



Roj: **STS 4396/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:4396**

Id Cendoj: **28079140012017100842**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **15/11/2017**

Nº de Recurso: **3168/2015**

Nº de Resolución: **888/2017**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **MARIA LOURDES ARASTEY SAHUN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ EXT 595/2015,**
STS 4396/2017

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 3168/2015

Ponente: Excm. Sra. D.^a Maria Lourdes Arastey Sahun

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Margarita Torres Ruiz

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 888/2017

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Luis Fernando de Castro Fernandez

D.^a. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga

D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana

D.^a. Maria Lourdes Arastey Sahun

D. Antonio V. Sempere Navarro

En Madrid, a 15 de noviembre de 2017.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. Fabio , representado y asistido por el letrado D. Juan Francisco Montero Carbonero, contra la sentencia dictada el 22 de abril de 2015 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, en recurso de suplicación nº 133/2015 , interpuesto contra la sentencia de fecha 2 de septiembre de 2014, dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de los de Badajoz , en autos núm. 265/2013, seguidos a instancias del ahora recurrente contra Consorcio de Servicios Medioambientales de Badajoz, Urbaser SA y el Ayuntamiento de Talavera la Real.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Maria Lourdes Arastey Sahun.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 2 de septiembre de 2014 el Juzgado de lo Social nº 3 de los de Badajoz dictó sentencia , en la que se declararon probados los siguientes hechos:

«PRIMERO- Don Fabio prestó sus servicios para ni (sic) Ayuntamiento de Talavera la Real en virtud de contrato de trabajo desde el 1 de octubre de 1991. Ello con la categoría profesional de conductor y un salario diario de 51,20 euros, incluida la parte proporcional de las pagas extraordinarias.



SEGUNDO.- El trabajador prestaba servicios en el servicio de limpieza y recogida de residuos sólidos del Ayuntamiento.

TERCERO.- El día 1 de agosto de 2012 se suscribió un convenio entre el Ayuntamiento de Talavera La Real y el Consorcio de Servicios Medioambientales de la Provincia de Badajoz (PROMEDIO) que establece en su estipulación tercera:

"En el año siguiente a la firma del convenio, se formalizará el Acta de Entrega del Servicio, donde se incluirá la adecuada descripción de las instalaciones, vehículos y maquinaria objeto de cesión al futuro servicio y se determinará el personal adscrito al servicio a incorporar a la gestión futura.

Previamente a la formalización del Acta de Entrega el Servicio, PROMEDIO desarrollará una serie de actuaciones encaminadas a la optimización de las instalaciones y vehículos y a la confección de un padrón de abonados del servicio real, con el objetivo de garantizar que la aplicación de tarifas será suficiente para equilibrar los costes del servicio implantado.

En los primeros seis meses desde la firma del convenio, PROMEDIO desarrollará las siguientes actuaciones:

- a) La actualización del padrón de abonados
- b) La revisión de los vehículos, maquinaria e instalaciones a incorporar al servicio.

Las entidades locales prestadores en la actualidad del servicio deberán entregar las instalaciones, vehículos y maquinaria en perfecto estado de funcionamiento y conservación, para lo que se acordará entre la entidad local y PROMEDIO la realización de las oportunas inspecciones y reparaciones en talleres independientes, corriendo la entidad local con los gastos derivados de los mismos.

El Acta de Entrega del Servicio, se formalizará en el año siguiente a la firma del convenio. Tras la firma de esta acta, PROMEDIO asumirá la gestión al primer día del siguiente trimestre anual.

El personal a incorporar a los nuevos servicios, se establecerá de mutuo acuerdo entre el municipio y PROMEDIO, lo que quedará reflejado en dicho Acta de Entrega, y se regirá según marque la legislación laboral vigente. Tras la finalización o suspensión del presente convenio, el personal incorporado a los nuevos servicios pasará nuevamente al servicio municipal o mancomunado original, no recayendo en PROMEDIO ninguna obligación laboral respecto de los trabajadores implicados."

CUARTO.- En el acta de la reunión mantenida a las 12:30 horas del día 29 de enero de 2013 entre el comité de empresa, el Ayuntamiento y los trabajadores afectados se recoge como punto segundo:

" Fabio está acompañado en todo momento de la reunión por su abogado, el cual, asesorará y hablará en nombre de su representado. Éste pide por escrito el convenio firmado entre el Ayuntamiento y la empresa a la cual se cede el servicio de basuras. Los representantes del Ayuntamiento manifiestan que no se le ha dado por escrito al no ser necesario, puesto que las condiciones de la subrogación vienen marcadas en el Estatuto de los Trabajadores art. 44 si, se le hace entrega del acta de acuerdo entre Ayuntamiento Diputación.

Queda claro que las condiciones serán las mismas que en Ayuntamiento, pero la empresa será quién gestione la forma y horarios de trabajos dando lugar a posibles pérdidas de complementos si no se realizan en el nuevo servicio, como por ejemplo la nocturnidad.

El abogado el Sr. Fabio pregunta por las condiciones en las cuales quedaría su representado en caso de seguir como trabajador del consistorio, a lo cual, es respondido por la empresa que pasará a ser peón de oficios varios, perdiendo las cuantías de complementos que eran propias del puesto de trabajo.

El abogado intenta negociar si en el futuro el Ayuntamiento creara una plaza de conductor, esta sería para su representado. La empresa se niega a negociar este hecho aludiendo que en ese caso sería de nueva creación o promoción interna y optaría cualquier trabajador que en esos momentos se encontrase cualificado para la plaza, a excepción si la plaza perteneciese al servicio de basuras, al cual está adscrito dicho trabajador.

Fabio y su abogado piden tiempo para estudiar el convenio con PROMEDIO. Se hace constar por parte del Ayuntamiento que la subrogación se produce de empresa pública a pública, y que tienen a su disposición la secretaria del consistorio para cualquier duda o aclaración.

Quedando todo esto claro, se le dan 24 horas para presentar por escrito su decisión, que de no producirse dentro de dicho plazo, pasará automáticamente a la subrogación".

QUINTO.- A las 14:14 horas del día 31 de enero de 2013 el Sr. Fabio hizo entrega en el Ayuntamiento del siguiente escrito:

"D. Fabio , (...)



Ante esta Corporación comparezco y como en Derecho mejor proceda DIGO:

Que ante el ofrecimiento que se me ha hecho por parte de ese Ayuntamiento de pasar a depender de PROMEDIO y de ésta a una empresa privada (URBASER u otra cualquiera), o quedarme como peón de oficios varios, tengo que comunicarles mi decisión de que no acepto ni la subrogación (ya que la misma me modifica las condiciones continuamente, las dos o tres veces que he hablado con ellos y además no me respeta las que tengo actualmente) ni las modificaciones que me proponen en mi contrato, ya que hice unas oposiciones hace 21 años para ser conductor, no para ser peón de vías obras, lo que les comunico a los efectos legales.

Por todo lo expuesto,

Solicito a ese Ayuntamiento, que al tener por presentado este escrito se sirva admitirlo y en su consecuencia tenga por hechas las anteriores manifestaciones, conforme a lo expresado en el cuerpo de este escrito y a los efectos legales pertinentes, por ser conforme a derecho...".

SEXTO.- La Corporación Local remitió al actor la siguiente comunicación en fecha de 31 de enero de 2013:

"Vista su negativa tardía, ya que el plazo acordado expiró en el día de ayer, al ofrecimiento hecho por parte de esta Administración en la Mesa Negociadora con los trabajadores adscritos al Servicio Municipal de Recogida de Residuos Sólidos Urbanos y el Comité de Empresa en su sesión de fecha 29 de enero de 2013. Se le informa que en consecuencia a no aceptar la propuesta hecha esta Administración ha firmado el documento por el cual sus cotizaciones a la Seguridad Social serán satisfechas por la mercantil URBASER S.A. a partir del día 1 de febrero de 2013, fecha en la cual deberá usted personarse en las instalaciones de esta empresa para la prestación del Servicio de Recogida de Residuos Sólidos Urbanos."

SÉPTIMO.- PROMEDIO solicitó al Ayuntamiento, con fecha de 6 de febrero de 2013, que le remitiera copia del burofax remitido al trabajador demandante.

OCTAVO.- El pliego de cláusulas administrativas particulares para la contratación del servicio público de recogida y transporte de RSU en 31 municipios de la zona norte de la provincia de Badajoz, tal el que se incluye el Ayuntamiento de Talavera La Real establece en su cláusula 5ª: "Los servicios contratados ostentar (sic) en todo momento la calificación de servicios públicos. Asimismo la titularidad de las instalaciones, infraestructuras, bienes o elementos afectos o que en el futuro se afecten al mismo, tendrán en todo momento la calificación de bienes de dominio público con destino a un servicio público.

A los efectos de reseñar esa titularidad y el carácter del servicio, todos los impresos que utilice instalaciones vehículos o uniformes del personal a su cargo llevarán una identificación del tenor a la siguiente;

PROMEDIO

Consorcio de Gestión Medioambiental

Diputación de Badajoz

PROMEDIO validará previamente los anagramas e imagen corporativa a emplear en cada caso. Igualmente PROMEDIO decidirá sobre la aparición de la imagen corporativa de la empresa adjudicataria en cada caso."

Del mismo modo y respecto de los medios personales la cláusula octava establece:

"El Concesionario atenderá la correcta prestación de los servicios empleando para ello el personal técnico, administrativo, operarios, etc., preciso en cada momento viniendo obligado a mantener adscrito al servicio un personal mínimo fijado en el anexo de personal del Pliego de Prescripciones Técnicas que deberá quedar plenamente reflejado y justificado en su oferta.

Cualquier aumento de la plantilla, realizado por el concesionario respecto del estipulado en su oferta será soportado enteramente por éste a su riesgo y ventura, entendiéndose que cuando se presenta la oferta, se tiene pleno conocimiento de la realidad del servicio a gestionar, y por tanto de los medios personales necesarios para realizar una gestión adecuada.

Conforme establece el artículo 44 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores , aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, y el artículo 120 del TRLCSP, el concesionario se obliga a subrogarse en los contratos pactados con el personal adscrito a los servicios integrados, a partir de la fecha en la que asuma la gestión de los servicios, como se establece en el correspondiente Anexo del Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares.

En aplicación de lo dispuesto en la Disposición Adicional la del RD Ley 20/2012 de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, en este caso, el concesionario se obliga a respetar todos los derechos que los trabajadores tengan en el momento de producirse la subrogación.



Al inicio del contrato, el concesionario tiene el deber de comunicar a PROMEDIO la plantilla y relación de puestos de trabajo adscritos a los servicios, conforme a su oferta; así como las modificaciones, altas y bajas, que introdujera al respecto, las cuales precisarán autorización expresa por escrito de PROMEDIO para poder llevarse a cabo.

Una vez adjudicado el contrato conforme a la plantilla propuesta, la contratación de nuevo personal será siempre a cargo del concesionario, el cual no podrá llevarla a cabo sin la previa autorización de PROMEDIO, e igualmente será el concesionario el responsable de los despidos del personal para lo que también precisará de autorización expresa por escrito de PROMEDIO.

El personal técnico dedicado a labores de gerencia, jefatura de servicio, responsable de planta..., así como el personal no adscrito al 100% de la jornada laboral, cuya experiencia, solvencia y capacidad técnica deberá estar suficientemente probadas, estará obligatoriamente encuadrado dentro de la propia estructura de la empresa concesionaria no considerándose en modo alguno como personal subrogable al servicio. Por tanto, a la finalización o extinción del contrato, el personal técnico dejará de considerarse como personal adscrito al servicio objeto del contrato, perdiendo toda vinculación con el mismo.

PROMEDIO no tendrá ninguna relación jurídica, laboral o de cualquier otra índole, con el personal del concesionario ni durante la vigencia del contrato ni al término del mismo, siendo de su cuenta todas las obligaciones, indemnizaciones y responsabilidades que nacieran con motivo de este contrato de gestión de servicio público.

El concesionario asumirá, en cuanto a sus obligaciones como empresario, todas las derivadas de la legislación laboral vigente en cada momento."

NOVENO.- El acta de entrega del servicio entre el Ayuntamiento de Talavera la Real y el Consorcio PROMEDIO tuvo lugar el día 5 de febrero de 2013, consignando en su Anexo II como personal subrogable al trabajador demandante.

DÉCIMO.- URBASER, S.A., remitió al trabajador por burofax del día 7 de febrero de 2013, una carta fechada el día 1 del mismo mes y año, con el siguiente contenido

"Habiendo resultado adjudicataria esta mercantil, mediante acuerdo del consorcio de Gestión Medioambiental Promedio de fecha 27 de diciembre de 2012, del Contrato de Gestión de servicios públicos de recogida y transporte zona norte de la provincia de Badajoz, al objeto de garantizar el principio de estabilidad en el empleo y la subrogación del personal, según lo preceptuado en tal sentido en el pliego de condiciones que regula el servicio le comunicamos que usted será subrogado en los derechos y obligaciones de la anterior empresa con fecha 1 de febrero de 2013, pasando desde la mencionada fecha a depender laboralmente de la nueva adjudicataria del servicio debiendo causar baja en fecha 31 de enero de 2013 en la empresa saliente".

Dicha empresa remitió una carta de 15 de febrero de 2013 por la que procedía al despido disciplinario del trabajador, constando de alta en Seguridad Social para dicha sociedad desde el día 1 al 15 de febrero de 2013.

UNDÉCIMO.- El actor no ostenta la condición de representante laboral ni sindical de los trabajadores ni la ha tenido en el año anterior.

DECIMOSEGUNDO.- Por medio de escrito de 19 de febrero de 2013 el trabajador presentó reclamación previa a la vía judicial, que puso fin a la vía administrativa.».

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva:

«Que estimando, sustancialmente, la demanda interpuesta por Don Fabio contra Ayuntamiento de Talavera la Real, debo declarar y declaro la improcedencia del despido practicado por la parte demandada. Así mismo, debo condenar y condeno a la demandada a que, a su opción, readmita al trabajador despedido en las mismas condiciones vigentes con anterioridad, con abono de los salarios de tramitación, o a que le indemnice en la cantidad de cuarenta y seis mil doscientos seis euros con veinticinco céntimos (46.206,25 euros).

La expresada opción deberá efectuarse, por escrito o comparecencia en el Juzgado, en el plazo de los cinco días siguientes a la notificación de la sentencia. Caso de no efectuarse en tiempo y forma se entenderá que opta por readmitir al trabajador demandante.

Del mismo modo, debo absolver y absuelvo a Ferrovial Consorcio de Servicios Medioambientales de la Provincia de Badajoz (PROMEDIO) y Urbaser, SA, de todos los pedimentos realizados en su contra.».

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por el demandante D. Fabio ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, la cual dictó sentencia en fecha 22 de abril de 2015, en la que consta el siguiente fallo:



«Que debemos estimar y estimamos parcialmente, el Recurso de Suplicación interpuesto por el sr. letrado D. Juan Francisco Montero Carbonero, en nombre y representación de D. Fabio , contra la sentencia de fecha 2 de septiembre de dos mil catorce, dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Badajoz , en sus autos nº 265/13 seguidos a instancia de la recurrente, frente a Consorcio de Servicios Medioambientales de Badajoz, Urbaser SA, Ayuntamiento de Talavera la Real por despido disciplinario, en el sentido de que la indemnización por despido del actor asciende a la suma dineraria de 46.899,20 euros.».

TERCERO.- Por la representación de D. Fabio se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina ante la misma Sala de suplicación.

A los efectos de sostener la concurrencia de la contradicción exigida por el art. 219.1 de la ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), el recurrente propone como sentencia de contraste, la dictada por la Sala de lo Social de este Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 2014, (rollo 3065/2013).

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 9 de mayo de 2016 se admitió a trámite el presente recurso y se dio traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

Evacuado el indicado traslado sin que se formulara impugnación, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal que emitió informe en el sentido de considerar el recurso improcedente

QUINTO.- Instruída la Excm. Sra. Magistrada Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 15 de noviembre de 2017, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. El recurso de casación para unificación de doctrina del trabajador plantea la cuestión del cálculo de la indemnización por despido improcedente tras la entrada en vigor del RDL 3/2012 -que tuvo lugar el 12 de febrero de 2012-, y en atención al que estableció la Disp. Trans 5ª de la misma.

2. Recordemos que el despido, cuya impugnación constituye el objeto de este pleito, se produjo con posterioridad a la entrada en vigor de la norma citada, pero la relación laboral se había iniciado con anterioridad. La sentencia recurrida señala que, dado que la aplicación de la regla de la indemnización de 45 días de salario por año del periodo anterior a la modificación normativa arroja un total de 916 días, es éste el número de días de salario que ha de tomarse para el cálculo de la indemnización, por ser superior al límite de 720 establecido en el precepto en discusión.

3. El recurso de la parte demandante pretende que, a ese periodo, se sume también el de prestación de servicios posterior al cambio normativo; y propone, como sentencia de contraste, la dictada por esta Sala IV del Tribunal Supremo el 29 de septiembre de 2014 (rcud. 3065/2013).

4. En dicha sentencia se abordaba también un caso de despido con periodos de prestación de servicios anteriores y posteriores al 12 de febrero de 2012. La sentencia referencial señalaba que, si el trabajador superaba una antigüedad que arrojaba, al menos, 720 días antes de la entrada en vigor del citado RDL 3/2012, se sumarían los servicios prestados con posterioridad siempre que en total no se superara el límite de 42 mensualidades.

5. Se hace evidente que concurre la contradicción exigida por el art. 219.1 LRJS , puesto que abordándose la misma cuestión, las sentencias comparadas llegan a soluciones completamente distintas en lo que afecta al modo de incorporar la suma del periodo de prestación de servicios posteriores al 12 de febrero de 2012.

SEGUNDO.- 1. La cuestión controvertida suscitada aquí por el recurrente ha sido objeto de análisis por parte de esta Sala IV del Tribunal Supremo, no sólo en la sentencia que se aporta como referencial, sino también en sentencias posteriores a la misma (STS/4ª de 2 y 18 febrero 2016 -rcud. 1624/2014 y 3257/2014, respectivamente-, 16 septiembre 2016 - rcud. 38/2015 - y 28 junio 2017 -rcud. 2846/2015 -).

2. Sucede que en ellas, la Sala ha efectuado una revisión de la postura inicialmente adoptada -la que se plasma en la sentencia de contraste- y hemos matizado que la Disp. Trans. 5ª del RDL 3/2012 , cuya interpretación genera el debate litigioso, parte de la premisa de que, cuando se tomen en cuenta periodos de servicios anteriores y posteriores al 12 de febrero de 2012, «el importe indemnizatorio resultante no podrá ser superior a 720 días de salario».

Siendo esa la regla general, el precepto de derecho transitorio contiene una excepción que juega cuando los periodos anteriores al 12 de febrero de 2012 ya arrojen por sí solos un importe superior al de los 720 días. En tal caso, la indemnización a percibir será el resultado de ese cómputo, siempre que, a su vez, no supere las 42 mensualidades.



Por el contrario, si el periodo anterior no arroja ese resultado de 720 días, se estará a la suma total, más sin que la misma pueda superar ese límite de 720 días.

3. Esto es lo que sucede en el presente caso, situándonos en el supuesto de excepción, porque el periodo anterior ya es superior a los indicados 720 días y, por tanto, a él ha de estarse.

A esta interpretación hemos de atenernos, sin que quepa aceptar que tal periodo pueda sumarse el posterior, pues la doctrina jurisprudencial más reciente ha aclarado que tal modo de computar no es el que resulta de la dicción del precepto.

4. Por ello, dado que la sentencia recurrida aplica correctamente la misma, desestimamos el recurso de casación unificadora de la parte actora, tal y como también propone el Ministerio Fiscal en su informe, y confirmamos la sentencia recurrida, sin que, con arreglo a lo que dispone el art. 235.1 LRJS, proceda hacer aquí imposición de costas.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido desestimar el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por D. Fabio contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de fecha 22 de abril de 2015 (rollo 133/2015) recaída en el recurso de suplicación formulado por dicha parte contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de los de Badajoz de fecha 2 de septiembre de 2014 en los autos núm. 265/2013, seguidos a instancias del ahora recurrente contra Consorcio de Servicios Medioambientales de Badajoz, Urbaser SA y el Ayuntamiento de Talavera la Real. Sin costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por la Excm. Sra. Magistrada D^a Maria Lourdes Arastey Sahun hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Letrada de la Administración de Justicia de la misma, certifico.