña PROMAN SERVICIOS GENERALES SL

ABOGADO/A: JOSE LUIS CARRACEDO NUÑEZ

PROCURADOR: RAFAEL RODRIGUEZ RAMOS

GRADUADO/A SOCIAL:

RECURRIDO/S D/ña: SERVICIOS DE APARCAMIENTOS, PUERTAS Y CONTROL DE GALICIA, Ambrosio ,
Cristobal

ABOGADO/A: MARCELINO MARTINEZ VAZQUEZ, JOSE LOPEZ COIRA

PROCURADOR: JOSE MARTIN GUIMARAENS MARTINEZ

GRADUADO/A SOCIAL:

ILMO. SR. D. ANTONIO GARCIA AMOR

ILMA. SRA. D^a M^a TERESA CONDE PUMPIDO TOURON

ILMO. SR. D. CARLOS VILLARINO MOURE

En A CORUÑA, a treinta y uno de octubre de dos mil dieciséis.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, el T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL, 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

SENTENCIA

En el RECURSO SUPPLICACION 0001367 /2016, formalizado por el/la letrado D/D^a JOSE LUIS CARRACEDO NUÑEZ, en nombre y representación de PROMAN SERVICIOS GENERALES SL, contra la sentencia dictada por XDO. DO SOCIAL N. 2 de FERROL en el procedimiento DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000516 /2015, seguidos a instancia de Ambrosio , Cristobal frente a SERVICIOS DE APARCAMIENTOS, PUERTAS Y CONTROL DE GALICIA, PROMAN SERVICIOS GENERALES SL, siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo/a Sr/Sra D/D^a CARLOS VILLARINO MOURE.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: D/D^a Ambrosio , Cristobal presentó demanda contra SERVICIOS DE APARCAMIENTOS, PUERTAS Y CONTROL DE GALICIA, PROMAN SERVICIOS GENERALES SL, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia de fecha veintisiete de noviembre de dos mil quince

SEGUNDO: En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados:

PRIMERO.- Los dos actores prestaban sus servicios para la empresa demandada SERVIGALICIA, ostentando ambos la categoría profesional de Técnicos no cualificados nivel II, y con las siguientes circunstancias laborales relativas a antigüedad y salario mensual bruto prorrateado:

1. D. Ambrosio : 01-10-04 y 910?41 euros.

2.- D. Cristobal : 04-10-04 y 915?29 euros.

CUARTO.- Por sentencia del Juzgado Social 1 de esta ciudad de 29-05-15 , que está pendiente de recurso de suplicación, se declaró la improcedencia del despido de los dos demandantes, de fecha 31-12-14, y se condenó a la empresa SERVIGALICIA a los efectos legales inherentes. Esta empresa ejercitó la opción a favor de la readmisión en fecha 15-06-15.

QUINTO.- Con fecha 01-07-15 PROMAN formalizó contrato administrativo de servicio, derivado de Acuerdo Marco, con el Ministerio de Defensa, constituyendo su objeto los servicios de control de accesos a los CDSCAS de Ferrol, con efectos desde dicha fecha, hasta el 31-12-15. El Pliego de Prescripciones Técnicas del Acuerdo Marco, figura entre otros al documento 4 de PROMAN y se tiene por reproducido.

SEXTO.- Mediante idénticas cartas de 22-06-15 SERVIGALICIA notificó a los actores la finalización del contrato con el Ministerio de Defensa, indicándoles que la nueva adjudicataria del servicio era la codemandada PROMAN, que había manifestado que no procedía la subrogación; y en consecuencia procedía a extinguir sus contratos de trabajo por causas productivas, con efectos de 30-06-15. El contenido de esta comunicación, que figura entre otros como documento 6 del ramo de prueba de los demandantes se tiene por reproducido en este apartado. En esa misma fecha la referida empresa transfirió en concepto de indemnización a cada demanda te en el orden citado en el hecho primero anterior, la cantidad de 6.739?61 euros y 6.559?57 euros.

SEPTIMO.- SERVIGALICIA tenía asignados al servicio en los CDSCA'S de Oficiales y Suboficiales de Ferrol a un total de 7 trabajadores, todos ellos dados de baja en la cuenta de cotización el día 30-06-15.

OCTAVO.- PROMAN tenía dados de alta en su cuenta de cotización a 3 trabajadores, habiendo sido dado de baja uno de ellos el 01-04-15. Ninguno de los tres fue trabajador de SERVIGALICIA.

NOVENO.- El acto previo de conciliación se celebró con resultado de sin avenencia.

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

Estimo la demanda formulada frente a SERVICIOS DE APARCAMIENTOS PUERTAS Y CONTROL DE GALICIA S.L., (SERVIGALICIA) y PROMAN SERVICIOS GENERALES S.L., (PROMAN) y declaro la improcedencia del despido de que fueron objeto los demandantes por parte de la empresa PROMAN SERVICIOS GENERALES S. L, (PROMAN), a la que condeno a que, a su elección, que deberá manifestar ante este juzgado en el plazo máximo de cinco días a contar desde la notificación de esta sentencia, readmita a los actores en sus mismos puestos de trabajo, con abono de los salarios dejados de percibir desde el 30- 06-15 a razón de la cantidad diaria bruta prorrateada que se indicará seguidamente, o les indemnice en la cantidad respectiva que también



se concretará, supuesto que determinará la extinción del contrato de trabajo el día 30-06-15, y entendiéndose finalmente que en caso de no efectuar la opción en el plazo concedido, procederá la readmisión.

Absuelvo de la demanda a la empresa SERVICIOS DE APARCAMIENTOS PUERTAS Y CONTROL DE GALICIA S.L., (SERVIGALICIA), con desestimación de la excepción de litispendencia, y rechazando la formulación de reconvenición, ambas alegadas por esta empresa.

NOMBRE SALARIO DIA INDEMNIZACION

1.- D. Ambrosio : 30?35 euros 13.467?81 euros

2.- D. Cristobal : 30?51 euros 13.538?81 euros

CUARTO: Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandada Proman Servicios Generales SL, siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el pase de los mismos al ponente, procediéndose a dictar la presente sentencia tras la deliberación correspondiente. Con carácter previo y habiéndose aportado un documento en suplicación, se admitió el mismo siguiéndose el trámite del art. 233.1 LRJS .

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes:

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- *Aproximación general al objeto del recurso*

La sentencia de instancia estimó la acción de impugnación de despido ejercitada por los dos trabajadores demandantes frente a Proman Servicios Generales SL (Proman), declarando la improcedencia del despido con los consiguientes pronunciamientos. Todo ello por entender que tal empresa debió subrogarse en la relación laboral de los demandantes, al ser la nueva adjudicataria de la contrata. Por otro lado, se absolvió a la codemandada Servicios de Aparcamientos Puertas y Control de Galicia SL (Servigalicia).

La condenada Proman recurre en suplicación al amparo del art. 193 c) LRJS y solicita que se revoque la sentencia recurrida y se declare que la extinción del contrato de los demandantes supone un despido improcedente por parte de Servigalicia, con la consiguiente condena, y que no se produce obligación de subrogación por sucesión de plantillas que afecte a la citada Proman.

Se impugnó el recurso de suplicación por la citada Servigalicia, solicitando que se confirme la sentencia recurrida, o, subsidiariamente, que se declare que la extinción por causas objetivas de Servigalicia es ajustada a derecho.

Se impugnó también el recurso por los trabajadores instando que se desestime el recurso presentado, y, subsidiariamente, si se estima el mismo y se considera que no hubo sucesión de empresa, se dicte sentencia declarando la improcedencia de la extinción por causas objetivas acordada por Servigalicia con los consiguientes pronunciamientos.

SEGUNDO.- *Motivos de recurso al amparo del art. 193 c) LRJS*

La parte recurrente, Proman, alega como motivo de recurso, al amparo del art. 193 c) LRJS " *Examinar las infracciones de normas sustantivas o de la jurisprudencia* " la infracción del art. 44 ET "y su interpretación jurisprudencial", citando en tal sentido la STS de 10-7-14 , y la STS de 27-4-15 , así como otras de este TSJ que no obstante al amparo del art. 1.6 Cc no tienen la consideración de jurisprudencia a los efectos del art. 193 c) LRJS . Alega en esencia que en los casos en que se trate de una actividad en la que la prestación de servicios recae en mano de obra, sin que exista transmisión de medios materiales o patrimoniales, la sucesión sólo puede venir motivada porque venga prevista en el pliego de condiciones, en el convenio colectivo o por asunción de plantilla. Se señala en tal sentido que nada se prevé en convenio ni en el pliego de condiciones, y por otro lado, que no hubo una transmisión de medios materiales ni una asunción de plantillas, por lo que la recurrente no tenía, en definitiva, dice la misma, obligación de subrogarse en la relación laboral de los demandantes, con lo que ninguno despido se produjo por esa negativa a subrogarse en tales relaciones laborales.

En segundo lugar, tal recurrente alega infracción del art. 49.1 , 42 y 53 del ET , entendiendo que la " *comunicación unilateral y justificada de Servigalicia despliega todos los efectos extintivos de una relación laboral* " , y señala que tales efectos los producirá únicamente respecto de tal empresa.

Fruto de ello solicita que no existiendo obligación de subrogarse en las relaciones laborales de los trabajadores despedidos por parte de la recurrente Proman, se declare la improcedencia del despido de Servigalicia.



Por otro lado, los trabajadores demandantes en el escrito de impugnación señalan que sí ha existido sucesión de empresa y por tanto ha de confirmarse la sentencia recurrida, y, subsidiariamente, entienden que debería declararse la improcedencia del despido de Servigalicia " *por carecer tanto de forma adecuada como de causa cierta* ". Se indica en tal sentido, además, que en el momento de la readmisión de los demandantes mediante escrito de 15 de junio de 2015 ya conocía Servigalicia que su contrato de prestación de servicios con el Ministerio de Defensa concluía su vigencia el 30-6-15 y que la adjudicataria era otra empresa.

Por parte de Servigalicia se señala en su escrito de impugnación que sí existió sucesión de plantillas, debiendo confirmarse la sentencia recurrida. Por otro lado, señala que en otro caso la decisión adoptada por la misma sería un despido ajustado a derecho por causas productivas.

Pues bien, en primer lugar, procede entrar a analizar si ha existido la sucesión empresarial apreciada en la sentencia recurrida. La misma señala que ha existido una sucesión empresarial en los términos del art. 44 ET .

Dicho esto entendemos que procede estimar el motivo de recurso en tanto no existió obligación de subrogarse en los contratos de los trabajadores por parte de Proman al amparo del art. 44 ET , al no existir sucesión de empresas. Y ello dado que:

-No se ha alegado por las partes en vía de suplicación ni consta tampoco en la sentencia recurrida la existencia de obligación alguna de subrogación fruto del pliego de condiciones o de convenio colectivo. No procede por tanto analizar tales cuestiones pues comportarían introducir una cuestión nueva que no consta alegada en la instancia ni en suplicación por los recurrentes, lo que desnaturalizaría el carácter extraordinario del recurso que nos ocupa.

-Consta en la sentencia que el contrato administrativo por el que cual Servigalicia prestaba el servicio de información y atención al usuario en el acceso a las instalaciones de los CDSCA?S de Oficiales y Suboficiales de Ferrol hasta el 30-6-15, y el contrato por el que Proman vino prestando el servicio de control de accesos a los CDSCA?S Ferrol desde el 1 de julio de 2015 entre los cuales se produjo una sucesión de contratistas, se realizaban únicamente con mano de obra, siendo el principal elemento material empleado los uniformes; con lo que cabe concluir que se trataba de un servicio basado en esencia en la mano de obra hechos probados tercero, quinto, séptimo, y fundamento jurídico cuarto, quinto.

-Servigalicia tenía asignados a tal servicio un total de siete trabajadores, todo ellos dados de baja el 30-7-15. Y, por otro lado, no consta que Proman haya desempeñado tal servicio con ninguno de los citados trabajadores hecho probado séptimo y octavo. Proman ha destinado a tal servicio a dos trabajadores, ninguno de ellos era trabajador de Servigalicia fto. Jco. 5º, con valor de hecho probado

Tales extremos no han sido, además, controvertidos en suplicación.

Siendo esto así, entendemos que ha de interpretarse el art. 44 ET con arreglo al criterio sentado por el Tribunal Supremo que, partiendo de la jurisprudencia del TJUE, ha venido estableciendo los requisitos que han de concurrir para que en el caso de una actividad que se funda esencialmente en la mano de obra, pueda entenderse que existe una obligación de subrogación en los contratos de trabajo por la empresa entrante fruto de una sucesión de plantillas.

Señala así la STS de 7 de junio de 2016 (rec: 2911/2014):

"La cuestión litigiosa ha sido resuelta por esta Sala, entre otras, en las SSTS/IV de 9-julio-2014 (rcud. 1201/2013) y 10-julio- 2014 (rcud. 1051/2013). Señala esta última en lo que aquí interesa, recordando la STS/IV de 24 de julio de 2013 (rec. 3228/2012):

"Procede señalar a este respecto que la sucesión de empresa, regulada en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores , impone al empresario que pasa a ser nuevo titular de la empresa, el centro de trabajo o una unidad productiva autónoma de la misma, la subrogación en los derechos laborales y de Seguridad Social que tenía el anterior titular con sus trabajadores, subrogación que opera "ope legis" sin requerir la existencia de un acuerdo expreso entre las partes, sin perjuicio de las responsabilidades que para cedente y cesionario establece el apartado 3 del precitado artículo 44.

La interpretación de la norma ha de realizarse, tal como retiradamente ha venido señalando la jurisprudencia de esta Sala, a la luz de la normativa Comunitaria Europea -Directiva 77/187 CEE, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspaso de empresas, de centros de actividad o de parte de empresas o de centros de actividad, sustituida por la Directiva 98/50 CE de 29 de junio de 1998 y por la actualmente vigente Directiva 2001/23 CE, del Consejo de 12 de marzo de 2001- y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.



La sentencia de 12 de diciembre de 2002, recurso 764/02, con cita de la de 1 de diciembre de 1999 establece lo siguiente: "El supuesto de hecho del art. 44 del E.T., al que se anuda la consecuencia jurídica de la sucesión o subrogación de un nuevo empleador en la posición del anterior empresario, presenta una cierta complejidad. La ley española lo describe en términos genéricos como "cambio de titularidad" de la empresa, centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma". Dejando a un lado el caso especial de sucesión en la empresa "mortis causa" a que se refiere el art. 49.1 g. del ET., los acontecimientos constitutivos del cambio de titularidad de la empresa o de alguno de sus elementos dotado de autonomía productiva, han de ser, siguiendo la formulación de la propia ley española, actos "inter vivos" determinantes de una "transmisión" del objeto sobre el que versa (la "empresa" en su conjunto, un "centro de trabajo", o una "unidad productiva autónoma") por parte de un sujeto "cedente", que es el empresario anterior, a un sujeto "cesionario", que es el empresario sucesor.

La Directiva 98/59 CE, de 29 de junio de 1.998, ha aclarado este concepto genérico de transmisión o traspaso de empresa, a través de una serie de precisiones sobre el significado de la normativa comunitaria en la materia. Esta aclaración se efectúa, según puntualiza el preámbulo de dicha disposición de la CE, "a la luz de la jurisprudencia" del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. La exposición de motivos de la propia Directiva 98/50 se encarga de señalar a continuación, que la aclaración efectuada "no supone una modificación del ámbito de aplicación de la Directiva 77/187/CEE de acuerdo con la interpretación del Tribunal".

Una primera precisión sobre el concepto de transmisión o traspaso de empresa del nuevo art. 1 de la Directiva Comunitaria se refiere a los actos de transmisión de empresa comprendidos en el ámbito de aplicación de la normativa comunitaria, que pueden ser una "cesión contractual" o una "fusión" (art. 1.a.). Una segunda precisión versa sobre el objeto de la transmisión en dichos actos de transmisión o traspaso, que comprende en principio cualquier "entidad económica que mantenga su identidad" después de la transmisión o traspaso, entendiendo por tal "un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesoria" (ar. 1.b). Una tercera precisión del concepto de transmisión de empresa en el Derecho Comunitario, que no viene al presente caso, trata de las modalidades de su aplicación en las empresas y Administraciones Públicas (art. 1.c.)".

La normativa Comunitaria alude a "traspaso de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o centros de actividad" (artículo 1. a) de la Directiva 2001/23/CEE, del Consejo de 12 de marzo de 2001), en tanto el artículo 44.1 del Estatuto de los Trabajadores se refiere a "cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma", utilizándose en el apartado 2 de dicho artículo 44 la expresión "transmisión", procediendo a establecer en que supuestos se considera que existe sucesión de empresa de forma similar a la regulación contenida en el artículo 1 b) de la Directiva. En efecto, a tenor del precepto, se considera que existe sucesión de empresa, cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesoria (art. 1 b de la Directiva).

Esta Sala IV/TS, resolviendo supuesto sustancialmente idéntico, en sentencia de fecha 9-julio-2014 (rcud. 1201/2013), señala que: "Son elementos de hecho que se deben tener presentes para solucionar la litis los siguientes: Que entre la empresa principal o comitente y la anterior contratista existía un contrato para la prestación de servicios auxiliares (información y atención al cliente a la entrada al hipermercado, custodia de instalaciones, control de tránsito en zonas reservadas, control de entradas y orientación de clientes etc. etc.) en diferentes centros del territorio nacional. Ese contrato se rescindió con efectos del 1 de febrero de 2012, fecha en el que entró en vigor el contrato para la prestación de idénticos servicios, suscrito con la nueva contratista, quien ha contratado con igual categoría profesional a la gran mayoría del personal que prestaba servicios a la anterior en la Comunidad de Madrid con un nuevo contrato, sin reconocerles antigüedad alguna y abonándoles un salario inferior al que cobraban, al ser inferiores las retribuciones que para la misma categoría profesional establece el convenio colectivo de esta empresa.

Con estos antecedentes, procede estimar el recurso, como ha informado el Ministerio Fiscal, por cuanto concurren las circunstancias que dan lugar a lo que se ha llamado subrogación por " sucesión de plantillas". En efecto, se ha producido una sucesión en la actividad de prestación de los mismos servicios auxiliares en determinados hipermercados y la empresa entrante ha asumido una gran parte de la mano de obra (más del 70 por 100) de la anterior, trabajadores a quienes ha empleado en los mismos hipermercados en los que venía trabajando, sin que la nueva empleadora, aparte de algún trabajador propio, haya aportado elementos materiales que fuesen necesarios para el desarrollo de la actividad, lo que evidencia que lo esencial para los "servicios auxiliares" que presta es la cualificación y experiencia profesional de los trabajadores que emplea y no la aportación de elementos materiales necesarios para la producción, máxime cuando tal aportación no consta.

Las argumentaciones relativas a que, como se trata de una contrata global sobre prestación de servicios en centros repartidos por todo el territorio nacional, la unidad productiva cedida es "la contrata en su totalidad", debe ser a nivel de la contrata en general como hay que computar la asunción de la mayoría de la plantilla anterior, lo



que impide que la subrogación opere por centros de trabajo o por provincias u otro tipo de división territorial, no son acogibles por las siguientes razones: Primera.- Porque la contrata no es una unidad productiva autónoma a los efectos del art. 44 del E.T., como ya ha señalado esta Sala en sus sentencias de 5 de abril de 1993 (R. 702/92), 10 de diciembre de 1997 (R. 164/97) y 24 de julio de 2013 (R.3228/12). La contrata, como su nombre indica, es el contrato por el que una empresa se compromete a prestar a otra un servicio a cambio de un precio o a ejecutar la obra que se le encomienda. El contratista adquiere el derecho a prestar el servicio o a ejecutar la obra pero no adquiere ninguna empresa, ni ninguna actividad productiva autónoma en el sentido del art. 44-1 del E.T. porque nada se transmite a quien celebra un contrato de arrendamiento de obra o de servicios".

En definitiva, no pueden confundirse los conceptos de "contrata" y transmisión de empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma, pues se trata de contratos de naturaleza y contenido diferentes, dado que el primero no requiere la transmisión de los elementos patrimoniales necesarios para configurar una estructura empresarial, organización empresarial que en principio tiene el contratista. Y, como señala la referida sentencia, la mera sucesión de contratistas no está contemplada en el artículo 44 del E.T. cuando no existe transmisión de activos patrimoniales necesarios para la explotación contratada, pero la subrogación empresarial que el citado precepto estatutario impone si se produce cuando se transmite una organización empresarial en aquellos supuestos denominados "sucesión de plantillas", en los que la actividad descansa, esencialmente, en el factor humano, en la organización y dirección de la actividad del personal cualificado que se emplea en la ejecución del servicio contratado, en la ejecución de la contrata. En los supuestos de "sucesión de plantillas" las obligaciones que impone el artículo 44 del E.T. operan en el ámbito en que esta sucesión tenga lugar, esto es a nivel de empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma en la que se asuma la mayor parte de la plantilla."

Y en los mismos términos la STS/IV de 5-marzo-2013 (rcud. 3984/2011) en la que se apoya la sentencia recurrida que la reproduce extensamente.

Igualmente la reciente STS de 7-abril de 2016 dictada en Pleno (rcud. 2269/2014), señala que: "en los supuestos de sucesión de contratistas la subrogación no opera en virtud del mandato estatutario - artículo 44 ET - si no se ha producido una transmisión de activos patrimoniales o una "sucesión de plantillas", en aquellos sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra - STS de 27 de octubre de 2004, rec. 899/02, que recoge la doctrina comunitaria-. La subrogación se produce en virtud del mandato contenido en el convenio colectivo aplicable. Por tanto, la asunción de los trabajadores de la empresa anterior no responde al supuesto de sucesión en la plantilla derivado del hecho de que la nueva contratista se haga cargo voluntariamente de la mayoría de los trabajadores que prestaban servicios en la contrata. Al contrario, en estos casos la sucesión de la plantilla es el resultado del cumplimiento de las disposiciones establecidas en el convenio aplicable. Dicho de otra manera: la nueva contratista podría haber empleado a su propio personal en la contrata y, sin embargo, se ve obligada por la norma convencional a hacerse cargo de los trabajadores que la empresa saliente tenía afectos a la contrata..."

Por consiguiente encontrándonos en el caso de autos ante una sucesión de contratas en donde la actividad transmitida descansa fundamentalmente en la mano de obra, y no habiéndose producido una incorporación por la nueva adjudicataria (PROMAN) de ningún trabajador de la empresa saliente para el desarrollo de esa actividad, no ha existido una sucesión de empresas y no existe obligación alguna de subrogación por parte de la empresa Proman ni al amparo del art. 44 ET, ni siquiera en la modalidad de sucesión de plantillas antes indicada.

Por ello, no existiendo obligación de subrogación por parte de Proman, no existió despido realizado por la misma y la sentencia recurrida ha de ser revocada.

Dicho esto, solicita la parte recurrente y también los trabajadores para el caso de que se entienda que no existió obligación de subrogarse por parte de Proman, y por tanto tampoco despido realizado por la misma que se proceda a declarar la improcedencia del despido comunicado por Servigalicia, a lo que la misma se opone.

Pues bien, con arreglo al art. 202.3 LRJS, estimado el motivo de recurso relativo a la inexistencia de sucesión de empresas, procede de acuerdo con lo interesado por las partes y a la vista del precepto citado, resolver "lo que corresponda, con preferencia de la resolución del fondo del litigio, dentro de los términos en que aparezca planteado el debate, incluso sobre extremos no resueltos en su momento en la sentencia recurrida por haber apreciado alguna circunstancia obstativa, así como, en su caso, sobre las alegaciones deducidas en los escritos de impugnación". Y en tal sentido entendemos que no existiendo obligación por parte de Proman de subrogarse en el contrato de trabajo de los demandantes, procede analizar la calificación de la extinción acordada por Servigalicia.

A este respecto en las cartas que se dan por reproducidas en el hecho probado sexto de la sentencia, se señala que se procede a la extinción por causas productivas al amparo del art. 52 c) ET en relación con el art. 51.1 ET. Como hechos que fundamentan tal causa se señala que " con fecha de 30/06/2015 finaliza nuestro contrato



con el Ministerio de Defensa del Servicio de Información y Atención al usuario en el Acceso a las instalaciones de los CDSC?S de Oficiales y Suboficiales de Ferrol, con nº de expediente NUM000 , ya que como sabrá, el nuevo adjudicatario es la empresa Proman Servicios... El cese en el servicio supondrá la pérdida de 720 horas mensuales (24 horas diarias) y carecemos de otro sitio donde proporcionarle ocupación... "

Tales hechos alegados en la carta han sido en esencia probados a la vista del relato de hechos probados y de la fundamentación jurídica de la sentencia recurrida. Consta en la misma que la nueva adjudicataria del servicio desde el 1-7-15 es Proman, cesando Servigalicia en la prestación del mismo el 30-6-15 hechos probados tercero, cuarto y séptimo, y fundamento jurídico quinto, además de ser un extremo que no consta controvertido. Por otro lado, los dos demandantes venían prestando servicios en el cumplimiento de la contrata indicada por parte de Servigalicia y anteriores contratistas desde el 1 de junio de 2014 hecho probado segundo y tercero.

Siendo esto así, entendemos que están acreditados en esencia los hechos recogidos en la carta, esto es la finalización de la contrata en ejecución de la cual los actores venían prestando servicios, y asimismo ello comporta una causa productiva en los términos del art. 52 c) en relación con el art. 51.1 ET , que concurre " *cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado "*.

Como señalamos en la STSJ Galicia de 17 de marzo de 2016 (rec: 4023/15): " *El supuesto típico de causa productiva es el descenso continuado e importante del volumen de pedidos, ventas, contrataciones, obras... que provoca una disminución de la actividad empresarial y de su facturación, originando un desequilibrio entre las necesidades productivas de la empresa y su mano de obra. La mención legal a cambios en la demanda de productos o servicios se ha interpretado por el Tribunal Supremo como una disminución de la carga de trabajo que justifica el despido por causas productivas del trabajador. Así, sentencia del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2013 , concluyó que concurrían causas productivas en un supuesto en el que una empresa de compraventa y alquiler de vehículos había tenido una bajada en la venta de coches y bajada de reparaciones en taller y en garantía, lo que causó un sobredimensionamiento de la plantilla para el trabajo existente y que en la sección de chapa y pintura los trabajadores demandantes facturasen menos horas de las necesarias para cubrir su coste salarial."*

Además, como señalamos en la STSJ de Galicia de 13 de octubre de 2015 (rec: 3090/15) " *cuando se alegan causas técnicas, organizativas o productivas no es necesario que la causa alegada «haya de ser valorada y contrastada en la totalidad de la empresa», bastando con que se acredite «exclusivamente en el espacio en el que se ha manifestado la necesidad de suprimir el puesto de trabajo» (STS 13-2-2002 , STS 19-3-2002)." Y "La sentencia del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 2002 ha venido a señalar que cuando lo que se produce es una situación de desajuste entre la fuerza del trabajo y las necesidades de la producción o de la posición en el mercado, que afectan y se localizan en puntos concretos de la vida empresarial, pero que no alcanzan a la entidad globalmente considerada, sino exclusivamente en el espacio en que la patología se manifiesta, el remedio a esa situación anormal debe aplicarse allí donde se aprecia el desfase de los elementos concurrentes, de manera que si lo que sobra es mano de obra y así se ha constatado como causa para la extinción de los contratos, la amortización de los puestos de trabajo es la consecuencia de tal medida y no impone la legalidad vigente la obligación del empresario de reforzar con el excedente de mano de obra en esa unidad otra unidad que se encuentre en situación de equilibrio, salvo que se prefiera desplazar el problema de un centro de trabajo a otro, pero sin solucionarlo. Por lo tanto , en principio, las causas productivas y organizativas , a diferencia de las económicas, no exigen en todo caso que la causa alegada se valore en la totalidad de la empresa o grupo empresarial porque el ET no impone al empresario la obligación legal de agotar todas las posibilidades de acomodo del trabajador en el grupo empresarial; pero tampoco le exime de justificar como esa causa productiva incide de tal forma en la contratación del trabajador para hacer innecesaria su presencia y justificar la amortización de su puesto de trabajo."*

Por tanto, en el caso de autos consta acreditada la necesidad de suprimir el puesto de trabajo de los demandantes en el CDSCA?S del Ministerio de Defensa en el que venían prestando servicios desde 1-6-14, pues ha finalizado la contrata comenzando su prestación una nueva adjudicataria.

Por otro lado, como señalábamos en la STSJ de Galicia de 17 de marzo de 2016 (rec: 4023/15), una vez concurre la causa productiva " *debe entrarse a analizar si existe razonabilidad en la medida adoptada por la empresa, prescindiendo del trabajador, ya que la sentencia del Pleno de la Sala Social del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 2014 , explica que la sentencia del mismo tribunal de 27 de enero de 2014 , aunque referida a modificación colectiva de condiciones de trabajo, argumenta que «tras la reforma laboral de 2012, iniciada con el RD.Ley 3/2012 (RCL 2012, 147), a los Tribunales corresponde emitir un juicio no sólo sobre la existencia y legalidad de la causa alegada, sino también acerca de la razonable adecuación entre la causa acreditativa y la acordada (...) la novedosa redacción legal incluso pudiera llevar a entender -equivocadamente, a nuestro juicio- la eliminación de los criterios de razonabilidad y proporcionalidad judicialmente exigibles hasta la reforma,*



de manera que en la actual redacción de la norma el control judicial se encontraría limitado a verificar que las «razones» -y las modificaciones- guarden relación con la «competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa». Pero contrariamente a esta última posibilidad entendemos, que aunque a la Sala no le correspondan juicios de «oportunidad» que indudablemente pertenecen ahora -lo mismo que antes de la reforma- a la gestión empresarial, sin embargo la remisión que el precepto legal hace a las acciones judiciales y la obligada tutela que ello comporta [art. 24.1 CE (RCL 1978, 2836)], determinan que el acceso a la jurisdicción no pueda sino entenderse en el sentido de que a los órganos jurisdiccionales les compete no sólo emitir un juicio de legalidad en torno a la existencia de la causa alegada, sino también de razonable adecuación entre la causa acreditada y la modificación acordada; aparte, por supuesto, de que el Tribunal pueda apreciar -si concurriese- la posible vulneración de derechos fundamentales. Razonabilidad que no ha de entenderse en el sentido de exigir que la medida adoptada sea la óptima para conseguir el objetivo perseguido con ella [lo que es privativo de la dirección empresarial, como ya hemos dicho], sino en el de que también se adecue idóneamente al mismo [juicio de idoneidad]... sin que la decisión extintiva sea desproporcionada, arbitraria o irrazonable, debiendo concluir que el despido por causas objetivas del actor es una medida adecuada y proporcionada al fin perseguido, tratándose de una medida ajustada a la situación existente... Finalmente, en cuanto a la elección del actor de entre todo el personal que prestaba servicios en el taller para extinguir su contrato, la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2014, reitera la doctrina jurisprudencial relativa a que «la selección de los trabajadores afectados por los despidos objetivos del art. 52.c. ET (RCL 1995, 997) "corresponde en principio al empresario y su decisión sólo será revisable por los órganos judiciales cuando resulte apreciable fraude de ley o abuso de derecho o cuando la selección se realice por móviles discriminatorios..."

Y siendo esto así, entendemos que en el caso de autos existe una adecuada razonabilidad entre la medida adoptada y la finalidad perseguida por la misma, pues resulta de los hechos probados, como hemos expuesto, que Servigalicia dejará de prestar el servicio en el cual los demandantes venían ocupados. Además, consta también que la citada empleadora prescindió de todos los trabajadores que prestaban el mismo. Por todo ello la medida no puede entenderse ni arbitraria ni irrazonable.

Por otro lado, se alega por los trabajadores que se produjo la opción por la readmisión fruto de un anterior despido el 15-6-15 hecho probado cuarto cuando, señalan los trabajadores despedidos, ya conocía Servigalicia que la nueva adjudicataria era otra empresa distinta. Tal alegación no puede conllevar la declaración de improcedencia del segundo despido y ello dado que:

-No se ha alegado en suplicación por ninguna de las partes que la readmisión cuya opción se hizo el día 15-6-15 no haya tenido lugar. Ni tampoco que se haya extinguido la relación laboral en ejecución por falta de readmisión o readmisión irregular (art. 281 LRJS), o por ser la readmisión imposible (art. 286.1 LRJS).

-Como más arriba se indicó, y las partes conocen, esta Sala en sentencia aportada durante la tramitación del presente recurso y admitida por la vía del art. 233.1 LRJS confirmó la improcedencia del previo despido en el que se había optado por la readmisión.

-Por otro lado, con arreglo al hecho probado quinto Proman formalizó el contrato administrativo como nueva adjudicataria del servicio el 1-7-15, esto es, después de la opción por la readmisión. Con arreglo a los hechos probados de la sentencia de instancia, a los que esta Sala ha de estar al no haber sido modificados por la vía del art. 193 b) LRJS , al menos en el momento de entregarse la carta de despido el 22-6-2015 la empresa Servigalicia ya conocía que había perdido la contrata en la que los trabajadores venían ocupados.

-A la vista de todo ello nos encontramos ante lo que se ha venido ha denominar "despido dentro del despido" o despido *ad cautelam* , es decir, un despido realizado por la empleadora antes de que la previa decisión de despido sea firme pues estaba pendiente de dictarse la que sería nuestra STSJ de Galicia de 22-1-16 relativa al previo despido de los demandantes. En relación a tal supuesto ha señalado, entre otras, la STS de 18 de diciembre de 2015 (Rec: 3215/14):

"Como señalamos en nuestra sentencia de 2-diciembre-2014 , respecto a la eficacia de una segunda comunicación o carta de despido en la que imputan nuevas causas (ahora despido objetivo), sobre la situación jurídica de un trabajador al que previamente le fue extinguido el contrato y declarado despido improcedente por fraude en la contratación -por tanto causa distinta-, " ha sido abordada y resuelta por la doctrina -sobre el "despido "cautelar" o " despido dentro del despido"- que refiere la sentencia de 30 de marzo de 2010 (rcud. 2660/2009). En esta sentencia, con cita de la de 16 de enero de 2009 (rcud. 88/2008), se señala que : "De acuerdo con la doctrina jurisprudencial sobre el despido cautelar expuesta en la sentencia citada: 1) "el despido del trabajador se configura como causa de extinción del contrato de trabajo por el artículo 49.1.k) del Estatuto de los Trabajadores de modo que produce efectos directos e inmediatos sobre la relación de trabajo, sin perjuicio del posterior enjuiciamiento de su regularidad en caso de impugnación ante la jurisdicción" (STS, pleno, 31-1-2007 rcud 3797/2005 y 12-2- 2007 rcud 99/2006); 2) no obstante, se admite "la posibilidad de un segundo despido



durante la tramitación de la impugnación de otro anterior ... a partir de la consideración de la falta de firmeza de éste" (sentencias de casación ordinaria de 6 de octubre de 1984 y 8 de abril de 1986), sin perjuicio "del efecto extintivo del acto empresarial de despido al margen de su impugnación" (STS 8-4-1988 , STS 7-12-1990 , STS 20-6-2000 rcud 3407/1999 , STS 15-11-2002 rcud 1252/2002); 3) en estos casos de lo que coloquialmente se llama " despido dentro del despido", ha de entenderse que "el segundo despido no constituye por sí mismo un reconocimiento o aceptación de la vigencia de la relación que extinguió el primer despido", sino que se configura como una medida preventiva para el supuesto de que la primera decisión extintiva no gane firmeza" (STS 4-2-1991); y 4) "si con posterioridad la primera decisión extintiva gana firmeza el segundo despido pierde incluso esa eficacia puramente cautelar y no puede declararse de nuevo extinguido lo que ya lo está de manera firme ... pero de no ser así el segundo despido puede desplegar una eficacia propia, sin perjuicio de lo que resulte de su impugnación" (STS 16-1-2009 rcud 88/2008); doctrina ésta, que la Sala ha extendido a los supuestos de despido objetivo (sentencia 08-11-2011. rcud. 77/2011).

La aplicación de la doctrina transcrita a las circunstancias concretas del presente caso, determinan que estimemos correcta, por estar ajustada a la doctrina de esta Sala, la sentencia recurrida dictada el 11 de julio de 2014 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha , pues la no firmeza del primer despido, atendiendo a las circunstancias fácticas concurrentes, permite que el trabajador ejercite legítimamente, como lo hizo, una nueva acción por despido, preventivamente o "ad cautelam" contra la segunda decisión extintiva de la relación laboral que le fue notificada por aquella.

No obstante lo anterior, en este concreto caso, y habida cuenta que -como se ha señalado- durante la tramitación del recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Cuenca de fecha 10/10/2012 , dictada en los autos seguidos por despido con el nº 283/12, el recurso ha sido resuelto por sentencia dictada el 11/03/2013 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha , recurso nº 16/13, la cual desestimaba el recurso interpuesto por el Patronato, revocando parcialmente la misma "para reconocer el derecho de opción entre la readmisión al mismo puesto de trabajo o abono de la indemnización legal, al Ayuntamiento demandado, confirmando el resto de la resolución de instancia". Notificada dicha sentencia (hecho probado quinto de aquella sentencia), mediante escrito de 19/03/2013, el Patronato demandado manifiesta su opción por la indemnización al trabajador, acordándose por Decreto de 8/5/2013 que "Habiendo optado el PATRONATO MUNICIPAL DE PROMOCIÓN ECONÓMICA, FORMACIÓN Y EMPLEO DEL AYUNTAMIENTO DE CUENCA por la indemnización dentro del plazo fijado por la ley y visto el estado de las presentes actuaciones, acuerdo: Expedir mandamiento por importe de 14.775,48 euros en concepto de indemnización a favor de D. Higinio ...".

Partiendo de lo anterior, es claro, que el segundo despido pierde la eficacia puramente cautelar que tenía, ya que "no puede declararse de nuevo extinguido lo que ya lo está de manera firme", todo lo que implica que la ejecución provisional se convierta en ejecución definitiva."

Por tanto, aplicando tal jurisprudencia al caso de autos, debemos entender que dado que aquí a diferencia de lo que ocurría en el supuesto resuelto por el Tribunal Supremo se optó por la readmisión en el primer despido antes del 30 de junio de 2015 fecha del segundo despido, la firmeza de la sentencia del primer despido alegada en trámite de suplicación y no controvertida en el que se había optado por la readmisión determina la plena eficacia del segundo despido *ad cautelam* aquí sometido a enjuiciamiento. Segundo despido en relación al cual, como dijimos, concurre causa. En realidad, se optó por la readmisión antes incluso de la comunicación del segundo despido, que fue entregada el 22 de junio de 2015. Ello unido a que es distinta, posterior y real la causa objetiva alegada en el segundo despido que nos ocupa, creemos que no puede llevar a entender que exista una actuación fraudulenta por la empleadora SERVIGALICIA, que es lo que parecen alegar los trabajadores.

En otras palabras, habiéndose optado por la readmisión en el primer y previo despido declarado improcedente por sentencia firme, y no constando que se haya seguido incidente de ejecución por falta de readmisión o readmisión irregular o imposibilidad de readmisión, y siendo no controvertido que tal readmisión se produjo, el segundo despido ahora enjuiciado ha de producir plenos efectos sin perjuicio de la revisión judicial del mismo, fruto de lo que, como dijimos, lo declaramos procedente.

Por lo demás, aunque sin especial argumentación al respecto es decir, sin alegar en concreto que no se haya entregado comunicación escrita con expresión de la causa o que no se haya puesto a disposición de modo simultáneo la correspondiente indemnización, los trabajadores impugnantes alegan también que el despido de SERVIGALICIA sería igualmente improcedente por no reunir los requisitos formales previstos al respecto. Brevemente señalar que el despido, a la vista del hecho probado sexto que remite a las cartas en autos, fue comunicado por escrito expresando suficientemente la causa objetiva invocada vinculada con la finalización de la contrata en la que tales trabajadores prestaban servicios. Se cumplió por tanto con la exigencia del art. 53.1 a) ET , " comunicación escrita al trabajador expresando la causa ". Además, consta a la vista del hecho probado sexto que en la misma fecha de la entrega de la carta se transfirió la cuantía de las indemnizaciones



de veinte días por año trabajado, cuantificadas asimismo en la carta. Las indemnizaciones cuantificadas en tal hecho probado no son inferiores a las que resultan de la antigüedad y salario recogidos en los hechos probados para cada trabajador y calculadas en la forma prevista en el art. 53.1 b) ET . Por otro lado, el incumplimiento del plazo de preaviso del art. 53.1 c), como prevé ese mismo art. 53 ET , no determina la improcedencia del despido. Y las citadas comunicaciones extintivas, recogidas en la demanda y obrantes en autos, ya recogen el abono de la cuantía correspondiente al preaviso de 15 días incumplido, pues el despido se comunicó el 22 de junio con efectos del día 30. Siendo lo cierto, por lo demás, que no se solicita expresamente por los trabajadores el abono de tal importe por el plazo de preaviso incumplido. En definitiva, tales trabajadores impugnantes alegan en suplicación que el despido de SERVIGALICIA sería improcedente, además de por inexistencia de causa por incumplimiento de los requisitos formales, pero tales requisitos, como también la causa alegada, están acreditados. Por ello, procede en esta sentencia, revocar la sentencia de instancia y desestimando la demanda en su día presentada declarar la procedencia de la decisión extintiva de SERVIGALICIA.

TERCERO.- Costas del recurso, consignaciones y depósito

Respecto del recurso interpuesto por la empresa PROMAN no procede realizar condena en costas, por haber sido estimado el mismo art. 235.1 LRJS .

Además, con el art. 203.1 LRJS , procede acordar la devolución a la citada empresa (PROMAN) de las consignaciones y del depósito realizado para recurrir dada la estimación del recurso con revocación de la sentencia, y ello una vez que esta sentencia sea firme.

FALLAMOS

1º.- ESTIMAMOS el recurso de suplicación interpuesto por Proman Servicios Generales SL contra la sentencia de 27 de noviembre de 2015 del Juzgado de lo Social nº 2 de Ferrol , dictada en los autos nº 516/2015 seguidos a instancia de D. Ambrosio y D. Cristobal y siendo asimismo codemandada Servicios de Aparcamientos y Control de Galicia SL (SERVIGALICIA). Y revocando la sentencia de instancia dictamos la presente, y desestimamos la demanda en su día presentada, y declaramos la PROCEDENCIA de la decisión extintiva por causas objetivas comunicada por la citada Servicios de Aparcamientos y Control de Galicia SL (SERVIGALICIA) a los trabajadores D. Ambrosio y D. Cristobal .

2º.- Todo ello sin condena en costas a la recurrente y acordando la devolución a la citada empresa (PROMAN) de las consignaciones y del depósito realizado para recurrir, y ello una vez que nuestra sentencia sea firme.

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Galicia.

Incorpórese el original de esta sentencia por su orden al libro de sentencias de este T.S.X GALICIA SALA DO SOCIAL.

MODO DE IMPUGNACIÓN : Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de Casación para Unificación de Doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala dentro del improrrogable plazo de diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la sentencia. Si el recurrente no tuviera la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de seguridad social deberá efectuar:

- El depósito de 600 € en la cuenta de 16 dígitos de esta Sala, abierta en el Banco de SANTANDER (BANESTO) con el nº **1552 0000 37 seguida del cuatro dígitos correspondientes al nº del recurso y dos dígitos del año del mismo** .

- Asimismo si hay cantidad de condena deberá consignarla en la misma cuenta, pero con el código **80** en vez del 37 ó bien presentar aval bancario solidario en forma.

- Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria desde una cuenta abierta en cualquier entidad bancaria distinta, habrá que emitirla a la cuenta de veinte dígitos **0049 3569 92 0005001274** y hacer constar en el campo "Observaciones ó Concepto de la transferencia" los 16 dígitos que corresponden al procedimiento (**1552 0000 80 ó 37 **** ++**).

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

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día de su fecha, por el Ilmo. Sr. Magistrado-Ponente que le suscribe, en la Sala de Audiencia de este Tribunal. Doy fe.