



Roj: **STSJ BAL 693/2017 - ECLI:ES:TSJBAL:2017:693**

Id Cendoj: **07040340012017100317**

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

Sede: **Palma de Mallorca**

Sección: **1**

Fecha: **07/09/2017**

Nº de Recurso: **6/2017**

Nº de Resolución: **318/2017**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **ANTONI OLIVER REUS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.ILLES BALEARS SALA SOCIAL

PALMA DE MALLORCA

SENTENCIA: 00318/2017

NIG: 07040 44 4 2012 0002937

RSU RECURSO SUPLICACION 0000006 /2017

Procedimiento origen: DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000737 /2012 JDO. DE LO SOCIAL Nº 1 DE PALMA DE MALLORCA Y ACUMULADO Nº 795/2012 JDO. DE LO SOCIAL Nº 4 DE PALMA DE MALLORCA

Sobre: SUCESIÓN DE EMPRESAS

RECURRENTE/S: LIMPIEZAS URBANAS DE MALLORCA, S.A. LIMPIEZAS URBANAS DE MALLORCA,, FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, S.A. F.C.C., S.A. (UTE CIM)

ABOGADO/A: JOSE MARIA MUÑOZ JUAREZ

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

RECURRIDO/S: Jose Miguel , SOLLER RECICLA, S.L. , CONSELL INSULAR DE MALLORCA , AJUNTAMENT DE SÓLLER , FUNDACIÓ DEIXALLES

ABOGADO/A: ARNAU TUGORES RAYÓ , LETRADO CONSEJO INSULAR , ANA PEREZ MARTI , AINA RIBAS FUSTER

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL: , MIGUEL MOYÁ QUINTERO , , ,

ILMOS. SRES.:

PRESIDENTE:

DON ANTONI OLIVER REUS.

MAGISTRADOS:

DON ALEJANDRO ROA NONIDE

DON RICARDO MARTÍN MARTÍN.

En Palma de Mallorca, a siete de septiembre de dos mil diecisiete .

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, formada por los Ilmos. Sres. Magistrados que constan al margen, ha pronunciado

EN NOMBRE DE S. M. EL REY



la siguiente

SENTENCIA NÚM. 318/2017

En el Recurso de Suplicación núm. 6/2017, formalizado por el Letrado D. José María Muñoz Juárez, en nombre y representación de LIMPIEZAS URBANAS DE MALLORCA, S.A. y FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, S.A., empresas integrantes de la UTE CIM, contra la sentencia nº 237/2014 de fecha 11 de julio de 2014, dictada por el Juzgado de lo Social Nº 1 de Palma de Mallorca, en sus autos demanda número 737/2012 y acumulada número 795/2012 del Juzgado de lo Social Nº 4 de Palma de Mallorca, seguidos a instancia de D. Jose Miguel, representado por el Letrado D. Arnau Tugores Rayó, frente a las recurrentes, SOLLER RECICLA, S.L., representada por el Graduado Social D. Miguel Moyá Quintero, CONSELL INSULAR DE MALLORCA, representado por el Letrado del CIM D. Joan Alcover Bauçà, AJUNTAMENT DE SÓLLER, representado por la Letrada Dña. Ana Pérez Martí, y contra la FUNDACIÓ DEIXALLES, representada por la Letrada Dña. Aina Ribas Fuster, en materia de sucesión de empresas, siendo Magistrado-Ponente el Ilmo. Sr. D. ANTONI OLIVER REUS, y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La única instancia del proceso en curso se inició por demanda y terminó por sentencia, cuya relación de hechos probados es la siguiente:

1.- El demandante, D. Jose Miguel, con Documento Nacional de Identidad número NUM000, ha venido prestando servicios por cuenta y bajo la dependencia de la empresa codemandada UTE-CIM para LUMSA, con categoría profesional de conductor de camión, con antigüedad de 2 de noviembre de 2005 y percibiendo un salario diario de 63 apositivos; 14 euros (1894 apositivos; 20 euros mensuales).

2.- El actor suscribió un contrato temporal con LUMSA que posteriormente el 12 de enero de 2009 se transformó en indefinido, si bien en la cláusula adicional se hizo constar que quedaría adscrito a la contrata de limpieza viaria y recogida de selectiva.

3.- Contrato de LUMSA con el Consell de Mallorca de prestación de servicios de recogida selectiva de fecha 30 de mayo de 2002 a través de concurso público en virtud de la adjudicación de la encomienda de gestión al Consell. En el convenio se incluyen, entre otros ayuntamientos el de Sóller. La duración es de 10 años.

En fecha 30 de mayo de 2012 LUMSA suscribió un anexo al contrato anterior con el Consell Insular por el que se prorrogaba la prestación de dichos servicios hasta el 30 de mayo de 2014 en el que se excluyen algunos ayuntamientos entre ellos el de Sóller.

LUMSA presentó ante el Consell Insular comunicación sobre el personal a subrogar por dicha entidad hasta en tres ocasiones aportando la documentación exigida por el artículo 49 del Convenio colectivo del sector.

4.- Como consecuencia de lo anterior LUMSA entregó al actor comunicación poniendo en su conocimiento que la actividad que venía desempeñando hasta la fecha dicha empresa a partir del 31 de mayo de 2012 la realizará el Ayuntamiento de Sóller.

El actor presentó escrito ante el Ayuntamiento a fin de que le indicaran su puesto de trabajo y le contestaron que no existía obligación de subrogación.

El actor presentó reclamación previa ante el Consell Insular de Mallorca que lo desestimó alegando que no consta relación laboral alguna con dicha entidad pública, que la relación de dicha entidad con las empresas de recogida es de carácter administrativo, que corresponde a los Ayuntamientos la competencia de la recogida selectiva y decidir sobre la forma de gestión y que dicha entidad presta el servicio de recogida respecto de 17 municipios entre los que no está el de Sóller ya que ha modificado los contratos administrativos.

5.- En el año 2009 FUNDACIÓ DEIXALLES firma un convenio con el Ayuntamiento de Sóller para la recogida de voluminosos, plásticos y cartón de procedencia doméstica con una duración de un año prorrogable por otro año.

Al finalizar el contrato de LUMSA y en tanto el Ayuntamiento iniciaba el procedimiento de licitación decidió que se encargase de la recogida de iglús de forma temporal aprobando un presupuesto para ello. Dicha entidad la asume desde el 1/6/2012 al 30/9/2013 y como carece de medios para ello subcontrata a Transports Martinez Alba y Trasnportes Oliver Morell, S.L.

6.- En fecha 30 de septiembre de 2013 FUNDACIÓ DEIXALLES finaliza su contrato de gestión de recogida de voluminosos así como de iglús que pasa a ser asumida por otra empresa SOLLER RECICLA. Y la empresa



Fundació Deixalles puso en conocimiento del Ayuntamiento de Soller y Soller Recicla la subrogación de los trabajadores en fecha 30 de septiembre de 2013.

7.- En fecha 1 de octubre de 2013 y previa contratación administrativa SOLLER RECICLA se hace cargo de la gestión del servicio público de recogida, recepción, gestión y transporte de residuos de recogida selectiva.

8.- El demandante no ha ostentado la condición de representante legal o sindical de los trabajadores.

9.- En fecha 22 de junio y 16 de julio de 2012 y se celebraron ante el Tribunal de Arbitraje y Mediación de las Islas Baleares actos de conciliación, con el resultado de sin acuerdo.

SEGUNDO.- La parte dispositiva de la sentencia de instancia dice:

ESTIMAR la demanda interpuesta por D. Jose Miguel contra la entidad LIMPIEZAS URBANAS DE MALLORCA, S.A. (LUMSA) y UTE-CIM, **DECLARANDO LA IMPROCEDENCIA DEL DESPIDO** efectuado por la empresa demandada en fecha 30 de mayo de 2012, la cual en el plazo de cinco días desde la notificación de la presente resolución deberá optar entre la readmisión del trabajador o a abonarle una indemnización de 45 días de salario por año de servicio hasta el 11 de febrero de 2012 y 33 días de salario por año de servicio a partir de dicha fecha cifrada en 18.668 apos;85 euros, opción que deberá ejercitar mediante escrito o comparecencia ante la Secretaría de este Juzgado en el plazo indicado y sin esperar a la firmeza de la presente sentencia, así como que en caso de que la empresa opte por la readmisión, el trabajador tendrá derecho a los salarios de tramitación que equivaldrán a una cantidad igual a la suma de salarios dejados de percibir desde la fecha de despido hasta la notificación de la sentencia que declare la improcedencia o hasta que hubiera encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior a dicha sentencia, a razón de 63 apos;14 euros diarios, advirtiendo a la demandada de que en el caso de no optar en el plazo y forma indicado se entenderá que procede la readmisión, **ABSOLVIENDO** a las demandadas SOLLER RECICLA, S.L., CONSELL INSULAR DE MALLORCA y el AJUNTAMENT DE SOLLER de las pretensiones formuladas en su contra y **DESESTIMAR** la demanda interpuesta por D. Jose Miguel contra la entidad FUNDACIÓ DEIXALLES, **ABSOLVIENDOLA** de las pretensiones deducidas en su contra.

TERCERO.- Contra dicha resolución se anunció recurso de suplicación por el Letrado D. José María Muñoz Juárez, en nombre y representación de LIMPIEZAS URBANAS DE MALLORCA, S.A. y FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, S.A., empresas integrantes de la UTE CIM, que posteriormente formalizó y que fue impugnado por la representación de D. Jose Miguel y por la representación del CONSELL INSULAR DE MALLORCA.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La representación de Limpiezas Urbanas de Mallorca S.A. (LUMSA) y Fomento de Construcciones y Contratas S.A. (FCC), integrantes de la UTE-CIM, formula recurso de suplicación contra la sentencia dictada por el juzgado de lo social en la que estimando la demanda planteada en su contra se declaró la improcedencia del despido del demandante condenando a la recurrente en las consecuencias inherentes a tal declaración y absolviendo a las entidades demandadas, Soller Recicla S.L., Consell Insular de Mallorca, Ajuntament de Soller y Fundació Deixalles.

En el recurso se solicita que se declare ajustada a derecho la decisión de extinguir el contrato de trabajo del demandante por subrogación declarando, en su caso, la improcedencia del despido con responsabilidad única de las empresas continuadoras de la actividad que reposa en el resto de codemandadas .

Debe advertirse que el suplico incluye dos peticiones excluyentes cuales son la de declarar ajustada a derecho la decisión extintiva y la declaración de improcedencia del despido. Debe advertirse, como se verá, que en realidad no se postula la existencia de una extinción del contrato ajustada a derecho, pues se argumenta en relación a la subrogación convencional que lejos de producir la extinción del contrato de trabajo supone su continuación mediante la mera novación impropia de carácter subjetivo en relación a la persona del empresario.

Por otra parte, debemos también advertir que no se concreta cuál de las entidades codemandadas es la continuadora de la actividad y debería ser condenada a las consecuencias del despido improcedente. Con todo y con ello, pasamos a resolver los motivos de recurso que se plantean.

SEGUNDO.- El recurso articula un primer motivo por la vía del artículo 193 b) LRJS para proponer que el tercer párrafo del hecho probado 3 quede redactado del siguiente modo:

LUMSA presentó ante el Consell Insular comunicación sobre el personal a subrogar por dicha entidad hasta en tres ocasiones aportando la documentación exigida por el artículo 49 del convenio colectivo del sector y que debía remitirse al ayuntamiento de Soller.



Así, en fecha 24 de abril de 2012 se remite el listado de personal adscrito a la contrata de recogida selectiva de las zonas 1 y 2. Todo ello para su conocimiento y traslado a la empresa u organismo encargada de realizar el servicio una vez finalice el contrato que actualmente se encuentra en vigor.

Posteriormente, en fecha 10 de mayo de 2012 se presentó un nuevo escrito detallando aquellos trabajadores con sus porcentajes concretos días ficción, que deberían ser objeto de subrogación cuando sea recuperado el servicio de recogida por los diferentes ayuntamientos mancomunidades. En dicha relación aparecía el demandante adscrito al servicio de recogida del ayuntamiento de Soller.

Finalmente, como continuación a los estilos anteriores, en fecha 24 de mayo se adjuntaron los bloques de documentación para dar traslado a las diferentes entidades que no renovaron la encomienda de gestión del servicio de recogida selectiva, correspondiente, entre otros al ayuntamiento de Soller.

Dicha comunicación, previa a la finalización del servicio, anexaba escrito para que se remitiera ayuntamiento de Soller con el total de documentación legalmente exigida.

El texto que se proponen no difiere sustancialmente del contenido de la sentencia recurrida y por ello no parece aportar nuevos elementos de juicio. En todo caso, se acepta la adición porque deriva de manera directa de la documental que se señala.

TERCERO.- Ahora, por la vía del artículo 193 c) LRJS se denuncia infracción de lo establecido en los artículos 49 y siguientes del convenio colectivo del sector y de lo establecido en el artículo 44 ET .

Se sostiene, en síntesis, que la recurrente dirigió las comunicaciones a la entidad que la contrató y con referencia a que dichas modificaciones se dirigieran al ayuntamiento concreto, poniendo la documentación a disposición de dichos organismos y ofreciendo la posibilidad de que estos informaran a la continuadora de la actividad. Se concluye que tras haber cedido el ayuntamiento de Soller la gestión del servicio de limpieza viaria y recogida selectiva al Consell Insular, en el año 2012 asumió la gestión directamente, cediendo de nuevo la explotación a una entidad privada, puenteando la responsabilidad existente con las relaciones laborales del personal que prestaba servicios en sus dominios, habiéndose llevado a cabo tal cesión a una entidad que, sin disponer de medios para su prestación, subcontrató la realización del servicio por un tercero y un año después el ayuntamiento sacó a concurso el servicio libre de carga laboral, lo cual es inadmisibles a juicio de la parte recurrente.

Lo primero que debemos descartar es la vulneración de lo establecido en el artículo 44 ET porque no resulta aplicable al supuesto que se somete a nuestra consideración.

Como tiene declarado una reiterada jurisprudencia, cuyo general conocimiento excusa toda cita, la simple sucesión de contratistas no implica la existencia de subrogación empresarial al amparo de lo establecido en el artículo 44 ET , sin perjuicio de que la subrogación pueda venir impuesta por el convenio colectivo del sector o el pliego de condiciones.

La continuación de la actividad no es elemento decisivo si no va acompañada de otros elementos determinantes de la sucesión empresarial y ello, aunque quien continúe la actividad sea quien había contratado su realización por otra empresa y decide pasar a desarrollarla con su propio personal.

Para que haya sucesión de empresa debe tener lugar la transmisión de 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 accesorias.

Interpretando la Directiva 2001/23/CE, de 12 de marzo de 2001, sobre aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad, de la que el art. 44 ET es transposición, el TJUE ha señalado que constituye tal entidad todo conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio, suficientemente estructurada y autónoma (STJCE de 10 diciembre 1998, Hernández Vidal y otros, C-127/96 , C-229/96 y C-74/97 ; de 26 septiembre 2000, Mayeur, C-175/99 ; de 13 septiembre 2007, Jouini y otros, C-458/05 ; y de 29 julio 2010, UGT, C-151/09). El criterio decisivo es determinar si la entidad de que se trata mantiene su identidad tras su adquisición por el nuevo empresario (STJCE 18 de marzo de 1986, Spijkers , C-24/85).

Por tanto, la simple sucesión de contratistas o de concesionarios en la actividad objeto de contrato concesión no integran el supuesto del artículo 44 ET ni de la Directiva 77/187/CEE, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en casos de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad, en cuyo contexto debe ser interpretado el art. 44 ET citado, como pone de relieve la STS/IV 30-12-1993 .



CUARTO.- Sentado lo anterior, pasamos a examinar si la sentencia recurrida ha incurrido en infracción de lo establecido en los arts 49 y siguientes del convenio colectivo del sector de saneamiento público, limpieza viaria, riegos, recogida, tratamiento y eliminación de residuos, limpieza y conservación de alcantarillado, publicado en el BOE 181 de 30 de julio de 2013, donde se contienen la regulación de la subrogación de personal en el sector.

Esta normativa convencional no resulta aplicable ni al Consell Insular, ni al ayuntamiento de Soller.

Como tiene declarado el Tribunal Supremo en su sentencia de 28 de octubre de 1996 (RJ 1996/7797) *la libertad que tienen las partes negociadoras de fijar el ámbito de aplicación del convenio colectivo que concierten, establecida por el artículo 83.1 del Estatuto de los Trabajadores, no puede ser entendida en términos absolutos, sino con relación a la unidad negocial de que se trate y a la representatividad que ostentaren las partes intervinientes en la negociación, representatividad que es considerada por el artículo 87 del propio cuerpo legal a efectos de fijar la que se precisa para gozar de la necesaria legitimación, con distintas reglas según cual fuera aquélla. El convenio colectivo ni puede contener cláusulas obligacionales que afecten a quienes no son parte en la negociación ni, en su contenido normativo, establecer condiciones de trabajo que hubieran de asumir empresas que no estuvieran incluidas en su ámbito de aplicación. Así lo deja precisado el invocado artículo 82.3 del citado Estatuto de los Trabajadores al disponer que los convenios colectivos regulados por su Título III obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos en su ámbito de aplicación, en el que sólo pueden estar comprendidos quienes, formal o institucionalmente, estuvieron representados por las partes intervinientes en la negociación del convenio.*

En idéntica línea, esta Sala ha declarado también que, en tanto que «res inter alios acta» (art. 1257 CC), la voluntad normadora colectiva carece de potestad para vincular jurídicamente a sujetos que, por pertenecer a sectores productivos distintos del que es materia de regulación convencional, no pueden estar representados por las partes negociadoras del convenio.

Por tanto, no es necesario profundizar en si el Consell Insular y el ayuntamiento de Soller dieron o no cumplimiento a las normas del convenio colectivo que regulan la subrogación de personal en el sector, porque no estaban obligados por esa norma, sin perjuicio de que podía haber facilitado su cumplimiento por parte de los obligados, y cualquiera que sea la respuesta que se de no podría dar lugar a su condena a las consecuencias del despido del demandante.

Además, la subrogación convencional de que tratamos se establece en relación a la nueva entidad que vaya a realizar el servicio y ni el Consell Insular, ni el ayuntamiento de Soller han desarrollado de manera directa con personal propio el servicio de limpieza viaria y recogida selectiva en el municipio de Soller. El primero se limitó a suscribir con diversos Ayuntamientos, entre ellos el de Soller, una encomienda de gestión en el marco de la cual suscribió con la recurrente el contrato del que trae causa el presente recurso y el ayuntamiento de Soller, finalizadas la encomienda de gestión, se encargó la prestación del servicio con carácter transitorio hasta su nueva adjudicación a la Fundación Deixalles y tras el correspondiente concurso se adjudicó a la entidad Soller Recicla S.L. Ignoramos si el ayuntamiento comunicó a estas entidades quién era el adjudicatario saliente del servicio, bien por propia iniciativa, bien a petición de las nuevas empresas prestadoras del servicio.

Descartada la condena de las administraciones públicas codemandadas, pasamos a resolver la cuestión de si quien debe responder de las consecuencias del despido es la entidad recurrente, tal como se ha declarado en la sentencia recurrida, o alguna de las empresas codemandadas, con el inconveniente ya advertido más arriba de que la parte recurrente no concreta respecto de qué empresa pretende la readmisión y respecto de qué empresa o empresas postula la condena alternativa al pago de la indemnización en caso de que se opte por la extinción.

Sea como fuere, pasamos a resolver la cuestión de si la condena de la empresa recurrente y la absolución de las demandadas se ajusta a lo establecido en los artículos 49 y siguientes del convenio del sector.

QUINTO.- La subrogación de personal que se establece y regula en el convenio colectivo del sector tiene por objeto declarado en su artículo 49 garantizar la estabilidad en el empleo mediante la subrogación del personal con ocasión de la sustitución de las entidades que se suceden en una concreta actividad de las reguladas en el ámbito funcional del convenio.

En el artículo 50 se ordena la subrogación del personal cuando tenga lugar un cambio de la entidad prestataria del servicio y en concreto en su ordinal 2 se establece lo siguiente:

En todos los supuestos de finalización, pérdida, rescisión, cesión o rescate de una contrata así como respecto de cualquier otra figura o modalidad que suponga el cambio de entidades, personas físicas o jurídicas que llevan a cabo la actividad de que se trate, los miembros de la plantilla de la entidad saliente pasarán a estar adscritos a la nueva entidad que vaya a realizar el servicio, respetando ésta los derechos y obligaciones que viniesen disfrutando en aquella.



Esta subrogación no se condiciona al cumplimiento de ninguna obligación por parte de la empresa saliente, ni los eventuales incumplimientos de esta evitan la subrogación. Tampoco los incumplimientos de la empresa entrante impiden la subrogación.

A tenor de establecido en el artículo 50.3 del convenio, la empresa saliente debe acreditar documentalmente a la entrante mediante los documentos que se detallan en el artículo 52 del convenio, la procedencia de la subrogación, pero esta obligación de la empresa saliente debe cumplirse *en el plazo de diez días hábiles contados desde el momento en que, la entidad entrante comunique fehacientemente a la saliente el cambio en la adjudicación del servicio*. No obstante lo anterior, a falta de comunicación de la entidad entrante, por iniciativa propia la entidad saliente podrá remitir a aquélla los documentos anteriormente referidos a efectos de dar por cumplidas sus obligaciones de transmisión de información y documentación.

Por tanto, para que surja la obligación de la saliente de acreditar la procedencia de la subrogación la empresa entrante debe haber comunicado fehacientemente a la saliente el cambio en la adjudicación del servicio. Mal puede imputar la empresa que se adjudicó el servicio un incumplimiento a la saliente de lo establecido en el artículo 50 cuando ella misma incumplió la obligación de comunicar a la saliente el cambio en la adjudicación del servicio.

De haber existido esa comunicación la empresa saliente no habría remitido al demandante al ayuntamiento de Soller sino a la Fundación Deixalles o aquella otra empresa a través de la cual se desarrolló materialmente el servicio de manera transitoria hasta que se procediera a su nueva adjudicación. Y mientras que ni esta fundación ni la posterior empresa adjudicataria dirigieron comunicación alguna a la empresa saliente, la empresa recurrente intentó que tanto el Consell Insular como el ayuntamiento hicieran llegar a la nueva adjudicataria del servicio la documentación pertinente, ignorando si el ayuntamiento actuó en tal sentido conforme a las exigencias de la buena fe.

Sea como fuere, el incumplimiento de la obligación de entrega de la documentación a que se refiere el artículo 50 no impide la subrogación. Este eventual incumplimiento y sus consecuencias también está previsto en el convenio colectivo, que en el segundo párrafo del número 3 del artículo 50 establece lo siguiente:

La falta de entrega en plazo y forma de dicha documentación a partir de la comunicación de la entidad entrante facultará a ésta para exigirle a la saliente la indemnización por los daños y perjuicios que su incumplimiento le haya podido acarrear.

Por tanto, contrariamente a lo que se declara en la sentencia recurrida, la falta de entrega de la documentación a la nueva empresa adjudicataria del servicio por parte de la empresa recurrente no es obstáculo para que opere la subrogación, sin perjuicio de las acciones que la empresa entrante pueda ejercitar contra la saliente, que en el presente caso encontraran siempre el propio incumplimiento de la empresa entrante consistente en no haber comunicado fehacientemente a la saliente el cambio de la adjudicación del servicio.

Asiste, pues, la razón a la empresa recurrente cuando sostiene que la condena a las consecuencias del despido procedente no pueden recaer sobre sus espaldas sino sobre las de la nueva adjudicataria.

Llegados a este punto, nos encontramos con cuatro empresas relacionadas con el servicio a partir del 30 de mayo de 2012 con ocasión de la extinción del contrato suscrito por la recurrente con el Consell Insular de Mallorca para la realización del servicio.

No se pone en duda que el demandante estaba incluido en el personal a subrogar conforme a lo establecido en el artículo 50.2 del convenio colectivo y como tal fue incluido en la documentación que la empresa recurrente remitió al Consell Insular y ayuntamiento de Soller con el fin de que la hicieran llegar al nuevo adjudicataria del servicio.

Por tanto, al margen de los posibles incumplimientos que puedan imputarse a la empresa recurrente y a la nueva adjudicataria, esta estaba obligada a incorporar al demandante, no pudiendo alegar ignorancia de quién era la anterior adjudicataria cuando el convenio colectivo establece una obligación a su cargo de comunicar a esa empresa el hecho de ser la nueva adjudicataria del servicio, por lo que debió interesarse ante el ayuntamiento de Soller sobre este extremo para poder dar diligente cumplimiento a las obligaciones a su cargo.

El problema, como hemos adelantado, es que hubo una primera empresa con la que el ayuntamiento pactó de manera informal la realización del servicio durante el tiempo en que se producía una nueva adjudicación. Esta empresa fue la Fundació Deixalles, que subcontrató su realización con las empresas Transportes Martínez Alba y Transportes Oliver Morell S.L., prolongándose esta situación algo más de un año, desde el 1 de junio de 2012 hasta el 30 de septiembre de 2013, quedando adjudicado el servicio a Soller Recicla S.L. en 1 de octubre de 2013.



Deber destacarse que el servicio en ningún momento dejó de desarrollarse, por lo que no es aplicable lo establecido en el artículo 50.5 del convenio colectivo.

Aunque las dos empresas codemandadas deben ser condenadas a estar y pasar por la declaración de despido improcedente, la condena a la readmisión o al pago de la indemnización en caso de que se opte por la extinción solo puede recaer sobre Soller Recicla S.L. al ser la única que podría incorporar al demandante al servicio por ser la adjudicataria.

Todo ello sin perjuicio de las acciones que pueda dirigir frente a las demás demandadas y en concreto, frente a la Fundació Deixalles en relación a las consecuencias del despido en atención al período de tiempo en que el demandante debió haber prestado servicios para esta fundación y no lo hizo al no haber comunicado fehacientemente a la saliente que estaba desarrollando el servicio.

En consecuencia, se estima en parte el recurso y se modifica el fallo de la sentencia en el particular relativo a la condena de la empresa recurrente, que se deja sin efecto, manteniendo la absolución del Consell Insular de Mallorca y del Ayuntamiento de Soller, la declaración de improcedencia del despido y sus consecuencias y condenando la Fundació Deixalles a estar y pasar por esta declaración y a la empresa Soller Recicla S.L. a la readmisión del demandante o al pago de la indemnización en los términos establecidos en la sentencia recurrida, debiendo optar entre una u otra alternativa dentro de los cinco días siguientes a la notificación de la presente sentencia sin esperar su firmeza.

FALLAMOS

- 1) Se estima en parte el recurso de suplicación formulado por La representación de Limpiezas Urbanas de Mallorca S.A. (LUMSA) y Fomento de Construcciones y Contratas S.A. (FCC), integrantes de la UTE-CIM contra la sentencia dictada el 11 de julio de 2014 por el juzgado de lo social número 1 de Palma de Mallorca en los autos 787/2002, cuyo fallo se modifica en los términos que a continuación se expresan.
- 2) Se deja sin efecto la condena de la empresa recurrente a la que se absuelve de las pretensiones ejercitadas en su contra y se mantiene la absolución del Consell Insular de Mallorca y del Ayuntamiento de Soller.
- 3) Se mantiene la declaración de improcedencia del despido y sus consecuencias y se condena a la Fundació Deixalles a estar y pasar por la anterior declaración.
- 4) Se condena a la empresa Soller Recicla S.L. a la readmisión del demandante con el consiguiente abono de los salarios de tramitación o al pago de la indemnización en los términos establecidos en la sentencia recurrida, debiendo optar entre una u otra alternativa dentro de los cinco días siguientes a la notificación de la presente sentencia sin esperar su firmeza.
- 5) Sin costas.

Una vez firme la presente resolución, devuélvase a Limpiezas Urbanas de Mallorca S.A. (LUMSA) y Fomento de Construcciones y Contratas S.A. (FCC), integrantes de la UTE- CIM, la consignación efectuada y el depósito constituido para recurrir.

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares.

ADVERTENCIAS LEGALES

Contra esta sentencia cabe **RECURSO DE CASACION PARA LA UNIFICACION DE DOCTRINA** ante la Sala IV de lo Social del Tribunal Supremo, que necesariamente deberá prepararse por escrito firmado por abogado dirigido a esta Sala de lo Social y presentado dentro de los DIEZ DÍAS hábiles siguientes al de su notificación, de conformidad con lo establecido en los artículos **218** y **220** y cuya forma y contenido deberá adecuarse a los requisitos determinados en el artº. **221** y con las prevenciones determinadas en los artículos **229** y **230** de la **Ley 36/11 Reguladora de la Jurisdicción Social** .

Además si el recurrente hubiere sido condenado en la sentencia, deberá acompañar, al preparar el recurso, el justificante de haber ingresado en la cuenta de depósitos y consignaciones abierta en el **Santander** (antes Banco Español de Crédito, S.A.(BANESTO), Sucursal de Palma de Mallorca, **cuenta número0446-0000-65-0006-17** a nombre de esta Sala el **importe de la condena** o bien aval bancario indefinido pagadero al primer requerimiento, en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista, documento escrito de aval que deberá ser ratificado por persona con poder bastante para ello de la entidad bancaria avalista. Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social y una vez se determine por éstos su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.



Para el supuesto de ingreso por transferencia bancaria, deberá realizarse la misma al número de cuenta de **Santander (antes Banesto: 0049-3569-92-0005001274, IBAN ES55)** y en el campo Beneficiario introducir los dígitos de la cuenta expediente referida en el párrafo precedente, haciendo constar el órgano Sala de lo Social TSJ Baleares .

Conforme determina el artículo 229 de la Ley 36/11 Reguladora de la Jurisdicción Social , el recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregando en esta Secretaría al tiempo de preparar el recurso la consignación de **un depósito de 600 euros** , que deberá ingresar en la entidad bancaria **Santander** (antes Banco Español de Crédito, S.A. (BANESTO), sucursal de la calle Jaime III de Palma de Mallorca, cuenta número **0446-0000-66-0006-17** .

Conforme determina el artículo 229 de la LRJS , están exentos de constituir estos depósitos los trabajadores, causahabientes suyos o beneficiarios del régimen público de la Seguridad social, e igualmente el Estado, las Comunidades Autónomas, las Entidades Locales y las entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de los mismos, así como las entidades de derecho público reguladas por su normativa específica y los órganos constitucionales. Los sindicatos y quienes tuvieren reconocido el beneficio de justicia gratuita quedarán exentos de constituir el depósito referido y las consignaciones que para recurrir vienen exigidas en esta Ley.

En materia de Seguridad Social y conforme determina el artículo 230 LRJS se aplicarán las siguientes reglas:

- a) Cuando en la sentencia se reconozca al beneficiario el derecho a percibir prestaciones, para que pueda recurrir el condenado al pago de dicha prestación será necesario que haya ingresado en la Tesorería General de la Seguridad Social el capital coste de la pensión o el importe de la prestación a la que haya sido condenado en el fallo, con objeto de abonarla a los beneficiarios durante la sustanciación del recurso, presentando el oportuno resguardo. El mismo ingreso de deberá efectuar el declarado responsable del recargo por falta de medidas de seguridad, en cuanto al porcentaje que haya sido reconocido por primera vez en vía judicial y respecto de las pensiones causadas hasta ese momento, previa fijación por la Tesorería General de la Seguridad social del capital costa o importe del recargo correspondiente.
- b) Si en la sentencia se condenara a la Entidad Gestora de la Seguridad Social, ésta quedará exenta del ingreso si bien deberá presentar certificación acreditativa del pago de la prestación conforme determina el precepto.
- c) Cuando la condena se refiera a mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social, el condenado o declarado responsable vendrá obligado a efectuar la consignación o aseguramiento de la condena en la forma establecida en el artículo 230.1.

Conforme determina el art. 230.3 LRJS los anteriores requisitos de consignación y aseguramiento de la condena deben justificarse, junto con la constituir del depósito necesario para recurrir en su caso, en el momento de la preparación del recurso de casación o hasta la expiración de dicho plazo, aportando el oportuno justificante. Todo ello bajo apercibimiento que, de no verificarlo, podrá tenerse por no preparado dicho recurso de casación.

Guárdese el original de esta sentencia en el libro correspondiente y líbrese testimonio para su unión al Rollo de Sala, y firme que sea, devuélvase los autos al Juzgado de procedencia junto con certificación de la presente sentencia y archívense las presentes actuaciones.

Así por ésta nuestra sentencia nº **318/2017**, definitivamente juzgando lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

DILIGENCIA DE PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día de la fecha por el Ilmo. Sr. Magistrado - Ponente que la suscribe, estando celebrando audiencia pública y es notificada a las partes, quedando su original en el Libro de Sentencias y copia testimoniada en el Rollo.- Doy fe.