



Roj: **STSJ GAL 2375/2017 - ECLI:ES:TSJGAL:2017:2375**

Id Cendoj: **15030340012017101721**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **31/03/2017**

Nº de Recurso: **5085/2016**

Nº de Resolución: **1945/2017**

Procedimiento: **RECURSO SUPLICACION**

Ponente: **MARIA TERESA CONDE-PUMPIDO TOURON**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL A CORUÑA

PLAZA DE GALICIA

Tfno: 981184 845/959/939

Fax: 881881133 /981184853

NIG: 15030 44 4 2015 0005734

Equipo/usuario: MC

Modelo: 402250

RSU RECURSO SUPLICACION 0005085 /2016 MCR

Procedimiento origen: DESPIDO/CESES EN GENERAL 0001125 /2015

Sobre: DESPIDO DISCIPLINARIO

RECURRENTE/S D/ña GRUPO EUROPEO DE SERVICIOS DOAL,S.A.

ABOGADO/A: MANUEL FERNANDEZ-ECHEVARRIA MORATO DE TAPIA

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

RECURRIDO/S D/ña: FOGASA, SETEX APARKI SA , VALORIZA SERVICIOS MEDIOAMBIENTALES SA , UTE GRUA A CORUÑA , SOGESEL DESARROLLO Y GESTION SL , Alexis

ABOGADO/A:

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

ILMO. SR. D. ANTONIO GARCIA AMOR

ILMA. SRA. D. BEATRIZ RAMA INSUA

ILMA. SRA. D^a M^a TERESA CONDE PUMPIDO TOURON

En A CORUÑA, a treinta y uno de marzo de dos mil diecisiete.

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 NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL



ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el RECURSO SUPPLICACION 0005085 /2016, formalizado por el/la letrado D/D^a MANUEL FERNANDEZ-ECHEVARRIA MORATO DE TAPIA, en nombre y representación de GRUPO EUROPEO DE SERVICIOS DOAL,S.A., contra la sentencia número 202 /16 dictada por XDO. DO SOCIAL N. 2 de A CORUÑA en el procedimiento DESPIDO/CESES EN GENERAL 0001125 /2015, seguidos a instancia de Alexis frente a FOGASA, SETEX APARKI SA, GRUPO EUROPEO DE SERVICIOS DOAL,S.A., VALORIZA SERVICIOS MEDIOAMBIENTALES SA, UTE GRUA A CORUÑA, SOGESEL DESARROLLO Y GESTION SL, siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo/a Sr/Sra D/ D^a M^a TERESA CONDE PUMPIDO TOURON.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: D/D^a Alexis presentó demanda contra FOGASA, SETEX APARKI SA, GRUPO EUROPEO DE SERVICIOS DOAL,S.A., VALORIZA SERVICIOS MEDIOAMBIENTALES SA, UTE GRUA A CORUÑA, SOGESEL DESARROLLO Y GESTION SL, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 202 /16, de fecha seis de mayo de dos mil dieciséis

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

PRIMERO. D. Alexis presta servicios para la empresa GRUPO EUROPEO DE SERVICIOS DOAL, S.A. con categoría de conductor mecánico, percibiendo un salario de 1.850,27 euros mensuales.

Ha estado de alta en las siguientes empresas:

- 12/4/2010-15/9/2010: GRUPO EUROPEO DE SERVICIOS DOAL, S.A.
- 16/9/2010-31/3/2013: SERVICIOS DE INGENIERÍA Y TRANSPORTES AUXILIARES
- 1/8/2013-30/9/2013: PROCEDIMIENTOS DE ASEO URBANO PAU, S.A.
- 29/12/2013-29/12/2013 SERVICIOS Y MATERIALES, S.A. 1/8/2013
- 15/10/2015; GRUPO EUROPEO DE SERVICIOS DOAL, S.A.

En el informe de fecha 8 de enero de 2015 para el Pliego de Condiciones del concurso de la ORA sobre las circunstancias del personal a subrogar figura en el Anexo II el trabajador con los siguientes datos:

Categoría: vigilante; tipo de contrato: indefinido; antigüedad: 16/9/2010; jornada: 100%; retribución anual: 22.768,01 euros.

En las nóminas consta una antigüedad de 16 de septiembre de 2010.

Desde el 1 de octubre de 2014 el trabajador tiene reconocida por la empresa una categoría de vigilante ORA.

SEGUNDO. D. Alexis nunca prestó servicios efectivos como vigilante OEA, acudiendo, tras el cambio de categoría, únicamente unos días de formación sin uniforme y sin asignación de ruta.

Prestó servicios como conductor mecánico en la grúa de Coruña y de Arteixo.

TERCERO. La empresa GRUPO EUROPEO DE SERVICIOS DOAL, S.A. remitió comunicación al trabajador con el siguiente contenido:

"Por medio de la presente comunicación ponemos en su conocimiento que el próximo día 15 de Octubre del presente año finalizará su relación laboral con esta empresa como consecuencia de la adjudicación a nueva entidad del "Servicio de ordenación y regulación de aparcamiento en la vía pública mediante expendedores de tickets (ORA) del Ayuntamiento A Coruña" en el que usted viene prestando servicios actualmente.

La nueva adjudicataria que, de acuerdo con la legislación vigente, deberá subrogarse en todos sus derechos y obligaciones laborales, a partir del próximo día 16 de Octubre de 2.015, es: SETEX APARKI SA....

Le informamos que tiene a su disposición en las oficinas de nuestra empresa la liquidación laboral que le corresponde...". CUARTO. El 16 de octubre de 2015 la empresa SETEX APARKI, S.A.

comunicó al trabajador su no subrogación" conforme a lo que sigue:

"....Por la presente, le comunicarnos que el pasado día nueve de octubre de dos mil quince, fuimos notificados por el Excmo. Ayuntamiento de A Coruña para firmar, el siguiente día catorce de octubre, como así se realizó,



el contrato administrativo del servicio público de ordenación y regulación del aparcamiento de vehículos en el municipio de A Coruña, que nos fue adjudicado por acuerdo de la Junta de Gobierno del citado Ayuntamiento, en su sesión celebrada el día 31 de julio de 2015.

En concreto, dicha concesión administrativa "contrata", se produce tras el anuncio de convocatoria de fecha 15 de diciembre de 2014, en la que se procede a la división de la contrata en dos servicios, el de estacionamiento limitado de vehículos en la vía pública (OEA) y el de retirada de vehículos en la vía pública (GRUA), habiendo sido SETEXAPARKI, S.A. adjudicataria exclusivamente del primero de ellos, es decir, del servicio de estacionamiento limitado ORA.

Por tal motivo y con relación a la división de contrata producida, esta parte ha tenido cabal conocimiento, de que usted no ha estado adscrito a los servicios objeto del contrato del que SETEX-APARKI, S.A. es actual concesionaria y/o no se da el supuesto de "antigüedad en ese concreto servicio de los tres últimos meses anteriores a la primera convocatoria oficial del concurso para la adjudicación de la contrata, publicada en el medio que en cada caso corresponda, sea cual fuere la modalidad de su contrato de trabajo, con independencia de que, con anterioridad al citado período, hubiese trabajado en otra contrata", según disponen los artículos 10 y siguientes del Convenio Colectivo V convenio colectivo de ámbito autonómico para el sector de aparcamientos, garajes y estacionamientos regulados de superficie, de aplicación, con relación a lo previsto respecto al presente caso de "división de contratas".

En consecuencia, no se produce la obligatoriedad de que la actual concesionaria se subrogue en su contrato, por lo que usted continúa integrado como personal de la empresa cesante, por lo que, por medio de la presente, le comunicamos tal circunstancia para su conocimiento y a los debidos efectos,

Simultáneamente, con esta fecha, procedemos a comunicar a la empresa saliente GRUPO EUROPEO DE SERVICIOS DOAL, S.A. que, Por los motivos expuestos, usted continúa formando parte de su Plantilla, no operando en su caso la subrogación establecida....".

QUINTO. La entidad GRUPO EUROPEO DE SERVICIOS DOAL, S.A., era la concesionaria del servicio de ordenación y regulación de aparcamiento, y retirada, inmovilización y depósito de vehículos estacionados en la ciudad de A Coruña., según el contrato suscrito el 28 de abril de 2005, hasta el 30 de julio de 2015.

En fecha de 21 de mayo de 2015, resultó adjudicataria del servicio de retirada, inmovilización y depósito de vehículos estacionados, la U.T.E. GRUÁ CORUÑA, configurada por las entidades VALORIZA SERVICIOS MEDIOAMBIENTALES, S.A. - SOGESEL DESARROLLO Y GESTIÓN, S.L., que concertó contrato con el Ayuntamiento de A Coruña, el 27 de julio de 2015, según el pliego de prescripciones técnicas particulares, cuyo tenor literal se da por reproducido (obrante en las actuaciones, remitido por el Ayuntamiento de A Coruña)

En fecha de 31 de julio de 2015, el Ayuntamiento de A Coruña adjudicó la gestión del servicio público de la ordenación y regulación del aparcamiento de vehículos (ORA) mediante la modalidad de concesión a favor de SETEX APARKI S.A., según el pliego de prescripciones técnicas particulares, cuyo tenor literal se da por reproducido (obrante en las actuaciones, remitido por el Ayuntamiento de A Coruña), que hizo efectiva asunción del servicio el 15 de octubre de 2015. La licitación de este servicio se produjo mediante publicación de anuncio en el D.O.GA., de 15 de diciembre de 2014, y en el B.O.P. A Coruña de 17 de diciembre de 2014.

SEXTO. La entidad U.T.E. VALORIZA SERVICIOS MEDIOAMBIENTALES, S.A. - SOGESEL DESARROLLO Y GESTIÓN, S.L., solicitó por burofax remitido el 9 de julio de .015, relación de personal adscrito al citado servicio y una serie de documentación, que le fue entregada por GRUPO EUROPEO DE SERVICIOS DOAL, S.A. el 27 de julio de 2015 y completada posteriormente con otra documentación. Esta entidad no subrogó a dos trabajadores, de los que figuraban en la relación de personal en el pliego de cláusulas técnicas.

La entidad SETEX APARKI, S.A., solicitó por burofax de 6 de agosto de 2015, relación de personal y documentación del mismo a subrogar, siendo enviado por GRUPO EUROPEO DE SERVICIOS DOAL, S.A., diversos documentos vía e mail y a medio de entrega documentada por notario el 14 de octubre de 2015. Esta entidad no subrogó a nueve trabajadores.

La entidad GRUPO EUROPEO DE SERVICIOS DOAL, S.A. remitió a la nueva adjudicataria del servicio contrato de trabajo de D. Alexis de fecha 1 de abril de 2014, con categoría de conductor mecánico y en el que se le reconoce una antigüedad de 16 de septiembre de 2010.

SÉPTIMO. El trabajador figura en la relación de trabajadores a subrogar presentada ante el Ayuntamiento de A Coruña, por GRUPO EUROPEO DE SERVICIOS DOAL, S.A. en el servicio ORA.

OCTAVO. Se dan por reproducidas las actas de reversión de bienes e instalaciones adscritos al servicio ORA y al servicio grúa, aportadas por la entidad GRUPO EUROPEO DE SERVICIOS DOAL, S.A. como documentos 8



y 9 de su ramo de prueba. Así como las facturas de inversión en elementos de infraestructura aportadas por SETEX APARKI como documento 28.

NOVENO. Se da por reproducido el listado de personal que DOAL entregó en su día a la UTE y que se aporta como documental por esta representación.

DÉCIMO. El trabajador no ostenta ni ha ostentado en el último año la condición de delegado de personal ni miembro de comité de empresa, ni representante sindical.

UNDÉCIMO. El 20 de noviembre de 2015 se celebró el acto de conciliación con las empresas SETEX APARKI, S.A. y GRUPO EUROPEO DE SERVICIOS DOAL, S.A. con el resultado, sin avenencia.

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

Que debo estimar y estimo la demanda presentada por D. Alexis y declaro IMPROCEDENTE el despido del actor condenando a la empresa GRUPO EUROPEO DE SERVICIOS DOAL, S.A. a que, en el plazo de cinco días desde la fecha de la notificación de la sentencia, opte entre la READMISIÓN inmediata del demandante, en las mismas condiciones que regían con anterioridad, con abono, de los salarios de tramitación desde la fecha del despido, hasta la notificación de esta resolución, que ascienden a 60,83 euros diarios o bien al abono de una INDEMNIZACIÓN por despido a razón de 12.546,19 euros.

Se absuelve a las empresas SETEX APARKI, S.A. y UTE GRÚA CORUÑA (VALORIZA SERVICIOS MEDIOAMBIENTALES, S.A. SOGESEL DESARROLLO Y GESTIÓN, S.L.) de todas las pretensiones deducidas en su contra.

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por GRUPO EUROPEO DE SERVICIOS DOAL,S.A. 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 22/11/16.

SEXTO: Admitido a trámite el recurso se señaló el día 31/3/17 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 declaró improcedente el despido acordado por la empresa GRUPO EUROPEO DE SERVICIOS DOAL SA,absolviendo a las codemandadas,se alza el recurso de la demandada condenada que solicita la revocación y la condena de SETEX APARKI, S.A.;el recurso es impugnado por dicha codemandada y por el trabajador demandante.

SEGUNDO -En primer lugar la recurrente,al amparo del art. 193 b) LRJS ,solicita las siguientes revisiones del relato fáctico:

A)Del ordinal primero para que se añada "Tanto la categoría de conductor-mecánico como la de vigilante se encuentran encuadradas en el mismo grupo profesional", en base sustancialmente al Convenio Colectivo,lo que es suficiente para su desestimación pues las consecuencias de una norma-cualidad que tiene el Convenio-pueden invocarse en Derecho, pero no forman parte de la narración de "hechos".

B)Para que se adicione al ordinal primero en cuanto a las situaciones de alta del actor,las siguientes:"1/4/2013 a 30/7/2015-.Prestación contributiva de desempleo.de 1/8/2013 a 30/11/2013 GESDOAL Fijo discontinuo (75%)";no existe inconveniente en hacer constar el periodo en desempleo ,no así la supuesta cualidad de fijo discontinuo en tal periodo, al derivarse de un contrato ya valorado por la juzgadora junto al resto de la prueba e impugnado de contrario.

C)Para sustituir el párrafo segundo del ordinal segundo por lo siguiente: "Al menos durante los dos últimos años ha prestado sus servicios, única y exclusivamente como conductor mecánico para la reparación de los vehículos del contrato único (ORA +Grua) adjudicado a DOAL ,con anterioridad lo hizo de manera residual para la grúa de Arteixo". La revisión debe fracasar al fundarse la juzgadora a quo en prueba testifical en base a Las facultades reconocidas ex art.97-2 LRJS y no evidenciar un error en tal convicción los partes de trabajo invocados, tratándose de una versión subjetiva de la parte que no puede sustituir a la plasmada por la magistrada de instancia.

D)Solicita la adición de un nuevo ordinal que diga:"El actor se encontraba de alta en el código de cuenta cotización de la ORA", lo que tampoco se admite puesto que carece de trascendencia en que cuenta de cotización fuera incluido el trabajador por la recurrente.



TERCERO- .Con amparo procesal en el apartado c) del art.193 LRJS ,se denuncia infracción del art.44 ET ,la Directiva 2001/23/CE (sin concreción de precepto); además, se citan sentencias de Tribunales Superiores, que no tienen el carácter de jurisprudencia con el art 1.6 Cc , así como la sentencia de la Sala Cuarta de 14-4-2016 y 7-4-2016 y 27-4-2015 .

En realidad ,el motivo al estar prácticamente sin desarrollar por la recurrente y limitarse a la copia de trozos de sentencias,con doctrinas contradictorias en algún caso ,resulta difícil de comprender ,pues no está claro si mantiene la existencia de una sucesión empresarial ex art.44 ET ,o bien que ,como sostiene la invocada STS de 7-4-2016 ,la subrogación era obligada por el Convenio Colectivo (normativa ésta que no invoca como infringida). Es cierto que la sentencia de instancia también es confusa, porque parece afirmar que se da un supuesto de subrogación del art.44 ET pero que ha de cumplirse el requisito condicional de antigüedad del Convenio,- lo que sería erróneo jurídicamente ,pues si estamos ante una subrogación obligatoria en términos del art.44 ET ,el Convenio no podría someterla a condición alguna-,o bien cabe entender que, al invocar la jurisprudencia sobre sucesión de contratos sin soporte o transmisión patrimonial, considera que estamos en tal supuesto ,y por ello pasa a examinar si el demandante cumplía los requisitos de antigüedad convencionalmente exigidos llegando a conclusión negativa .

Ateniéndonos al relato fáctico,del mismo se desprende que la recurrente era concesionaria del servicio Grúa +Ora;que en la nueva adjudicación ambos servicios se desgajan y SETEX APARKI, S.A se hace cargo del servicio de ORA y es a dicha concesionaria a la que la recurrente comunica que debe hacerse cargo del demandante,postura que mantiene en el recurso.

Tanto el artículo 1 de la Directiva citada, como el número 2 del artículo 44 ET exigen que la transmisión afecte a "una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica , esencial o accesorio".La jurisprudencia del TJUE ha admitido que "en la medida en que, en determinados sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una entidad económica, ha de admitirse que dicha entidad puede mantener su identidad aun después de su transmisión cuando el nuevo empresario no se limita a continuar con la actividad de que se trata, sino que además se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencias, del personal que su antecesor destinaba especialmente a dicha tarea. En este supuesto, el nuevo empresario adquiere en efecto el conjunto organizado de elementos que le permitirá continuar las actividades o algunas actividades de la empresa cedente de forma estable" (sentencias Süzen, apartado 21; Hernández Vidal y otros, apartado 32; de 10 de diciembre de 1998, Hidalgo y otros, C- 173/96 y C-247/96 , Rec. p. I-8237, apartado 32; de 24 de enero de 2002, Temco, C-51/00 , Rec. p. I-969, apartado 33, y UGT-FSP, antes citada, apartado 29).

Pues bien, cabe entender que la actividad de "servicio de retirada, inmovilización y depósito de vehículos" por una parte ,y el de ordenación y regulación del aparcamiento de vehículos ORA, tienen cada uno de ellos las características para ser identificados como un "conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica". Ahora bien, según el relato histórico finalizado el contrato, la recurrente entregó a la Administración "los bienes e instalaciones adscritos al servicio",pero no consta en cambio que el Ayuntamiento los hubiera puesto a disposición de la nueva contratista. Aún si consideráramos que el servicio de ORA descansa "fundamentalmente" en mano de obra y no exige infraestructuras y equipamiento indispensables para realizar la actividad ,de acuerdo con el ordinal sexto sabemos que SETEX no subrogó a nueve trabajadores pero ignoramos a cuantos pudo seguir dando empleo, a efectos de determinar si se trata de una parte "esencial" de la plantilla.

Pero en último término ,incluso si admitiéramos que hubo transmisión de elementos patrimoniales y/o de plantilla entre la recurrente y SETEX, se trata en cualquier caso de meras disquisiciones sin aplicación en la litis, pues si hemos concluido que cada servicio constituye una entidad económica diferenciada ,los efectos del art.44 ET se desplegarían respecto de los trabajadores que prestaran servicios para cada una de dichas actividades .Y en el caso de litis ,lo que concluye la juzgadora a quo es que el demandante "nunca" trabajó como vigilante de la ORA, sino como conductor mecánico en el servicio de Grúa-es más ,no solo en el de A Coruña que es el objeto de la concesión a debate sino también en el de la localidad de Arteixo que sería una entidad económica diferente- ,por lo que ninguna obligación derivada del art.44 ET alcanzaba a SETEX como nueva adjudicataria del servicio de la ORA de A Coruña respecto del actor, y en consecuencia no cabe apreciar que se incurriera en la infracción normativa denunciada.

En un último apartado del motivo, con cita de la STS de 5-2-2001 , se aduce que la antigüedad reconocida de 2010 no consta lo fuera a todos los efectos, por lo que habría de estarse a la del último contrato, sin que se argumente cuales debieran ser las consecuencias en la litis de tal denuncia. Pero como dicho argumento ,según se deriva de los términos de la Súplica, no se encamina sino a mantener que es desde 2013



la fecha desde la que el actor está adscrito al servicio en que debe subrogarse la codemandada SETEX APARKI, S.A, y la obligación de tal subrogación la hemos desestimado, carece de virtualidad .

CUARTO- .La desestimación del recurso conlleva la consiguiente condena de la parte recurrente a la pérdida de depósitos, consignaciones y aseguramientos -según establece el artículo 204 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social - y a las costas del recurso de suplicación ,de acuerdo con el artículo 235 de la LRJS .

FALLAMOS

Desestimando el recurso de suplicación interpuesto por Grupo Europeo de Servicios Doal SL, contra la Sentencia de 6 de mayo de 2016 del Juzgado de lo Social número 2 de A Coruña , en autos 1125/15 por Despido, que confirmamos; y, en legal consecuencia, condenamos a la recurrente a la pérdida de depósitos, consignaciones y aseguramientos, y a las costas de la suplicación, fijando en 601 euros los honorarios de cada uno de los letrados impugnantes.

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 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.