



Roj: **STSJ GAL 5713/2019 - ECLI:ES:TSJGAL:2019:5713**

Id Cendoj: **15030340012019103960**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **28/10/2019**

Nº de Recurso: **971/2019**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Social**

Ponente: **ISABEL OLMOS PARES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJS, Santiago de Compostela, núm. 2, 20/11/2018 (autos 661/2017),
STSJ GAL 5713/2019**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE GALICIA SALA DE LO SOCIAL A CORUÑA

PLAZA DE GALICIA S/N 15071 A CORUÑA

Tfno: 981-184 845/959/939 **Fax:** 881-881133/981184853

NIG: 15078 44 4 2017 0002120

Modelo: 402310

RSU RECURSO SUPLICACION 0000971 /2019 PM

Procedimiento origen: DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000661 /2017

Sobre: DESPIDO DISCIPLINARIO

RECURRENTE/S D/ña Casilda

ABOGADO/A: PEDRO BLANCO LOBEIRAS

RECURRIDO/S D/ña: VALORIZA SERVICIOS A LA DEPENDENCIA SL, EULEN SERVICIOS SOCIOSANITARIOS SA,
SERVISAR SERVICIOS SOCIALES SL

ABOGADO/A: ALVARO GARCIA MERINO, JOSE MIGUEL ORANTES CANALES

ILMO. SR. D. MANUEL DOMÍNGUEZ LÓPEZ

PRESIDENTE

ILMA. SRA. D^a. MARÍA ANTONIA REY EIBE

ILMA. SRA. D^a. ISABEL OLMOS PARÉS

En A CORUÑA, a veintiocho de octubre de dos mil diecinueve.

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 NOMBRE 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 971/2019 se interpuso Incidente de nulidad de actuaciones contra la sentencia dictada por esta Sala en el procedimiento DESPIDO/CESES EN GENERAL 661 /2017 seguidos a instancia Casilda , contra VALORIZA SERVICIOS A LA DEPENDENCIA SL, EULEN SERVICIOS SOCIOSANITARIOS SA, SERVISAR SERVICIOS SOCIALES SL, en DESPIDO DISCIPLINARIO. Ha actuado como Ponente ISABEL OLMOS PARÉS que expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: D/Dª Casilda presentó demanda contra VALORIZA SERVICIOS A LA DEPENDENCIA SL, EULEN SERVICIOS SOCIOSANITARIOS SA, SERVISAR SERVICIOS SOCIALES SL, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia de fecha veinte de noviembre de dos mil dieciocho.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes:

1º.- Se declara probado que Dª Casilda prestó servicios por cuenta de la empresa Geriatros desde el 4 de julio de 2011, con la categoría profesional de auxiliar ayuda a domicilio, percibir un salario mensual de 943,73 euros con inclusión de la parte proporcional de las pagas extraordinarias. 2º.- En fecha 1 de mayo de 2015 la empresa demandada, Valoriza Servicios a la Dependencia SL como adjudicataria del servicio público de ayuda a domicilio de Santiago, se subrogo en todos los derechos y obligaciones de la trabajadora. 3º.- En fecha 4 de agosto de 2017 Valoriza Servicios a la Dependencia SL comunicó a la trabajadora despido disciplinario con fecha de efectos de 4 de agosto de 2017, en virtud de carta de despido, por la comisión de una falta laboral muy grave recogida en el artículo 54.2 b), d) y e) del ET y artículo 59 c) 2 y 8 del Convenio Colectivo para la actividad de ayuda a domicilio"(doc. nº 1 del ramo de prueba de la actora, cuyo contenido se da íntegramente por reproducido en este momento en aras de la brevedad). 4º.- La demandante presentó demanda de reclamación de cantidad ante el Juzgado de lo Social de Santiago de Compostela en fecha 21 de junio de 2017. 5º.- En fecha 14 de febrero de 2018 se adjudica por parte del Concello de Santiago de Compostela la prestación del servicio para la explotación del servicio de ayuda en el horas a las demandadas Servicios Sociales SL, y Eulén Servicios Sociosanitarios SA. A Servicios Sociales SL se le adjudica el Lote I(Santiago- Oeste) y Eulén Servicios Sociosanitarios SA el Lote II (Santiago-Este). 6º.- En la relación de trabajadoras a subrogar por parte de la empresa Servicios Sociales SL Lote I(Santiago- Oeste) no figura la persona de la actora(doc. 5 del ramo de prueba de la demandada Servicios Sociales SL). En la relación de trabajadoras a subrogar por parte de la empresa Eulén Servicios Sociosanitarios SA Lote II(Santiago- Este)no figura la persona de la actora(doc. 4 del ramo de prueba de la demandada, Eulén Servicios Sociosanitarios SA). 7º.- La trabajadora no ostenta ni ha ostentado en el último año la condición de delegado de personal ni miembro de comité de empresa ni representante sindical. 8º.- La actora instó acto de conciliación ante el SMAC que finalizó con el resultado de intentado sin efecto. 9º.- Resulta de aplicación el Convenio Colectivo para la actividad de ayuda a domicilio en el Comunidad Autónoma de Galicia.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente:

FALLO: Se estima la demanda formulada por Dª Casilda contra Valoriza Servicios a la Dependencia SL, y se declara la nulidad del despido efectuado a la actora, y en consecuencia, se condena a la demandada a que readmita al demandante en su puesto de trabajo, en las mismas condiciones que regían con anterioridad al despido, esto es, con una antigüedad de 4 de julio de 2011, y un salario de 943,73 euros mensuales, con inclusión de las pagas extras, con abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido, a razón de 31,03 euros. Se desestima la demanda formulada por Dª Casilda contra Servicios Sociales SL y Eulén Servicios Sociosanitarios SA, absolviendo a las demandadas de los pedimentos contra ellas dirigidos.

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte demandante, no siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el paso de los mismos al Ponente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Contra la sentencia de instancia que estimó la demanda de despido y declaró el mismo nulo condenando a la empresa VALORIZA SERVICIOS A LA DEPENDENCIA SL interpone recurso de suplicación el letrado de la trabajadora doña Casilda construyendo su recurso en base a tres motivos de recurso. Dicho recurso ha sido impugnado por escrito de la representación letrada de la empresa SERVISAR SERVICIOS SOCIALES SL.

SEGUNDO.- Que en su primer motivo la trabajadora con amparo en el art. 193 b) de la LRJS pretende modificar el salario fijado en la sentencia recurrida en el hecho probado primero para establecer el importe mensual de



964,08 euros al mes en función de la antigüedad reconocida en la propia sentencia. No se acepta, pues hace supuesto de la cuestión al pretender sustituir un salario por otro, lo que debe ser objeto de discusión a través del motivo del art. 193 c) de la LRJS, como en efecto realiza posteriormente.

TERCERO.- En el motivo segundo, con el mismo amparo procesal se pide la modificación del hecho probado segundo en el sentido de añadir un párrafo que diga "con una jornada de 78,79%, si bien solo le reconocía una antigüedad de 1-2- 2013 en las nóminas". Se funda en las nóminas (folios 251 a 262) y en cuanto a la jornada en el folio 239 (anexo al contrato de trabajo de fecha 30 de marzo de 2015), dónde se menciona que la jornada será de un 78,80% respecto de la jornada habitual a tiempo completo y folio 244 (vida laboral). Se acepta la referencia a la jornada, no a la antigüedad, pues no tiene relevancia como indica la parte impugnante del recurso.

CUARTO.- La tercera modificación fáctica, que funda su tercer motivo de recuso pretende introducir un primer párrafo al hecho probado sexto para decir que: " *En la relación de personal a subrogar en el SAF de Santiago d Compostela, distribuida en lotes, y de acuerdo con los datos existentes a 6 de julio de 2017, fecha de remisión del listado por la adjudicataria Valoriza, y que correspondían al lote I (zona Santiago Oeste) aparecía la actora, con una antigüedad reconocida de 1-2-2013 y un porcentaje de jornada de 78,79%*". Se sustenta en el documento nº14 del ramo de prueba de la actora (folio 321), dónde figura una relación de los códigos de contratos a subrogar, entre ellos el 289, que según la recurrente corresponde a la actora. Pero de dicho documento no se acredita de forma fehaciente que se trate de la actora pues el código de contrato corresponde a la modalidad contractual, y no identifica al trabajador, de modo que como pone de manifiesto la empresa SERVISAR al impugnar el recurso no demuestran de forma clara y evidente la supuesta equivocación de la juzgadora.

QUINTO.- En el motivo que tiene por objeto la censura jurídica de la sentencia, con amparo en el art. 193 c) de la LRJS se alega la infracción de los arts. 41, 42 y 44 del Convenio Colectivo de ayuda a domicilio en relación con el art. 56 1 a) del mismo texto legal y la Jurisprudencia unificada del TS, señalando que el salario regulador aplicado en la sentencia no tiene en cuenta la antigüedad de la trabajadora.

Sobre la cuestión de cuál debe ser el salario regulador a efectos del cálculo de la indemnización por despido improcedente, cabe señalar que la doctrina jurisprudencial de la Sala Cuarta del T.S., contenida en la sentencia de 17 de julio de 1990 y reiterada en otras muchas anteriores o posteriores sobre la misma o parecidas cuestiones (entre ellas, STS 30-5-2003, rec. 2754/2002 y 27-9-2004, rec. 4911/2003, y 12 de mayo de 2005, rec. 2776/2004) ha establecido que "el salario que ha de regular las indemnizaciones por despido es el percibido en el último mes, prorrateado con las pagas extraordinarias, salvo circunstancias especiales". En todo caso debe ser el salario que realmente le corresponde percibir a la trabajadora y no el que de forma arbitraria o no ajustada a derecho le venga abonando la empresa.

Al respecto se aduce que el salario declarado probado no ha tenido en cuenta que la actora acredita dos trienios, así como no se ha tenido en cuenta la actualización de las tablas salariales conforme al IPC.

Pero como quiera que la antigüedad que ha sido reconocida por la juez es la de 4 de julio de 2011 y con respecto a ella ninguna denuncia jurídica se ha realizado, sino que solo se reclama dos trienios en virtud de una antigüedad que no es la probada, debe ser rechazado ese incremento. En todo caso, el segundo trienio se hubiese devengado a partir del mes de julio de 2017, es decir, en el mes de agosto, siendo que el salario a tener en cuenta a efectos del despido es, como se ha dicho, el del mes completo anterior, julio de 2017, dónde todavía no se devengó ese trienio.

En cuanto a la actualización salarial, en demanda se alegan una serie de acuerdos de actualización que llegan hasta el año 2012, y sin embargo no se aportan. Consta, eso sí, demanda de la actora reclamando diferencias salariales por actualización salarial por aplicación del IPC, pero sin que alegue cuál es el IPC que aplica para hallar el salario que pretende desde enero de 2016 (el IPC en 2015 fue igual a 0, según se puede consultar en el INE) y sin embargo la actora calcula un incremento a partir de enero de 2016, sin explicar a qué obedece. Tampoco resulta claro qué IPC ha aplicado a partir de enero de 2017, ni en la demanda de reclamación de cantidad ni en el despido, sin que por otro lado se haya denunciado, por no aplicación, la infracción del art. 7 del Convenio Colectivo que es el que justificaría la referida actualización. Se desestima.

SEXTO.- En el quinto motivo de recurso con el mismo amparo que en el anterior se alega la infracción del art. 44 del ET en relación con el art. 15 del Convenio Colectivo así como de los arts. 1.1. y 1.4. de la Directiva europea de transmisión de empresas y el art. 47 de la CDFUE.

Se aduce que la trabajadora fue despedida en pleno proceso de adjudicación de la contrata del servicio, como se corrobora por el hecho de que aparece en el listado de personas a subrogar comunicado por la empresa VALORIZA. Es por ello que amplió la demanda a medio de escrito de 26 de febrero de 2018 dirigiendo la demanda contra las nuevas adjudicatarias del servicio y consta en el fundamento de derecho tercero de



la sentencia de instancia que en el acto de la vista la trabajadora alegó que las mismas deberían haberlo subrogado. Sería cuestión nueva, como alga la empresa SERVISAR si dicha subrogación se planteara ahora en el recurso, pero como vemos dicha cuestión fue alegada en la vista y enjuiciada en la sentencia, sin perjuicio de los razonamientos vertidos por la juzgadora de instancia en el sentido de que se trató esa nueva adjudicación de un hecho posterior al despido, seis meses después, cuando la trabajadora ya estaba desvinculada de VALORIZA SERVICIOS, en orden a rechazar dicho planteamiento, lo que es cosa distinta a ser una cuestión nueva.

En este sentido, y por lo que se refiere a las infracciones denunciadas por la trabajadora n su motivo quinto del recurso, debe decirse que aunque la subrogación opera por vía convencional no cabe duda que también se ha producido una sucesión o transmisión empresarial en los términos que ha venido señalando la Jurisprudencia del TJUE, teniendo en cuenta que la actividad de ayuda a domicilio descansa fundamentalmente en la mano de obra.

Como dijimos en nuestra sentencia de 26 de julio de 2018 en el R. 2310/2016, tras plantear previamente cuestión prejudicial que fue resuelta por la STJUE de 11-7-2018 (C-60/17): " el TJUE entiende que...[---]... el hecho de que la sucesión de plantilla venga impuesta por el convenio colectivo "no afecta, en cualquier caso, al hecho de que la transmisión se refiere a una entidad económica" (con cita de la sentencia Seguritas- C.200/16 , posterior al planteamiento de nuestra cuestión), por lo que sería incardinable en el ámbito del art.1 de la Directiva.

Establece el art.3.1 de la Directiva que "los derechos y obligaciones que resulten para el cedente de un contrato de trabajo... serán transferidos al cesionario como consecuencia de tal traspaso". Añade que "Los Estados miembros podrán establecer que, después de la fecha del traspaso, el cedente y el cesionario sean responsables solidariamente de las obligaciones que tuvieran su origen, antes de la fecha del traspaso, en un contrato de trabajo o en una relación laboral existentes en la fecha del traspaso".

De ello se deriva que desde que se da el traspaso, el cesionario se subroga en la posición del cedente respecto de todos los derechos y obligaciones del cedente existentes en ese momento, asumiendo obligatoriamente las deudas que aquel hubiera contraído con el trabajador; los Estados pueden reforzar tal garantía estableciendo que sean responsables solidarios cedente y cesionario respecto de las deudas anteriores, pero esta posibilidad, desde luego, no empece que el cesionario sea responsable siempre, se le añada o no legalmente la responsabilidad del cedente.

Tales previsiones se han traspuesto a nuestro Derecho interno a través del art.44 ET que reza, en lo que interesa: "1- El cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente...

2- Sin perjuicio de lo establecido en la legislación de Seguridad Social, el cedente y el cesionario, en las transmisiones que tengan lugar por actos inter vivos, responderán solidariamente durante tres años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas".

Tal precepto resulta de derecho necesario cuando existe una transmisión de una entidad económica como es el caso de litis, y por tanto debe ser aplicado, en virtud del principio de jerarquía normativa, que en Derecho laboral se contiene en el art.3 ET , desplazando la norma convencional en tanto que ésta ofrece un menor grado de protección a los trabajadores".

De este modo, aunque el mismo Convenio Colectivo exige que las personas trabajadoras objeto de subrogación se hallen en activo, es decir, que estén prestando sus servicios con una antigüedad mínima de 4 meses, ello no debe impedir la obligación de la entrante de subrogar y ello en base a las siguientes consideraciones: Por un lado, porque los términos en que se regula la subrogación resultan de amplio espectro, pues resulta que: a) es indiferente el tipo de contrato con que estuvieran vinculados a la empresa saliente; b) el plazo de cuatro meses se computa de forma directa o indirecta (por sustitución definitiva o por interinidad) e incluso no se exige en supuesto de nueva contratación que "por exigencias del cliente, se hubiesen incorporado al centro como consecuencia de la ampliación del contrato dentro de los últimos 4 meses"; y c) se contemplan expresamente supuestos los trabajadores que pudieran ser objeto de subrogación, por suspensión contractual, no prestaran servicios efectivos en la empresa 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".



Respecto a la supuesta desvinculación de la trabajadora en la empresa saliente VALORZA SERVICIOS en el momento de la nueva adjudicación, lo que impediría la obligación de subrogación de la entrante, ello sería así de aplicar el régimen del Convenio Colectivo, pero al régimen convencional de sucesión de contratas se superpone el régimen de la transmisión o sucesión empresarial ex art. 44 ET, de modo que si bien la norma convencional exige "estar en activo" en la empresa saliente en el momento de la pretendida sucesión, dicha exigencia no puede ser aplicada si como es el caso estamos en presencia de una verdadera transmisión empresarial, dónde el art. 44 ET no exige esos requisitos. Es así que la nulidad del despido declarada en la instancia con la consiguiente obligación de readmitir debe permitir la condena de la empresa sucesora, ya que la trabajadora ha sido despedida ilegalmente (calificado de nulidad) por la empresa saliente poco tiempo antes de la sucesión, cumpliendo todos los demás requisitos exigibles para que se produzca la subrogación, y hallándose pendiente el proceso de despido, esto es, con vinculación todavía en la empresa saliente; de entender lo contrario estaríamos permitiendo que el despido anterior a una próxima nueva adjudicación pudiera impedir los derechos a la subrogación de una trabajadora por la actuación ilícita de la empresa saliente y, en su caso, por la demora no imputable a la parte trabajadora de la resolución judicial del proceso de impugnación del referido despido.

En el mismo sentido el TS, así en sentencia de 27 de noviembre de 2018 (Recurso: 1958/2017) con cita de la STS 455/2018 de 26 abril (rcud. 2004/2016) en el caso de adjudicación en empresa en concurso: *"...no cabe duda de que con la adjudicación de la unidad productiva autónoma se ha producido una auténtica transmisión de una entidad económica que mantiene su identidad, a través de la asunción por la adjudicataria de un conjunto de medios organizados que permiten llevar a cabo la actividad económica que se venía desarrollando con anterioridad. Estamos, por tanto, ante una transmisión de empresa a la que deben aplicarse las consecuencias previstas en el artículo 44 ET y, especialmente, por lo que a los presentes efectos interesa, las concernientes a la subrogación en la posición empresarial y la consiguiente asunción de responsabilidades en las obligaciones derivadas de la calificación...del despido"*.

En definitiva, si la empresa codemandada SERVICIOS SOCIALES SL es quién ha sucedido a la empresa VALORIZA es claro que la primera debe asumir las consecuencia de la calificación del despido, en este caso de un despido nulo, con las consiguientes obligaciones de readmitir en el mismo puesto. En todo caso, no está vigente la doctrina jurisprudencial mencionada por la sentencia de instancia y citada también por SERVISAR en relación a que el incumplimiento de las obligaciones de la saliente impide que se transfiera la obligación de subrogar a la entrante. El propio apartado 6 del art. 15 del Convenio colectivo establece que "el no cumplimiento por parte de la empresa saliente de los plazos indicados y de los requisitos previstos en este artículo no exime de la obligatoriedad de la subrogación por parte de la empresa adjudicataria, siempre que finalmente se acredite el derecho de las personas trabajadoras a ser subrogadas. En este caso, serán a cuenta de la empresa saliente los salarios que se devenguen desde la fecha de la nueva adjudicación hasta que la subrogación se produzca, por retraso injustificado en cumplir los requisitos expuestos". Procede pues la estimación parcial de recurso y la revocación parcial de la sentencia de instancia.

FALLAMOS

Que estimando en parte el recurso de Suplicación interpuesto por la representación letrada de doña Casilda contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número dos de los de Santiago, en proceso por despido promovido por la recurrente frente a las empresas VALORIZA SERVICIOS A LA DEPENDENCIA SL y otras, debemos revocar y revocamos en parte la sentencia recurrida y en consecuencia debemos condenar y condenamos de forma solidaria a las empresas VALORIZA SERVICIOS A LA DEPENDENCIA SL y a la empresa SERVICIOS SOCIALES SL a estar y pasar por los pronunciamientos de la sentencia de instancia en cuanto a la nulidad del despido y asimismo en relación a la condena a la readmisión en su puesto de trabajo, en las mismas condiciones que regían con anterioridad al despido y la antigüedad y salario fijados en el fallo de la sentencia además de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido a razón de 31.03 euros diarios.

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Galicia.

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 37 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 37 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 37 **** ++**).

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 le suscribe, en la Sala de Audiencia de este Tribunal. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ