



Roj: **STSJ CV 7075/2017 - ECLI: ES:TSJCV:2017:7075**

Id Cendoj: **46250340012017102518**

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

Sede: **Valencia**

Sección: **1**

Fecha: **27/11/2017**

Nº de Recurso: **2630/2017**

Nº de Resolución: **2937/2017**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **INMACULADA CONCEPCION LINARES BOSCH**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Rec. C/ Sent. núm. 2630/2017

Recursos de Suplicación - 002630/2017

Ilmo/a. Sr/a. Presidente D/D^a. FRANCISCO JAVIER LLUCH CORELL

Ilmo/a. Sr/a. D/D^a. INMACULADA LINARES BOSCH

Ilmo/a. Sr/a. D/D^a. ANA SANCHO ARANZASTI

En València, a veintisiete de noviembre de dos mil diecisiete.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, compuesta por los/as Ilmos/as. Sres/as. Magistrados/as citados/as al margen, ha dictado la siguiente,

SENTENCIA Nº 2937/2017

En el Recursos de Suplicación - 002630/2017, interpuesto contra la sentencia de fecha 12-12-16, dictada por el JUZGADO DE LO SOCIAL Nº 7 DE VALENCIA, en los autos 001222/2014, seguidos sobre despido, a instancia de Raimunda, asistida por la Letrada D^a Isabel Maiques Sanchis contra OMBUDS SERVICIOS, asistido por el Letrado D. Jorge Alejandro Sáez Marín, FONDO DE GARANTIA SALARIAL, PROMAN SERVICIOS GENERALES SL, EASY SEA EAST SL, asistidas por el Letrado D. Eduardo Sebastián Navas, y Eliseo (ADMON CONCURSAL), y en los que es recurrente OMBUDS SERVICIOS, habiendo actuado como Ponente el/a Ilmo/a. Sr/a. D/D^a. INMACULADA LINARES BOSCH.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La sentencia recurrida dice literalmente en su parte dispositiva: "FALLO: Que debo de estimar la demanda de despido interpuesta por D^a Raimunda, contra OMBUDS SERVICIOS, S. L, la empresa PROMAN SERVICIOS GENERALES, SL. y la empresa EASY SEA EAST SL, y el Fondo de Garantía Salarial, debo declarar y declaro la improcedencia del despido de la actora de fecha de efectos 31 de septiembre de 2014, condenando a la empresa demandada Ombuds Servicios, S.L. a estar y pasar por dicha declaración y a la inmediata readmisión de la actora, a su puesto de trabajo, pudiendo sustituir la empresa dicha readmisión por el abono de una indemnización, por un salario diario, 27,56 euros, desde el 1.01.2008 hasta la fecha del despido, el 31.09.2014 una indemnización de 7489,58€, optando de forma expresa en el plazo de cinco días ante la Secretaría de este Juzgado y entendiéndose si no lo hiciera que readmite a la parte actora, con abono, sólo en el supuesto de optar por la readmisión, de los salarios de tramitación desde la fecha del despido a la fecha de la efectiva readmisión, a razón del salario diario que a continuación se indicará. Se absuelve a las empresas Proman Servicios Generales, S. L. y Easy Sea East, S. L. de todas las pretensiones deducidas en su contra y se absuelve al Fondo de Garantía Salarial de las pretensiones deducidas en su contra, sin perjuicio de la responsabilidad legal subsidiaria que proceda en su caso del Fondo de Garantía Salarial."

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como HECHOS PROBADOS los siguientes: "PRIMERO. La actora D^a Raimunda, CON dni NUM000, trabajaba a nombre de la empresa demandada, Ombuds Servicios,



S. L., con la antigüedad de fecha 1 de enero de 2008, mediante contrato de trabajo de carácter temporal de obra o servicio determinado, categoría profesional auxiliar de servicios, y salario mensual de 826,89 € con inclusión de prorrata de pagas extras (doc. n.º 1 contrato de trabajo de 1.01.2008 a 7.02.2008, doc. n.º 2 contrato de trabajo 7.02.2008 a 30.09.2014, doc. n.º 3 informe de vida laboral, doc. n.º 4, 5 y 7 nóminas de la actora,) SEGUNDO. La empresa demandada Ombuds Servicios, S. L. se dedica a la prestación de servicios auxiliares a las empresas, rigiéndose en las relaciones con su personal mediante un convenio colectivo propio de empresa. (Documento 24 de Ombuds). TERCERO. La relación laboral de la actora con la empresa Ombuds se inició con un contrato de trabajo de obra o servicio determinado, siendo el objeto del servicio el "Ant. Gobierno Militar sito en Calle Justicia, 8, 46004-Valencia. Dirección de Asuntos Económicos", si bien la actora ha prestado también servicios en la "Sala de Armas", situada en otro edificio, C/ Archer y Ana Huntington, 1. (como doc. n.º 6 cuadrantes horarios de la Sala de Armas y Antiguo Gobierno Militar). CUARTO. La empresa Ombuds Servicios, S. L. notificó a la actora por escrito de fecha 01 de septiembre de 2014, el fin de su contrato de trabajo el día 30 de septiembre de 2014. (doc. n.º 16 de la parte demandada, Ombuds). QUINTO. La empresa demandada Ombuds Servicios, S. L. tenía la concesión de la contrata de los servicios de diversas BAEs del Ejército de Tierra desde el año 2008, hasta que por resolución de 21 de agosto de 2014 se acordó no prorrogar el expediente adjudicado a Ombuds, declarándose finalizado en fecha 30 de septiembre de 2014. (Documentos 1 a 8 de Ombuds). SEXTO. Con efectos del 1 de octubre de 2014 la adjudicaría del servicio de auxiliares de servicio resultó ser la codemandada Proman Servicios Generales, S. L., la cual procedió a subarrendar parte de los centros adjudicados, conforme le autorizaban las cláusulas del pliego de condiciones, a la empresa también codemandada Easy Sea East, S. L., según contrato de arrendamiento entre ambas empresas de fecha 25 de agosto de 2014. No consta en el pliego de condiciones la obligación de subrogación de personal, ni que la empresa saliente Ombuds, facilitara las entrantes datos del personal a subrogar, ni requerimiento de dicha subrogación de personal a las codemandadas. (Documentos 9 a 13 de Ombuds). SÉPTIMO. La actora presta servicios para Easy en el mismo puesto de trabajo que venían desempeñando para la empresa Ombuds, mediante un nuevo contrato de trabajo desde el día 01 de octubre de 2014. (doc. n.º 20 de Ombuds). OCTAVO. Según los datos que aporta la empresa Ombuds y que resultan de los informes de vida laboral de las empresas codemandadas, la empresa Easy Sea East, S. L. ha contratado a 11 de los 14 trabajadores que prestaban servicios en Valencia para el Ministerio de Defensa, por medio Ombuds, lo que representa un 79 % del total, resultando que se ha adjudicado así mismo el 68 % de los empleados del resto de los centros de trabajo por toda España, servicios que son básicamente de mano de obra utilizando las instalaciones y medios materiales del Ministerio de Defensa. (Documentos 19 a 22 de Ombuds). NOVENO. La actora no es representante de los trabajadores, ni sindicales de los trabajadores, ni lo han sido en el último año. DÉCIMO. Con fecha 29 de octubre de 2014 presento la papeleta de conciliación ante el Servicio de Mediación Arbitraje y Conciliación -SMAC-, celebrándose el acto conciliatorio el día 18 de noviembre de 2014, terminando con el resultado de intentado sin efecto. El día 18 de noviembre de 2014 presento la demanda ante el Decanato de los Juzgados de Valencia."

TERCERO.- Que contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandada OMBUDS SERVICIOS. Recibidos los autos en esta Sala, se acordó la formación del rollo correspondiente y pase al Ponente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Se interpone recurso de suplicación por la representación letrada de la mercantil Ombuds Servicios SL frente a la sentencia que estimando la demanda instada por D^a Raimunda , declara la improcedencia del despido de fecha 31-9-2014, condenando a la empresa recurrente a las consecuencias legalmente previstas. Absolviendo a las codemandadas Proman Servicios Generales SL y Easy Sea East SL.

2. El primer motivo del recurso se redacta al amparo del art. 193-a) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , interesando la nulidad de la sentencia y la retracción de actuaciones al momento anterior a la fecha del juicio, por infracción de lo dispuesto en el art. 80.b) de la LRJS, así como del art. 12.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y art. 24 de la Constitución , y la teoría del litisconsorcio pasivo necesario. Sostiene la recurrente que la demanda se presentó únicamente contra Ombuds Servicios SL, y que tras escrito presentado por la recurrente en febrero-16 indicando que adolecía de litisconsorcio pasivo necesario y que debía codemandar a la nueva adjudicataria, el 4-3-16 la actora amplió la demanda frente a Easy Sea East SL y Proman Servicios Generales SL, celebrándose el juicio el 29-11-16, que Easy sea East SL fue declarada en concurso de acreedores en Auto de 14-11-16 nombrándose administrador concursal a D. Eliseo , en BOE de 13-12-16 se publicó la declaración del concurso, por escrito remitido por correo el 5-12-16 con entrada en el Juzgado el 19-12-16 el Administrador concursal lo puso en conocimiento del Juzgado, por lo que desde que se declaró el concurso se debió ampliar la demanda frente al administrador concursal, con cita del "art. 51.2 LECO" y STS de 5-5-05 , no pudiendo realizar tal alegación en el acto del juicio pues no se conocía tal circunstancia.



De acuerdo con una constante doctrina jurisprudencial manifestada, entre otras, en las SSTs de 13 marzo 1990 , 30 mayo 1991 y 22 junio 1992, seguida por numerosos pronunciamientos de diversos Tribunales Superiores de Justicia , las pautas para analizar la nulidad de actuaciones solicitada son las siguientes: a) ha de aplicarse con criterio restrictivo evitando inútiles dilaciones, que serían negativas para los principios de celeridad y eficacia, por lo que sólo debe accederse a la misma en supuestos excepcionales. En este sentido, se recuerda en la STS 11-12-2003 (recurso 63/2003 que "la nulidad es un remedio último y de carácter excepcional que opera, únicamente, cuando el Tribunal que conoce el recurso no puede decidir correctamente la controversia planteada"; b) ha de constar, siempre que sea posible, la previa protesta en el juicio oral de la parte perjudicada por la infracción que se denuncia; c) ha de invocarse de modo concreto la norma procesal que se estime violada, sin que sean posibles las simples alusiones genéricas; d) ha de justificarse la infracción denunciada; e) debe tratarse de una norma adjetiva que sea relevante; f) la infracción ha de causar a la parte verdadera indefensión, o sea, merma efectiva de sus derechos de asistencia, audiencia o defensa, sin que la integridad de las mismas sea posible a través de otros remedios procesales que no impliquen la retracción de actuaciones; y g) no debe tener parte en la alegada indefensión quien solicita la nulidad.

En el presente supuesto, el acto del juicio se celebró el 29-11-16 (folio 143) y la sentencia de instancia se dicta el 12-12-2016 , y tal como indica el recurrente, en fecha 19-12- 16 tiene entrada en el Juzgado escrito del administrador concursal de Eay Sea East SL comunicando la situación de concurso (folios 609 a 613), por lo que siendo que no se comunicó al Juzgado previamente a la celebración del juicio tal circunstancia, ni fue alegada en el juicio, constando citada la empresa concursada al acto del juicio (folio 141), y que ninguna indefensión se ha causado al recurrente, el motivo no puede prosperar.

SEGUNDO.- 1. En el segundo motivo, redactado al amparo del art. 193-c) de la LRJS , se denuncia, en primer lugar, la infracción por la sentencia de lo dispuesto en el art. 41 del Estatuto de los Trabajadores , en relación con los artículos 1.1 y 3.1 de la directiva 2001/23 . Sostiene la empresa recurrente que concurren los requisitos para apreciar sucesión de plantillas y que procede la subrogación de la actora por Easy Sea East SL, no siendo aplicable al presente caso la STS nº 276/16 de 7-4-16 , pues aquí estamos en el sector de servicios auxiliares en el que no hay convenio de aplicación, y la empresa entrante en el servicio debió subrogar a la actora por la doctrina de la sucesión de plantilla, via art. 44 del ET , siendo la nueva adjudicataria Proman Servicios Generales SL que subarrendó parte de los centros adjudicados a Easy Sea East SL, mediante contrato de arrendamiento de servicios, facultad que le concedía el pliego administrativo, prestando servicios la actora en el mismo puesto de trabajo para Easy Sea East SL mediante nuevo contrato desde el 1-10- 14, pues Easy Sea East SL ha contratado a 11 de los 14 trabajadores que prestaban servicios para el Ministerio de Defensa, lo que representa un 79% del total adjudicándose el 68% de los empleados del resto de centros de trabajo de toda España, siendo aplicable la doctrina contenida en la STS de 28-2-13 rec. 542/12 , 5-3-13 rec. 3984/11 , 10-6-13 rec. 2208/12 y 10-7-14 .

En segundo lugar, denuncia la infracción de los artículos 56 y 44 del ET , con cita de STS de 7-12-09 rec. 2686/08 y 27-4-15 rec. 1755/15 , alegando que Easy Sea East SL al hacerse cargo de parte significativa de la plantilla debió subrogar a la actora y sin embargo hizo una contratación "ex novo", y el no asumir el vínculo laboral que ya existía con la empresa cesante, constituye un despido improcedente.

2. Tal como se desprende del relato de hechos probados de la sentencia, y de los que con igual valor fáctico constan en su fundamentación jurídica, la actora interpuso demanda por despido frente a recurrente Ombuds Servicio SL el 18-11-2014, y amplió su demanda frente a las mercantiles codemandadas por escrito presentado el 4-3-16. Asimismo, se declara probado que la relación laboral con Ombuds Servicio SL - que tenía la concesión de la contrata de los servicios de diversas BAEs del Ejército de Tierra desde 2008, hasta que por resolución de 21-8-14 se acordó no prorrogar el expediente adjudicado a Ombuds, declarándose finalizado el 30-9-14-, se inició el 1-1-2008 con un contrato temporal por obra o servicio determinado cuyo objeto era el servicio en C/ Archer y Ana Huntinton 3 y 4 Valencia-Dirección de Asuntos Económicos (doc.1 actora), y el segundo contrato el 7-2-208, para prestar servios en Calle Justicia, 8, 46004-Valencia. Dirección de Asuntos Económicos, si bien la actora ha prestado también servicios en la "Sala de Armas", sita en otro edificio, C/ Archer y Ana Huntington, 1 (cuadrantes Sala de Armas y antiguo Gobierno militar). Siéndole notificado por la recurrente mediante escrito de 1-9-14 el fin de su contrato de trabajo el 30-9-14. Prestando servicios la actora desde el 1-10-2014 para Easy Sea East SL, en el mismo puesto de trabajo, siendo desde el 1-10-14 la nueva adjudicataria del servicio de auxiliares Proman Servicios Generales SL, la cual procedió a subarrendar parte de los centros adjudicados, conforme le autorizaban las cláusulas del pliego de condiciones, a Easy Sea East SL, según contrato de arrendamiento entre ambas empresas de 25-8-14. No constando en el pliego de condiciones la obligación de subrogación de personal, ni que la empresa saliente Ombuds, facilitara las entrantes datos del personal a subrogar, ni requerimiento de dicha subrogación de personal a las codemandadas. Easy Sea East SL ha contratado a 11 de los 14 trabajadores que prestaban servicios en Valencia para el Ministerio de Defensa, por medio Ombuds, lo que representa un 79 % del total, se ha adjudicado el 68 % de los empleados



del resto de los centros de trabajo por toda España, servicios que son básicamente de mano de obra utilizando las instalaciones y medios materiales del Ministerio de Defensa.

3. De los hechos expuesto se evidencia que la actora desde el día siguiente a su cese presta servicios para la empresa codemanda, en el mismo puesto de trabajo, y sin embargo no amplió su demanda frente a la misma sino hasta dos años después, lo que evidencia la concurrencia de la excepción de caducidad de la acción frente a las empresas codemandadas. En cuanto a la relación laboral entre la actora y la recurrente, tal como estima la sentencia de instancia existe fraude en la contratación, dado que se formalizó mediante contrato para obra o servicio determinado, en el que no se hace referencia alguna a la existencia de la contrata con el ejercito, y que ha tenido una duración de más de seis años, habiendo prestado servicios la actora en distintos centros de trabajo al indicado en el segundo contrato de trabajo y durante la vigencia del mismo, lo que conlleva que la relación laboral sea indefinida, tal como se entendió en supuesto igual al presente en Sentencia de esta Sala de 14-6-2016 (rec. 782/16), que no es firme, lo que conlleva que el cese notificado con efectos 30-9-14, por fin de contrato, supone un despido improcedente. Por lo que procede la desestimación del recurso, pese a apreciarse el indicio de sucesión de platilla, y ello en atención a las particularidades del presente supuesto, en el que es palmaria la caducidad de la acción ejercitada contra las codemandadas y la contratación fraudulenta de la actora.

TERCERO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 204 LRJS , se acuerda la pérdida de las consignaciones o, en su caso, el mantenimiento de los aseguramientos prestados hasta que se cumpla la sentencia o se resuelva la realización de los mismos, así como la pérdida de la cantidad objeto del depósito constituido para recurrir.

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de OMBUDS SERVICIOS SL, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº.7 de los de Valencia, de fecha 12-diciembre-2016 , en virtud de demanda presentada a instancia de Raimunda ; y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida.

Se acuerda la pérdida de las consignaciones, así como la necesidad de que se mantengan los aseguramientos prestados hasta que se cumpla la sentencia o se resuelva, en su caso, la realización de los mismos, así como la pérdida de la cantidad objeto del depósito constituido para recurrir.

Sin costas.

Notifíquese la presente resolución a las partes y al Ministerio Fiscal, indicando que contra la misma cabe recurso de Casación para la unificación de doctrina, que podrá prepararse dentro del plazo de los DIEZ DÍAS hábiles siguientes a la notificación, mediante escrito dirigido a esta Sala, advirtiéndole que quien no tenga la condición de trabajador, no sea beneficiario del sistema público de la Seguridad Social o no tenga reconocido el derecho de asistencia jurídica gratuita, deberá depositar la cantidad de 600' 00 € en la cuenta que la Secretaría tiene abierta en el Banco de Santander, cuenta 4545 0000 35 2630 17. Asimismo, de existir condena dineraria, deberá efectuar en el mismo plazo la consignación correspondiente en dicha cuenta, indicando la clave 66 en lugar de la clave 35. Transcurrido el término indicado, sin prepararse recurso, la presente sentencia será firme.

Una vez firme esta sentencia, devuélvase los autos al Juzgado de lo Social de referencia, con certificación de esta resolución, diligencia de su firmeza y, en su caso, certificación o testimonio de la posterior resolución que recaiga.

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

PUBLICACIÓN.- En València, a veintisiete de noviembre de dos mil diecisiete.