



Roj: **STSJ AND 12080/2018 - ECLI:ES:TSJAND:2018:12080**

Id Cendoj: **41091340012018103124**

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

Sede: **Sevilla**

Sección: **1**

Fecha: **08/11/2018**

Nº de Recurso: **3029/2017**

Nº de Resolución: **3205/2018**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **JOSE JOAQUIN PEREZ-BENEYTO ABAD**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Recurso nº 3029/17-C, sentencia nº 3205/18

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA, MELILLA, CEUTA

SALA DE LO SOCIAL

SEVILLA

ILTMOS. SRES.:

D^a. M^a ELENA DÍAZ ALONSO

D^a. M^a BEGOÑA GARCÍA ÁLVAREZ

D. JOSÉ JOAQUÍN PÉREZ BENEYTO ABAD

En Sevilla, a ocho de Noviembre de dos mil dieciocho.

La Sala de lo Social de Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, compuesta por los Iltmos. Sres. citados al margen.

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

SENTENCIA NÚMERO 3205/18

En el recurso de suplicación interpuesto por ELECNOR S.A., representado por el Sr. Letrado D. Enrique Moya-Angeler Cabrera, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Córdoba en sus autos núm. 0841/16; ha sido **Ponente el Iltmo. Sr. DON JOSÉ JOAQUÍN PÉREZ BENEYTO ABAD, Magistrado**, quien expresa el parecer de esta Sala sobre la resolución que merece el presente recurso.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Según consta en autos, el recurrente fue demandado junto a CLECE S.A., SECRETARIA GENERAL DE INSTITUCIONES PENITENCIARIOS DEL MINISTERIO DEL INTERIOR, por D. Sebastián, en demanda de despido, se celebró el juicio y el 15 de diciembre de 2016 se dictó sentencia por el referido Juzgado, estimando la pretensión declarando que la extinción del contrato de trabajo con fecha de efectos 5/9/16 tiene la consideración de un despido improcedente, falta de subrogación, tiene la consideración de un despido improcedente y al tener el trabajador la consideración de delegado sindical, en el plazo de cinco días desde la notificación de esta sentencia y sin esperar firmeza, podrá éste optar entre la extinción de la relación laboral con abono de la indemnización por importe de 42.292,67€, o por la readmisión de forma inmediata en su puesto de trabajo y en las mismas condiciones que estaban vigentes en aquel momento, con abono en ambos casos de los salarios de tramitación desde el 5/9/16 hasta la notificación de la sentencia, o hasta que hubiera encontrado otro empleo. Procederá la readmisión en caso de así manifestarlo el trabajador o de no ejercitar la



opción antedicha en el término legal; se desestima la demanda frente a CLECE SA y la DIRECCIÓN GENERAL DE INSTITUCIONES PENITENCIARIAS, absolviéndolas de las pretensiones formuladas en su contra.

SEGUNDO.- En la citada sentencia y como hechos probados se declararon los siguientes:

"PRIMERO.- Sebastián venía prestando servicios por cuenta y orden de la mercantil CLECE SA, con antigüedad de 14/6/2000, categoría profesional de oficial de 1ª mantenimiento y salario regulador promediado de 1.902,23 € (más 106,37 € de plus de transporte), ostentando la condición de delegado de personal.

El trabajador ha prestado sus servicios en el Centro Penitenciario de Córdoba en virtud del contrato mercantil suscrito entre la Dirección General de Instituciones Penitenciarias y las distintas empresas adjudicatarias del servicio de mantenimiento integral en los establecimientos penitenciarios de Córdoba. CIS de Córdoba y UAR Reina Sofía, habiéndose subrogado desde su primer contrato con las distintas empresas adjudicatarias en los términos que obran en su vida laboral (f. 527).

Para ello firmó un primer contrato por obra o servicio con el objeto "trabajos de su especialidad y categoría mientras FERROVIAL SERVICIOS SA preste sus servicios en el mantenimiento del nuevo centro penitenciario de Córdoba" (f. 529).

SEGUNDO.- Resulta de aplicación el Convenio Colectivo del Metal de la provincia de Córdoba (BOP 4/9/13).

TERCERO.- CLECE SA cesó el 4/9/16 por finalización del contrato mercantil en la

prestación de los servicios de mantenimiento integral en los establecimientos penitenciarios de Córdoba. CIS de Córdoba y UAR Reina Sofía, entrando el día siguiente (5/9/16) la empresa ELECNOR SA, como nueva adjudicataria del servicio.

CUARTO.- El 10/8/16 por la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias se le

comunicó a CLECE SA la extinción del contrato de prestación de servicios suscritos entre ambas partes, informando que a partir del 5/9/16 entraría en vigor el nuevo expediente de contratación con ELECNOR SA (f. 144 y ss).

El 18/8/16 ELECNOR SA envió correo electrónico a CLECE SA informándole la iniciación del contrato de los centros penitenciarios de Córdoba el 5/9/16 y solicitándole las últimas 6 nóminas de los trabajadores contratados, cartas de subrogación, TCs y relación de personal (f. 147, vuelto).

CLECE SA contestó al día siguiente (19/8/16), remitiéndole nóminas, TCs, informes de datos de cotización de trabajadores por cuenta ajena y certificados de empresa de los seis trabajadores (f. 147, vuelto y siguientes).

En fecha 29/8/16 ELECNOR SA remite nuevo correo electrónico solicitando que por

los trabajadores a subrogar se cumplimentara modelo de carta de subrogación que se adjuntaba (f. 147).

El modelo remitido tenía el formato de "acuerdo" y fue suscrito por algunos trabajadores, entre ellos el actor, manifestando éste su no conformidad (f. 153 y ss). Fue devuelto por CLECE a ELECNOR SA el 1/9/16.

El citado documento, suscrito el 31/8/16 y denominado "documento de subrogación de contrato de trabajo", se manifestaba que habiendo cesado en la prestación del servicio y asumiendo el mismo la empresa ELECNOR SA, a partir del 5/9/16, ambas partes acordaban que el trabajador se subrogaba en las condiciones laborales que se referían en el citado contrato (f. 155).

QUINTO.- Llegado el día 5/9/16, el trabajador se personó en su puesto de trabajo, sin permitirle la prestación de servicio.

En la misma situación que el hoy demandante se encontraron los otros cinco trabajadores que prestan sus servicios en virtud de la contrata arriba mencionada en las instalaciones de Córdoba.

En comunicación remitida por ELECNOR SA a CLECE SA tras el 5/9/16 se manifiesta que "una vez estudiada la documentación solicitada y por ustedes enviada, entendemos que no tenemos que contratar al personal adscrito al contrato y que es la empresa CLECE la que se debe hacer cargo de estos trabajadores atendiendo al art. 43 del convenio colectivo de aplicación" (f. 355).

SEXTO.- En el expediente de contratación de mantenimiento integral en los establecimientos penitenciarios de Córdoba. CIS de Córdoba y UAR Reina Sofía licitado a principios de 2016 a los efectos de su adjudicación se relacionaba el listado de subrogación de los seis trabajadores que prestaban sus servicios en los centros de Córdoba, con sus categorías, convenio de aplicación, antigüedad y complementos mensuales (f. 190 y ss).

SÉPTIMO.- El día 30/9/16 se presentó papeleta de conciliación ante el CEMAC, habiéndose celebrado el acto el día 20/10/16 con el resultado de "intentado sin avenencia". "



TERCERO.- El demandado ELEC NOR S.A. recurrió en suplicación contra tal sentencia, siendo impugnado por el trabajador y CLECE S.A..

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia estimatoria de la pretensión de despido, declarado improcedente y condenando a ELEC NOR S.A. por la no subrogación en el contrato de D. Sebastián en la sucesión de contratas que prestaban servicio en el Centro Penitenciario de Córdoba, se alza la empresa ELEC NOR S.A. demandada por el cauce del apartado c) del art 193 LRJS denunciando la infracción de los párrafos cuarto y sexto del art. 43 del Convenio Colectivo del Sector del Metal de la Provincia de Córdoba, BOP núm. 169, de 4 de septiembre 2013, así como del art. 82.1.2 y 3 ET, y de los arts. 1091, 1256 y 1281.1º CC, así como la jurisprudencia que cita, argumentando que si en el Convenio Colectivo se establece que "la contrata saliente deberá facilitar a la nueva adjudicataria, con un plazo mínimo de antelación de 15 días hábiles, la relación de los trabajadores/as en los que concurren los requisitos antes mencionados", días a los que se debe referir la entrega de tales documentos, no los de la carta de subrogación y que en caso de que "la contrata saliente incumpla la obligación establecida en el párrafo anterior, quedará obligada al abono de los salarios e indemnizaciones que corresponda," luego, concluye, si los quince días hábiles tienen que ser antes de la entrada en el servicio de la nueva adjudicataria y entre el día 19 de agosto y en 3 de septiembre 2016, transcurrieron catorce días la responsable de las consecuencias del despido debe ser la contrata saliente.

SEGUNDO.- Antes de nada procede resaltar que alguno de los hechos a los que haremos referencia como presupuesto de la litis no figuran en el apartado fáctico propiamente dicho, sino en el fundamento segundo de la sentencia de instancia, pero esta circunstancia no les priva de valor y tratamiento procesal de hecho declarado probado (SSTS 07/02/92 rec.16/91; 12/05/ 09 rec 2153/07; y 21/12/10, rec 208/09) de manera que se trata de conclusiones fácticas que la Sala necesariamente ha de respetar y de la que en todo caso ha de partir, al no haber sido rectificadas en trámite de Suplicación y en donde se nos expresa " *No fue el incumplimiento del plazo lo que determinó que ELEC NOR SA no procediera a la subrogación, sino una exigencia documental no prevista convencionalmente y requerida de forma abusiva por la empresa entrante.../... en este caso puesto que la empresa entrante, desde la licitación pública del expediente de contratación en febrero de 2016, podía conocer esta relación de trabajadores, pues era pública. .../... CLECE SA no omitió ese deber de información. Por el contrario, remitió toda la documentación necesaria para proceder a la subrogación: nóminas. TCs, informes de datos de cotización de trabajadores por cuenta ajena y certificados de empresa. Los trabajadores estaban perfectamente relacionados ... (y) no se produjo entonces la subrogación .../... Porque faltaba el documento de subrogación. Este documento no es exigido convencionalmente. Además, el remitido por ELEC NOR SA a CLECE SA para que fuera firmado por los trabajadores resulta confeccionado .../... Con la confección como un "acuerdo" (f. 348 y ss y 398 y ss) convierte el deber de notificación de la empresa saliente en un pacto entre ella y los trabajadores que les puede cercenar el ejercicio de futuros derechos, en caso de disconformidad. Ese fue el motivo por el que tales documentos de subrogación no fueron firmados en su totalidad, o lo fueron con manifestación de disconformidad. .../... ELEC NOR SA no dejó de subrogar al demandante porque se remitiera la documentación con un plazo de 14 días hábiles, sino porque éste, junto a algunos de sus compañeros, no firmaron un documento por ella confeccionado y que claramente no estaban obligados a firmar. .../... que el plazo no fue el problema ni impidió la subrogación de los trabajadores. .../..." hechos que reiteran, lo que se nos dice en la sentencia respecto del interrogatorio del legal representante de ELEC NOR S.A. que dijo, no llevarse a cabo la subrogación por faltar el documento de subrogación -información irrelevante para ejecutarse la subrogación y que no era requisito sine qua non-, a lo que si sumamos, el que ELEC NOR S.A. era concedora del listado nominal de trabajadores a finales del mes de Febrero de 2016 (vid. HP 6º y doc al que se remite) incluido el actor y otros seis trabajadores, mas que la obligación de listado nominal de trabajadores se llevó a cabo 6 meses antes de que se ejecutase la acción de subrogación por ELEC NOR S.A., la conclusión no puede ser otra que el recurso fracasa.*

TERCERO.- Aunque el criterio es aislado, en alguna ocasión se ha señalado que el cumplimiento por la empresa saliente de los deberes de información y entrega de documentación que le impone el convenio colectivo no es requisito constitutivo de la subrogación, de ahí que su incumplimiento no exima a la empresa entrante de la obligación sucesoria, pudiendo el trabajador afectado optar entre mantener su relación con la empresa saliente o instar su incorporación a la nueva adjudicataria, criterio que se sostuvo a propósito de las cláusulas convencionales de subrogación empresarial en la sucesión de **contratas de limpieza** (STS 12-7-10, EDJ 185118).

Además, aunque el **cumplimiento por la empresa saliente de los deberes de información y entrega de documentación a la nueva adjudicataria de la contrata**, previstos en el convenio colectivo, lo consideremos un requisito formal constitutivo de la subrogación empresarial, de modo que si la empresa saliente incumple tales



requisitos (información y documentación) no se produciría transferencia alguna hacia la empresa entrante (STS 3-5-16, EDJ 94055) y por tanto la empresa saliente asumiría las consecuencias derivadas de los despidos improcedentes que adoptó al entenderse que la nueva adjudicataria debía subrogarse en los trabajadores cuya relación laboral dio por extinguida al cesar en la contrata (SSTS 10-12-97, EDJ 21278; 9-2-98, EDJ 1025; 30-9-99 , EDJ 37945; 29-1-02, EDJ 13554) todo esto no obsta para que consideremos que la subrogación convencional puede operar aunque la documentación esté incompleta, siempre la documentación que falta no sea imprescindible, necesaria y suficiente para informar a la nueva adjudicataria sobre las circunstancias profesionales de los trabajadores afectados y para justificar que la empresa saliente está al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones dinerarias y de la Seguridad Social (SSTS 11-3-03, EDJ 7193; 28-7-03, EDJ 139955).

Si evaluamos los hechos acreditados conforme a lo antes dicho el eventual incumplimiento puntual y formal de los requisitos de traspaso de información/documentación del personal a subrogar carece de relevancia alguna para enervar el mecanismo subrogatorio previsto en el C.C. de aplicación pues ELECNOR S.A. era conocedora de listado nominal de trabajadores, con los requisitos de antigüedad, salario, categoría profesional, a través del expediente de contratación de mantenimiento integral en los establecimientos penitenciarios de Córdoba CIS de Córdoba y UAR Reina Sofía, en el cual se establecía, salario, categoría, convenio colectivo de aplicación y antigüedad, hasta el punto que el propio representante legal nos dice que no fue llevada a cabo la subrogación, no por el día de retraso en la entrega de un listado, sino por faltar el documento de subrogación, no exigido por el Convenio. Tal hecho lo corrobora el que ELECNOR, informó a los trabajadores que a partir del 5 de Septiembre pasarían a formar parte de la empresa (HP 4º) y que que el 29 de Agosto de 2016 envió un modelo de carta subrogación, que CLECE, debía entregar a todos los trabajadores del centro.

Si ELECNOR era conocedora del listado nominal de trabajadores a finales del mes de Febrero de 2016, cualquier información que CLECE le entregase como nueva adjudicataria del servicio de limpieza, en el mes de Agosto, era una información complementaria, ya que dicha obligación de listado nominal de trabajadores, con sus peculiaridades se llevó a cabo en el mes de Febrero de 2016, 6 meses antes de que se ejecutase la acción de subrogación por ELECNOR.

En suma, la no subrogación por la nueva adjudicataria, ELECNOR, lo fue porque los trabajadores o no firmaron el documento citado, aceptando una serie de obligaciones entre las partes a partir del 5 de Septiembre de 2016, (mediante correo electrónico enviado a la plantilla) o lo firmaron no conformes.

Es obvio que la nueva adjudicataria, ELECNOR, no puede dejar en un limbo jurídico a los trabajadores, y no subrogarlos, por la negativa de los mismos a la firma de una carta de subrogación, que contiene cláusulas abusivas, y contraria a derecho.

En fin, el motivo del recurso fracasa por lo dicho, como por vulnerarse la doctrina de los actos propios lo que supone una actuación de mala fe; la confirmación de la sentencia es la consecuencia.

Vistos los precedentes preceptos legales y los de general aplicación.

FALLAMOS

Con **desestimación del recurso** de suplicación interpuesto por ELECNOR S.A., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Córdoba en sus autos núm. 0841/16, en los que el recurrente fue demandado junto a CLECE S.A., SECRETARIA GENERAL DE INSTITUCIONES PENITENCIARIOS DEL MINISTERIO DEL INTERIOR, por D. Sebastián , en demanda de despido, y como consecuencia **confirmamos dicha sentencia**.

Se condena a la recurrente a la pérdida del depósito y de las consignaciones que en su día fueron efectuados para recurrir a los que, una vez firme esta sentencia, se les dará su destino legal.

Se condena a la recurrente al pago de las costas de este recurso, en las que sólo se comprenden -por no constar la reclamación de otros gastos necesarios- los honorarios del Sr. Letrado impugnante del recurso en cuantía de seiscientos euros (600€) así como del IVA correspondiente, que en caso de no satisfacerse voluntariamente podrán interesarse ante el Juzgado de lo Social de instancia, por ser el único competente para la ejecución de sentencias, según el art. 237.2 LRJS.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Excmo. Sr. Fiscal de este Tribunal, advirtiéndose que, contra ella, cabe recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, que podrá ser preparado dentro de los DIEZ DÍAS hábiles siguientes a la notificación de la misma, mediante escrito dirigido a esta Sala, firmado por abogado -caso de no constar previamente, el abogado firmante deberá acreditar la representación de la parte-, con tantas copias como partes recurridas, expresando el propósito de la parte de formalizar el recurso; y en el mismo deberá designarse un domicilio en la sede de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo a efectos de



notificaciones, con todos los datos necesarios para su práctica y con los efectos del apartado 2 del artículo 53 LRJS.

En tal escrito de preparación del recurso deberá constar: a) exposición de "cada uno de los extremos del núcleo de la contradicción, determinando el sentido y alcance de la divergencia existente entre las resoluciones comparadas, en atención a la identidad de la situación, a la igualdad sustancial de hechos, fundamentos y pretensiones y a la diferencia de pronunciamientos"; b) "referencia detallada y precisa a los datos identificativos de la sentencia o sentencias que la parte pretenda utilizar para fundamentar cada uno de los puntos de contradicción"; c) que las "sentencias invocadas como doctrina de contradicción deberán haber ganado firmeza a la fecha de finalización del plazo de interposición del recurso", advirtiéndose, respecto a las sentencias invocadas, que "Las sentencias que no hayan sido objeto de expresa mención en el escrito de preparación no podrán ser posteriormente invocadas en el escrito de interposición".

Adviértase al recurrente no exento, que deberá acreditar ante esta Sala haber efectuado el depósito de 600€, en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones, abierta a favor de esta Sala, en el Banco de Santander, Oficina urbana Jardines de Murillo, en Sevilla, en la Cuenta-Expediente nº 4052-0000-35- 3029-17, especificando en el documento resguardo de ingreso, campo concepto, que se trata de un "Recurso".

Únase el original de esta sentencia al libro de su razón y una certificación de la misma al presente rollo, que se archivará en esta Sala.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.