



Roj: **STSJ M 15714/2013 - ECLI: ES:TSJM:2013:15714**

Id Cendoj: **28079340052013100931**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **5**

Fecha: **04/11/2013**

Nº de Recurso: **1102/2013**

Nº de Resolución: **930/2013**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **JOSE IGNACIO DE ORO-PULIDO SANZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

SALA DE LO SOCIAL-SECCION 5ª

MADRID

Sentencia nº 930

ILMA. SRA. Dª. BEGOÑA HERNANI FERNÁNDEZ

PRESIDENTE

ILMO. SR. D. JOSÉ IGNACIO DE ORO PULIDO SANZ

ILMA. SRA. Dª AURORA DE LA CUEVA ALEU

En Madrid, a cuatro de noviembre de dos mil trece.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, compuesta por los Ilmos. Sres. citados al margen,

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A N º 930

En el recurso de suplicación nº **1102/2013**, interpuesto por AYUNTAMIENTO DE VILLANUEVA DEL PARDILLO, representado por el Letrado D. Carlos Ríos Izquierdo contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social Número 30 de los de Madrid, en autos núm. 308/2012, siendo recurrido D. Everardo , representado por la Letrada Dª. María Lázaro García. Ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. D. JOSÉ IGNACIO DE ORO PULIDO SANZ.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el Juzgado de lo Social de procedencia tuvo entrada demanda suscrita por D. Everardo contra Ayuntamiento de Villanueva del Pardillo y Lorty SA, en reclamación de despido, en la que solicitaba se dictase sentencia en los términos que figuran en el suplico de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el juicio, se dictó sentencia con fecha veintiseis de abril de dos mil doce , en los términos que se expresan en el fallo de dicha resolución.

SEGUNDO.- En dicha sentencia, y como **HECHOS PROBADOS** , se declaraban los siguientes:

PRIMERO.- La parte actora, Everardo , ha prestado servicios a la demandada Lorty SA a jornada completa como oficial segunda, en la conservación de parques y jardines que ha tenido adjudicada hasta el 7-2-2012 dicha entidad en el Ayuntamiento codemandado, con antigüedad reconocida por subrogación en contrato de trabajo anterior con el ayuntamiento, desde 26-6-1995, con salario de 1.456,66 euros mensuales incluida prorrata de



pagas. En los contratos iniciales (temporales sucesivos, luego transformados por tiempo indefinido) consta la contratación como ayudante jardinero y la sumisión al convenio colectivo de jardinería -clausula 8 del contrato de trabajo de diciembre 1996-.

2.- Con fecha de efectos de 29-1-2012 mediante carta de 2-1-2012, fue despedido por la demandada de forma escrita (carta aportada con la demanda y como documento 5 de la empresa, por reproducida), alegando causas económicas y organizativas, de carácter económico por la disminución drástica de ingresos y pérdidas de previsible incremento por descenso de obras y por el impago del Ayuntamiento de Villanueva del Pardillo que ha dejado de pagar un total de 589.646,48 euros por facturas devengadas hasta julio 2011 lo que obligó a la empresa a suspender el servicio al no constar con medios financieros para proseguir la prestación, y de carácter organizativo al estar suspendido dicho servicio por el impago permanente del ayuntamiento que imposibilita proseguir la prestación y falta de obras donde adscribirle o de otra adjudicación alternativa. Se le reconoce indemnización de 15.388,97 euros, poniendo a su disposición el porcentaje a cargo de la empresa sin poder hacerlo en ese momento por falta de liquidez y las circunstancias económicas anteriores. En esa misma fecha la empresa interesa respecto del trabajador hoy demandante y del otro que fue subrogado con él procedente del Ayuntamiento (Leandro), que pasen al Ayuntamiento a tareas de mantenimiento como antes de la subrogación. El trabajador demandante interesó igualmente la adscripción al Ayuntamiento a la reversión del servicio. Con el trabajador hoy demandante fueron cesados mediante comunicaciones idénticas al menos otros cinco trabajadores cuyas cartas de despido obran en el expediente (f/ 35 y ss. , docum. Ayuntamiento) (Pascual , Segismundo , Jose Daniel , Adriano , Basilio , Constantino) más algún fin de contrato - doc.41 expdte.

3.-La empresa se subrogó mediante escritos de 1-12-2000, firmados con los trabajadores entonces y comunicados al servicio de empleo el 12- 12-2000 en el contrato de trabajo del actor y de otro empleado con reconocimiento de su previa antigüedad y acogiéndose al convenio de construcción

-doc. 1 y doc. 53 empresa-.

4.- En escrito de fecha 30-12-2011 (doc. 12 empresa, por reproducido) , la empresa comunica al ayuntamiento la existencia de una deuda pendiente de 589.646,48 euros por la conservación de jardinería y materiales de febrero, agosto, noviembre, diciembre y enero a julio 2011 (la cifra de negocios en 2010 declarada en contabilidad mercantil al folio 22 de la prueba de LQRTY es de 4.044.038 euros y en 2009 fue de 6.978.364), y acogiéndose al art. 200.4 de la ley de contratos del Estado, y tras fracasar las negociaciones para la cesión del contrato con el Ayuntamiento -y por tanto la contrata- a otra empresa del ramo de jardinería -Grupo R. SA-, participa la suspensión del servicio el 29 de enero siguiente de no abonársele la cantidades adeudadas -, la concejalía delegada de infraestructuras le instó el 1-2-2012 para que resolviera de común acuerdo el contrato de mantenimiento de parques y jardines, lo que manifestó el 1-2-2012 la empresa y el 7-2-2012, reseñando esos dos escritos previos -ap. 9-, se acuerda con el ayuntamiento la resolución acreditando LORTY SA en dicho acto la resolución de los contratos laborales de todo el personal "y se compromete a satisfacer todas las obligaciones que por tal concepto le correspondan", con abono por el Ayuntamiento a la TGSS del importe de 10.916,65 euros por cuotas inaplazables de aportaciones de trabajadores en virtud de previa diligencia de embargo dirigida al Ayuntamiento el 16-12-2011 y este último se compromete a abonar el importe de 40.920,07 euros (doc. 12-18 empresa) . La resolución fue aprobada por el Pleno de la corporación municipal el 8-2-2012 según la resolución que aporta en su documental al folio 61 del Tomo Cuarto, previo informe propuesta de 7-2-2012 e informe jurídico de 7-2-2012, asimismo unidas al expediente aportado -que se tiene no obstante todo él por reproducido, habida cuenta de su extensión-.

6.- La empresa declara en 2010 pérdidas de (-) 173.385,08 euros tras haber obtenido beneficios de 102.444 euros en 2009, según la contabilidad depositada en Registro Mercantil (doc. 18 y ss., folio 22) . En fechas coetáneas con el despido las cuentas de la empresa presentan saldo negativo o de cifras de algunas decenas de euros. El 7 de marzo de 2012 se dicta Decreto de Secretario de un Juzgado Mercantil de Madrid (cuyo número no se indica) teniendo por efectuada comunicación de insolvencia y de inicio de negociaciones con acreedores para una propuesta anticipada de convenio (doc. 50-52 LORTY s.a.).

5.- A la fecha del cese al actor LORTY SA le adeuda 4.413,18 euros con el desglose del hecho sexto de demanda por reproducido y conceptos de salario diciembre 2011 y enero 2012 -incluido extrasarrial de 286,65 euros de ambos meses- paga extra navidad 2011, extra verano y vacaciones 2012, estas últimas en la parte proporcional respectiva, cuyos importes han sido expresamente reconocidos como debidos (brutos, o antes de impuestos) por la empresa citada.

6.- En el expediente administrativo consta que el 2-9-09 se inicia la contratación del servicio por un nuevo período en cuantía de 699.730,17 euros más IVA, por procedimiento abierto -que ya venía realizando LORTY SA- y el concejal en su escrito a contratación dice que "Lorty nos indica que hay que subrogar 11 personas de



la familia según la ley de fomento del empleo y en el pliego actual son solo 3 personas. Me han adjuntado el listado, comprobar si tenemos obligación de subrogarlos" -doc. 1 expdte.- y en el mismo consta como Anexo 1 -pág. 31- el nombre de los tres empleados a subrogar, con antigüedades de 1995 y 1996, entre ellos el hoy demandante como ayudante jardinero. LORTY SA se adjudicó de nuevo el contrato y el actor continuó prestando servicios.

7.- Se ha intentado la vía previa como se acredita con la demanda.

TERCERO .- En dicha sentencia se emitió el siguiente **FALLO** :

Que estimando la demanda interpuesta por Everardo como parte actora, contra LORTY SA y AYUNTAMIENTO DE VILLANUEVA DEL PARDILLO DE MADRID, como demandados, declaro la improcedencia del despido y condeno solidariamente a las citadas a readmitir al actor en su puesto de trabajo o indemnizarle, en cuantía de 36.416,66 euros, a opción de las demandadas, con abono en todo caso e igual carácter solidario de los salarios dejados de percibir desde el despido hasta notificación de la presente sentencia, así como de 4.413,18 euros por los importes salariales reclamados en la demanda.

CUARTO .- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la representación letrada de AYUNTAMIENTO DE VILLANUEVA DEL PARDILLO, siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a esta Sala de lo Social, se dispuso el pase de los mismos al Magistrado Ponente para su examen y posterior resolución por la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Frente a la sentencia de instancia que estimó la demanda formulada por la demandante que declaró que éste había sido objeto de un despido improcedente y condenó solidariamente a la empresa LORTY SA y el AYUNTAMIENTO DE VILLANUEVA DEL PARDILLO DE MADRID a que a su libre opción procedieran a readmitir a la trabajadora en su puesto de trabajo o alternativamente a abonarle la cantidad de 36.416, 66 euros en concepto de indemnización, con abono en ambos casos, de los salarios dejados de percibir, así como 4.413, 16 euros por salarios no satisfechos se interpone el presente recurso de suplicación por el Consistorio, que tiene por objeto: a) la revisión de los hechos declarados probados por la sentencia de instancia, y; b) el examen de la infracción de normas sustantivas o de la jurisprudencia cometidas por la referida resolución.

SEGUNDO .- Mediante el primer motivo del recurso formulado al amparo del apartado b) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social interesa la recurrente la revisión del relato fáctico de la sentencia de instancia, concretamente algunos extremo que figuran en los fundamentos jurídicos.

No puede prosperar tal pretensión, pues si en la fundamentación jurídica se recogen declaraciones con valor fáctico, lo que debería haber hecho el recurrente es solicitar que ese recogieran en el relato fáctico extremos que contradijeran aquellos.

TERCERO.- El motivo tercero del recurso, formulado al amparo del apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social denuncia la infracción de los artículos 2, 3 y 43 del Convenio colectivo estatal de jardinería y al desarrollar el motivo la doctrina contenida en la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de Junio del 2011 y el motivo cuarto, al mismo amparo procesal, denuncia la infracción de los artículos 44 del Estatuto de los Trabajadores y 43 del Convenio colectivo estatal de jardinería.

Sostiene en síntesis la recurrente que la reversión del servicio de jardinería no lleva consigo que el Ayuntamiento deba hacerse cargo del trabajador, no siéndole aplicable el colectivo estatal de jardinería, ni tampoco el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores dado que no hubo transmisión patrimonial.

Tal y como reseña el recurrente un supuesto similar al que ahora se examina ha sido resuelto por el Tribunal Supremo en sentencia de 17 de junio de 2011 que dice: "...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 contratados...", 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.

Las anteriores consideraciones conducen a estimar el recurso del ente municipal, habida cuenta que no hubo, como en el caso de la sentencia de contraste, transmisión patrimonial que justifique la aplicación del art. 44 ET, ni le resulta aplicable la cláusula subrogatoria que regula el art. 49 del Convenio General del Sector.

La doctrina es aplicable al supuesto de autos aunque en este caso el Convenio aplicable sea el Convenio colectivo estatal de jardinería, y que en el mismo se recojan obligaciones para entidades públicas, pues las obligaciones que puedan establecer para terceros que se encuentran fuera del ámbito de aplicación del convenio son absolutamente ineficaces y no habiéndose producido tampoco transmisión patrimonial al Ayuntamiento la consecuencia ineludible es la absolución del Ayuntamiento, siendo irrelevante las negociaciones que previamente hubieran podido existir entre la empresa y el Consistorio, por otra parte lógicas al haber suspendido el servicio la empresa -aunque ello se debiera al incumplimiento de la contrata por parte del Ayuntamiento, que no abonaba la retribución por el servicio adjudicado-, pues este no habría estado en ningún caso obligado a asumir al trabajador demandante y si la decisión de la empresa de extinguir el contrato del trabajador no se ajusta a la legalidad, cuestión que en el recurso no se discute, no convierte al Ayuntamiento en responsable solidario de las obligaciones derivadas del cese de que ha sido objeto el trabajador, lo que lleva consigo que se deba estimar el recurso y en su consecuencia se absuelve al Ayuntamiento de las obligaciones derivadas del despido de que ha sido objeto el trabajador, manteniendo, sin embargo la responsabilidad solidaria respecto a la condena al abono de los salarios que no se ha impugnado en el recurso.

FALLAMOS

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por el AYUNTAMIENTO DE VILLANUEVA DEL PARDILLO DE MADRID, frente a la sentencia de 26 de abril de 2012 del Juzgado de lo Social nº 30 de los de Madrid, dictada en los autos 308/2012, seguidos a instancia de don Everardo contra el AYUNTAMIENTO DE VILLANUEVA DEL PARDILLO DE MADRID y en su consecuencia revocamos en parte la citada resolución y absolvemos al AYUNTAMIENTO DE VILLANUEVA DEL PARDILLO DE MADRID de las obligaciones derivadas del despido del que ha sido objeto el trabajador, manteniendo la condena solidaria respecto de la obligación salarial y la de la empresa respecto de las obligaciones que tienen su origen en el despido.

Notifíquese la presente resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, por correo certificado con acuse de recibo que se unirá a los autos conforme establece el art. 56 LRJS, incluyendo en el sobre remitido copia de la presente resolución.

Hágaseles saber a los antedichos, sirviendo para ello esta misma orden, que contra la presente resolución pueden, si a su derecho conviene, 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 los DIEZ DÍAS laborales inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia, de acuerdo con lo establecido en los artículos 220, 221 y 230 de la LRJS.

Asimismo se hace expresa advertencia a todo posible recurrente en casación para unificación de esta sentencia que no goce de la condición de trabajador o de causahabiente suyo o de beneficiario del Régimen Público de la Seguridad Social o del beneficio reconocido de justicia gratuita, que deberá acreditar ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso el ingreso en metálico del depósito de 600 euros conforme al art. 229.1 b)



de la LRJS y la consignación del importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente en la cuenta corriente número nº 2876 0000 00(SEGUIDO DEL NÚMERO DE RECURSO DE SUPPLICACIÓN) que esta Sección Quinta tiene abierta en el Banco Español de Crédito, sucursal número 1026 sita en la calle Miguel Ángel 17, 28010, de Madrid, pudiéndose, en su caso, sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento de dicha condena mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito.

Se advierte, igualmente, a las partes que preparen recurso de casación (o casación para la unificación de doctrina) contra esta resolución judicial, que, según lo previsto en la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, modificada por Real Decreto-Ley 3/2013, de 22 de febrero con el escrito de interposición del recurso habrán de presentar justificante de pago de la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional a que se refiere dicha norma legal, siempre que no concorra alguna de las causas de exención por razones objetivas o subjetivas a que se refieren los apartados 1 y 2 del artículo 4 de la misma, ascendiendo su importe fijo con carácter general a 750 euros, salvo en el caso de trabajadores, sean por cuenta ajena o propia, o beneficiarios del régimen público de Seguridad Social, en cuyo caso su montante será de 300 euros, amén de la cuota variable de la citada tasa en atención a la cuantía del recurso a que hace méritos el artículo 7.2 y 3 de la misma norma, con una exención, también en este caso, del 60 por 100 si se trata de trabajadores o beneficiarios del Sistema de la Seguridad Social, tasa que se satisfará mediante autoliquidación según las reglas establecidas por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas en la Orden HAP/2662/2012, de 13 de diciembre, por la que se aprueba el modelo 696 de autoliquidación, y el modelo 695 de solicitud de devolución por solución extrajudicial del litigio y por acumulación de procesos, de la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional en los órdenes civil, contencioso-administrativo y social y se determinan el lugar, forma, plazos y los procedimientos de presentación, norma reglamentaria en vigor desde el 17 de diciembre de 2012.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta Sección de Sala, y expídase testimonio de esta sentencia para su unión al rollo de suplicación.

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 Sección de Sala.

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

PUBLICACION: Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día 19/11/2013 por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que la suscribe en la Sala de Audiencias de este Tribunal, firmada por los tres Magistrados en esta misma fecha para su notificación. Doy fe.