



Roj: **STSJ AS 2938/2009** - ECLI: **ES:TSJAS:2009:2938**

Id Cendoj: **33044340012009101926**

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

Sede: **Oviedo**

Sección: **1**

Fecha: **27/02/2009**

Nº de Recurso: **2436/2008**

Nº de Resolución: **604/2009**

Procedimiento: **RECURSO SUPLICACION**

Ponente: **CARMEN HILDA GONZALEZ GONZALEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.ASTURIAS SALA SOCIAL

OVIEDO

SENTENCIA: 00604/2009

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ASTURIAS

SALA DE LO SOCIAL-SECCIÓN 001 (C/ SAN JUAN Nº 10)

N.I.G: 33044 34 4 2008 0103000, MODELO: 46050

TIPO Y Nº DE RECURSO: RECURSO SUPLICACIÓN 2436/2008

Materia: DESPIDO

Recurrente/s: Anton , LA AUXILIAR DE RECAUDACION S.L.

Recurrido/s: Anton , AYUNTAMIENTO DE OVIEDO, LA AUXILIAR DE RECAUDACION S.L., UNION

TEMPORAL DE EMPRESAS ASTURAGUA S.A. Y TRIBUGEST, GESTION DE TRIBUTOS S.A., TRIBUGEST, GESTION

DE TRIBUTOS S.A., ASTURAGUA S.A.

JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS: JDO. DE LO SOCIAL N. 6 de OVIEDO de DEMANDA 106/2008

SENTENCIA Nº: **604/2009**

ILTMOS. SRES.

D. JORGE GONZÁLEZ RODRÍGUEZ

Dª CARMEN HILDA GONZÁLEZ GONZÁLEZ

D. LUIS CAYETANO FERNÁNDEZ ARDAVÍN

En OVIEDO a veintisiete de Febrero de dos mil nueve, habiendo visto el recurso de suplicación de los presentes autos de la Sala de lo Social de este Tribunal Superior de Justicia, compuesta por los lltmos. Sres. citados, de acuerdo con lo prevenido en

el artículo 117.1 de la Constitución Española ,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el RECURSO DE SUPLICACIÓN 2436/2008, formalizado por el Letrado D. José María García Gutiérrez en nombre y representación de D. Anton y por el Letrado D. Félix Arnaez Criado en nombre y representación de la empresa LA AUXILIAR DE RECAUDACIÓN S.L., contra la sentencia de fecha 14 de mayo de 2008, dictada por



el JDO. DE LO SOCIAL N. 6 de OVIEDO en sus autos número DEMANDA 106/2008, seguidos a instancia de D. Anton frente a la empresa recurrente, el AYUNTAMIENTO DE OVIEDO, representado por el Letrado D. Francisco García Valtueña, la UNION TEMPORAL DE EMPRESAS ASTURAGUA S.A. y TRIBUGEST, GESTION DE TRIBUTOS S.A. así como la empresa TRIBUGEST, GESTION DE TRIBUTOS S.A., ambas representadas por la Letrada Dña. María Jesús Parra Pérez y la empresa ASTURAGUA S.A., representada por el Letrado D. Diego Enjuto Jareño, en reclamación de DESPIDO, siendo Magistrado-Ponente la Ilma. Sra. D^a CARMEN HILDA GONZÁLEZ GONZÁLEZ, y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Según consta en autos del mencionado Juzgado de lo Social se dictó sentencia de fecha 14 de mayo de 2008 por la que se se estimaba la demanda presentada contra la empresa La Auxiliar de Recaudación S.L. y se desestimaba contra las restantes codemandadas.

SEGUNDO.- En la mencionada sentencia y como hechos declarados probados figuran los siguientes:

1º.- El demandante D. Anton , comenzó a prestar servicios para la U.T.E. ASTURAGUA S.A.- TRIBUGEST S.A. el 09-02-04, en virtud de contrato de trabajo de naturaleza temporal, a jornada completa, con la categoría profesional de Auxiliar Administrativo, sujeto en cuanto a sus condiciones laborales al Convenio Colectivo de Oficinas y Despachos del Principado de Asturias, para realizar la obra o servicio que se había adjudicado a la empresa por parte del AYUNTAMIENTO DE OVIEDO para la Gestión Tributaria y Recaudatoria de Tributos y otros ingresos de Derecho Público, percibiendo un salario diario en cómputo anual de 44,81 €.

2º.- En el año 2002 el AYUNTAMIENTO DE OVIEDO había adjudicado a la U.T.E. ASTURAGUA S.A.-TRIBUGEST S.A. el Servicio de Gestión Tributaria y Recaudación, subrogándose la citada empresa en los derechos y obligaciones de la precedente.

3º.- Se sacó nuevamente a concurso por parte del AYUNTAMIENTO DE OVIEDO el Servicio de Colaboración para la Gestión Tributaria y Recaudatoria de Tributos y otros ingresos de derecho público que no impliquen ejercicio de autoridad ni custodia de fondos públicos; el Pliego de Condiciones Técnicas contenía las siguientes cláusulas, en lo que aquí interesa:

3.-De los Medios Personales:

3.1.-El adjudicatario deberá contratar el personal necesario para desarrollar todas las tareas que se le encomienden en el presente contrato, debiendo los licitadores especificar en su oferta el número, categoría y formación de los que pretenda adscribir...

3.2.-Con carácter previo a la formalización de los contratos de trabajo con el personal necesario para desarrollar las tareas objeto de este contrato, el adjudicatario deberá realizar su oferta de trabajo al personal que actualmente presta estos servicios en la UTE Asturias S.A.-Tribugest S.A. (excluyendo el personal de dirección), respetando su categoría, salario y antigüedad.

14.-Derechos y obligaciones del contratista:

14.6.-Del personal. El adjudicatario quedará obligado desde el momento del comienzo del contrato a mantener, como mínimo, el personal descrito en su oferta, debiendo proceder a la sustitución inmediata de aquellas personas que finalicen su relación laboral con la empresa por otras de similar formación y experiencia. Este personal, así como aquel otro que el adjudicatario pueda contratar con posterioridad al comienzo del contrato, será de cuenta del mismo, sin que en ningún caso el Ayuntamiento adquiera compromiso ni obligación de ninguna especie respecto de este personal.

4º.- Se presentaron al concurso las empresas U.T.E ASTURAGUA S.A.-TRIBUGEST S.A. y la AUXILIAR DE RECAUDACIÓN S.L.

En sus propuestas, la primeramente citada contemplaba una plantilla de 48 trabajadores, los que tenía destinados a la gestión del servicio hasta ese momento, mientras que la AUXILIAR DE RECAUDACIÓN S.L. propuso 9 empleados como personal de Apoyo y Soporte, así como un Delegado y 36 trabajadores más como personal destinado en Oviedo.

Por Acuerdo de la Comisión de Gobierno del AYUNTAMIENTO DE OVIEDO de 25-09-07 se resolvió adjudicar el Servicio a la empresa LA AUXILIAR DE RECAUDACIÓN S.L. por un plazo de dos años prorrogable por anualidades hasta un máximo de dos prórrogas, con efectos a partir del 01-01-2008.

5º.-La U.T.E. ASTURAGUA-TRIBUGEST dirigió un escrito a LA AUXILIAR DE RECAUDACIÓN en los siguientes términos: "En relación a su escrito de fecha 11 de octubre de 2007, habiendo resultado adjudicataria su



empresa del Concurso convocado por el Excmo. Ayuntamiento de Oviedo, en la sesión de Junta de Gobierno celebrada el 25 de septiembre de 2007, relativo a la contratación del Servicio de Colaboración para la gestión tributaria y recaudatoria de tributos y otros ingresos de derecho público que no impliquen ejercicio de autoridad ni custodia de fondos públicos, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 3 del pliego de condiciones técnicas en relación con el artículo 44 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores y de la vigente normativa y, sin perjuicio de que esta empresa tiene constancia de que ustedes ya han mantenido reuniones y conversaciones con los empleados, adjunto les remitimos listado que contiene la información más relevante al objeto de facilitar la citada subrogación. De igual manera adjuntamos la siguiente documentación: 1. Certificado conforme la UTE ASTURAGUA S.A.- TRIBUGEST GESTIÓN DE TRIBUTOS S.A. está al corriente de pago de las cuotas de la Seguridad Social. 2. Fotocopia de los TC1 y TC2 de los últimos cuatro meses. Asimismo les informamos que procederemos a la oportuna liquidación de haberes hasta el momento de la subrogación."

Por su parte LA AUXILIAR DE RECAUDACION S.A. remitió a ASTURAGUA-TRIBUGEST el siguiente escrito: "La dirección de esta empresa les comunica por medio de la presente, que a partir del próximo día 1 de enero de 2008 pasará a prestar el servicio de colaboración para la Gestión Tributaria y Recaudatoria de tributos y otros ingresos de derecho público que no impliquen ejercicio de autoridad ni custodia de fondos públicos del Ayuntamiento de Oviedo y como adjudicataria del mismo ha organizado un proceso de selección de personal en los términos de la cláusula 3 del pliego de condiciones técnicas para la contratación. Los motivos de tal selección no han sido otros que posibilitar que el personal que se adscriba a la nueva prestación del servicio cuente con la cualificación técnica y experiencia necesarias para el desempeño de las labores asignadas en relación al contrato. Ignoramos los motivos por los cuales en su comunicación se refieren a la subrogación de sus empleados, ya que como ustedes conocen muy bien, en relación con el artículo 44 del Real Decreto Legislativo 1/1995 de 24 de marzo, por el que se aprueba la Ley del Estatuto de los Trabajadores, es reiterada la jurisprudencia que señala que en los casos de concesión administrativa no hay subrogación empresarial, máxime en este caso en que no existe traspaso de la infraestructura u organización empresarial, y más aún cuando la cláusula 3 del pliego de condiciones técnicas nada dice de subrogación".

6º.- El 21-12-07, la U.T.E. ASTURAGUA-TRIBUGEST remitió una comunicación al demandante en los siguientes términos: "Por la presente ponemos en su conocimiento que a partir del 31 de diciembre de 2007, UTE ASTURAGUA S.A.-TRIBUGEST GESTIÓN DE TRIBUTOS S.A., dejará de ostentar la titularidad de la gestión del Servicio de Colaboración para la gestión tributaria y recaudatoria de tributos y otros ingresos de derecho público que no impliquen ejercicio de autoridad ni custodia de fondos públicos para el Excmo. Ayuntamiento de Oviedo, al haber resultado adjudicataria de dicha gestión, con efectos 01 de enero de 2008, la empresa LA AUXILIAR DE RECAUDACIÓN S.L., en virtud de lo acordado en la sesión de junta de gobierno del referido ayuntamiento celebrada el pasado 25 de septiembre de 2007. Sirva la presente para comunicarle que en fecha 1 de enero de 2008 pasará usted a prestar servicios para la citada compañía LA AUXILIAR DE RECAUDACIÓN S.L. en aplicación de lo dispuesto en la cláusula 3 del pliego de condiciones técnicas, en relación con el artículo 44 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo por el que se aprueba la Ley del Estatuto de los Trabajadores, lo que se comunica a los efectos legales oportunos y con la antelación debida. Desde ese momento tendrá Vd. a su disposición la liquidación del saldo finiquito por todos sus haberes devengados hasta la fecha precitada y UTE ASTURAGUA S.A.-TRIBUGEST GESTIÓN DE TRIBUTOS S.A. cursará su baja en la seguridad social.

Sirva la presente igualmente para recordarle que la nueva empresa titular de la gestión del Servicio de colaboración para la gestión tributaria y recaudatoria de tributos y otros ingresos de derecho público que no impliquen ejercicio de autoridad ni custodia de fondos públicos del Excmo. Ayuntamiento de Oviedo, deberá incorporarlo en su plantilla, reconociéndole y respetándole todos los derechos que hasta la fecha tenga reconocidos, particularmente los referidos a antigüedad, categoría o grupo profesional y salario, tal como está previsto en el Art. 3 del pliego de condiciones técnicas antes citado".

7º.- Por parte de LA AUXILIAR DE RECAUDACION S.L. se inició un proceso de selección de personal que se llevó a cabo por la empresa GF CONSULTORES, al que se presentó el demandante, contratándose finalmente a 36 trabajadores de la empresa precedente, no contratando a los nueve trabajadores restantes entre los que se encontraba el aquí demandante.

La U.T.E. ASTURAGUA-TRIBUGEST dio de baja al actor en la Seguridad Social con efectos al 31-12-07.

8º.- La empresa LA AUXILIAR DE RECAUDACIÓN S.L. remitió al demandante el siguiente escrito:

"La dirección de esta empresa le comunica por medio de la presente, que a partir del próximo día 1 de enero de 2008 pasará a prestar el servicio de colaboración para la Gestión Tributaria y Recaudatoria de tributos y otros ingresos de derecho público que no impliquen ejercicio de autoridad ni custodia de fondos públicos, para el



Ayuntamiento de Oviedo y como adjudicataria del mismo ha organizado un proceso de selección de personal en los términos de la cláusula 3 del pliego de condiciones técnicas para la contratación, proceso de selección en el que usted ha participado, no resultando seleccionado.

Los motivos de tal selección no han sido otros que posibilitar que el personal que se adscriba a la nueva prestación del servicio cuente con la calificación técnica y experiencia necesarias para el desempeño de las labores asignadas en relación al contrato.

Ignoramos los motivos por los cuales la UTE ASTURAGUA S.A.-TRIBUGEST GESTIÓN DE TRIBUTOS S.A., en la comunicación adjunta a su carta indica que usted pasará a prestar sus servicios a nuestra compañía, ya que como ellos conocen muy bien, en relación con el artículo 44 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba la Ley del Estatuto de los Trabajadores, es reiterada la jurisprudencia que señala que en los casos de concesión administrativa no hay subrogación empresarial, y máxime en este caso en que no existe traspaso de la infraestructura u organización empresarial, y más aún cuando la cláusula 3 del pliego de condiciones técnicas nada dice de subrogación.

No obstante lo dicho, en función de las necesidades del servicio y de su perfil laboral se tendrá en cuenta su comunicación en atención a futuras incorporaciones."

9º.- Con posterioridad al inicio de la prestación del servicio por parte de la nueva empresa, por esta se contrató a un informático al renunciar uno de los informáticos que pertenecía a la empresa precedente y que había sido contratado por LA AUXILIAR DE RECAUDACIÓN S.L., y a dos agentes notificadores con dos contratos temporales de dos meses de duración.

10º.- Por parte de la empresa cesante y a requerimiento del Ayuntamiento de Oviedo, se entregaron a la nueva adjudicataria las bases de datos de expedientes y trámites referidos a la prestación del servicio, así como modelos y formularios en soporte informático, y procedimiento de seguridad para el tratamiento de los datos e información.

La empresa saliente no transmitió a la entrante ningún elemento material distinto de los datos y documentación referida anteriormente, teniendo una estructura organizativa para la prestación del servicio no exactamente coincidente con la de su predecesora.

11º.- Presentó el demandante acto de conciliación contra todas las empresas por despido improcedente, el que se celebró el 22-01-08 con la asistencia de las partes, no alcanzándose un acuerdo entre ellas por lo que finalizó Sin Avenencia.

Presentó igualmente Reclamación Previa frente al AYUNTAMIENTO DE OVIEDO, la que fue tácitamente desestimada mediante silencio administrativo.

12º.- En la tramitación de estos autos se han observado las prescripciones legales.

TERCERO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandante y la empresa codemandada La Auxiliar de Recaudación S.L., siendo impugnados de contrario.

Elevados los autos a esta Sala, se dispuso el pase a ponente para su examen y resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sentencia del Juzgado de lo Social nº Seis de Oviedo, estimó la demanda interpuesta por despido contra la empresa La Auxiliar de Recaudación S.L., declarando la improcedencia del mismo, con las consecuencias legales, al considerar que se producía sucesión de empresa al haber resultado adjudicataria del concurso, convocado por el Ayuntamiento de Oviedo donde venía prestando su trabajo la demandante para la anterior concesionaria. Absuelve a la UTE Asturagua S.A. Tribugest Gestión de Tributos S.A., Asturagua S.A. y Tribugest Gestión de Tributos S.A., así como al Ayuntamiento demandado.

Dicha Sentencia es recurrida en suplicación por la representación de la demandante, formulando un único motivo, al amparo de lo dispuesto en el artículo 191 c) del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, con objeto de que sea examinado el derecho aplicado en la Sentencia recurrida. Denuncia como infringido el art. 44.3 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, en relación con los artículos 1.2); 55.4 y 56 del mismo Texto Legal.

Asimismo recurre la representación de la empresa condenada, Auxiliar de Recaudación S.L., formulando un primer motivo, con amparo en el art. 191 c) del citado Texto Procesal, interesando la revisión de los hechos probados. Seguidamente, al amparo de la letra c) del mismo artículo, formula motivo en derecho, en tres apartados:



1º.- En el primero denuncia infracción de las Directrices Comunitarias 2001/23/CEE de 12 de marzo de 2001, 1998/50/CEE y 77/187/CEE, y el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, así como la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas aplicable en esta materia, y todo ello en relación con el Convenio Colectivo de Oficinas y Despachos del Principado de Asturias que resulta aplicable, y con las cláusulas 3 y 14 del Pliego de Condiciones Técnicas del concurso iniciado por el Ayuntamiento de Oviedo, para el Servicio de Colaboración para la Gestión Tributaria y Recaudatoria de Tributos y otros ingresos de derecho público.

2º.- A continuación denuncia infracción de los artículos 1.1.5 apartados c) y e), y el artículo 20 del Estatuto de los Trabajadores relativos al poder directivo y de organización del empresario, y la mejora de la productividad, todo ello en relación con el artículo 38 de la Constitución Española, que hace referencia a la libertad de empresa y la defensa de la productividad y el artículo 1902 del Código Civil relativo a la prohibición de causar perjuicio a tercero.

3º.- Finalmente, denuncia como infringido el art. 56, en relación con el 44 del E.T.

Los citados recursos son impugnados del siguiente modo: La representación del Ayuntamiento el de la trabajadora; la trabajadora impugna el de Auxiliar de Recaudación SL; la UTE y Tribugest, en escritos separados, impugnan el de la trabajadora y el de la empresa Auxiliar de Recaudación, y Asturagua SA los de la trabajadora (se une otro escrito que corresponde a otro proceso) y el de Auxiliar de Recaudación.

SEGUNDO.- Pasamos a analizar el recurso formulado por la representación de la actora, que comienza diciendo que comparte el pronunciamiento contra Auxiliar de Recaudación SL y solicita su confirmación, pero solicita su ampliación con carácter solidario (en el suplico también añadirá "o subsidiario") al resto de las codemandadas, remitiéndose al "derecho y doctrina" que citará. Añade literalmente "sin olvidarnos -ad cautelam- del mantenimiento de la relación jurídica procesal que, el anuncio de recurso de suplicación por la empresa condenada, aconseja". A tan extraña decisión, esto es, que formula recurso porque lo hace otra de las partes, sólo se nos ocurre decir que los recursos están en la Ley para que la parte pueda intentar lo que no consiguió en la instancia anterior y cree merecer en derecho, pero no para "compensar" los recursos de los otros, pues para ello se instituye la figura de la impugnación.

Comienza el motivo la parte haciendo una afirmación incomprensible y que, desde luego, no responde a la realidad. Dice que "en la presente causa no se ha discutido el hecho de la improcedencia del despido de la demandante: que constituye una realidad aceptada pacíficamente".

Tal afirmación es absurda, pues la litis se configuró sobre una demanda por despido, ya que la empresa que ocupaba a la demandante le comunicó el cese, por haber resultado otra adjudicataria del servicio, y ésta rechaza la sucesión (subrogación) con lo que no aparece por ninguna parte esa realidad de despido improcedente "aceptada pacíficamente". Las mismas posturas se reproducen en vía de recurso, por lo que carece de sentido tal afirmación.

Entrando en la concreta denuncia de infracción, del art. 44.3 ET, la lectura del precepto nos da una responsabilidad entre cedente y cesionaria respecto de las obligaciones nacidas con anterioridad a la transmisión, y, en su párrafo segundo, de las nacidas con posterioridad "cuando la cesión fuere declarada delito".

Desde luego, ninguno es el caso que nos ocupa (permanecen los hechos probados por no haber acudido la recurrente a la vía del art. 191 b) TRLPL), con lo que ello es suficiente para desestimar el recurso.

La representación de la actora se pierde en consideraciones sobre las diversas relaciones creadas, recordando que la solidaridad en las obligaciones funciona como una garantía de seguridad jurídica frente a posibles transmisiones fraudulentas. Pero olvida que dicha responsabilidad, garantía, se establece en la ley en cada caso, y para declarar la que pretende la recurrente, el art. 44.3 ET, que invoca, exige que ese fraude conste y se pruebe y, aún más, que fuera declarada delito la transmisión.

Nada de eso alcanza la parte que recurre, que acepta los hechos declarados probados, por lo que el recurso ha de ser desestimado.

TERCERO.- En cuanto al recurso que interpone la empresa Auxiliar de Recaudación S.L., que resultó condenada por el despido improcedente de la trabajadora, solicita en primer lugar revisión de los hechos probados. Concretamente trata de que en el ordinal décimo se sustituya, respecto de la estructura organizativa de la empresa entrante, la frase "no exactamente coincidente con la de su predecesora", por la de "que en nada se asemeja a la de su predecesora".

Sobre los documentos que puedan determinar la revisión de los hechos probados, la citada jurisprudencia señala aquellos "que por sí mismos hagan prueba de su contenido", rechazando la revisión de la relación fáctica



basándose en las mismas pruebas en que aquélla se funda, porque ello equivale a sustituir la interpretación que de la misma hizo el juzgador por la apreciación personal y subjetiva de la parte. Asimismo se afirma que la revisión de hechos probados sólo puede alcanzar éxito si va respaldada de documentos o pericias incorporados a los autos que por su manifiesta eficacia probatoria evidencien el error del juzgador, sin que el recurrente pueda apartarse de dicha formalidad y limitarse a exponer su personal criterio valorativo de la prueba, siendo preciso concretar la parte del documento en que con toda evidencia resulte ser cierto lo alegado y que sea base esencial a los efectos del pronunciamiento, debiendo demostrarlo con evidencia, o lo que es igual, que lo demuestre claramente en forma contundente e incuestionable, sin necesidad de acudir a presunciones o cálculos y reglas que impliquen ausencias de lo evidente por muy lógicas que resulten, sin ninguna clase de razonamiento ni hipotéticas deducciones.

La parte recurrente hace una mención de esos folios sin destacar en cual de ellos y en qué aspecto concreto se obtiene lo que debería ser evidente equivocación del Juzgador, por lo que es rechazable el motivo, sin contar con que lo que pretende es sustituir una afirmación o valoración jurídica, que no pertenece al apartado de hechos probados, por otra aún más contundente e igualmente impropia de esa parte de la sentencia. Por ello, se desestima el motivo.

CUARTO.- La representación de la empresa que resultó condenada en la instancia, Auxiliar de Recaudación SL, formula un segundo motivo que distribuye en tres apartados, dedicando el primero a la pretendida infracción de las Directrices citadas, del art. 44 ET, y de la doctrina de TSJCE y del T.S. que menciona, en relación con el Convenio Colectivo de Oficinas y Despachos de Asturias, así como las cláusulas 3 y 14 del Pliego de Condiciones Técnicas del concurso que nos ocupa.

Sostiene que el caso enjuiciado no puede encuadrarse como uno de los llamados de "sucesión de plantillas", esto es, conforme a la Directiva 1998/50, y que puede resumirse como en que en determinados sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, la empresa puede mantener su identidad aún después de su transmisión (Sentencia TSJCE de 11-3-97 (1997/45), que interpreta la Directriz 77/187 /CEE).

Como es sabido, dicha Sentencia concluye con una posición favorable a la sucesión en estos casos en los que "el nuevo empresario no se limita a continuar con la actividad de que se trata, sino que además se hace cargo de una parte esencial, en término de número y competencias, del personal que su antecesor destinaba especialmente a dichas tareas".

También es conocida la aceptación por el Tribunal Supremo de esta doctrina (Sentencia de 27-10-04), pero formulando las reservas lógicas que surgen cuando se ha de considerar el hecho jurídico por la consecuencia, pues en tal supuesto dependería de la voluntad del empresario entrante la subrogación, con lo que entramos en una tautología, tan enemiga de todo razonamiento y, por supuesto, de la seguridad jurídica.

No obstante entendemos que las expresiones contenidas en la Sentencia del asunto Sützen, tales como hacerse cargo "de una parte esencial, en términos de número y de competencias, del personal que su antecesor destinaba especialmente a dichas tareas", no pueden más que valorarse en ese contexto que comienza considerando aquellos sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra. Esto es, actividades que se fundan en la especialidad, formación y conjunto de una plantilla específicamente destinada a esas labores, de forma que su asunción por el empresario constituye la base principal de una función empresarial, asunción sin la cual se convertiría el proyecto empresarial en algo esencialmente más dificultoso al tener que afrontarlo "ex novo" aportando la formación, organización etc. que supondría la parte principal del negocio.

En este punto la recurrente dedica este apartado del motivo a sostener que en el presente caso lo indispensable es el inmovilizado material e inmaterial utilizado por la empresa para la prestación del servicio, que lo significativo "no son las personas, sino el programa informático de gestión, y los locales de atención y gestión del administrado".

De aquí quiere obtener la existencia del error del Juzgador cuando dice que el local, el mobiliario y el programa informático son "elementos accesorios para la prestación del servicio, que se fundamenta en los métodos de gestión y especialmente en la cualificación técnica y los conocimientos adquiridos por el personal asumido". Pero hace una lectura sesgada de la argumentación del Juzgador, partiendo de una expresión aislada del hecho probado décimo, del que solo reseña la frase "la empresa saliente no transmitió a la entrante ningún elemento material", cuando realmente comienza diciendo que "entregó a la nueva adjudicataria las bases de datos de expedientes y trámites referidos a la prestación del servicio, así como modelos y formularios en soporte informático y procedimiento de seguridad para el tratamiento de los datos e información".

Esto se concreta en la Sentencia de instancia, fundamento segundo, al recordar que sobre la base de lo dicho y la incorporación de los trabajadores de la anterior empresa (salvo los cesados), la Auxiliar de Recaudación S.L.



comenzó la prestación del servicio sin solución de continuidad con respecto a la empresa anterior, para lo cual únicamente tuvo que realizar las instalaciones de medios materiales, y aplicar su propio sistema organizativo aunque tomando como base el ya existente realizando las modificaciones o adaptaciones oportunas.

Es entonces cuando debemos recordar el significado de la doctrina contenida en la Sentencia del TSJCE, caso Sützen, cuando habla de hacerse cargo "de una parte esencial, en términos de número y competencias, del personal que su antecesor destinaba especialmente a dichas tareas", en los términos que ya hemos expuesto antes y que hacen correcta la interpretación del Juzgador de instancia cuando concluye que son decisivos para la prestación del servicio los métodos de gestión y especialmente la cualificación técnica y los conocimientos adquiridos por el personal asumido. Precisamente señala que, si bien el servicio se podría haber organizado sin asumir el elemento humano (toda empresa tiene un principio), las dificultades evidentes que ello generaría para la normalización de la actividad quedaron salvadas mediante la asunción del personal necesario.

QUINTO.- Volviendo sobre la doctrina del TSJCE de 11 de marzo de 1997, las partes parecen limitar su discusión a si el hecho de traspasar los elementos citados constituye sucesión, pero también parecen asumir que si efectivamente se adscriben por la nueva adjudicataria 36 de los 48 trabajadores de la anterior, se está operando "por voluntad" de la empresa esa sucesión, que convertiría automáticamente en despido de su parte, por el deber de sucesión general, de los no integrados.

Y se dice que se parece aceptar esto porque no se aborda por ninguna de las partes recurrentes el obstáculo que representa la doctrina jurisprudencial según la cual en las contrataciones de servicios administrativos no opera el art. 44 del ET.

Sí se va a plantear a continuación como consecuencia del análisis que se hace en la Sentencia recurrida de las cláusulas del Pliego de Condiciones, de donde obtiene el Juzgador que se impone la subrogación, a cuya lectura es contraria la representación de la Auxiliar de Recaudación SL.

Pero la pregunta que queda fuera del debate es la siguiente: en el caso de que se entendiera que el Pliego no impone la subrogación ¿bastaría con la transmisión de esa parte esencial del personal para superar la doctrina sobre la no sucesión en contratos administrativos?, ¿se habría operado por la sola voluntad de la empresa de incorporar a 36 de los 48, si esa incorporación no fuera obligada?.

Ello nos lleva al siguiente aspecto que es objeto de debate: la interpretación de las cláusulas 3.1, 3.2 y 14.6 del Pliego de Condiciones Técnicas, que se transcriben en el ordinal tercero de los hechos probados, que denotan una ambigüedad por parte del Ayuntamiento de Oviedo, que se muestra como deliberada al comprobar las respuestas que transcribe la representación de la UTE en sus escritos de impugnación (y que obtiene de los documentos 34 y 35 de su ramo de prueba), ambigüedad deliberada que está en la raíz de los procesos que se generaron en la última adjudicación del servicio.

La Sentencia recurrida concluye que la redacción del clausulado del Pliego, aunque sin decirlo expresamente, impone unas condiciones que materialmente conllevan la subrogación obligada, mientras la recurrente se opone a tal interpretación, entendiendo que sólo existe un derecho de preferencia para acceder a los puestos ofertados por la nueva empresa.

SEXTO.- La cláusula 3.2 del Pliego establece expresamente:

"Con carácter previo a la formalización de los contratos de trabajo con el personal necesario para desarrollar las tareas objeto de este contrato, el adjudicatario deberá realizar su oferta de trabajo al personal que actualmente presta estos servicios en la UTE Asturagua S.A.-Tribugest S.A. (excluyendo el personal de dirección), respetando su categoría, salario y antigüedad".

La interpretación literal, lógica y sistemática del texto transcrito no puede ser otra que la obligación de la empresa adjudicataria de ofrecer la contratación "al personal que actualmente presta estos servicios en la UTE", respetando categoría, salarios y antigüedad, sin que resulte de esa expresión posibilidad alguna de la citada empresa para rechazar a ese personal o preferir a otro en su lugar, salvo las razones de posible incapacidad etc., que en ningún momento fueron opuestas. El rechazo de la actora no se fundamenta en motivos de este tipo, sino en el simple hecho de entender la empresa adjudicataria que podía no seleccionarla. Este simple motivo, de aceptarse, convertiría en papel mojado, obligación sin contenido (porque dependería de la voluntad de una parte el evitarla) la cláusula 3.2 del Pliego de Condiciones.

Esta obligación de ofrecer su contratación (con respeto de antigüedad, salario etc.) a los trabajadores de la empresa saliente determina que estos tienen un derecho a pasar a la empresa nueva en los términos que impone el art. 44 del ET, pues no se le concede ninguna facultad a la patronal de rechazarlos (repetimos, aparte causas legales, que no se invocan), ya que ese realizar la oferta con carácter previo solo significa que deberá contratarlos si ellos quieren.



Por ello, la solución del Juzgador de instancia ha sido acertada al concluir que se produjo subrogación porque la misma está prevista en el Pliego de Condiciones.

Y una subrogación, sucesión de empresa en los términos del art. 44 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, lo es con todas las consecuencias porque está impuesta, como decimos, en el Pliego, con independencia de que se considere también el traspaso de medios y, como quedó dicho, especialmente los personales. Contra dicha conclusión no puede objetarse que la empresa adjudicataria había presentado su propuesta por un número inferior de trabajadores, pues en ese caso, impuesta la subrogación, esta no puede ser parcial, sino que la empresa que asume el servicio con el cargo de la subrogación de personal, es la que debe afrontar las medidas para adaptar su plantilla a las necesidades reales, que, por cierto, se revelan como superiores al verse obligada a contrataciones nuevas (hecho probado noveno).

Por cuanto antecede;

FALLAMOS

Que desestimamos los recursos de suplicación interpuestos por D. Anton y LA AUXILIAR DE RECAUDACIÓN S.L., contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 6 de Oviedo, dictada en los autos número 106/08, seguidos a instancia de la primera, contra la entidad recurrente, el Ayuntamiento de Oviedo, Unión Temporal de Empresas Asturagua S.A. y Tribugest Gestión de Tributos S.A., y las empresas Asturagua S.A. y Tribugest Gestión de Tributos S.A., sobre DESPIDO y en consecuencia confirmamos la resolución impugnada.

Con pérdida de los depósitos y consignaciones efectuados para recurrir a los que se dará el destino legal, y con imposición a la entidad recurrente, La Auxiliar de Recaudación S.L., del abono de los honorarios de los letrados de la actora, de la Unión Temporal de Empresas y de la empresa Asturagua S.A., en la cuantía de 150 euros a cada uno.

Adviértase a las partes que contra esta sentencia, cabe recurso de casación para unificación de doctrina, en el plazo de diez días para ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, debiendo acreditarse al personarse en ella haber efectuado el depósito especial de 300,51 Euros en la cuenta número 2410, clave 66, que dicha Sala tiene abierta en el Banco Español de Crédito de Madrid, si fuere la empresa condenada quien lo hiciere, notifíquese a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia y librese, para su unión al rollo de su razón, certificación de esta resolución, incorporándose su original al correspondiente libro de sentencias. Notifíquese a las partes y una vez firme devuélvase los autos originales al Juzgado de lo Social de procedencia con certificación de la presente.

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

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por la Ilma. Sra. Magistrado-Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.

DILIGENCIA: Seguidamente se procede a cumplimentar la notificación de la anterior resolución. Doy fe.