



Roj: **STSJ CLM 2996/2018 - ECLI:ES:TSJCLM:2018:2996**

Id Cendoj: **02003340012018101241**

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

Sede: **Albacete**

Sección: **1**

Fecha: **18/12/2018**

Nº de Recurso: **1476/2018**

Nº de Resolución: **1676/2018**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **JESUS RENTERO JOVER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.CAST.LA MANCHA SALA SOCIAL

ALBACETE

SENTENCIA: 01676/2018

C/ SAN AGUSTIN Nº 1 (PALACIO DE JUSTICIA) - 02071 ALBACETE

Tfno: 967 596 714

Fax: 967 596 569

Correo electrónico: tribunalsuperior.social.albacete@justicia.es

NIG: 16078 44 4 2016 0000565

Equipo/usuario: 7

Modelo: 402250

RSU RECURSO SUPPLICACION 0001476 /2018

Procedimiento origen: DSP DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000532 /2016

Sobre: DESPIDO DISCIPLINARIO

RECURRENTE/S D/ña Justa

ABOGADO/A: JULIO JAVIER SOLERA CARNICERO

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

RECURRIDO/S D/ña: EXCMA DIPUTACION PROVINCIAL DE CUENCA, ASOCIACION OLESCAN

ABOGADO/A: SANTIAGO PEREZ OSMA,

PROCURADOR: FRANCISCO PONCE RIAZA,

GRADUADO/A SOCIAL: ,

Magistrado Ponente: Ilmo. Sr. D. JESÚS RENTERO JOVER

ILMOS/AS. SRES/AS. MAGISTRADOS/AS

D. JESÚS RENTERO JOVER

Dª. MARIA DEL CARMEN PIQUERAS PIQUERAS

D. PETRA GARCÍA MARQUEZ

En Albacete, a dieciocho de diciembre de dos mil dieciocho.



La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, compuesta por los Iltrmos. Sres. Magistrados citados al margen, y

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

SENTENCIA N° 1.676

En el Recurso de Suplicación número 1476/18, interpuesto por la representación legal de Justa , contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número Uno de Cuenca, de fecha 29 de mayo de 2018, en los autos número 532/16, sobre DESPIDO, siendo recurrido ASOCIACION OLESCAN, EXCMA DIPUTACION PROVINCIAL DE CUENCA.

Es Ponente el Iltrmo. Sr. Magistrado D. JESÚS RENTERO JOVER.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que la Sentencia recurrida dice en su parte dispositiva: " *FALLO*:

DESESTIMO la excepción de falta de legitimación pasiva de la EXCMA. DIPUTACIÓN PROVINCIAL DE CUENCA.

ESTIMO la demanda formulada por D^a. Justa , sobre DESPIDO y CANTIDAD, en contra de la empresa "ASSOCIACIO OLESCAN" y la EXCMA. DIPUTACIÓN PROVINCIAL DE CUENCA, y en su consecuencia declaro improcedente el despido de la actora, condenado a la empresa "ASSOCIACIO OLESCAN" a abonarle una indemnización de 2.814,18 € por despido improcedente.

Asimismo, CONDENO a la empresa "ASSOCIACIO OLESCAN" a que abone a D^a. Justa la cantidad de 12.575,69 € por salarios adeudados pendientes de pago, y a la cantidad de 1.257,57 € por intereses por mora.

ABSUELVO a la EXCMA. DIPUTACIÓN PROVINCIAL DE CUENCA de las peticiones deducidas en su contra.

Sin pronunciamiento en materia de costas procesales

SEGUNDO.- Que en dicha Sentencia se declaran probados los siguientes Hechos:

"PRIMERO.- Que la actora, D^a. Justa , con D.N.I. n° NUM000 , ha venido prestando sus servicios profesionales para la empresa "ASSOCIACIO OLESCAN", desde el día 3 de Abril de 2.015, en el Albergue provincial de perros de Cuenca, dependiente de la EXCMA. DIPUTACIÓN PROVINCIAL DE CUENCA, mediante un contrato de trabajo indefinido a jornada completa, con la categoría profesional de "Mozo de cuadra" y un salario mensual de 821,42 € netos, con prorrata de pagas extraordinarias.

SEGUNDO.- Que con fecha 25 de Mayo de 2.016 y encontrándose la actora en las dependencias de la Unidad de Mediación Arbitraje y Conciliación de Cuenca al objeto de plantear una reclamación de cantidad, recibió en su teléfono móvil un mensaje de la Tesorería General de la Seguridad Social indicándole que el empleador había procedido a cursar su baja en la Seguridad Social. Desde esa fecha la actora dejó de prestar servicios en el citado albergue de animales.

TERCERO.- Que la empresa con carácter previo a cursar la baja en la Seguridad Social de la actora no procedió a comunicarle de forma alguna la extinción de su contrato de trabajo, unilateralmente decidido por la empleadora.

CUARTO.- Que la actora, además de la reclamación por despido, interesa el abono de las cantidades y por los conceptos expuestos en el hecho cuarto de su demanda, una vez que se ha desistido expresamente en el acto de juicio oral de determinadas cantidades económicas (puntos 8, 10 y 11), que se concretan en los siguientes:

- Nómina Junio/2015:.....821,42 € netos.
- Nómina Julio/2015:.....421,42 € netos.
- Nómina Agosto/2015:.....321,42 € netos.
- Nómina Septiembre/2015:.....321,42 € netos.
- Nómina Octubre/2015:.....321,42 € netos.
- Nómina Noviembre/2015:.....321,42 € netos.
- Nómina Diciembre/2015:.....821,42 € netos.
- Nómina Febrero/2016:.....759,36 € netos.



- Nómina Mayo/2016 (25 días):.....530,51 € netos.
- Horas extraordinarias:.....7.344,00 € netos.
- Vacaciones no disfrutadas:.....328,56 € netos.
- Total reclamado:.....12.575,69 € netos.

QUINTO.- Que no consta acreditado que la empresa hubiera abonado a la actora cantidad económica alguna de las ahora reclamadas.

SEXTO.- Que la actora no ostenta ni ha ostentado en el año anterior la condición de representante legal de los trabajadores.

SÉPTIMO.- Que la Diputación Provincial de Cuenca es la titular del albergue de animales sito en C/ Camino del Terminillo s/n de Cuenca, dedicado a la recogida y atención de animales vagabundos o abandonados existentes en los distintos municipios de la provincia de Cuenca que tengan concertado convenio de colaboración con la misma para tal fin. La Diputación lleva a cabo la gestión del mismo a través de terceras personas, físicas o jurídicas, contratados para tal fin. De esta forma se han ido sucediendo la adjudicación de la contrata del servicio a diferentes empresas: Vidal del 14/06/2002 al 03/01/2011; "ASOCIACIÓN PROTECTORA DE ANIMALES ARCOIRIS" del 04/01/2011 al 27/06/2013; "RESCANI VZW" del 28/06/2013 al 25/11/2014; y del 10/11/2015 al 11/11/2016 a la empresa demandada "ASSOCIACIO OLESCAN".

OCTAVO.- Que tras recibir la Diputación diferentes quejas de usuarios de dicho servicio de las condiciones higiénico-sanitarias en las que se encontraba el albergue de animales y tras levantamiento de Acta de inspección emitida por el Servicio de Agricultura y Ganadería de los Servicios Periféricos de Cuenca de la Consejería de Agricultura de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha sobre el particular, en fecha 12 de agosto de 2.016 se inició la tramitación de expediente de resolución del contrato de prestación de los citados servicios mediante Decreto AJURI-00290-2016, finalizando el mismo mediante Decreto AJURI-00366-2016 dictado por el Presidente de la citada Diputación, con resolución del citado contrato con la empresa adjudicataria "ASSOCIACIO OLESCAN" con fecha de efectos de 11 de noviembre de 2.016.

NOVENO.- Que en fecha 21 de Noviembre de 2.016 mediante Decreto nº COMPRO-00771-2016, la Diputación Provincial de Cuenca se aprueba la adjudicación del contrato menor de servicios para la limpieza y mantenimiento del albergue de animales a la empresa LIMPIEZAS Y MANTENIMIENTOS ZARZUELA, S.L., siendo el mismo rectificado en fecha 9 de diciembre de 2.016 (Decreto COMPRO-00880-2016).

DÉCIMO.- Que con fecha 7 de abril de 2.017 se publica en el B.O.P. de Cuenca nº 42, el anuncio de licitación del "Servicio integral de recogida y albergue de perros abandonados de diversos municipios de la provincia de Cuenca".

UNDÉCIMO.- Que tanto el inmueble como las instalaciones donde se encuentra el albergue de animales son propiedad de la Diputación Provincial de Cuenca, que cuenta con oficina, almacén y patio, además de diferente mobiliario (estanterías, mesas, sillas, archivadores, jaulas, casetas, cubos, mangueras, contenedor y similares), la cual asume el gasto de luz y agua, si bien el resto de gastos derivados de la prestación del servicio son asumidos por la empresa que sea la adjudicataria del servicio, que asimismo aporta diversos medios materiales (vehículos, móviles, comida, medicinas, herramientas, etc.), así como medios humanos, entre los que se encuentra un veterinario, asumiendo dicha adjudicataria el servicio de gerencia, que comprende la organización y el control del personal de los distintos servicios, debiendo designar una persona que le represente.

DUOCÉSIMO.- Que en fecha 8 de Julio de 2.016 se celebró el acto de conciliación laboral extrajudicial ante la Unidad de Mediación, Arbitraje y Conciliación de Cuenca, dependiente de la Consejería de Economía, Empresas y Empleo de la J.C.C.M., finalizando el mismo "Sin Avenencia".

TERCERO.- Que, en tiempo y forma se formuló Recurso de Suplicación contra la anterior Sentencia, en base a los motivos que en el mismo constan.

Dicho Recurso ha sido impugnado de contrario.

Elevadas las actuaciones a este Tribunal, se dispuso el pase al Ponente para su examen y resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Contra la Sentencia del Juzgado de lo Social de Cuenca de procedencia, de fecha 29-5-2018, recaída en los autos 532/2016, dictada resolviendo de modo parcialmente estimatorio la Demanda interpuesta por la trabajadora D^a Justa sobre Despido y Liquidación salarial acumulada, contra la empleadora "ASOCIACION



OLESCAN" y contra EXCMA. DIPUTACIÓN PROVINCIAL DE CUENCA, por la representación letrada de la demandante y ahora recurrente, con respeto a su contenido probatorio, se formaliza Recurso de Suplicación mediante un único motivo de recurso, que, acogido al apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social de 10-10- 2011 (LRJS), está exclusivamente dedicado al examen del derecho aplicado, mediante el que realiza denuncia de infracción de lo que viene establecido en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores (ET), en relación con la Directiva 2001/23 de 12-3-2001. Lo que resulta impugnado de contrario por la representación letrada de la codemandada EXCMA. DIPUTACION PROVINCIAL DE CUENCA.

SEGUNDO.- De los incombatis hechos que han sido declarados como probados, y de lo actuado, procede destacar, a los efectos de dar una adecuada respuesta al presente recurso, en los términos en que el mismo llega ante este Tribunal, lo siguiente:

a) La trabajadora recurrente venía prestando sus servicios laborales para la empresa codemandada "Asociación Olescan", que tenía concertada una contrata con la codemandada Excma. Diputación Provincial de Cuenca, para llevar un Albergue provincial de perros y otros animales, de la que es titular y propietaria de las instalaciones dicha entidad pública (hechos probados primero, séptimo y undécimo).

b) Con fecha 25-5-2016, la empleadora "Asociación Olescan" procedió a dar de baja en la Seguridad Social a la trabajadora, según le comunicó a la misma la Tesorería General de la Seguridad Social, desde cuya fecha dejó de prestar servicios (hecho probado segundo), lo que ha sido entendido como un despido (Fundamento Jurídico Tercero).

c) La Excma. Diputación, como consecuencia de las quejas recibidas, procedió a tramitar expediente de extinción del contrato de prestación de servicios concertado con la empleadora mencionada, lo que se materializó mediante Decreto de la misma, con fecha de efectos 11-11-2016 (hecho probado octavo).

d) Con fecha 21-11-2016, se aprobó por la entidad codemandada la adjudicación de tal servicio, a través de contrato menor de servicios para la limpieza y mantenimiento del citado Albergue de animales, a la empresa "LIMPIEZA Y MANTENIMIENTO ZARZUELA S.L." (hecho probado noveno), que no ha sido traída al pleito.

e) Interpuesta reclamación por Despido y por Liquidación salarial acumulada, admitida en fecha 8-7-2016, contra "Asociación Olescan", y ampliada en 12-12-2016 contra la Diputación de Cuenca, según se observa en el expediente digital (expediente judicial electrónico, en terminología del Acuerdo del CGPJ de 22-11-1028), recae Sentencia que estima en parte la misma, declara la existencia de Despido improcedente, y condena, sin concesión de opción de clase alguna, al pago de la indemnización que señala, con cargo a la empresa demandada, así como al pago de los salarios reclamados también con cargo a la misma, con absolución de la Diputación Provincial de Cuenca.

f) Es contra dicha Sentencia que recurre la trabajadora, en exclusiva solicitud de condena solidaria a la entidad pública codemandada, por el contenido del fallo, no discutido.

TERCERO.- Partiendo del incombatis tener fáctico de la controversia, procede destacar otros determinados aspectos, de interés de cara a la respuesta del motivo; y así:

a) La recurrente se aquieta con la declaración de condena que contiene el Fallo de la Sentencia de instancia, si bien considera que la responsabilidad debe de ser solidaria de la empresa demandada y de la Diputación Provincial de Cuenca, por entender que existe una sucesión empresarial.

b) Cuando se procede por la recurrente a ampliar la demanda contra dicha entidad pública (en 12-12-2016), ya se había procedido a una nueva externalización de la actividad (ocurrida en 21-11-2016).

c) La actividad se realiza con utilización de todas las instalaciones y elementos materiales de diversa índole propiedad de la Excma. Diputación Provincial de Cuenca.

d) Esta entidad procedió al mantenimiento mínimo de los animales albergados, desde que dejó de prestar el servicio la anterior empresa concesionaria, hasta que se procedió a la nueva concesión, tras iniciar expediente de resolución del contrato con la anterior empresa encargada del servicio en 12-8-2016 (hecho probado octavo), y entró la nueva adjudicataria en 21-11-2016 (rectificado el Decreto de adjudicación en 9-12-2016).

e) Desde el año 2002 se venían sucediendo diversas adjudicatarias (hecho probado séptimo), habiéndose publicado nueva licitación del mismo en el BOP de Cuenca n1 42, de fecha 7-4-2017, de cuyo resultado no se deja constancia en la Sentencia (hecho probado décimo).

Pues bien, partiendo de este conjunto de elementos, y de la regulación existente al efecto, sobre tema que sigue teniendo diversas aristas, varias cosas cabe concluir:



1) En primer lugar, que por el contrario de como lo entendió la Sentencia de instancia, posiblemente si habría sido posible considerar que hubiera existido una sucesión empresarial, en los términos del artículo 44 ET, conforme además se desprende de la Directiva 2001/23, pues la subrogación empresarial, en el ámbito público, derivada de la sucesión de empresas concesionarias, no se produce únicamente si así viene establecido en el Pliego de condiciones administrativas, sino que dependerá de que concurran todas o la mayoría de las circunstancias legales, contenidas tanto en el artículo 44 ET como en la indicada norma comunitaria, o las convencionales, todo ello conforme viene siendo interpretado por jurisprudencia interna y comunitaria (así, transmisión de elementos materiales resaltables, asunción de la mayoría de la plantilla, imposición convencional, etc), de lo que es ejemplo, entre otras, la STJUE de 26-11-2015, Asunto C-509/14, Caso ADIF, si bien sea ello con las peculiaridades que son propias del ámbito del empleo público, derivadas de exigencias constitucionales (artículo 103,3 CE). Y en nuestro ámbito interno, STS de 28-6-2018, que señala la siguiente doctrina unificada: "... sin que sean de recibo las alegaciones relativas a que el pliego de condiciones de la adjudicación no imponía la subrogación en el personal laboral de la anterior concesionaria, ni tampoco el convenio colectivo, por cuanto, la subrogación la impone el artículo 44 del ET por haber existido una sucesión en la prestación de servicios en que consiste la concesión administrativa que nos ocupa ...".

2) Lo que ocurre es que, en el presente caso, nos encontramos ante un supuesto sin duda muy excepcional, en el que la titular del servicio, la Excm. Diputación Provincial de Cuenca, ante denuncias de los usuarios que tienen concertado el servicio con ella, y ante incumplimiento de la anterior concesionaria, se ve obligada a iniciar expediente de resolución del contrato, que exige unos determinados trámites preceptivos, para una vez concluido el mismo, proceder a la nueva adjudicación a otra empresa, procediendo al mantenimiento mientras tanto, de un mínimo de prestación de actividad, dado que la misma se trata del cuidado y mantenimiento de seres vivos, que no se pueden valer por sí mismos mientras dura ese proceso. Lo que no parece encajar en la asunción de la actividad por reversión voluntaria, al término de la contrata, que se insiste, aquí la empresa principal se vio obligada a denunciar anticipadamente ante los incumplimientos de la contratista, asumiendo la actividad por el tiempo indispensable (de duración algo incierta, conforme a lo tenido como probado, pero escasa).

3) Pero es que en todo caso, cuando por los avatares del proceso, se dicta la Sentencia, la entidad local demandada ya no es la que presta directamente la actividad, al haber procedido a una nueva externalización de la misma, lo que ya había ocurrido cuando en fecha 12-12-2016 procedió la demandante a ampliar la demanda contra la Diputación de Cuenca, no haciéndolo sin embargo contra la nueva concesionaria.

4) Quiere ello decir que, incluso para el caso de que se estimara que, efectivamente, había existido una sucesión por reversión, pese a la excepcionalidad de la situación, dada la cadena de diversas concesiones externalizadoras, habría que haber traído al proceso a la posterior concesionaria o concesionarias, lo que ya no cabe que sea subsanado, al ser una decisión de la demandante, que podría ser, en un hipotético caso, quien tuviera algún tipo de responsabilidad, pero ya no la Diputación que no prosigue con la actividad.

5) Sin que, además, se pueda tampoco pretender imponer, al haberse aquietado la recurrente con el tenor del fallo emitido, que quien eventualmente pudiera ser responsable solidario, no tuviera la posibilidad de ejercer la facultad de opción (artículo 56,1 ET).

CUARTO.- Entiende así este Tribunal que, por todo ello, y si bien sea por argumentos diversos de los utilizados en la misma, debe de ser confirmada la Sentencia de instancia, tras la desestimación del recurso que ha sido anunciado y formalizado en su contra. Y ello, sin que, de conformidad con el artículo 235 LRJS, proceda hacer pronunciamiento alguno sobre costas.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y especial aplicación.

FALLAMOS

Que, con desestimación del recurso formalizado por parte de la representación letrada de la trabajadora D^a Justa contra la Sentencia de fecha 29-5-2018 del Juzgado de lo Social de Cuenca, recaída en los autos 532/2016, dictada resolviendo de modo desestimatorio la Demanda sobre Despido y Liquidación salarial interpuesta por la recurrente contra "ASOCIACIÓN OLESCAN" y contra EXCMA. DIPUTACION PROVINCIAL DE CUENCA, procede acordar la confirmación de la misma.

Notifíquese la presente resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha en Albacete, haciéndoles saber que contra la misma únicamente cabe **RECURSO DE CASACION PARA LA UNIFICACION DE DOCTRINA**, que se preparará por escrito dirigido a esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha en Albacete, dentro de los **DIEZ DIAS** siguientes a su notificación, durante dicho plazo, las partes, el Ministerio Fiscal o el letrado designado a tal fin, tendrán a su disposición en



la oficina judicial los autos para su examen, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 220 de la Ley reguladora de la jurisdicción social. La **consignación del importe de la condena**, cuando proceda, deberá acreditarse por la parte recurrente, que no goce del beneficio de justicia gratuita, ante esta Sala al tiempo de preparar el Recurso, presentando resguardo acreditativo de haberla efectuado en la Cuenta Corriente número **ES55 00493569 9200 0500 1274** que esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, Albacete, tiene abierta en el BANCO SANTANDER, sita en Albacete, C/ Marqués de Molíns nº 13, indicando el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso, y si es posible, el NIF/ CIF, así como el beneficiario (Sala de lo Social) y el concepto (cuenta expediente) **0044 0000 66 1476 18**, pudiéndose sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario en el que se hará constar la responsabilidad solidaria del avalista. Debiendo igualmente la parte recurrente, que no ostente la condición de trabajador, causahabiente suyo, o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, o se trate del Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las Entidades Locales, los Organismos dependientes de todas ellas y quienes tuvieren reconocido el beneficio de justicia gratuita, consignar como **depósito** la cantidad de **SEISCIENTOS EUROS (600,00 €)**, conforme al artículo 229 de citada Ley, que deberá ingresar en la Cuenta Corriente anteriormente indicada, debiendo hacer entrega del resguardo acreditativo de haberlo efectuado en la Secretaría de esta Sala al tiempo de preparar el Recurso.

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