



Roj: **STSJ EXT 129/2019 - ECLI: ES:TSJEXT:2019:129**

Id Cendoj: **10037340012019100077**

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

Sede: **Cáceres**

Sección: **1**

Fecha: **18/02/2019**

Nº de Recurso: **22/2019**

Nº de Resolución: **106/2019**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **ALICIA CANO MURILLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.EXTREMADURA SALA SOCIAL

CACERES

SENTENCIA: 00106/2019

C/PEÑA S/Nº (TFNº 927 620 236 FAX 927 620 246)CACERES

Tfno: 927 62 02 36-37-42

Fax: 927 62 02 46

Correo electrónico:

NIG: 06015 44 4 2018 0000211

Equipo/usuario: MAG

Modelo: 402250

RSU RECURSO SUPLICACION 0000022 /2019

Procedimiento origen: DSP DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000054 /2018

RECURRENTE/S D/ña Laureano , JUNTA DE EXTREMADURA - CONSEJERIA SANIDAD Y POLITICAS SOCIALES , Dolores , Elisa , Eloisa , Emilia

ABOGADO/A: , LETRADO DE LA COMUNIDAD , FAUSTINO SANCHEZ LAZARO , , ,

PROCURADOR: , , , , ,

GRADUADO/A SOCIAL: , , , , ,

RECURRIDO/S D/ña: Laureano , JUNTA DE EXTREMADURA - CONSEJERIA SANIDAD Y POLITICAS SOCIALES , Dolores , Elisa , Eloisa , Emilia , FUNDACION DIAGRAMA INTERVENCION PSICOSOCIAL , ASISTENCIA, ORGANIZACION Y SERVICIOS S.A. - AOSSA -

ABOGADO/A: , LETRADO DE LA COMUNIDAD , FAUSTINO SANCHEZ LAZARO , , , , JOSE MANUEL MARTIN SEBASTIA , AITOR MANUEL GARCÍA RODRÍGUEZ

PROCURADOR: , , , , , , ,

GRADUADO/A SOCIAL: , , , , , , ,

ILMOS.SRES. MAGISTRADOS

DON PEDRO BRAVO GUTIÉRREZ

DOÑA ALICIA CANO MURILLO

DOÑA LAURA GARCÍA MONGE PIZARRO



En CÁCERES, a dieciocho de Febrero de dos mil diecinueve.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la SALA SOCIAL DEL T.S.J. DE EXTREMADURA, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española ,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

SENTENCIA 106/19

En los Recursos de Suplicación interpuestos por el Sr. Ltdo. de la Junta de EXTREMADURA, en nombre y representación de la Administración Autonómica, CONSEJERÍA DE SANIDAD Y POLITICAS SOCIALES, Y por el Sr. Ltdo. D. Faustino Sánchez Lázaro, en nombre y representación de DON Laureano , frente a la sentencia de fecha 24/08/2018, dictada por el JDO. DE LO SOCIAL N. 04 de Badajoz , el procedimiento número 54/2018, seguido a instancia de DOÑA Dolores , DOÑA Elisa , DOÑA Eloisa , DOÑA Emilia y DON Laureano (recurrente) frente a la JUNTA DE EXTREMADURA (recurrente), ASISTENCIA, ORGANIZACIÓN Y SERVICIOS S.A. (AOSSA) y FUNDACION DIAGRAMA INTERVENCION PSICOSOCIAL, siendo Magistrado-Ponente la Ilma. Sra. Doña ALICIA CANO MURILLO,

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: DOÑA Dolores , DOÑA Elisa , DOÑA Eloisa , DOÑA Emilia y DON Laureano presentaron demanda contra la JUNTA DE EXTREMADURA, ASISTENCIA, ORGANIZACIÓN Y SERVICIOS S.A. (AOSSA) y FUNDACION DIAGRAMA INTERVENCION PSICOSOCIAL, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual dictó la sentencia número 340/2018, de fecha 24/8/2018 .

SEGUNDO: En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados: "PRIMERO. D^a. Dolores , D^a. Elisa , D^a. Eloisa , D^a. Emilia y D. Laureano prestaron servicios laborales para la empresa Fundación Diagrama, en el centro de trabajo situado en la CALLE000 , número NUM002 de la localidad de Badajoz, en virtud del contrato que la Fundación había celebrado con la Junta de Extremadura para la ejecución de medidas judiciales, de menores infractores, dictadas por os juzgados de menores para el desarrollo en medio abierto dentro del ámbito de la Comunidad Autónoma de Extremadura. SEGUNDO. A efectos de este procedimiento, la categoría profesional de D^a. Dolores , es la de trabajadora social, su salario de 1.542,02 € mensuales (incluida p. p. extras) y su antigüedad de 23 de enero de 2006. A efectos de este procedimiento, la categoría profesional de D^a. Elisa , es la de educadora social, su salario de 1.586,65 € mensuales (incluida p. p. extras) y su antigüedad de 2 de septiembre de 1998. A efectos de este procedimiento, la categoría profesional de D^a. Eloisa es la de trabajadora social, su salario de 1.534,47 € mensuales (incluida p. p. extras) y su antigüedad de 25 de mayo de 2006. A efectos de este procedimiento, la categoría profesional de D^a. Emilia es la de trabajadora social, su salario de 1.554,75 € mensuales (incluida p. p. extras) y su antigüedad de 24 de marzo de 1998. A efectos de este procedimiento, la categoría profesional de D. Laureano es la de psicólogo, su salario de 1.003,52 €, y su antigüedad de 3 de abril de 2002.

TERCERO. La empresa FUNDACIÓN DIAGRAMA comunicó a los trabajadores un documento, fechado en Badajoz el día 15 de diciembre de 2017 que tenía el siguiente contenido: Por medio del presente comunicado, D. Apolonio , con D.N.I. n NUM000 , en calidad de Responsable del Área de Relaciones Laborales de Fundación Diagrama Intervención Psicosocial, pone en su conocimiento que, la gestión del Servicio para la ejecución de medidas judiciales no privativas de libertad de menores infractores, dictadas por los Juzgados de menores para el desarrollo en medio abierto dentro de la Comunidad Autónoma de Extremadura ubicado en CALLE000 , número NUM002 de Badajoz, código postal NUM003 , para el que usted viene prestando sus servicios, ha sido adjudicada a la mercantil Asistencia, organización y servicios S.A.(AOSSA) Como consecuencia de lo anterior, Fundación Diagrama cesará en la prestación del servicio a partir del próximo día 31 de diciembre de 2017, pasando a ser Asistencia, organizadón y servidos S.A. (AOSSA) la Entidad encargada de la prestación del servido en el centra. Por este motivo, Asistencia, organización y servicios S.A. (AOSSA) procederá a subrogarse partir del 1 de Enero de 2018, de acuerdo con los datos facilitados por Fundación Diagrama, la relación laboral que Usted mantenía con la misma, reconociéndole expresamente como consecuencia de la subrogación expresada, todos los derechos y obligaciones inherentes a la relación laboral que inició con FUNDACIÓN DIAGRAMA INTERVENCIÓN PSICOSOCIAL, con reconocimiento expreso de sus actuales condiciones de trabajo y antigüedad. Agradeciéndole los servicios prestados y deseándole suerte, se despide



atentamente. CUARTO. Los trabajadores no eran en el momento de la finalización de sus relaciones laborales, ni durante el año anterior, representantes de los trabajadores. QUINTO. La FUNDACIÓN DIAGRAMA remitió un correo electrónico, el día 22 de diciembre de 2017, a la empresa AOSSA proporcionándole la información socio laboral de los trabajadores asignados a la contrata SEXTO. La FUNDACIÓN DIAGRAMA entregó los expedientes de los juzgados de menores que tenía en su poder a la Junta de Extremadura el día 28 de diciembre de 2017. SÉPTIMO. Seguido un expediente de contratación (NUM001), para adjudicar el servicio para la ejecución de medidas judiciales no privativas de libertad de menores infractores dictadas por los juzgados de menores para el desarrollo en medio abierto de la Comunidad Autónoma de Extremadura, por lotes, la Mesa de Contratación acordó, con fecha 17 de noviembre de 2017, elevar la propuesta de adjudicación en el expediente a la entidad AOSSA, para el lote 1: Badajoz. OCTAVO. La empresa AOSSA renunció al contrato administrativo por medio de escrito presentado el día 26 de marzo de 2018."

TERCERO: En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: "Desestimo la demanda presentada por el letrado Sr. Sánchez, en nombre y

representación de D^a. Dolores , D^a. Elisa , D^a. Eloisa , D^a. Emilia y D. Laureano contra las empresas Fundación Diagrama y Fundación Asistencia, Organización y Servicios, S A. Por ello, les absuelvo de todas las pretensiones contenidas en la misma. Estimo la demanda presentada por D^a. Dolores , D^a. Elisa , D^a. Eloisa , D^a. Emilia y D. Laureano contra la Junta de Extremadura. Por ello, previa declaración de improcedencia del despido practicado, condeno a esta administración a que, a su opción, readmita a los trabajadores despedidos en las mismas condiciones vigentes con anterioridad a los despidos y abono de los salarios de tramitación desde la fecha del despido (1 de enero de 2018) hasta la fecha de notificación de la sentencia -salvo que con anterioridad encontrase otro empleo- a razón de 50,70 € diarios en el caso de D^a. Dolores , de 52,16 € diarios en el caso de D^a. Elisa , de 50,45 € diarios en el caso de D^a. Eloisa , de 51,12 € diarios en el caso de D^a. Emilia y de 32€ diarios en el caso de D. Laureano , o les indemnice con 23.776,68 euros a D^a. Dolores , con 37.557,96 euros a D^a. Elisa , con 22.903,54 euros a D^a. Eloisa , con 36.802,85 euros a D^a. Emilia y con 21.164,65 euros a D. Laureano "

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por el Sr. Laureano y por la Junta de Extremadura, interponiéndolos posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de referencia los autos principales, a esta Sala de lo Social, tuvieron entrada en fecha 14/1/2019.

SEXTO: Admitido a trámite el recurso se señaló día para los actos de deliberación, votación y fallo.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Las trabajadoras y el trabajador demandantes venían prestando servicios, las primeras con la categoría profesional de Trabajadora Social, y el último con la categoría de Psicólogo, inicialmente para CRUZ ROJA y a continuación para la empresa codemandada FUNDACIÓN DIAGRAMA INTERVENCIÓN PSICOSOCIAL, a las que sucesivamente les fue adjudicado por la Junta de Extremadura el servicio consistente en la ejecución de medidas judiciales no privativas de libertad de menores infractores, dictadas por los juzgados de menores para el desarrollo en medio abierto dentro del ámbito de la Comunidad Autónoma, que en su día había externalizado la codemandada Administración Autonómica, con la antigüedad y salario que obra en el hecho segundo de la sentencia de instancia. Tras la extinción del contrato con la Fundación Diagrama, a la que últimamente se le había adjudicado el mentado servicio, con fecha de efectos de 31 de diciembre de 2017, esta empresa comunica a los accionantes que, habiéndose extinguido la contrata administrativa, se subrogaría en sus contratos de trabajo existentes entre ambas partes la nueva adjudicataria, Fundación Asistencia, Organización y servicios, S.A. (en adelante AOSSA), empresa ésta que finalmente renunció al mentado contrato administrativo, razón por la que el servicio lo retomó la Administración Autonómica, sin que ninguna de las demandadas se haya subrogado en la posición del anterior empleador. La sentencia de instancia, considerando que concurre un supuesto de subrogación legal, ex artículo 44 del ET , respecto de la Junta de Extremadura, declara improcedentes los despidos de los demandantes, con las consecuencias legales inherentes a dicha declaración, de la que hace responsable a citada Administración.

SEGUNDO: Frente a dicha decisión se alzan la vencida en la instancia y el trabajador D. Laureano , interponiendo sendos recursos de suplicación

Comenzando con el análisis del recurso de la Administración Autonómica, en un primer motivo, con amparo procesal en el apartado b) del artículo 193 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), interesa la adición de un párrafo sexto al tercer hecho probado con el siguiente tenor "Todos



los trabajadores terminaron la prestación efectiva de servicios el 31 de diciembre de 2017, sin que siguieran trabajando, ni para la Junta de Extremadura, ni para cualquier otra empresa adjudicataria". Y lo sustenta en que este hecho está implícito en todas las alegaciones de las partes. A ello no hemos de acceder pues precisamente esa es la base de la demanda por despido presentada.

En segundo lugar, pretende adicionar un nuevo hechos probado, el noveno, con el siguiente texto: "Desde la finalización del contrato administrativo, el servicio se encuentra suspendido, habiéndose dispuesto exclusivamente el seguimiento de casos concretos y puntuales, en razón de su naturaleza o circunstancias concurrentes, por personal de la Consejería de Sanidad y Políticas Sociales, sin que dichos medios propios sean suficientes para atender a la totalidad de la demanda". A dicho fin afirma sustentarse en "los informes y certificaciones de la Junta de Extremadura presentados por la demandante, a la ella misma da el valor de documento público, que figuran en su ramo de prueba", y a la testifical del responsable de la Fundación Diagrama. Y a ello tampoco hemos de acceder. A tal fin, hemos de remitirnos al fundamento de derecho quinto de la sentencia impugnada, y a la simple circunstancia de que dicho servicio es competencia de la recurrente, siendo la encargada de la ejecución de las medidas judiciales referidas, servicio público que ha venido siendo externalizado pero que, no existiendo empresa adjudicataria, ha de ser prestado por la disconforme, pues lo contrario supondría hacer dejación de sus funciones.

Finalmente, pretende la recurrente la modificación y nueva redacción del hecho probado sexto párrafo primero, para que conste que "La adjudicataria del contrato, Fundación Diagrama, no le entregó a la Junta de Extremadura ningún elemento significativo de su infraestructura y organización empresarial, ni tan siquiera básica, para la explotación (locales, material de oficina, ordenadores etc) tan solo se devolvió la documentación pública relativa a los menores, que en gran parte había sido recibida del anterior adjudicatario". Y tal pretensión está destinada al fracaso. Primeramente, porque ya consta en su redacción originaria que la Fundación remitió la indicada documentación a la Junta de Extremadura, en concreto el día 28 de diciembre de 2017, dato que parece que la recurrente quiere obviar. Y en cuanto al resto de lo pretendido, por cuanto que lo que intenta introducir son hechos negativos, como no sucedido. Respecto de ello, es bien conocida la doctrina jurisprudencial - Sentencia del Tribunal Supremo de 21 enero 1991 - relativa a que "los hechos negativos no pueden incorporarse a la relación fáctica".

Por lo demás, la sentencia recurrida parte de que lo único que se entregó a la Administración fueron los mentados expedientes. Lo que sucede, y que se resolverá a continuación, es que el órgano judicial afirma que los expedientes son el elemento esencial para la prestación del servicio y la razón de ser del mismo, por lo que, al haber continuado la Junta de Extremadura con la ejecución de tales expedientes, considera que concurre un supuesto legal de subrogación, ex artículo 44 del ET , haciéndola responsable de los despidos de los trabajadores accionantes.

TERCERO: En el siguiente motivo de recurso, la disconforme, con amparo procesal en el apartado c) del artículo 193 de la LRJS , denuncia la infracción del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores , (probado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de Octubre), especialmente de su apartado 2 y del Artículo 301.4 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre , que aprueba el Texto Refundido de la Ley de contratos del Sector Público, de la Directiva 77/1987 de la CEE (actual 201/23/ CE 12 marzo), aplicable - conforme al artículo 1 -a los traspasos de empresas, centros de actividad o partes de centros de actividad; y de la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sentencias 65/1996, de 18/03 y Asunto Spijker ; Sentencia 54/1994, de 14/04 y Asunto Schmidt STJCE 11/03/97, ASUNTOS Suzen -(entre otras, SSTJCE 19/09/95, asunto Rygaard ; (15/10/96) y de la Jurisprudencia que se cita en la propia sentencia que se recurre, (así, SSTS de 27/06/83 , 26/01/87 , 9/07/87 , 25/02/88 , 19/06/89 , 16/01/90 , 3/04/92 ; y de la doctrina unificada a partir de las SSTS 13/03/90 y - especialmente- 05/04/93 . Todo ello respecto a que, en el supuesto de sucesión de contratos o concesiones administrativas para la prestación de servicios públicos, sólo se produce subrogación empresarial si se transmite la unidad productiva, (SSTS 05/04/93 ; 14/12/94;23/01/95; 09/02/95, 29/12/97;29/04/98;10/07/00, con doctrina TJCE; 18/03/02. Cita también la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 2016, Rec 400/2014 .

En efecto, tal y como razona la recurrente, esta Sala se ha pronunciado en distintas sentencias en relación a los supuestos de sucesión de contratos o concesiones administrativas para la prestación de servicios públicos, incluidos los supuestos de reversión de la actividad a la Administración, en concreto en la sentencia que transcribe el órgano de instancia de fecha 9 de marzo de 2017, Recurso 2/2017 , en la que analizamos toda la normativa que cita el recurrente como infringida. Ciertamente venimos manteniendo que en estos supuestos, en los que no está prevista una subrogación convencional o no concurre una sucesión de plantilla, únicamente se puede apreciar la existencia de subrogación si ante la reversión de un servicio por parte de la Administración se transmiten elementos materiales o patrimoniales al objeto de configurar una infraestructura u organización empresarial. Y en este supuesto no se transmite local, material de oficina etc. En definitiva, no se transmite



elemento material alguno con el que se desempeñaba el servicio por la anterior adjudicataria. La reversión de la contrata no supone transmisión de elementos patrimoniales, a diferencia de los supuestos resueltos por este Tribunal, a los que se remite la sentencia recurrida.

Así lo resuelto por esta Sala en su sentencia de 3 de febrero de 2011, dictada en el recurso de suplicación num. 645/2010, a la que se remite la de 9 de marzo de 2017, Rec. 2/2017 citada por la de instancia, fue confirmada por la del Tribunal Supremo de 26 de enero de 2012, que se dictó en el RCU num. 917/2011, en cuyo Fundamento de Derecho Segundo razona el Alto Tribunal:

"2. La sentencia más reciente de esta Sala de 30 de mayo de 2011 (rcud 2192/2010) dictada en asunto análogo, recuerda que si bien la doctrina de esta Sala es constante al afirmar con carácter general que la extinción de la contrata y la asunción con trabajadores propios de la actividad antes descentralizada no constituye, por sí misma, un supuesto de subrogación empresarial, "no es menos veraz que tal criterio general resulta inaplicable cuando la empresa que venía llevando a cabo la actividad mediante sucesivas contrataciones con diferentes empresas, decide asumir aquélla y realizarla por sí misma, pero haciéndose cargo del personal de la empresa contratista, supuesto en el cual puede decirse que se ha producido una sucesión de empresa encuadrable jurídicamente en el referida art. 44 ET y en las diversas Directivas de la que aquél es transposición (77/1987; 98/50; y 2001/23) (así, la STS 27/06/08 -rcud 4773/06 -, a contrario sensu). Como es también inatendible el criterio general cuando -así se ha dicho interpretando esa Directivas comunitarias la transmisión vaya referida a cualquier "entidad económica que mantenga su identidad" después de la transmisión o traspaso, entendiéndose por tal "un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesoria"; o el "conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio". Y para cuya determinación-transmisión de la entidad que mantiene su identidad- han considerarse todas las circunstancias de hecho características de la operación de que se trata, entre las cuales figuran, en particular, el tipo de empresa de que se trate, el que se hayan transmitido o no elementos materiales, el valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión, el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores, el que se haya transmitido o no la clientela, así como el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión la duración de una eventual suspensión de dichas actividades (SSTJCE 65/1986, de 18/Marzo, Asunto Spijkers; 22/2001, de 25/Enero, Asunto OyLiikenne; 45/1997, de 11/Marzo, Asunto Süzen; 286/2003, de 20/Noviembre, Asunto Abler; 406/2005, de 15/Diciembre, Asunto Güney-Görres; y 241/2010, de 29/Julio, Asunto C - 151/09 . Y, reproduciendo tales criterios, entre otras las SSTS 12/12/02 -rcud764/02 -; 29/05/08 -rcud 3617/06 -; 27/06/08 -rcud 4773/06 -; 28/04/09 -rcud 4614/07 -; y 23/10/09 -rcud 2684/08 -)."43. Señala asimismo esta sentencia que: "De otra parte no cabe desconocer que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea declaró, mientras estaba en vigor la Directiva 77/1987 (modificada por la Directiva 98/50), que el mero hecho de que el cesionario de la actividad sea un organismo de Derecho público, no permite excluir la existencia de una transmisión comprendida en el ámbito de aplicación de dicha Directiva (STJCE 212/2000, de 26/Septiembre, Asunto Mayeur, apartado 33); y que la misma conclusión se impone en el caso de la vigente Directiva 2001/23 (codificación de aquéllas), puesto que la circunstancia de que la transmisión se derive de decisiones unilaterales de los poderes públicos y no de un acuerdo de voluntades no excluye la aplicación de la Directiva (SSTJCE 99/1992, de 19/Mayo, Asunto RedmondStichting; 195/2000, de 14/Septiembre, Asunto Collino y Chiappero; y 241/2010, de 29/Julio, Asunto C-151/09 , apartado 25, que en cuestión prejudicial planteada por Juzgado de España, precisamente enjuicia -y declara la sucesión empresarial de un Ayuntamiento por la asunción directa de la gestión del servicio público de mantenimiento de parques y jardines)."; insistiéndose en esta línea por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 20 de enero de 2011 (asunto C-463/09), en sus apartados 26 y 32.4. A tenor de la doctrina trascrita no cabe duda que en el presente caso nos hallamos ante un claro supuesto de sucesión empresarial del artículo 44.2 del Estatuto de los Trabajadores , en cuanto está acreditado que el Ayuntamiento , tras cesar la empresa concesionaria en la gestión y explotación del servicio público de asistencia geriátrica que se le había concedido, y que se llevaba a cabo en el Centro Residencial " DIRECCION000 ", asumió directamente dicha gestión y explotación sin solución de continuidad y haciéndose cargo de todos los trabajadores que, como Cuidadores, prestaban sus servicios profesionales en el señalado Centro Residencial; y esta sucesión conlleva, de conformidad con lo establecido en el apartado 3 del ya mencionado artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores , que el Ayuntamiento codemandado deba responder solidariamente con la empresa demandada de las deudas salariales contraídas por ésta con los trabajadores demandantes, como acertadamente ha entendido la sentencia recurrida".

Son aplicables al caso de autos los criterios vertidos de la sentencia trascrita, pues si el Ayuntamiento de DIRECCION001 , con motivo del rescate del servicio, hubo de contratar a través de contratos temporales para obra o servicio a todos los trabajadores que prestaban sus servicios con la anterior concesionaria por abandono de ésta, obligación aquella de asumir a todo el personal que lo venía prestando, conforme le



es exigido por la Ley de Contratos del Sector Público, y, en particular, a tenor del art. 134 del Reglamento de Servicio de las Corporaciones Locales, es lo cierto que tal asunción del servicio con la total plantilla supone subrogación conforme a la jurisprudencia comunitaria, citada en la sentencia transcrita del Tribunal Supremo; y lo propio acontece respecto de la nueva empresa adjudicataria, por el mismo motivo de asumir la práctica totalidad de los trabajadores -17 de 20- que, con independencia de sus modalidades contractuales precedentes, venían prestando los servicios para el Ayuntamiento, que, en este caso, y de acuerdo con la interpretación de la doctrina comunitaria, así como de la del TS, trasmite una unidad productiva a la empresa que, como nueva adjudicataria asumió la mayor parte de la plantilla de trabajadores, por cuanto la actividad que se le transmite por el citado Ayuntamiento, fundamentalmente consistía en mano de obra, que es común en esa actividad, ya que en el caso de que no se transmitieran elementos materiales o instalaciones, extremos que no se han traído a colación, se produce la subrogación, si, como es el caso, la nueva empresa se hace cargo de una parte importante de la plantilla de los trabajadores que venían prestando el propio servicio>>.

Como puede observarse, de la lectura de la indicada sentencia y la que se remite también la Fundación recurrida, se extrae que no es el supuesto que se plantea en este caso, en el que no hay transmisión de medio de producción alguno, ni material, ni ideal, tal y como mantiene la recurrente, no pudiendo considerar elemento esencial y definitorio de la transmisión los propios expedientes remitidos a la Administración Autonómica, que son a su vez remitidos por los Juzgados de Menores, pues ni son propiedad de las codemandadas, ni constituyen, como bien razona la recurrente, per se, la atención al menor y su seguimiento, acompañado de personal, sino una mera documentación y no la actividad en sí misma. La Fundación, tal y como consta en el hecho probado primero de la sentencia recurrida, tenía su propio centro de trabajo y su propio material, y ninguno de los medios organizados de producción han sido transmitidos a la disconforme. Lo pretendido por Fundación, en su impugnación, sería tanto como considerar que en la reversión de la explotación de la Residencia Geriátrica al Ayuntamiento, a la que alude la sentencia de esta Sala, el elemento esencial fueran los beneficiarios de la mentada residencia.

Y esas son las razones de la estimación del motivo, no las otras que esgrime la recurrente y que, por una parte se asientan en la malograda revisión fáctica, y por otra en el tenor del artículo 301 de la Ley de Contratos del Sector Público, pues, como bien razona la empresa saliente, la sentencia del Tribunal Supremo número 686/2017, de 19 de septiembre nos enseña: "Sin que, por otra parte, resulte de aplicación el artículo 301.4 TRLCSP que se refiere a supuestos distintos -que se caracterizan, precisamente, por la ausencia de una transmisión empresarial-de los aquí contemplados en los que, como se avanzó, existe una sucesión de empresa en los términos que establece tanto la Directiva como el artículo 44 ET".

Pero no olvide la citada recurrida, que en dicha resolución el Alto Tribunal parte de su doctrina, afirmando que "El hecho de que una Administración Pública decida hacerse cargo de un servicio, previamente descentralizado, para prestarlo de forma directa con su propia plantilla y con sus propios materiales no implica, necesariamente, que estemos en presencia de una sucesión de empresa comprendida dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 2001/23/CEE y, por ende, del artículo 44 ET. Así lo ha venido señalando, reiteradamente nuestra jurisprudencia, entre otras en la lejana STS de 6 de febrero de 1997 (Rcud. 1886/1996) en la que dijimos que "la doctrina de esta Sala es constante al afirmar con carácter general que la extinción de la contrata y la asunción con trabajadores propios de la actividad antes descentralizada no constituye, por sí misma, un supuesto de subrogación empresarial", y en la más reciente STS de 26 de julio de 2012 (Rcud. 3627/2011) conforme a la cual no se produce sucesión empresarial cuando "no consta transmisión alguna de elementos patrimoniales o estructura organizativa ni tampoco la asunción por el Ayuntamiento codemandado de una parte sustancial de la plantilla". Doctrina reiterada en STS de 16 de junio de 2016 (Rcud. 2390/2014)".

Y, del propio modo, ha de negarse la aplicación del apartado 1 de la Disposición Adicional 26 de la LPGE para el año 2107, por cuanto que no concurre en este supuesto un caso de secuestro o intervención del servicio por parte de la Junta de Extremadura.

CUARTO: Finalmente, la disconforme, con el mismo amparo procesal, denuncia la infracción de los artículos 49.1 b) o c) y 2, 52.c) y d) en relación con el 51, 53 y, en su caso, 55, todos ellos del Estatuto de los Trabajadores.

Y tales denuncias han de prosperar. Si la recurrente no estaba obligada a subrogarse en los contratos laborales vigentes suscritos con la Fundación Diagrama, además de no existir nueva adjudicataria que efectivamente se haya encargado del servicio, sin que conste que de existir estuviera obligada a subrogarse en los mentados contratos, pues nada se razona por las recurridas, la empleadora debió acudir, según fuera la relación que le vinculaba con sus trabajadores, o bien a la extinción de los contratos conforme al artículo 49.b) o c) del ET, o bien a una extinción de contrato por causas objetivas, regulada en el artículo 52 en relación con el 51 del ET, con las formalidades previstas en el artículo 53. Y no habiendo actuado de una ni de otra manera, ha de



declararse responsable única de los despidos de sus empleados, revocando la sentencia de instancia en tal sentido.

QUINTO: En cuanto al recurso que interpone el trabajador, interesa, en primer lugar, la modificación del hecho probado segundo en lo que atañe al salario mensual fijado para Don Laureano , que ostentaba la categoría profesional de Psicólogo, considerando como tal el de 1.893,51 euros, en lugar de la cantidad de 1.003,52 euros que declara el Juez a quo. Y a ello hemos de acceder en tanto en cuanto los documentos que cita, no impugnados de contrario, acreditan el error en el que incurre el órgano de instancia, dando aquí por reproducidos los acertados y amplios razonamientos que emplea la recurrente, sin que sean acogibles las alegaciones de la Junta impugnante pues, precisamente, dicha Administración no se opuso a la cuantificación del salario efectuada por el recurrente en su demanda, debiendo considerarlo para ésta, al menos, un hecho conforme exento, por tanto, de prueba, ex artículo 87 de la LRJS . A mayor abundancia, sentado que nadie discute que el demandante realizaba una jornada laboral completa, con lo que resulta significativo que el demandante, con la categoría profesional que ostenta, percibiera menor salario que el resto de las demandantes, con la categoría profesional de educadoras y trabajadora social, en los recibos de salario del mes de septiembre de 2015, ya consta un salario de 1433,04 euros día, un complemento ad personam ede 63,76 euros mes y la parte proporcional de las pagas extraordinarias, 374,20 euros. A ello se une que en el Anexo VIII -Lote Badajoz- -numero 9- del pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato de servicios para la ejecución de medidas no judiciales no privativas de libertad de menores infractores, dictadas por los juzgados de menores para el desarrollo en medio abierto dentro de la Comunidad Autónoma de Extremadura por Lotes, ya figura un salario anual de 22.452 euros y, en definitiva, es a dicho documento al que se remite la Fundación codemandada, si bien habiendo razonado la parte recurrente el error de dicha codemandada al momento de identificar al demandante. A ello habríamos de adicionar, como veremos a continuación, la revisión salarial establecida en el artículo 26 del Convenio Colectivo de Cruz Roja Badajoz , que establece que "Las Tablas Salariales se incrementarían en un 3 % sobre las del 2011, es decir las que se están aplicando a la firma de este Convenio Colectivo, en un plazo de cinco años. Cada uno de los años 2014, 2015, 2016, 2017 y 2018, las Tablas se incrementan un 0,6 %, hasta sumar el 3 % pactado. Para los años 2014 y 2015 el incremento de las Tablas se fija en el 0,6 % señalado. Para los años 2016, 2017 y 2018, se garantiza como mínimo un incremento de las Tablas del 0,6 % en cada uno de esos tres años, pero además se podrá pactar un incremento mayor, fruto de la negociación entre las partes". Ello teniendo en cuenta, dicho Convenio, pues el de ámbito nacional de Reforma Juvenil y Protección de Menores, aplicable según el Pliego de Prescripciones Técnicas del Contrato de Servicio, establece un salario mayor para la categoría profesional del demandante.

SEXTO: En los dos motivos dedicados a la censura jurídica sustantiva, amparado en el apartado c) del artículo 193 de la LRJS , denuncia la infracción del artículo 4 y 26 del ET , artículo 26 del Convenio Colectivo de Cruz Roja , y el Convenio Colectivo de ámbito nacional de Reforma Juvenil y Protección de Menores, cuya aplicación se recoge en el Pliego de prescripciones Técnicas de Contrato de Servicio suscrito por la Fundación con la Administración, tal y como hemos expuesto, así como el artículo 56.1 y 2 del ET .

En cuanto a lo que plantea el trabajador, efectivamente, y así lo recuerda el Tribunal Supremo en sentencias 12 de julio de 2006 y 19 de octubre de 2007 : <<de acuerdo con una reiterada doctrina de esta Sala a partir de la sentencia de 25 febrero 1993 . Esta sentencia recordaba que la doctrina de la Sala (sentencias de 7 diciembre 1990 y 3 enero 1991) ha establecido que "el debate sobre cuál debe ser el salario procedente es un tema de controversia adecuado al proceso de despido", pues se trata de un elemento esencial de la acción ejercitada sobre el que debe pronunciarse la sentencia y, en consecuencia, es "en el proceso de despido donde debe precisarse el salario que corresponde al trabajador despedido sin que se desnaturalice la acción ni deba entenderse que se acumula a ella en contra de la ley ...una reclamación inadecuada". En la misma línea, la sentencia de 12 abril 1993 reiteró que solamente en el proceso de despido puede discutirse la cuantía de la retribución que ha de tomarse en cuenta para establecer la indemnización y los salarios de tramitación, que no pueden reclamarse en proceso posterior. Del propio modo ha declarado el Tribunal Supremo, en sentencias de 27 de marzo 2000 , entre otras, que el salario regulador de las indemnizaciones es el que debe corresponder legalmente al trabajador al tiempo de la extinción del contrato, y no el que realmente viniera percibiendo, siendo el proceso de despido cauce adecuado para proceder a su debate y fijación (sentencias de 25 febrero 1993 y 8 junio 1998).

Con arreglo a ello, razón tiene la recurrente, pues así resulta de los documentos analizados en el motivo dedicado a la revisión fáctica y el tenor del artículo 26 del Convenio Colectivo de Cruz Roja , siendo el salario a tener en consideración el de 63,48 euros día. Así tomando dicho salario, la fecha del despido, que tuvo efectos de 31 de diciembre de 2017, y la antigüedad del demandante en su puesto de trabajo, 3 de abril de 2002, hemos de estar al tenor de la disposición transitoria undécima, apartado 2, del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre , por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, que determina "La indemnización por despido improcedente de los contratos formalizados con anterioridad



al 12 de febrero de 2012 se calculará a razón de cuarenta y cinco días de salario por año de servicio por el tiempo de prestación de servicios anterior a dicha fecha, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, y a razón de treinta y tres días de salario por año de servicio por el tiempo de prestación de servicios posterior, prorrateándose igualmente por meses los periodos de tiempo inferiores a un año. El importe indemnizatorio resultante no podrá ser superior a setecientos veinte días de salario, salvo que del cálculo de la indemnización por el periodo anterior al 12 de febrero de 2012 resultase un número de días superior, en cuyo caso se aplicará este como importe indemnizatorio máximo, sin que dicho importe pueda ser superior a cuarenta y dos mensualidades, en ningún caso.". Aplicando dicha disposición, resulta que la indemnización a la que tiene derecho el demandante es, por una parte la calculada desde el 3 de abril de 2002 hasta el 12 de febrero de 2012, que asciende a 28.327,95 euros, y en consecuencia no superior a 720 días de salario. Y, por otra, la calculada desde el 13 de febrero de 2012 al 9 de marzo de 2018, 12.394,47 euros, que supone montante indemnizatorio de 40.722,42 euros, que mantiene la recurrente, procediendo revocar en dicho sentido la sentencia de instancia.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

ESTIMANDO el recurso de suplicación interpuesto por la JUNTA DE EXTREMADURA y el deducido por el trabajador DON Laureano , contra la sentencia de fecha 24 de agosto 2018, dictada en autos número 54/2018, seguidos ante el Juzgado de lo Social número 4 de los de Badajoz por DOÑA Dolores , DOÑA Elisa , DOÑA Eloisa , DOÑA Emilia Y DON Laureano frente a la recurrente, la FUNDACION DIAGRAMA INTERVENCIÓN PSICOSOCIAL y la FUNCIÓN ASISTENCIA, ORGANIZACIÓN Y SERVICIOS S.A., REVOCAMOS la indicada resolución para condenar a las consecuencias del despido declarado improcedente a la FUNDACIÓN DIAGRAMA INTERVENCIÓN PSICOSOCIAL, absolviendo a las codemandadas de las pretensiones en su contra deducidas. Así mismo declaramos que el salario día del trabajador recurrente asciende a la suma de 63,48 euros día, y la indemnización que, en su caso, le corresponde percibir es de 40.722,42 euros, confirmando en cuanto al resto de sus pronunciamientos la decisión de instancia.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta sala.

MODO DE IMPUGNACIÓN: Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación para la unificación de doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia.

Si el recurrente no tuviere la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social o beneficio de asistencia jurídica gratuita, deberá consignar la cantidad de 600 euros, en concepto de depósito para recurrir, en la cuenta expediente de este Tribunal en SANTANDER Nº 1131 0000 66 002219, debiendo indicar en el campo concepto, la palabra "recurso", seguida del código "35 Social-Casación". Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria deberá incluir tras la cuenta genérica proporcionada para este fin por la entidad ES55 0049 3569 9200 0500 1274, en el campo "observaciones o concepto" en bloque los 16 dígitos de la cuenta expediente, y separado por un espacio "recurso 35 Social-Casación".

La Consignación en metálico del importe de la condena eventualmente impuesta deberá ingresarse en la misma cuenta. Si efectuare diversos pagos en la misma cuenta deberá especificar un ingreso por cada concepto, incluso si obedecen a otros recursos de la misma o distinta clase indicando en el campo de observaciones la fecha de la resolución recurrida utilizando el formato dd/mm/aaaa. Quedan exentos de su abono en todo caso, el Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las Entidades locales y los Organismos Autónomos dependientes de ellos.

Expídanse certificaciones de esta sentencia para su unión a la pieza separada o rollo de suplicación, que se archivará en este Tribunal, y a los autos principales.

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal Superior de Justicia.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvanse los autos originales, para su debida ejecución, al Juzgado de lo Social de su procedencia, dejando de ello debida nota en los Libros de esta Sala.

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

PUBLICACIÓN

En el día de su fecha fue publicada la anterior sentencia. Doy fe.