



Roj: **STSJ BAL 956/2017 - ECLI:ES:TSJBAL:2017:956**

Id Cendoj: **07040340012017100479**

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

Sede: **Palma de Mallorca**

Sección: **1**

Fecha: **23/11/2017**

Nº de Recurso: **73/2017**

Nº de Resolución: **490/2017**

Procedimiento: **RECURSO SUPLICACION**

Ponente: **ANTONI OLIVER REUS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.ILLES BALEARS SALA SOCIAL

PALMA DE MALLORCA

SENTENCIA: 00490/2017

PL.MERCAT, NUM.12

Tfno: 971724152/971723689

Fax: 971227218

NIG: 07040 44 4 2014 0003497

Equipo/usuario: AAA

Modelo: 402250

RSU RECURSO SUPLICACION 0000073 /2017

Procedimiento origen: DSP DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000882 /2014

Sobre: SUCESION DE EMPRESAS

RECURRENTE/S D/ña FEDERACIÓ PREDIF ILLES BALEARS

ABOGADO/A: CATALINA RIERA FEMENIAS

RECURRIDO/S D/ña: Inés , CONSELLERIA DE FAMILIA I SERVEIS SOCIALS , EULEN SOCIOSANITARIOS SA

ABOGADO/A: ISABEL RIPOLL BONNIN, LETRADO DE LA COMUNIDAD , LUIS RODRÍGUEZ HERRERO , ,

''

ILMOS. SRES.:

DON ANTONI OLIVER REUS

PRESIDENTE:

DON ALEJANDRO ROA NONIDE

D. ANTONIO MONSERRAT QUINTANA

MAGISTRADOS:

En Palma de Mallorca, a veintitrés de noviembre 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. 490/17

En el Recurso de Suplicación núm. 73/2017, formalizado por el la Letrada D^a Catalina Riera Femenías, en nombre y representación de FEDERACIÓ PREDIF ILLES BALEARIS, contra la sentencia de fecha 21 de Diciembre de 2015, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 4 de Palma de Mallorca en sus autos demanda número 882/14, seguidos a instancia de D^a Inés , representado por la Letrada Isabel Ripoll, frente a la recurrente, así como frente EULEN SOCIOSANITARIOS, S.A., representado por el Letrado D. Luis Rodríguez Herrero, y la Conselleria de Família i Serveis Social en reclamación por 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.- La demandante Dña. Inés , titular del DNI nº NUM000 ha venido prestando servicios por cuenta y bajo la dependencia de la Federació Predif Illes Balears, asociación sin ánimo de lucro cuyo objeto es promover la igualdad de oportunidades y la mejora de la calidad de vida de las personas con discapacidad, con una antigüedad de 1 de abril de 2.012, ostentando la categoría profesional de terapeuta ocupacional y percibiendo un salario mensual bruto con inclusión de la prorrata de pagas extraordinarias de 2.276,93 ?. Era de aplicación a la relación laboral el XIV Convenio Colectivo General de Centros y Servicios de Atención a Personas con Discapacidad.

2.- La relación laboral se articuló mediante la celebración de un contrato de duración temporal y carácter eventual por circunstancias de la producción a tiempo completo cuyo objeto venía descrito en el mismo como "reforzar la plantilla por acumulación de tareas". Dicho contrato fue sucedido en fecha 11 de julio de 2.012 sin solución de continuidad por un segundo contrato de trabajo de duración temporal por obra o servicio determinado a tiempo completo cuyo objeto se definió en el mismo en los siguientes términos: "Retalitzacio de les tasques del Server de promocio de l'autonomia personal i suport a la vida independent de les persones amb discapacitat fisica greu signal el 31/0/10". En fecha 1 de julio de 2.013 empresa y trabajadora suscribieron un tercer contrato de trabajo de duración temporal por obra o servicio determinado a tiempo completo cuyo objeto era descrito en el mismo como "Servicio de Promoción de la Autonomía Personal (SEPAP).

3.- La prestación de servicios de la demandante tuvo lugar en el marco del Proyecto de Promoción de la Autonomía Personal (SEPAP), proyectó que venía desarrollando la Federació Predif Illes Balears en virtud de convenio de colaboración suscrito en fecha 31 de marzo de 2.010 con la Conselleria de Família i Serveis Socials del Govern Balear. El objeto de dicho convenio de colaboración venía constituido por el desarrollo de los siguientes programas:

- a) Programa de Soporte Psicosocial para facilitar la adaptación al entorno social de estas personas, promocionar la autonomía personal y fomentar la integración social.
- b) Programa de Atención a las Familias para ayudarlas, asesorarlas, informarlas y formarlas en la adaptación y la atención de las familiares con gran discapacidad física.
- c) Programa de Apoyo y Asesoramiento a Profesionales y Entidades para orientar y asesorar a los profesionales de diferentes ámbitos de actuación y las entidades que trabajan con personas con discapacidades físicas.
- d) Programa de Orientación, Acompañamiento y Gestión de Casos para asegurar la continuidad asistencial entre los servicios de salud y los servicios sociales, coordinar la actuación que tienen que desarrollar los diferentes recursos existentes de atención a personas con gran discapacidad para asignar los recursos adecuados en cada fase del proceso, acompañar a los usuarios y sus familias en el proceso de integración social para facilitarles el acceso a los recursos existentes
- e) Programa de Promoción de la Vida independiente para fomentar la integración plena de las personas en su entorno habitual, facilitarles a adaptación al espacio cotidiano, potenciar la autonomía de las personas para que puedan hacer una vida con las menores restricciones posibles y evitar la dependencia y su retorno a la vida activa.
- f) Programa de Fomento de las Buenas Practicas y la Transferencia de Conocimientos entre las partes firmantes del Convenio.



4.- La fecha de finalización del convenio de colaboración suscrito entre la Federació Predif Illes Balears y la Conselleria de Família i Serveis Socials prevista en el mismo era el 30 de abril de 2.013, si bien el convenio fue prorrogado en las siguientes fechas:

- En fecha 27 de diciembre de 2.012 hasta el 30 de septiembre de 2.013.
- En fecha 13 de diciembre de 2.013 hasta el 31 de marzo de 2.014.
- En fecha 28 de marzo de 2.014 hasta el 30 de septiembre de 2.014.

5.- La prestación del servicio se llevaba a cabo en el edificio sito en la Calle Joan Crespi nº 11 de Palma, cuya titularidad corresponde a la Conselleria de Família i Serveis Socials.

6.- En el BOIB de fecha 22 de mayo de 2.014 se publicó anuncio de licitación por parte de la Conselleria de Família i Serveis Socials del servicio SEPAP que venía prestando la Federació Predif Illes Balears, bajo la forma de contrato administrativo mediante tramitación ordinaria y procedimiento abierto. La contratación licitada tenía con una duración prevista de un año a contar desde el 1 de julio de 2.014 y hasta el 30 de junio de 2.015. El pliego de condiciones del contrato establecía que la entidad adjudicataria debía de disponer de los recursos humanos siguientes: 1 administrativo y 1 auxiliar administrativo a jornada completa, 2 trabajadores sociales, uno a jornada completa y otro a media jornada, 1 psicólogo, 2 terapeutas ocupacionales, 3 auxiliares sociosanitarios y 1 logopeda a jornada completa, 1 neuropsicólogo a media jornada y 1 técnico de inserción laboral a jornada completa. Consta en el pliego de prescripciones técnicas del contrato el salario anual correspondiente a cada uno de los puestos de trabajo indicados, con un gasto total en materia de personal de 187.470,92 ?.

7.- Obran en autos los pliegos de prescripciones técnicas del contrato que se dan aquí por reproducidos debiendo destacarse que la cláusula tercera establece que todo el personal que la adjudicataria contrate para la prestación del servicio estará a su cargo, siendo ésta responsable de seleccionar el personal.

8.- En fecha 6 de junio de 2.014 tuvo entrada en la Conselleria de Família i Serveis Socials escrito presentado por la Federació Predif Illes Balears interponiendo recurso especial en materia de contratación frente a los pliegos y documentos contractuales del expediente de contratación en el cual se hizo constar que la prestación del servicio licitado se llevaba a cabo por una dotación de personal de 13 personas conforme al siguiente desglose: 1 administrativo, 1 auxiliar administrativo y 1 trabajador social a jornada completa, 1 coordinador trabajador social a media jornada, 1 psicólogo, 2 terapeuta ocupacionales, 3 auxiliares sociosanitarios y 1 logopeda a jornada completa, 1 neuropsicólogo a media jornada y 1 insertor laboral a jornada completa. La Federació Predif Illes Balears alegó la aplicación de lo dispuesto en el XIV Convenio Colectivo de centros y servicios de atención a personas con discapacidad, cuyo Art. 27 regula la subrogación de la empresa entrante en la prestación del servicio en las relaciones laborales de los trabajadores que vinieran desempeñando el mismo por cuenta de la empresa saliente, en los términos previstos en el citado Convenio Colectivo, impugnando la ausencia en los pliegos que regían la licitación de cualquier referencia a la obligación de subrogación que pudiera corresponder a la empresa entrante en las relaciones laborales de los trabajadores que venían atendiendo el servicio licitado. El recurso interpuesto por la Federació Predif Illes Balears hizo constar que el gasto total anual en materia de personal ascendía a 288.664,04 ?. Así mismo, se solicitó como medida cautelar la suspensión del proceso de licitación, medida cautelar que fue rechazada por el Tribunal Administrativo Central mediante resolución de fecha 20 de junio de 2.014.

9.- Mediante resolución de fecha 16 de julio de 2.014 de la Conselleria de Família i Serveis Socials se adjudicó a la empresa Eulen Sociosanitarios S.A. la prestación del servicio SEPAP de acuerdo con lo establecido en el pliego de prescripciones técnicas y en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

10.- En fecha 1 de julio de 2.014 el Tribunal Administrativo Central dictó resolución que desestimó el recurso interpuesto por la Federació Predif Illes Balears contra los pliegos de contratación del SEPAP. En el Fundamento de Derecho Quinto de la Resolución se hace constar:

Ya hemos señalado también en otras Resoluciones (como referencia en la Resolución 608/2013, de 4 de diciembre) que, en supuestos en que existe, al menos, la apariencia de que puede haber obligación de subrogarse en los términos que determinan la aplicación del art. 120 TRLCSP- y sin que ello suponga prejuzgar la existencia y alcance de tal obligación de subrogación-, el órgano de contratación estaría obligado a hacer constar la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte esa posible subrogación.

En este caso se habría incumplido con la anterior obligación en tanto en cuanto, al no incluir el anexo con la relación de personal a subrogar, no se ha proporcionado a los posibles licitadores información que les posibilite calcular los costes de la posible subrogación del personal.



Ahora bien, como en el caso de la Resolución 075/2013 ya citada, la asociación recurrente ya dispone de esa información, puesto que es justamente quien viene efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar y quien tiene la condición de empleadora de los trabajadores afectados. Aunque se estimara el recurso en este punto nunca le podría reportar un beneficio cierto al recurrente, pues ya dispone de la información cuya incorporación a los pliegos reclama.

En cuanto al licitador que ha presentado oferta, no ha formulado alegaciones al recurso ni para adherirse al mismo, ni para rechazarlo. Hemos de entender, por ello, que la falta de información alegada por la recurrente no le ha parecido obstáculo relevante para presentar su oferta.

11.- En fecha 5 de agosto de 2.014 la Conselleria de Família i Serveis Socials y la empresa Eulen Sociosanitarios S.A. formalizaron contrato administrativo cuyo objeto era la prestación del servicio SEPAP cuya vigencia fue prorrogada en fecha 20 de julio de 2.015 hasta el 5 de agosto de 2.016.

12.- La empresa Eulen Sociosanitarios S.A. inició la gestión del servicio SEPAP el día 6 de agosto de 2.014 y contrató a un total de 10 trabajadores durante los años 2.014 y 2.015 para atender dicho servicio.

13.- Mediante escrito de fecha 13 de junio de 2.014 la Federació Predif Illes Balears comunicó a la demandante la extinción de su contrato de trabajo con efectos de 30 de junio de 2.014 por fin de obra.

14.- Durante el periodo comprendido entre el 1 de julio de 2.014 y el 5 de agosto del mismo año, la Conselleria de Família i Serveis Socials destinó a dos funcionarios miembros de su personal al servicio SEPAP.

15.- El Art. 27 del XIV Convenio Colectivo General de Centros y Servicios de Atención a Personas con Discapacidad establece:

Subrogación empresarial y cesión de trabajadores y trabajadoras.

1. Al objeto de garantizar y contribuir al principio de estabilidad en el empleo mediante cualquiera de las modalidades de contratación, las empresas y centros de trabajo cualquiera que sea su actividad, que en virtud de contratación pública, privada, por concurso, adjudicación o cualquier otro tipo de transmisión, sustituyan en la prestación de un servicio o actividad a una empresa o entidad que, bajo cualquier forma jurídica y tanto en régimen de relación laboral ordinaria o especial, estuviera incluida en el ámbito funcional del convenio, se subrogará obligatoriamente en los contratos de trabajo de los trabajadores que estuvieran adscritos a dicho servicio o actividad con una antigüedad mínima en el mismo de tres meses, en los términos que se detallan en este artículo.

La citada subrogación se producirá en la totalidad de derechos y obligaciones de los trabajadores, garantizándose su continuidad en la prestación del servicio y será imperativa aun cuando ello implicara la transformación de un contrato formalizado al amparo de la relación laboral especial en centros especiales de empleo en un contrato y relación laboral ordinaria de personas con discapacidad o minusvalía.

La subrogación se producirá respecto del siguiente personal:

- a) Trabajadores/as en activo que presten sus servicios en dicho centro con una antigüedad mínima de los tres últimos meses, sea cual fuere la naturaleza de la relación laboral y la modalidad contractual.
- b) Trabajadores/as que en el momento de cambio de titularidad de la contrata, servicio o actividad se encuentren en estado de incapacidad temporal, enfermos, accidentados o en situación de excedencia, si hubieran estado adscritos a la misma al menos tres meses.
- c) Trabajadores/as que sustituyan a alguno de los trabajadores mencionados en el apartado anterior.

A fin de instrumentar la subrogación, la empresa saliente deberá entregar a la

entrante, al menos una semana antes de finalizar su servicio, la siguiente documentación:

Certificado del organismo competente de estar al corriente de pago de la Seguridad Social.

Fotocopia de las tres últimas nóminas mensuales de los trabajadores y trabajadoras afectados.

Fotocopia de los TC-1 y TC-2 de cotización a la Seguridad Social de los tres últimos meses.

Relación de personal en la que se especifique: Nombre y apellidos, domicilio, número de afiliación a la Seguridad Social, antigüedad, jornada, horario, vacaciones y cualquier modificación de éstos que se haya producido en los tres meses anteriores junto con la justificación de la misma, modalidad de su contratación, especificación del período de mandato si el trabajador/a es representante sindical y fecha de disfrute de sus vacaciones.



Parte de IT y/o confirmación del mismo.

Días de asuntos propios ya disfrutados y justificación de otras licencias retribuidas.

Fotocopia de los contratos de trabajo del personal afectado por la subrogación, si los ha tramitado la saliente.

Copia de documentos debidamente diligenciados por cada trabajador/a afectado en el que se haga constar que éste ha recibido de la empresa saliente su liquidación de partes proporcionales de sus haberes hasta el momento de la subrogación, no quedando pendiente cantidad alguna. Este documento deberá estar en poder de la nueva adjudicataria en la fecha del inicio del servicio como nueva titular.

2. En cualquier caso la relación laboral entre la empresa saliente y los trabajadores/as solo se extingue en el momento en que se produzca de derecho la subrogación a la nueva adjudicataria.

3. Así mismo se mantendrán los plazos establecidos en los convenios colectivos de ámbito inferior, siempre y cuando respeten los contenidos mínimos regulados en el presente capítulo.

4. A los efectos previstos en este artículo no tendrán la consideración de trabajadores y, por tanto, no serán objeto de subrogación por la nueva adjudicataria los socios cooperativistas y los trabajadores autónomos aun cuando vinieran prestando servicios, directa y personalmente, en el centro o contrata en el que se produjese el cambio de contratista.

5. Cuando la nueva empresa adjudicataria sea un centro especial de empleo podrá asumir con el proceso de subrogación hasta el número máximo de trabajadores sin relación laboral de carácter especial que la propia regulación legal de constitución y mantenimiento de un centro especial de empleo permita y, todo ello, atendiendo al cumplimiento legal y reglamentario de creación y funcionamiento de los centros especiales de empleo. No obstante con carácter excepcional, mientras ese centro especial de empleo mantenga la adjudicación de la citada contrata podrá subrogarse en la totalidad de la plantilla de los trabajadores de la empresa saliente.

6. Con la sola excepción de lo previsto en los párrafos anteriores, en todos los

demás supuestos de finalización, pérdida, rescisión, cesión o rescate de una contrata, -así como, respecto de cualquier otra figura o modalidad que suponga la subrogación entre entidades, personas físicas o jurídicas-, que lleven a cabo la actividad de que se trate, los trabajadores y trabajadoras de la empresa saliente pasarán a estar adscritos a la nueva titular de la contrata que vaya a realizar el servicio, respetando ésta los derechos y obligaciones que disfruten en la empresa subrogada.

7. Acreditación documental.-Todos los supuestos anteriormente contemplados, se deberán acreditar documentalmente por la empresa o entidad saliente a la entrante, mediante los documentos que se detallan en este artículo.

8. El plazo de entrega será el que se establezca en cada convenio de ámbito

territorial inferior. En el supuesto de que en aquellos no estuviera regulado dicho plazo de entrega, éste será de cinco días hábiles contados a partir del momento en que la empresa entrante comunique a la saliente el cambio de la adjudicación de servicios.

En ningún caso se podrá oponer a la aplicación del presente artículo, y en consecuencia a la subrogación la empresa entrante, en el caso de que la empresa saliente no le hubiera proporcionado a la entrante la documentación a que viene obligada. Y ello con independencia de que pudiera exigirle a aquella la indemnización por los daños y perjuicios que en su incumplimiento le haya podido acarrear.

11. La aplicación de este artículo será de obligado cumplimiento para las partes a las que vincula: empresa cesante, nueva adjudicataria y trabajador/a, operando la subrogación tanto en los supuestos de jornada completa, como en los de jornada inferior, aun cuando el trabajador/a siga vinculado a la empresa cesante por una parte de su jornada. En tal caso se procederá conforme determina el apartado anterior. No desaparece el carácter vinculante de este artículo, en el supuesto de cierre temporal de un centro de trabajo que obligue a la suspensión del servicio por tiempo no superior a un año. En tal caso, dicha circunstancia dará lugar a promover expediente de regulación de empleo por el que se autorice la suspensión de los contratos de trabajo de los empleados que resulten afectados. A la finalización del período de suspensión, dichos trabajadores/as tendrán reservado el puesto de trabajo en el centro en cuestión, aunque a esa fecha se adjudicase el servicio a otra empresa.

12. En caso de que un cliente rescindiera el contrato de adjudicación de un servicio con una empresa, por cualquier causa, con la idea de realizarlo con su propio personal, y posteriormente contratase con otra de nuevo



el servicio en el plazo de un año, la nueva concesionaria deberá incorporar a su plantilla al personal afectado de la anterior empresa, siempre y cuando se den los requisitos establecidos en el presente artículo.

13. En el caso de que el propósito del cliente, al rescindir el contrato de adjudicación del servicio de que se trate, por cualquier causa, fuera el de realizarlo con personal propio pero de nueva contratación, quedará obligado a incorporar a su plantilla a los trabajadores/as afectados/as de la empresa hasta el momento prestadora de dicho servicio.

14. La subrogación del personal, así como los documentos a facilitar, operarán en todos los supuestos de subrogación de contratos de los correspondientes servicios, y ello aun cuando la relación jurídica se establezca sólo entre quien adjudica el servicio por un lado y la empresa que resulte adjudicataria por otro, siendo de aplicación obligatoria, en todo caso, la subrogación de personal, en los términos indicados y ello con independencia tanto de la aplicación, en su caso, de lo previsto en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, como de la existencia por parte del empresario saliente de otras contrataciones ajenas a la que es objeto de subrogación.

16.- La demandante no ostentó la condición de representante legal de los trabajadores durante el último año.

17.- En fecha 14 de julio de 2.014 la demandante presentó papeleta de conciliación ante el TAMIB celebrándose el acto sin acuerdo el día 22 de julio. En esta misma fecha interpuso reclamación administrativa previa frente a la Conselleria de Família i Serveis Socials.

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

QUE ESTIMANDO EN PARTE LA DEMANDA interpuesta por Dña. Inés contra la empresa Eulen Sociosanitarios S.A., contra la Federació Predif Illes Balears y contra la Conselleria de Família i Serveis Socials del Govern Balear debo declarar y declaro la improcedencia del despido de la trabajadora demandante efectuado con efectos de 30 de junio de 2.014 por parte de la Federació Predif Illes Balears, a la que condeno a optar en el plazo de cinco días desde la notificación de la presente resolución entre la readmisión de la trabajadora en su puesto de trabajo, con abono de una cantidad igual al importe de los salarios dejados de percibir entre la fecha del despido y la fecha de notificación de la presente sentencia, a razón de 74,85 € diarios y cuyo importe se liquidará en trámite de ejecución de sentencia, o bien abonarle una indemnización por importe de 5.557,61 €. La opción deberá ejercitarse mediante escrito o comparecencia ante la Secretaría de este Juzgado en el plazo indicado y sin esperar a la firmeza de la presente resolución, advirtiéndole de que en el caso de no efectuar opción en el plazo y forma indicados, se entenderá que lo hacen por la readmisión. El ejercicio de la opción por el pago de la indemnización determinará la extinción del contrato de trabajo, que se entenderá producida en la fecha del cese efectivo en el trabajo.

Todo ello absolviendo a la empresa Eulen Sociosanitarios S.A. y a la Conselleria de Família i Serveis Socials del Govern Balear de los pedimentos contenidos en el escrito de demanda.

TERCERO.- Contra dicha resolución se anunció recurso de suplicación por la Letrada D^a Catalina Riera Femenías, en nombre y representación de Federació Predif Illes Balears, que posteriormente formalizó y que fue impugnado por la representación de EULEN SOCIO SANITARIOS, S.A. y CONSELLERIA DE FAMÍLIA I SERVEIS SOCIALS; habiéndose señalado para votación y fallo el día 21 de noviembre de 2017.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. La representación de la codemandada Federació Predif Illes Balears formula recurso de suplicación contra la sentencia dictada por el juzgado de lo social en la que se declaró la improcedencia del despido de la demandante y se condenó a la recurrente a las consecuencias de tal declaración, absolviendo a las codemandadas Eulen Sociosanitarios S.A. y Conselleria de Família i Serveis Socials del Govern Balear.

El recurso articula un primer motivo por la vía del artículo 193 b) LRJS para proponer diversas modificaciones del relato de hechos probados que pasamos examinar. En primer lugar, se solicita la modificación del hecho probado cuarto para que la última línea se sustituya por un texto del siguiente tenor:

- En fecha 28 de marzo de 2014 hasta el 30 de junio de 2014 para la ejecución de las actividades del convenio y hasta el día 30 de septiembre de 2014 para la liquidación del mismo .

Para fundamentar la modificación se señala la documental obrante a los folios 289 y 290, consistente en las cláusulas de la prórroga del convenio de colaboración entre la Conselleria de Família i Serveis Socials del Govern Balear y la Federación recurrente suscrita el 30 de abril de 2014, de la que deriva que efectivamente el período de ejecución pactado finalizaba el 30 de junio de 2014, aunque la prórroga se pactó hasta el 30 de septiembre de 2014 "para todas las actuaciones derivadas del convenio".



Aunque en la redacción propuesta se habla de liquidación, lo cierto es que de la documental que se señala deriva de manera directa que el período de ejecución finalizaba el 30 de junio de 2014 y no el 30 de septiembre de 2014 y en su impugnación la representación de la Conselleria codemandada admite que en todos los convenios suscritos el período de ejecución finalizaba el 30 de junio, existiendo un período posterior para justificación de las actividades realizadas, aunque se aduce que el presente caso era diferente porque no iba a suscribirse una nueva prórroga ya que el servicio SEPAP había salido a licitación pública. Estamos, por tanto, ante hechos no controvertidos y la redacción propuesta ofrece una mejor noticia de los mismos, por lo que se acepta la modificación. En todo caso, debemos advertir que el contenido de la prórroga será examinado por la sala en cuanto sea menester para resolver las cuestiones jurídicas que se nos plantean, pues el juez de instancia ha dado por probado el contenido íntegro de aquella y ha resuelto las cuestiones planteadas a la vista del mismo, por lo que entendemos que se dio por reproducido y ello, en cierta manera, haría innecesaria la modificación propuesta.

En segundo lugar, se propone que se adicione al hecho probado sexto un párrafo del siguiente tenor:

Consta igualmente en el pliego de prescripciones que considerando que el servicio que se contrata es un servicio actualmente en funcionamiento, se prevé un período de transición por un plazo como máximo de dos semanas contando desde el inicio de la prestación del servicio y sin perjuicio de su continuidad .

Para fundamentar esta adición se señala parte del pliego de condiciones técnicas de fecha 22 de abril de 2014, en concreto el punto tercero dedicado a las condiciones, especificaciones y requisitos de la prestación de los servicios, que obra al folio 390 y en el que ciertamente consta un punto dedicado a la iniciación del servicio y al período de transición de un máximo de dos semanas, por lo que se acepta la adición, aunque como hemos dicho respecto de la prórroga, también el pliego de prescripciones técnicas será examinado por la sala en todo cuanto sea necesario para poder resolver las cuestiones jurídicas que se nos plantean, pues entendemos que el juez de instancia dio por íntegramente reproducido el contenido de estos documentos.

SEGUNDO . Ahora, por la vía del artículo 193 c) LRJS , denuncia la parte recurrente infracción lo establecido en el artículo 44 ET y del artículo 27 del convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad.

Se sostiene, en síntesis, que al haber finalizado el convenio que la Federación recurrente tenía suscrito con la Conselleria codemandada y haberse adjudicado el servicio a la codemandada Eulen esta empresa debería haberse subrogado en los derechos y obligaciones respecto de la demandante y el resto de trabajadores que prestaban servicios por cuenta de la Federación recurrente y al no haberse hecho así, existe efectivamente un despido improcedente, pero quien debe responder del mismo es la nueva adjudicataria y en su caso, la Conselleria codemandada.

En relación a la argumentación contenida en la sentencia, conforme a la cual la subrogación no era procedente porque las relaciones laborales se habían extinguido, se sostiene que el hecho de que los trabajadores fueron dados de baja el 30 de junio de 2014, al finalizar el servicio, no tuvo otra significación más que el del cambio de una empresa por otra, en la que se suponía que iban a causar alta el 1 de julio de 2014, que era la fecha prevista para la adjudicación del servicio y así se había venido haciendo desde el inicio de la prestación del servicio por parte de la recurrente. El hecho de que la adjudicación no se produjese en 1 de julio de 2014, tal como procedía conforme a las condiciones particulares de la convocatoria, sino el 16 de junio, no puede perjudicar a la federación recurrente, a quien no se había además notificado quien sería la nueva adjudicataria al objeto de que pudiera comunicar qué trabajadores debían subrogarse, sus categorías y demás condiciones laborales para poder cumplir con lo previsto en el artículo 27 del convenio colectivo. Tampoco el hecho de que el servicio se iniciase por la nueva adjudicataria el 5 de agosto de 2016 tiene nada que ver con la Federación recurrente, siendo impensable que esta pudiera mantener de alta a los trabajadores que había tenido empleados en la ejecución del servicio, pues ni tenía presupuesto, ni actividad para ello al haber finalizado la ejecución del convenio. Se aduce también que la Federación intentó por todos los medios que se incluyese en el pliego de condiciones una cláusula de subrogación con los datos identificativos de los trabajadores a subrogar e incluso formuló por ello un recurso contra el pliego de condiciones.

Frente a ello, la Conselleria codemandada aduce que la Federación recurrente incumplió lo establecido en el artículo 27 del convenio colectivo, ya que conocía quien sería la nueva adjudicataria del servicio al existir una única licitadora. Se admite que se comunicó a la Federación PREDIF que el servicio finalizaba el 30 de junio de 2014, con la previsión de que la nueva adjudicataria entrara en 1 de julio y que el hecho de que el contrato con la nueva adjudicataria no se suscribiera hasta el 5 de agosto de 2014 obligó a prestar el servicio con personal propio de la Conselleria, aduciendo que el retraso en la adjudicación vino motivado por el recurso administrativo formulado por PREDIF, no siendo además la actividad desarrollada la misma del servicio adjudicado.



Por su parte, la codemandada Eulen sostiene que la prórroga del convenio de colaboración suscrito en el mes de marzo de 2014 entre PREDIF y la Conselleria tenía como finalidad posibilitar la continuación del servicio hasta que se procediera a la adjudicación mediante un próximo procedimiento de licitación y conforme al artículo 27.11 del convenio colectivo la recurrente pudo haber promovido un expediente de regulación de empleo al producirse el cierre temporal del centro de trabajo que obligaba a la suspensión del servicio y en cambio dio de baja a los trabajadores, cuyas relaciones ya no estaban vivas al producirse la nueva adjudicación y por tanto no puede operar la subrogación.

Establecidos los términos del debate, pasamos a resolver la cuestión planteada.

TERCERO . Para resolver la cuestión lo primero que debemos descartar es la aplicación del artículo 44 ET , pues como declaró el Tribunal Supremo en su sentencia de 7 de abril de 2016 (RCUD 2269/2014) *en los supuestos de sucesión de contratistas la subrogación no opera en virtud del mandato estatutario - art. 44 ET - si no se ha producido una transmisión de activos patrimoniales o una "sucesión de plantillas", en aquellos sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra - STS de 27 de octubre de 2004, rec 899/02 , que recoge la doctrina comunitaria- . La subrogación se produce en virtud del mandato contenido en el convenio colectivo aplicable.*

La subrogación también puede imponerse al nuevo adjudicatario del servicio en el pliego de condiciones, pero esto no tuvo lugar en el presente caso, a pesar de que la fundación recurrente intentó que así fuera tal como se recoge en el hecho probado octavo.

Antes de continuar, parece oportuno advertir que de haberse incluido en el pliego de condiciones la obligación de la nueva adjudicataria de subrogarse en las relaciones de trabajo de quienes prestaban servicios para la anterior adjudicataria, probablemente no se habrían producido el número de demandas que ahora están llegando a la sala en trámite de suplicación. En la actualidad el art. 130 de la Ley 9/2017 de contratos del sector público por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las directivas 2014/23 y 2014/24 incluye, entre otras cosas, una obligación e tal sentido para evitar situaciones como la presente.

En todo caso, esta actuación de la Conselleria no permitía liberar a la nueva adjudicataria de las obligaciones impuestas en el convenio colectivo.

Llegados a este punto, lo que debemos resolver es si conforme a lo establecido en el convenio colectivo procedía o no la subrogación de los trabajadores que venían prestando servicios para la Federación recurrente adscritos al servicio que tenía adjudicado y que se adjudicó después a la codemandada Eulen o si, como se resuelve en la sentencia recurrida, el hecho de que el 30 de junio la Federación recurrente diese de baja a los trabajadores impedía que operase la subrogación.

A tal fin, debemos acudir a lo establecido en el artículo 27 del convenio colectivo general de centros de servicios de atención a personas con discapacidad que se reproduce en el hecho probado décimo-quinto.

A juicio de la sala, a la vista de lo establecido en dicha norma y de las circunstancias concurrentes la subrogación era procedente y el hecho de que la empresa saliente cursara la baja de los trabajadores con efectos 30 de junio de 2014 no permitía exonerar a la nueva adjudicataria del servicio de las obligaciones derivadas de la subrogación impuesta por aquella norma convencional.

Por lo pronto, la baja en la Seguridad Social de los trabajadores adscritos al servicio estaba justificada por haber finalizado la ejecución del mismo, aunque es cierto que en aplicación de lo establecido en el artículo 27.2 del convenio colectivo la extinción del contrato no podía producirse hasta la subrogación a la nueva adjudicataria. Por tanto, la empresa saliente no puede quedar exonerada de las consecuencias del despido de la demandante por el período que medió entre la finalización del convenio de colaboración y la subrogación a la nueva adjudicataria. Ciertamente, si quería quedar exonerada de toda responsabilidad la fundación recurrente debió instar un expediente de regulación de empleo para la suspensión de los contratos por fuerza mayor, posibilidad expresamente prevista en el artículo 27.11 del convenio colectivo y al no hacerlo deberá responder de las consecuencias del despido en relación al periodo mencionado.

Pero, la baja anticipada de la trabajadora demandada en la Seguridad Social en modo alguno impide la subrogación convencional de la demandante, ni sirve para exonerar a la nueva adjudicataria de la obligación de incorporar a su plantilla a los trabajadores que venían desarrollando su actividad en el centro de trabajo durante los periodos a que se refiere la norma. Antes al contrario, la norma convencional que impone la subrogación es tajante y la obligación de la nueva adjudicataria de incorporar a su plantilla a los trabajadores que prestan servicios en el centro objeto de nueva adjudicación no se extingue por el cierre temporal del centro de trabajo.

Así, en el apartado 9 del artículo 27 establece lo siguiente:



No desaparece de carácter vinculante de este artículo, en el supuesto de cierre temporal de un centro de trabajo que obligue a la suspensión del servicio por tiempo no superior a un año. En tal caso, dicha circunstancia dará lugar a promover expediente de regulación de empleo por el que se autorice la suspensión de los contratos de trabajo de los empleados que resulten afectados. A la finalización del período de suspensión, dichos trabajadores/as tendrán reservado el puesto de trabajo en el centro en cuestión, aunque esa fecha se adjudicase el servicio a otra empresa.

El hecho de que la empresa saliente incumpliese sus obligaciones para con los trabajadores no sirve para exonerar a la entrante de las obligaciones que el convenio colectivo le impone con independencia de que el centro de trabajo permanezca cerrado durante un período inferior a un año. Sin duda, su responsabilidad no alcanza al período anterior a la subrogación, pero sí a la obligación de subrogarse, que pudo y debió cumplir oportunamente en lugar de intentar ampararse en el incumplimiento de la empresa saliente para eludir sus propias obligaciones.

Es cierto que los trabajadores no estaban en activo, porque al haber finalizado la ejecución del servicio el 30 de junio se procedió al cierre temporal del centro de trabajo y ya no podían estar en activo, con independencia de que se procediese a la suspensión de sus contratos o no. En ninguno de los casos estarían en activo al iniciar su actividad la nueva adjudicataria, pero en todo caso esta debía subrogarse en las relaciones laborales.

En tal sentido, en el apartado 14 del artículo 27 se establece lo siguiente:

La subrogación del personal, así como los documentos a facilitar, operarán en todos los supuestos de subrogación de contratos de los correspondientes servicios, y ello aún cuando la relación jurídica se establezca sólo entre quien adjudica el servicio por un lado y la empresa que resulte adjudicataria por otro, siendo de aplicación obligatoria, en todo caso, la subrogación de personal, en los términos indicados y ello con independencia tanto de la aplicación, en su caso, de lo previsto en el artículo 44 del estatuto de los trabajadores, como la existencia por parte del empresario saliente de otras contrataciones ajenas a la que es objeto de subrogación.

La norma convencional no ofrece dudas sobre la obligación terminante de subrogar al personal en los supuestos de sucesión de contratos, sin que se establezca excepción alguna como consecuencia de los incumplimientos en que haya podido incurrir la empresa saliente, no debiendo olvidarse que los trabajadores son terceros de buena fe, que no pueden ver perjudicados sus derechos y la estabilidad en el empleo por los incumplimientos de ninguna de las partes intervinientes en el proceso de sucesión de contratistas.

Así deriva también de lo establecido en el apartado primero del artículo 27 del convenio colectivo cuando establece lo siguiente:

Al objeto de garantizar y contribuir al principio de estabilidad en el empleo mediante cualquiera de las modalidades de contratación, las empresas y centros de trabajo cualquiera que sea su actividad, que en virtud de contratación pública, privada, por concurso, adjudicación o cualquier otro tipo de transmisión, sustituyen la prestación de un servicio o actividad a una empresa o entidad que, bajo cualquier forma jurídica y tanto el régimen de relación laboral ordinario o especial, estuviera incluida en el ámbito funcional del convenio, se subrogará obligatoriamente en los contratos de trabajo de los trabajadores que estuvieron escritos de dicho servicio o actividad con antigüedad mínima en el mismo de tres años, en los términos que se detallan en este artículo.

Por tanto, el motivo prospera en parte, pues ciertamente la empresa condenada a las consecuencias del despido debe ser la entrante Eulen Sociosanitarios S.A., pero la empresa recurrente debe ser condenada a estar y pasar por la declaración de improcedencia y a las consecuencias del despido limitadas al período que va desde el 1 de julio de 2014 hasta el 4 de agosto de 2014, fecha a partir de la cual la nueva adjudicataria inició la ejecución del servicio y en relación al pago de unos eventuales salarios de tramitación para el caso de que la empresa Eulen opte por la readmisión al amparo de lo previsto en el artículo 56 ET. Procede, en cambio, mantener la absolución de la Conselleria codemandada toda vez que al no serle de aplicación el convenio colectivo no le alcanzan las obligaciones impuestas en el mismo.

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 negociadora 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.

La estimación parcial del recurso determina la aplicación de lo establecido en los apartados 2 y 3 del artículo 203 LRJS en relación a las cantidades consignadas para recurrir y al depósito, sin que haya lugar a imposición de costas.

En virtud de lo expuesto,

FALLAMOS

1) Se estima en parte el recurso de suplicación formulado por la Letrada Doña Catalina Riera Femenías obrando en nombre y representación de la entidad FEDERACIÓ PREDIF ILLES BALEARS contra la sentencia dictada el 21 de diciembre de 2015 por el Juzgado de lo Social núm. 4 de Palma de Mallorca en los autos seguidos bajo el número 882/2014, en virtud de la demanda formulada por Doña Inés contra la entidad Eulén Sociosanitarios, S.A., contra la Conselleria de Família i Serveis Socials y contra la recurrente Federació Predif cuyo fallo se modifica en los términos que a continuación se exponen.

2) Se mantiene la declaración de improcedencia del despido de la demandante y sus consecuencias.

3) Se condena a EULEN SOCIOSANITARIOS S.A a que readmita a la demandante en su puesto de trabajo, con abono de una cantidad igual al importe de los salarios dejados de percibir entre el 5 de agosto de 2014 y la notificación de la presente sentencia a razón de 74,85 euros diarios, o le abone una indemnización de 5.557,61 euros. Debiendo optar por lo uno por otro dentro de los cinco días siguientes a la notificación de la presente resolución sin esperar su firmeza, advirtiendo que en caso de no efectuar la opción en dicho plazo se entenderá que lo hace por la readmisión. El ejercicio de la opción por el pago de indemnización determina la extinción del contrato de trabajo, que se entenderá producida en la fecha del cese efectivo de trabajo.

4) Se condena a la FEDERACIÓ PREDIF ILLES BALEARS a estar y pasar por la declaración de improcedencia y a las consecuencias del despido limitadas al pago de los salarios de tramitación por el período que va desde el 1 de julio de 2014 hasta el 4 de agosto de 2014 en el caso de que Eulen Sociosanitarios S.A. opte por la readmisión.

5) Se mantiene la absolución de la CONSELLERÍA DE FAMILIA I SERVEIS SOCIALS codemandada.

6) Sin expresa imposición de costas

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 CASACIÓN 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 número0446-0000-65-0073-17** 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 transferenciabancaria**, deberá realizarse la misma al número de cuenta de **Santander** (antes Banesto): IBAN ES55 0049-3569-92- 0005001274, 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 número0446-0000-66-0073-17**.

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, devuélvanse los autos al Juzgado de procedencia junto con certificación de la presente sentencia y archívense las presentes actuaciones.

Así por ésta nuestra sentencia nº **490/2017**, 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.