



Roj: **STS 2501/2016 - ECLI:ES:TS:2016:2501**

Id Cendoj: **28079149912016100017**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **991**

Fecha: **27/04/2016**

Nº de Recurso: **336/2015**

Nº de Resolución: **338/2016**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **ANGEL ANTONIO BLASCO PELLICER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ GAL 8199/2014,**
STS 2501/2016

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintisiete de Abril de dos mil dieciséis.

Esta sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por CENTRO CLÍNICO RIBADEO, representado y asistido por el letrado D. Juan Carlos Rodríguez Maseda contra la sentencia dictada el 27 de noviembre de 2014 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el recurso de suplicación núm. 3338/14 , que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de La Coruña, de fecha 21 de marzo de 2014 , recaída en autos núm. 1365/2012, seguidos a instancia de D^a Berta , contra BOGAR ASISTENCIA, S.L.; GALICIA SAUDADE, S.L.; ADMINISTRACIÓN CONCURSAL DE GALICIA SAUDADE, S.L.; CENTRO CLÍNICO RIBADEO, S.L.; AYUNTAMIENTO DE SADA; y FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, sobre DESPIDO.

Ha sido parte recurrida D^a Berta representada y asistida por el letrado D. Fernando José Méndez Sanjurjo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 21 de marzo de 2014 el Juzgado de lo Social nº 2 de La Coruña dictó sentencia , en la que se declararon probados los siguientes hechos:

" **1º** .- Dña. Berta prestó servicios laborales para la empresa Galicia Saudade S.L. (Xentes), con la categoría profesional de auxiliar de ayuda a domicilio, antigüedad desde el día 22/11/2008 y un salario diario de 4,85 euros incluyendo el prorrateo de pagas extraordinarias.

2º.- El día 16/03/2011, el Ayuntamiento de Sada adjudicó, tras la tramitación del oportuno expediente, el contrato de los servicios de ayuda en el hogar (SAF) a la contratista Galicia Saudade S.L. (Xentes).

La trabajadora accionante prestaba servicios para la indicada empresa en el marco de dicho contrato

3º.- La demandante y otras compañeras del servicio de ayuda en el hogar, adoptaron la decisión de iniciar una huelga a partir del 29/09/2012, y con carácter indefinido, con el motivo de conseguir el abono de salarios adeudados y garantizar la continuidad de la plantilla

Por decreto de 27/09/2012, el Alcalde de Sada acuerda establecer servicios mínimos en relación a la huelga convocada. Con posterioridad, el 5/10/2012 el Ayuntamiento de Sada remite comunicación a la Inspección de Trabajo por el presunto incumplimiento de los servicios mínimos establecidos. Por la Consellería de Trabajo e Benestar se formula contestación a la indicada comunicación en 19/10/2012, en la que se señala que de la documentación remitida no se puede deducir efectivamente que hubo un incumplimiento de los servicios mínimos establecidos en el decreto ya que no queda acreditado que el cuadro de personal acordado entre la empresa y trabajadores, en el que se especifican turnos rotatorios para atender a los usuarios del



servicio, fuese insuficiente para garantizar los derechos de asistencia a los mismos. Asimismo, dice que le corresponde al Ayuntamiento determinar, en el ejercicio de su autonomía y de las competencias atribuidas por el ordenamiento jurídico, la respuesta administrativa en el caso de considerar que no se prestó el servicio público que fue objeto del contrato de concesión administrativa.

4º.- El Ayuntamiento de Sada, ante la convocatoria de huelga indefinida y mientras se tramita la resolución del contrato de la empresa adjudicataria Galicia Saudade S.L. y un expediente de contratación menor del servicio, opta por encargar la totalidad de los servicios a la empresa Bogar Asistencia S.L.

Por resolución de la Junta de Gobierno Local de 20/09/2012 se acuerda resolver el contrato de servicios para la prestación del servicio de ayuda en el hogar adjudicado a Galicia Saudade S.L. a causa de incumplimiento culpable por dicha empresa contratista consistente en faltas reiteradas de adscripción efectiva al servicio de los medios personales necesarios que se había comprometida a aportar en su oferta, invocando la causa de resolución del art. 206 letra f de la Ley de Contratos del Sector Público .

Se acuerda asimismo incautar la garantía constituida por la empresa para hacer efectiva la indemnización al ayuntamiento por los daños y perjuicios ocasionados.

Tras el primer encargo antes referido, la contratación de Bogar Asistencia S.L. para la prestación del servicio de ayuda fue posteriormente prorrogada por la Alcaldía sin solución de continuidad, siendo la última prórroga la acordada desde el día 29 de septiembre de 2013 por el plazo de quince días.

5º.- Con fecha 27/11/2012 se acordó iniciar un expediente de contratación de los servicios de ayuda en el hogar por el procedimiento abierto de forma urgente que fue declarado desierto el 14/03/2012.

Iniciado nuevo procedimiento de contratación, la Junta de Gobierno Local en reunión de 10/10/2013 resolvió adjudicar el servicio de ayuda en el hogar a la empresa Centro Clínico Ribadeo, S.L. El 23/10/2013 se suscribió el contrato.

Se tienen por reproducidos a estos efectos el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares para la contratación de los servicios de ayuda en el hogar aprobado por la Alcaldía en 27/11/2012 y 11/07/2013, en el que figura la actora en la relación que se hace constar la información del anterior adjudicatario sobre personal a efectos de posible subrogación en cumplimiento del Convenio de aplicación, el acuerdo de la Junta de Gobierno Local y contrato de gestión del servicio que constan en autos como docs. 19 y 20 de Bogar Asistencia S.L., 1 y 2 de Centro Clínico Ribadeo S.L., 8 y 9 de la actora.

6º.- Al finalizar la huelga, el 12 de noviembre de 2012, la trabajadora, al igual que otras compañeras del servicio, se encontró en su puesto de trabajo a empleados de la empresa Bogar Asistencia, S.L. Las oficinas de Galicia Saudade S.L. se encontraban cerradas.

7º.- Por medio de carta de 20/11/2012 la empresa Galicia Saudade S.L. comunica a la trabajadora su despido por causas objetivas con efectos de 22/11/2012.

8º.- El 12/12/2012 se celebró acto de conciliación con las empresas Galicia Saudade, S.L. y Bogar Asistencia, S.L. finalizando sin efecto por incomparecencia de las conciliadas.

El 21/05/2013 se presenta reclamación administrativa contra el Ayuntamiento de Sada en materia de despidos y salarios que fue rechazada

9º.- La trabajadora no ostenta ni ha ostentado en el último año la condición de delegada de personal ni miembro de comité de empresa, ni representante sindical".

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: "SE ESTIMA parcialmente la demanda formulada por Dña. Berta frente a Galicia Saudade S.L., Bogar Asistencia S.L., Centro Clínico Ribadeo S.L. y Ayuntamiento de Sada, con intervención procesal del FOGASA y la administración concursal de Galicia Saudade S.L., y en consecuencia:

1.- SE DECLARA IMPROCEDENTE el despido de la parte actora, condenando a la demandada Bogar Asistencia S.L., a que en el plazo de CINCO DÍAS desde la fecha de notificación de la sentencia, opte entre la READMISIÓN inmediata de la parte demandante, en las mismas condiciones que regían con anterioridad, con el abono de los salarios de trámite, (los dejados de percibir desde la fecha del despido y hasta la notificación de la presente sentencia) calculados a razón de 4,85 euros/día, o bien por el abono de una INDEMNIZACIÓN por despido en cuantía de 842,69 euros.

El abono de la indemnización determinará la extinción del contrato de trabajo, que se entenderá producida en la fecha del cese efectivo en el trabajo.



En el supuesto de no optar el empresario por la readmisión o la indemnización, se entiende que procede la primera.

2.- Asimismo, SE CONDENA a la empresa Bogar Asistencia S.L. a abonar a la parte actora la cantidad de 72,75 euros en concepto de omisión de preaviso.

4.- (sic) SE ABSUELVE a las partes codemandadas Galicia Saudade S.L., Centro Clínico Ribadeo S.L. y Ayuntamiento de Sada de las pretensiones frente a ellas dirigidas".

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por D^a Berta ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, la cual dictó sentencia en fecha 27 de noviembre de 2014, en la que, dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consta la siguiente parte dispositiva: "Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por D^a Berta contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de A Coruña con fecha 21-3-2014, debemos revocar y revocamos parcialmente dicha resolución y con estimación de la demanda formulada por el recurrente condenamos a la co-demandada Centro Clínico Ribadeo SL solidariamente con la empresa Bogar Asistencia SL por el despido de fecha 12-11-2012, manteniendo el resto de los pronunciamientos de la sentencia recurrida".

TERCERO.- Por la representación del CENTRO CLÍNICO RIBADEO se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina que tuvo entrada en el Tribunal Superior de Justicia de Galicia el 21 de enero de 2015. Se aporta como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia en fecha 24 de septiembre de 2014.

CUARTO.- Con fecha 29 de junio de 2015 se admitió a trámite el presente recurso. Dándose traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte recurrida para que formalice su impugnación en el plazo de quince días. Evacuado el traslado de impugnación, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal que emitió informe en el sentido de considerar que el recurso debía de ser estimado parcialmente.

QUINTO.- Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 23 de febrero de 2016.

SEXTO.- Con fecha 23 de febrero de 2016 se dictó Providencia en la que se hacía constar lo siguiente: "Se acuerda la suspensión del señalamiento acordado para al día de hoy al estimar la Sala que, dadas las características de la cuestión jurídica planteada y su trascendencia, procede su debate por la Sala en Pleno, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 197 de la Ley de Orgánica del Poder Judicial. A tal efecto, para su celebración, se señala el día trece de Abril de dos mil dieciséis, convocándose a todos los Magistrados de la Sala".

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por la representación de la mercantil CENTRO MÉDICO RIBADEO, S.L. se recurre en casación para la unificación de la doctrina la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 27 de noviembre de 2014, recaída en el recurso de suplicación 3338/2014, que había revocado parcialmente la dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de A Coruña, confirmando la improcedencia del despido de D^a Berta, y ampliando la condena a la citada mercantil recurrente.

Disconforme con la resolución de la Sala de Galicia, la recurrente preparó y formalizó el presente recurso de casación para la unificación de la doctrina, para lo que aportó como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del mismo Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 24 de septiembre de 2014.

Ambas sentencias comparten, en lo esencial a efectos de la existencia de contradicción, la misma resultancia fáctica. En efecto, se trata de dos trabajadoras de la misma empresa que son despedidas alegando los mismos motivos y en ambos supuestos concurren los siguientes hechos relevantes: 1) Las trabajadoras prestaban servicios laborales para la empresa Galicia Saudade S.L. (Xentes) que desde el 16-3-2011 era la adjudicataria de los servicios de ayuda en el hogar (SAF) del Ayuntamiento de SADA. 2) La demandante y otras compañeras del servicio de ayuda en el hogar, adoptaron la decisión de iniciar una huelga a partir del 29/09/2012, y con carácter indefinido, con el motivo de conseguir el abono de salarios adeudados y garantizar la continuidad de la plantilla. 3) Por decreto el Alcalde de Sada acuerda establecer servicios mínimos en relación a la huelga convocada. 4) Ante la consideración del Ayuntamiento de Sada de que podrían estar incumpliendo los servicios mínimos, la entidad municipal pone en marcha un proceso de resolución de la contrata y, mientras se tramita la resolución de dicho contrato de la empresa adjudicataria Galicia Saudade S.L., opta por encargar la totalidad de los servicios a la empresa Bogar Asistencia S.L. 5) Por resolución de la Junta de Gobierno Local de 20/10/2012 se acuerda resolver el contrato de servicios para la prestación



del servicio de ayuda en el hogar adjudicado a Galicia Saudade S.L. a causa de incumplimiento culpable por dicha empresa contratista consistente en faltas reiteradas de adscripción efectiva al servicio de los medios personales necesarios. 6) Tras el primer encargo antes referido, la contratación de Bogar Asistencia S.L. para la prestación del servicio de ayuda fue posteriormente prorrogada por la Alcaldía sin solución de continuidad, siendo la última prórroga la acordada desde el día 29 de septiembre de 2013 por el plazo de quince días. 7) Mientras tanto, en fecha 27/11/2012 se acordó iniciar un expediente de contratación de los servicios de ayuda en el hogar por el procedimiento abierto de forma urgente que fue declarado desierto el 14/03/2012. Iniciado nuevo procedimiento de contratación, la Junta de Gobierno Local en reunión de 10/10/2013 resolvió adjudicar el servicio de ayuda en el hogar a la empresa Centro Clínico Ribadeo, S.L. El 23/10/2013 se suscribió el contrato. 8) Con anterioridad, al finalizar la huelga, el 12 de noviembre de 2012, la trabajadora, al igual que otras compañeras del servicio, se encontró en su puesto de trabajo a empleados de la empresa Bogar Asistencia, S.L. Las oficinas de Galicia Saudade S.L. se encontraban cerradas. 9) Por medio de carta de 20/11/2012 la empresa Galicia Saudade S.L. comunica a la trabajadora (y a otras de la empresa entre las que se encontraba la demandante de la sentencia de contraste) su despido por causas objetivas con efectos de 22/11/2012.

Con tales hechos, las sentencias comparadas han llegado a resultados bien diferentes: la sentencia recurrida revocó parcialmente la de instancia que había declarado el despido improcedente y condenado exclusivamente a Bogar Asistencia, S.L., absolviendo expresamente a la ahora recurrente, Centro Clínico Ribadeo S.L.. La sentencia de suplicación, estimando parcialmente el recurso de la actora, mantiene la calificación de improcedencia del despido y amplía la condena a Centro Clínico Ribadeo S.L. de manera solidaria. La razón o fundamento sobre la que descansa esa condena estriba en que, en definitiva, es la entidad que al final se ha hecho cargo de la contrata y que su subrogación viene impuesta por el artículo 15.3 del convenio colectivo de aplicación.

Contrariamente, la sentencia referencial, desestima el recurso de la actora contra la sentencia de instancia que había estimado su demanda y que declarando nulo el despido, había absuelto a la mercantil, hoy recurrente, Centro Clínico Ribadeo S.L. La absolución de esta empresa se fundamentó en el hecho de que no podía operar la subrogación, por un lado, porque su antecesora no se había subrogado en la posición de la empleadora de la trabajadora y, sobre todo, en el dato de que el contrato de trabajo de la actora se había extinguido en fecha 22 de noviembre de 2012 y la recurrente se había hecho cargo del servicio el 23 de octubre de 2013, casi un año después, por lo que al no encontrarse viva la relación laboral en ese momento no se podía producir la pretendida subrogación.

SEGUNDO.- Tal como informa el Ministerio Fiscal y resulta patente de lo expuesto, concurre la contradicción exigida por el artículo 219 LRJS puesto que en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales las sentencias comparadas han llegado a pronunciamientos distintos respecto de la cuestión objeto del presente recurso que se limita a la responsabilidad de Centro Clínico Ribadeo S.L. en el despido de la trabajadora actora en el presente procedimiento.

Acreditada y concretada en los términos señalados la contradicción, la recurrente denuncia la infracción del artículo 15 del Convenio Colectivo para la actividad de ayuda a domicilio de Galicia, así como de la jurisprudencia de este Tribunal contenida en varias sentencias de esta Sala, en concreto, las SSTS de 5 de abril de 2011, de 11 de abril de 2001, 15 de abril de 1999, 15 de mayo de 1987, 24 de julio de 1995 y de 20 de enero de 1997. Para la recurrente la sentencia combatida aplica indebidamente el citado precepto convencional puesto que en el mismo sólo se establece la subrogación del personal que esté en activo en el momento de producirse la transmisión de la contrata. Igualmente, entiende que se infringe la jurisprudencia de la Sala que exige, para que el contrato pueda ser subrogado, que el mismo esté vigente.

TERCERO.- De los antecedentes fácticos incorporados a la presente resolución y de su resumen efectuado, en el fundamento de derecho primero, a fin de acreditar la contradicción alegada se desprende que la actora prestaba servicios para la entidad Galicia Saudade S.L. que era la concesionaria del servicio de ayuda en el hogar del Ayuntamiento de Sada. Tal entidad municipal, durante el transcurso de una huelga de los trabajadores de Galicia Saudade S.L., decidió, primeramente, que una segunda empresa (Bogar Asistencia S.L.) se hiciese cargo de la prestación de los servicios vigentes la primera contrata; y, posteriormente, que continuase con los indicados servicios una vez rescindida unilateralmente por el Ayuntamiento la referida primera contrata mientras se procedía a la convocatoria y resolución del oportuno concurso tendente a adjudicar el servicio de ayuda en el hogar aludido. La prestación del servicio se hizo, en este caso, con los propios trabajadores de Bogar Asistencia S.L. El nuevo concurso se resolvió a favor de la recurrente (Centro Clínico Ribadeo, S.L.) el 23 de octubre de 2013. Once meses antes (el 22 de noviembre de 2012), la primera adjudicataria del servicio despidió a la actora y a otras compañeras alegando causas objetivas del artículo 52.c) ET ligadas a la resolución de la contrata.



La secuencia de hechos relatada pone de manifiesto, por un lado, que entre la resolución unilateral de la contrata por el Ayuntamiento de Sada, ocurrida el 20 de octubre de 2012, que comportó la pérdida del servicio por parte de Galicia Saudade S.L. y la asunción del mismo servicio por Centro Clínico Ribadeo S.L. transcurrieron más de doce meses, período durante el cual la prestación de la contrata se llevó a cabo por la entidad Bogar Asistencia S.L. con sus propios trabajadores. De otro lado, entre el despido de la actora y la asunción del contrato por parte de Centro Clínico Ribadeo, S.L. transcurrieron más de once meses.

De igual forma resulta evidente que, a los efectos del artículo 15 del Convenio Colectivo para la actividad de ayuda a domicilio de Galicia, la empresa Galicia Saudade, S.L. (empleadora de la trabajadora despedida) no tiene el carácter de "contratista saliente" respecto de la actual recurrente centro Clínico Ribadeo, S.L. que asumió la contrata y los trabajadores de la verdadera empresa saliente -Bogar Asistencia S.L.- que fue quien dejó de prestar los servicios objeto de la contrata cuando de ellos se hizo cargo la recurrente. En la plantilla de la empresa saliente no figuraba la actora que había sido despedida por Galicia Saudade S.L., once meses antes y que no había sido asumida por la empresa Bogar Asistencia, S.L. que se hizo cargo de la contrata, en claro incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Convenio Colectivo aplicable, actuación que equivale también al despido.

En esas condiciones resulta evidente que la doctrina correcta se encuentra en la sentencia de contraste puesto que, como se razonará, no pueden apreciarse en el supuesto fáctico concreto ninguno de los elementos que pueden dar lugar a la aplicación del artículo 44 ET o al artículo 15 del Convenio Colectivo para la actividad de ayuda a domicilio de Galicia.

Constituye doctrina reiterada de la Sala que quedan excluidos de la aplicación del artículo 44 ET aquellos supuestos en los que se produce una mera sucesión en la ejecución de una actividad económica, puesto que una entidad no puede reducirse a la actividad de que se ocupa de modo que el mero cambio en el titular de la actividad no determina la aplicación de la normativa sobre transmisión de empresa si la operación no va acompañada de una cesión, entre ambos empresarios, de elementos significativos del activo material o inmaterial. Esta doctrina es la que se aplica a los supuestos de sucesión de contratas o concesiones administrativas cuando no van acompañadas de la transmisión de elementos materiales o inmateriales. Por ese motivo, en las contratas sucesivas de servicios en que no se transmite una empresa ni una unidad productiva con autonomía funcional, sino un servicio carente de tales características, no opera la sucesión de empresas establecida en el artículo 44 ET (SSTS de 23 de mayo de 2005, Rec. 1674/2004 ; de 14 de marzo de 2005, Rec. 6/2004 ; de 14 de abril de 2003, Rec. 4228/2000 y de 18 de marzo de 2003, Rec. 3404/2001 ; entre otras). Ahora bien, cuando el convenio colectivo aplicable incorpora una cláusula de subrogación en virtud de la cual el nuevo contratista asume la obligación de asumir la condición de empleador de los trabajadores que prestan servicios en la contrata, no se den los requisitos que legalmente determinan la sucesión empresarial, los efectos subrogatorios de la misma se producen. Se trata de una subrogación convencional a la que resultan de aplicación las condiciones y efectos previstos en el propio convenio colectivo. Esto es, en estos casos, la subrogación sólo se producirá si se cumplen las exigencias previstas en el convenio y con los efectos que allí se dispongan (SSTS de 23 de mayo de 2005, Rec. 1674/2004 ; de 14 de marzo de 2005, Rec. 6/2004 y de 29 de enero de 2002, Rec. 4749/2000 , entre otras).

CUARTO.- El artículo 15 del Convenio Colectivo para la actividad de ayuda a domicilio en la Comunidad Autónoma de Galicia (DOG de 16 de febrero de 2010) impone como requisitos para que opere la subrogación el cumplimiento de ciertas exigencias de carácter formal, tales como la entrega de listado de trabajadores afectos a la prestación del servicio, de la documentación sobre Seguridad Social y otras que no constan cumplidas en este caso, aunque sobre tal cuestión ni se discutió en la instancia, ni en la suplicación. Lo relevante, a los presentes efectos, es que el citado precepto convencional establece que al término de la concesión de una contrata, las personas trabajadoras de la empresa contratista saliente pasarán a estar adscritas a la nueva titular de la contrata, que se subrogará en todos los derechos y obligaciones siempre que se dé alguno de los supuestos que allí se enumeran y que comprenden, entre otros, a las personas trabajadoras en activo que estén prestando sus servicios con una antigüedad mínima de 4 meses, sea cual sea la modalidad de su contrato de trabajo.

Es claro que la finalidad de la norma convencional es favorecer la continuidad de los trabajadores en sus puestos de trabajo, con independencia de la finalización del encargo por la empresa saliente y la asunción del mismo por la entrante y, por ello, contiene varias previsiones tendentes a facilitar la subrogación impuesta. Incluso contiene el mencionado artículo del Convenio una previsión -en su apartado nueve- que mantiene el derecho a ser subrogados a los trabajadores despedidos como consecuencia de la suspensión del servicio por parte de la comitente, si probaran que el servicio fue reanudado por la misma o por otra empresa dentro de los 6 meses siguientes a la citada suspensión.



Resulta evidente, por tanto, que las exigencias del convenio no se cumplen en el presente supuesto. Entre la finalización de la contrata de la empleadora de la trabajadora, actora en las presentes actuaciones, y la asunción de la contrata por parte de la recurrente transcurrieron más de doce meses en los que la prestación de los servicios se realizó por otra empresa con su propio personal. No hay, en consecuencia, una finalización de servicios por parte de la empresa saliente que, sin solución de continuidad, de paso a la empresa entrante de quien se pretende que se subrogue en la posición empresarial de aquélla. Pero es más, el contrato de la actora se hallaba extinguido más de once meses antes de que la recurrente se hiciese cargo de la contrata lo que impide considerar que la actora se encontrase en activo en aquél momento. Y a tal efecto, es constante en la jurisprudencia la exigencia de que el contrato se halle en vigor para que pueda operar el mecanismo subrogatorio. El efecto de mantenimiento del vínculo requiere lógicamente que éste se encuentre vigente, por ello el art. 3.1 de la Directiva 2001/23 establece que "los derechos y obligaciones que resulten para el cedente de un contrato de trabajo o de una relación laboral, existente en la fecha del traspaso, serán transferidos al cesionario como consecuencia del traspaso" y el art. 44 del Estatuto de los Trabajadores dispone que el cambio de titular no extinguirá por sí mismo la relación laboral, porque parte de la subsistencia de la misma en el momento de la transmisión, pues sólo así cabe aceptar la existencia de una novación subjetiva, ya que resulta imposible aceptar la modificación de una relación jurídica ya extinguida. El artículo 44 no impide, por tanto, el juego de las diferentes causas de extinción del contrato: no es, por tanto, una garantía absoluta de continuidad de las relaciones laborales, sino únicamente de que éstas no se extinguen por el hecho del cambio de titularidad.

La doctrina de la Sala ha venido declarando, sin ambages, que la garantía de exclusión de la extinción de la relación laboral del art. 44 ET no puede operar si, previamente al cambio de titularidad, ha existido una extinción del contrato de trabajo, pues para que opere la garantía que establece el art. 44 del Estatuto de los Trabajadores es necesario, salvo supuestos de fraude acreditado, que los contratos de trabajo continúen en vigor y no se hayan extinguido válidamente (STS 16 julio 2003 Rec. 2343/2002 . En el mismo sentido: SSTs de 11 de abril de 2001, Rec. 1245/2000 ; 15 de abril de 1999, Rec. 734/1998 ; de 20 de enero de 1997, Rec. 687/1996 ; y de 24 de julio de 1995, rec. 3353/1994).

Podría alegarse que ese despido decidido por la anterior empresa de la demandante estaba impugnado, pero eso no determina que la extinción no se haya producido, pues en nuestro ordenamiento jurídico, el despido del trabajador tiene efectos constitutivos y produce la extinción del contrato desde su fecha. Se trata, por tanto, de una resolución contractual extrajudicial de suerte que la referida extinción del contrato se produce en el momento del despido, y no cuando se dicta la sentencia que resuelva sobre su calificación jurídica (SSTs de 27 de febrero de 2009, Rec. 1715/2008 ; de 10 de junio de 2009, Rec. 3098/2007 ; de 17 de mayo de 2000, Rec. 1791/1999 y de 21 de octubre de 2004, Rec. 4966/2002). Por ello, en este caso, en que la demandante había visto extinguido su contrato de trabajo por un despido objetivo, no se ha podido producir el fenómeno que regula el art. 44 ET , que lo que supone es que el cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extingue por sí mismo la relación laboral, pero no hace revivir la que ya se hubiera extinguido; y, tampoco, implica que pueda aplicarse el artículo 15 del referido convenio colectivo puesto que la relación laboral no estaba vigente, ni la trabajadora en activo, en el momento en el que la última adjudicataria del servicio se hizo cargo del mismo.

Tampoco es posible en este caso aplicar, ni directa ni analógicamente, la previsión contenida en el apartado 9 del artículo 15 del Convenio Colectivo de aplicación, habida cuenta de que la continuidad del servicio dentro de los seis meses que contempla tal previsión convencional se hizo por la empresa Bogar Asistencia, S.L., pero no por la recurrente que se hizo cargo del servicio más de doce meses después de que la comitente retirara la contrata a Galicia Saudade, S.L.

QUINTO.- Los estrechos cauces por los que discurre el extraordinario recurso de casación para la unificación de la doctrina comportan que el pronunciamiento de la Sala deba limitarse a la estimación de lo interesado por la entidad recurrente, Centro Clínico Ribadeo, S.L.; esto es su absolución, y a mantener el resto de pronunciamientos de la sentencia recurrida que no han sido cuestionados ni por la actora ni por las empresas codemandadas. Ello determina que deba mantenerse la sentencia recurrida en el resto de pronunciamientos ajenos a la absolución de la recurrente; en especial, la calificación del despido como improcedente. No se le escapa a la Sala que la secuencia de hechos probados, especialmente la intervención de la comitente rescindiendo la contrata en plena huelga de los trabajadores hubiera podido conllevar la calificación de nulidad del despido y la extensión de la condena a la citada entidad comitente. Pero tales cuestiones escapan por completo de las posibilidades de la Sala a la vista de los escritos de interposición e impugnación en el presente recurso.

En consecuencia, procede, tal como interesa el informe del Ministerio Fiscal, la estimación del motivo y la subsiguiente estimación del recurso, casando y anulando la sentencia recurrida únicamente en cuanto al



objeto del presente recurso se contrae, esto es, la absolución de la recurrente Centro Clínico Ribadeo, S.L., manteniendo los demás pronunciamientos de la sentencia recurrida, con devolución de consignaciones y depósitos constituidos y sin que proceda efectuar pronunciamiento alguno sobre costas.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Estimamos el Recurso de Casación para la Unificación de la Doctrina interpuesto por CENTRO CLÍNICO RIBADEO, S.L. contra la sentencia dictada el 27 de noviembre de 2014 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el recurso de suplicación núm. 3338/14, recaída en autos, seguidos a instancia de D^a Berta, contra BOGAR ASISTENCIA, S.L.; GALICIA SAUDADE, S.L.; ADMINISTRACIÓN CONCURSAL DE GALICIA SAUDADE, S.L.; CENTRO CLÍNICO RIBADEO, S.L.; AYUNTAMIENTO DE SADA; y FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, sobre DESPIDO.

Casamos la sentencia recurrida y declaramos la absolución de CENTRO CLÍNICO RIBADEO, S.L., manteniéndola en sus demás pronunciamientos, con devolución de consignaciones y depósitos constituidos para recurrir. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. D. Jesus Gullon Rodriguez D. Fernando Salinas Molina D^a Maria Milagros Calvo Ibarlucea D. Luis Fernando de Castro Fernandez D. Jose Luis Gilolmo Lopez D^a Maria Luisa Segoviano Astaburuaga D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana D^a Rosa Maria Viroles Piñol D. Miguel Angel Luelmo Millan D. Antonio V. Sempere Navarro D. Angel Blasco Pellicer D. Sebastian Moralo Gallego D. Jesus Souto Prieto D. Jordi Agusti Julia

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Angel Blasco Pellicer así como el voto particular que formulan conjuntamente los/las Excmos/as. Sres/as. Magistrados/as D. Fernando Salinas Molina, D^a Maria Luisa Segoviano Astaburuaga, D^a Rosa Maria Viroles Piñol y D. Jordi Agusti Julia, hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

Voto Particular

VOTO PARTICULAR QUE FORMULAN CONJUNTAMENTE LOS/AS EXCMOS/AS. SRES/AS. MAGISTRADOS/AS DON Fernando Salinas Molina, DOÑA Maria Luisa Segoviano Astaburuaga, DOÑA Rosa Maria Viroles Piñol Y DON Jordi Agusti Julia.

Haciendo uso de la facultad conferida por el art. 260.2 LOPJ, formulamos voto particular a la sentencia dictada en el recurso de casación para la unificación de doctrina **336/2015**, por discrepar, -siempre con la mayor consideración y respeto-, del criterio adoptado por la mayoría de la Sala en la indicada resolución, al entender que:

En los supuestos de sucesión de contratos establecidos en el Convenio colectivo aplicable, no siendo de aplicación la sucesión empresarial ex art. 44 ET, **aunque la norma convencional exija " estar en activo " en la empresa saliente en el momento de la pretendida sucesión**, ello no puede llevar a la conclusión, - como se efectúa en la sentencia mayoritaria de la que discrepamos -, que el **trabajador que hubiera sido despedido ilegalmente** (calificable de improcedencia o de nulidad) **por la empresa saliente momentos antes de la sucesión, teniendo todos los demás requisitos exigibles para que se produzca la subrogación, y estando pendiente el proceso de despido, pierda todos los derechos a la subrogación** por la actuación ilícita de la empresa saliente y, en su caso, por la demora a la parte trabajadora no imputable en la resolución judicial del proceso de impugnación del referido despido.

Esta discrepancia la *fundamentamos* en los siguientes motivos:

PRIMERO.- 1.- Debemos partir de un supuesto en el que un trabajador/a que desde el inicio de su relación laboral había venido prestando servicios por subrogación, prevista en el convenio colectivo aplicable, en las sucesivas concesionarias de un servicio municipal y que, por incumplimientos de la contrata por parte de la empresa en la que estaba últimamente prestando servicios (primera empresa), el Ayuntamiento contratante la rescinde, sin que dicha empresa incumplidora ni la nueva adjudicataria provisional (segunda empresa) designada por la Entidad local se hicieran cargo del/de la referido/a trabajador/a, que se ve obligado/a a



interponer demanda por despido para lograr la referida subrogación contra las dos sociedades implicadas y contra el Ayuntamiento; y que, además, mientras continúa pendiente el litigio (por dilaciones no imputables a la parte demandante) se produce la adjudicación de la contrata a una tercera empresa contra la que se amplía oportunamente la demanda al negarse a efectuar la subrogación alegando no estar "en activo" en el momento de la transmisión.

2.- Partiendo de los anteriores datos, – y del hecho de que el/la trabajador/a reunía todos y cada uno de los requisitos para que se produjera la subrogación convencional, salvo, en su caso, el ahora cuestionado de estar "en activo" en el momento en que la tercera empresa se hace cargo de la contrata y por causa de la situación litigiosa pendiente –, la *cuestión que se plantea en el presente recurso de casación unificadora* consiste en determinar si tal demora en la resolución judicial del litigio, al que necesariamente debe acudir para obtener la declaración de que tenía, en su caso, derecho a estar "en activo" en el momento de la transmisión, impide jurídicamente el cumplimiento del requisito de estar "en activo" en dicho momento y, derivadamente, el que no deba responder la tercera empresa.

SEGUNDO.- 1.- En el *supuesto ahora enjuiciado*, en cuanto a los supuestos fácticos, contenido de la sentencia de suplicación impugnada, sentencia de contraste y existencia de contradicción, nos remitimos, – al tratarse de trabajadores/as en igualdad de condiciones fácticas y jurídicas –, al voto particular emitido a la sentencia recaída en el rcud 329/2015.

2.- La **sociedad recurrente** (" *Centro Clínico Ribadeo, S.L.* ") invoca infringido el art. 15 del Convenio colectivo para la ayuda a domicilio de Galicia (DOGA 16-02-2010), entendiendo que no puede aplicársele la obligación de subrogar que en el mismo se contiene argumentando, en lo esencial, que la transmisión a su favor de la actividad empresarial no se produce hasta el 15-11-2013 y que en dicha fecha el contrato de trabajo de la actora ya estaba extinguido por despido objetivo efectuado válidamente por " *Galicia Sausade, S.L.* " (primera empresa) en fecha 22-11-2012; y argumentando, además, que no existe causa que determine la responsabilidad solidaria de la recurrente en cuanto a la indemnización por despido de la trabajadora al no ser aplicable el art. 44 ET sobre sucesión empresarial.

TERCERO.- 1.- Debemos, en cuanto ahora afecta, recordar los extremos esenciales contenidos en el invocado como infringido **art. 15 (" *Cláusula de subrogación del personal* ") del Convenio colectivo para la ayuda a domicilio de Galicia 2009-2011** (DOGA 16-02-2010), disponiéndose que:

" Con el fin de mantener la estabilidad de las personas trabajadoras en el empleo, conseguir la profesionalización del sector y evitar en la medida de lo posible la proliferación de contenciosos, ambas partes acuerdan la siguiente regulación:

1. *Al término de la concesión de una contrata, las personas trabajadoras de la empresa contratista saliente pasarán a estar adscritas a la nueva titular de la contrata, que se subrogará en todos los derechos y obligaciones, siempre que se dé alguno de los siguientes supuestos:*

a) Personas trabajadoras en activo que estén prestando sus servicios con una antigüedad mínima de 4 meses, sea cual sea la modalidad de su contrato de trabajo .

Ese plazo de antigüedad mínima no será aplicable en los casos en que la contratación se hubiese producido para sustituir a algún trabajador o trabajadora que tenga rescindida de forma definitiva su relación laboral con la empresa.

b) Personas trabajadoras que en el momento del cambio de titularidad de la contrata se encontrasen enfermas, accidentadas, en excedencia, baja maternal, siempre y cuando hayan prestado servicios en el centro de trabajo objeto de subrogación con anterioridad a la suspensión de su contrato de trabajo y que reúnan la antigüedad mínima establecida en el apartado anterior.

c) Personas trabajadoras que, con contrato de interinidad, sustituyan a alguno/a de los/as trabajadores/as mencionados/as en el párrafo anterior.

d) Personas trabajadoras de nuevo ingreso que, por exigencias del cliente, se hubiesen incorporado al centro como consecuencia de la ampliación del contrato dentro de los últimos 4 meses....

2. **La nueva empresa adjudicataria del servicio le comunicará a la empresa cesante mediante telegrama, carta notarial o por el medio fidedigno que estime oportuno, que es la nueva adjudicataria del servicio. De no cumplirse este requisito, la nueva empresa adjudicataria, automáticamente y sin más formalidades, se subrogará con todas las personas trabajadoras que presten los servicios objeto del cambio de adjudicación.**



3. La empresa cesante deberá comunicarles a las personas trabajadoras afectadas la pérdida de la adjudicación de los servicios, así como el nombre de la nueva empresa adjudicataria en cuanto tenga conocimiento de estas circunstancias.

4. La nueva empresa adjudicataria deberá respetarles a las personas trabajadoras todos los derechos laborales que tuvieran reconocidos en su anterior empresa, tales como categoría, salario, jornada, horario, antigüedad, etc. Asimismo, percibirán con cargo exclusivo a la empresa cesante, al finalizar la adjudicación, la liquidación de los haberes pendientes (partes proporcionales de gratificaciones extraordinarias, vacaciones, etc.) que les pudieren corresponder.

5. A efectos de subrogación, la **empresa cesante** deberá poner a disposición de la empresa adjudicataria, en un plazo mínimo de 5 días hábiles, antes de que esta inicie la prestación del servicio o desde que tuviera conocimiento directo de la subrogación, la siguiente documentación: ...

6. **El no cumplimiento por parte de la empresa saliente de los plazos indicados y de los requisitos previstos en este artículo no exime de la obligatoriedad de la subrogación por parte de la empresa adjudicataria, siempre que finalmente se acredite el derecho de las personas trabajadoras a ser subrogadas**. En este caso, serán a cuenta de la empresa saliente los salarios que se devenguen desde la fecha de la nueva adjudicación hasta que la subrogación se produzca, por retraso injustificado en cumplir los requisitos expuestos...

9. No desaparece el carácter vinculante de la subrogación **en el caso de que el/la contratante del servicio lo suspendiese**, si las personas trabajadoras con contratos de trabajo que fuesen resueltos por motivos de esta suspensión probaran que el servicio fue reanudado por la misma u otra empresa dentro de los 6 meses siguientes a la suspensión. ...

La aplicación de este artículo será **de obligado cumplimiento** para las partes afectadas por el cambio de adjudicación de servicio cualquiera que sea la forma jurídica que adopten, incluida la sociedad irregular, cooperativa con o sin ánimo de lucro, empresario/a autónomo/a, etc. ".

2.- Del citado precepto convencional es dable destacar:

a) Con carácter general, su finalidad última tendente a **lograr al máximo la efectividad de la subrogación pactada en la norma convencional** ("mantener la estabilidad de las personas trabajadoras en el empleo, conseguir la profesionalización del sector y evitar en la medida de lo posible la proliferación de contenciosos"), lo que se acuerda llevar a efecto de concurrir los presupuestos para ello respecto a los trabajadores a subrogar incluso en los casos de incumplimiento total por parte de la empresa saliente ("El no cumplimiento por parte de la empresa saliente de los plazos indicados y de los requisitos previstos en este artículo no exime de la obligatoriedad de la subrogación por parte de la empresa adjudicataria, siempre que finalmente se acredite el derecho de las personas trabajadoras a ser subrogadas") o de la empresa entrante ("De no cumplirse este requisito, la nueva empresa adjudicataria, automáticamente y sin más formalidades, se subrogará con todas las personas trabajadoras que presten los servicios objeto del cambio de adjudicación") de todas las obligaciones previstas para una y otra empresa en dicho precepto convencional, y con independencia de la forma jurídica que ostenten los adjudicantes o adjudicatarios, salientes o entrantes, del servicio ("cualquiera que sea la forma jurídica que adopten, incluida la sociedad irregular, cooperativa con o sin ánimo de lucro, empresario/a autónomo/a, etc.");

b) La **amplitud de supuestos en que los trabajadores de la empresa saliente tienen derecho a ser subrogados por la nueva adjudicataria y la flexibilización de los requisitos**. En especial, en cuanto ahora más directamente afecta, si bien se exige, como regla, que se trate de "Personas trabajadoras en activo que estén prestando sus servicios con una antigüedad mínima de 4 meses", resulta que: **a)** es indiferente el tipo de contrato con que estuvieran vinculados a la empresa saliente; **b)** el plazo de cuatro meses se computa de forma directa o indirecta (por sustitución definitiva o por interinidad) e incluso no se exige en supuesto de nueva contratación que "por exigencias del cliente, se hubiesen incorporado al centro como consecuencia de la ampliación del contrato dentro de los últimos 4 meses"; y **c)** incluso se contemplan expresamente supuestos los trabajadores que pudieran ser objeto de subrogación, por suspensión contractual, -- que guarda analogía con el ahora analizado, al tener suspendido el contrato por huelga en el momento del cambio de la primera a la segunda empresa --, no prestaran servicios efectivos en la empresa en el momento del cambio de titularidad de la contrata "se encontrasen enfermas, accidentadas, en excedencia, baja maternal, siempre y cuando hayan prestado servicios en el centro de trabajo objeto de subrogación con anterioridad a la suspensión de su contrato de trabajo y que reúnan la antigüedad mínima establecida en el apartado anterior".

c) Finalmente, el que **regula expresamente un supuesto, -- que guarda, también, analogía con el presente caso --, en que los trabajadores con derecho a ser subrogados no se encontraren en activo en el momento del cambio de titularidad de la contrata** por haber sido despedidos como consecuencia de la suspensión previa



del servicio por parte de la parte contratante del mismo y posteriormente fuere reanudado, preceptuando el carácter vinculante de la subrogación (*" No desaparece el carácter vinculante de la subrogación en el caso de que el/la contratante del servicio lo suspendiese, si las personas trabajadoras con contratos de trabajo que fuesen resueltos por motivos de esta suspensión probaran que el servicio fue reanudado por la misma u otra empresa dentro de los 6 meses siguientes a la suspensión "*).

CUARTO.- 1.- En su recurso de casación unificadora, la tercera empresa (*" Centro Clínico Ribadeo, S.L. "*), invocando como infringido el citado art. 15 del Convenio colectivo para la ayuda a domicilio de Galicia 2009-2011, afirma que:

a) *" el objeto de este recurso, viene referido a combatir esa extensión solidaria de la responsabilidad del despido a mi mandante "*, para combatir la sentencia recurrida en cuanto establece que *<< tras el despido tácito por el que se acciona, ocurrido el 12-11-2012, debe responder por aplicación del convenio colectivo ..., la empresa que explotaba la concesión Bogar Asistencia SL, ya que ... estamos ante un supuesto de subrogación convencional, ahora bien la responsabilidad es solidaria con la empresa recurrente Centro Clínico Ribadeo SL, ya que frente a ella se amplía la demanda por haber asumido el servicio de asistencia domiciliaria del ayuntamiento de Sada, siendo la nueva adjudicataria del servicio a través de correspondiente contrato >>*; y

b) la subrogación convencional no es posible, puesto que solamente puede tener lugar en el momento de transmisión de la actividad de la contrata (el día 15-11- 2013) y en dicho momento no existía un vínculo contractual vivo, por lo que la actora no acreditaba los requisitos establecidos en el art. 15 del Convenio colectivo al estar ya extinguido por despido su contrato de trabajo, teniendo el despido carácter constitutivo conforme a reiterada jurisprudencia e invocando también la doctrina sobre la sucesión contractual.

2.- Los motivos, y derivadamente el recurso, entendemos, los que suscribimos este voto particular, que debían haber sido estimados solamente en parte, como en los siguientes apartados se razona.

QUINTO.- 1.- En primer lugar, en el presente caso no es de aplicación la normativa de *" sucesión de empresa "* contenida en el art. 44 del Estatuto de los Trabajadores (ET), entre otras razones dado que:

a) De los inalterados hechos probados de la sentencia recurrida no se deducen datos fácticos para entender que hubiera existido un *" cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma "* que pudiera haber comportado que no se extinguiera *" por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior ... "*;

b) La sentencia recurrida tampoco ha fundamentado la condena de la recurrente en tal normativa sucesoria estatutaria, sino que, como se reitera en ella, se efectúa con base en el art. 15 del Convenio colectivo para la ayuda a domicilio de Galicia (DOGA 16-02-2010) que impone la obligación de subrogación del personal por la nueva empresa que presta el servicio; y

c) Por último, a pesar de lo que argumenta la recurrente al invocar también como infringido tal precepto estatutario, en la sentencia recurrida no se le condena simplemente como responsable solidaria de un despido efectuado por *" Bogar Asistencia, S.L. "*, sino que declara que el despido lo ha efectuado precisamente *" Centro Clínico Ribadeo, S.L. "* a quien condena a asumir las consecuencias de la improcedencia del despido, confirmando expresamente la sentencia de instancia en este extremo (*<<... cumpliendo la recurrente todos los requisitos para ser subrogada, por consiguiente la negativa de la nueva concesionaria de facto del servicio público de ayuda a domicilio Bogar Asistencia SL, a reincorporar al actora supone con toda evidencia un despido tácito, el cual ha de calificarse de improcedente con las consecuencias previstas legalmente >>*), y la extensión de responsabilidad con solidaridad se efectúa con respecto a la codemandada *" Bogar Asistencia, S.L. "*, que no ha recurrido la referida sentencia, por lo que no es dable entrar en tal cuestión tanto más cuanto, al rechazar la interpretación propuesta por la recurrente, la condena solidaria de *" Bogar Asistencia, S.L. "* siquiera en abstracto favorece a la ahora recurrente.

2.- No obstante, con relación a dicha condena solidaria en cuanto a indemnización y salarios de tramitación en su caso, y partiendo, por una parte, como se ha indicado, de que *" Bogar Asistencia, S.L. "* no ha impugnado su condena solidaria; y, por otra parte, de que la sentencia recurrida fundamenta la condena de dicha segunda empresa en el despido tácito ocurrido el 12-11-2012, y mantiene como de fecha del despido por la tercera empresa ahora recurrente la de 15-11-2013, sin variar la indemnización por posible extinción contractual ni especificar, en cuanto ahora más directamente afecta, la distribución en orden a la condena solidaria impuesta a *" Bogar Asistencia, S.L. "* de los posibles salarios de tramitación (limitándose a condenar *<< así como al pago de los salarios de trámite a razón de 25,47 euros por día, si opta por la readmisión >>*); entendemos los que suscribimos este voto particular que procedía, a falta de norma jurídica, legal o convencional, declarar que la responsabilidad en orden a los salarios de tramitación a cargo de *" Centro Clínico Ribadeo, S.L. "* debía



quedar limitada, en su caso, a los devengados a partir de la fecha del despido a ella imputable acaecido en fecha 15-11-2013, pero no con respecto a los anteriores desde el despido tácito efectuado por la segunda empresa en fecha 12-11-2012. Téngase en cuenta que el aplicable art. 15 del Convenio colectivo, en su nº 4, no impone a la empresa entrante responsabilidad en orden a las obligaciones salariales pendientes de la empresa saliente ("*... percibirán con cargo exclusivo a la empresa cesante, al finalizar la adjudicación, la liquidación de los haberes pendientes -partes proporcionales de gratificaciones extraordinarias, vacaciones, etc.- que les pudieren corresponder*") y que también es la empresa saliente, conforme al nº 6 de dicho precepto convencional, la que, en su caso, responde de los salarios por incumplimiento de sus obligaciones hasta que pueda producirse la subrogación ("*... serán a cuenta de la empresa saliente los salarios que se devenguen desde la fecha de la nueva adjudicación hasta que la subrogación se produzca, por retraso injustificado en cumplir los requisitos expuestos*").

SEXTO.- 1.- En segundo lugar, ciertamente nuestra jurisprudencia viene declarando el carácter constitutivo del despido y que produce la extinción del contrato desde su fecha y ha interpretado que se trataría de una resolución contractual extrajudicial de suerte que la referida extinción del contrato se produce en el momento del despido, y no cuando se dicta la sentencia que resuelva sobre su calificación jurídica (entre otras, SSTS/IV 27-febrero-2009 -rcud 1715/2008 , 10- junio-2009 -rcud 3098/2007 , 17-mayo-2000 -rcud 1791/1999 , 21-octubre-2004 -rcud 4966/2002); más de tal doctrina, como regla, no puede derivarse la interpretación de que el referido carácter constitutivo del despido genere la extinción automática de las acciones que el trabajador despedido tenga y pueda y deba ejercitar oportunamente para acreditar, en su caso, que no debía haber sido despedido sino que tenía derecho a continuar prestando servicios en otra empresa que por sucesión, subrogación convencional o por otras causas, estuviera obligada a subrogarse en los contratos laborales de la anterior.

2.- De entenderse lo contrario, sería muy fácil eludir la subrogación convencional en los frecuentes supuestos de sucesión de contratistas si la empresa saliente despide a un trabajador o le deja de suministrar trabajo efectivo momentos antes de cesar en la contrata (por expiración del tiempo o por rescisión a instancia del contratista por incumplimientos del concesionario, como ahora acontece) y el trabajador que tuviera derecho a ser subrogado por el mero hecho de estar despedido, expresa o tácitamente, ya no pudiera dirigir también la demanda de despido contra la empresa entrante y pretender la subrogación convencional.

3.- Esta Sala ha venido interpretando tradicionalmente la normativa laboral acorde con su finalidad y de forma que se impida su utilización fraudulenta, conforme a los principios generales deducibles del art. 6.4 del Código Civil ("*Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir*"). Así, entre otros casos sobre la posibilidad de ejercicio de la correspondiente acción respecto a una tercera empresa a pesar de la existencia de un despido previo, ha establecido:

a) Especialmente en los supuestos, análogos a estos fines, de cesión ilegal ex art. 43 ET , ha delimitado los supuestos en los que excepcionalmente la acción puede ejercitarse a pesar de la existencia de un despido previo. Entre otras, en la STS/IV 14-septiembre-2009 (rcud 4232/2008), que aunque parte del principio de que la declaración de responsabilidad solidaria de la empresa cedente en cuanto a los efectos del despido precisa que la cesión ilegal subsista cuando dicho despido se efectúa, argumenta que << *La buena doctrina ... es ... la doctrina unificada de esta Sala plasmada en la sentencia de 8 de julio de 2003 (rec 2885/02), que resume así: "Es cierto que el tenor del artículo 43.3 del ET obliga a entender que la acción de fijeza electiva que el precepto reconoce al trabajador ilegalmente cedido, con los derechos y obligaciones que precisa la norma, ha de ejercitarse necesariamente "mientras subsista la cesión"; y así lo reconoció la antigua jurisprudencia de esta Sala (sentencias de 22 de septiembre y 21 de diciembre de 1977 y 11 de septiembre de 1.986). De modo que, concluida la cesión, no cabe el ejercicio de esa acción de fijeza, aunque aquella haya sido ilegal >>, que << Pero ello no es obstáculo para que cuando el despido se produce mientras subsiste la cesión, pueda el trabajador al accionar frente a aquel, alegar la ilegalidad de la cesión para conseguir la condena solidaria de las empresas cedente y cesionaria a responder de las consecuencias del despido; ni tampoco para que en el proceso de despido deban extraerse las consecuencias inherentes a esa clase de cesión, siempre que ésta quede acreditada en juicio, pues como señaló la ya citada sentencia de 11 de septiembre de 1.986, la aplicación del art. 43 "requiere, como requisito "sine qua non", que haya quedado establecido el hecho que suponga el préstamo o cesión del trabajador por una empresa a otra (es lo que resulta de las sentencias de 19 de diciembre de 1980, 19 de enero y 16 de noviembre de 1982)" >>, que << La anterior conclusión es consecuencia obligada de que no cabe ignorar la conexión inmediata y la manifiesta interdependencia que puede existir entre el despido y la cesión ilegal, cuando el trabajador es despedido mientras dicha cesión está vigente. En tales casos es evidente que la única acción ejercitada es la de despido, si bien el debate sobre la cesión ilegal deviene imprescindible, sin que ello suponga el ejercicio conjunto de dos acciones en contra del mandato del art. 27.2 LPL . Otra cosa es que el despido se*



produzca por la empresa cedente una vez concluida la cesión, ya que en tal caso, no podría prosperar la alegación de la cesión ilegal, por falta de esa conexión inmediata a la que acabamos de aludir >>.

b) En otros casos hechos declarado fraudulenta la actuación empresarial para intentar evitar la ejecución de sentencias firmes sobre cesión ilegal, en supuestos de despidos efectuados por la empresa formal antes de que recayera sentencia firme en proceso sobre declaración cesión ilegal iniciado antes del despido y en la que se reconocía el derecho del trabajador a integrarse en la plantilla de la empresa real; así, entre otras, SSTS/IV 3-octubre-2012 (rcud 4286/2011) y 11- diciembre-2012 (rcud 271/2012), en esta última se concluye que << *En el asunto ahora sometido a la consideración de la Sala si bien existe una sentencia - declarando la procedencia del despido de los actores- que adquirió firmeza con anterioridad a la sentencia -declarando cesión ilegal- cuya ejecución se solicita, no es menos cierto que tal despido se efectuó por el empresario formal fundamentándolo en la finalización de la contrata suscrita con la empresa formal, habiendo razonado la sentencia sobre cesión ilegal que es en la realización de la contrata desde donde se produjeron las ilegalidades en la conducta de ambos empresarios. La no ejecución de la sentencia sobre cesión ilegal la dejaría sin contenido, posibilitando supuestos de fraude procesal >>.*

SÉPTIMO.- 1.- En el presente caso, como se deduce esencialmente de los hechos declarados probados en relación con el art. 15 del Convenio colectivo, resulta que:

a) La parte trabajadora demandante reunía todos los requisitos para ser subrogada convencionalmente, dejando aparte el cuestionado relativo a estar " *en activo* " en el momento de la transmisión de la primera a la segunda empresa y de la segunda a la tercera.

b) Cuando " *Galicia Sausade, S.L.* " (primera empresa) deja de prestar los servicios objeto de la concesión por rescisión contractual por incumplimientos reiterados acordada por el Ayuntamiento codemandado en fecha 19-10-2012, la parte actora tenía suspendido el contrato de trabajo por estar ejercitando el derecho de huelga (desde el 29-09-2012 al 11-11-2012) con motivo de tales incumplimientos que redundaban en el abono salarial a los trabajadores, por lo que en aplicación del art. 15.1.b) del Convenio colectivo, por analogía para los supuestos de suspensión contractual que detalla en el momento del cambio de titularidad del contrato y que no impiden la subrogación, debería haber sido subrogada por la segunda empresa (" *Bogar Asistencia, S.L.* "), aunque no hubieren cumplido con sus obligaciones de información convencionales ni la empresa saliente ni la entrante (art. 15.2 y 6 Convenio colectivo); configurando la sentencia ahora recurrida como despido tácito el efectuado el 12-11-2012, día siguiente a la finalización de la huelga, por no readmisión por parte de la segunda empresa (" *Bogar Asistencia, S.L.* ") y sin otorgar valor alguno el que, más tarde (en fecha 22-11-2012), por alegados motivos objetivos, efectúa la primera empresa (" *Galicia Sausade, S.L.* ") cuando ya no estaba realizando los servicios objeto de la contrata resuelta y los efectuaba la segunda empresa, a la que condena solidariamente por las consecuencias de dicho despido tácito; y, por otra parte, resulta que, mientras continuaba pendiente el litigio por despido (por dilaciones no imputables a la parte demandante) se produjo la adjudicación de la contrata a una tercera empresa contra la que se amplía oportunamente la demanda, y que por no subrogarse es igualmente condenada.

c) No se cuestiona que la segunda empresa fue también verdadera concesionaria del servicio a pesar de la adjudicación provisional, no habiendo recurrido la sentencia de suplicación condenatoria; no siendo, por tanto, necesario aplicar, directamente o por analogía, la norma contenida el art. 15.9 del Convenio colectivo, la que, como hechos destacado anteriormente, favorece la subrogación aun en caso contratos de trabajo previamente extinguidos y tendente a evitar el fraude, estableciendo que " *No desaparece el carácter vinculante de la subrogación en el caso de que el/la contratante del servicio lo suspendiese, si las personas trabajadoras con contratos de trabajo que fuesen resueltos por motivos de esta suspensión probaran que el servicio fue reanudado por la misma u otra empresa dentro de los 6 meses siguientes a la suspensión* ".

d) Tampoco se cuestiona en este litigio la actuación del Ayuntamiento codemandado ni la posible valoración de su conducta adjudicando el servicio que realizaron los trabajadores de la segunda empresa mientras que los del anterior concesionario con derecho a subrogación estaban ejerciendo el derecho de huelga.

2.- La demora en la resolución judicial del proceso de despido (por dilaciones no imputables a la parte actora) mediante el que se ejercitaba también la acción de subrogación convencional, entendemos quienes suscribimos este voto particular, que no puede llevarnos a interpretar tal demora impida jurídicamente el cumplimiento del cuestionado requisito de la efectiva prestación de servicios (estar " *en activo* ") en el momento de inicio de la última adjudicación y el que y no deba responder la tercera empresa ahora recurrente en casación unificadora, vulnerando los principios generales del Derecho como el de " *Ad impossibilia nemo tenetur* " y el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), puesto que ha de acudir al correspondiente proceso judicial para acreditar, en su caso, el derecho de la parte trabajadora a estar " *en activo* "



" en el momento de las sucesivas transmisiones de la concesión del servicio, además de por la antes propuesta interpretación finalista del art. 15 del propio Convenio colectivo y de nuestra referida jurisprudencia.

3.- En definitiva , en el caso ahora enjuiciado la acción de subrogación persiste cuando el despido y/o la no subrogación convencional concurriendo los presupuestos para ello no se efectúa por la anterior o anteriores adjudicatarias, ejercitándose luego oportunamente en el mismo litigio la acción contra la sucesiva ulterior adjudicataria, cumpliendo los requisitos convencionalmente exigidos, – como se declara expresamente en la sentencia recurrida y se refleja en los pliegos de condiciones –, y sería contrario a la referida doctrina, así como a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), el que estando en trámite el proceso de despido, y al aparecer una nueva posible adjudicataria obligada a subrogarse, quedara liberada sin más de tal obligación por la mera existencia del referido previo despido o no subrogación por la anterior adjudicataria debiendo haberse efectuado, no pudiendo entenderse incumplido dicho requisito por el mero hecho de que una previa empresa obligada a subrogar despidiera o no subrogara antes de que se declarara judicialmente tal obligación y se hubiere hecho efectiva.

OCTAVO.- Por todo lo expuesto, entendemos, quienes suscribimos el presente voto particular, que procedía haber estimado solamente en parte el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la empresa adjudicataria referida en el sentido de **confirmar en todo la sentencia de suplicación recurrida salvo** en el extremo relativo a declarar que la responsabilidad en orden a los **salarios de tramitación** a cargo de " *Centro Clínico Ribadeo, S.L.* " quedando limitada, en su caso, a los devengados a partir de la fecha del despido a ella imputable acaecido en fecha 15-11-2013, pero no con respecto a los anteriores desde el despido tácito efectuado por la segunda empresa en fecha 12-11-2012.

Madrid, a 27 de abril de 2016.