



Roj: **STSJ AND 966/2016 - ECLI: ES:TSJAND:2016:966**

Id Cendoj: **29067340012016100340**

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

Sede: **Málaga**

Sección: **1**

Fecha: **18/02/2016**

Nº de Recurso: **109/2016**

Nº de Resolución: **302/2016**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **MANUEL MARTIN HERNANDEZ-CARRILLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA

SALA DE LO SOCIAL CON SEDE EN MÁLAGA

Avda. Manuel Agustín Heredia nº 16

N.I.G.: 2906744S20140010439

Negociado: **MA**

Recurso: Recursos de Suplicación 109/2016

Juzgado origen: JUZGADO DE LO SOCIAL Nº7 DE MALAGA

Procedimiento origen: Despidos / Ceses en general 720/2014

Recurrente: Fausto , Luciano , Modesto , Mónica y Rogelio

Representante: RAFAEL QUIJADA RODRIGUEZ

Recurrido: FONDO DE GARANTIA SALARIAL, CLECE SA, ASOCIACION A FAVOR DE LA SALUD BIENESTAR SOCIAL Y MEDIO AMBIENTE (A.SA.INT), Jose Manuel , Carlos Ramón , Borja , Desiderio , Macarena , Milagros , Pilar , Felix y MINISTERIO FISCAL

Representante: ESTRELLA MARIA ALVARADO CARDENAS, JUAN JOSE LUQUE GOMEZy RAFAEL QUIJADA RODRIGUEZ

Sentencia Nº 302/2016

ILTMO. SR. D. FRANCISCO JAVIER VELA TORRES, PRESIDENTE

ILTMO. SR. D. JOSE LUIS BARRAGAN MORALES,

ILTMO. SR. D. MANUEL MARTIN HERNANDEZ CARRILLO

En la ciudad de Málaga a dieciocho de febrero de dos mil dieciséis

La SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA CON SEDE EN MÁLAGA, compuesta por los Ilmos. Sres. citados al margen y

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente:

S E N T E N C I A

En el Recursos de Suplicación interpuesto por Fausto , Luciano , Modesto , Mónica y Rogelio contra la sentencia dictada por JUZGADO DE LO SOCIAL Nº7 DE MALAGA, ha sido ponente el Iltmo./Iltma Sr. /Sra D./ MANUEL MARTIN HERNANDEZ CARRILLO.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por Fausto , Luciano , Modesto , Mónica y Rogelio sobre Despidos / Ceses en general siendo demandado FONDO DE GARANTIA SALARIAL, CLECE SA, ASOCIACION A FAVOR DE LA SALUD BIENESTAR SOCIAL Y MEDIO AMBIENTE (A.SA.INT), Jose Manuel , Carlos Ramón , Borja , Desiderio , Macarena , Milagros , Pilar , Felix y MINISTERIO FISCAL habiéndose dictado sentencia por el Juzgado de referencia en fecha 30/6/2015 . La parte dispositiva de dicha resolución expresa: Que debo estimar y estimo parcialmente la demanda interpuesta por D. Rogelio , Mónica , d. Fausto , Luciano , Modesto , Pilar y Felix frente a la Asociación a favor de la Salud, Bienestar Social y Medio Ambiente (ASAINT), con los siguientes pronunciamientos.

1.-Que debo desestimar y desestimo la demanda nulidad de despido de los actores.

2.- Que debo desestimar y desestimo la demanda interpuesta frente a Clece SA, absolviendo a las misma de las acciones contra ellas dirigidas.

3.- Que debo desestimar y desestimo la demanda interpuesta frente a D. Jose Manuel , Carlos Ramón , D. Borja , D Desiderio , D^a Macarena , y D^a Milagros absolviendo a las misma de las acciones contra ellas dirigidas.

4.-Que debo estimar y estimo la demanda interpuesta porD. Fausto frente a Asociación a favor de la Salud, Bienestar Social y Medio Ambiente (ASAINT)debo declarar y declaro la IMPROCEDENCIA DEL DESPIDO de 1 de agosto de 2014, condenando a Asociación a favor de la Salud, Bienestar Social y Medio Ambiente (ASAINT) a que opte en el plazo de cinco días o por la readmisión de D. D. Fausto con abono de salarios de tramitación a razón de 58,60 euros diarios, o a que le indemnice en la cantidad de 16.701 euros, con advertencia que caso de no efectuar opción en dicho plazo se entenderá lo hace por la readmisión.

5.-Que debo estimar y estimo la demanda interpuesta porD. Modesto frente a Asociación a favor de la Salud, Bienestar Social y Medio Ambiente (ASAINT) debo declarar y declaro la IMPROCEDENCIA DEL DESPIDO de 1 de agosto de 2014, condenando a Asociación a favor de la Salud, Bienestar Social y Medio Ambiente (ASAINT) a que opte en el plazo de cinco días o por la readmisión de D. Modesto con abono de salarios de tramitación a razón de 59,83 euros diarios, o a que le indemnice en la cantidad de 34.327,45 euros, con advertencia que caso de no efectuar opción en dicho plazo se entenderá lo hace por la readmisión.

6.-Que debo estimar y estimo la demanda interpuesta porD. Mónica frente a Asociación a favor de la Salud, Bienestar Social y Medio Ambiente (ASAINT) debo declarar y declaro la IMPROCEDENCIA DEL DESPIDO de 1 de agosto de 2014, condenando a Asociación a favor de la Salud, Bienestar Social y Medio Ambiente (ASAINT)a que opte en el plazo de cinco días o por la readmisión de D. Mónica con abono de salarios de tramitación a razón de 56,59 euros diarios, o a que le indemnice en la cantidad de 19.523,54 euros, con advertencia que caso de no efectuar opción en dicho plazo se entenderá lo hace por la readmisión.

7.- Que debo estimar y estimo la demanda interpuesta porD. Rogelio frente a Asociación a favor de la Salud, Bienestar Social y Medio Ambiente (ASAINT)debo declarar y declaro la IMPROCEDENCIA DEL DESPIDO de 1 de agosto de 2014, condenando a Asociación a favor de la Salud, Bienestar Social y Medio Ambiente (ASAINT)a que opte en el plazo de cinco días o por la readmisión de D. Rogelio con abono de salarios de tramitación a razón de 59,83 euros diarios, o a que le indemnice en la cantidad de 30.962,02 euros, con advertencia que caso de no efectuar opción en dicho plazo se entenderá lo hace por la readmisión.

8.-Que debo estimar y estimo la demanda interpuesta porD. Luciano frente a Asociación a favor de la Salud, Bienestar Social y Medio Ambiente (ASAINT) debo declarar y declaro la IMPROCEDENCIA DEL DESPIDO de 1 de agosto de 2014, condenando a Asociación a favor de la Salud, Bienestar Social y Medio Ambiente (ASAINT)a que opte en el plazo de cinco días o por la readmisión de D. Luciano con abono de salarios de tramitación a razón de 59,83 euros diarios, o a que le indemnice en la cantidad de 17.051,54 euros, con advertencia que caso de no efectuar opción en dicho plazo se entenderá lo hace por la readmisión.

9.- Que debo estimar y estimo la demanda interpuesta porD^a. Pilar frente a Asociación a favor de la Salud, Bienestar Social y Medio Ambiente (ASAINT)debo declarar y declaro la IMPROCEDENCIA DEL DESPIDO de 1 de agosto de 2014, condenando a Asociación a favor de la Salud, Bienestar Social y Medio Ambiente (ASAINT)a que opte en el plazo de cinco días o por la readmisión de D^a. Pilar con abono de salarios de tramitación a razón de 45,77 euros diarios, o a que le indemnice en la cantidad de 8.703,50 euros, con advertencia que caso de no efectuar opción en dicho plazo se entenderá lo hace por la readmisión.

10.- Que debo estimar y estimo la demanda interpuesta porD. Felix frente a Asociación a favor de la Salud, Bienestar Social y Medio Ambiente (ASAINT)debo declarar y declaro la IMPROCEDENCIA DEL DESPIDO de 1 de agosto de 2014, condenando a Asociación a favor de la Salud, Bienestar Social y Medio Ambiente (ASAINT)a



que opte en el plazo de cinco días o por la readmisión de D. Felix con abono de salarios de tramitación a razón de 60,13 euros diarios, o a que le indemnice en la cantidad de 7.666,57 euros, con advertencia que caso de no efectuar opción en dicho plazo se entenderá lo hace por la readmisión.

11.- Que debo declarar y declaro que Fogasa debe estar y pasar por esta declaración.

SEGUNDO.- En la sentencia aludida se declararon como hechos probados los siguientes:

PRIMERO.- D. Fausto trabaja como educador, antigüedad de 22 de agosto de 2007, percibiendo salario de 1.758,27 euros, en el centro de menores Isdabe de Estepona, haciéndolo desde el uno agosto de 2013 para Clece SA.

SEGUNDO.- D. Modesto trabaja como educador, antigüedad de 3 de abril de 2001, percibiendo salario de 1.795,04 euros, en el centro de menores Isdabe de Estepona, haciéndolo desde el uno agosto de 2013 para Clece SA.

TERCERO.- D^a. Mónica trabaja como educador, antigüedad de 25 de octubre de 2006, debiendo percibir salario de 1.697,87 euros, en el centro de menores Isdabe de Estepona, haciéndolo desde el uno agosto de 2013 para Clece SA.

CUARTO.- D. Rogelio trabaja como educador, antigüedad de 11 de junio de 2002, percibiendo salario de 1.795,04 euros, en el centro de menores Isdabe de Estepona, haciéndolo desde el uno agosto de 2013 para Clece SA.

QUINTO.- D. Luciano trabaja como educador, antigüedad de 22 de agosto de 2007, debiendo percibir salario de 1.758,27 euros, en el centro de menores Isdabe de Estepona, haciéndolo desde el uno agosto de 2013 para Clece SA.

SEXTO.- D^a. Pilar como personal servicio doméstico, antigüedad de 11 de septiembre de 2009, percibiendo salario de 1.373,38 euros, en el centro de menores Isdabe de Estepona, haciéndolo desde el uno agosto de 2013 para Clece SA.

SÉPTIMO.- D. Felix trabaja como educador, antigüedad de 24 de febrero de 2011, debiendo percibir salario de 1.804,11 euros, en el centro de menores Isdabe de Estepona, haciéndolo desde el uno agosto de 2013 para Clece SA.

OCTAVO.- Clece SA entró en el servicio el uno de agosto de 2013, subrogándose en los trabajadores existentes en el centro y que hasta entonces venían trabajando para Asaint.

El concurso convocado al efecto tiene como objeto según el pliego de prescripciones técnicas refiere al la prestación de servicio de acogimiento residencia de menores de Estepona de 35 plazas, de 18 de ellas del programa de acogida inmediata y 7 de orientación e inserción laboral. La plantilla mínima requerida para el programa de atención inmediata es de un director común con el otro programa, 7 educadores, 3 otros, 1 trabajador social y 1,5 psicólogo. Y para el programa de inserción social y laboral el antes referido director, 1 orientador, 3 educadores, 4 otros y 1 trabajador social. El precio del contrato es de 835.850 euros y contiene el pliego una anexo 1º sobre personal subrogable que contiene a 24 trabajadores.

Por último acompaña al mencionado concurso una serie de cláusulas administrativas en cuyo anexo I se menciona "Subrogación obligatoria del personal: Sí. De conformidad con el art. 35 del vigente convenio colectivo estatal de reforma juvenil y protección de menores."

NOVENO.- En el año 2014 la Consejería de salud y bienestar social decide sacar nuevamente a concurso por un año el mencionado servicio, publicándose el 28 mayo el pliego de condiciones.

Clece SA decide no participar en el nuevo concurso en cuestión.

El objeto del contrato se reduce a 27 plazas de menores designados por la Junta de Andalucía autoridad judicial o fiscal y fuerzas y cuerpos de seguridad del estado. El precio del contrato es de 492.750 euros. El anexo 1º contiene listado de 28 trabajadores con derecho a subrogación proporcionado por Clece SA. La plantilla mínima exigible se compone de 10 miembros (director, orientador, trabajador social, 3 educadores y 4 otros, entre ellos de auxiliar técnicos educativos integración laboral o social). No obstante se especifica que el listado del anexo 1º se integrará la plantilla mínima exigible.

En el pliego de condiciones administrativas en el anexo I se dice "subrogación obligatoria del personal": sí de conformidad con el art. 35 del convenio colectivo estatal de reforma juvenil y protección de menores. El listado de personal con derecho a subrogarse se reconoce como anexo en el pliego de prescripciones técnicas. Dado que este año se contrata menos plazas y solo en un programa (OISL) son necesarios menos efectivos de personal. En el anexo III-C se contempla la plantilla mínima requerida para este programa que son 10 personas



y se añadirán las que resulten de las mejoras presentadas por la entidad adjudicataria. Todas ellas deberán venir del referido listado de subrogación. El anexo III C) de las cláusulas administrativas hablan de plantilla mínima refiriéndose a su "mantenimiento durante la ejecución del contrato"

DÉCIMO.- El 22 de julio por la Consejería se procede a la adjudicación del servicio a la asociación ASAINT.

UNDÉCIMO.- El 24 de julio Asaint requiere a Clece SA información sobre trabajadores a subrogar: listado, jornada, salarios, representante de trabajadores, liquidación de pagas extras, certificado ausencia de deuda con agencia tributaria, así como de seguridad social, copia de nóminas, TC1 , alta en seguridad social, contratos de trabajos y permisos de residencia de trabajadores extranjeros.

Clece SA atiende a la solicitud de información el día 28 de julio de 2014.

DÉCIMO SEGUNDO.- Igualmente Clece SA remite carta a los actores de forma individualizada explicando que finalizan la relación laboral el 31 de julio de 2014, que es personal subrogable y pasará a la nueva concesionaria del servicio desde esa fecha.,Asaint, remitiéndose el art.35 del convenio colectivo de aplicación.

DÉCIMO TERCERO.- Similar comunicación recibe D. Ángel Daniel , representante de trabajadores, quien es personal subrogable.

DÉCIMO CUARTO.- El 30 de julio de 2014 Asaint colocó en el tablón de educadores del centro un listado con 14 trabajadores en los que se subrogaba y expresa advertencia de que quien no figure en la misma no se considera personal subrogable y deberán abstenerse de acudir a trabajar a partir del uno de agosto. Ninguno de los actores estaba en la citada lista.

DÉCIMO QUINTO.- El sr. Ángel Daniel se dirigió como representante de los trabajadores a D^a Macarena representante de Asaint y por los criterios de selección del personal manifestando ésta que la reducción de trabajadores era debido a la reducción del servicio de 35 a 27 plazas y de dos a un programa y que el criterio seguido había sido en función de juventud y titulación.

DÉCIMO SEXTO.- De los siete actores, cinco de ellos D. Modesto , proceso 480/14, D. Luciano 481/14, D. Mónica 483/14, D. Rogelio , 485/14, y D. Fausto 476/14 todos ellos del Juzgado de lo Social 10 habían entablado demanda de reclamación de diferencias salariales frente a la empresa Clece SA que finalizaron con conciliación de todos ellos de fecha 22 de mayo de 2014.

D^a Pilar y D. Felix no llegaron a entablar demanda alguna.

A sensu contrario hubo otros trabajadores que presentaron demanda y sí fueron subrogados por Asaint.

DÉCIMO SÉPTIMO.- Originariamente el trabajo de los educadores se dividía en grupos de forma que se trabajase un día completo y se descansasen tres días seguidos. Pero en enero de 2014 Clece Sa cambia el sistema de organización de trabajo y pasa a encuadrar a los trabajadores en dos grupos: establece un turno de ocho horas entre Fausto , Modesto , Carlos Miguel y Marco Antonio que trabajan cinco días a la semana. Y un segundo grupo de 16 horas que lo desempeñan en tres grupos de manera que lo realizan un día y descansan dos. Por último en mayo vuelve al sistema anterior.

DÉCIMO OCTAVO.- ASAINT, es creada bajo denominación de asociación para la salud integral en la enfermedad 30 de junio de 1996.

El 26 de abril de 2004 se modifican sus estatutos y pasa a denominarse Asociación de la Salud integral, bienestar social y medio Ambiente.

A fecha de 31 de diciembre de 2014 había once socios con la cuota al día. Entre estos once socios uno de ellos es demandante en este proceso D Felix . Hay socios que no son trabajadores y trabajadores que no son socios. A fecha de 31 de diciembre de 2013 eran 18 los socios entre ellos cinco de los anteriores, salvo D Modesto y D^a, Mónica .

La junta directiva de la asociación fue elegida en acta de uno de junio de 2014 y está formada por D^a Macarena como presidenta, D. Carlos Ramón , como vicepresidente, D^a Milagros como tesorera, Desiderio como secretario, D. Jose Manuel y Borja como vocales. Los mismos fueron subrogados el uno de agosto de 2014 a excepción de los sres Carlos Ramón y Borja .

DÉCIMO NOVENO.- Los actores no son ni han ostentado la condición de representante de los trabajadores.

VIGÉSIMO.- Se presenta papeleta de conciliación en el Cmac que se celebra el uno de septiembre de 2014 con el resultado de sin avenencia se da por finalizado sin avenencia.



TERCERO.- Que contra dicha sentencia anunció Recurso de Suplicación la parte demandante, recurso que formalizó siendo impugnado de contrario. Recibidos los autos en este Tribunal el 29/01/2016 se proveyó el pase de los mismos a ponente para su examen y resolución.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO. Los actores han venido prestando sus servicios para Clece S.A., adscritos al servicio de acogimiento y residencia de menores de Estepona, el cual la había sido adjudicado a la empleadora tras el oportuno concurso público por la Consejería de Salud y Bienestar Social de la Junta de Andalucía.

Dicha Consejería decide sacar de nuevo a concurso el servicio, resultando adjudicado a la Asociación a Favor de la Salud, Bienestar Social y Medio Ambiente (ASAINTE, en adelante). En el pliego de prescripciones técnicas la adjudicataria entrante se obligaba a subrogarse como nueva empleadora en los contratos de trabajo de los trabajadores de la empresa saliente.

Los demandante, como quiera que no vieron subrogados sus contratos de trabajo, interpusieron demandas por despido, las cuales han sido estimadas parcialmente por el Magistrado *a quo*, que calificó en la sentencia de instancia la decisión de ASAINTE como constitutiva de despido improcedente, con los efectos inherentes a dicha declaración.

Frente a la misma se alzan los trabajadores mediante el presente recurso de suplicación, articulado a través de diversos motivos de revisión fáctica y censura jurídica a fin de que, revocada en parte la de instancia, se amplíen las consecuencias de sus despidos improcedentes a la empresa saliente Clece S.A., a los administradores de ASAINTE y se amplíe la indemnización de los trabajadores en atención al salario real de los mismos calculado con la efectiva realización de las horas extraordinarias que dicen haber realizado.

SEGUNDO. Por el cauce del apartado b) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social de la Ley de Procedimiento Laboral solicitan los recurrentes la modificación del relato fáctico declarado probado por el Magistrado de instancia con la siguiente finalidad:

- Corregir, en el ordinal primero, la antigüedad del Sr. Fausto, de manera que, en lugar de figurar la de 22 de agosto de 2.007, figure la de 22 de febrero de 2.007.

- Añadir al ordinal decimoséptimo, que "... y la empresa Clece S.A. comunica a la empresa entrante ASAINTE que los trabajadores realizan 40 horas semanales, folio 417 a 728".

- Corregir, en los ordinales primero a cuarto el salario de cada uno de los trabajadores demandantes conforme al texto alternativo que propone.

- y por último, añadir al hecho probado decimooctavo que "Según el impuesto de sociedades del ejercicio 2012, la asociación tiene pérdidas acumuladas de 42.296,31 euros y unos fondos propios negativos de 17.686,62 euros, no constando aprobación de dichas cuentas en el libro de socios".

Los motivos deben fracasar. La mayor antigüedad postulada del Sr. Fausto, porque de la hoja de salario obrante al folio 612 de las actuaciones no se desprende de manera clara y evidente, sin necesidad de conjeturas o suposiciones, el error de hecho del Magistrado pues dicho documento no figura con la firma o sello de la empresa. En relación al exceso de jornada y el correlativo mayor salario de los trabajadores, teniendo en cuenta las horas extraordinarias realizadas, porque como ya ha razonado el Magistrado de instancia tras valorar la prueba practicada, "del cuadrante de horario de las últimas ocho semanas por la empresa correspondientes a mayo y junio se comprueba que la empresa distribuye el trabajo en cuadrantes y grupos y cada día es atendido por cada grupo que descansa los tres días siguientes. En ocho semanas cada grupo trabaja 14 días, lo que multiplicado por 24 horas serían 336 que dividida entre ocho semanas daría una media de 42 horas semanales. Pero no puede ellos conllevar sin más la conclusión del devengo de horas extraordinarias: a) De un lado el cuadrante de trabajo es por grupo de trabajo y no individualizado por lo que no hay prueba de que en cada día todos los integrantes de cada grupo trabajasen las 24 horas del día. B) en segundo lugar al existir jornada irregular debería efectuar en cómputo anual, lo que en este caso tiene la dificultad que entre enero a abril el sistema de trabajo era otra (un trabajador lo hacían cinco días a la semana los otros se dividían en tres grupos que lo hacía 16 horas trabajando uno y descansando)".

Y, por último, respecto de las pérdidas acumuladas de la codemandada ASAINTE, porque nada de interés, según se razonará seguidamente, aportaría al debate planteado.

Los hechos probados, por lo expuesto, quedan firmes e inalterados.

TERCERO. Por el cauce del apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social denuncian los recurrentes en los motivos de censura jurídica, la infracción de los artículos 6.4 y 7 del Código



Civil , 15 y 18 de la L.O. 1/2012 , 2 y 5 de la Ley Concursal , 363.1 e) de la Ley de Sociedades de Capital y 44 del Estatuto de los Trabajadores , así como de la doctrina judicial que los interpreta y que cita en el cuerpo de su recurso. Razona en su alegato, de un lado, que el salario de los actores y, por ello la indemnización por sus despidos improcedentes, debe ser superior (en la forma que solicita en el cuerpo de su recurso y en el posterior escrito de ampliación-aclaración) en atención al exceso de jornada realizado; de otro, que debe extenderse la responsabilidad en las resultas de los despidos a los miembros de la junta de administración a haber actuado con abuso de la personalidad jurídica; y por último, que Clece S.A. también debe responder de dichos despidos al haber incumplido escrupulosamente con su deber de información a la empresa entrante que resultó ser adjudicataria del servicio objeto de la contrata pública.

En relación a la primera cuestión que plantea, como quiera que ha sido desestimado el motivo de revisión fáctica que servía de fundamento para solicitar una mayor indemnización por haber realizado los actores un exceso de jornada, dicho motivo debe fracasar.

Respecto de la pretendida responsabilidad de los miembros de la junta de gobierno de la asociación demandada como consecuencia del negligente ejercicio de sus cargos que ha llevado a la misma a un estado de insolvencia, la Sala, tal y como proclama la Sala de lo Social del T.S.J. de Madrid, en la sentencia que cita el Magistrado *a quo* de 20-05-2015 (Recurso 1015/2014), el título de responsabilidad que se hace valer no deriva de ninguna acción laboral, sino de la acción de responsabilidad general que establece la ley orgánica precitada. Se trata de una acción perfectamente autónoma a la litigiosa en cuanto es una responsabilidad general y de naturaleza civil no sólo inacumulable a la acción de despido, sino tampoco competencia de la jurisdicción laboral, ya que es ante la jurisdicción civil o mercantil donde se puede exigir por la asociación, los asociados o los terceros, la reparación del daño causado por gestión mercantil dolosa o negligente. Se trata de una responsabilidad por daños, que exige fijar causativamente el nexo entre el acto gestor y el perjuicio causado, totalmente autónoma al objeto litigioso, la impugnación del despido, pues la legitimación del tercero presupone su transformación jurídica en acreedor -lo que se hace a través de este litigio- y la imposibilidad de cobrar el crédito del obligado -la empresa- pues tiene un carácter subsidiario, sin que se pueda activar *per saltum* y el tercero ha de exigirla como tal -al margen de la calificación de su crédito como laboral- en la jurisdicción donde pueda examinarse esa negligencia profesional o dolo mercantil que obviamente no es la laboral (artículo 9.2 y 3 L.O.P.J .).

Por último, tampoco puede invocarse de la doctrina de levantamiento de velo para extender la responsabilidad a los miembros de la junta de gobierno pues la asociación está válidamente constituida, fundada desde 1996, con socios pagando cuotas, vida interna activa (libro de socios, folios 1392 y siguientes, libro de actas, folios 1408 y siguientes) y patrimonio diferenciados (cuenta bancaria folios 1396 y siguientes declaraciones tributarias folios 1476 y siguientes). No existe confusión patrimonial de la misma frente a los asociados ni frente a los miembros de la junta directiva.

El motivo, por todo lo razonado, es igualmente rechazado.

CUARTO . La última cuestión planteada en la presente suplicación se refiere a la pretendida extensión de la responsabilidad a la empresa saliente Clece S.A. por incumplir sus obligaciones de " información y consulta ".

Resulta que el Magistrado de instancia ha declarado la responsabilidad de ASAINTE de los siete trabajadores demandantes que no fueron objeto de subrogación por la empresa entrante, en síntesis, por las siguientes razones:

1. Los trabajadores cumplían los requisitos establecidos en el art.35 del Convenio Colectivo , para ser subrogado.
2. La clausula administrativa establece la obligación de subrogar conforme art. 35.
3. El art. 35 no contempla la posibilidad de eximirse de la obligación de subrogar por existir una reducción de contrata.
4. Se refiere el pliego de condiciones técnicas al listado de trabajadores con derecho a subrogación entre los que se encuentran 28.
- 5.-Distinto del concepto de personal con derecho a subrogarse es el concepto de plantilla mínima pues la misma se refiere al mínimo número de trabajadores que deba estar en la ejecución de la contrata. De hecho el anexo III C) de las clausulas administrativas hablan de plantilla mínima refiriéndose a su "mantenimiento durante la ejecución del contrato".
6. En consecuencia la empresa entrante tiene obligación de subrogarse en todos los trabajadores incluidos los actores que cumplan los requisitos para ello y que del listado presentado por la empresa saliente asciende



a 28. Ello sin perjuicio de que pueda con posterioridad acudir a mecanismos de flexibilidad interna o despidos por causas objetivas si así lo aconseja el volumen de la contrata.

Adjudicado el servicio de acogimiento y residencia de menores en Estepona por la Consejería de Salud y Bienestar Social de la Junta de Andalucía a ASAINTE el 22 de julio, dos días después (24 de junio) la nueva adjudicataria requiere a Clece S.A. a fin de que le remita información sobre los trabajadores a los que afecta la subrogación, remitiéndose al artículo 35 del Convenio Colectivo que impone dicho deber de subrogación (hecho probado undécimo, párrafo primero), atendiendo Clece S.A. a dicha solicitud de información el día 28 de julio.

Además, Clece S.A. remite carta a cada uno de los 28 trabajadores afectados de manera individualizada en la que les hacía saber que a partir del 31 de julio, al haberse producido el cambio de adjudicataria, pasarían a prestar servicios para la nueva empleadora ASAINTE.

Pues bien, Clece S.A. ha cumplido con sus deberes de información a la nueva adjudicataria. El precepto convencional (artículo 35 del Convenio Colectivo) no impone, como así parece deducir la parte recurrente, una doble obligación de información y consultas, sino únicamente obliga a la adjudicataria saliente a informar sobre el personal objeto de subrogación. De hecho, y sin perjuicio de que, en todo caso, opere la obligación de subrogación, el punto octavo de dicho precepto prevé que " *Con independencia del derecho de subrogación de los trabajadores y trabajadoras de la empresa saliente será responsable frente a la entrante de los perjuicios económicos que se produzcan a consecuencia de la falsedad en la documentación entregada por la saliente o evidente omisión de datos que afecten a los costes salariales y podrá ser reclamada por la entrante a la saliente* ".

En definitiva, habiéndose cumplido por Clece S.A. su deber de información a la adjudicataria entrante y estando ésta obligada a la subrogación empresarial, las consecuencias de la decisión de ASAINTE han sido correctamente calificadas por el Magistrado de instancia como constitutiva de los despidos de los demandantes, con responsabilidad única de ASAINTE.

Los motivos, por lo expuesto, deben fracasar y por su efecto el recurso, con la consiguiente confirmación de la sentencia combatida.

FALLAMOS

Que debemos **desestimar** y **desestimamos** el recurso de suplicación interpuesto por la representación de Rogelio , Mónica , d. Fausto , Luciano , Modesto , Pilar y Felix contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 7 de Málaga con fecha 30 de junio de 2.015 en autos sobre despido, seguidos a instancias de dichos recurrentes contra la Asociación a Favor de la Salud, Bienestar Social y Medio Ambiente, Clece S.A., D. Jose Manuel , Carlos Ramón , D. Borja , D Desiderio , D^a Macarena , y D^a Milagros habiendo intervenido el Ministerio Fiscal y el Fondo de Garantía Salarial, confirmando la sentencia recurrida.

Notifíquese esta resolución a las partes y al Ministerio Fiscal advirtiéndoles que contra la misma cabe Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina ante la Sala 4^a del Tribunal Supremo, el que deberá prepararse en el plazo de los diez días siguientes a la notificación de este fallo.

Líbrese certificación de la presente sentencia para el rollo a archivar en este Tribunal incorporándose el original al correspondiente libro.

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