



Roj: **STSJ CL 525/2019 - ECLI: ES:TSJCL:2019:525**

Id Cendoj: **09059340012019100063**

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

Sede: **Burgos**

Sección: **1**

Fecha: **20/02/2019**

Nº de Recurso: **68/2019**

Nº de Resolución: **115/2019**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **JOSE MANUEL MARTINEZ ILLADE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.CASTILLA-LEON SALA SOCIAL 1

BURGOS

SENTENCIA: 00115/2019

RECURSO DE SUPPLICACION Num.: 68/2019

Ponente Ilmo. Sr. D. José Manuel Martínez Illade

Secretaría de Sala: Sra. Carrero Rodríguez

SALA DE LO SOCIAL

DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE

CASTILLA Y LEÓN.- BURGOS

SENTENCIA N°: 115/2019

Señores:

Ilmo. Sr. D. Carlos Martínez Toral

Presidente Accidental

Ilmo. Sr. D. José Ignacio de las Rivas Aramburu

Magistrada

Ilmo. Sr. D. José Manuel Martínez Illade

Magistrado

En la ciudad de Burgos, a veinte de Febrero de dos mil diecinueve.

En el recurso de Suplicación número 68/2019 interpuesto por EULEN SERVICIOS SOCIOSANITARIOS S.A., frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social de Soria en autos número 353/2018 seguidos a instancia de D^a Natalia , contra la recurrente y la JUNTA DE CASTILLA Y LEÓN -CONSEJERÍA DE EDUCACIÓN-, en reclamación sobre Despido. Ha actuado como Ponente el **Ilmo. Sr. D. José Manuel Martínez Illade** que expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- En el Juzgado de lo Social de referencia, tuvo entrada demanda suscrita por la parte actora en la que solicita se dicte sentencia en los términos que figuran en el suplico de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el oportuno juicio oral, se dictó sentencia con fecha 5 de diciembre de 2018 cuya parte dispositiva dice: "DESESTIMAR la acción de impugnación de despido ejercitada por D^a. Natalia contra la Consejería de Educación de la Junta de Castilla y León y absolver a ésta de todos los pedimentos formulados contra ella.



ESTIMAR la acción de impugnación de despido ejercitada por D^a. Natalia contra Eulen Servicios Sociosanitarios SA, DECLARAR IMPROCEDENTE el despido tácito de la Sra. Natalia de 31/08/18 y CONDENAR a Eulen Servicios Sociosanitarios SA a que, a elección de ésta, proceda a la inmediata readmisión de la Sra. Natalia en las mismas condiciones precedentes al despido o ejercite en el plazo de cinco días la opción indemnizatoria de forma expresa por escrito o comparecencia en el Juzgado, abonando a la Sra. Natalia en concepto de indemnización la cantidad de DOS MIL CUATROCIENTOS SEIS EUROS CON SESENTA Y NUEVE CÉNTIMOS (2.406,69 €); en el supuesto de que no optase por la indemnización se entenderá que opta por la readmisión. En el supuesto de optar por la readmisión deberá abonar a la Sra. Natalia los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido 31/08/18 hasta la notificación de la Sentencia a razón de 24,31 euros diarios".

SEGUNDO .- En dicha sentencia, y como hechos probados, se declaraban los siguientes: " **PRIMERO**.- D^a. Natalia ha venido prestando servicios retribuidos al servicio y bajo la dependencia de Eulen Servicios Sociosanitarios SA desde el 09/09/15 en virtud de contrato de trabajo temporal para obra o servicio determinado consistente en auxiliar al comedor el curso 2015-2016, con jornada a tiempo parcial de 437,07 horas al año de 12h a 14h de lunes a viernes, categoría de auxiliar, salario según convenio colectivo estatal de centros de asistencia y educación infantil y centro de trabajo en el centro infantil que la Junta de Castilla y León tiene abierto para hijos del personal al servicio de la administración autonómica, sito en C/ Eduardo Saavedra nº 33 de Soria.

El 10/02/16 se modificó su jornada a 873,81 horas anuales.

El 01/06/16 se modificó su jornada a 1.092,26 horas anuales.

El 01/08/16 ascendió a la categoría de educadora y se modificó su jornada a 1.238,64 horas anuales (78,95% de parcialidad).

El 22/08/16 se modificó su jornada a 1.092,26 horas anuales.

El 03/07/17 se modificó su jornada a 1.419,94 horas anuales.

El 04/07/17 se modificó su jornada a 1.310,72 horas anuales.

El 04/09/17 se modificó su jornada a 1.092,26 horas anuales.

El 24/10/17 se modificó su jornada a 983,04 horas anuales.

El 01/05/18 se modificó su jornada a 1.008,77 horas anuales.

El 01/06/18 se modificó su jornada a 1.233,01 horas anuales.

El 01/07/18 se modificó su jornada a 448,32 horas anuales.

SEGUNDO.- El 17/08/18 Eulen entregó a la Sra. Natalia la siguiente carta:

"Por medio de la presente, le informamos que EULEN SERVICIOS SOCIOSANITARIOS, S.A. cesará en la prestación del servicio para la gestión de la Escuela Infantil en Soria para hijos del personal al servicio de la Administración de la Comunidad de Castilla y León con efectos del próximo día 31 de agosto 2018, servicio cuya gestión directa comenzará a prestarse por la Junta de Castilla y León a partir del día 01 de septiembre de 2018.

En consecuencia, y estando Ud. adscrito/a las citadas instalaciones, con esa misma fecha, le comunicamos que con efectos del día 31 de agosto de 2018, cesará usted en esta empresa, por el motivo descrito. Debiendo así mismo la Junta de Castilla y León, subrogarle a Vd. respetándole todos sus derechos Jurídicos- Laborales, según lo establecido en el artículo 26 del Convenio Colectivo de ámbito Estatal de Centros de Asistencia y Educación Infantil.

A partir de la fecha de cese tendrá a su disposición, por los medios habituales, la liquidación de haberes a que tenga derecho.

Asimismo se le informa de que sus datos personales le serán comunicados a la citada Administración con la finalidad de cumplir las obligaciones derivadas de la normativa laboral aplicable; no obstante, en cumplimiento de la legislación fiscal y laboral vigentes, conservaremos sus datos durante el período legalmente establecido, estando exdusivamente a su disposición y a la de la autoridad judicial o administrativa competente".

TERCERO.- El 17/08/18 Eulen remitió a la Junta de Castilla y León el siguiente comunicado:

"Por medio de la presente, le adjuntamos la documentación en relación a los empleados de Eulen Servicios Sociosanitarios, S.A. que prestan servicios adscritos al servicio para la gestión de la Escuela Infantil en Soria para hijos del personal al servicio de la Administración de la Comunidad de Castilla y León, servicio cuya



gestión directa comienzan Vds. a realizar con fecha de 1 de septiembre de 2018 y que, de conformidad con lo establecido en el artículo 130.3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público y en el artículo 26 del Convenio Colectivo de ámbito Estatal de Centros de Asistencia y Educación Infantil en su redacción dada por la Resolución de 8 de junio de 2015, deben Uds. subrogar en la relación laboral.

- a) Relación de los trabajadores a subrogar, con indicación de sus datos personales y laborales.
- b) Copia de los contratos de trabajo de los trabajadores relacionados.
- c) Copia de los tres últimos recibos de salarios de los trabajadores relacionados.
- d) Certificado de hallarse al corriente de sus obligaciones con la Seguridad Social.
- e) Fotocopia de los modelos TC2 de los últimos 4 meses.

Estos datos son confidenciales y sólo pueden ser tratados para el cumplimiento del contrato al que está adscrito/a el trabajador/a; no pueden ser cedidos y deberán ser destruidos una vez finalizada la relación contractual.

Quedamos a su disposición para cualquier aclaración al respecto".

El 30/08/18 la Junta de Castilla y León contestó lo siguiente:

"En respuesta a su escrito de 10 de julio en el que se indica que, como consecuencia de la no continuidad de Eulen en la gestión de la Escuela Infantil de Soria a partir del 31 de agosto, se debe proceder a la subrogación del personal de Eulen en ese centro en cumplimiento del Convenio Colectivo Estatal de Centros de Asistencia y Educación Infantil, le informo de lo siguiente:

- Como conoce Eulen, la escuela Infantil de Soria no va a contratarse con otra empresa privada, sirio que va a ser la Junta de Castilla y León la que asuma la gestión directamente con personal propio.

- El Convenio Colectivo Estatal de Centros de Asistencia y Educación Infantil a que hace referencia es sólo de aplicación a centros privados y a gestores privados, como indica con meridiana claridad el artículo 2 del citado convenio.

- El acceso al empleo público del personal de los centros gestionados por la Junta de Castilla y León es el previsto en la normativa vigente, tanto por lo que se refiere al personal fijo como al personal temporal, y en ningún caso en esa normativa se indica como una de las formas de acceso la subrogación de personal procedente de una empresa privada.

Por tanto, la subrogación a que hace referencia en su escrito no va a producirse, en aplicación de la normativa vigente".

CUARTO.- Eulen dio de baja a la Sra. Natalia el 31/08/18.

QUINTO.- En el periodo comprendido entre el 01/07/17 y el 30/06/18, la Sra. Natalia percibió un total de 8.873,99 euros brutos (24,31 euros brutos diarios).

En el periodo comprendido entre el 01/09/17 y el 31/08/18, la Sra. Natalia percibió un total de 7.814,63 euros brutos (21,40 euros brutos diarios).

SEXTO.- El 03/09/18 la Sra. Natalia acudió a su centro de trabajo y no pudo incorporarse a su puesto.

SÉPTIMO.- El centro en el que trabajaba la Sra. Natalia era un centro infantil para la conciliación de la vida familiar y laboral creado por la Junta de Castilla y León para atender a los hijos del personal al servicio de la administración autonómica. Estaba inscrito en el Registro de Centros Infantiles para la Conciliación de la Vida Familiar y Laboral de Castilla y León con el número CI/903. La Junta de Castilla y León tenía suscrito con Eulen desde el 24/09/10 un contrato administrativo especial de explotación en virtud del cual Eulen abonaba un canon anual y se obligaba a prestar servicios de educación infantil y manutención a unos precios fijados en contrato. Al tiempo del contrato, la Junta de Castilla y León puso a disposición del explotador el equipamiento descrito en el expediente NUM000 , que se da por reproducido. El 02/05/18 Eulen comunicó a la Junta de Castilla y León su voluntad de dejar de prestar el servicio contratado a partir del 31/08/18.

OCTAVO.- El 30/08/18 la Junta de Castilla y León adoptó Acuerdo 46/2018, publicado en el BOCYL el 03/09/18, por el cual creaba la Escuela Infantil "El Olmo", de titularidad de la Administración de la Comunidad de Castilla y León, en la ubicación donde había estado el centro infantil para hijos del personal al servicio de la administración autonómica. La escuela se inscribió el 07/09/18 en el Registro de Centros Docentes de Castilla y León.



Por Acuerdo de 23/08/18 se modificó la relación de puestos de trabajo de personal laboral de los servicios periféricos de la Gerencia de Servicios Sociales de la Junta de Castilla y León y se crearon las siguientes altas, obrantes en la sentencia de primera instancia que se dan por reproducidas.

NOVENO.- El 19/09/18 la Sra. Natalia presentó papeleta de conciliación frente a Eulen por despido improcedente, que dio lugar al expediente NUM001 .

El 21/09/18 formuló reclamación previa frente a la Junta de Castilla y León por despido improcedente.

DÉCIMO.- La Sra. Natalia no ostenta ni ha ostentado en el último año la condición de representante legal de los trabajadores ni consta afiliada a sindicato".

TERCERO .- Contra dicha sentencia, interpuso recurso de Suplicación EULEN SERVICIOS SOCIO SANITARIOS S.A., siendo impugnado por la parte actora así como por la JUNTA DE CASTILLA Y LEÓN. Elevados los autos a este Tribunal y comunicada a las partes la designación del Ponente, le fueron, a éste, pasados los autos para su examen y resolución por la Sala.

CUARTO .- En la resolución del presente recurso se han observado, en sustancia, las prescripciones legales vigentes.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Contra la sentencia de instancia, que en procedimiento de despido declaró el mismo improcedente con las consecuencias legales correspondientes absolviendo a la Junta de Castilla y León y condenando **exclusivamente** a la empresa Eulen Servicios Sociosanitarios SA, recurre esta última entidad en suplicación en un primer motivo al amparo del artículo 193 b) de la LRJS a fin de que se modifique el hecho probado primero de aquella y se establezca que el salario de los últimos seis meses de la trabajadora era de 21,37 euros diarios, la sentencia recurrida estableció un salario regulador del despido de 24, 31 € diarios. . Como cuestión previa con carácter de doctrina general se debe de decir que en la jurisdicción social se está en presencia de un proceso de instancia única, tal y como se desprende de los artículos 6 , 97.2 y 193 de la LRJS , siendo el juez a quo soberano en la valoración de la prueba practicada ante su presencia, **tratándose el recurso de suplicación de un recurso extraordinario o cuasi-casacional cuyo objeto es la revisión de la sentencia de instancia por los motivos tasados en la ley, no de una apelación o segunda instancia cuyo objeto es todo el litigio que se vio en la primera instancia y en que la Sala puede revisar toda la prueba** . Debiendo concurrir en el recurso para su éxito los siguientes requisitos: 1) Indicar, con precisión y claridad, cuál es el hecho que debe ser revisado; así como el sentido de la revisión y ofrecer el texto alternativo para el hecho probado objeto de revisión si se solicita la adición o modificación de un hecho.

2) Si los fundamentos jurídicos de la sentencia de instancia contienen afirmaciones con valor de hecho probado, también se debe solicitar por esta vía su revisión fáctica.

3) Si los hechos probados de la sentencia de instancia contienen conceptos jurídicos discutidos, no cabe solicitar que se sustituyan por otras interpretaciones jurídicas.

4) No cabe introducir en el recurso cuestiones fácticas nuevas.

5) Es preciso que la revisión se base en prueba documental (no siendo suficiente para ello la denominada testifical documentada) o pericial.

6) Conforme al apartado b) del art. 193 LRJS deben formularse aquellas pretensiones de revisión fáctica relativas **al error de hecho en sentido estricto** .

7) El dictamen pericial debe estar emitido o ratificado en el juicio.

8) Con arreglo al art. 196.3 LRJS se necesita que se señalen "de manera suficiente para que sean identificados, los documentos o pericias en que se base el motivo de la revisión de los hechos probados que se aduzca", **sin que puedan referirse a la valoración total de las pruebas que compete al juez de instancia (art. 97.2 LRJS) pero no a la Sala de suplicación** . Las pruebas habrán de concretarse o individualizarse, sin incurrir en generalidades.

9) El error fáctico tiene que recaer sobre hechos y **ha de ser evidente, es decir, que exista una conexión directa entre el documento o pericia y el error invocado del juez sin necesidad de acudir a conjeturas, suposiciones o interpretaciones más o menos lógicas y razonables, y además que no sea contradicho por otros medios de prueba.No pudiéndose, en definitiva, pretender por el recurrente la sustitución del criterio objetivo e imparcial de aquel por el subjetivo y parcial suyo**

10) Que la modificación fáctica que se solicita **sea trascendente y guarde relación con el objeto litigioso.**



Segundo. Pues bien, dicho motivo no puede prosperar pues de los documentos aportados no se desprende que el salario pretendido deba ser el tenido en cuenta a los efectos del despido, toda vez que no existe un error evidente en el criterio adoptado en la instancia, pues la juez razona adecuadamente en su fundamento jurídico segundo porque ha tenido en cuenta el que antes hemos reseñado y no el interesado en recurso, pretendiendo en definitiva el recurrente sustituir el criterio objetivo e imparcial de aquella por el subjetivo y parcial suyo.

TERCERO .- El segundo motivo del recurso ya en el campo de la censura jurídica con arreglo al artículo 193 c) de la LRJS entiende que por parte de la juzgadora de instancia ha existido vulneración del artículo 44 del ET , 130.3 de la ley 9/2017 de Contratos del Sector Público así como del artículo 26 del Convenio Colectivo Estatal de Centros de Asistencia y Educación Infantil (Boletín Oficial del Estado 19 de junio de 2015), así como de diversas sentencias que cita. Por cierto la que cita de esta Sala de 3 de octubre 2018 es un supuesto **sustancialmente diferente** al que nos ocupa. El contemplado en el presente caso, que se desprende del inmodificado relato de hechos probados de la sentencia recurrida, en síntesis, es el siguiente. Se trata de una trabajadora que venía prestando sus servicios para la empresa recurrente desde el año 2015, su relación laboral se regulaba por el Convenio Colectivo Estatal de Centros de Asistencia y Educación Infantil. Su centro de trabajo en Soria era un centro infantil para la conciliación de la vida familiar y laboral creado por la Junta de Castilla y León y lo tenía abierto para hijos del personal al servicio de dicha administración autonómica (hecho probado primero). Esta entidad tenía suscrito con la empresa recurrente desde el año 2010 un contrato administrativo de explotación de dicho centro, en virtud del cual la empresa recurrente abonaba un canon anual y se obligaba a prestar los servicios de educación infantil y manutención a unos precios fijados en el contrato. Al tiempo del contrato la Junta de Castilla-León puso a disposición de la empresa recurrente todo el equipamiento necesario para el desarrollo de la actividad. La empresa recurrente dejó de prestar el servicio el 31 de agosto de 2018 (hecho probado séptimo). A partir de septiembre de 2018 y en la misma ubicación donde había estado el centro al que antes hemos referenciado la Junta de Castilla y León creó una escuela infantil de su titularidad prestando los servicios en la misma con personal propio, para lo que se modificó el 23 de agosto de 2018 la relación de puestos de trabajo del personal laboral de dicha entidad (hecho probado octavo). Es decir, no ha existido ningún tipo de transmisión de bienes por parte de Eulen a la Junta de Castilla y León, ni tampoco esta se ha hecho cargo de ningún personal de aquella empresa que prestaba servicios en el centro antes indicado, habiendo asumido la actividad con su propio personal. A la trabajadora despedida por parte de Eulen se le indicó que a partir del 31 de agosto de 2018 no prestaría servicios para la misma, dándole de baja en dicha fecha. Habiendo acudido la trabajadora el 3 de septiembre 2018 a su centro de trabajo no se le permitió su incorporación por parte de la Junta de Castilla y León.

CUARTO .- Así las cosas, la cuestión jurídica a resolver en este recurso es si la Junta de Castilla y León debe o no subrogarse, con las consecuencias legales correspondientes, en la trabajadora. Dispone el artículo del Convenio Colectivo Estatal de Centros de Asistencia y Educación Infantil (Boletín Oficial del Estado 19 de junio de 2015), "Sucesión de empresas. 1. En lo relativo a la sucesión de empresas se estará a lo establecido en el artículo 44 y concordantes, del texto refundido de la ley del Estatuto de los Trabajadores . 2. Para las empresas privadas que gestionan centros de titularidad pública, en los supuestos en los que se produzca la adjudicación de la concesión a una nueva empresa, por finalización de la concesión y concurso posterior, **rescate del servicio por la entidad titular o cualquier otra modificación en el sistema de gestión del servicio**, se estará ante un supuesto de subrogación de todos los derechos y obligaciones de los trabajadores con contrato en vigor y antigüedad mínima de tres meses en la empresa saliente, que se regirá por el artículo 44 del texto refundido de la ley del Estatuto de los Trabajadores . Para hacer efectiva la subrogación contemplada en este apartado 2, se deberá seguir el procedimiento siguiente: 1) La empresa entrante deberá comunicar, por medio fehaciente, a la empresa saliente, su condición de nueva adjudicataria del servicio. 2) La empresa saliente notificará a los trabajadores el cambio de concesionario, con indicación de la razón social de la empresa entrante. 3) "La empresa saliente pondrá a disposición de la entrante y de la representación legal de los trabajadores, si a hubiere, en el plazo máximo de 10 días naturales antes de la fecha de inicio del servicio por la nueva empresa adjudicataria, la siguiente documentación: a) Relación de los trabajadores subrogados, con indicación de sus datos personales y laborales. b) Copia de los contratos de trabajo de los trabajadores relacionados. c) Copia de los tres últimos recibos de salarios de los trabajadores relacionados. d) Certificado de hallarse al corriente de sus obligaciones con la Seguridad Social. e) Fotocopia de los modelos TC/2 de los últimos 4 meses".

Pues bien, si sólo fuera en base a este precepto no existiría obligación de subrogación por parte de la Junta de Castilla y León toda vez lo que establece la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de julio de 2012 en su fundamento jurídico segundo: "El Ayuntamiento recurrente alega, al amparo del artículo 222 de la L.P.L . la infracción del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores , en relación con la Directiva Comunitaria 2011/23/ CE del Consejo y los artículos 2 , 6 , 7 , 49 , 52 y 53 del Convenio Colectivo General del Sector de limpieza Pública Viaria, Riesgos, Recogida Tratamiento y Eliminación de Residuos y Conservación de Alcantarillado.



La cuestión que se plantea versa sobre la posibilidad de aplicación a una entidad pública, en este caso un Ayuntamiento, de una norma convencional elaborada en el seno de un sector, el que da nombre al Convenio y negociada por quienes cuentan con legitimación en dicho sector . Al respecto, la sentencia invocada de contraste contiene la doctrina a la que parcialmente se ha hecho mención en el anterior fundamento y que íntegramente reproducimos a continuación:

a) La sentencia de esta Sala de 10/12/08 (rcud. 2731/07), con cita de la de 28/10/96 (rcud. 566/96), señaló que **"el convenio colectivo no puede (...) 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 art. 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 solo pueden estar comprendidos quienes, formal o institucionalmente, estuvieron representados por las partes intervinientes en la negociación del convenio" pues "la empresa que asume la limpieza de sus propios centros de trabajo (...) no desnaturaliza ni amplía el ámbito funcional de la empresa que asume tal actividad (...) y de ahí que el mero hecho de que una empresa decida realizar la limpieza de sus propios locales o centros de trabajo directamente y con su propio personal, aunque éste sea de nueva contratación, no la convierte en modo alguno en una empresa dedicada a la actividad de limpieza de edificios y locales ajenos".

b) De acuerdo con el criterio que se acaba de expresar, aunque la limpieza viaria sea una competencia municipal conforme a los arts. 25 y 26 de la Ley 7/85, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local , tampoco **el hecho de que el Ayuntamiento asuma esta limpieza viaria con sus propios medios convierte a la entidad local en una empresa dedicada a la actividad de limpieza pública, viaria etc .**, como ocurre con la empresa contratista Urbaser, S.A. que cesó en la contrata de ejecución del servicio que le había adjudicado el Ayuntamiento, entre otras razones porque tal asunción del servicio podría realizarse con personal no laboral (art. 6 del repetido Convenio General del Sector).

c) En todo caso, lo que no puede estimarse aplicable en el caso que nos ocupa es la subrogación del personal que regula el art. 49 del Convenio General del Sector de Limpieza Pública Viaria etc., a efectos de contribuir y garantizar el principio de estabilidad en el empleo, porque, acorde con el criterio que expusimos anteriormente, la absorción del personal se prevé solamente "entre quienes se sucedan, mediante cualquiera de las modalidades de contratación de gestión de servicios públicos, contratos de arrendamiento de servicios o, de otro tipo, en una concreta actividad de las reguladas en el ámbito funcional del presente convenio", precisando en el art. 52 que la subrogación de personal "operará en todos los supuestos de sustitución de contrata...", **siendo evidente que el Ayuntamiento que tenía adjudicado el servicio de limpieza viaria a una empresa del sector, cuando rescinde dicha adjudicación y asume directamente la ejecución del servicio público, no actúa como otro contratista del sector que obtenga una nueva adjudicación ni que suceda en la contrata a otro contratista anterior**.

La anterior doctrina deberá ser de aplicación en aras de la necesaria homogeneidad y seguridad jurídicas al no existir otras consideraciones que justifiquen su modificación..."

QUINTO .- Dicho lo anterior, la cuestión se reconduce a determinar si la subrogación debe o no producirse en base a lo dispuesto en el artículo 130.3 de la ley 9/2017 de Contratos del Sector Público que entró en vigor en su actual redacción el 9 de marzo de 2018, ello conforme a su disposición final 16ª. Dicho precepto dispone: "En caso de que una Administración Pública decida prestar directamente un servicio que hasta la fecha venía siendo prestado un operador económico, vendrá obligada a la subrogación del personal que lo prestaba si así lo establece una norma legal, **un convenio colectivo** o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general ". Éste precisamente es el caso que nos ocupa, pues dicha obligación la establece el artículo 26 del Convenio Colectivo antes citado No obstante hay que resolver diversas cuestiones al respecto:

A). Si dicho precepto es de aplicación a este concreto supuesto teniendo en cuenta que la disposición transitoria primera de la ley 9/2017 dispone, en lo que interesa: "**Expedientes iniciados y contratos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley**.

1. Los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley se regirán por la normativa anterior. A estos efectos se entenderá que los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato. En el caso de procedimientos negociados sin publicidad, para determinar el momento de iniciación se tomará en cuenta la fecha de aprobación de los pliegos.

2. Los contratos administrativos adjudicados con **anterioridad** a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán, en cuanto a sus **efectos , cumplimiento y extinción**, incluida su modificación, duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior....." . Pues bien, teniendo en cuenta que con arreglo al hecho probado séptimo el contrato administrativo es de fecha 24 de septiembre de 2010, por tanto con anterioridad a la entrada en vigor de dicha norma, esta no es de aplicación al presente supuesto.



B). La otra cuestión relevante a los efectos de la pertinencia o no de la subrogación, teniendo en cuenta que la misma es Administración Pública, es lo dispuesto en la disposición adicional 26ª de la ley 3/2017 de Presupuestos para 2017 que prescribe: "*Limitaciones a la incorporación de personal laboral al sector público.*

Uno. Con efectos desde la entrada en vigor de esta Ley y vigencia indefinida, las Administraciones Públicas del artículo 2 del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, no podrán considerar como empleados públicos de su artículo 8, ni podrán incorporar en dicha condición en una Administración Pública o en una entidad de derecho público:

a) **A los trabajadores de los contratistas de concesiones de obras o de servicios públicos o de cualquier otro contrato adjudicado por las Administraciones Públicas previstas en el artículo 2.3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, cuando los contratos se extingan por su cumplimiento, por resolución, incluido el rescate, o si se adopta el secuestro o intervención del servicio conforme a la legislación de contratos del sector público que resultase aplicable a los mismos.**

b) *Al personal laboral que preste servicios en sociedades mercantiles públicas, fundaciones del sector público, consorcios, en personas jurídicas societarias o fundacionales que vayan a integrarse en una Administración Pública.*

Al personal referido en los apartados anteriores le serán de aplicación las previsiones sobre sucesión de empresas contenidas en la normativa laboral.

Dos. En aquellos supuestos en los que, excepcionalmente, en cumplimiento de una sentencia judicial, o previa tramitación de un procedimiento que garantice los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, el personal referido en el apartado 1.a) anterior sea incorporado a sociedades mercantiles públicas, las incorporaciones que se produzcan de acuerdo con lo previsto en este apartado, no se contabilizarán como personal de nuevo ingreso del cómputo de la tasa de reposición de efectivos.

Tres. Lo establecido en esta disposición adicional tiene carácter básico y se dicta al amparo de lo dispuesto en los artículos 149.1. 13.ª y 18.ª, así como del artículo 156.1 de la Constitución."

Entendemos que esta norma no impediría la subrogación toda vez la salvedad que hace relativa a que a los trabajadores de referencia "le serán de aplicación las previsiones sobre **sucesión** de empresas contenidas en la normativa laboral".

SEXTO .- Llegados a este punto debemos resolver si a pesar de todo existe sucesión de empresa por parte de la Junta de Castilla y León tal y como pretende la empresa recurrida, con las consecuencias correspondientes en la trabajadora, ello con arreglo a la jurisprudencia tanto del Tribunal Supremo como del TJUE. De la más reciente jurisprudencia al respecto de este último, como son las sentencias de 9 de mayo de 2018 o de 11 de julio de 2018 resolutoria esta del asunto C-60/17 o de aquel de fechas 27 de septiembre de 2018 o 3 de octubre de 2018 se desprende que en el caso litigioso no concurren los requisitos precisos para entender que ha existido sucesión de empresa en base a lo siguiente:

A). No ha existido transmisión de infraestructura alguna por parte de la empresa cesante en la contrata administrativa a la Junta de Castilla y León

B). Que lo relevante en la concesión, al aportar dicha entidad pública todo el equipamiento necesario para el desarrollo de la actividad, era la prestación de la mano de obra.

C). Finalmente, que en la gestión directa del servicio por parte de la Junta de Castilla y León en el centro de trabajo donde prestaba sus servicios la trabajadora demandante en la instancia no se ha asumido por aquella ningún personal que con anterioridad viniera prestando sus servicios para la empresa concesionaria, sino que el servicio se presta con personal propio de la recurrente.

SÉPTIMO .- Por todo lo expuesto al no existir obligación de subrogación por parte de la Junta de Castilla y León el cese de la trabajadora por la empresa recurrente es constitutivo de un despido, que ante la ausencia de forma legal, debe ser calificado como hizo la sentencia de instancia como improcedente con las consecuencias legales inherentes. Por tanto el recurso debe ser desestimado y la sentencia recurrida confirmada.

OCTAVO .- La desestimación del recurso conlleva la pérdida del depósito para recurrir y de la cantidad consignada, si se hubieran efectuado, ello con arreglo al artículo 204 de la LRJS, a los que se deberá dar el destino legal una vez firme esta resolución y, asimismo, conforme al artículo 235 de dicho texto la imposición de costas a la parte recurrente, que comprenden los honorarios de los abogados o graduado social colegiado que actuaron en el recurso, impugnándolo, en la cantidad habitual que lo viene haciendo la Sala de 800 €, 400 € para cada uno de ellos.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español,



FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la empresa Eulen Servicios Sociosanitarios SA contra la sentencia dictada el 5 de diciembre 2018 por el Juzgado de lo Social de Soria , autos DSP 353/2018 en procedimiento de despido, seguidos a instancia de doña Natalia contra la recurrente y la Junta de Castilla y León, en su consecuencia debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida, con imposición de costas a la parte recurrente, que comprenden los honorarios de abogado o graduado social colegiado que actuaron en la impugnación del recurso en cuantía de 800 €, 400 € para cada uno de ellos. Se decreta la pérdida del depósito para recurrir y de la consignación, si se hubieran constituido, debiendo darse a ambos el destino legal procedente una vez firme esta resolución.

Notifíquese la presente resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León en la forma prevenida en el artículo 97 de la L.R.J.S . y 248.4 de la L.O.P.J . y sus concordantes, haciéndoles saber que contra esta resolución cabe recurso de Casación para la Unificación de Doctrina para ante el Tribunal Supremo, significándoles que dicho recurso habrá de prepararse ante esta Sala en el plazo de los DIEZ DÍAS siguientes a la notificación, mediante escrito ajustado a los requisitos legales contenidos en los artículos 220 y 221 de la L.R.J.S ., con firma de Abogado o de Graduado Social Colegiado designado en legal forma conforme al art. 231 de la citada Ley .

Se deberá ingresar como depósito la cantidad de 600 € conforme a lo establecido en el artículo 229.1.b de la L.R.J.S ., asimismo será necesaria la consignación por el importe de la condena conforme a los supuestos previstos en el art. 230 de la mencionada Ley , salvo que el recurrente estuviera exento por Ley o gozare del beneficio de justicia gratuita.

Dichas consignación y depósito deberán efectuarse en la cuenta corriente de esta Sala, bajo la designación de Depósitos y Consignaciones, abierta en la Entidad Bancaria Santander, cuenta nº ES55 0049 3569 9200 0500 1274, en cualquiera de sus sucursales, incluyendo en el concepto los dígitos 1062.0000.65.0068.19.

Se encuentran exceptuados de hacer los anteriormente mencionados ingresos, los Organismos y Entidades enumerados en el punto 4 del artículo 229 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social .

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