



Roj: **STSJ GAL 4221/2014 - ECLI: ES:TSJGAL:2014:4221**

Id Cendoj: **15030340012014102670**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **11/06/2014**

Nº de Recurso: **385/2014**

Nº de Resolución: **3125/2014**

Procedimiento: **RECURSO SUPPLICACION**

Ponente: **PILAR YEBRA-PIMENTEL VILAR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIALA CORUÑA

-

PLAZA DE GALICIA

Tfno: 981184 845/959/939

Fax:881881133 /981184853

NIG: 15030 44 4 2013 0002084

402250

TIPO Y Nº DE RECURSO: RECURSO SUPPLICACION 0000385 /2014-MFV

JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS: DESPIDO/CESES EN GENERAL 413/2013 JDO. DE LO SOCIAL nº 004 de A CORUÑA

Recurrente/s: Natividad

Abogado/a: FERNANDO JOSE MENDEZ SANJURJO -CCOO

Recurrido/s: FOGASA, GALICIA SAUDADE,S.L. , CONCELLO DE SADA (A CORUÑA) , BOGAR ASISTENCIA SL , ADMON CONCURSAL GALICIA SAUDADE SL

Abogado/a: LTDO.FOGASA/ DOGA (GALICIA SAUDADE),MIGUEL TORRES JACK, MARIA ESTHER SEGURA ESPINOSA , /C/CONCEJO-OURENSE

Procurador/a: --/--/ JUAN LAGE FERNANDEZ-CERVERA/--/--

ILMOS/AS SRES/AS MAGISTRADOS/AS D/Dª

ROSA Mª RODRIGUEZ RODRIGUEZ

PILAR YEBRA PIMENTEL VILAR

RAQUEL NAVEIRO SANTOS

En A CORUÑA, a once de Junio de dos mil catorce.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española ,

EN NO MBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente



SENTENCIA

En el RECURSO SUPPLICACION 385/2014, formalizado por el Letrado D. JOSE MENDEZ SANJURO, en nombre y representación de Natividad , contra la sentencia número 488/2013 dictada por XDO. DO SOCIAL N. 4 de A CORUÑA en el procedimiento DESPIDO/CESES EN GENERAL 413/2013, seguidos a instancia de Natividad frente a FOGASA, GALICIA SAUDADE,S.L., CONCELLO DE SADA (A CORUÑA), BOGAR ASISTENCIA SL, ADMON CONCURSAL GALICIA SAUDADE SL, siendo Magistrado-Ponente la Ilma Sra Dª PILAR YEBRA PIMENTEL VILAR.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: D/Dª Natividad presentó demanda contra FOGASA, GALICIA SAUDADE,S.L., CONCELLO DE SADA (A CORUÑA), BOGAR ASISTENCIA SL, ADMON CONCURSAL GALICIA SAUDADE SL, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 488/2013, de fecha veintiuno de Agosto de dos mil trece

SEGUNDO: En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados:

" 1º .- La parte demandante prestó servicios para la empresa Galicia Saudade, S.L. con la antigüedad de 20 de octubre de 2010, y correspondiéndole un salario mensual de 1.118,40 euros al mes (con prorrateo de pagas extraordinarias), y con la categoría de auxiliar de ayuda al domicilio (hechos admitidos y art. 91.2 LJS, en cuanto salario, informe de bases de cotización aportado por el FOGASA). 2º .- La demandante ha sido despedida por la empresa demandada con efectos de 22 de noviembre de 2012, por razón de causa objetiva, tal y como se recoge en la carta de despido que aquí se da por reproducida (doc. nº 1 del ramo de prueba de la demandante). La indemnización fijada por dicho despido por la empresa demandada ascendió a la suma de 1.689,44 euros (carta de despido) 3º .- La demandante trabajaba para la demandada en el servicio de ayuda a domicilio en el Concello de Sada cuya contrata tenía adjudicada la empresa Galicia Saudade, quien había sido elegida como empresa adjudicataria de dicho servicio el 16-3-11, habiendo por ello subrogado a la trabajadora accionante quien ya prestaba ese mismo servicio por cuenta de la anterior adjudicataria del servicio Bogar Asistencia, S.L. (hechos admitidos y documento nº 2 del ramo de prueba de actora y documental aportada por el Concello de Sada que acredita tales extremos, especialmente doc. nº 1). Ante diversos incumplimientos contractuales de la empresa adjudicataria (Galicia Saudade) del servicio de ayuda al domicilio en el Concello de Sada, el ayuntamiento resolvió dicho contrato en fecha de 19-10-12 después de tramitar el correspondiente expediente de resolución de contrato de servicios de ayuda en el hogar (doc. nº 2 de los aportados por el Concello demandado). Se acordó por el Concello, a consecuencia de dicha resolución contractual, incautar la garantía prestada por dicha empresa para responder de los daños y perjuicios ocasionados por dicho incumplimiento al Concello, y se fijó tal indemnización en la suma de 1.620,58 euros (doc. aportado por el Concello) Los trabajadores de Galicia Saudade que prestaban el servicio de ayuda al domicilio o en el hogar en el Concello de Sada convocaron una huelga indefinida a partir del 29-9-12 ante el incumplimiento de dicha empresa de sus obligaciones de pago de los salarios adeudados (doc. nº 7 del concello, hechos admitidos y 91.2 LJS). Ante esa comunicación de convocatoria de huelga indefinida en la empresa adjudicataria del servicio y mientras se tramitaba la resolución del contrato con la empresa Galicia Saudade ante sus incumplimientos contractuales, el Concello le encargó la prestación de los servicios de asistencia al hogar en dicho ayuntamiento a la empresa Bogar Asistencia, S.L. con carácter urgente, temporal y excepcional, teniendo en cuenta que esta empresa había quedado en segundo lugar en la licitación del servicio que nos ocupa y haber sido la anterior adjudicataria del servicio antes que Galicia Saudade y que ya había hecho algunas sustituciones del personal de ayuda a domicilio que no había llevado a cabo Galicia Saudade en el verano de 2012 (hechos admitidos). Se instruyó por el ayuntamiento un nuevo expediente para la adjudicación del servicio de ayuda en el domicilio que quedó desierto en fecha de 14-3-13 (doc. nº 5 y 7 de los aportados por el Ayuntamiento de Sada). Se ha iniciado un nuevo expediente de contratación de procedimiento de los servicios de ayuda en el hogar en el Concello de Sada, para la adjudicación de dicho servicio que en la actualidad está en trámite sin que todavía se haya adjudicado dicho servicio a empresa alguna -acuerdo de Junta de Gobierno local de fecha de 14-3-13- (doc. nº 8 y 9 del Concello de Sada y hechos admitidos). Se ha contratado de forma verbal por el ayuntamiento de Sada y la empresa Bogar Asistencia que esta empresa preste con carácter temporal, urgente y excepcional dicho servicio de ayuda en el domicilio para proteger los intereses de las personas usuarias y beneficiarias de dicho servicio en tanto en cuanto no se produzca la definitiva adjudicación de este servicio a una nueva empresa a través del procedimiento establecido. Dicho contrato se va renovando por periodos quincenales (doc nº 1 a 11 de los aportados por la empresa Bogar Asistencia, S.L.) 4º.- El día 5 de diciembre de 2012 se celebró el preceptivo acto de conciliación sin avenencia con las empresas demandadas. Una vez ampliada la demanda



frente a la administración demandada se formuló reclamación administrativa previa que fue rechazada por ésta".

TERCERO: En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

FALLO: "1º.- ESTIMO la demanda sobre DESPIDO formulada por Dña. Natividad frente a la empresa Galicia Saudade S.L. y, en consecuencia, declaro la IMPROCEDENCIA del despido y condeno de la demandada a que readmita inmediatamente al trabajador en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido, o bien, a elección de la empresa, a la extinción de la relación laboral con abono de la indemnización detallada en el número segundo de este fallo. Todo ello con abono, en el caso de opción por la readmisión, de los salarios de tramitación que no haya percibido hasta la notificación de la presente sentencia. Dicha opción deberá ejercitarse en 5 días a partir de la notificación de esta sentencia, mediante escrito o comparecencia ante este Juzgado. Transcurrido dicho término, sin que se hubiese optado, se entenderá que procede la readmisión. 2º.- La indemnización y los salarios de tramitación a abonar por la empresa demandada, según lo dispuesto en el número anterior, son los siguientes: - en concepto de indemnización, y de optar la empresa por ella: la cantidad de 3.262 euros. - en concepto de salarios de trámite, para el caso de opción por la readmisión, los dejados de percibir desde la fecha del despido y hasta la notificación de la presente sentencia, calculados a razón de 37,28 euros /día. 3º.- En el caso de que el empresario opte por la readmisión, el trabajador habrá de reintegrar la indemnización que se hubiera podido recibir una vez firme la sentencia; para el caso de que se opte por la extinción de la relación laboral, habrá de compensarse la indemnización eventualmente recibida por el trabajador con la que se fijó en esta sentencia. 4º.- DESESTIMO la demanda interpuesta por Dña. Natividad frente a Bogar Asistencia, S.L. y el Ayuntamiento de Sada y les absuelvo de todos los pedimentos formulados frente a ellos. 5º.- El FOGASA y la administración concursal de Galicia Saudade, S.L. han de pasar por lo decidido en la presente resolución. La administración concursal de la demandada así como el FOGASA deberán de pasar por lo dispuesto en esta resolución".

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por Natividad formalizándolo posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL en fecha 28/01/2014.

SEXTO: Admitido a trámite el recurso se señaló el día 11/06/2014 para los actos de votación y fallo.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Frente a la sentencia de instancia que estimando la demanda sobre despido formulada por la actora D^a Natividad frente a la empresa Galicia saudade SL y declaró la improcedencia del despido y condeno a la demandada a que readmita ala actora o bien a elección de la empresa a la extinción de la relación laboral con abono de la indemnización de 3.262 euros, ello con abono en caso de optar por la readmisión del abono de los salarios de tramitación desde la fecha del despido y hasta la notificación de la sentencia a razón de 37,28 euros día desestimando la demanda interpuesta frente a Bogar asistencia SL y el ayuntamiento de Sada.

Se alza en suplicacion la representación procesal de la parte actora, interponiendo recurso en base a dos motivos, amparados en los apartados a) y c) del artículo 193 de la LRJS , pretendiendo en el primero la reposición de los autos al acto del juicio, pues esta no hace la mas mínima referencia al carácter de representante legal de los trabajadores, y en el segundo amparado en el apartado c) denuncia infracciones jurídicas.

SEGUNDO .- La parte actora-recurrente en el primer motivo del recurso, correctamente amparado en el apartado a) del artículo 193 de la LRJS pretende la reposición de los autos al acto del juicio, por cuanto que estima que en la sentencia no se ha hecho la mas mínima referencia al hecho de que la actora goza de la condición de delegada de personal y por tanto ni se valora dicha condición a los efectos de la nulidad del despido, ni se hace constar en el fallo que corresponde a la trabajadora la opción entre readmisión e indemnización, conforme al art 56.3 del ET , lo cual implica una vulneración de la tutela judicial efectiva establecida en el art 24 de la CE y del art 102.3 de la CE y del art 218 de la LEC .

La doctrina jurisprudencial desarrollada en aplicación del mandato procesal contenido en el artículo 193 a), LRJS ha insistido en el carácter excepcional o no general de la utilización de la medida de nulidad de la resolución judicial solicitada, al entender que no basta para considerar abierta dicha vía, la infracción de cualquier norma procesal, sino la efectiva existencia de una concreta y material indefensión de las partes.



Debe recordarse que no toda irregularidad procesal genera la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, sino que han de tenerse en cuenta las circunstancias concurrentes en cada caso, la finalidad e importancia del requisito omitido o irregularmente cumplido, y sobre todo la conducta procesal observada por quien alega tal vulneración, pues no puede invocar válidamente indefensión quien ha mantenido una conducta procesal errática o abusiva. Además, no toda infracción de norma procesal da lugar a la nulidad por quebrantamiento de forma, sino que es preciso que la misma haya producido a la parte consecuencias negativas. No basta, por tanto, "con que el órgano judicial haya incurrido en una irregularidad formal, sino que es necesario, además, que tal infracción legal determine la indefensión del afectado" (STC 158/1989 de 5 de octubre EDJ 1989/8751).

El Tribunal Constitucional ha fijado, como doctrina consolidada, que «la incongruencia de las decisiones judiciales, entendida como una discordancia manifiesta entre lo que solicitan las partes y lo que se otorga en aquéllas concediendo más, menos o cosa distinta de lo pedido, puede llegar a vulnerar el derecho a la tutela judicial reconocido en el Art. 24 CE , tanto por no satisfacer tal pronunciamiento la elemental exigencia de tutela judicial efectiva que es la de obtener una sentencia fundada sobre el fondo del asunto sometido al órgano judicial, como por provocar indefensión, ya que la incongruencia supone, al alterar los términos del debate procesal, defraudar el principio de contradicción» (STC 60/1996, de 15 abril [RTC 19960]), siempre que tal desviación suponga una alteración decisiva de los términos del debate procesal, «substrayendo a las partes el verdadero debate contradictorio y produciéndose un fallo o parte dispositiva no adecuado o no ajustado sustancialmente a las recíprocas pretensiones de las partes» (SSTC 20/1982 [RTC 19820], 14/1984 [RTC 19844], 109/1985, de 8 octubre [RTC 198509], 1/1987, de 14 enero [RTC 1987], 168/1987, de 29 octubre [RTC 198768], 156/1988 [RTC 198856], 228/1988 [RTC 1988 28], 8/1989 [RTC 1989], 58/1989 [RTC 19898], 125/1989 [RTC 198925], 211/1989 [RTC 198911], 95/1990 [RTC 1990 5], 34/1991 [RTC 19914], 144/1991, de 1 julio [RTC 199144], 88/1992 [RTC 19928], 44/1993 [RTC 19934], 125/1993 [RTC 199325], 91/1995 [RTC 19951], 189/1995, de 18 diciembre [RTC 199589], 191/1995, de 18 diciembre [RTC 1995 91], 13/1996, de 29 enero [RTC 19963], 98/1996, de 10 junio [RTC 19968], entre otras), constituyendo en definitiva una posible causa de lesión del derecho de defensa (SSTC 109/1985 , 1/1987 y 189/1995 , entre otras).

La jurisprudencia (TS ss. 2-3-2007 , 25-4-2012) declara: "A falta de normativa específica, la Sala Cuarta de este Tribunal creó un cuerpo de doctrina jurisprudencial acerca de la figura del litisconsorcio pasivo necesario, de la que dan noticia las sentencias de 26-9-1984 , 3-6-1986 , 1-12 - 1986 , 15-12-1987 y 27-7-2001, así como las sentencias de la Sala Primera de 3- 7-2001 y 1-12- 2001, pero el nuevo texto de la Ley de Enjuiciamiento Civil -L. 1/2000, de 7 de enero-, facilita en el artículo 12.2 los materiales precisos para apreciar la esencia de esta figura, al establecer que "Cuando por razón de lo que sea objeto del juicio la tutela jurisdiccional solicitada sólo pueda hacerse efectiva frente a varios sujetos conjuntamente considerados, todos ellos habrán de ser demandados, como litisconsortes, salvo que la ley disponga expresamente otra cosa", lo que implica la necesidad de llamar al proceso a cuantos puedan resultar afectados en sus derechos e intereses por la resolución que se dicte, bien porque tal llamamiento venga impuesto por mandato legal, bien porque, dada su relación con el objeto de controversia, sean titulares de la relación jurídico-material controvertida; se trata, en definitiva, de evitar la indefensión a que se refiere el artículo 24.1 de la Constitución si el interesado llegara a verse afectado por la resolución judicial dictada en un litigio al que no fue llamado. Precisamente la garantía constitucional aludida apunta la posibilidad de la apreciación de oficio del litisconsorcio y así se dice de manera explícita en la sentencia de esta Sala de 16 de julio de 2.004 (Recurso 4165/2003), al proclamar que "ello exige que el juzgador la aprecie de oficio antes de admitir la demanda a trámite aplicando la previsión del artículo 81 de la LPL en relación con el artículo 80.1 b); y si en ese momento le ha pasado inadvertido el defecto deberá, en el momento en que tome conciencia de él o le sea señalado por las partes, anular las actuaciones para que se subsane la demanda y se constituya correctamente la relación jurídico-procesal. La necesidad de esa actuación judicial de oficio encuentra su razón de ser en que el litisconsorcio pasivo necesario o, en otros términos, la correcta configuración de la relación jurídico-procesal, es una cuestión que por afectar al orden público (STC 165/1999) queda bajo la vigilancia de los tribunales y obliga al juzgador a preservar el principio de contradicción y derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión de quienes deben ser llamados al proceso como parte"; esa misma doctrina late también en las sentencias del Tribunal Constitucional 118/1987 , 11/1988 y 87/2003 , añadiendo que no se trata de una mera facultad, sino de una auténtica obligación legal del órgano judicial".

En el caso, no apreciamos la excepción procesal invocada, toda vez que:

En demanda únicamente consta en uno de los hechos, concretamente en el hecho 5 que la actora ha sido representante legal de los trabajadores en la empresa demandada, no consta referencia alguna al respecto en la papeleta de conciliación ni en el acta; y tampoco en el acto del juicio, y si bien la sentencia de instancia no hace la mas mínima referencia al hecho de que la actora goce de la condición de delegada de personal, ni lo valora a efectos de nulidad del despido ni de la concesión de la opción a la trabajadora, lo cierto es la actora tampoco solicito en ningún momento aclaración de la sentencia al respecto lo cual pudo haber efectuado



utilizando el recurso de aclaración, además no consta fehacientemente que la actora haya acreditado su cualidad de delegada de personal, pues en demanda se limita a afirmar que ha sido representante legal de los trabajadores, no que lo sea en el momento del despido y además se trata de una afirmación que debería probarse y que no consta que se haya probado, y en todo caso la parte actora, de no estar conforme con que la sentencia de instancia no recogiese la condición de delegada de personal de la actora, podría hacerse valer esta ausencia de datos en el relato fáctico a través de la vía que ofrece el apartado b) del art. 193 de la LRJS, solicitando la adición del citado hecho y luego por vía del apartado c) efectuar la correspondiente denuncia jurídica del art 56.3 del ET, sin necesidad de una declaración de nulidad de actuaciones; razones todas ellas por las que procede la desestimación del motivo del recurso.

TERCERO.- La parte actora-recurrente en el segundo motivo del recurso, amparado en el apartado b) del artículo 191 de la LRJS, denuncia en primer lugar infracción de lo dispuesto en el art 15 del convenio colectivo de ayuda a domicilio de la comunidad autónoma de Galicia, el art 44 del ET así como la jurisprudencia asociada a tales artículos y el art 6.4 del código civil alegando que si bien la sentencia de instancia estima que la empresa Bogar asistencias SL no puede considerarse como una nueva adjudicataria del servicio y ello en base a que se debe a un circunstancias excepcional y temporal, estima la recurrente que a pesar de que la citada empresa no haya sido adjudicataria mediante el correspondiente procedimiento administrativo de concesión de dicho servicio público por el ayuntamiento de Sada, si debe ser considerada como tal, al ser considerada como tal en procedimiento de urgencia y a pesar de ser un contrato verbal, en cuanto a sus condiciones, la empresa Bogar asistencia no deja de desempeñar una actividad concedida por el ayuntamiento, y así pese a que no se cumplan los requisitos de la ley de contratos de los servicios públicos en su régimen ordinario si sigue un procedimiento de urgencia para el desarrollo de actividades, y por tanto de facto la mercantil demandada no deja de desarrollar actividades propias de una concesión de servicios; y así pese a que la empresa Bogar asistencia gestiona el servicio de forma interrumpida durante mas de 1 año, deja desierto el concurso de adjudicación; lo cual implica la existencia de un fraude de ley; y además el art 15 del convenio colectivo de aplicación no realiza una distinción objetiva de los supuestos de concesión que deban entenderse comprendidos dentro de la misma y es mas, la amplitud de redacción de dicho artículo no deja lugar a dudas sobre la obligación de subrogación de la nueva empresa contratista del servicio de atención a domicilio; y así estima que debe aplicarse la norma convencional, pues la aplicación de esta norma, dirigida a la conservación de puestos de trabajo y estabilidad en el empleo, no puede verse afectada por los diferentes pactos a los que lleguen la empresa principal y la contratista, puesto que lo contrario provocaría situaciones de fraude de ley como el que se produce en los presentes autos Y así lo establece la sentencia del TS de fecha 12 de julio de 2011 en la que establece la aplicación de la subrogación convencional por encima de cualquier acuerdo entre las partes que configuran la concesión de un servicio.

Y de hecho los trabajadores figuran como personal subrogable en las propias bases de la licitación fijadas por el ayuntamiento;

Por otro lado, la sentencia de instancia establece que no es de aplicación tampoco el art 44 del ET y así se afirma en el fundamento de derecho tercero de la sentencia; y lo cierto es que en el caso de autos la actividad de la empresa Galicia saudade se llevaba a cabo casi de modo exclusivo a través de mano de obra, siendo innecesario para la actividad de la empresa soporte patrimonial alguno, que recaía de modo exclusivo en las trabajadoras, y a la vista de la jurisprudencia mencionada opera la necesaria sucesión de empresas del art 44 del ET de apreciarse que no existe obligación de subrogación empresarial, y por ello a la demandante se le debe reconocer el derecho a la subrogación en la empresa bogar asistencia SL.

.. Respecto de ello cabe decir que el artículo 15 del convenio colectivo de la comunidad autónoma de Galicia de empresas de ayuda a domicilio publicado en el DOG de 16 de febrero de 2010 establece que : " Con el fin de mantener la estabilidad de las personas trabajadoras en el empleo, conseguir la profesionalización del sector y evitar en la medida de lo posible la proliferación de contenciosos, ambas partes acuerdan la siguiente regulación :

1.- Al término de la concesión de una contrata, las personas trabajadoras de la empresa contratista saliente pasaran a estar adscritas a la nueva titular de la contrata, que se subrogara en todos los derechos y obligaciones, siempre que se de alguno de los siguientes supuestos:

a) Personas trabajadoras en activo que estén prestando sus servicios con una antigüedad mínima de 4 meses, sea cual sea la modalidad de su contrato de trabajo. Ese plazo de antigüedad mínima no será aplicable en los casos en que la contratación se hubiese producido para sustituir a algún trabajador o trabajadora que tenga rescindida de forma definitiva su relación laboral con la empresa.

b) Personas trabajadoras en el momento del cambio de titularidad de la contrata se encontrasen enfermas, accidentadas, en excedencia, baja maternal, siempre y cuando hayan prestado servicios en el centro de trabajo



objeto de subrogación con anterioridad a la suspensión de su contrato de trabajo y que reúnan la antigüedad mínima establecida en el apartado anterior.

c) personas trabajadoras que, con contrato de interinidad sustituyan a alguno/a de los/as trabajadores/as mencionados en el párrafo anterior.

d) Personas trabajadoras de nuevo ingreso que, por exigencias del saliente se hubiesen incorporado al centro como consecuencia de la ampliación del contrato dentro de los últimos cuatro meses.

e) En el caso de los puestos de coordinador/a y ayudante de coordinación, para ser subrogados por la empresa entrante con tales categorías y/o condiciones que acrediten, habrá que demostrar fehacientemente la adscripción funcional al contrato o adjudicación objeto de subrogación.

2.- La nueva empresa adjudicataria del servicio le comunicara a la empresa cesante mediante telegrama, carta notarial o por el medio fidedigno que estime oportuno, que es la nueva adjudicataria del servicio. De no cumplirse este requisito, la nueva empresa se subrogara con todas las personas trabajadoras que presten los servicios objeto de cambio de adjudicación.

3.- la empresa cesante deberá comunicarles a las personas trabajadoras afectadas la pérdida de la adjudicación de los servicios, así como el nombre de la nueva empresa adjudicataria en cuanto tenga conocimientos de estas circunstancias.

4.-la nueva empresa adjudicataria deberá respetarles a las personas trabajadoras todos los derechos laborales que tuvieren reconocidos en su anterior empresa, tales como categoría, salario, jornada, horario, antigüedad etc. Asimismo, percibirán con cargo exclusivo a la empresa cesante, al finalizar la adjudicación, la liquidación de los haberes pendientes (partes proporcionales de gratificaciones extraordinarias, vacaciones etc. que les pudieran corresponder.

5.- A efectos de subrogación, la empresa cesante deberá poner a disposición de la empresa adjudicataria, en un plazo, mínimo de 5 días hábiles, antes de que esta inicie la prestación del servicio o desde que tuviera conocimiento directo de la subrogación, la siguiente documentación que cita el precepto

Pues bien el artículo 15 del convenio colectivo de aplicación citado no realiza una distinción objetiva de los supuestos de concesión que deben entenderse comprendido dentro de la misma, y además, la amplitud de la redacción de dicho artículo no deja lugar a dudas sobre la obligación de subrogación de la nueva empresa contratista del servicio de ayuda a domicilio.

Además la aplicación de una norma convencional no puede verse afectada por los diferentes pactos a los que lleguen la empresa principal y contratista, puesto que de lo contrario, provocaría situaciones de fraude de ley; pues la aplicación del citado precepto debe quedar por encima de cualquier acuerdo entre las partes que configuran la concesión del servicio, y así procede la aplicación de la subrogación convencional por encima de cualquier acuerdo entre las partes que configuran la concesión de un servicios.

Y la sala aprecia que es erróneo el criterio de la sentencia de instancia que estima que no puede considerarse a la empresa Bogar como una nueva adjudicataria pues la adjudicación se debe a una circunstancia excepcional y urgente; y ello, por cuanto que a pesar de que la nueva empresa Bogar Asistencia SL no haya sido adjudicataria mediante el correspondiente procedimiento administrativo de concesión de dicho servicio público para el ayuntamiento de Sada, y ello por cuanto que el procedimiento por el que ha sido designada corresponde a un procedimiento de urgencia, y por ello, y a pesar de ser un contrato verbal en cuanto a sus condiciones, la empresa Bogar asistencia SA desempeña una actividad concedida por el ayuntamiento y desarrolla las actividades propias de una concesión administrativa, y por ello y aunque no se cumplan los requisitos de la ley de contratos de los servicios públicos en su régimen ordinario, se sigue un procedimiento de urgencia para el desarrollo de tales actividades y de hecho la mercantil Bogar asistencia desarrolla las actividades propias de la concesión del servicio público de ayuda a domicilio; Siendo además de señalar que la prestación de servicios por parte de Bogar asistencia se produce durante un largo periodo de tiempo concretamente desde noviembre de 2012 hasta la actualidad, lo que supone estabilidad y permanencia en el tiempo de prestación del servicio; además la propia codemandada conoce exactamente la situación de la actora, puesto que la trabajadora ya presta servicios para la empresa Bogar asistencia, al haber sido ya anterior concesionaria del servicio de atención a domicilio del ayuntamiento de Sada, y así consta en la vida laboral de la trabajadora a, folio 203 de los autos;

Por todo lo cual estima la sala que procede la aplicación del art 15 del convenio colectivo de aplicación, y la amplitud del precepto no deja lugar a dudas sobre la obligación de subrogación de la nueva empresa contratista del servicio de atención a domicilio, siendo además de señalar que pese a que la nueva empresa Bogar asistencia, gestiona el servicio de modo ininterrumpido durante mas de un año, deja desierto el concurso



publico de adjudicación del mismo, y la citada mercantil continua prestando servicios de supuesta urgencia; Y además la actora consta como personal subrogable en las propias bases de licitación fijadas por el ayuntamiento; en consecuencia, tras el cese de la actora por Galicia saudade SL procedía la aplicación del art 15 del convenio colectivo que impone la obligación de subrogación del personal por la nueva empresa que presta el servicio, cumpliendo la recurrente todos los requisitos para ser subrogada, por consiguiente la negativa de la nueva concesionaria de facto del servicio publico de ayuda a domicilio Bogar asistencia SL, a reincorporar al actora supone con toda evidencia un despido tácito, el cual he de calificarse de improcedente con las consecuencias previstas legalmente; Que de conformidad con lo establecido en el art 56 del ET y disposición transitoria quinta del real decreto el 3/2012 la indemnización por despido asciende, según ha indicado la jugadora de instancia,(lo cual ha sido indiscutido en el recurso, a la cuantía de 3.262 euros de indemnización.

La parte recurrente en el ultimo motivo del recurso también con amparo procesal en el apartado c) del artículo 193 de la LRSJS denuncia asimismo infracciones jurídicas, concretamente denuncia infracción de lo dispuesto en el art 56.4 del ET ; alegando en esencia que dado que ha sido probado en autos por la testifical que la actora ostentaba la condición de delegada de personal del sindicato CCOO, la opción entre readmisión e indemnización le corresponde a la actora, y así para el caso de dictarse una sentencia condenatoria referida a la empresa Bogar asistencia SL podría solicitar su readmisión en la misma de modo inmediato.

Pues bien respecto de ello cabe decir que, dicha condición de la actora como delegada de personal, no cosnta en la sentencia, ni la parte actora recurrente ha pretendido la aclaración de la sentencia al respecto, ni ha pretendido por la vía de la revisión factica la adición de un nuevo HDP en que figurase dicha condición, por lo que no constando nada al respecto en sede factica, no cabe que prospere la denuncia jurídica efectuada al respecto;

En consecuencia.

FALLAMOS

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por la representación procesal de la parte actora D^a Natividad contra la sentencia de fecha 21 de agosto de 2013 , dictada por el juzgado de lo social número 4 de la Coruña en los autos numero 413/2013 seguidos a instancias de la actora contra las demandadas debemos revocar y revocamos en parte la sentencia de instancia y declaramos la improcedencia del despido efectuado condenando a la empresa Bogar asistencia SL a optar entre la readmisión de la trabajadora o abonarle en concepto de indemnización la cantidad de 3.262 euros, todo ello con abono en caso de opción por la readmisión de los salarios de tramitación que no haya percibido hasta la notificación de la sentencia a razón de 37,28 euros día; absolviendo a las restantes codemandadas .

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL

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 seguridad social deberá consignar la cantidad de 600 euros en concepto de depósito para recurrir, en la Cuenta de Consignaciones de esta Sala abierta en BANESTO con el nº 1552 debiendo indicar en el campo concepto, "Recurso" seguida del código "35 Social Casación". Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria deberá incluir tras la cuenta referida, separados por un espacio, el código "35 Social Casación". 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.

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

PUBLICACIÓN.-Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día de su fecha, por el Ilmo.Sr. Magistrado-Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencia de este Tribunal. Doy fe.