



Roj: **STSJ GAL 2688/2017 - ECLI:ES:TSJGAL:2017:2688**

Id Cendoj: **15030340012017101924**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **18/04/2017**

Nº de Recurso: **266/2017**

Nº de Resolución: **2142/2017**

Procedimiento: **RECURSO SUPLICACION**

Ponente: **ANTONIO JESUS OUTEIRIÑO FUENTE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIALA CORUÑA**

PLAZA DE GALICIA

**Tfno:** 981184 845/959/939 **Fax:** 881881133 /981184853

**NIG:** 15030 44 4 2014 0002414 Modelo: 402250

**RSU RECURSO SUPLICACION 0000266 /2017 PM**

Procedimiento origen: DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000474 /2014

Sobre: DESPIDO DISCIPLINARIO

**RECURRENTE/S D/ña** SOIL RECOVERY SL

**ABOGADO/A:** JUAN IGNACIO CAMON AGUIRRE

**PROCURADOR:** MARIA MARTI RIVAS

**RECURRIDO/S D/ña:** CONCELLO DE OROSO (A CORUÑA), SERVICIOS OBRAS Y LIMPIEZAS SA , Augusto

**ABOGADO/A:** JOSE MANUEL PIÑEIRO CALVO, JORGE MANUEL FERNADEZ-CHAO GONZALEZ-DOPEZO , FRANCISCO MANUEL PAMPIN MIRAS

**Ilmo. Sr. D. ANTONIO OUTEIRIÑO FUENTE**

**PRESIDENTE DE LA SALA**

**ILMO/AS. SR/AS.**

JOSE ELIAS LOPEZ PAZ

LUIS F. DE CASTRO MEJUTO

En A CORUÑA, a dieciocho de abril de dos mil diecisiete.

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 SUPLICACION 266/2017, formalizado por SOIL RECOVERY SL, contra la sentencia dictada por XDO. DO SOCIAL N. 2 de A CORUÑA en el procedimiento DESPIDO/CESES EN GENERAL 474/2014, seguidos



a instancia de Augusto frente a CONCELLO DE OROSO (A CORUÑA), SOIL RECOVERY SL, SERVICIOS OBRAS Y LIMPIEZAS SA, siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo/a Sr/Sra D/Dª ANTONIO OUTEIRIÑO FUENTE.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO:** D/Dª Augusto presentó demanda contra CONCELLO DE OROSO (A CORUÑA), SOIL RECOVERY SL, SERVICIOS OBRAS Y LIMPIEZAS SA, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia de fecha ocho de julio de dos mil quince.

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

PRIMERO.- El actor Augusto viene prestando sus servicios para SERVICIOS, OBRAS Y LIMPIEZAS S.A. (en adelante Servicios) desde el día 2-1-97 con la categoría de peón y percibiendo un salario mensual de 1.170,78 € mensuales con inclusión de prorrateo de pagas extraordinarias. Inició la prestación de servicios en esta entidad a través de contrato de trabajo de duración determinada por obra o servicio, que consistía en la "limpieza y recogida de basura". SEGUNDO.- Por carta fechada el día 25-3-14 la empresa referida comunica al actor la conclusión del contrato de trabajo con efectos 31-3-14 debido a la subrogación de los servicios de limpieza a la entidad Residuos Ambientales de Galicia S.L.U., hoy entidad SOIL RECOVERY S.L. TERCERO.- La entidad SERVICIOS, OBRAS Y LIMPIEZAS S.A. y la representación de la Mancomunidad Voluntaria de Municipios de la Comarca de Ordes celebraron contrato para la recogida de basura en los Concellos de la Mancomunidad el día 17-7-01, el cual consta en autos (doc. nº 10 prueba Servicios) y se tiene aquí por íntegramente reproducido. Con posterioridad, el día 29-4-03 se celebró contrato entre la entidad Servicios y el CONCELLO DE OROSO, para la gestión integral del servicio público de limpieza viaria recogida de residuos sólidos urbanos, envases ligeros chatarra (doc. nº 13 Prueba Servicios) y cuyas cláusulas administrativas particulares y prescripciones técnicas (doc. nº 14 prueba Servicios) se dan aquí por reproducidas. CUARTO.- Ante la necesidad de nueva licitación del servicio, el Concello demandado formalizó contrato de prestación de servicios de recogida y transporte de residuos sólidos municipales el día 31-3-14 con la entidad Residuos Ambientales de Galicia S.L.U. el cual, junto con las cláusulas particulares y condiciones técnicas se tienen aquí por íntegramente reproducidos (expediente prueba Concello). Previamente, el Concello había comunicado por escrito de 20-3-14 a la entidad Servicios la extinción del contrato de servicio con fecha 31-3-14, constando que la entidad Servicios había notificado al Concello y a Residuos Ambientales de Galicia S.L.U. los trabajadores afectados por la subrogación, que incluía al actor. QUINTO.- La entidad Residuos Ambientales de Galicia S.L.U. no procedió a la subrogación del actor alegando que el demandante solo realizaba la limpieza de calles. SEXTO.- Las labores del actor consistían, básicamente, en tareas de limpieza y recogida de basura, primeramente, para los Concellos de la Mancomunidad Voluntaria de Municipios de la Comarca de Ordes y, con posterioridad, para el Concello de Oroso, habiendo realizado las correspondientes rutas y recogida de basuras con el chófer también contratado por la entidad Servicios. SEPTIMO.- No consta que el actor ostente o haya ostentado en el año anterior la condición de representante legal o sindical de los trabajadores. OCTAVO.- Se celebró acto de conciliación ante el SMAC contra las entidades Servicios y Soil Recovery el día 25-4-14, previa papeleta presentada el día 7-4-14, sin avenencia. La demanda se presentó el día 30-4-14. Se citó a juicio al Concello de Oroso el día 20-10-14.

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

FALLO: Que, con desestimación de la totalidad de las excepciones propuestas y, estimando en parte la demanda interpuesta por Augusto contra SERVICIOS, OBRAS Y LIMPIEZAS S.A., Residuos Ambientales de Galicia S.L.U., hoy entidad SOIL RECOVERY S.L. y CONCELLO DE OROSO, debo declarar y declaro improcedente el cese efectuado por la entidad SOIL RECOVERY S.L., condenando a esta entidad a que, en el plazo de cinco días, opte entre la readmisión del actor, en las mismas condiciones que poseía con anterioridad, o el abono de 28.915,61 € en concepto de indemnización. En el caso de readmisión, deberá abonar los salarios de tramitación, que ascienden a 38,49 €/día.

**CUARTO.-** Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte demandada, siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el paso de los mismos al Ponente.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La sentencia de instancia estima en parte la demanda de despido, declara improcedente el cese efectuado por la empresa SOIL RECOVERY S.L. (antes Residuos Ambientales de Galicia S.L.U.), y condena a dicha entidad a que, en el plazo de cinco días, opte entre la readmisión del actor, en las mismas condiciones que poseía con anterioridad, o el abono de 28.915,61 € en concepto de indemnización, debiendo abonar en el



caso de readmisión, los salarios de tramitación, que ascienden a 38,49 €/día. Y contra este pronunciamiento recurre en suplicación la empresa condenada, quien articula un primer motivo de suplicación, al amparo del art. 193. b) de la LRJS, en el que interesa la revisión del ordinal quinto de los hechos declarados probados, para que se modifique con la redacción siguiente: "La entidad Residuos Ambientales de Galicia, S.L.U. remitió una carta vía burofax tanto al Concello de Oroso como a la entidad saliente comunicando la no subrogación del actor así como de otra trabajadora, habida cuenta que los trabajadores D<sup>a</sup> Diana y D. Augusto ostentan otra categoría profesional en al anterior adjudicataria, habiendo sido contratados, según reza en sus contratos de trabajo, para la realización de la actividad de limpieza de calles del Ayuntamiento de Oroso, servicio que no se encuentra comprendido en el objeto del contrato que ha resultado adjudicado a esta Empresa, aceptándolo tanto el Ayuntamiento de Oroso como la empresa saliente aquietándose a ello.

Asimismo el trabajador a diferencia de otros trabajadores de la empresa saliente que interpuso reclamación previa ante el Ayuntamiento, éste ni tan siquiera llevó a cabo acción alguna aquietándose a la decisión extintiva".

La modificación que se propone no resulta admisible por una doble consideración: la primera, porque permanece incólume el hecho sexto en el que se afirma que las labores del actor consistían, básicamente, en tareas de limpieza y recogida de basura, primeramente, para los Concellos de la Mancomunidad Voluntaria de Municipios de la Comarca de Ordes y, con posterioridad, para el Concello de Oroso, habiendo realizado las correspondientes rutas y recogida de basuras con el chófer también contratado por la entidad Servicios. Y la segunda, porque el hecho impugnado es consecuencia de la valoración conjunta de las pruebas practicadas, realizada por el Magistrado de instancia al amparo del art. 97.2 de la LRJS y con pleno respeto a los principios de oralidad, inmediación, concentración y contradicción, sin que, en un recurso extraordinario como el de suplicación, su objetivo e imparcial criterio pueda ser sustituido por el más subjetivo e interesado de parte.

**SEGUNDO.-** Al amparo del apartado a) y, alternativamente en el motivo c) del art. 193 de la LRJS, formula la empresa recurrente un segundo motivo de suplicación en el que denuncia infracción por error en la libre apreciación de la prueba, ante la no observancia de la variación sustancial de la demanda ex art. 85.1 de la LJS, en relación con el art. 80 del mismo cuerpo normativo afectando al derecho de defensa con una evidente transgresión del art. 24.1 de la CE por la modificación permitida.

El motivo que se invoca no resulta acogible, ni como motivo de nulidad ni como infracción jurídica, pues si bien el art. 85.1 de la LRJS reconoce la posibilidad de que el demandante en el acto del juicio proceda a la ratificación o a la ampliación de su demanda, esta ampliación no puede extenderse a variaciones sustanciales de la misma, a fin de preservar los principios de igualdad, contradicción y defensa de las partes en el proceso; habiendo declarado el Tribunal Supremo en S. 17-3-1988 (RJ 1988\2311) que para que pueda apreciarse una variación sustancial es preciso que la modificación que se proponga, por afectar de forma decisiva a la pretensión ejercitada o a los hechos en que ésta se fundamenta, introduzca un elemento de innovación susceptible de generar para la demandada una situación de indefensión.

Pues bien, en el presente caso la parte actora se limitó a presentar escrito de aclaración el día 28-1-15, al haber confundido los datos de su demanda de despido con otra de otro trabajador de la misma empresa. Ello motivó para procediese a corregir el error con anterioridad al acto del juicio y con suficiente tiempo para que las demandadas tuvieran conocimiento del mismo y pudieran preparar adecuadamente su defensa. En tales circunstancias, la aclaración de demanda por la parte actora no comportó una variación sustancial de la misma, al no afectar de forma decisiva ni a la pretensión de reclamación de despido ni a la motivación de su "causa petendi", por lo que en este caso no era necesaria la sus pensión del juicio para que la empresa -ahora recurrente- pudiera articular adecuadamente su defensa. La admisión, sin más, de la corrección del error de demanda por vía de ampliación de la misma, no provocó en este caso la indefensión de la empresa demandada ( art. 24 CE). En consecuencia, el motivo no puede ser acogido.

**TERCERO.-** Al amparo de lo dispuesto en el apartado c) del artículo 19 de la LRJS, formula la recurrente el tercero de los motivos de suplicación en el que denuncia infracción por error en la libre apreciación de la prueba en la responsabilidad del Concello respecto de la aplicación del art. 42 del ET, así como respecto de la codemandada Servicios, Obras y Limpiezas, S.A. por el mismo artículo citado, art. 44 del ET así como el art. 50 del convenio de aplicación ante la falta de legitimación pasiva o en su defecto una falta de acción para con mi patrocinada.

La cuestión central del recurso se concreta a determinar qué empresa debe responder del cese del actor (la saliente o la entrante o, en su caso, el Concello demandado), en un supuesto, como el presente, de sucesión de contratos de empresas de limpieza. Y la respuesta que procede dar al recurso debe ser de contenido semejante a lo razonado por la sentencia de instancia, sobre la base de las siguientes consideraciones:



1.- Es reiterada jurisprudencia (por todas, las STS de 19/11/2014, rec. 1845/2013 y 28/07/2003, rec. 2618/02), la que señala que la doctrina plasmada en las referidas sentencias puede resumirse del siguiente modo: "el mecanismo sucesorio operante entre las empresas de limpieza, de seguridad o de gestión de diversos servicios públicos, no es el previsto en el art. 44 del ET, pues «ni la contrata ni la concesión administrativa, son unidades productivas autónomas a los efectos del artículo 44 ET, salvo entrega al con-cesionario o al contratista de la infraestructura u organización empresarial básica para la explotación», de forma que en general no se trata de una sucesión de empresas regulado en dicho precepto sino que la sucesión de empresas contratistas de servicios, al carecer la sucesión de un soporte patrimonial, no tiene más alcance que el establecido en las correspondientes normas sectoriales ( SSTS 30/12/93 -rcud 702/93-; 29/12/97 (RJ 1997, 9641) -rec. 1745/97 -; 10/07/00 (RJ 2000, 8295) -rec. 923/99 -; 18/09/00 (RJ 2000, 8299) - rec. 2281/99-; y 11/05/01 (RJ 2001, 5206) -rec. 4206/00-). Porque en las contrataciones sucesivas de servicios, en las que lo que se transmite no es una empresa ni una unidad productiva con autonomía funcional, sino un servicio carente de tales características, de modo que no opera, por ese solo hecho, la sucesión de empresas establecida en el artículo 44 ET, sino que la misma se producirá o no, de conformidad con lo que al efecto disponga el convenio colectivo de aplicación, y con subordinación al cumplimiento por las empresas interesadas de los requisitos exigidos por tal norma convenida ( SSTS 10/12/97 (RJ 1998, 736) -rec. 164/97-; 29/01/02 (RJ 2002, 4271) -rec. 4749/00-; 15/03/05 -rec. 6/04 -; y 23/05/05 (RJ 2005, 9701) -rec. 1674/04-), habida cuenta de que los convenios colectivos del sector suelen establecer una garantía de estabilidad en el empleo en favor de los trabajadores empleados en los centros de trabajo cuya limpieza se adjudica sucesivamente a distintas empresas contratistas de este servicio, imponiendo una obligación convencional de cesión de los correspondientes contratos de trabajo, subordinada a la puesta en conocimiento, por parte de la empresa contratista saliente, de información socio - laboral relevante relativa al personal beneficiario de la misma, mediante entrega de la documentación pertinente ( STS 28/07/03 (RJ 2003, 7782) -rec. 2618/02 -)".

2.- En el supuesto presente, el art. 50 del Convenio colectivo del sector de saneamiento público, limpieza viaria, riegos, recogida, tratamiento y eliminación de residuos, limpieza y conservación de alcantarillado, aprobado por Resolución de 17 de julio de 2013, de la Dirección General de Empleo (BOE de 30 de julio de 2013), establece en su número 6 que: Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, en caso de finalización o rescisión de la contrata por cualquier causa, con cesación de la prestación de los servicios y actividades objeto de la misma, y posteriormente contratase de nuevo el servicio con otra empresa en el plazo de un año, *la nueva concesionaria o contratista deberá incorporar a su plantilla al personal afectado de la anterior empresa que cumpliera los requisitos establecidos en el presente artículo al momento de finalización o rescisión y siempre que la empresa saliente cumpla con los requisitos establecidos en el presente artículo*. Igualmente, en caso de rescisión de la contrata por cualquier causa, de forma que pase a realizarse el *servicio de forma directa con personal propio*, sea o no de nueva contratación, el personal afectado de la empresa saliente que venía prestando el servicio tendrá derecho a ser subrogado por la entidad que realice el servicio.

No ofrece duda, por tanto, que la empresa entrante Residuos Ambientales de Galicia S.L.U., hoy SOIL RECOVERY S.L., venía obligada a subrogar al actor, cuyo contrato de trabajo de duración determinada por obra o servicio, tenía por objeto la "limpieza y recogida de basura". Además, está acreditado que las labores del actor consistían, básicamente, en tareas de limpieza y recogida de basura, primeramente, para los Concellos de la Mancomunidad Voluntaria de Municipios de la Comarca de Ordes y, con posterioridad, para el Concello de Oroso, habiendo realizado las correspondientes rutas y recogida de basuras con el chófer también contratado por la entidad Servicios Obras y Limpiezas S.A. En tales circunstancias, no puede sostenerse -como pretende la recurrente- que no venía obligada a subrogar al actor el 31 de marzo de 2014, sobre la base de que en el nuevo pliego de condiciones se prescindió de la limpieza viaria, ya que las funciones del trabajador se extendían a la limpieza y recogida de basuras. Por otro lado, ninguna responsabilidad en el despido alcanza al Concello de Oroso que se limitó a actuar como empresa comitente contratando de nuevo el servicio tras la finalización de la anterior contrata sin que hubiese transcurrido un año, y sin que en ningún momento hubiese asumido la realización del servicio de forma directa y con personal propio. La conclusión final, por tanto, ha de ser la de desestimar el recurso y confirmar la sentencia de instancia.

**CUARTO.-** Las costas del presente recurso han de ser impuestas a la parte vencida, incluyéndose en las mismas la cantidad de 500 euros en concepto de honorarios del Letrado o Graduado Social de cada parte impugnante ( art. 235 LRJS).

## FALLAMOS

Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por la demandada SOIL RECOVERY S.L. (antes Residuos Ambientales de Galicia S.L.U.), contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de esta Capital, en los presentes autos sobre despido tramitados a instancia del actor D. Augusto contra la referida



recurrente y contra los también demandados SERVICIOS, OBRAS Y LIMPIEZAS S.A., Residuos Ambientales de Galicia S.L.U., hoy entidad SOIL RECOVERY S.L. y CONCELLO DE OROSO, debemos confirmar y confirmamos dicha sentencia, con imposición a la recurrente de las costas causadas por su recurso, que incluirán la cantidad de 500 euros en concepto de honorarios del Letrado o Graduado Social de cada parte impugnante.

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 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.