



Roj: **STSJ GAL 104/2015 - ECLI: ES:TSJGAL:2015:104**

Id Cendoj: **15030340012015100002**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **09/01/2015**

Nº de Recurso: **4143/2014**

Nº de Resolución: **194/2015**

Procedimiento: **RECURSO SUPPLICACION**

Ponente: **RAQUEL MARIA NAVEIRO SANTOS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIALA CORUÑA

PLAZA DE GALICIA

Tfno: 981184 845/959/939

Fax:881881133 /981184853

NIG: 36057 44 4 2013 0005319

402250

TIPO Y Nº DE RECURSO: RECURSO SUPPLICACION 0004143 /2014 **(-FF-)**

JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS: DESPIDO/CESES EN GENERAL 0001088 /2013 JDO. DE LO SOCIAL nº 001 de VIGO

Recurrente/s: Ana María

Abogado/a: MANUEL MIGUEZ SENRA

Procurador/a: CONCEPCION PEREZ GARCIA

Graduado/a Social:

Recurrido/s: Flora , ANDOSAN GALEGO SL

Abogado/a: EUGENIA SANCHEZ GONZALEZ,

Procurador/a:

Graduado/a Social:

ILMO. SR. D. EMILIO FERNANDEZ DE MATA

ILMA. SRA. D^a. PILAR YEBRA PIMENTEL VILAR

ILMA. SRA. D^a RAQUEL NAVEIRO SANTOS

En A CORUÑA, a nueve de Enero de dos mil quince.

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

S E N T E N C I A



En el RECURSO SUPPLICACION 0004143/2014, formalizado por EL LETRADO DON MANUEL MIGUEZ SENRA, en nombre y representación de DOÑA Ana María , contra la sentencia número 367/2014, dictada por el XDO. DO SOCIAL N. 1 de VIGO en el procedimiento DESPIDO/CESES EN GENERAL 0001088/2013, seguidos a instancia de DOÑA Flora asistida de la Letrada Dª Eugenia Sánchez González frente a DOÑA Ana María y ANDOSAN GALEGO SL representada por , siendo Magistrada-Ponente la Ilma. Sra. Dª RAQUEL NAVEIRO SANTOS.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Dª Flora presentó demanda contra DOÑA Ana María y ANDOSAN GALEGO SL, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 367/2014, de fecha dos de Junio de dos mil catorce .

SEGUNDO: En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados: Primero.- La demandante Dª. Flora , mayor de edad y con D. N. I. número NUM000 , vino prestando servicios en la cafetería comedor de la facultad de Filología y Traducción de la Universidad de Vigo por cuenta de las empresas Maconsi, S.L. desde el día 1 de septiembre de 1997 hasta el 14 de mayo de 2002 en que fue subrogada por Mediterránea de Catering, S.L. hasta el 31 de marzo de 2005 en que lo fue por la codemandada Andosan Galego, S.L., con la categoría profesional de encargada y percibiendo un salario mensual de 1.695'58 euros, incluido prorrateo de pagas extraordinarias. Segundo.- Con efectos del día 2 de septiembre de 2013 el servicio de dicha cafetería comedor, junto con el de la facultad de Ciencias Económicas y Empresariales, fue adjudicado por la Universidad de Vigo a la codemandada D. Ana María que notificó a Andosan Galego, S.L. el día 29 de agosto mediante burofax "Que, tras haber evaluado la documentación recibida y haber recabado información al respecto, hemos detectado que la trabajadora Dña. Flora , con DNI NUM000 , no cumple la totalidad de los requisitos necesarios para ser subrogada, dado que le une el grado de parentesco de cónyuge con uno de los socios de esa mercantil, hecho que implica su exclusión del proceso de subrogación. Y ello, en base al artículo 60, párrafo 2, del vigente IV Acuerdo Laboral de Ámbito Estatal para el Sector de la Hostelería", lo que la demandante considera constitutivo de un despido frente al que reclama en esta litis. Tercero.- En el Anexo-I-C del pliego de condiciones de la adjudicación del servicio de dichas cafeterías comedores por la Universidad de Vigo a la codemandada Da. Ana María figuraba dentro de la "Relación do Persoal a Subrogar" una encargada de comedor del centro de Filología, con jornada de 40 horas semanales, contrato indefinido y antigüedad del 1 de septiembre de 1997, añadiéndose:

"Nota. A Universidade de Vigo, a título soamente informativo, facilita os datos aportados polas empresas que prestan o servizo na actualidade. Corresponderá ás empresas licitadoras, ao obxecto de dar cumprimento ás esixencias das normas laborais e de Seguridade Social, verficala corrección e exactitude dos mesmos ".

Así como:

"5.- Obrigas do adxudicatario:

a) Persoal adscrito o servizo:

a.1).- A contrata deberá contratar o persoal necesario para atender as súas obrigas e facerse cargo, no caso de substitución dunha contrata por outra, do personal procedente da anterior contrata, subrogándose en tódalas obrigas e dereitos na forma que esixan as normas e o/s convenio/s colectivos en vigor. Respecto ao persoal adscrito ao servizo, sexa subrogado ou non (ver anexo I-C), a contrata deberá presentar no Servizo de xestión económica e contratación a relación do persoal no prazo de 15 días naturais seguintes ao inicio do servizo, debendo acompañar a mesma copia dos contratos celebrados entre o contratista e cada traballador". Cuarto.- La sociedad Andosan Galego, S.L. fue constituida mediante escritura pública otorgada en fecha 13 de octubre de 2004 por el esposo de la actora D. Bienvenido y su hermano D. Fructuoso con un capital de 3.006 euros aportado 906 por el primero y 2.100 por el segundo que fue designado administrador Única. Este no estaba en la cafetería sino que solía acudir a diario al final del día y era la demandante la que gestionaba el centro de trabajo: hacia los pedidos, firmaba los albaranes de entrega, organizaba los menús, solicitaba a la Universidad cambios de horarios firmando los documentos de solicitud y usando el sello de la sociedad y colaboraba en el trabajo diario de la cafetería comedor. Quinto.- Presentada papeleta de conciliación ante el S.M.A.C. el día 16 de septiembre de 2013, la misma tuvo lugar el día 30 con el resultado de sin avenencia. Sexto.- La demandante no es ni fue durante el último año representante legal de los trabajadores.

TERCERO: En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: Que desestimando la excepción de incompetencia de jurisdicción alegada por Ana María y estimando la demanda interpuesta por Dª. Flora , debo declarar y declaro improcedente el despido de que fue objeto la misma con fecha 2 de septiembre de 2013 por parte de la citada Dª. Ana María , a la que condeno a que en el plazo



de cinco días desde la notificación de esta resolución opte entre la readmisión de la trabajadora o abonarle una indemnización de 39.10918 euros, opción que deberá ejercitar mediante escrito o comparecencia ante la Secretaría de este Juzgado en el plazo indicado y sin esperar a la firmeza de la presente sentencia, así como a que en el primer caso le abone los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de esta resolución a razón de 55'75 euros diarios, advirtiendo a la citada empresa que en caso de no optar en el plazo y forma expresados se entenderá que procede la readmisión, desestimando la demanda de la actora frente a la sociedad Andosan Galego, S.L., a la que absuelvo.

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

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social número uno de Vigo 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 SEIS DE OCTUBRE DE DOS MIL CATORCE.

SEXTO: Admitido a trámite el recurso se señaló el día OCHO DE ENERO DE DOS MIL CATORCE 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 .- La sentencia de instancia estima la demanda presentada por DÑA. Flora contra la empresaria DÑA. Ana María y contra la empresa ANDOSAN GALEGO S.L. y declarando la improcedencia del despido del que fue objeto la actora, por parte de la empresaria DÑA Ana María , condena a ésta a la opción, en plazo y legal forma, entre el abono de la correspondiente indemnización , con extinción de la relación laboral, o a la readmisión de la trabajadora con el abono de los salarios de tramitación, absolviendo a la empresa codemandada.

Frente a dicho pronunciamiento se alza la parte demandada condenada y formula recurso de suplicación en el que solicita que previa estimación del mismo se dicte sentencia por la que se revoque la resolución dictada en la instancia, y se desestime la demanda de despido interpuesta por Dña. Flora contra la recurrente. El recurso ha sido impugnado de adverso.

SEGUNDO .- Para ello, y sin combatir el relato de hechos probados, la recurrente con apoyo en el art. 193 c) de la LRJS alega que la sentencia de instancia infringe, por interpretación errónea, el art. 60.2 del IV Acuerdo Laboral del Ámbito Estatal del Sector de Hostelería por inaplicación, así como el art. 120 del RD Legislativo 3/2011 de 14 de noviembre por interpretación errónea.

Para resolver la cuestión propuesta ha de partirse de los siguientes datos que constan en la sentencia de los que se concluye lo siguiente:

1º.- que la trabajadora demandante venía prestando sus servicios para la empresa ANDOSAN GALEGO S.L. con la antigüedad, categoría y salario que constan en sentencia, con centro de trabajo en la cafetería del comedor de la Facultad de Filología y Traducción de la Universidad de Vigo.

2º.- Que con efectos del 2 de septiembre de 2013 el servicio de dicha cafetería comedor, junto con el de la facultad de Ciencias Económicas y Empresariales, fue adjudicado por la Universidad de Vigo a la codemandada Dña. Ana María , quien notifica a la empresa ANDOSAN GALEGO S.L. su intención de no subrogar a la trabajadora actora.

3º.- Que en el pliego de condiciones de la adjudicación de dichos servicios la Universidad de Vigo impone que en el caso de sustitución de una contrata por otra la nueva contrata debe hacerse cargo del personal procedente de la anterior contrata.

4º.- La sociedad ANDOSAN GALEGO S.L está constituida por dos socios: el esposo de la actora D. Bienvenido , que es titular de un 30,14% del capital social, y el hermano de la actora D. Fructuoso ,que es titular del 69,86 % restante y que además es el administrador único de la sociedad.

La sentencia de instancia califica la decisión de la empresaria DÑA Ana María de no subrogar a la actora como un despido improcedente, considerando la recurrente dicha decisión errónea porque a diferencia del supuesto resuelto por la STSJ de Galicia de 27 de febrero de 2012 no existe pacto expreso en contra que impida la aplicación del contenido del art. 60. 2 del IV Acuerdo Laboral de Ámbito Estatal del Sector de Hostelería que expresamente señala: "No existirá subrogación alguna respecto del empresario o empresaria individual o los socios o socias accionistas con control efectivo de la empresa, administradores o gerentes de la misma, cónyuges de los citados anteriormente y trabajadores o trabajadoras contratados como hijos o



fijos discontinuos y que tengan relación de parentesco hasta 2.º grado de consanguinidad o afinidad con los anteriores, salvo pacto en contrario." Añade que no puede interpretarse como tal pacto expreso en contrario la existencia de un pliego de condiciones que no puede imponer dicha subrogación por carecer la misma de amparo en el contenido del art. 120 del RD Legislativo 3/2011 tal como ha sido interpretado por la Abogacía General del Estado (dictamen 64/2005), así como la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón y el TSJ de Madrid, Sala de lo contencioso de 23 de febrero de 2011.

El recurso no puede prosperar puesto que la sentencia dictada no infringe ni la normativa citada ni la jurisprudencia emanada al respecto por el Tribunal Supremo, Sala IV que es la única que puede sustentar el motivo del apartado c) del art. 193 de LRJS siendo totalmente inidónea la cita de un dictamen de la Abogacía del Estado, o de un órgano administrativo de una Comunidad Autónoma, así como la de una sentencia dictada por un órgano judicial que no sea el Tribunal Supremo y además de una jurisdicción que no es la social.

En relación con la aplicación del fenómeno de la subrogación o sucesión empresarial en el caso de sucesión de contratatas o concesiones administrativas la Sala IV del Tribunal Supremo ha señalado de forma reiterada que : " Los supuestos contemplados en el art. 44 ET nada tienen que ver con la normal sustitución que se produce entre las empresas concesionarias de determinados servicios en la titularidad de concesiones o arrendamientos otorgados a terceros (STC 66/1987, de 21/Mayo), de forma que en la sucesión de contratatas o concesiones administrativas para la prestación de servicios públicos sólo se produce subrogación empresarial si se trasmite la unidad productiva; en otro caso, sólo si lo determina la norma sectorial, o lo prescribe el pliego de condiciones de la concesión (SSTS 05/04/93 -rcud 702/92 -... 29/04/98 -rec. 1696/97 -; 10/07/00 -rcud 923/99 -; 18/03/02 -rcud 1990/01 - 1 ; y 27/06/08 -rcud 4773/06 -).

Por ello necesariamente hemos de concluir que junto con la subrogación legal (que exige la concurrencia de los elemento del art 44) existe la convencional que puede ser de varios tipo con origen en un acuerdo, individual o colectivo, entre las partes implicadas o bien por imposición de un tercero puesto que como antes vimos el Tribunal Supremo, en la Sala de lo Social diferencia entre la imposición por norma sectorial y la imposición por pliego de condiciones ya que utiliza la conjunción disyuntiva "o", que implica una opción o alternativa entre una y otro, y no la conjunción copulativa "y" que es la que parece desprenderse de las alegaciones realizadas por el recurrente.

Así como muy claramente explica la muy bien fundamentada sentencia del TSJ de Madrid de 20 de junio de 2014, rec. 311/2014, esta vez de la Sala de lo Social, los distintos supuestos de subrogación empresarial, asumiendo la patronal entrante los derechos y obligaciones de la empresa saliente, se reconducen en la actualidad a los siguientes:

a) Sucesión legal regulada en el art. 44 del ET , no disponible por la autonomía colectiva, (STS de 9 febrero 2011), aplicable a los altos directivos (STS de 27 septiembre 2011), reformado al compás de las Directivas comunitarias e interpretación de la jurisprudencia del TJCE, condicionado al requisito subjetivo de cambio de titularidad de la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma, y al objetivo de la entrega o aporte de los elementos patrimoniales necesarios, activos materiales o inmateriales o infraestructuras básicas para la continuidad de la actividad productiva...

b) Sucesión empresarial por disponerlos los pliegos de concesiones administrativas, cumpliéndose todos y cada uno de los requisitos previstos en los mismos.

c) Subrogación empresarial convencional por así disponerlo los Convenios colectivos, para cubrir un espacio al que no alcanza el art. 44 ET aunque no exista transmisión de elementos patrimoniales, contrayéndose a los casos expresadamente pactados y en tanto y en cuanto se hayan cumplido todos y cada uno de los requisitos en la norma estipulada para que surta efecto, , (normalmente entrega de una determinada documentación y cumplimiento de una determinada antigüedad) no dándose si se incumpliera alguno de ellos (SSTS 10 de diciembre de 1997 , 9 febrero y 31 marzo 1998 , 30 septiembre 1999 y 29 enero 2002), de efectos limitados a los prevenidos en el convenio sin llegar a establecer responsabilidades solidarias en materia salarial y de Seguridad Social, pues de no ser así se produciría un régimen "muy severo" (STS de 20 octubre 2004).

d) Sucesión contractual mediante acuerdo entre la empresa cedente y cesionaria, aun no concurriendo los requisitos del art. 44 del ET , supuesto a que hace méritos una copiosa jurisprudencia del TS referida a las empresas de handling, por todas STS 29 febrero 2000 , que constituye una novación por cambio del empleador que exige el consentimiento de los trabajadores afectados en aplicación del art. 1205 del Código Civil

e) Sucesión de plantillas, aun no dándose tampoco los presupuestos del art. 44 del ET ni prever la subrogación, el Convenio Colectivo o el pliego de condiciones figura esta nacida de la jurisprudencia del TJCE, por continuar la empresa entrante en la actividad, asumiendo o incorporando a su plantilla a un número significativo de trabajadores de la empresa cesante, tanto a nivel cuantitativo (asumir por ejemplo la empresa entrante dos



trabajadores sobre un total de seis, STS de 25 enero 2006), como cualitativo (STSJ de Castilla-León de 31 octubre 2007), siempre que la actividad productiva descansa esencialmente en la mano de obra. ...

f) Sucesión de empresas en caso de concurso para lo que habrá de estarse a las especialidades de la Ley Concursal (LC), en concreto art. 100.2 y 149 de la misma"

Por lo tanto es perfectamente posible que opere la sucesión empresarial por venir así impuesto en un pliego de concisiones administrativas, que es lo que ha ocurrido en el supuesto de hecho tal como argumenta el Juez a quo al señalar que si bien tal pliego no es un pacto entre las empresa entrante y saliente sí tiene origen convencional (por oposición al legal que exige el cumplimiento de los requisitos exigidos en el art. 44 del ET) al tener su fundamento en las condiciones impuestas por la voluntad de la empresa principal (en este caso la Universidad de Vigo) y con las que se ha conformado la empresaria condenada , ya que como señala la sentencia de instancia aceptó las mismas al adjudicarse la contrata sabedora de la existencia de la demandante y de su condiciones laborales y personales en relación con la adjudicataria saliente , por lo que debe acatar dicho pliego sin que el contenido del art. 60 del IV Acuerdo Laboral de Ámbito Estatal del Sector de Hostelería impida el sometimiento a tal cláusula del pliego puesto que el referido art 60 no contiene una norma imperativa y de obligado cumplimiento , ya que admite pacto en contra, por lo que tal cláusula del pliego respeta el tenor del art. 25 del RD Legislativo 3/2011 de 14 de noviembre que señala que en los contratos del sector público podrán incluirse cualesquiera pactos, cláusulas y condiciones, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración.

Por otro lado tampoco se entiende infringido el art. 120 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre , por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, ya que dicho precepto, como señala el Juez a quo, no impone la subrogación del personal laboral ya contratado pero tampoco la impide y lo que regula es las funciones del órgano de contratación y las obligaciones de la empresa que viese efectuando la prestación de objeto del contrato a adjudicar y que tenga la condición de empleadora de los trabajadores afectados en el caso de que en los contratos se "imponga al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales", esto es, el legislador ha admitido como lícito el pacto (por eso se habla de subrogación por vía convencional) en virtud del cual se impone esa obligación de subrogación , habiendo sido avalada la licitud de tal pacto en múltiples ocasiones por la doctrina de la Sala IV del Tribunal Supremo al permitir que opere la subrogación por esta vía.

Por todo lo dicho la sentencia de instancia no es merecedora del reproche jurídico que se le realiza por la recurrente, por lo que procede la desestimación del recurso interpuesto confirmando la sentencia combatida en todos sus pronunciamientos, con imposición de las costas causadas a la empresaria recurrente, con inclusión de los honorarios de la Letrada impugnante del recurso que se fijan en 550€, decretándose igualmente la pérdida del depósito constituido para recurrir.

Por ello;

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por el Letrado D. Manuel Míguez Senra, actuando en nombre y representación de la empresaria DÑA. Ana María , contra la sentencia de fecha dos de junio de dos mil catorce, dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Vigo , en autos 1088/2013 sobre despido , seguidos a instancia de DÑA. Flora contra la empresa ANDOSAN GALEGO S.L. y contra la empresaria recurrente debemos de confirmar y confirmamos en su integridad la resolución recurrida. Asimismo se imponen las costas a la empresaria demandada recurrente , condenándole igualmente al abono de los honorarios de la Letrada impugnante del recurso, Dña. Rita , que se fijan en la cuantía de 550 € Igualmente se decreta la pérdida del depósito constituido para recurrir.

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, haciéndoles saber que, contra la misma, sólo cabe Recurso de Casación para Unificación de Doctrina que se preparará por escrito ante esta Sala de lo Social, dentro de los DIEZ DÍAS siguientes a la notificación de esta Sentencia y de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Jurisdicción Social. Si la recurrente no estuviere exenta de depósito y consignación para recurrir, deberá ingresar:

- 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 **** ++**).

Una vez firme, expídase certificación para constancia en el Rollo que se archivará en este Tribunal incorporándose el original al correspondiente Libro de Sentencias, previa devolución de los autos al Juzgado de lo Social de procedencia.

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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ