

Roj: **STS 4132/2016 - ECLI:ES:TS:2016:4132**Id Cendoj: **28079140012016100676**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **13/09/2016**Nº de Recurso: **3496/2014**Nº de Resolución: **721/2016**Procedimiento: **Auto de aclaración**Ponente: **ROSA MARIA VIROLES PIÑOL**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **STSJ GAL 6686/2014,**
STS 4132/2016

SENTENCIA

En Madrid, a 13 de septiembre de 2016

Esta sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la mercantil Servicios Auxiliares de Mantenimiento y Limpieza, S.L. (SAMYL) representada y asistida por el letrado D. Antonio de Diego Bajón contra la sentencia dictada el 11 de septiembre de 2014 por la **Sala de lo Social** del Tribunal Superior de Justicia de Galicia en recurso de suplicación nº 2320/2014, interpuesto contra la sentencia de fecha 10 de febrero de 2014, dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Pontevedra, en autos nº 131/2013, seguidos a instancias de D. Eduardo contra Samil, S.L., Serlym Galicia, S.L., Toca Salgado, S.L., y Consellería de Trabajo e Benestar - Xunta de Galicia sobre despido. Han comparecido en concepto de recurridos la Xunta de Galicia-Consellería de Trabajo e Benestar representada por el procurador D. Argimiro Vázquez Guillén y asistida por la letrada de la Xunta de Galicia D^a Marta Carballo Neira. D. Eduardo representado por la procuradora D.^a Carmen García Martín y asistido por la letrada D.^a María Elisa Otero Domínguez. Serlym Galicia, S.L. representada por la procuradora D.^a Nuria María Serrada Llord y asistida por el letrado D. David del Río Balado.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Rosa Maria Viroles Piñol

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 10 de febrero de 2014, el Juzgado de lo Social nº 2 de Pontevedra, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por D. Eduardo contra SAMIL S.L., SERLYM GALICIA S.L., TOCA SALGADO S.L., CONSELLERÍA DE TRABAJO E BENESTAR debo declarar y declaro la improcedencia del despido del trabajador demandante condenando a la empresa SERLYM S.L. a que opte entre la readmisión o la indemnización de 13.761,09 euros. En el caso de optar por la indemnización no se abonarán salarios de tramitación. Que debo absolver y absuelvo a SAMYL S.L., TOCA SALGADO S.L. y la Consellería de Trabajo de todas las pretensiones de la demanda.» En fecha 25 de abril de 2014, se dictó auto de aclaración de la anterior sentencia, respecto al antecedente primero de la misma.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia y como hechos probados se declaran los siguientes: «1º.- El demandante D. Eduardo, DNI nº NUM000, venía prestando servicios para la empresa TOCA SALGADO S.L. con una antigüedad de 4 de agosto de 1998, categoría profesional de limpiador y salario mensual de 646,44 euros incluido el prorrateo de pagas extras, cuando solicitó la excedencia en el puesto de trabajo por un período de tres años, desde el 1 de enero de 2010 hasta el 31 de diciembre de 2012, excedencia que le fue concedida. 2º.- El trabajador venía prestando servicios como limpiador en la Residencia do Maior de Marín en virtud de un contrato a tiempo parcial de 20h. semanales. 3º.- La empresa TOCA SALGADO S.L. puso en conocimiento de la siguiente adjudicataria, LIMPIEZAS DEL NOROESTE S.A., la existencia de este trabajador en excedencia, y esta empresa procedió a efectuar un contrato de interinidad a D. Justo (hijo del trabajador en excedencia), para



sustituir a D. Eduardo con derecho a reserva del puesto de trabajo.4º.- La empresa Limpiezas del Noroeste S.A. tuvo adjudicado el servicio de limpieza de la Residencia do Maior de Marín en la anualidad de 2010.5º.- En el pliego de prescripciones técnicas del expediente relativo a la adjudicación de dicho servicio de limpieza para la anualidad de 2011 se hacía constar, en el apartado relativo al objeto del contrato, las jornadas de los trabajadores estableciendo lo siguiente:

CATEGORÍA JORNADA ANTIGÜEDAD

2 limpiadoras jornada completa 12/03/1992

1 limpiadora 18 h. semanales 01/04/1992

1 limpiadora 24 h. semanales 22/09/1998

1 limpiador 20 h. semanales 04/08/1998

El servicio de limpieza en la anualidad de 2011 fue adjudicado a la empresa SAMYL, S.L., y continuó en la anualidad de 2012.

6º.- En fecha 28 de septiembre de 2012 el demandante envió un fax a la Residencia do Maior do Marín, en el que solicitaba la reincorporación a su puesto de trabajo una vez finalizada la excedencia que la empresa TOCA SALGADO S.L. le había concedido hasta el 1 de enero de 2013. No habiendo obtenido respuesta alguna remitió a la empresa SAMYL S.L. una comunicación el 14 de diciembre de 2012, solicitando su reincorporación con fecha 1 de enero de 2013 y anunciando que de no obtener respuesta se reincorporaría a su puesto de trabajo el 1 de enero de 2013.7º.- El 3 de enero se personó el trabajador en la Residencia do Maior de Marín y la Directora de la Residencia le dijo que él no seguía trabajando allí porque la empresa le había mandado una carta diciendo que desde el 31 de diciembre ya no era trabajador de la empresa.8º.- La empresa SAMYL S.L. continuó prestando los servicios de limpieza en la Residencia do Maior de Marín hasta el 31 de enero de 2013, ya que la nueva adjudicación se demoró al no haber presentado la empresa TECDELI (a quien inicialmente se había adjudicado) la documentación pertinente, por lo que se procedió a llamar al siguiente licitador, SERLYM S.L., el 4 de enero de 2013, tramitándose con esta empresa a partir de esa fecha todo lo relativo a la adjudicación del servicio. 9º.- La siguiente adjudicataria de los referidos servicios de limpieza fue SERLYM S.L., fijándose un plazo de ejecución del contrato de veintitrés meses (del 1 de febrero de 2013 hasta el 31 de diciembre de 2014). En el pliego de prescripciones técnicas del expediente de adjudicación se establecían las siguientes jornadas de los trabajadores:

CATEGORÍA JORNADA ANTIGÜEDAD

2 limpiadoras jornada completa 12/03/1992

1 limpiadora 15,50 h. semanales 01/04/1992

1 limpiadora 23 h. semanales 01/09/1992

8º.- La empresa SAMYL S.L. había comunicado a la Consellería de Traballo que el personal adscrito en la actualidad (11/09/2012) al servicio de limpieza de la Residencia do Maior de Marín eran cuatro limpiadoras, dos con jornada completa, una con jornada de 24 h. semanales y otra con jornada de 18 h. semanales. Esta misma relación de personal fue la que comunicó el 4 de enero de 2013 a la empresa SERLYM S.L., subrogándose esta empresa en los contratos de las citadas trabajadoras, Dña. Paulina , Dña. Raimunda , Dña. Rocío y Dña. Sacramento . 9º.- El demandante no ostenta ni ostentó la representación legal ni sindical de los trabajadores.10º.- En fecha 28 de febrero de 2013 se celebró sin avenencia el acto de conciliación ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación frente a la empresa SAMYL S.L. 11º.- El demandante procedió a ampliar la demanda frente a SERLYM GALICIA S.L. el 23 de abril de 2013 y frente a TOCA SALGADO S.L. y CONSELLERÍA DE TRABALLO E BENESTAR DE LA XUNTA DE GALICIA el 21 de junio de 2013.»

TERCERO.- Contra la anterior sentencia, la representación procesal de Serlym S.L. formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, dictó sentencia en fecha 11 de septiembre de 2014 , en la que consta el siguiente fallo: «Estimando el recurso de suplicación articulado por la mercantil Serlym S.L. contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Pontevedra, de fecha 10/2/2014 , en autos nº 131/2013, instados por Eduardo frente a las mercantiles Samyl S.L., Serlym S.L., Toca Salgado S.L. y la Xunta de Galicia - Consellería de Traballo e Benestar, sobre despido, revocamos parcialmente la sentencia de instancia y ratificando la declaración de improcedencia del despido del actor, condenamos a la empresa Samyl S.L. a que, en el plazo de cinco días desde la notificación de esta sentencia, opte entre la readmisión del trabajador o el abono de una indemnización de 13.761,09 euros, sin que, en este último caso, se devenguen salarios de tramitación. Asimismo, absolvemos a las empresas Serlym S.L. y Toca Salgado S.L. y a la Xunta de



Galicia - Consellería de Tráballo e Benestar de las pretensiones de la demanda. No se hace expresa imposición de costas. Ha de darse a los depósitos y consignaciones, si hubiera, el destino legal correspondiente.»

CUARTO.- Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, la representación procesal de la mercantil Samyl S.L. interpuso el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que se formalizó mediante escrito fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Galicia de fecha 29 de abril de 2009, rec. suplicación 5596/2008 .

QUINTO.- Se admitió a trámite el recurso, y tras ser impugnado por la parte recurrida D. Eduardo y por Serlym Galicia S.L., se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de estimar improcedente el recurso. Se señaló para la votación y fallo el día 13 de septiembre de 2016, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Pretensión y sentencia recurrida.-

Es objeto del presente recurso la sentencia dictada por la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de fecha 11/09/2014 (REC. 2320/2014).

La sentencia de instancia, estimando parcialmente la demanda interpuesta por el trabajador contra las empresas SAMYL SL, SERLYM GALICIA SL, TOCA SALGADO SL, CONSELLERIA DE TRABALLO E BENESTAR, declaró la improcedencia del despido condenando a la empresa SERLYM, absolviendo a las restantes codemandadas.

La sentencia recurrida (TSJ Galicia 11/09/2014) estima el recurso de suplicación formulado por la empresa SERLYM y revoca la resolución de instancia en el único sentido de condenar a SAMYL, absolviendo a las restantes codemandadas.

Consta que el demandante venía prestando servicios para la empresa TOCA SALGADO, siéndole concedido una excedencia en el puesto de trabajo por un periodo de tres años, desde el 1-01-2010 hasta el 31-12-2012; el trabajador desarrollaba su actividad como limpiador en Residencia de Maior de Marín en virtud de un contrato a tiempo parcial de 20 h. semanales. TOCA SALGADO puso en conocimiento de la siguiente adjudicataria, LIMPIEZAS DEL NOROESTE (que tuvo adjudicado el servicio de limpieza de la Residencia en la anualidad de 2010), la existencia de este trabajador en excedencia, y esta empresa procedió a efectuar un contrato de interinidad para su sustitución. El servicio de limpieza en la anualidad de 2011 fue adjudicado a la empresa SAMYL y continuó en la anualidad de 2012 y hasta el 31-01-2013 por demoras en la nueva adjudicación. En fecha 28-09-2012 el demandante envió un fax a la Residencia en el que solicitaba la reincorporación a su puesto de trabajo una vez finalizada la excedencia, no habiendo obtenido respuesta alguna, remitió a la empresa SAMYL una comunicación el 14-12-2012, solicitando su reincorporación con fecha 1-01-2013, anunciando que de no obtener respuesta se reincorporaría a su puesto de trabajo dicho día. El 3-01-2012 se personó el trabajador en la Residencia y la Directora le dijo que él no seguía trabajando. A partir del 1-02-2013 y hasta el 31-12-2014, SERLYM es la nueva adjudicataria.

La Sala de suplicación desestima el motivo de revisión fáctica y el destinado a obtener la caducidad de la acción. En cuanto al fondo, señala la Sala que la mercantil recurrente, SERLYM, denuncia, en el motivo tercero de recurso, la infracción de los arts. 10 y 17 del Convenio Colectivo de Limpieza de edificios y locales de Pontevedra, en relación con los arts. 46 y 55 ET , y del art. 10 LEC . Y razona que el trabajador tenía derecho a reincorporarse a su puesto de trabajo y que la no reincorporación es susceptible de constituir un supuesto de despido carente de causa y, por ende, improcedente, pues cuando el actor solicitó la reincorporación al puesto de trabajo en el año 2012, la adjudicataria era SAMYL, por lo que era la que debía dar respuesta a tal solicitud e incluso con anterioridad, comunicar a la Consellería y a la siguiente adjudicataria que aquel formaba parte del personal de limpieza de la Residencia estando en situación de excedencia. Sin embargo, no considera que se deba responsabilizar de las consecuencias del despido a la mercantil entrante, SERLYM, habida cuenta de que, aún en la obligación e subrogarse en los contratos de los trabajadores de la anterior, la misma no tuvo conocimiento de la existencia del trabajador demandante, ni siquiera que éste se encontraba en situación de excedencia. Y más aún, cabe considerar que en el momento en que la mercantil SERLYM inicia su actividad, el 1-02-2013 ya se había producido el despido, siquiera de forma tácita del citado trabajador, habida cuenta de que no se trata de un supuesto de sucesión de empresas ex artículo 44 ET , sino de una subrogación derivada de lo establecido en la norma convencional de aplicación.

SEGUNDO.- Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina.-



1.- Se interpone el recurso por la empresa SAMYL, y tiene por objeto determinar la condena solidaria de las dos empresas adjudicatarias (saliente y entrante), SAMYL y SERLYM.

El recurso es impugnado por la empresa SERLYM y por el trabajador demandante, que interesan la desestimación del mismo y la confirmación de la sentencia recurrida.

Por el Ministerio Fiscal se emite informe en el que interesa se declare el recurso improcedente.

2.- Por el recurrente se aporta como sentencia de contraste la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 29 de abril de 2009 (rec. 5596/2008). Consta en ese caso que la actora prestaba servicios para las empresas L.A.R. Limpiezas Arosa, S.L., Limpiezas Persa, S.L. y Arousa Mantenimiento y Limpieza, S.L., integrantes de un grupo empresarial.

En diciembre de 2007, L.A.R. Limpiezas Arosa, S.L. le comunicaron el despido por razones disciplinarias; despido que fue declarado improcedente, condenando la sentencia de instancia a las tres empresas del grupo demandadas; condena que se extiende también a la empresa Limprosi, S.L., que el 15 de enero de 2008 se hizo cargo de la contrata de limpieza para el Grupo Bernardo Alfageme, S.A., en el que la actora venía prestando servicios cuando fue despedida. Consta asimismo que la contratista entrante -Limprosi- se subrogó en los contratos de los trabajadores que figuraban en la relación facilitada por Limpiezas Arosa, relación integrada por 18 trabajadores y en la que no se encontraba la demandante. La empresa Limprosi, S.L. recurrió en suplicación, alegando la infracción del artículo 44.2 del Estatuto de los Trabajadores y del artículo 17 del Convenio Colectivo de Limpieza de Edificios y Locales de la provincia de Pontevedra. La sentencia de suplicación desestima el recurso, porque entiende que, aunque se ha incumplido la obligación de información y documentación establecida en el convenio, la subrogación procede de conformidad con la directiva 2001/23 en relación con la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 20 de noviembre de 2003 -caso Carlito Abler -, ya que la transmisión de la actividad contratada unida a la asunción de toda la plantilla de la empresa saliente que prestaba servicios en la contrata determina que haya de aplicarse la subrogación con independencia de lo establecido en el Convenio.

No puede apreciarse la existencia de contradicción entre las sentencias comparadas, puesto que son distintas las situaciones contractuales de los trabajadores, así como las razones de decidir.

En efecto, en la impugnada se entiende que, el trabajador, con contrato a tiempo parcial de 20 horas semanales, tenía derecho a reincorporarse a su puesto de trabajo y que la no reincorporación es susceptible de constituir un supuesto de despido carente de causa, pues cuando el actor solicitó la reincorporación al puesto de trabajo en el año 2012, la adjudicataria era SAMYL, por lo que era la que debía dar respuesta a tal solicitud e incluso con anterioridad, comunicar a la Consellería y a la siguiente adjudicataria que aquel formaba parte del personal de limpieza de la Residencia estando en situación de excedencia, si bien no responsabiliza a la mercantil SERLYM -entrante-, por entender que la misma no tuvo conocimiento de la existencia del trabajador demandante, ni siquiera que éste se encontraba en situación de excedencia.

En el supuesto de contraste las circunstancias fácticas no son coincidentes, pues la trabajadora estaba en activo con relación laboral indefinida y fue objeto de despido disciplinario, y la Sala resuelve a la luz de la doctrina de esta Sala IV, conforme a la cual, en los supuestos en los que actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra se produce sucesión en la actividad de la contratada cuando la contratista entrante asume una parte significativa del personal que venía realizando las tareas de la anterior contrata, por lo que hay que aplicar las garantías del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores , al menos en la parte coincidente con las que contempla la Directiva 2001/23, sin que a ello obste el que la anterior adjudicataria incumpliera las obligaciones de información y entrega de documentación establecidos en Convenio. Asimismo, y a diferencia de la sentencia recurrida, en la referencial consta -FD tercero- que la trabajadora prestaba servicios también las restantes codemandadas, "que forma un grupo empresarial"

3.- El artículo 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social exige para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina que exista contradicción entre la sentencia impugnada y otra resolución judicial que ha de ser -a salvo del supuesto contemplado en el número 2 de dicho artículo- una sentencia de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala IV del Tribunal Supremo. Dicha contradicción requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales" (sentencias, entre otras, de 7 de abril y 4 de mayo de 2005 , R . 430/2004 y R. 2082/2004 ; 25 de julio de 2007, R. 2704/2006 ; 4 y 10 de octubre de 2007 , R. 586/2006 y 312/2007 , 16 de noviembre de 2007, R. 4993/2006 ; 8 de febrero y 10 de junio de 2008 ,



R. 2703/2006 y 2506/2007), 24 de junio de 2011, R. 3460/2010 , 6 de octubre de 2011, R. 4307/2010 , 27 de diciembre de 2011, R. 4328/2010 y 30 de enero de 2012, R. 4753/2010 .

Por otra parte, la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales (sentencias de 28 de mayo de 2008, R. 814/2007 ; 3 de junio de 2008, R. 595/2007 y 2532/2006 ; 18 de julio de 2008, R. 437/2007 ; 15 y 22 de septiembre de 2008 , R. 1126/2007 y 2613/2007 ; 2 de octubre de 2008, R. 483/2007 y 4351/2007 ; 20 de octubre de 2008, R. 672/2007 ; 3 de noviembre de 2008, R. 2637/2007 y 3883/07 ; 12 de noviembre de 2008, R. 2470/2007 ; y 18 y 19 de febrero de 2009 , R. 3014/2007 y 1138/2008), 4 de octubre de 2011, R. 3629/2010 , 28 de diciembre de 2011, R. 676/2011 , 18 de enero de 2012, R. 1622/2011 y 24 de enero de 2012, R. 2094/2011 .

Esta exigencia, como se ha argumentado, no se cumple en el presente recurso, por lo que no puede apreciarse la existencia de contradicción entre las sentencias comparadas, al ser distintas las situaciones contractuales de los trabajadores, así como las razones de decidir.

TERCERO.- En consecuencia, y de conformidad con lo establecido en los artículos 219 y 225 LRJS , visto el informe del Ministerio Fiscal, si bien procedería declarar la inadmisión del recurso, en esta fase procesal ha de desestimarse, dándose, en su caso, a las consignaciones y aseguramientos prestados el destino que corresponda, de acuerdo con la sentencia de suplicación, y con imposición de costas.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1) Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por SAMYL SL (Servicios Auxiliares de Mantenimiento y Limpieza SL), representada y asistida por el letrado D. Antonio de Diego Bajon.
2) Confirmar la sentencia dictada el 11 de septiembre de 2014 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el recurso de suplicación núm. 2320/2014 , que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Pontevedra, de fecha 10 de febrero de 2014 , recaída en autos núm. 131/2013, seguidos a instancia de D. Eduardo , contra SAMYL SL, SERLYM GALICIA SL, TOCA SALGADO SL, y CONSELLERIA DE TRABAJO E BENESTAR sobre Despido. 3) Imponer las costas a la recurrente, decretar la pérdida del depósito constituido para recurrir y ordenar que se dé a las consignaciones efectuadas el destino legal que le corresponda.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por la Excm. Sra. Magistrada D.^a Rosa María Viroles Piñol hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.