



Roj: **STS 3492/2021 - ECLI:ES:TS:2021:3492**

Id Cendoj: **28079149912021100068**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **991**

Fecha: **22/09/2021**

Nº de Recurso: **106/2021**

Nº de Resolución: **929/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANTONIO VICENTE SEMPERE NAVARRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

CASACION núm.: 106/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro

Letrada de la Administración de Justicia: Seccion001

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

PLENO

Sentencia núm. 929/2021

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D^a. María Luisa Segoviano Astaburuaga

D^a. Rosa María Virolés Piñol

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Ángel Blasco Pellicer

D. Sebastián Moralo Gallego

D^a. María Luz García Paredes

D^a. Concepción Rosario Ureste García

D. Juan Molins García-Atance

D. Ricardo Bodas Martín

D. Ignacio García-Perrote Escartín

En Madrid, a 22 de septiembre de 2021.

Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto por la empresa EULEN, S.A., representada y defendida por el Letrado Sr. Fernández de Blas, contra la sentencia nº 5/2021 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 28 de enero de 2021, en autos nº 695/2020, seguidos a instancia de la Federación de Servicios de CC.OO. contra dicha recurrente, SAMIC Iberia SLU, Sociedad Estatal Paradores de Turismo de España, SME, S.A., sobre despido colectivo.

Han comparecido en concepto de recurridas la Sociedad Estatal Paradores de Turismo de España, SME, S.A., representada y defendida por el Abogado del Estado, la Federación de Servicios de CC.OO., representada y defendida por la Letrada Sra. Santos Hernández, SAMIC Iberia SLU, representada y defendida por el Letrado Sr. Pascual Duran.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Federación de Servicios de CC.OO. interpuso demanda de despido colectivo del que conoció la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminaba suplicando se dicte sentencia por la que se declare *que SAMIC Iberia SLU al dar de baja por causa de una subrogación inexistente, así como el incumplimiento del pliego NUM001 por parte de EULEN, S.A. al no subrogar a los trabajadores relacionado en dicho contrato y el silencio del propio Paradores al no subrogarse en los contratos de trabajo, constituye un despido colectivo tácito, efectuado por las demandadas, que se ha realizado incumpliendo todos y cada uno de los requisitos establecidos en el art. 51 del Estatuto de los Trabajadores y del art. 124.2 de la LRJS, motivo por el cual el referido despido debe ser declarado nulo o subsidiariamente no ajustado a derecho, condenándose a la empresa que por el Tribunal se entienda la responsable del despido efectuado con las consecuencias legales de tal declaración.*

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda de despido colectivo, se celebró el acto del juicio en el que la parte actora se afirmó y ratificó en la demanda, oponiéndose la demandada, según consta en acta. Recibido el juicio a prueba, se practicaron las propuestas por las partes y declaradas pertinentes.

TERCERO.- Con fecha de 28 de enero de 2021 se dictó sentencia ahora recurrida, con el siguiente fallo: "Que, desestimando las excepciones de inadecuación de procedimiento y falta de legitimación pasiva opuestas respectivamente por EULEN S.A y la Abogacía del Estado, y estimando en la forma que se dirá la demanda formulada por FEDERACIÓN DE SERVICIOS DE COMISIONES OBRERAS frente a SAMSIC IBERIA SLU, EULEN S.A y PARADORES DE TURISMO DE ESPAÑA SME S.A sobre impugnación de despido colectivo, declaramos que el cese acontecido el 16 de septiembre de 2020 en el centro de trabajo del Parador de Alcalá de Henares de los 25 trabajadores del servicio de limpieza que se reseñan en el hecho segundo de la demanda, así comola negativa a subrogarse en sus contratos de trabajo por parte de EULEN S.A., constituye un despido colectivo que declaramos nulo. Condenamos a EULEN S.A a estar y pasar por tal pronunciamiento, con los efectos inherentes, incluido el abono a los trabajadores afectados por el despido colectivo de los salarios dejados de percibir; y reconociéndose el derecho de dichos trabajadores a la inmediata reincorporación en sus puestos de trabajo. Se absuelve de responsabilidad, en relación con la concreta pretensión deducida en las presentes actuaciones por despido colectivo, a SAMSIC IBERIA SLU y PARADORES DE TURISMO DE ESPAÑA SME S.A. Sin imposición de costas".

CUARTO.- Dicha sentencia declara probados los siguientes hechos:

1º.- El presente procedimiento de impugnación de despido colectivo afecta a 25 trabajadores que conforman la totalidad de la plantilla de que presta servicios en el centro de trabajo del Parador de Alcalá de Henares, y en concreto en el servicio de limpieza externa cuyo Convenio Colectivo de aplicación es el de Hospedaje de la Comunidad de Madrid, cuyas circunstancias de antigüedad, categoría y salario aparecen reseñados en el hecho segundo de la demanda que aquí damos por reproducido (documentos obrantes al bloque I de la parte actora, así como folio 537, 751 y 695 de autos).

2º.- La empresa SAMSIC IBERIA SLU tenía adjudicada la explotación del contrato de servicio de limpieza de los establecimientos del lote 1 (Zona Centro, Sur y Canarias) desde el 31-1-2019 en virtud de concesión administrativa del expediente NUM000 (bloque documental 3 del ramo de prueba de la parte actora, folios 613 a 695 de autos).

3º.- El parador de Alcalá de Henares forma parte de la Zona Centro dentro del Lote 1 (hecho conforme y folio 815 de autos).

4º.- En el expediente NUM000 se relacionan los trabajadores afectados en el presente procedimiento en el anexo 14 denominado subrogación de personal (folio 695). Y en el apartado 20 del pliego de contratación se establecía la obligación de subrogación del personal relacionado en el citado anexo 14 en los siguientes términos:

"La empresa adjudicataria está obligada al cumplimiento de lo establecido en la legislación vigente en materia de subrogación de personal. Hay obligaciones de subrogación en relaciones laborales anteriores al contrato que se licita "(folio 672).

5º.- El 21 de agosto de 2020 (folio 511) se publicó anuncio de adjudicación en el expediente NUM001 cuyo objeto era la contratación del servicio de limpieza externa de los paradores del lote 1 (Zona Centro, Sur y Canarias) y que fue obtenido por EULEN S.A (bloque documental 2 de la parte actora). La empresa adjudicataria EULEN venía obligada a proporcionar los medios materiales (equipos, productos y suministros higiénicos) y estructura humana para la prestación del servicio (folio 516) describiéndose el servicio de limpieza a prestar como un bloque conjunto y unitario comprensivo de la limpieza de las habitaciones, zonas comunes,



suelos, superficies, Spas y zonas deportivas, áreas de restauración, moquetas, sillas, mobiliarios, suelos y oficinas(folio 539).

6º.- En el anexo 12 del pliego relativo al expediente NUM001 se relaciona el personal a subrogar, coincidente con los afectados en el presente procedimiento de despido colectivo y que prestaban servicios para SAMSIC IBERIA SLU (folio 537). Y en el apartado 20 del pliego de contratación en dicho expediente se establecía la obligación de subrogación del personal relacionado en el citado anexo 12 en los siguientes términos:

"La empresa adjudicataria está obligada al cumplimiento de lo establecido en la legislación vigente en materia de subrogación de personal. Hay obligaciones de subrogación en relaciones laborales anteriores al contrato que se licita ". Y añadiendo que el personal con el que habría dichas obligaciones se especifica en el anexo XII (folio 593).

7º.- El 3 de septiembre de 2020 la empresa SAMSIC IBERIA SLU informó a los trabajadores que, a partir del 15 de septiembre de 2020, la citada mercantil cesaba en la prestación del servicio de limpieza externa del Parador de Alcalá de Henares incluido en el lote I pasando a ser la adjudicataria el grupo EULEN (folio 700).

8º.- El 14 de septiembre de 2020 EULEN S.A remitió escrito a los trabajadores afectados por este procedimiento informándoles que no iba a asumir la relación laboral que tenían con SAMSIC IBERIA SLU " al no cumplir los requisitos legal y convencionalmente establecidos que resultan de aplicación a la relación laboral vigente así como, de conformidad con lo establecido en la legislación, normativa y jurisprudencia aplicable al caso" (folio 701).

9º.- SAMSIC IBERIA SLU puso a disposición de EULEN S.A, y fue recepcionada por esta última mercantil, toda la documentación del personal de limpieza objeto de subrogación adscrito a los establecimientos de paradores de turismo del lote I (folios 885 y siguientes).

10º.- De toda la plantilla del personal de limpieza de los paradores del lote I, adjudicado a EULEN S.A, esta última mercantil se ha hecho cargo del 76,76% de los trabajadores y no se ha subrogado en el 23,24%, esto es, ha asumido a todas las camareras de piso de los paradores de ese lote I a excepción de las del Parador de Alcalá de Henares (folios 947 a 949) aduciendo que les resulta de aplicación el Convenio de Hospedaje de la Comunidad de Madrid, el cual no previene el deber de subrogación de la plantilla de la empresa saliente adjudicataria de la contrata, mientras que, por el contrario, sí ha cumplido con el deber de subrogación del personal de limpieza de zonas comunes a los que les resulta de aplicación el Convenio de Limpieza. Del total de la plantilla del lote I compuesta por 99 trabajadores se ha subrogado en 76 dejándolo de hacer en los 23 trabajadores restantes.

11º.- Desde el 16 de septiembre de 2020 los trabajadores afectados por este procedimiento están sin prestar servicios y dados de baja en la Seguridad Social.

12º.- EULEN S.A ha entrado en negociaciones con los trabajadores afectados por este procedimiento y en algún caso ha llegado a acuerdos (hecho conforme y folios 781 y siguientes)".

QUINTO.- Contra la expresada resolución se preparó recurso de casación a nombre de la empresa EULEN, S.A. Su Letrado, Sr. Fernández de Blas, en escrito de fecha 8 de marzo de 2021, formalizó el correspondiente recurso, basándose en los siguientes motivos: PRIMERO.- al amparo del art. 207.b) LRJS, se denuncia la inadecuación de procedimiento por razón de la materia por no superar los umbrales del art. 51 ET. SEGUNDO.- al amparo del art. 207.c) LRJS, por errónea valoración de la prueba solicita la modificación de los hechos probados primero y décimo de la sentencia. TERCERO.- al amparo del art. 207.e) LRJS, por infracción del art. 44 ET.

SEXTO.- Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar improcedente el recurso.

SÉPTIMO.- Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 22 de septiembre actual, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Examen del supuesto litigioso.

Al hilo del cambio de contratista en la limpieza de diversos establecimientos hoteleros de la red Paradores de España S.A. se debate sobre la eventual existencia de un despido colectivo encubierto ("despido colectivo de hecho"). El recurso formulado por la empresa recurrente cuestiona el relato fáctico, así que convendrá comenzar clarificando el supuesto de hecho en cuestión, tanto para acotar lo discutido cuanto porque de ello pende, en buena media, la respuesta que demos a su protesta sobre inadecuación de procedimiento y consiguiente solicitud de nulidad de todo lo actuado.



1. Síntesis de los hechos relevantes.

Aunque están reproducidos más arriba en su totalidad (Antecedente Cuarto), interesa recalcar algunos aspectos de los hechos que la sentencia recurrida considera acreditados.

A) La Red de Paradores agrupó determinados establecimientos ("Lote 1") para externalizar el servicio de limpieza, incluyendo el de Alcalá de Henares, que venía asumiendo la empresa Samsic Iberia SLU desde enero de 2019.

B) Así las cosas, en agosto de 2020 se publica anuncio de nueva adjudicación de tal encomienda, decidiéndose en favor de Eulen S.A. Como contenido del pliego de contratación destacaba lo siguiente:

* La empresa adjudicataria EULEN venía obligada a proporcionar los medios materiales (equipos, productos y suministros higiénicos) y estructura humana para la prestación del servicio (folio 516).

* Se describe el servicio de limpieza a prestar como un bloque conjunto y unitario comprensivo de la limpieza de las habitaciones, zonas comunes, suelos, superficies, Spas y zonas deportivas, áreas de restauración, moquetas, sillas, mobiliarios, suelos y oficinas (folio 539).

* "La empresa adjudicataria está obligada al cumplimiento de lo establecido en la legislación vigente en materia de subrogación de personal. Hay obligaciones de subrogación en relaciones laborales anteriores al contrato que se licita".

* Se relaciona el personal a subrogar, coincidente con los afectados en el presente procedimiento de despido colectivo, que prestaban servicios para Samsic.

C) El 3 de septiembre de 2020 Samsic informa a la plantilla de que a partir del día 15 cesaba en la prestación del servicio de limpieza externa del Parador de Alcalá de Henares. Asimismo, pone a disposición de Eulen la documentación laboral que considera necesaria a tal efecto.

D) El 14 de septiembre es Eulen quien comunica a las personas afectadas por este conflicto que descartaba asumir su relación laboral "al no cumplir los requisitos legal y convencionalmente establecidos que resultan de aplicación a la relación laboral vigente así como, de conformidad con lo establecido en la legislación, normativa y jurisprudencia aplicable al caso".

E) Eulen ha asumido el 76,76% de las personas que venían adscritas a la contrata de referencia (76 de las 99 afectadas). En concreto, ha aceptado la subrogación respecto de todas las camareras de piso excepto las del Parador de Alcalá de Henares.

F) Desde el 16 de septiembre de 2020 las personas afectadas por el conflicto están inactivas y de baja en Seguridad Social.

2. Requisitos para revisar el relato fáctico de instancia.

El artículo 207.d) LRJS admite la posibilidad de que se articule un recurso de casación fundado en el " *error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obren en autos que demuestren la equivocación del juzgador, sin resultar contradicho por otros elementos probatorios*". En concordancia, el artículo 210.2.b LRJS dispone que " *en los motivos basados en error de hecho en la apreciación de la prueba deberán señalarse de modo preciso cada uno de los documentos en que se fundamenta y el concreto extremo a que se refiere, ofreciendo la formulación alternativa de los hechos probados que se propugna*".

El precepto no permite la reconsideración plena del material probatorio. Se limita, por el contrario, a posibilitar un reexamen excepcional de la declaración de hechos probados cuando a la luz de ciertas pruebas (de carácter documental), se acredite que algún extremo de la misma es, sin duda, equivocado. Las consecuencias de esta configuración legal son múltiples puesto que condiciona las posibilidades reales de que la revisión de hechos probados se produzca en casación.

El peligro de que el acudimiento al Tribunal Supremo se convierta en una nueva instancia jurisdiccional, contra lo deseado por el legislador y la propia ontología del recurso explican las limitaciones legales y jurisprudenciales existentes en orden a la revisión de hechos probados. La previsión legal permite solicitar la corrección de las eventuales contradicciones entre los hechos que se dan como probados y los que se deduzcan de las pruebas documentales practicadas. Reiterada jurisprudencia como la reseñada en SSTs 28 mayo 2013 (rec. 5/20112), 3 julio 2013 (rec. 88/2012), 25 marzo 2014 (rec. 161/2013), 2 marzo 2016 (rec. 153/2015) viene exigiendo, para que el motivo prospere:

1. *Que se señale con claridad y precisión el hecho cuestionado (lo que ha de adicionarse, rectificarse o suprimirse).*



2. *Bajo esta delimitación conceptual fáctica no pueden incluirse normas de Derecho o su exégesis. La modificación o adición que se pretende no debe comportar valoraciones jurídicas. Las calificaciones jurídicas que sean determinantes del fallo tienen exclusiva -y adecuada- ubicación en la fundamentación jurídica.*
3. *Que la parte no se limite a manifestar su discrepancia con la sentencia recurrida o el conjunto de los hechos probados, sino que se delimite con exactitud en qué discrepa.*
4. *Que su errónea apreciación derive de forma clara, directa y patente de documentos obrantes en autos (indicándose cuál o cuáles de ellos así lo evidencian), sin necesidad de argumentaciones o conjeturas [no es suficiente una genérica remisión a la prueba documental practicada].*
5. *Que no se base la modificación fáctica en prueba testifical ni pericial. La variación del relato de hechos únicamente puede basarse en prueba documental obrante en autos y que demuestre la equivocación del juzgador. En algunos supuestos sí cabe que ese tipo de prueba se examine si ofrece un índice de comprensión sobre el propio contenido de los documentos en los que la parte " encuentra fundamento para las modificaciones propuestas*
6. *Que se ofrezca el texto concreto conteniendo la narración fáctica en los términos que se consideren acertados, enmendando la que se tilda de equivocada, bien sustituyendo o suprimiendo alguno de sus puntos, bien complementándolos.*
7. *Que se trate de elementos fácticos trascendentes para modificar el fallo de instancia, aunque puede admitirse si refuerza argumentalmente el sentido del fallo.*
8. *Que quien invoque el motivo precise los términos en que deben quedar redactados los hechos probados y su influencia en la variación del signo del pronunciamiento.*
9. *Que no se limite el recurrente a instar la inclusión de datos convenientes a su postura procesal, pues lo que contempla es el presunto error cometido en instancia y que sea trascendente para el fallo. Cuando refuerza argumentalmente el sentido del fallo no puede decirse que sea irrelevante a los efectos resolutorios, y esta circunstancia proporciona justificación para incorporarla al relato de hechos, cumplido -eso sí- el requisito de tener indubitado soporte documental.*

No todos los datos que figuran en la prueba de las partes han de tener acceso a relación de hechos probados de la sentencia, sino únicamente aquéllos que resulten trascendentes para el fallo. La revisión fáctica propuesta ha de ser trascendente para la resolución del litigio, es decir, de entidad suficiente para hacer variar el signo del pronunciamiento de instancia, pues en otro caso resultaría inútil. En efecto, "la inclusión de hechos probados solo debe efectuarse con respecto a aquéllos que sean esenciales para la resolución de la cuestión debatida, en el sentido de trascendentes para modificar el pronunciamiento impugnado, y que hayan sido objeto de debate y prueba procedente por haber sido alegados oportunamente por las partes" (STS de 27 de marzo de 2000, rcud 2497/1999). Lo que conduce a rechazar aquéllas modificaciones que carecen de trascendencia para la resolución del litigio y que únicamente se justifican porque la redacción propuesta es de mayor agrado del recurrente, pues el error debe ser trascendente en orden a alterar el sentido del fallo de la resolución recurrida (STS 11 de febrero de 2014, rec. 27/2013).

3. Revisión del hecho probado primero.

A) Formulación de la sentencia recurrida.

El HP Primero acota el ámbito subjetivo del conflicto, añade el dato referido al convenio colectivo de aplicación y reenvía a documentación obrante en autos la enumeración de personas y datos profesionales: "El presente procedimiento de impugnación de despido colectivo afecta a 25 trabajadores que conforman la totalidad de la plantilla de que presta servicios en el centro de trabajo del Parador de Alcalá de Henares, y en concreto en el servicio de limpieza externa cuyo Convenio Colectivo de aplicación es el de Hospedaje de la Comunidad de Madrid, cuyas circunstancias de antigüedad, categoría y salario aparecen reseñados en el hecho segundo de la demanda que aquí damos por reproducido (documentos obrantes al bloque I de la parte actora, así como folio 537, 751 y 695 de autos)".

B) Modificación interesada.

La mercantil recurrente postula una nueva redacción que considera imprescindible para acreditar que en el Parador de Alcalá hay dos colectivos de personas que desarrollan tareas de limpieza pero están sujetas a convenios distintos: "El presente procedimiento de impugnación de convenio colectivo afecta a 25 trabajadores de los 29 trabajadores que conforman parte de la plantilla de que presta servicios en el centro de trabajo del Parador de Alcalá de Henares. En concreto a los 25 trabajadores que le es de aplicación el Convenio Colectivo de Hospedaje de la Comunidad de Madrid, cuyas circunstancias de antigüedad, categoría y salario aparecen

reseñadas en el hecho segundo de la demanda que aquí damos por reproducido (documentos obrantes al bloque I de la parte actora, así como folio 537, 751 y 695 de autos): los otros 4 trabajadores adscritos al Parador de Alcalá de Henares y que les era de aplicación el Convenio de Limpieza de Edificios y Locales sí han sido objeto de subrogación".

La modificación interesada deriva del examen de los pliegos de condiciones que obran en autos y del listado de personal que figura en el Anexo XII ("subrogación personal").

C) Consideraciones de la Sala.

Son varias las razones por las que no podemos acceder a la modificación de referencia. Por lo pronto, en modo alguno se denuncia un error en la valoración de la prueba, sino que viene a proponer una nueva redacción a partir de documentos ya tomados en cuenta por la Sala de instancia.

En segundo lugar, se trata de una rectificación que no posee la trascendencia pretendida pues parte de examinar el cambio de empresa adjudicataria de la limpieza del Lote I confeccionado por Paradores como si solo viniera referida al establecimiento complutense.

En tercer lugar, como apunta la Fiscalía, la resolución recurrida ya ha tenido en cuenta los datos puestos de relieve por la recurrente, como es de ver en su Fundamentación Jurídica.

Además, por si lo anterior no bastara, el motivo no indica con precisión y claridad los concretos extremos del documento o documentos en que se fundamenta, desconociendo las expuestas exigencias legales y jurisprudenciales.

4. Revisión del hecho probado décimo.

A) Formulación de la sentencia recurrida.

El HP décimo recoge el ámbito subjetivo de la contratación que cambia de adjudicataria y las razones por las que la empresa entrante rechaza subrogarse en los contratos de quienes vienen prestando el servicio de limpieza de habitaciones en el Parador de Alcalá: "De toda la plantilla del personal de limpieza de los paradores del lote I, adjudicado a EULEN S.A, esta última mercantil se ha hecho cargo del 76,76% de los trabajadores y no se ha subrogado en el 23,24%, esto es, ha asumido a todas las camareras de piso de los paradores de ese lote I a excepción de las del parador de Alcalá de Henares (folios 947 a 949) aduciendo que les resulta de aplicación el Convenio de Hospedaje de la Comunidad de Madrid, el cual no previene el deber de subrogación de la plantilla de la empresa saliente adjudicataria de la contrata, mientras que, por el contrario, sí ha cumplido con el deber de subrogación del personal de limpieza de zonas comunes a los que les resulta de aplicación el Convenio de Limpieza. Del total de la plantilla del lote I compuesta por 99 trabajadores se ha subrogado en 76 dejándolo de hacer en los 23 trabajadores restantes".

B) Modificación interesada.

La mercantil recurrente postula una nueva redacción del HP décimo y que considera imprescindible: "Que en el contrato de prestación de servicios de los Paradores, existen dos colectivos de trabajadores, los de limpieza de zonas comunes, adscritos al Convenio Colectivo de Limpieza de Edificios y Locales y los denominados "camareros de pisos", adscritos al Convenio de Hospedaje, el cual no previene el deber de subrogación de la plantilla de la empresa saliente adjudicataria de la contrata, mientras que, por el contrario, sí ha cumplido con el deber de subrogación de personal de limpieza de zonas comunes a los que sí resulta de aplicación el Convenio de Limpieza".

Al igual que en el caso anterior, el motivo expone que la modificación interesada deriva del examen de los pliegos de condiciones que obran en autos y del listado de personal que figura en el Anexo XII ("subrogación personal").

C) Consideraciones de la Sala.

El HP Primero ya indica que al personal afectado por este conflicto se le viene aplicando el convenio de Hospedaje de la Comunidad de Madrid, lo que convierte en inocua la introducción del dato en la propuesta modificativa que formula Eulen.

El contenido de los convenios colectivos, como hemos recordado (apartado 2 de este Fundamento) no puede aparecer como materia propia de la crónica judicial, por lo que resulta inadecuado que se traiga a colación el tenor del convenio en materia de subrogación empresarial.

La redacción propuesta no revela error alguno en el HP Décimo de la sentencia recurrida, sino que mutila parte de su contenido e impide la contemplación de lo acaecido en un ámbito superior al del centro de trabajo; ello, sin perjuicio de la valoración jurídica que merezca.



La recurrente considera falsa la afirmación de que "ha asumido a todas las camareras de piso de los paradores de ese lote I a excepción de las del parador de Alcalá de Henares (folios 947 a 949)", contenida en el HP ahora cuestionado y dedica extensas reflexiones críticas a ello. Sin embargo, lo cierto es que: 1º) La Sala de instancia ha valorado toda la documentación obrante en autos. 2º) No se trata de un aspecto que pueda considerarse sorpresivamente introducido en el debate, puesto que aparece enunciado como Quinto Hecho por la demanda promotora del procedimiento. 3º) La retórica pregunta del recurso acerca del origen de tal dato posee respuesta explícita en la propia sentencia: es deducción de lo expresado en folios 947 a 949. 4º) No se ha señalado un documento concreto que patentice la equivocación del juzgador. 5º) La documentación a que remite el HP impugnado, que reproduce el propio recurso, muestra que hay Paradores (Cádiz, Lorca, Segovia) en que Eulen ha asumido al personal preexistente pese a que se le viene aplicando el correspondiente convenio de hostelería).

5. Desestimación del motivo.

Ninguna de las dos rectificaciones propuestas puede prosperar, tanto por su intrascendencia para el examen jurídico de lo acaecido cuanto por así determinarlo la aplicación de las exigencias generales que el artículo 207.d) LRJS alberga. El recurso invoca como cauce el apartado b) de dicho precepto, en claro error tipográfico que, como tal, no ha podido desencadenar las drásticas consecuencias instadas por la impugnación al recurso de la Abogacía del Estado.

El recurso incurre en una petición de principio tanto en este motivo cuanto en su conjunto, pues considera que como el convenio de hostelería silencia el deber de subrogación empresarial, este no existe. Sin embargo, la sentencia recurrida pone de relieve que esta obligación de la empresa entrante puede derivar de la llamada "subrogación de plantillas", como una consecuencia al margen de las previsiones convencionales y atenta a si la empleadora entrante decide proseguir la actividad productiva, cuando principalmente se basa en la mano de obra, aprovechando el potencial de quienes ya venían desempeñando las tareas de referencia.

SEGUNDO.- Términos del debate.

1. La demanda de despido colectivo.

Con fecha 13 de octubre de 2020 la Federación de Servicios de Comisiones Obreras (CCOO) presenta demanda de despido colectivo frente a tres entidades: la empresa principal (Paradores de Turismo de España, SME), la empresa saliente (Samic Iberia SLU) y la empresa entrante (Eulen S.A.).

Sostiene que ha habido un despido colectivo tácito, apuntando a la responsabilidad de la empresa principal que lo consiente, de la saliente que da de baja en Seguridad Social a las 25 personas afectadas y de la entrante que rechaza la subrogación.

Denuncia el incumplimiento de los requisitos establecidos tanto en el artículo 51 ET cuanto en el art. 124 LRJS. Solicita que el despido se declare nulo o, subsidiariamente, no ajustado a Derecho debiéndose condenar a la empresa que por el Tribunal se entienda responsable del despido efectuado con las consecuencias legales de tal declaración.

2. La sentencia recurrida.

Mediante su sentencia 57/2021 de 28 enero la Sección Primera de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid pone término al debate de instancia (proc. 695/2020. Sus núcleos argumentales son los siguientes:

- * Descarta la inadecuación de procedimiento al ser más de 20 los trabajadores afectados en el mismo centro de trabajo, al margen del número total de empleados de la empresa.
- * Examina los distintos supuestos de sucesión de empresa y los requisitos que en cada uno de ellos deben concurrir a los efectos de la obligación en la subrogación.
- * En este concreto supuesto al estar ante una actividad que fundamentalmente descansa en la mano de obra (limpieza de establecimientos hoteleros), surge la obligación subrogatoria por parte de la empresa entrante.
- * Que Eulen no se haya subrogado supone un despido tácito; la dimensión colectiva y el incumplimiento de los requisitos comporta su nulidad, condenando a la nueva empresa adjudicataria (Eulen) y absolviendo al resto de codemandadas (Paradores, Samic).

En suma, la resolución recurrida declara que el cese acontecido el 16 de septiembre de 2020 en el centro de trabajo del Parador de Alcalá de Henares (25 personas del servicio de limpieza de habitaciones) constituye un despido colectivo nulo, condenando a la inmediata incorporación a sus puestos de trabajo de todas las personas afectadas. Considera que la única responsable de tal despido es la empresa entrante (Eulen).

3. Recurso de casación.



Disconforme con la sentencia reseñada, con fecha 8 de marzo de 2021 la mercantil EULEN formaliza recurso de casación. Además de la revisión fáctica ya examinada (Fundamento Primero), desarrolla otros dos motivos.

El primer motivo de recurso reitera la inadecuación de procedimiento excepcionada en instancia, de la que derivaría la incompetencia funcional de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid y, por ende, de esta Sala Cuarta.

El último motivo denuncia la infracción del artículo 44 ET, postulando la errónea intelección de la figura de la sucesión de plantillas por parte de la sentencia recurrida.

4. Impugnación del recurso.

A) Con fecha 17 de marzo de 2021 el Abogado del Estado, en representación de la sociedad estatal Paradores de Turismo de España SME, SA, formaliza su impugnación al recurso.

Considera que los argumentos de la sentencia recurrida dan válida respuesta al cuestionamiento de la modalidad procesal seguida. Explica que la revisión fáctica incumple las exigencias legales y jurisprudenciales sobre el particular. Asimismo, advierte que el último motivo se basa en un presupuesto fáctico inexistente.

B) Con fecha 26 de marzo de 2021 la Abogada y representante de CCOO suscribe su impugnación al recurso.

Invoca el tenor de la Directiva 98/59 para sostener que sí existe despido colectivo porque hay más de veinte extinciones contractuales en un mismo centro de trabajo. Niega que concurren los presupuestos para que proceda la revisión fáctica. Finalmente, expone que Eulen ha asumido una parte esencial de la plantilla afectada por el contrato de prestación de servicios, el cual va referido a entidad económica que mantiene su identidad tras el cambio de titularidad empresarial, invocando diversas sentencias tanto del Tribunal de Luxemburgo cuanto de esta Sala Cuarta.

C) Con fecha 29 de marzo de 2021 el Abogado y representante de Samsic Iberia SLU formaliza su impugnación al recurso.

Considera que concurren los elementos fácticos para que pueda existir un despido colectivo, lo que comporta que el procedimiento seguido sea el adecuado, invocando la STJUE 13 mayo 2015 y las SSTs 848/2016 y 312/2017. Afirma que el recurso de Eulen adultera los hechos acreditados y que no concurren los requisitos para revisarlos. Respecto del fondo del asunto, sostiene que se ha producido una sucesión voluntaria de plantillas.

5. Informe del Ministerio Fiscal.

Con fecha 3 de junio de 2021 el representante del Ministerio Fiscal ante esta Sala Cuarta emite el Informe contemplado en el artículo 214.1 LRJS.

Tras resumir los datos del caso, pone de relieve que se ha seguido la modalidad procesal adecuada (invocando la STS 6 abril 2017, rcud. 3566/2015) y que la rectificación de hechos probados no cumple con las exigencias legales. Considera que tampoco puede prosperar el motivo sobre temas de fondo pues lo que ha existido es un traspaso de unidad productiva autónoma que aboca a la subrogación empresarial conforme al artículo 44 ET.

TERCERO.- Inadecuación procedimental y competencia funcional (Motivo 1º del recurso).

1. Formulación del motivo.

El artículo 207.b) LRJS abre la casación cuando se base en "Incompetencia o inadecuación de procedimiento". Invocando este precepto, el segundo motivo del recurso denuncia la inadecuación de procedimiento por razón de la materia, careciendo la Sala del TSJ de competencia por razón de la materia y por no superación de los umbrales del artículo 51 ET

Alega que, habiéndose impugnado en la demanda, no un despido colectivo por causas económicas, organizativas, técnicas o de producción, sino una falta de subrogación procede determinar la falta de competencia de la Sala de instancia para conocer de la demanda, al venir atribuida a los Juzgados de lo Social. Recuerda que conforme al artículo 6.1 LRJS los Juzgados de lo Social conocerán en única instancia de todos los procesos atribuidos al orden jurisdiccional social con excepción de los asignados expresamente a la competencia de otros órganos.

2. Criterio de la sentencia recurrida.

La sentencia recurrida descarta la excepción planteada en la instancia, ahora reiterada en forma de motivo de recurso. El despido colectivo de hecho impugnado afecta a más de 20 personas en un mismo centro de trabajo, por lo que supera los umbrales tanto del art. 1 de la Directiva 98/59 cuanto del art. 51 ET.

Invoca asimismo la STS312/2017 de 6 abril (rcud. 3566/2015) conforme a la cual la unidad de cómputo será el centro de trabajo cuando los despidos se producen en ese centro aisladamente considerado, y sin embargo



será la empresa, cuando se superen los umbrales tomando como unidad de referencia la totalidad de la misma. Por tanto, como la extinción ha afectado a más de 20 trabajadores de un mismo centro el despido se ha tramitado correctamente por los cauces del despido colectivo, aunque la empresa en su conjunto tenga más de 300 empleados.

3. Doctrina pertinente.

A) Acierta la sentencia recurrida cuanto subsume el supuesto debatido entre los constitutivos, en su caso, de despido colectivo. Es decir: cuando finaliza un número de contratos de trabajo por decisión atribuible a la empresa hay que contabilizar esas extinciones a efectos de integrar la figura de referencia.

Sobre la unidad de cómputo, diversas sentencias recuerdan que la aplicación del criterio de interpretación literal fue cuestionada por la STJUE de 13 de mayo de 2015 (asunto Ruiz Conejero) que entendió que la normativa española no se adaptaba fielmente a la aludida Directiva, puesto que esta se refería a centro de trabajo, mientras que la normativa interna expresamente señalaba a la empresa como el espacio físico y material donde hay que realizar los cálculos. Como consecuencia de ello, nuestra jurisprudencia concluyó que la unidad de cómputo debe ser el centro de trabajo de más de veinte trabajadores en aquellos casos en que los despidos que se producen en un centro de trabajo aisladamente considerado exceden de los umbrales del artículo 51.1 ET

Las SSTs 848/2016 de 17 octubre (rec. 36/2016, Pleno; Zardoya Otis), 312/2017 de 6 abril (rcud. 3566/2015; Fucoda) y 787/2019 de 19 noviembre (rcud. 1253/2017; Prosegur) vienen manifestando lo siguiente:

* La "interpretación conforme del Derecho español" requiere tomar en cuenta lo dispuesto en el art. 1.1º de la Directiva 98/59, en relación con la doctrina de las SSTJUE de 30 de abril de 2015 (C-80/14, asunto "Wilson"), 13 de mayo de 2015 (C-80/14, asunto "Rabal Cañas").

* Cuando los despidos acaecidos en un centro de trabajo superan los umbrales del art. 51.1 ET, la unidad de cómputo debe ser el centro de trabajo que emplea a más de 20 trabajadores.

* La unidad de cómputo debe ser la empresa, cuando se superen los umbrales tomando como unidad de referencia la totalidad de la misma.

B) La STS 771/2017 de 10 octubre (rec. 86/2017, Pleno; Cafestore) analizó con carácter previo y de oficio la posible existencia de un despido colectivo respecto de supuestos en los que se extinguieron la totalidad (13) de los contratos de trabajo de quienes prestaban servicios en un centro de trabajo de una empresa con un volumen de trabajadores relevante a nivel nacional. Se otorgaba respuesta a la pregunta de si, por debajo de los umbrales previstos en el art. 51.1 ET y del art. 1.1 de la Directiva 98/59 CE, de 20 de julio de 1998 relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos, resulta jurídicamente posible llevar a cabo un despido colectivo por las causas consignadas en el art. 51.1 ET, en lugar de acudir necesariamente a la vía prevista para tales situaciones en el artículo 52 c) ET realizando despidos individuales.

La importancia estriba en la afectación misma de la competencia objetiva, tanto de la Sala de lo Social de instancia, como la de la propia Sala IV, de conformidad con las reglas preceptuadas en el párrafo segundo de la letra a) del art. 7, art. 9 b) y art. 205.1 LRJS. Con remisión a otros dos precedentes, se entiende que no existe un derecho a disponer libremente de una u otra modalidad de despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción -individual o colectivo-, y que la puesta en marcha de sus trámites y procedimientos se proyectan tanto sobre la propia naturaleza del despido, como sobre todo el ámbito procesal de la legitimación activa -sujetos colectivos- y, lo que es más relevante, desde el punto de vista de la indisponibilidad de los derechos, sobre la propia competencia objetiva de los tribunales.

Concluye afirmando la imposibilidad de articular un despido colectivo por debajo de los umbrales previstos en las referidas normas, de manera que la Sala de instancia debió reconocer su propia incompetencia objetiva, de conformidad con lo previsto en el párrafo segundo de la letra a) del art. 7 LRJS, lo que al no haberse producido, determina que en esta resolución se decida por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo la nulidad de tal pronunciamiento, sin perjuicio de que los trabajadores planteen demandas individuales frente a las extinciones producidas, lo que podrán hacer en los términos previstos en la regla 1ª de la letra b) del número 13 del artículo 124 LRJS.

C) Posteriormente hemos perfilado, con mención de la anterior resolución y respecto de la figura del despido colectivo de facto, que en el cómputo para la determinación de los umbrales del art. 51 ET, están incluidos los contratos temporales concertados para la ejecución de una contrata que finalizan antes de la fecha prevista o determinada por reducción de su volumen por la empresa comitente, estando excluidos solamente aquellas



extinciones que se producen por motivos inherentes a la persona del trabajador y las que se produzcan por cumplimiento del término (STS 283/2019 de 4 abril, rec 165/2018, Pleno; Konecta BTO).

D) La STS 669/2019 de septiembre (rec 143/2018, Pleno; Air Liquide) explica que no cabía tramitar un despido colectivo de doce trabajadores en una empresa con 216 empleados, razón por la que no aplicó indebidamente el art. 8.1 de la LRJS en relación con el art. 51.1 ET, al afirmar su falta de competencia objetiva para conocer de las pretensiones de la demanda y remitir a los afectados al despido individual por causas objetivas previsto en el art. 52 c) ET.

E) La STS 421/2021 de 21 abril (proc. 142/2020, Pleno; Eulen) se ha enfrentado a un problema similar al que nos ocupa ahora y resume el tenor de numerosos pronunciamientos del siguiente modo:

"a).- La conjunción de los artículos 51.1 y 52.c) no deja lugar a la duda: cuando el empresario procede a efectuar despidos en número superior a los umbrales previstos en el artículo 51.1 ET estamos en presencia de un despido colectivo y hay que seguir los trámites y procedimiento que la ley ha previsto para la tramitación de tales extinciones colectivas".

b).- La noción de despido colectivo se diseña normativamente a través de la referencia a dos elementos distintos: por un lado, están los requisitos numérico-temporales...; por otro, se encuentran las exigencias causales, es decir, que el despido esté motivado por la concurrencia de causas económicas, técnicas, organizativas o de la producción. A tales efectos... constituyen claramente normas absolutamente imperativas o de derecho necesario absoluto, inmodificables por convenio colectivo. El fundamento de tal calificación como estructuras normativas de orden público se presenta evidente puesto que en tal concepto extintivo no sólo intervienen intereses empresariales, sino que se atiende -de manera especial- a intereses públicos evidentes (minorar -en lo posible- la destrucción del tejido productivo), y también los de los trabajadores afectados...".

c).- Nuestra jurisprudencia... es clara al reseñar que en nuestro ordenamiento jurídico, desde siempre, el Estatuto de los Trabajadores ha sancionado con la nulidad los despidos o extinciones del contrato que, vulnerando la letra y el espíritu de la ley, han eludido la tramitación colectiva en los casos exigidos en el artículo 51.1 ET".

d).- ... cuando la ley sanciona con la nulidad las extinciones contractuales computables que, superando los umbrales del artículo 51.1 ET no se tramitaron como despido colectivo, tal nulidad es predicable no sólo cuando las impugnaciones de esas nuevas extinciones se realicen colectivamente (artículo 124.11 LRJS) o individualmente en el seno de un despido colectivo incorrecto llevado a cabo por el empresario (artículo 124.13. a. 3º); también es nulo de pleno derecho cuando, omitiéndose los trámites exigibles ex artículo 51.1 ET , la impugnación se lleva a cabo individualmente por el trabajador despedido, al margen de cualquier impugnación colectiva".

4. Consideraciones específicas.

Afirma el recurso que no se ha impugnado un despido por las causas contempladas en el artículo 51 ET, pero basta la lectura de la demanda para comprobar que, justamente, eso es lo que la demanda lleva a cabo (Fundamento Segundo, apartado 1). Cosa distinta, obviamente, es si el Sindicato demandante tiene razón en su pretensión.

El motivo de recurso olvida que estamos en el ámbito de un recurso de carácter extraordinario y que debe dirigirse frente a la sentencia de instancia, sin que ahora proceda la mera reiteración de los argumentos desplegados en ella. Ese erróneo enfoque es el que le induce a ignorar la explícita y sólida argumentación que la Sala del TSJ de Madrid ha desplegado.

La negativa a identificar la terminación de veinticinco contratos de trabajo como un despido colectivo prescinde de la noción de extinciones computables a estos efectos, sin desplegar argumentación adicional alguna. No corresponde a esta Sala la reconstrucción o interpretación del recurso, so pena de desequilibrar la igualdad de partes en el proceso y de lesionar la tutela judicial de las recurridas.

Por si lo anterior no bastara, el propio artículo 51.1 ET ha advertido que "para el cómputo del número de extinciones de contratos a que se refiere el párrafo primero de este apartado, se tendrán en cuenta asimismo cualesquiera otras producidas en el periodo de referencia por iniciativa del empresario en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador distintos de los previstos en el artículo 49.1.c), siempre que su número sea, al menos, de cinco".

5. Desestimación.



A la luz de la doctrina acuñada por la STS 848/2016 de 17 de octubre y posteriores, habida cuenta de que el centro de trabajo de Alcalá de Henares cuenta con veintinueve personas empleadas en la división de limpieza y se extingue el contrato de veinticinco, se supera el umbral de despido colectivo si el cómputo se lleva a cabo en ese exclusivo centro de trabajo ("diez trabajadores en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores", reza el artículo 51.1.a ET).

Que las empresas demandadas no hayan invocado causa expresa alguna tampoco hace desaparecer la existencia de un despido o extinción computable a esos efectos. En suma, los acertados argumentos de la sentencia recurrida en modo alguno pueden considerarse desvirtuados y su decisión de encauzar el litigio a través de la modalidad procesal de despido colectivo es correcta, lo que acarrear la competencia del Tribunal de instancia (art. 7 LRJS) y la procedencia del recurso de casación (art. 206.1 LRJS), siendo competente esta Sala Cuarta del Tribunal Supremo para su resolución (arts. 9.b y 205.1 LRJS).

CUARTO.- El deber de subrogación empresarial Motivo 3º del recurso).

El artículo 207.e) LRJS admite la interposición de un recurso de casación basado en "Infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate".

1. Criterio de la sentencia recurrida.

A) En su muy extenso y razonado Fundamento de Derecho Sexto la sentencia recurrida recuerda que "la subrogación empresarial opera automáticamente, por el solo hecho de que haya una sucesión legal de empresa (SSTJUE 25-7-91, C- 362/89; 9-3-06, C-499/04 ; 11-6-09, C-561/07)", añadiendo que su existencia requiere de dos presupuestos: objetivo (conjunto organizado de medios) y subjetivo (un empresario sucede a otro).

B) Con cita de abundantísima jurisprudencia del TJUE y de esta Sala Cuarta expone que "la transmisión debe referirse a una unidad económica organizada de forma estable y que goce de autonomía funcional suficiente con anterioridad a la transmisión (STJUE 6-3-14, C-458/12), como es el caso del departamento de un banco que cuenta con una infraestructura material y personal individualizable, lleva a cabo una actividad estable y permanente en el tiempo, goza de autonomía suficiente dentro de la organización y cuenta con un valor de mercado propio (STS 8-6-16)".

C) Recuerda que "el desconocimiento unilateral de la garantía de subrogación constituye un despido, caso de no permitir al trabajador la incorporación a su nuevo puesto de trabajo, ya que lo único que se produce tras la sucesión es una novación subjetiva (STS 28-4-09)".

D) Con el mismo notable respaldo jurisprudencial, relaciona y explica la tipología de subrogaciones empresariales: derivadas de las previsiones normativas, de los pliegos de concesiones (antes de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público), convencional (prevista en el convenio colectivo), contractual (por acuerdo entre las empresas), concursal y por sucesión de plantillas.

E) Toma en cuenta que la adjudicación del servicio de limpieza efectuado en la licitación con sustento en el pliego de prescripciones (hecho probado quinto) constituye un bloque único e indivisible que incluye todas y cada una de las actividades de limpieza, no solo de las zonas comunes, sino también la limpieza de las habitaciones.

F) Considera que al supuesto le es plenamente aplicable la doctrina recogida en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de julio de 2018 (asunto C-60/17, Somoza Hermo), asumida por la jurisprudencia de la Sala Cuarta.

2. Formulación del motivo.

Al amparo del recordado artículo 207.e) LRJS el tercer motivo de recurso argumenta que ha habido infracción del artículo 44 del ET. Alega que EULEN solo ha subrogado a los trabajadores adscritos al convenio colectivo de limpieza; considerando que en el centro de trabajo de Alcalá de Henares prestaban servicios 29 trabajadores de los que 25 estaban adscritos al convenio de hospedaje y 4 al convenio de limpieza y que solo han sido objeto de subrogación los 4 trabajadores limpiadores, difícilmente puede hablarse de sucesión de plantillas. Subraya que el debate ha versado exclusivamente sobre lo acaecido en el Parador de Alcalá de Henares.

Con cita de una sentencia de 2007 dictada por determinado Tribunal Superior de Justicia sostiene que la sucesión de plantillas se produce cuando la empresa entrante incorpora un porcentaje de trabajadores superior al 70% de los integrantes de la plantilla de la empresa saliente. Asimismo, con cita de sentencias de 2005 procedentes del mismo órgano, refiere que para que exista identidad en la organización productiva asumida es necesario que el número de trabajadores absorbidos por la nueva con trata sea superior al 50% del total.



A la vista de ello rechaza la subrogación de plantillas "por los mismos argumentos dados por la sentencia objeto de recurso".

3. Consideraciones formales sobre el motivo.

A) En primer término, conviene recordar que la invocación de sentencias dictadas por los Tribunales Superiores de Justicia no es válida para cubrir las exigencias del recurso de casación (art. 207.e LRJS).

B) En segundo lugar, el motivo del recurso se olvida de que debe combatir la sentencia recurrida y reitera argumentos que la misma no solo rechazó, sino que combatió de manera documentada. Basta contrastar la escuálida cita de doctrina judicial, algo antigua, que contiene el motivo con la muy poderosa enumeración de jurisprudencia, mucho más moderna, tanto de esta Sala Cuarta cuanto del TJUE que contiene aquella para comprender que difícilmente podría tener éxito.

C) Por último, lo que resulta decisivo, en muy buena medida el motivo de recurso está presuponiendo no solo el triunfo de la revisión fáctica interesada sino también que el problema se circunscribe a lo acaecido en el Parador de Alcalá de Henares. Pero lo cierto es que, como recuerda la propia fundamentación de la sentencia recurrida, el 21 de agosto de 2020 (folio 511) se publicó anuncio de adjudicación en el expediente NUM001 cuyo objeto era la contratación del servicio de limpieza externa de los paradores del lote 1 (Zona Centro, Sur y Canarias) y que fue obtenido por EULEN S.A (bloque documental 2 de la parte actora). La empresa adjudicataria de la licitación EULEN venía obligada a proporcionar los medios materiales (equipos, productos y suministros higiénicos) y estructura humana para la prestación del servicio (folio 516) describiéndose el servicio de limpieza a prestar como un bloque conjunto, unitario e indivisible comprensivo de la limpieza de las habitaciones zonas comunes, suelos, superficies, Spas y zonas deportivas, áreas de restauración, moquetas, sillas, mobiliarios, suelos y oficinas

D) Entendemos que al articularse el recurso sobre la base de que la extinción contractual se produce respecto de una transmisión de contratos diversa a la acaecida incurre en el vicio procesal de la llamada "petición de principio" o "hacer supuesto de la cuestión", que se produce cuando se parte de premisas fácticas distintas a las de la resolución recurrida.

En supuestos como los resueltos por las SSTS 898/2017 de 15 noviembre (rec. 247/2016), 532/2019 de 3 julio (rec. 51/2018) y 794/2021 de 15 julio (rec. 74/2021, Pleno) hemos debido salir al paso de tales planteamientos. Mientras el recurso sostiene que combate determinada realidad, lo acreditado es algo bien distinto. Lo cierto es que el recurso omite cualquier propuesta de revisión de hechos probados por lo que hemos de atenernos a los que constan como tales en el correspondiente apartado, o con ese valor en la fundamentación jurídica. Al construir su razonamiento sobre premisas que no coinciden con la crónica judicial acaba incurriendo en una petición de principio o hacer supuesto de determinada cuestión.

Al cabo, la recurrente incurre en el rechazable vicio procesal de la llamada "petición de principio" o "hacer supuesto de la cuestión", defecto que se produce cuando el recurrente parte de unas premisas fácticas distintas a las que declara probadas la resolución recurrida (STS 141/2021 de 2 febrero, rec. 128/2019 y las citadas en ella).

E) En modo alguno podemos compartir la afirmación de que la sentencia recurrida parte de una falsedad. Por el contrario, razona en su fundamentación jurídica que se ha producido la sucesión voluntaria de plantillas, en una actividad productiva como la limpieza de instalaciones en las que opera fundamentalmente la mano de obra, por lo que se activa ex lege el artículo 44 del ET. Tras clarificar lo acaecido (recalcando cuál es la unidad productiva autónoma transmitida) proyecta sobre ello la doctrina sobre la sucesión de plantillas.

Apurando la tutela judicial efectiva de la recurrente, aunque llevando cuidado para no desequilibrar el proceso en perjuicio del resto de partes, solo queda por comprobar si la intelección que de la citada figura asume la Sala de instancia vulnera los preceptos que menciona Eulen en su recurso.

4. Doctrina concordante.

Nuestra STS 873/2018 de 27 septiembre (rcud. 2747/2016, Pleno) actualizó la doctrina sobre la subrogación empresarial en casos como el presente para concordarla con la del TJUE. Síntesis de ello son las siguientes premisas:

Primera.- Hay transmisión de empresa encuadrable en el art. 44 ET si la sucesión de contratos va acompañada de la transmisión de una entidad económica entre las empresas saliente y entrante.

Segunda.- En actividades donde la mano de obra constituye un factor esencial, la asunción de una parte relevante del personal adscrito a la contrata (en términos cuantitativos o cualitativos) activa la aplicación del artículo 44 ET.



Tercero.- Cuando (como en el caso) lo relevante es la mano de obra (no la infraestructura) la subrogación solo procede si se da esa asunción de una parte relevante (cuantitativa o cualitativamente) del personal.

Cuarto.- El hecho de que la asunción de una parte relevante de la plantilla derive de lo preceptuado por el convenio colectivo no impide la aplicación de la anterior doctrina.

Especial interés para nuestro caso poseen las reflexiones vertidas en el apartado 2 del Fundamento Séptimo de tal STS 873/2018:

Digamos que tiempo atrás el Tribunal de Luxemburgo ya había sentado una doctrina similar a la del caso Somoza Hermo (STJUE 24 de enero de 2002, Temco, C-51/00), conocida y tenida en cuenta por nuestras sentencias. Pero las razones antes expuestas nos habían llevado a pensar que la misma no afectaba a la validez de un convenio colectivo negociado con las exigentes mayorías representativas que nuestro legislador reclama (arts. 87 y 88 ET) y que convenios como el aplicado en el presente supuesto respetaban y mejoraban las previsiones heterónomas. Pensábamos que el deseo de los agentes sociales de otorgar estabilidad laboral en casos adicionales a los subsumibles en la transmisión legal de empresas justificaba esa peculiar regulación. En ese sentido, nuestra doctrina partía de una premisa distinta a la que refleja la STJUE 11 julio 2018 cuando subraya (& 38) que los convenios como el ahora examinado persiguen el mismo objetivo que la Directiva 2001/23.

A la vista de lo expuesto debemos modificar una de las premisas de nuestra doctrina. En contra de lo que hemos venido entendiendo, el hecho de que la subrogación de plantilla (la asunción de una parte cuantitativa o cualitativamente relevante) sea consecuencia de lo previsto en el convenio colectivo no afecta al modo en que deba resolverse el problema. Que la empresa entrante se subrogue en los contratos de trabajo de una parte significativa del personal adscrito por mandato del convenio no afecta al hecho de que la transmisión pueda referirse a una entidad económica.

El concepto de "entidad económica", de este modo, es el único que puede erigirse en definidor de la existencia de una transmisión empresarial con efectos subrogatorios. Y la determinación de si eso sucede ha de hacerse ponderando el conjunto de circunstancias concurrentes en cada caso.

En este aspecto consideramos que lo sustancial de nuestra doctrina viene ajustándose a lo que el TJUE exige: siempre que haya transmisión de un conjunto de medios organizados impera el régimen legal de transmisión y subrogación laboral, debiendo considerarse ilegal el convenio que lo desconozca.

Lo que no debemos hacer es seguir abordando el problema atendiendo a la causa de esa continuidad significativa de contratos de trabajo (el mandato convencional). Por el contrario, son los efectos derivados de la previsión del convenio (asunción de una parte significativa de la plantilla) los que deben valorarse para determinar si hay sucesión de empresa.

En sectores donde la mano de obra constituye el elemento principal de la actividad empresarial es posible que el conjunto de personas adscritas a la actividad equivalga a la unidad económica cuyo cambio de titularidad activa la subrogación.

Pero esa subrogación no es automática e incondicionada. Ni nuestra doctrina ni la del TJUE sostienen que la mera asunción de un conjunto de personas equivale a la transmisión de una unidad productiva en todos los casos. Hay que ponderar el conjunto de circunstancias concurrentes.

Por eso la sucesión en la contrata (de vigilancia, de limpieza, de cualquier otra actividad de características similares) activa la subrogación empresarial " siempre y cuando la operación vaya acompañada de la transmisión de una entidad económica entre las dos empresas afectadas" (parte dispositiva de la STJUE de 11 julio 2018).

En principio, y siempre por referencia a estos supuestos en que lo relevante no es la infraestructura productiva puesta en juego, la adjudicación de una nueva contrata a empleador diverso del saliente nos sitúa ante la transmisión de la "entidad económica" recién aludida.

Pero no se trata de algo que pertenezca al terreno de lo abstracto o dogmático sino al de los hechos y de su prueba. Es decir, el examen de las características de la adjudicación (condiciones de tiempo, exigencias sobre el modo de suministrar los servicios a la empresa principal, dirección del grupo de personas adscrito, adscripción funcional permanente o aleatoria, etc.), de la realidad transmitida (afectación funcional y locativa, medios audiovisuales, programas informáticos, mobiliario para el personal, etc.), del alcance que tenga la asunción de personas (no solo cuantitativa, sino también cualitativa) son aspectos valorables para despejar esa incógnita, que constituye al tiempo un condicionante de la subrogación.



Eso significa, claro, que en sectores donde la mano de obra constituye lo esencial ha de valorarse de manera muy prioritaria el dato relativo al número o condición de quienes han sido asumidos por la nueva empleadora, al margen del título o motivo por el que ello suceda.

A partir de ahí, dados los términos en que el convenio colectivo disciplina la subrogación, será lógico que quien sostenga que no se ha producido la asunción suficientemente relevante de la mano de obra así lo acredite (art. 217 LEC) y que se produzca el debate correspondiente cuando la cuestión sea controvertida.

5. Desestimación del motivo.

La aplicación de la doctrina que acabamos de compendiar aboca a la desestimación del tercer motivo del recurso.

Aquí se discute al hilo de las consecuencias del cambio en una contrata de limpieza. Puesto que nada se ha afirmado respecto de la transmisión de infraestructura relevante para llevar a cabo los servicios concertados (máquinas barredoras o limpiadoras, plataformas elevadoras, vehículos autopropulsados, cisternas desinfectantes, etc.) hemos de operar en el entendido de que lo esencial del caso, como suele suceder en el sector, radica en la mano de obra puesta en juego para desarrollar las tareas de limpieza.

El relato fáctico de la sentencia recurrida explica que Eulen ha asumido una parte relevante de la plantilla que venía adscrita precedentemente a la limpieza del Lote de Paradores configurado como unidad económica susceptible de explotación. Por tanto, al igual que sucede en el supuesto de la citada STJUE 11 julio 2018 (Somoza Hermo), debemos partir de que el empleador entrante (Eulen, en nuestro caso) asume una parte esencial (en términos de número y competencias) del personal que la primera empresa (Samsic) destinaba a la ejecución de la contrata.

La recurrente prescinde de examinar la identidad de la unidad económica transmitida (el "Lote 1" de Paradores) y, de manera comprensible pero errónea, la minimiza para aislar una parte de ella (la limpieza del Parador complutense). Examinada en su verdadero alcance, la situación muestra una contrata de limpieza en la que la empresa entrante asume un porcentaje muy significativo de las personas que venían estando adscritas a ella. Cuando Eulen rechaza la prestación de servicios por parte de las veinticinco personas afectadas por este litigio, aun sin pretenderlo, está incurriendo en un despido colectivo.

Coincidimos así con lo sustancial del Informe emitido por la Fiscalía, conforme al cual "la propia recurrente sostiene que no asumió las 25 trabajadoras del servicio de limpieza de Alcalá de Henares porque les resulta de aplicación el convenio de hospedaje que no prevé la subrogación, pero conforme a la anterior doctrina, habiendo asumido voluntariamente una parte cuantitativa del personal de limpieza en una actividad productiva que descansa fundamentalmente en la mano de obra, se activa ex lege, como afirma la sentencia, la aplicación del artículo 44 del ET, con prioridad sobre lo establecido en el convenio colectivo".

QUINTO.- Resolución.

En anteriores Fundamentos hemos expuesto secuenciadamente los argumentos que sustentan nuestra decisión respecto de los tres motivos de recurso articulados por la mercantil recurrente.

Como se desprende de cuanto antecede, el recurso no puede prosperar y debe quedar firme la sentencia que declara la nulidad del DC. En esencia, porque ha existido un número de terminaciones contractuales que supera los umbrales del artículo 51 ET, interpretado conforme a las exigencias del Derecho de la UE, sin haberse activado el procedimiento previsto al efecto. En su último párrafo, el artículo 124.11 LRJS prescribe que "La sentencia declarará nula la decisión extintiva únicamente cuando el empresario no haya realizado el período de consultas o entregado la documentación prevista en el artículo 51.2 del Estatuto de los Trabajadores o no haya respetado el procedimiento establecido en el artículo 51.7 del mismo texto legal u obtenido la autorización judicial del juez del concurso en los supuestos en que esté legalmente prevista, así como cuando la medida empresarial se haya efectuado en vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas. En este supuesto la sentencia declarará el derecho de los trabajadores afectados a la reincorporación a su puesto de trabajo, de conformidad con lo previsto en los apartados 2 y 3 del artículo 123 de esta ley". Esa es la solución a que accede la STSJ Madrid recurrida, por lo que ahora debemos confirmarla.

Por otro lado, el artículo 235 LRJS dispone que la sentencia impondrá las costas a la parte vencida en el recurso, excepto cuando goce del beneficio de justicia gratuita. De acuerdo con los criterios usualmente aplicados por esta Sala, procede establecerlas en 1.500 euros en favor de cada una de las partes impugnantes.

FALLO

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



:

- 1) Desestimar el recurso de casación interpuesto por la empresa EULEN, S.A., representada y defendida por el Letrado Sr. Fernández de Blas.
- 2) Confirmar y declarar firme la sentencia nº 5/2021 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 28 de enero de 2021, en autos nº 695/2020, seguidos a instancia de la Federación de Servicios de CC.OO. contra dicha recurrente, SAMIC Iberia SLU, Sociedad Estatal Paradores de Turismo de España, SME, S.A., sobre despido colectivo.
- 3) Imponer a la citada recurrente las costas procesales, en cuantía de 1.500 euros en favor de cada una de las impugnantes del recurso.

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ