



Roj: **STSJ GAL 9259/2016 - ECLI: ES:TSJGAL:2016:9259**

Id Cendoj: **15030340012016106523**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **15/12/2016**

Nº de Recurso: **2437/2016**

Nº de Resolución: **6995/2016**

Procedimiento: **RECURSO SUPLICACION**

Ponente: **RAQUEL MARIA NAVEIRO SANTOS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIALA CORUÑA

-

PLAZA DE GALICIA

Tfno: 981184 845/959/939

Fax: 881881133 /981184853

NIG: 15036 44 4 2015 0001138

Equipo/usuario: MP

Modelo: 402250

RSU RECURSO SUPLICACION 0002437 /2016MDM

Procedimiento origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000551 /2015

Sobre: OTROS DCHOS. LABORALES

RECURRENTE/S D/ña Victoria

ABOGADO/A: ANTIA MURUZABAL PEREZ

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

RECURRIDO/S D/ña: CONCELLO DE FERROL (A CORUÑA), CLECE,S.A. , VALORIZA SERVICIOS A LA DEPENDENCIA SL

ABOGADO/A: JOSE LOPEZ COIRA, , JESUS BARO CORRALES

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

ILMO/A SR/SRA MAGISTRADOS

D/Dª ROSA RODRIGUEZ RODRIGUEZ

EMILIO FERNANDEZ DE MATA

RAQUEL NAVEIRO SANTOS

En A CORUÑA, a quince de diciembre de dos mil dieciséis.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española ,

EN NO MBRE DE S.M. EL REY

**Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE****EL PUEBLO ESPAÑOL**

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el RECURSO SUPPLICACION 0002437 /2016, formalizado por el/la D/Dª ANTIA MURUZABAL PEREZ, Letrado, en nombre y representación de Victoria , contra la sentencia dictada por XDO. DO SOCIAL N. 2 de FERROL en el procedimiento PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000551 /2015, seguidos a instancia de Victoria frente a CONCELLO DE FERROL (A CORUÑA), CLECE,S.A. , VALORIZA SERVICIOS A LA DEPENDENCIA SL, siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo/a Sr/Sra D/Dª RAQUEL NAVEIRO SANTOS.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: D/Dª Victoria presentó demanda contra CONCELLO DE FERROL (A CORUÑA),CLECE,S.A.,VALORIZA SERVICIOS A LA DEPENDENCIA SL , siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia, de fecha uno de febrero de dos mil dieciséis

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

PRIMERO.- Doña Victoria , con DNI NUM000 , ha venido prestando servicios para la empresa Clece SA desde el 21/05/01, con la categoría de Auxiliar de Ayuda a domicilio en el Servicio de Ayuda a domicilio del Programa Axuda no Fogar del de Ferrol, en virtud de un contrato de obra o servicio determinado cuyo objeto era «Prestación Servicio de Ayuda a Domicilio a usuarios, de acuerdo con el programa Axuda no Fogar del Ayto. de Ferrol, por tiempo y jornada que requieran o precisen, especificando tanto usuarios como jornada en cláusulas adicionales». Su jornada semanal en enero de 2015 era de 24,72 horas/semana y percibía un salario mensual prorrateado de 780,60€ [hecho conforme y doc. núm. 3 del ramo de prueba de la actora y núm. 5 del ramo de prueba de Clecel SEGUNDO.- En fecha 04/02/15 la empresa Clece SA entrega a la actora un documento en el que le notifica el cambio de adjudicataria del «Servicio de Ayuda a domicilio del Ayuntamiento de Ferrol LOTE 1» y la subrogación por 8,50 horas/semana por parte de Valoriza Servicios a la dependencia, SL, continuando prestando servicios para Clece SA por 16,22 horas/semana en el «Servicio de Ayuda a Domicilio del Ayuntamiento de Ferrol, Lote 2. Atención a la drogodependencia», cuyo contenido se da por reproducido [doc. núm. 1 del ramo de prueba de la actora] TERCERO.- En fecha 04/02/15 la empresa Valoriza Servicios a la dependencia, SL comunica por medio de escrito a la trabajadora la subrogación por 8,50 horas/semana, cuyo contenido se da por reproducido [doc. núm. 2 del ramo de prueba de la actora] CUARTO.- En fecha 27/03/14 el Pleno del Ayuntamiento de Ferrol aprobó el expediente de contratación administrativa correspondiente a «Contratación del Servicio de Ayuda en el Hogar: Lote nº 1: Libre concurrencia o prestación básica y Lote nº 2: Atención a la dependencia» [doc. núm. 1 del ramo de prueba del Ayuntamiento de Ferrol] QUINTO.- En fecha 31/01/15 se suscribió contrato administrativo entre el Ayuntamiento de Ferrol y la empresa Valoriza Servicios a la dependencia, SL, cuyo contenido se da por reproducido, tras la anulación parcial de una primera adjudicación por contrato de 06/10/14 a Clece SA, y referido al denominado Late 1 [doc. núm. 2 a 4 del ramo de prueba del Ayuntamiento de Ferrol]. SEXTO.- La actora está en incapacidad temporal 23/09/14 [doc. núm. 4 del ramo de prueba de la actora]. SÉPTIMO.- La empresa saliente, Clece SA, entrega a la entrante, Valoriza Servicios a la dependencia, SL, la documentación exigida por la norma convencional, informando que la jornada de la actora eran 8,5 horas/semana [doc. núm. 2 del ramo de prueba de la empresa Clece]. OCTAVO.- Presentada la papeleta de conciliación el 12/06/15, se celebró el preceptivo acto ante el SMAC el 03/07/15, con el resultado de INTENTADO SIN EFECTO. Además, se ha presentado reclamación previa ante el Ayuntamiento de Ferrol en fecha 12/06/15 [doc. que acompaña la demanda].

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

Que desestimando la demanda interpuesta por Doña Victoria contra las empresas VALORIZA SERVICIOS A LA DEPENDENCIA, SL y CLECE, SA, y el EXCMO. AUNTAMIENTO DE FERROL, debo absolver y absuelvo a las partes demandadas de todos los pedimentos de la misma.

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por Victoria formalizándolo posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL en fecha 24 de mayo de 2016.



SEXTO: Admitido a trámite el recurso se señaló el día 13 de diciembre de 2016 para los actos de votación y fallo.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- La sentencia de instancia desestima la demanda presentada por D^{ña}. Victoria contra las empresas VALORIZA SERVICIOS A LA DEPENDENCIA S.L, CLECE S.A. y el EXCMO AYUNTAMIENTO DE FERROL en la que la actora solicitaba ser subrogada por la empresa VALORIZA en las mismas condiciones que tenía en CLECE, entre las que se encuentra su jornada de 24,72 horas, con efectos del 1 de febrero de 2015, condenando a las partes a estar y pasar por dicha declaración , y en consecuencia , a subrogar a la actora en las mismas condiciones laborales , entre las que se encuentra su jornada de 24,72 horas.

Frente a dicho pronunciamiento se alza la parte actora y formula recurso de suplicación en el que solicita que previa estimación del mismo , se dicte sentencia revocando la dictada en la instancia, y en su lugar es estime la demanda presentada por la actora. El recurso ha sido impugnado por VALORIZA SERVICIOS A LA DEPENDENCIA S.L

SEGUNDO .- Para ello la recurrente, sin discutir el relato de hechos probados, formula su recurso con único amparo en el art. 193 c) de la LRJS , alegando que la sentencia de instancia infringe lo dispuesto en el art. 44 apartados 1 y 2 del ET en relación con el artículo 15 "cláusula de subrogación del personal" del Convenio Colectivo para la actividad de ayuda a domicilio de la Comunidad Autónoma de Galicia y art. 14 de la misma norma convencional , así como art. 3.1 y 6.4 del Código Civil .

La sentencia de instancia da cuenta de que la actora venía prestando servicios para la empresa CLECE S.A desde el 21 de mayo de 2001 con la categoría de auxiliar de ayuda a domicilio del Programa Ayuda en el Hogar del Concello de Ferrol , con una jornada semanal de 24,72 horas.

El Pleno del Ayuntamiento de Ferrol aprobó, en fecha 27 de marzo de 2014, el expediente de contratación administrativa correspondiente a " Contratación del Servicio de Ayuda en el Hogar : Lote nº 1 : Libre concurrencia o prestación básica y Lote nº 2 : Atención a la dependencia. " . Posteriormente se procede a la anulación parcial de la primera adjudicación realizada a Clece S.A. por contrato de 6 de octubre de 2014, afectando dicha anulación al Lote nº 1; tras la misma el Ayuntamiento de Ferrol , en fecha 31 de enero de 2015, suscribe contrato administrativo con la empresa Valoriza Servicios a la Dependencia S.L. y referido a dicho Lote nº 1.

En fecha 4 de febrero de 2015 la empresa Clece S.A comunica a la actora el cambio de adjudicataria del Lote nº 1 del Servicio de Ayuda a Domicilio del Ayuntamiento de Ferrol, y la subrogación en un total de 8,50 horas/semana por parte de Valoriza Servicios a la Dependencia S.L. y que la actora continua prestando servicios para Clece S.A por un total de 16,22 horas en el Servicio de Ayuda a Domicilio del Ayuntamiento de Ferrol, Lote nº2.

La empresa saliente Clece S.A entrega a la entrante Valoriza Servicios a la Dependencia S.L. , la documentación exigida por la norma convencional, informándole que la jornada de la actora era de 8,5 horas /semana.

Por su parte Valoriza Servicios a la Dependencia, comunica a la trabajadora, en fecha de febrero de 2015, la subrogación por 8,50 horas/semana.

Con apoyo a dicho hechos la sentencia de instancia resuelve que la pretensión de la actora no puede prosperar ya que Valoriza ha actuado conforme a derecho al proceder a su subrogación en el tiempo comunicado por la empresa saliente no pudiendo obligársele a nada más al haber respetado esta empresa lo establecido en el art. 70 del Convenio Colectivo Marco estatal. La recurrente discrepa de tal solución ya que el posible "error " en la comunicación de la empresa saliente a la entrante no puede eximir a esta última de proceder, una vez constado dicho error, a la subrogación efectiva por la totalidad de la jornada. Por su parte Valoriza Servicios a la Dependencia S.L. impugna el recurso alegando que no existe tal error en la comunicación de Clece S.A ya que no existe ningún dato que permita afirmar que la actora prestaba su servicio adscrita únicamente al Lote nº1, sino todo lo contrario: que a este lote solo le dedicaba 8,5 horas semanales por lo que no puede ser subrogada por más horas , estando permitida la subrogación parcial por el art 15 del Convenio Colectivo (Cual , estatal)

A la vista del relato de hechos probados, que no ha resultado modificado, el recurso no puede prosperar. En relación con la aplicación del fenómeno de la subrogación o sucesión empresarial en el caso de sucesión de contratatas o concesiones administrativas la Sala IV del Tribunal Supremo ha señalado de forma reiterada que : " Los supuestos contemplados en el art. 44 ET nada tienen que ver con la normal sustitución que se produce entre las empresas concesionarias de determinados servicios en la titularidad de concesiones o arrendamientos otorgados a terceros (STC 66/1987, de 21/Mayo), de forma que en la sucesión de contratatas o concesiones administrativas para la prestación de servicios públicos sólo se produce subrogación empresarial



si se transmite la unidad productiva; en otro caso, sólo si lo determina la norma sectorial, o lo prescribe el pliego de condiciones de la concesión (SSTS 05/04/93 -rcud 702/92 -... 29/04/98 -rec. 1696/97 -; 10/07/00 -rcud 923/99 -; 18/03/02 -rcud 1990/01 - 1 ; y 27/06/08 -rcud 4773/06 -) .

Por ello necesariamente hemos de concluir que junto con la subrogación legal (que exige la concurrencia de los elemento del art 44) existe la convencional que puede ser de varios tipo con origen en un acuerdo, individual o colectivo, entre las partes implicadas o bien por imposición de un tercero puesto que como antes vimos el Tribunal Supremo, en la Sala de lo Social diferencia entre la imposición por norma sectorial y la imposición por pliego de condiciones ya que utiliza la conjunción disyuntiva "o", que implica una opción o alternativa entre una y otro, y no la conjunción copulativa "y" que es la que parece desprenderse de las alegaciones realizadas por el recurrente.

Así como muy claramente explica la muy bien fundamentada sentencia del TSJ de Madrid de 20 de junio de 2014, rec. 311/2014, esta vez de la Sala de lo Social , los distintos supuestos de subrogación empresarial, asumiendo la patronal entrante los derechos y obligaciones de la empresa saliente, se reconducen en la actualidad a los siguientes:

a) Sucesión legal regulada en el art. 44 del ET , no disponible por la autonomía colectiva, (STS de 9 febrero 2011), aplicable a los altos directivos (STS de 27 septiembre 2011), reformado al compás de las Directivas comunitarias e interpretación de la jurisprudencia del TJCE, condicionado al requisito subjetivo de cambio de titularidad de la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma, y al objetivo de la entrega o aporte de los elementos patrimoniales necesarios, activos materiales o inmateriales o infraestructuras básicas para la continuidad de la actividad productiva...

b) Sucesión empresarial por disponerlos los pliegos de concesiones administrativas, cumpliéndose todos y cada uno de los requisitos previstos en los mismos.

c) Subrogación empresarial convencional por así disponerlo los Convenios colectivos, para cubrir un espacio al que no alcanza el art. 44 ET aunque no exista transmisión de elementos patrimoniales, contrayéndose a los casos expresadamente pactados y en tanto y en cuanto se hayan cumplido todos y cada uno de los requisitos en la norma estipulada para que surta efecto, , (normalmente entrega de una determinada documentación y cumplimiento de una determinada antigüedad) no dándose si se incumpliera alguno de ellos (SSTS 10 de diciembre de 1997 , 9 febrero y 31 marzo 1998 , 30 septiembre 1999 y 29 enero 2002), de efectos limitados a los prevenidos en el convenio sin llegar a establecer responsabilidades solidarias en materia salarial y de Seguridad Social, pues de no ser así se produciría un régimen "muy severo" (STS de 20 octubre 2004).

d) Sucesión contractual mediante acuerdo entre la empresa cedente y cesionaria, aun no concurriendo los requisitos del art. 44 del ET , supuesto a que hace méritos una copiosa jurisprudencia del TS referida a las empresas de handling, por todas STS 29 febrero 2000 , que constituye una novación por cambio del empleador que exige el consentimiento de los trabajadores afectados en aplicación del art. 1205 del Código Civil

e) Sucesión de plantillas, aun no dándose tampoco los presupuestos del art. 44 del ET ni prever la subrogación, el Convenio Colectivo o el pliego de condiciones figura esta nacida de la jurisprudencia del TJCE, por continuar la empresa entrante en la actividad, asumiendo o incorporando a su plantilla a un número significativo de trabajadores de la empresa cesante, tanto a nivel cuantitativo (asumir por ejemplo la empresa entrante dos trabajadores sobre un total de seis, STS de 25 enero 2006), como cualitativo (STSJ de Castilla-León de 31 octubre 2007), siempre que la actividad productiva descansa esencialmente en la mano de obra. ...

f) Sucesión de empresas en caso de concurso para lo que habrá de estarse a las especialidades de la Ley Concursal (LC), en concreto art. 100.2 y 149 de la misma"

Ya más en concreto en empresas como la que ahora nos ocupa es reiterada la doctrina que señala que en el caso de subrogación de este tipo de contratas el mecanismo subrogatorio no puede venir por la vía del art. 44 del ET ya que no hay transmisión de medios materiales y personales básicos para la continuidad de la actividad productiva y la vía a utilizar es la de la sucesión convencional. En este sentido las sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 2013, rec. 2208/2012 , y 12 de febrero de 2013 rec. 2028/201 y las que en ella se citan mantiene que, el mecanismo sucesorio operante entre las empresas de limpieza, de seguridad o de gestión de diversos servicios públicos (como es el de la ayuda a domicilio /ayuda a la la dependencia ante el que ahora nos encontramos) , no es el previsto en el artículo. 44 del Estatuto de los Trabajadores , pues «ni la contrata ni la concesión administrativa, son unidades productivas autónomas a los efectos del artículo 44 ET , salvo entrega al concesionario o al contratista de la infraestructura u organización empresarial básica para la explotación», de forma que en general no se trata de una sucesión de empresas regulado en dicho precepto sino que la sucesión de empresas contratistas de servicios, al carecer la sucesión de un soporte patrimonial, por lo que no tiene más alcance que el establecido en las correspondientes normas



sectoriales (SSTS 30/12/93, rcud 702/93 ; 29/12/97, rec. 1745/97 ; 10/07/00, rec. 923/99 -; 18/09/00, rec. 2281/99 ; y 11/05/01, rec. 4206/00). Porque en las contrataciones sucesivas de servicios, en las que lo que se transmite no es una empresa ni una unidad productiva con autonomía funcional, sino de un servicio carente de tales características, no opera, por ese solo hecho, la sucesión de empresas establecida en el artículo 44 ET , sino que la misma se producirá o no, de conformidad con lo que al efecto disponga el convenio colectivo de aplicación, y con subordinación al cumplimiento por las empresas interesadas de los requisitos exigidos por tal norma convenida (SSTS 10/12/97, rec. 164/97 ; 29/01/02, rec. 4749/00 ; 15/03/05, rec. 6/04 ; y 23/05/05, rec. 1674/04), habida cuenta de que los convenios colectivos del sector suelen establecer una garantía de estabilidad en el empleo en favor de los trabajadores empleados en los centros de trabajo cuya limpieza se adjudica sucesivamente a distintas empresas contratistas de este servicio, imponiendo una obligación convencional de cesión de los correspondientes contratos de trabajo, subordinada a la puesta en conocimiento, por parte de la empresa contratista saliente, de información sociolaboral relevante relativa al personal beneficiario de la misma, mediante entrega de la documentación pertinente (STS 28/07/03, rec. 2618/02).

En el presente caso el argumento de la recurrente es que la empresa saliente efectuó una notificación errónea a la entrante, lo que no exime a ésta de proceder a la correcta subrogación; ello es así si la premisa de la actora fuera cierta ya que el art 15 . 6 del Convenio Colectivo para la actividad de ayuda a domicilio de la CC.AA de Galicia establece que el no cumplimiento por parte de la empresa de los requisitos formales convencionalmente establecidos no exime de la obligatoriedad de la subrogación por parte de la empresa adjudicataria, siempre que finalmente se acredite el derecho de las personas trabajadoras a ser subrogadas.

Pero la premisa de que parte la actora no es correcta ya que no se aprecia ninguna comunicación errónea ni se ha acreditado el derecho de la actora a ser subrogada en la forma que pretende ya que para ello sería necesario , tal como establece en el art.70.1 del del Convenio Colectivo Marco Estatal que estuviera adscrita "de manera exclusiva en dicha contrata" circunstancia que aquí no se da ya que de la lectura del hecho probado primero no se puede concluir que la actora solo estuviera adscrita al Lote 1.

Por otro lado, y como señala la parte impugnante la situación de la actora no es contraria a la regulación convencional ya que:

a) Por un lado el art. 15.8 del Convenio Colectivo para la actividad de ayuda a domicilio de la CC.AA de Galicia prevé la posibilidad de subrogar a trabajadores que realizan su jornada en varias zonas, afectando a una o a varias de ellas el cambio de adjudicación, señalando que en este caso la empresa cesante y la nueva adjudicataria del servicio gestionarán el pluriempleo legal del trabajador o trabajadora.

b) Por otro lado , y en lo que se refiere a la duración mínima de la jornada en el contrato a tiempo parcial y que el convenio fija en 25 horas semanales, el propio artículo invocado por la recurrente (el 14 del Convenio Colectivo para la actividad de ayuda a domicilio de la CC.AA de Galicia) continúa estableciendo una salvedad para aquellas originadas por contratos o servicios que por sus características requieran jornadas inferiores. En ese caso la duración mínima será de 8 horas semanales, duración que se respeta en el caso de la actora.

En definitiva, y por todo lo argumentado hemos de concluir que la sentencia de instancia no es merecedora del reproche jurídico que se realiza por la recurrente lo que procede la desestimación del recurso interpuesto confirmando la sentencia combatida en todos sus pronunciamientos

Por ello;

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por la Letrada Dña. Antía Muruzábal Pérez, actuando en nombre y representación de DÑA. Victoria , contra la sentencia de fecha uno de febrero de dos mil dieciséis dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Ferrol , en autos 551/2015 seguidos a instancia de la recurrente contra el EXCMO AYUNTAMIENTO DE FERROL y contra las empresas CLECE S.A. y VALORIZA SERVICIOS A LA DEPENDENCIA S.L debemos de confirmar y confirmamos en su integridad la resolución recurrida.

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

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 **** ++**).

Una vez firme, expídase certificación para constancia en el Rollo que se archivará en este Tribunal incorporándose el original al correspondiente Libro de Sentencias, previa devolución de los autos al Juzgado de lo Social de procedencia.

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

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