



Roj: **STSJ GAL 8194/2014 - ECLI: ES:TSJGAL:2014:8194**

Id Cendoj: **15030340012014104823**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **28/11/2014**

Nº de Recurso: **3294/2014**

Nº de Resolución: **5940/2014**

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 0002094

402250

TIPO Y Nº DE RECURSO: RECURSO SUPPLICACION 0003294 /2014 MCR

JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS: DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000422 /2013 JDO. DE LO SOCIAL nº 003 de A CORUÑA

Recurrente/s: CENTRO CLINICO RIBADEO SL

Abogado/a: JUAN CARLOS RODRIGUEZ MASEDA

Procurador/a: LUIS ALBERTO DEQUIDT MONTERO

Graduado/a Social:

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

Abogado/a:

Procurador/a:

Graduado/a Social:

ILMA. SRA. D. ROSA RODRIGUEZ RODRIGUEZ

ILMO. SR. D. EMILIO FERNANDEZ DE MATA

ILMA. SRA. D. PILAR YEBRA PIMENTEL VILAR

En A CORUÑA, a veintiocho de Noviembre de dos mil catorce.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, el 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 0003294 /2014, formalizado por el/la letrado D/D^a JUAN CARLOS RODRIGUEZ MASEDA, en nombre y representación de CENTRO CLINICO RIBADEO SL, contra la sentencia número 128 /14 dictada por XDO. DO SOCIAL N. 3 de A CORUÑA en el procedimiento DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000422 /2013, seguidos a instancia de Juliana frente a FOGASA, CENTRO CLINICO RIBADEO SL, GALICIA SAUDADE, S.L., CONCELLO DE SADA (A CORUÑA), ADMON CONCURSAL GALICIA SAUDADE (Bernardino), BOGAR ASISTENCIA SL, siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo/a Sr/Sra D/D^a PILAR YEBRA PIMENTEL VILAR.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: D/D^a Juliana presentó demanda contra FOGASA, CENTRO CLINICO RIBADEO SL, GALICIA SAUDADE,S.L. , CONCELLO DE SADA (A CORUÑA), ADMON CONCURSAL GALICIA SAUDADE (Bernardino), BOGAR ASISTENCIA SL, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 128 /14, de fecha veinticuatro de Febrero de dos mil catorce

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

1°. La parte demandante prestó servicios para la empresa Galicia Saudade, S.L. con la antigüedad de 30-11-2010, y correspondiéndole un salario mensual de 767,29 euros al mes (con prorrateo de pagas extraordinarias) , y con la categoría de auxiliar de ayuda al domicilio (hechos admitidos y art. 91.2 LRJS respecto de Galicia Saudade)

2°.- 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,S.L. 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 documental aportada por el Concello de Sada que acredita tales extremos, especialmente doc. n° 1).

Ante diversos incumplimientos contractuales de la empresa adjudicataria (Galicia Saudade) del servicio de ayuda al domicilio en el Concello de Sada -hechos admitidos y art. 91.2 LRJS -, el Ayuntamiento de Sada 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. n° 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. n° 4 de los aportados por el ayuntamiento de Sada)

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 (hechos admitidos y 91.2 LJS, y doc. n° 7.a de los aportados por el concello)

Ante esa comunicación de convocatoria de huelga indefinida de los trabajadores de la empresa adjudicataria del servicio - entre ellos la demandante- 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 (doc. n° 7 del ayuntamiento demandado)

Los trabajadores de Galicia Saudade pusieron fin a huelga el día 11-11-2012. Al día siguiente, al reintegrarse a, sus puestos de trabajo, comprobaron como el servicio de ayuda al domicilio en el Concello de Sada estaba siendo prestado por personal de la empresa de Bogar -hechos no controvertidos-

Se ha contratado de forma verbal por el Ayuntamiento de Sada y la empresa Bogar Asistencia que esta empresa continuaría prestando 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 fue renovando por periodos quincenales (doc n° 3 a 19 de los aportados por la empresa Bogar Asistencia, S.L.)



Se instruyó por el Ayuntamiento de Sada un nuevo expediente urgente para la adjudicación del servicio de ayuda en el domicilio -pliego de cláusulas administrativas aprobado el 27-11-2012- que quedó desierto en fecha de 14-3-13 (doc. nº 5, 7 y 8 de los aportados por el Ayuntamiento de Sada)

Se inició un nuevo expediente de contratación de procedimiento abierto en la modalidad de concierto de los servicios de ayuda en el hogar en el Concello de Sada, para la adjudicación de dicho servicio que en la actualidad ha terminado con la adjudicación del servicio a la empresa codemandada Centro Clínico Ribadeo, S.L. en fecha de 10-10-2013, firmándose el contrato con el Concello el 23-10-2013, y comenzando a prestar el servicio adjudicado el día 15-11-2013 -acuerdo de Junta de Gobierno local de fecha de 14-3-13- (doc. nº 8, 9 y 11 del Concello de Sada y doc. nº 16, así como hechos admitidos por la propia adjudicataria del servicio Centro Clínico Ribadeo)

El Ayuntamiento de Sada, en el Pliego de de Cláusulas administrativas para la contratación a través de procedimiento urgente para la adjudicación de la gestión del servicio de ayuda en el hogar, de fecha de 27-11-2012, incluyó la información del anterior adjudicatario del servicio - Galicia Saudade- respecto del personal a subrogar en cumplimiento del convenio de aplicación, entre la que se encontraba la demandante -doc. nº 6 de los aportados por el Concello-.

El Ayuntamiento de Sada, en el Pliego de de Cláusulas administrativas para la contratación a través de procedimiento abierto para la adjudicación de la gestión del servicio de ayuda en el hogar, cuya elaboración se acordó en providencia del Sr. Alcalde de Sada de fecha de 11-4- 2013 y cuya aprobación se realizó el 11-7-2013 -doc. nº 8 y 9 de los aportados por el Concello demandado- incluyó la información del anterior adjudicatario del servicio -Galicia Saudade- respecto del personal subrogable en cumplimiento del convenio de aplicación, entre la que se encontraba la demandante - reconocimiento expreso del Concello a pregunta concreta de este juzgador, hecho no controvertido por las partes, doc. nº 22 aportado por Bogar, y Pliego de Cláusulas administrativas aportado por la actora como doc. 9, en especial, anexo 1-.

El Concello de Sada, además, en dicho Pliego de cláusulas administrativas, señalaba expresamente que "en relación con la posible subrogación del personal según el convenio colectivo del sector, se informa a los Sres. Licitadores de lo siguiente: 1.- la empresa Galicia Saudade, S.L. (Xentes), que prestaba el servicio, se le rescindió el contrato en fecha de 19-10-2012. El listado del personal facilitado por dicha empresa es el siguiente (.)" y a continuación se contiene el listado de trabajadores que prestaban el servicio de ayuda a domicilio en el ayuntamiento de Sada, con indicación de DNI, fecha de nacimiento, nº de afiliación, función, tipo de contrato de trabajo, porcentaje de jornadas y fecha de antigüedad de cada trabajador. También se informa a los Sres. Licitadores que "respecto de la situación e incidencias del personal de esta empresa -Galicia Saudade- que se encuentra en vía judicial, pueden consultar con el abogado D. Lucas , telf. NUM000 ".

El propio Ayuntamiento de Sada comunica a los Sres. Licitadores, en el nº 2 de dicho anexo, que "excepcionalmente de forma temporal y dado la peculiaridad de los usuarios, y en tanto no se realiza adjudicación del servicio, la empresa Bogar Asistencia atiende el servicio" facilitando a continuación un listado sin nombres y simplemente con la indicación del tipo de contrato, jornada y antigüedad del personal utilizado por Bogar para prestar dicho servicio.

Centro Clínico Ribadeo ha contratado al personal que Bogar empleó en la prestación de servicio de ayuda a domicilio del Ayuntamiento de Sada durante el tiempo en que lo hizo con carácter temporal y urgente en tanto no se designaba nueva empresa adjudicataria de tal servicio y no subrogó a ningún trabajador de los que se recogían en la lista recogida por propio Concello de Sada en el Pliego de Cláusula administrativas para la gestión del Servicio Público de ayuda en el hogar.

3º La demandante ha sido despedida por la empresa demandada con efectos de 22 de noviembre de 2012, por razón de causa objetiva -hechos no discutidos-

La papeleta de conciliación previa a este procedimiento judicial fue presentada en fecha de 15-11-2012 ante el SMAC. El acto de conciliación se celebró el día 5-12-12.

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, se formuló reclamación administrativa previa que fue rechazada por ésta. Una vez conocido por la demandante que existe nuevo adjudicatario de la prestación de servicios de ayuda a domicilio en el Concello de Sada, amplió su demanda contra dicha entidad Centro Clínico Ribadeo, S.L. -documental que obra en actuaciones, ampliación de demanda de fecha de 17-10-2013-

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



1º. ESTIMO la demanda sobre DESPIDO formulada por Dña. Juliana frente a la empresa Centro Clínico Ribadeo, S.L. y, en consecuencia, declaro la IMPROCEDENCIA del despido y condeno a la demandada a que readmita inmediatamente a la trabajadora en las mismas condiciones que regían según su contrato de trabajo en el momento en que se rescindió el contrato de ayuda al domicilio en el ayuntamiento de Sada a la empresa Galicia Saudade, 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 2.986,47 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 25,58 euros €/día.

3º DESESTIMO la demanda interpuesta por Dña. Juliana frente a bogar Asistencia, S.L., ayuntamiento de Sada y frente a Galicia Saudade, S.L., y les absuelvo de todos los pedimentos formulados frente a ellos.

4º.- El FOGASA y la administración concursal de Galicia Saudade, S.L., han de pasar por lo decidido en la presente resolución.

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por CENTRO CLINICO RIBADEO SL 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 este T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL en fecha 9/7/14.

SEXTO: Admitido a trámite el recurso se señaló el día 28/11/14 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 estima la demanda de despido formulada por D^a Juliana frente a la empresa centro Clínico Ribadeo SL y declaro la improcedencia del despido y condeno a dicha demandada a que readmita inmediatamente a la actora en las mismas condiciones que regían según su contrato de trabajo en el momento en que se rescindió el contrato de ayuda a domicilio en el ayuntamiento de Sada a la empresa Galicia saudade , o bien a elección de la empresa a la extinción de su relación laboral con abono de la indemnización de 2.986,47 euros , y ello con abono , en el caso de optar por la readmisión de los salarios de tramitación que no haya percibido hasta la notificación de la presente sentencia .; y desestimando la demanda frente a Bogar Asistencia , ayuntamiento de Sada y Galicia saudade ,a las que absolvió de los pedimentos de la demanda .

Se alza en suplicación la representación procesal de la demandada centro Clínico Ribadeo SL , interponiendo recurso en base a cuatro motivos , correctamente amparados , el primero en el apartado a) y los siguientes en el apartado c) del artículo 193 de la LRJS , pretendiendo en el primero la reposición de los autos al estado en que se encontraban en el momento de haberse infringido normas o garantías del procedimiento que hayan producido indefensión , y en los tres siguientes efectúa denuncias jurídicas .

SEGUNDO .- La parte recurrente en el primer motivo del recuso, correctamente amparado en el apartado a) del artículo 193 de la LRJS pretende reponer los autos al estado en que se encontraban en el momento de haberse infringido normas o garantías del procedimiento que hayan producido indefensión ,por infracción de los artículos 63 , 80 , 97 ,, 104 de la LRJS , arts 217 y 218 de la LEC en relación con el artículo 26 de la LRJS y 71 y 72 de la LEC , por incongruencia "extra petita" de la sentencia de instancia .Y ello por entender que tal y como consta en demanda , el objeto de la misma viene referido al despido (calificado como tácito) producido por los hechos que sustentan la demanda , con fecha de 12.11.2012 , o sea que la parte estima que se ha producido un despido tácito en cuando ninguna comunicación se ha dirigido a la actora , que se ha actuado por su empleadora -Galicia saudades SL- en cuanto ha dejado de abonarle sus salarios y de darle ocupación efectiva , y por Bogar Asistencia SL , respecto de la cual entiende que existe una responsabilidad solidaria por virtud del art 15 del convenio de aplicación Y con fecha de 15 de octubre de 2013 por la parte actora presenta escrito de ampliación de demanda contra Centro Clínico de Ribadeo SL a consecuencia de ser la nueva adjudicataria



del servicios , y en la ampliación de la demanda frente a la recurrente Centro Clínico Ribadeo SL no se formula nueva acción, ni se expresan nuevos hechos, ni como mantiene la sentencia recurrida se formulan peticiones subsidiarias por lo que no podría ser condenada, cuando además sería una acumulación indebida de acciones.

La denuncia no prospera, pues tal y como hemos mantenido, entre otras, en las Sentencias de 17 enero 1997 R. 1292/1994 , 31 enero 1997 R. 4489/1994 , 3 julio 1998 (AS 1998\2416) R. 2792/1998 y 15 julio 1998 R. 624/1996 , por incongruencia se entiende en doctrina constitucional el desajuste entre el fallo de la sentencia y los términos en que las partes formulan sus pretensiones, al conceder más, menos o cosa distinta de lo pedido, contrariando así el art. 24 Constitución Española (RCL 1978\2836), en la medida en que significa una vulneración del principio dispositivo y constituye una efectiva denegación del derecho a la tutela judicial, siempre que la desviación sea de tal naturaleza que suponga una modificación sustancial del objeto -válido- del proceso, con la consiguiente indefensión y sustracción a las partes del verdadero debate contradictorio, porque la incongruencia supone precisamente -al alterar los términos del debate procesal- defraudar el principio de contradicción (SSTC 167/1987 [RTC 1987\167]; 144/1991 [RTC 1991\144]; 183/1991 [RTC 1991\183]; 59/1992 [RTC 1992\59]; 88/1992 [RTC 1992\88]; 44/1993 [RTC 1993\44]; 369/1993 [RTC 1993\369]; 172/1994, de 7 junio [RTC 1994\172]; 60/1996, de 15 abril [RTC 1996\60] ; y 98/1996, de 10 junio [RTC 1996\98]).

Más exactamente, ha precisado el intérprete máximo de la Constitución que -en concreto- la llamada incongruencia «extra petita» adquiere incluso relevancia constitucional cuando el desajuste entre lo resuelto y el objeto del debate «sea de tal entidad que pueda constatarse con claridad la existencia de indefensión, por lo cual requiere que el pronunciamiento judicial recaiga sobre una cuestión no incluida en las pretensiones procesales, impidiendo así a las partes efectuar las alegaciones pertinentes [RTC 1995\191]; 13/1996, de 29 enero [RTC 1996\13]; 60/1996, de 15 abril [RTC 1996\60]; y 98/1996, de 10 junio [RTC 1996\98]).

Y por su parte, la Jurisprudencia ordinaria parte de la misma base de que la congruencia tiene su fundamento en los principios dispositivo o de aportación de parte y de contradicción, y que también tiene raíz en el derecho a la tutela judicial efectiva y a la no indefensión constitucionalmente consagrados (STS 16 febrero 1993 [RJ 1993\1175]); y conforme a su doctrina, el art. 218 Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que: Las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones de las partes, deducidas oportunamente en el pleito. Harán las declaraciones que aquéllas exijan, condenando o absolviendo al demandado y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate.

El tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes.

De forma que tal exigencia no se cumple «cuando el fallo concede más de lo pedido, menos de lo aceptado por la parte demandada, cosa distinta de lo solicitado» o cuando «manifieste desviación de la cuestión litigiosa por alterar de oficio los fundamentos de la pretensión» (SSTS 15 diciembre 1994 [RJ 1994\10097] y 12 julio 1993 [RJ 1993\5670]); en palabras de las SSTS 14 enero 1997 (RJ 1997\25) y 2 junio 1997 (RJ 1997 \4617), para apreciar incongruencia es necesario confrontar la parte dispositiva de la sentencia con el objeto del proceso delimitado por sus elementos, subjetivos y objetivos, causa de pedir y «petitum», si bien tal confrontación no significa una conformidad rígida y literal con los pedimentos de los súplicos de los escritos (STS 4 marzo 1996 [RJ 1996\1965]), bastando que el fallo se adecue sustancialmente a lo solicitado, dado que en el proceso laboral el principio dispositivo tiene menos rigor que en el civil, por lo que no es incongruente que el Juez Social aplique por derivación las consecuencias legales de una petición, aunque no hayan sido solicitadas expresamente por las partes, si vienen impuestas por normas de derecho necesario o, que se concedan efectos no pedidos por las partes siempre que se ajusten al objeto material del proceso (STS 16 febrero 1993 [RJ 1993\1175]); pero sí que existe incongruencia si se alteran «de modo decisivo los términos en que se desarrolla la contienda, substrayendo, a las partes, el verdadero debate contradictorio propuesto por ellas, con merma de sus posibilidades y derecho de defensa, y ocasionando un fallo no ajustado sustancialmente a las recíprocas pretensiones de las partes» (STS 1 febrero 1993 [RJ 1993\1151]).

Refiriéndonos ya al caso concreto de autos, en la demanda se solicitaba la improcedencia del despido llevado a cabo el 12-11-2012 como despido tácito, y en la misma hay una petición de condena y si amplía la demanda frente a la recurrente Centro Clínico Ribadeo SL, es una obviedad que se hace para demandar su condena y que aunque no lo diga, el juez de instancia debe resolver por aplicación no solo del principio iura novit curia, sino de lógica jurídica, aunque no hubiera estado mal haberse pedido aclaración de la misma.

Y por ello la Sala entiende que no hay ni acumulación de acciones, ni peticiones alternativas, sino una sola acción de despido y de condena, y es al juez de instancia al que corresponde la resolución de fondo, en la que no hay ni incongruencia, ni vulneración de la tutela judicial efectiva cuando a la recurrente se le entregan copias



de la demanda frente a ella dirigida, es parte en el procedimiento y cuando además conoce el procedimiento de subrogación y esta al tanto de los datos de la demandante y su situación (hp 2º apartados 9 y 10) "El ayuntamiento en el Pliego de de Cláusulas administrativas para la contratación a través de procedimiento urgente para la adjudicación de la gestión del servicio de ayuda en el hogar, de fecha de 27-11-2012, incluyó la información del anterior adjudicatario del servicio -Galicia Saudade- respecto del personal a subrogar en cumplimiento del convenio de aplicación, entre la que se encontraba la demandante -doc. nº 6 de los aportados por el Concello".

Por lo además la sala estima que la sentencia recurrida es congruente y no hay motivos para ser anulada.

TERCERO .- La parte recurrente en el segundo motivo del recurso y al amparo del Art. 193 c) de la Ley de la Jurisdicción Social se denuncia la infracción del artículo 15 del convenio colectivo para la ayuda a domicilio de la Xunta de Galicia; y los artículos 51 , 53.1 y 4 del Estatuto de los Trabajadores , en relación con los artículos 26 , 80 , 97 , 104 y 122 de la Ley de la Jurisdicción Social y 217 , 218 , 71 y 72 LEC porque entiende que no estando obligada la empresa Bogar Asistencia a la subrogación de los trabajadores que se venían empleando en la ejecución del servicio, e interrumpida la cadena subrogaciones, y despedida la trabajadora por su principal, no puede declararse la operatividad de dicho derecho, un año más tarde frente a ella; que si solo se puede extinguir lo que está vivo, el despido objetivo de 22-11-2012 es firme y consentido ya que la sentencia recurrida no entra en su conocimiento y por último que la subrogación no puede retrotraerse al cese de la actividad en Galicia Saudade, porque estamos ante un supuesto de subrogación convencional.

Que cuestión idéntica a la aquí planteada ya ha sido resuelta por esta sala en sentencia de fecha 9/10/14 al resolver el recurso de suplicacion numero nº 2673-2014 la cual señala literalmente que ".....Ninguna de las alegaciones que como denuncia jurídica se hacen pueden ser estimadas, no solo porque los preceptos en que se apoya no son de aplicación, no se esta conociendo el despido objetivo, no ha habido acumulación indebida de acciones y la sentencia es congruente con la demanda, y además porque como conoce la recurrente este Tribunal en sentencia de 11-6-2014 mantuvo la existencia de subrogación de la empresa Bogar Asistencia SL y por tanto su condena, cuyos fundamentos hacemos nuestros, así como la responsabilidad solidaria de la recurrente confirmando la subrogación declarada en la instancia y ello porque como mantuvimos en la citada sentencia "... 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 ... el procedimiento por el que ha sido designada corresponde a un procedimiento de urgencia, ...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 asistenta se produce durante un largo periodo de tiempo ...

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 público 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 público de ayuda a domicilio Bogar Asistencia SL, a reincorporar al actora supone con toda evidencia un despido tácito, el cual ha de calificarse de improcedente con las consecuencias previstas legalmente..."

Igualmente en el supuesto de autos tras el despido tácito por el que se acciona, ocurrido el 12-11-2012, debe responder por aplicación del convenio colectivo para la actividad de ayuda a domicilio de Galicia, la empresa que explotaba la concesión Bogar Asistencia SL, ya que como afirma la recurrente estamos ante un supuesto de subrogación convencional, ahora bien la responsabilidad es solidaria con la empresa recurrente Centro Clínico Ribadeo SL, ya que frente a ella se amplía la demanda por haber asumido el servicio de asistencia domiciliaria del ayuntamiento de Sada, siendo la nueva adjudicataria del servicio a través de correspondiente contrato.

Y además esta la sucesión que impone el convenio colectivo, le fue notificada al recurrente en el expediente administrativo que regulaba la concesión, y así lo consigna en sus cláusulas (HP 2ª apartado 11).

Y conforme a lo expuesto procede la desestimación del Recurso de suplicación y la condena de la empresa Bogar Asistencia SL, siendo de aplicación la doctrina del Tribunal Supremo recogida en la reciente sentencia



de 14-3-2012 y sentencias anteriores de 12 de marzo de 1996 (Rcud. 945/95), 6 de febrero de 1997 (Rcud.1886/96), 13 de octubre de 1999 (Rcud. 3001/98), 20 de diciembre de 1999 (Rcud. 5049/98) y 24 de marzo de 2003 (Rcud. 3516/01), dictadas en supuestos de hecho similares ... "no es óbice para realizar un pronunciamiento de condena frente a una determinada empresa el hecho de que los trabajadores no recurrieran en su momento la absolución en la sentencia de instancia de dicha empresa. En la citada resolución se aplica la doctrina del Tribunal Constitucional contenida en la sentencia 200/1987, de 16 de diciembre , con arreglo a la que fue contraria al artículo 24.1 de la Constitución la decisión del Tribunal Central de Trabajo que a la hora de determinar la empresa responsable de una deuda salarial absolvió en suplicación a la única empresa condenada y no hizo pronunciamiento de condena sobre la otra, que fue absuelta en la instancia, con lo que -dice el Tribunal Constitucional- se produjo una incongruencia omisiva, que hubo de remediarse por el referido Tribunal anulando la resolución recurrida en amparo y retrotrayendo las actuaciones al momento anterior a la resolución del recurso de suplicación para que el Órgano Judicial de suplicación se pronunciara sobre la responsable del pago de los salarios adeudados".

Desprendiéndose de todo ello que la sentencia recurrida es acorde con el ordenamiento jurídico y en consecuencia no vulnera la normativa que por la parte recurrente se invoca, por lo que procede previa desestimación del recurso dictar un pronunciamiento confirmatorio del impugnado; en consecuencia,

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por Centro Clínico Ribadeo SL contra la sentencia de fecha 24-2-2012 dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de A Coruña en el Procedimiento nº 422-2013 sobre despido debemos confirmar y confirmamos íntegramente la sentencia recurrida. Y estimando la demanda formulada por Juliana , y declarado su despido improcedente condenamos solidariamente a la empresa Bogar Asistencia SL, a que previa opción en el plazo de cinco días, desde la notificación de esta sentencia, readmita al actor a su puesto de trabajo o le indemnice en la cantidad de 2.986,47 euros, así como al pago de los salarios de trámite a razón de 25,47 euros por día, si opta por la readmisión.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de este 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 Unificación de Doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala dentro del improrrogable plazo de diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la sentencia. Si el recurrente no tuviera la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de seguridad social deberá efectuar:

- El depósito de 600 € en la cuenta de 16 dígitos de esta Sala, abierta en el Banco de SANTANDER (BANESTO) con el nº **1552 0000 35 seguida del cuatro dígitos correspondientes al nº del recurso y dos dígitos del año del mismo** .

- Asimismo si hay cantidad de condena deberá consignarla en la misma cuenta, pero con el código **80** en vez del 35 ó bien presentar aval bancario solidario en forma.

- Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria desde una cuenta abierta en cualquier entidad bancaria distinta, habrá que emitirla a la cuenta de veinte dígitos **0049 3569 92 0005001274** y hacer constar en el campo "Observaciones ó Concepto de la transferencia" los 16 dígitos que corresponden al procedimiento (**1552 0000 80 ó 35 **** ++**).

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

PUBLICACION.- 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.