



Roj: **STSJ BAL 957/2017 - ECLI: ES:TSJBAL:2017:957**

Id Cendoj: **07040340012017100480**

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

Sede: **Palma de Mallorca**

Sección: **1**

Fecha: **11/12/2017**

Nº de Recurso: **443/2017**

Nº de Resolución: **515/2017**

Procedimiento: **RECURSO SUPLICACION**

Ponente: **ANTONIO OLIVER REUS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.ILLES BALEARS SALA SOCIAL

PALMA DE MALLORCA

SENTENCIA: 00515/2017

-

PL.MERCAT, NUM.12

Tfno: 971724152/971723689

Fax: 971227218

NIG: 07040 44 4 2014 0003500

Equipo/usuario: AAA

Modelo: 402250

RSU RECURSO SUPLICACION 0000443 /2017

Procedimiento origen: DSP DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000884 /2014

Sobre: SUCESION DE EMPRESAS

RECURRENTE/S D/ña FEDERACIO PREDIF ILLES BALEARS

ABOGADO/A: CATALINA RIERA FEMENIAS

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

RECURRIDO/S D/ña: CONSELLERIA DE FAMILIA I SERVEIS SOCIALS, EULEN SERVICIOS SOCIOANITARIOS, SA , Celestina

ABOGADO/A: LETRADO DE LA COMUNIDAD, LUIS RODRÍGUEZ HERRERO , MIGUEL MORAGUES SBERT

PROCURADOR: , ,

GRADUADO/A SOCIAL: , ,

ILMOS. SRES.:

PRESIDENTE:

DON ANTONI OLIVER REUS

MAGISTRADOS:

DON ALEJANDRO ROA NONIDE

**DON RICARDO MARTIN MARTIN**

En Palma de Mallorca, a once de diciembre de dos mil diecisiete.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, formada por los Ilmos. Sres. Magistrados que constan al margen, ha pronunciado

EN NOMBRE DE S. M. EL REY

la siguiente

SENTENCIA NÚM. 515/17

En el Recurso de Suplicación núm. 443/2017, formalizado por la Letrada D^a. Catalina Riera Femenías, en nombre y representación de FEDERACIÓ PREDIF ILLES BALEARS, contra la sentencia de fecha 8 de junio de 2016, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 3 de Palma de Mallorca en sus autos demanda número 884/14, seguidos a instancia de D^a. Celestina , representada por el Letrado D. Miguel Moragues, frente a la entidad recurrente, la Conselleria de Família i Serveis Social y la entidad Eulen Sociosanitarios, S.A., representada por el Letrado D. Luis Rodríguez Herrero, en reclamación por sucesión de empresas, siendo Magistrado-Ponente el Ilmo. Sr. D. ANTONI OLIVER REUS, y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La única instancia del proceso en curso se inició por demanda y terminó por sentencia, cuya relación de hechos probados es la siguiente:

PRIMERO.- Dña. Celestina , mayor de

edad en cuanto nacida el NUM000 /1978, con DNI nº NUM001 y NASS NUM002 , ha venido prestando servicios como educadora social para Federació Predif Illes Balears, a tiempo completo, contrato de 01/10/2013, retribución salarial bruta diaria de 74#72 euros, incluida prorrata de pagas extras.

SEGUNDO.- Federació Predif Illes Balears -Federació de persones amb discapacitat física i físico-psíquica- es una asociación sin ánimo de lucro, que en fecha 31/03/2010, concertó con la entonces denominada Conselleria d#Afers Socials, Promoció i Immigració del Govern Balear, "un conveni de col·laboració per a la gestió del Servei de Promoció de l#Autonomia Personal i Suport a la Vida Independent de Persones amb Discapacitat Física Greu, mitjançant els següents programes:

- a) Programa de Suport Psicosocial, per facilitar l#adaptació a l#entorn social d#aquestes persones, promocionar l#autonomia personal i fomentar la integració social,
- b) Programa d#Atenció a les famílies, per ajudar-les, assessorar-les, informar-les i formar-les en l#adaptació i l#atenció dels familiars amb gran discapacitat física,
- c) Programa de Suport i Assessorament a Professionals i Entitats, per orientar i assessorar els professionals de diferents àmbits d#actuació i les entitats que treballen amb persones amb discapacitats físiques.
- d) Programa d #Orientació, Acompanyament i Gestió de casos, per assegurar la continuïtat assistencial entre els serveis de salut i els serveis socials, coordinar l#actuació que han de desenvolupar els diferents recursos existents d#atenció a les persones amb gran discapacitat física, assignar els recursos adequats en cada fase del procés d#integració social i acompanyar els usuaris i les seves famílies en el procés d#integració social per facilitar-los l#accés als recursos existents.
- e) Programa de Promoció de la vida Independent, pe fomentar la integració plena de les persones en el seu entorn habitual, facilitar-los l#adaptació a l#espai quotidià, potenciar l#autonomia de les persones perquè puguin fer una vida amb les menors restriccions possibles i evitar la dependència i el seu retorn a la vida activa.
- f) Programa de Foment de les Bones Pràctiques i la Transferència de Coneixements entre les parts signants del conveni".

La Conselleria se obligaba a poner a disposición de Predif la segunda planta de las instalaciones del centro Joan Crespí de Palma, colaborar en la financiación de las acciones antes descritas, con la cantidad de 1.642.995#99 euros, aportar al servicio un/a trabajador/a social con funciones de coordinación y seguimiento, hacer un seguimiento periódico de los programas y poner a su disposición los conocimientos y documentos precisos. Predif, entre otras obligaciones, debía aportar los recursos técnicos y humanos precisos.

Este convenio, cuya vigencia finalizaba el 31/12/2012, fue



objeto de una primera prórroga formalizada en fecha 27/12/2012 para la ejecución del programa entre el 01/01/2013 y el 30/09/2013, de una segunda prórroga para el período 01/10/2013 y 31/03/2014 y de una última prórroga para el período de 01/01/2014 a 30/09/2014.

TERCERO.- Mediante resolución de la Conselleria de Família i Serveis Socials del Govern Balear de 16/04/2014, se dio inicio al expediente de contratación de la "gestió del servei de promoció de l'autonomia personal i suport a la vida independent per a persones amb discapacitats físiques i/o psicofísiques greus", expediente nº CONTR 2014/1200. La licitación fue objeto de publicación en el BOIB núm. 70 de 22/05/2014. A la finalización del plazo (06/06/2014) se había presentado una proposición.

En fecha 04/06/2014, Federació Predif Illes Balears anunció ante la Conselleria la interposición de recurso especial en materia de contratación, contra los pliegos y documentos del citado expediente de contratación; Y formulado el recurso el 06/06/2014 (recurso nº 456/2014) -en razón de la insuficiencia del precio de licitación y por no haberse establecido en los pliegos la obligación de subrogación ni facilitado la información relativa al personal a subrogar-, la resolución de 01/07/2014 del Tribunal Administrativo Central de recursos contractuales desestimó el mismo.

Predif interpuso otro recurso (nº 482/2014) contra la falta de respuesta a la solicitud de aclaraciones sobre los pliegos, respecto a la situación de los trabajadores, al no contemplarse la obligatoriedad de las subrogación habiendo continuidad en la prestación del servicio, respecto a los cambios en la plantilla requerida, respecto al detalle de las partidas, los criterios para determinar una oferta como temeraria y por último aclaración sobre si se exigiría una puntuación mínima en el proyecto técnico para acceder al contrato. La resolución indicada inadmitió dicho recurso.

Respecto del recurso nº 456/2014 se recoge textualmente en

la resolución del Tribunal Administrativo Central de recursos contractuales, fundamento de derecho séptimo, en relación a la subrogación de los trabajadores:

"... en supuestos en que existe, al menos, la apariencia de que puede haber obligación de subrogarse en los términos que determinan la aplicación del art. 120 TRLCSP- y sin que ello suponga prejuzgar la existencia y alcance de tal obligación de subrogación-, el órgano de contratación estaría obligado a hacer constar la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte esa posible subrogación.

En este caso se habría incumplido con la anterior obligación en tanto en cuanto, al no incluir el anexo con la relación de personal a subrogar, no se ha proporcionado a los posibles licitadores información que les posibilite calcular los costes de la posible subrogación del personal.

Ahora bien, como en el caso de la Resolución 075/2013 ya citada, la asociación recurrente ya dispone de esa información, puesto que es justamente quien viene efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar y quien tiene la condición de empleadora de los trabajadores afectados. Aunque se estimara el recurso en este punto nunca le podría reportar un beneficio cierto al recurrente, pues ya dispone de la información cuya incorporación a los pliegos reclama.

En cuanto al licitador que ha presentado oferta, no ha formulado alegaciones al recurso ni para adherirse al mismo, ni para rechazarlo. Hemos de entender, por ello, que la falta de información alegada por la recurrente no le ha parecido obstáculo relevante para presentar su oferta".

CUARTO.- Mediante resolución de 16/07/2014, la Conselleria de Família i Serveis Socials del Govern Balear adjudicó el contrato de servicios para la gestión del servicio de promoción de la autonomía personal y apoyo a la vida independiente para las personas con discapacidades físicas y/psicofísicas graves, a la empresa Eulen Sociosanitaris S.A.

El contrato se firmó el 05/08/2014, con una vigencia de 06/08/2014 a 05/08/2015.

QUINTO.- En el período comprendido entre el 01/07/2014 y el 5/08/2014, la Conselleria de Família i Serveis Socials del Govern Balear destinó a dos miembros de su personal al servicio de promoción de la autonomía personal y apoyo a la vida independiente.

SEXTO.- Mediante escrito de fecha 13/06/2014, Federació Predif Illes Balears había comunicado a la actora que el 30/06/2014 finalizaba el contrato de trabajo concertado por fin de obra, causando baja en tal fecha en la empresa. Con fecha 30/06/2014 se expidió por la empresa documento de liquidación y finiquito y el certificado de empresa.

SÉPTIMO.- En fecha 04/08/2014, Fundació Predif Illes Balears presentó en la Conselleria de Família i Serveis Socials escrito dirigido al Director General Sr. Torcuato , con el siguiente contenido:



"Què en data 30 de juny de 2014 va finalitzar el conveni entre Predif-ib i la Conselleria de Família i Serveis Socials per a la gestió del SEPAP.

Què en la reunió mantinguda amb la Consellera de Família i Serveis Socials el pasta 24 de juny, es va comprometre a admetre les indemnitzacions dels treballadors del SEPAP com una despesa imputable al pressupost del conveni del SEPAP.

Què un cop finalitzada la relació laboral amb els treballadors del SEPAP, Predif-ib no ha pogut liquidar a bona part dels treballadors, ja que han interposat una demanda per acomiadament improcedent reclamant que la nova empresa que assumirà el SEPAP ha de subrogar el personal.

Què per aquest motiu Predif-ib no ha pogut presentar juntament amb la resta de documentació d'ela justificació del conveni el pagament de la totalitat de les liquidacions del personal del SEPAP.

Per tot això, Sol·licita,

Què la Conselleria de Família i Serveis Socials prorrogui la presentació de les liquidacions fins al moment en que les autoritats competents determinin quina ha de ser la quantitat que s'ha de satisfer als treballadors, i aquesta pugui ser efectuada. Què aquesta pròrroga ens sigui comunicada per escrit per tal de que quedi constància de cara a la futura justificació de les liquidacions en el moment en que es produeixin".

OCTAVO.- Es de aplicación a la relación laboral mantenida entre la actora y Fundación Predif Illes Balears, el XIV Convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad, que en su artículo 27 recoge textualmente:

"1-Al objeto de garantizar y contribuir al principio de estabilidad en el empleo mediante cualquiera de las modalidades de contratación, las empresas y centros de trabajo cualquiera que sea su actividad, que en virtud de contratación pública, privada, por concurso, adjudicación o cualquier otro tipo de transmisión, sustituyan en la prestación de un servicio o actividad a una empresa o entidad que, bajo cualquier forma jurídica y tanto en régimen de relación laboral ordinaria o especial, estuviera incluida en el ámbito funcional del convenio, se subrogará obligatoriamente en los contratos de trabajo de los trabajadores que estuvieran adscritos a dicho servicio o actividad con una antigüedad mínima en el mismo de tres meses, en los términos que se detallan en este artículo.

La citada subrogación se producirá en la totalidad de derechos y obligaciones de los trabajadores, garantizándose su continuidad en la prestación del servicio y será imperativa aún cuando ello implicara la transformación de un contrato formalizado al amparo de la relación laboral especial en centros especiales de empleo en un contrato y relación laboral ordinaria de personas con discapacidad o minusvalía.

La subrogación se producirá respecto del siguiente personal:

- a) trabajadores/as en activo que presenten sus servicios en dicho centro con una antigüedad mínima de los tres últimos meses, sea cual fuere la naturaleza de la relación laboral y la modalidad contractual.
- b) trabajadores/as que en el momento de cambio de titularidad de la contrata, servicio o actividad se encuentren en estado de incapacidad temporal, enfermos, accidentados o en situación de excedencia, si hubieran estado adscritos a la misma al menos tres meses.
- c) trabajadores/as que sustituyan a alguno de los trabajadores mencionados en el apartado anterior.

A fin de instrumentar la subrogación, la empresa saliente deberá entregar a la entrante, al menos una semana antes de finalizar su servicio, la siguiente documentación:

Certificado del organismo competente de estar al corriente de pago de la Seguridad Social,

Fotocopia de las tres últimas nóminas mensuales de los trabajadores y trabajadoras afectados,

Fotocopia de los TC1 y TC2 de cotización a la Seguridad Social de los tres últimos meses,

Relación de personal en la que se especifique: Nombre y apellidos, domicilio, número de afiliación a la Seguridad Social, antigüedad, jornada, horario, vacaciones y cualquier modificación de éstos que se haya producido en los tres meses anteriores junto con la justificación de la misma, modalidad de su contratación, especificación del período de mandato si el trabajador/a es representante sindical y fecha de disfrute de sus vacaciones,

Parte de IT y/o confirmación del mismo, Días de asuntos propios ya disfrutados y justificación de otras licencias retribuidas,

Fotocopia de los contratos de trabajo del personal afectado por la subrogación, si los ha tramitado la saliente,



Copia de los documentos debidamente diligenciados por cada trabajador/a afectado en el que se haga constar que éste ha recibido de la empresa saliente su liquidación de partes proporcionales de sus haberes hasta el momento de la subrogación, no quedando pendiente cantidad alguna. Este documento deberá estar en poder de la nueva adjudicataria en la fecha del inicio del servicio como nueva titular.

2- En cualquier caso la relación laboral entre la empresa saliente y los trabajadores/as solo se extingue en el momento en que se produzca de derecho la subrogación a la nueva adjudicataria.

3- Así mismo se mantendrán los plazos establecidos en los convenios colectivos de ámbito inferior, siempre y cuando respeten los contenidos mínimos regulados en el presente capítulo.

4- A los efectos previstos en este artículo no tendrán la consideración de trabajadores y, por tanto, no serán objeto de subrogación por la nueva adjudicataria los socios cooperativistas y los trabajadores autónomos aún cuando vinieran prestando servicios, directa y personalmente, en el centro o contrata en el que se produjese el cambio de contratista.

5- Cuando la nueva empresa adjudicataria sea un centro especial de empleo podrá asumir con el proceso de subrogación hasta el número máximo de trabajadores sin relación laboral de carácter especial que la propia regulación legal de constitución y mantenimiento de un centro especial de empleo permita y, todo ello, atendiendo al cumplimiento legal y reglamentario de creación y funcionamiento de los centros especiales de empleo. No obstante con carácter excepcional, mientras ese centro especial de empleo mantenga la adjudicación de la citada contrata podrá subrogarse en la totalidad de la plantilla de los trabajadores de la empresa saliente.

6- Con la sola excepción de lo previsto en los párrafos anteriores, en todos los demás supuestos de finalización, pérdida, rescisión, cesión o rescate de una contrata -así como, respecto de cualquier otra figura o modalidad que suponga la subrogación entre entidades, personas físicas o jurídicas-, que lleven a cabo la actividad de que se trate, los trabajadores y trabajadoras de la empresa saliente pasarán a estar adscritos a la nueva titular de la contrata que vaya a realizar el servicio, respetando ésta los derechos y obligaciones que disfruten en la empresa subrogada.

7- Acreditación documental.- Todos los supuestos anteriormente contemplados, se deberán acreditar documentalmente por la empresa o entidad saliente a la entrante, mediante los documentos que se detallan en este artículo.

8- El plazo de entrega será el que se establezca en cada convenio de ámbito territorial inferior. En el supuesto de que en aquellos no estuviera regulado dicho plazo de entrega, éste será de cinco días hábiles contados a partir del momento en que la empresa entrante comunique a la saliente el cambio de la adjudicación de servicios. En ningún caso se podrá oponer a la aplicación del presente artículo, y en consecuencia a la subrogación la empresa entrante, en el caso de que la empresa saliente no le hubiera proporcionado a la entrante la documentación a que viene obligada. Y ello con independencia de que pudiera exigirle a aquella la indemnización por los daños y perjuicios que en su incumplimiento le haya podido acarrear.

9- Liquidación de retribuciones, partes proporcionales de pagas extraordinarias, vacaciones y descansos con respecto a los trabajadores entre la empresa saliente y la que vaya a realizar el servicio (...)

10- Si la subrogación de una nueva titular de la contrata implicase que un trabajador/a realice su jornada en dos centros de trabajo distintos, afectando a uno sólo de ellos el cambio de titularidad de la contrata, los titulares de la misma gestionarán el pluriempleo legal del trabajador (...)

11- La aplicación de este artículo será de obligado cumplimiento para las partes a las que vincula: empresa cesante, nueva adjudicataria y trabajador/a, operando la subrogación tanto en los supuestos de jornada completa, como en los de jornada inferior, aún cuando el trabajador/a siga vinculado a la empresa cesante por una parte de su jornada. En tal caso se procederá conforme determina el apartado anterior.

No desaparece el carácter vinculante de este artículo, en el supuesto de cierre temporal de un centro de trabajo que obligue a la suspensión del servicio por tiempo no superior a un año. En tal caso, dicha circunstancia dará lugar a promover expediente de regulación de empleo por el que se autorice la suspensión de los contratos de trabajo de los empleados que resulten afectados. A la finalización del período de suspensión, dichos trabajadores/as tendrán reservado el puesto de trabajo en el centro en cuestión, aunque a esa fecha se adjudicase el servicio a otra empresa.

12- En caso de que un cliente rescindiera el contrato de adjudicación de un servicio con una empresa, por cualquier causa, con la idea de realizarlo con su propio personal, y posteriormente contratase con otra de nuevo el servicio en el plazo de un año, la nueva concesionaria deberá incorporar a su plantilla al personal afectado de la anterior empresa, siempre y cuando se den los requisitos establecidos en el presente artículo.



13-En el caso de que el propósito del cliente, al rescindir el contrato de adjudicación del servicio de que se trate, por cualquier causa, fuera el de realizarlo con personal propio pero de nueva contratación, quedará obligado a incorporar a su plantilla a los trabajadores/as afectados/as de la empresa hasta el momento prestadora de dicho servicio.

14-La subrogación del personal, así como los documentos a facilitar, operarán en todos los supuestos de subrogación de contratos de los correspondientes servicios, y ello aún cuando la relación jurídica se establezca sólo entre quien adjudica el servicio por un lado y la empresa que resulte adjudicataria por otro, siendo de aplicación obligatoria, en todo caso, la subrogación de personal, en los términos indicados y ello con independencia tanto de la aplicación, en su caso, de lo previsto en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, como de la existencia por parte del empresario saliente de otras contrataciones ajenas a la que es objeto de subrogación.

15- Se crearán, en el seno de la comisión paritaria de este convenio colectivo, la comisión para la propuesta del tratamiento a contemplar para situaciones derivadas de la aplicación del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores y de la doctrina jurisprudencial".

NOVENO.- No consta que la Sra. Celestina haya ostentado, en el año inmediatamente anterior a la comunicación de la extinción de la relación laboral con Fundació Predif Illes Balears, la condición de representante de los trabajadores.

DÉCIMO.- En fecha 22/07/2014 se celebró acto de conciliación-mediación ante el TAMIB, con la Federació Predif Illes Balears y con la Conselleria de Família i Serveis Socials, y en fecha 01/08/2014, con la entidad Eulen Sociosanitarios S.A., finalizando el acto en ambos casos con el resultado de sin acuerdo.

En fecha 11/07/2014 se presentó reclamación previa frente a la Conselleria, desestimada mediante resolución de 04/08/2014.

SEGUNDO.- La parte dispositiva de la sentencia de instancia dice:

Que ESTIMANDO en parte la demanda interpuesta por Dña Celestina contra Federació Predif Ille Balears, Eulen Sociosanitarios S.A. y la Conselleria de Família i Serveis Socials del Govern Balear, debo DECLARAR y DECLARO la improcedencia del despido efectuado por Federació Predif Illes Balears de fecha 30/06/2014, CONDENANDO a Federació Predif Illes Balears a que, a su opción, bien readmita a la trabajadora con abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de la Sentencia, bien de por extinguido el contrato mediante el pago de una indemnización de 1.643#84 euros, ABSOLVIENDO a Eulen Sociosanitarios S.A. y a la Conselleria de Família i Serveis Socials del Govern Balear de las pretensiones deducidas en su contra en el presente procedimiento.

En caso de que por Fundació Predif Illes Balears no se opte, en el plazo de los cinco días siguientes a la notificación de esta sentencia, por la readmisión o la indemnización, se entenderá que procede la primera (artículo 56.3 TR del ET).

TERCERO.- Contra dicha resolución se anunció recurso de suplicación por el Letrado Doña Catalina Riera Femenías en nombre de la Federación PREDIF ILLES BALEARS, que posteriormente formalizó y que fue impugnado por la representación de EULEN SOCIOSANITARIOS S.A. Y por la representación de la Consellería de Família i Serveis Socials, señalado como fecha de votación y fallo el día 5 de diciembre de 2017.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. La representación de la codemandada Federació Predif Illes Balears formula recurso de suplicación contra la sentencia dictada por el juzgado de lo social en la que se declaró la improcedencia del despido de la demandante y se condenó a la recurrente a las consecuencias de tal declaración, absolviendo a las codemandadas Eulen Sociosanitarios S.A. y Conselleria de Família i Serveis Socials del Govern Balear.

El recurso articula un primer motivo por la vía del artículo 193 b) LRJS para proponer que se adicione al hecho probado quinto un párrafo del siguiente tenor:

Consta igualmente en el pliego de prescripciones que considerando que el servicio que se contrata es un servicio actualmente en funcionamiento, se prevé un período de transición por un plazo como máximo de dos semanas contando desde el inicio de la prestación del servicio y sin perjuicio de su continuidad .

Para fundamentar esta adición se señala parte del pliego de condiciones técnicas de fecha 22 de abril de 2014, en concreto el punto tercero dedicado a las condiciones, especificaciones y requisitos de la prestación de los servicios, que obra al folio 177 y en el que ciertamente consta un punto dedicado a la iniciación del servicio y al período de transición de un máximo de dos semanas, por lo que se acepta la adición, aunque el



pliego de prescripciones técnicas será examinado por la sala en todo cuanto sea necesario para poder resolver las cuestiones jurídicas que se nos plantean, pues entendemos que la juez de instancia dio por íntegramente reproducido el contenido de estos documentos.

En segundo lugar, se propone que se adicione al hecho probado sexto un párrafo del siguiente tenor:

Mediante escrito de fecha 5 de junio de 2014 la Conselleria de Família i Serveis Socials del Govern Balear comunicaba a la Fundació Predif que el próximo 30 de junio de 2014 finalizaba el plazo de las prórrogas previstas del convenio para el desarrollo de las actividades propuestas y a la vez les requería para la entrega de una relación de los usuarios y especificaciones del servicio a desarrollar .

Se acepta la modificación porque deriva de manera directa del documento que se señala y obra al folio 299

SEGUNDO . Ahora, por la vía del artículo 193 c) LRJS , denuncia la parte recurrente infracción lo establecido en el artículo 44 ET y del artículo 27 del convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad.

Se sostiene, en síntesis, que al haber finalizado el convenio que la Federación recurrente tenía suscrito con la Conselleria codemandada y haberse adjudicado el servicio a la codemandada Eulen esta empresa debería haberse subrogado en los derechos y obligaciones respecto de la demandante y el resto de trabajadores que prestaban servicios por cuenta de la Federación recurrente y al no haberse hecho así, existe efectivamente un despido improcedente, pero quien debe responder del mismo es la nueva adjudicataria y en su caso, la Conselleria codemandada.

En relación a la argumentación contenida en la sentencia, conforme a la cual la subrogación no era procedente porque las relaciones laborales se habían extinguido, se sostiene que el hecho de que los trabajadores fueron dados de baja el 30 de junio de 2014, al finalizar el servicio, no tuvo otra significación más que el del cambio de una empresa por otra, en la que se suponía que iban a causar alta el 1 de julio de 2014, que era la fecha prevista para la adjudicación del servicio y así se había venido haciendo desde el inicio de la prestación del servicio por parte de la recurrente. El hecho de que la adjudicación no se produjese en 1 de julio de 2014, tal como procedía conforme a las condiciones particulares de la convocatoria, sino el 16 de junio, no puede perjudicar a la Federación recurrente, a quien no se había además notificado quien sería la nueva adjudicataria al objeto de que pudiera comunicar qué trabajadores debían subrogarse, sus categorías y demás condiciones laborales para poder cumplir con lo previsto en el artículo 27 del convenio colectivo. Tampoco el hecho de que el servicio se iniciase por la nueva adjudicataria en el 5 de agosto de 2016 tiene nada que ver con la Federación recurrente, siendo impensable que esta pudiera mantener de alta a los trabajadores que había tenido empleados en la ejecución del servicio, pues ni tenía presupuesto, ni actividad para ello al haber finalizado la ejecución del convenio. Se aduce también que la Federación intentó por todos los medios que se incluyese en el pliego de condiciones una cláusula de subrogación con los datos identificativos de los trabajadores a subrogar e incluso formuló por ello un recurso contra el pliego de condiciones.

Frente a ello, la Conselleria codemandada aduce que la Federación recurrente incumplió lo establecido en el artículo 27 del convenio colectivo, ya que conocía quien sería la nueva adjudicataria del servicio al existir una única licitadora. Se admite que se comunicó a la Federación PREDIF que el servicio finalizaba el 30 de junio de 2014, con la previsión de que la nueva adjudicataria entrara en 1 de julio y que el hecho de que el contrato con la nueva adjudicataria no se suscribiera hasta el 5 de agosto de 2014 obligó a prestar el servicio con personal propio de la Conselleria, aduciendo que el retraso en la adjudicación vino motivado por el recurso administrativo formulado por PREDIF, no siendo además la actividad desarrollada la misma del servicio adjudicado.

Por su parte, la codemandada Eulen sostiene que la prórroga del convenio de colaboración suscrito en el mes de marzo de 2014 entre PREDIF y la Conselleria tenía como finalidad posibilitar la continuación del servicio hasta que se procediera a la adjudicación mediante un próximo procedimiento de licitación y conforme al artículo 27.11 del convenio colectivo la recurrente pudo haber promovido un expediente de regulación de empleo al producirse el cierre temporal del centro de trabajo que obligaba a la suspensión del servicio y en cambio dio de baja a los trabajadores, cuyas relaciones ya no estaban vivas al producirse la nueva adjudicación y por tanto no puede operar la subrogación.

Establecidos los términos del debate, pasamos a resolver la cuestión planteada.

TERCERO . Para resolver la cuestión lo primero que debemos descartar es la aplicación del artículo 44 ET , pues como declaró el Tribunal Supremo en su sentencia de 7 de abril de 2016 (RCUD 2269/2014) *en los supuestos de sucesión de contratistas la subrogación no opera en virtud del mandato estatutario - art. 44 ET - si no se ha producido una transmisión de activos patrimoniales o una "sucesión de plantillas", en aquellos sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra - STS de 27 de octubre de 2004, rec 899/02 ,*



que recoge la doctrina comunitaria-. La subrogación se produce en virtud del mandato contenido en el convenio colectivo aplicable.

La subrogación también puede imponerse al nuevo adjudicatario del servicio en el pliego de condiciones, pero esto no tuvo lugar en el presente caso, a pesar de que la Federación recurrente intentó que así fuera tal como se recoge en el hecho probado octavo.

Antes de continuar, parece oportuno advertir que de haberse incluido en el pliego de condiciones la obligación de la nueva adjudicataria de subrogarse en las relaciones de trabajo de quienes prestaban servicios para la anterior adjudicataria, probablemente no se habrían producido el número de demandas que ahora están llegando a la sala en trámite de suplicación. En la actualidad el art. 130 de la Ley 9/2017 de contratos del sector público por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las directivas 2014/23 y 2014/24 incluye, entre otras cosas, una obligación en tal sentido para evitar situaciones como la presente.

En todo caso, esta actuación de la Conselleria no permitía liberar a la nueva adjudicataria de las obligaciones impuestas en el convenio colectivo.

Llegados a este punto, lo que debemos resolver es si conforme a lo establecido en el convenio colectivo procedía o no la subrogación de los trabajadores que venían prestando servicios para la Federación recurrente adscritos al servicio que tenía adjudicado y que se adjudicó después a la codemandada Eulen o si, como se resuelve en la sentencia recurrida, el hecho de que el 30 de junio la Federación recurrente diese de baja a los trabajadores impedía que operase la subrogación.

A tal fin, debemos acudir a lo establecido en el artículo 27 del convenio colectivo general de centros de servicios de atención a personas con discapacidad.

A juicio de la sala, a la vista de lo establecido en dicha norma y de las circunstancias concurrentes la subrogación era procedente y el hecho de que la empresa saliente cursara la baja de los trabajadores con efectos 30 de junio de 2014 no permitía exonerar a la nueva adjudicataria del servicio de las obligaciones derivadas de la subrogación impuesta por aquella norma convencional.

Por lo pronto, la baja en la Seguridad Social de los trabajadores adscritos al servicio estaba justificada por haber finalizado la ejecución del mismo, aunque es cierto que en aplicación de lo establecido en el artículo 27.2 del convenio colectivo la extinción del contrato no podía producirse hasta la subrogación a la nueva adjudicataria. Por tanto, la empresa saliente no puede quedar exonerada de las consecuencias del despido de la demandante por el período que medió entre la finalización del convenio de colaboración y la subrogación a la nueva adjudicataria. Ciertamente, si quería quedar exonerada de toda responsabilidad la Federación recurrente debió instar un expediente de regulación de empleo para la suspensión de los contratos por fuerza mayor, posibilidad expresamente prevista en el artículo 27.11 del convenio colectivo y al no hacerlo deberá responder de las consecuencias del despido en relación al periodo mencionado.

Pero, la baja anticipada de la trabajadora demandada en la Seguridad Social en modo alguno impide la subrogación convencional de la demandante, ni sirve para exonerar a la nueva adjudicataria de la obligación de incorporar a su plantilla a los trabajadores que venían desarrollando su actividad en el centro de trabajo durante los periodos a que se refiere la norma. Antes al contrario, la norma convencional que impone la subrogación es tajante y la obligación de la nueva adjudicataria de incorporar a su plantilla a los trabajadores que prestan servicios en el centro objeto de nueva adjudicación no se extingue por el cierre temporal del centro de trabajo.

Así, en el apartado 9 del artículo 27 se establece lo siguiente:

No desaparece de carácter vinculante de este artículo, en el supuesto de cierre temporal de un centro de trabajo que obligue a la suspensión del servicio por tiempo no superior a un año. En tal caso, dicha circunstancia dará lugar a promover expediente de regulación de empleo por el que se autorice la suspensión de los contratos de trabajo de los empleados que resulten afectados. A la finalización del periodo de suspensión, dichos trabajadores/as tendrán reservado el puesto de trabajo en el centro en cuestión, aunque esa fecha se adjudicase el servicio a otra empresa .

El hecho de que la empresa saliente incumpliese sus obligaciones para con los trabajadores no sirve para exonerar a la entrante de las obligaciones que el convenio colectivo le impone con independencia de que el centro de trabajo permanezca cerrado durante un periodo inferior a un año. Sin duda, su responsabilidad no alcanza al periodo anterior a la subrogación, pero sí a la obligación de subrogarse, que pudo y debió cumplir oportunamente en lugar de intentar ampararse en el incumplimiento de la empresa saliente para eludir sus propias obligaciones.

Es cierto que los trabajadores no estaban en activo, porque al haber finalizado la ejecución del servicio el 30 de junio se procedió al cierre temporal del centro de trabajo y ya no podían estar en activo, con independencia de



que se procediese a la suspensión de sus contratos o no. En ninguno de los casos estarían en activo al iniciar su actividad la nueva adjudicataria, pero en todo caso esta debía subrogarse en las relaciones laborales.

En tal sentido, en el apartado 14 del artículo 27 se establece lo siguiente:

La subrogación del personal, así como los documentos a facilitar, operarán en todos los supuestos de subrogación de contratos de los correspondientes servicios, y ello aún cuando la relación jurídica se establezca sólo entre quien adjudica el servicio por un lado y la empresa que resulte adjudicataria por otro, siendo de aplicación obligatoria, en todo caso, la subrogación de personal, en los términos indicados y ello con independencia tanto de la aplicación, en su caso, de lo previsto en el artículo 44 del estatuto de los trabajadores, como la existencia por parte del empresario saliente de otras contrataciones ajenas a la que es objeto de subrogación.

La norma convencional no ofrece dudas sobre la obligación terminante de subrogar al personal en los supuestos de sucesión de contratos, sin que se establezca excepción alguna como consecuencia de los incumplimientos en que haya podido incurrir la empresa saliente, no debiendo olvidarse que los trabajadores son terceros de buena fe, que no pueden ver perjudicados sus derechos y la estabilidad en el empleo por los incumplimientos de ninguna de las partes intervinientes en el proceso de sucesión de contratistas.

Así deriva también de lo establecido en el apartado primero del artículo 27 del convenio colectivo cuando establece lo siguiente:

Al objeto de garantizar y contribuir al principio de estabilidad en el empleo mediante cualquiera de las modalidades de contratación, las empresas y centros de trabajo cualquiera que sea su actividad, que en virtud de contratación pública, privada, por concurso, adjudicación o cualquier otro tipo de transmisión, sustituyen la prestación de un servicio o actividad a una empresa o entidad que, bajo cualquier forma jurídica y tanto el régimen de relación laboral ordinario o especial, estuviera incluida en el ámbito funcional del convenio, se subrogará obligatoriamente en los contratos de trabajo de los trabajadores que estuvieron escritos de dicho servicio o actividad con antigüedad mínima en el mismo de tres años, en los términos que se detallan en este artículo.

Por tanto, el motivo prospera en parte, pues ciertamente la empresa condenada a las consecuencias del despido debe ser la entrante Eulen Sociosanitarios S.A., pero la empresa recurrente debe ser condenada a estar y pasar por la declaración de improcedencia y a las consecuencias del despido limitadas al período que va desde el 1 de julio de 2014 hasta el 4 de agosto de 2014, fecha en que la nueva adjudicataria inició la ejecución del servicio y en relación al pago de unos eventuales salarios de tramitación para el caso de que la empresa Eulen opte por la readmisión al amparo de lo previsto en el artículo 56 ET. Procede, en cambio, mantener la absolución de la Conselleria codemandada toda vez que al no serle de aplicación el convenio colectivo no le alcanzan las obligaciones impuestas en el mismo.

Como tiene declarado el Tribunal Supremo en su sentencia de 28 de octubre de 1996 (RJ 1996/7797) la libertad que tienen las partes negociadoras de fijar el ámbito de aplicación del convenio colectivo que concierten, establecida por el artículo 83.1 del Estatuto de los Trabajadores, no puede ser entendida en términos absolutos, sino con relación a la unidad negociadora de que se trate y a la representatividad que ostentaren las partes intervinientes en la negociación, representatividad que es considerada por el artículo 87 del propio cuerpo legal a efectos de fijar la que se precisa para gozar de la necesaria legitimación, con distintas reglas según cual fuera aquélla. El convenio colectivo ni puede contener cláusulas obligacionales que afecten a quienes no son parte en la negociación ni, en su contenido normativo, establecer condiciones de trabajo que hubieran de asumir empresas que no estuvieran incluidas en su ámbito de aplicación. Así lo deja precisado el invocado artículo 82.3 del citado Estatuto de los Trabajadores al disponer que los convenios colectivos regulados por su Título III obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos en su ámbito de aplicación, en el que sólo pueden estar comprendidos quienes, formal o institucionalmente, estuvieron representados por las partes intervinientes en la negociación del convenio.

En idéntica línea, esta Sala ha declarado también que, en tanto que «res inter alios acta» (art. 1257 CC), la voluntad normadora colectiva carece de potestad para vincular jurídicamente a sujetos que, por pertenecer a sectores productivos distintos del que es materia de regulación convencional, no pueden estar representados por las partes negociadoras del convenio.

La estimación parcial del recurso determina la aplicación de lo establecido en los apartados 2 y 3 del artículo 203 LRJS en relación a las cantidades consignadas para recurrir y al depósito, sin que haya lugar a imposición de costas.

Por todo lo razonado,

FALLAMOS



- 1) Se estima en parte el recurso de suplicación formulado por la Letrada Doña Catalina Riera Femenías obrando en nombre y representación de la entidad FEDERACIÓ PREDIF ILLES BALEARS contra la sentencia dictada el 8 de junio de 2016 por el Juzgado de lo Social núm. 3 de Palma de Mallorca en los autos seguidos bajo el número 884/2014, en virtud de la demanda formulada por Doña Celestina contra la entidad Eulen Sociosanitarios, S.A., contra la Conselleria de Família i Serveis Socials y contra la recurrente Federació Predif cuyo fallo se modifica en los términos que a continuación se exponen.
- 2) Se mantiene la declaración de improcedencia del despido de la demandante y sus consecuencias.
- 3) Se condena a EULEN SOCIOSANITARIOS S.A a que readmita a la demandante en su puesto de trabajo, con abono de una cantidad igual al importe de los salarios dejados de percibir entre el 5 de agosto de 2014 y la notificación de la presente sentencia a razón de 74,72 euros diarios, o le abone una indemnización de 1.643,84 euros. Debiendo optar por lo uno por otro dentro de los cinco días siguientes a la notificación de la presente resolución sin esperar su firmeza, advirtiéndole que en caso de no efectuar la opción en dicho plazo se entenderá que lo hace por la readmisión. El ejercicio de la opción por el pago de indemnización determina la extinción del contrato de trabajo, que se entenderá producida en la fecha del cese efectivo de trabajo.
- 4) Se condena a la FEDERACIÓ PREDIF ILLES BALEARS a estar y pasar por la declaración de improcedencia y a las consecuencias del despido limitadas al pago de los salarios de tramitación por el período que va desde el 1 de julio de 2014 hasta el 4 de agosto de 2014 en el caso de que Eulen Sociosanitarios S.A. opte por la readmisión.
- 5) Se mantiene la absolución de la CONSELLERÍA DE FAMILIA I SERVEIS SOCIALS codemandada.
- 6) Sin expresa imposición de costas

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares.

ADVERTENCIAS LEGALES

Contra esta sentencia cabe **RECURSO DE CASACION PARA LA UNIFICACION DE DOCTRINA** ante la Sala IV de lo Social del Tribunal Supremo, que necesariamente deberá prepararse por escrito firmado por abogado dirigido a esta Sala de lo Social y presentado dentro de los DIEZ DIAS hábiles siguientes al de su notificación, de conformidad con lo establecido en los artículos **218** y **220** y cuya forma y contenido deberá adecuarse a los requisitos determinados en el artº. **221** y con las prevenciones determinadas en los artículos **229** y **230** de la **Ley 36/11 Reguladora de la Jurisdicción Social** .

Además si el recurrente hubiere sido condenado en la sentencia, deberá acompañar, al preparar el recurso, el justificante de haber ingresado en la cuenta de depósitos y consignaciones abierta en el **Banco Santander** (antes Banco Español de Crédito, S.A. BANESTO), Sucursal de Palma de Mallorca, **cuenta número 0446-0000-65-0443-17** a nombre de esta Sala el importe de la condena o bien aval bancario indefinido pagadero al primer requerimiento, en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista, documento escrito de aval que deberá ser ratificado por persona con poder bastante para ello de la entidad bancaria avalista. Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social y una vez se determine por éstos su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

Para el supuesto de ingreso por transferencia bancaria, deberá realizarse la misma al número de cuenta de Banco Santander (antes Banesto) IBAN ES55 0049-3569-92- 0005001274, y en el campo "Beneficiario" introducir los dígitos de la cuenta expediente referida en el párrafo precedente, haciendo constar el órgano "Sala de lo Social TSJ Baleares".

Conforme determina el artículo 229 de la Ley 36/11 Reguladora de la Jurisdicción Social , el recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregando en esta Secretaría al tiempo de preparar el recurso la consignación de **un depósito de 600 euros** , que deberá ingresar en la entidad bancaria **Banco Santander** (antes BANESTO), sucursal de la calle Jaime III de Palma de Mallorca, cuenta número **0446-0000-66-0443-17** .

Conforme determina el artículo 229 de la LRJS , están exentos de constituir estos depósitos los trabajadores, causahabientes suyos o beneficiarios del régimen público de la Seguridad social, e igualmente el Estado, las Comunidades Autónomas, las Entidades Locales y las entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de los mismos, así como las entidades de derecho público reguladas por su normativa específica y los órganos constitucionales. Los sindicatos y quienes tuvieren reconocido el beneficio de justicia gratuita quedarán exentos de constituir el depósito referido y las consignaciones que para recurrir vienen exigidas en esta Ley.



En materia de Seguridad Social y conforme determina el artículo 230 LRJS se aplicarán las siguientes reglas:

- a) Cuando en la sentencia se reconozca al beneficiario el derecho a percibir prestaciones, para que pueda recurrir el condenado al pago de dicha prestación será necesario que haya ingresado en la Tesorería General de la Seguridad Social el capital coste de la pensión o el importe de la prestación a la que haya sido condenado en el fallo, con objeto de abonarla a los beneficiarios durante la sustanciación del recurso, presentando el oportuno resguardo. El mismo ingreso de deberá efectuar el declarado responsable del recargo por falta de medidas de seguridad, en cuanto al porcentaje que haya sido reconocido por primera vez en vía judicial y respecto de las pensiones causadas hasta ese momento, previa fijación por la Tesorería General de la Seguridad social del capital costa o importe del recargo correspondiente.
- b) Si en la sentencia se condenara a la Entidad Gestora de la Seguridad Social, ésta quedará exenta del ingreso si bien deberá presentar certificación acreditativa del pago de la prestación conforme determina el precepto.
- c) Cuando la condena se refiera a mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social, el condenado o declarado responsable vendrá obligado a efectuar la consignación o aseguramiento de la condena en la forma establecida en el artículo 230.1.

Conforme determina el art. 230.3 LRJS los anteriores requisitos de consignación y aseguramiento de la condena deben justificarse, junto con la constituir del depósito necesario para recurrir en su caso, en el momento de la preparación del recurso de casación o hasta la expiración de dicho plazo, aportando el oportuno justificante. Todo ello bajo apercibimiento que, de no verificarlo, podrá tenerse por no preparado dicho recurso de casación.

Guárdese el original de esta sentencia en el libro correspondiente y líbrese testimonio para su unión al Rollo de Sala, y firme que sea, devuélvanse los autos al Juzgado de procedencia junto con certificación de la presente sentencia y archívense las presentes actuaciones.

Así por ésta nuestra Sentencia nº 515/17 , definitivamente juzgando lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

DILIGENCIA DE PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día de la fecha por el Ilmo. Sr. Magistrado - Ponente que la suscribe, estando celebrando audiencia pública y es notificada a las partes, quedando su original en el Libro de Sentencias y copia testimoniada en el Rollo.- Doy fe.