



Roj: **STSJ GAL 8435/2014 - ECLI:ES:TSJGAL:2014:8435**

Id Cendoj: **15030340012014105064**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **22/12/2014**

Nº de Recurso: **3604/2014**

Nº de Resolución: **92/2015**

Procedimiento: **RECURSO SUPLICACION**

Ponente: **ANTONIO JOSE GARCIA AMOR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIALA CORUÑA

PLAZA DE GALICIA

Tfno: 981184 845/959/939

Fax:881881133 /981184853

NIG: 15030 44 4 2013 0002087

402250

TIPO Y Nº DE RECURSO: RECURSO SUPLICACION 0003604 /2014 MCR

JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS: DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000426 /2013 JDO. DE LO SOCIAL nº 002 de A CORUÑA

Recurrente/s: BOGAR ASISTENCIA SL, Adelaida

Abogado/a:

Procurador/a:

Graduado/a Social:

Recurrido/s: FOGASA, CENTRO CLINICO RIBADEO SL , MINISTERIO FISCAL , CONCELLO DE SADA (A CORUÑA) , ADMON CONCURSAL GALICIA SAUDADE SL , GALICIA SAUDADE SL

Abogado/a:

Procurador/a:

Graduado/a Social:

ILMO. SR. D. ANTONIO GARCIA AMOR

ILMA. SRA. D. BEATRIZ RAMA INSUA

ILMA. SRA. DÑA. MARÍA TERESA CONDE PUMPIDO TOURÓN

En A CORUÑA, a veintidós de Diciembre de dos mil catorce.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, el T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española ,

EN NO MBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente



SENTENCIA

En el RECURSO SUPPLICACION 0003604 /2014, formalizado por el/la letrada D/Dª MARIA ESTHER SEGURA ESPINOSA, en nombre y representación de BOGAR ASISTENCIA SL, y D/Dª FERNANDO JOSE MENDEZ SANJURJO, en nombre y representación de Adelaida , contra la sentencia número 675 /13 dictada por XDO. DO SOCIAL N. 2 de A CORUÑA en el procedimiento DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000426 /2013, seguidos a instancia de Adelaida frente a FOGASA, CENTRO CLINICO RIBADEO SL, CONCELLO DE SADA (A CORUÑA), BOGAR ASISTENCIA SL, ADMON CONCURSAL GALICIA SAUDADE SL, GALICIA SAUDADE SL, siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo/a Sr/Sra D/Dª ANTONIO GARCIA AMOR.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: D/Dª Adelaida presentó demanda contra FOGASA, CENTRO CLINICO RIBADEO SL, CONCELLO DE SADA (A CORUÑA), BOGAR ASISTENCIA SL, ADMON CONCURSAL GALICIA SAUDADE SL, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 675 /13, de fecha dieciocho de Noviembre de dos mil trece

SEGUNDO: En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados:

Primero.- Dña. Adelaida prestó servicios laborales para la empresa Galicia Saudade S.L. (Xentes) , con antigüedad desde el día 19/11/2011 y un salario diario de 17,46 euros por día.

Segundo.- El día 16/03/2011, el 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

Tercero.- 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 Cada 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 Conselleria 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.

Cuarto.- 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.



Quinto.- 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 al 1 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. 2 de Bogas Asistencia S.L., 1 y 2 de Centro clínico Ribadeo S.L., 12 y 13 de la actora.

Sexto.- 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.

Séptimo.- Por medio de cartas de 20/11/2012, notificada 15 días más tarde a las trabajadoras la empresa Galicia Saudade, S.L. comunica a ésta su despido por causas objetivas con efectos de 22/11/2012.

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

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

Noveno.- La demandante y diversas compañeras presentaron el 13/12/2012 demanda colectiva por despido que obra en autos como doc. 11 de la actora y se da por reproducida. A raíz de decisión judicial que requiere para proceder a la desaccumulación subjetiva, se procedió a la presentación de la demanda individual objeto de este litigio.

Décimo.- 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.

TERCERO: En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

SE ESTIMA parcialmente la demanda formulada por Dña. Adelaida 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 17,46 euros/día, o bien por el abono de una INDEMNIZACIÓN por despido en cuantía de 676,58 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 261,9 euros en concepto de omisión de preaviso.

4.- 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.

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por BOGAR ASISTENCIA SL y Adelaida formalizándolo posteriormente. Tales recursos fueron objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en este T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL en fecha 7/8/14.

SEXTO: Admitido a trámite el recurso se señaló el día 22/12/14 para los actos de votación y fallo.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes,



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia declaró improcedente el despido de la demandante con responsabilidad de la codemandada Bogar Asistencia SL y absolución de las otras codemandadas [Galicia Saudade SL, Centro Clínico Ribadeo SL y Concello de Sada].

Empresa y trabajadora recurren dicho pronunciamiento:

- La primera solicita revisar los hechos probados y el derecho que aplicó, por entender que vulnera: A) Los artículos 59 del Estatuto de los Trabajadores [ET] y 106 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social [LRJS], que establecen el plazo de caducidad de la acción de despido, pues la actora impugnó en demanda un despido tácito, que fija en el 12-11-2012, fecha de reincorporación tras huelga, cuando realmente fue despedida por causas objetivas de la mercantil Galicia Saudade SL, de modo que debió haber accionado contra el despido objetivo y, en su caso, acumular ambas demandas para la adecuada constitución de la relación jurídico-procesal, en lugar de ampliar la demanda contra Centro Clínico Ribadeo SL el 31-10-2013 obviando, así, el plazo de caducidad. B) Los artículos 15 del Convenio Colectivo para la Actividad de Ayuda a Domicilio de Galicia (DOG 16-2-2010) y 44 ET así como las sentencias que cita, pues no resulta aplicable a Bogar Asistencia SL las modalidades de sucesión empresarial convencional y legal, ni tampoco la prevista en el pliego de condiciones técnicas de la adjudicación del servicio, al no producirse las exigencias determinantes a tales efectos.

- La segunda solicita revisar el derecho que aplicó, por entender que vulnera el artículo 15 del Convenio Colectivo para la Actividad de Ayuda a Domicilio de Galicia (DOG 16-2-2010) y las sentencias que cita, ya que procede la condena solidaria de Bogar Asistencia SL y Centro Clínico Ribadeo SL, pues el hecho de que se produzca una nueva concesión a otra empresa distinta de la demandada inicialmente, y para el caso de que aún no se hubiese celebrado el juicio por despido, no obsta a la condena de la nueva empresa contratista ni hace desaparecer la obligación de dicha empresa de subrogar a la trabajadora.

SEGUNDO.- La pretensión fáctica de Bogar Asistencia SL consiste en sustituir el último párrafo del hecho probado 4º ["Tras el primer encargo antes referido, la contratación de Bogar Asistencia SL 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"], por: "Tras el primer encargo antes referido, la contratación de Bogar Asistencia SL para la prestación del servicio de ayuda fue posteriormente prorrogada por la Alcaldía, a través de trece prórrogas, en su mayoría quincenales, siendo la última prórroga desde el día 29 de septiembre por el plazo de quince días, prestando el servicio por lo tanto de forma transitoria, temporal y urgente, en tanto no se procedía a la contratación de una nueva empresa"; se basa en los folios 115 a 127, 200 y 201.

No se acepta porque, sin perjuicio de lo que ya consigna el hecho impugnado, resulta contradictorio e incompatible afirmar el número y duración de las prórrogas con la calificación del servicio prorrogado, particular éste último que en todo caso integra una apreciación interesada o valoración de parte de los documentos alegados y que es ajena a la objetividad que exclusivamente informe el relato fáctico, en cuyo ámbito la jurisprudencia [TS s. 7-10-2011] reitera que la prueba documental ha de acreditar, por sí sola, la equivocación del juzgador de manera evidente y clara, sin necesidad de argumentaciones o conjeturas.

TERCERO.- Resumen de hechos probados, antecedentes de la decisión a adoptar:

I/ La actora trabajó para Galicia Saudade SL como auxiliar de ayuda a domicilio, previa adjudicación del servicio a dicha empresa por el Concello de Sada.

II/ El 29-9-2012 la demandante y otras trabajadoras iniciaron huelga indefinida, por impago de salarios y para garantizar la continuidad de la plantilla.

III/ El Concello fijó servicios mínimos el 27-9-2012, remitió a la Inspección de Trabajo el incumplimiento de los mismos el 5-10-2012 [no apreciado por la Consellería de Trabajo], resolvió el contrato con Galicia Saudade SL por incumplimiento culpable el 29-9-2012 y encargó el servicio a Bogar Asistencia SL que prorrogó (la última el 29-9-2013 por 15 días).

IV/ El Concello incoó expediente urgente de contratación el 27-11-2012, que declaró desierto el 14-3-2012; tras nuevo expediente, adjudicó el servicio a Centro Clínico Ribadeo SL el 10-10-2013 y firmaron el contrato 23-10-2013.

V/ La huelga finalizó el 12-11-2012 hallando las trabajadoras huelguistas en sus puestos de trabajo a trabajadores de Bogar Asistencia SL y cerradas las instalaciones de Galicia Saudade SL.

CUARTO.- Los datos expuestos en el fundamento de derecho anterior determinan las siguientes consideraciones sobre los actuales recursos, ya precisadas, entre otras, por sentencia de esta Sala de



18-11-2014 [r. 3180/2014], al resolver supuesto de análoga significación, si no idéntico, y ahora aplicables en virtud del principio de seguridad jurídica [art. 9.3 Constitución]:

1ª.- La responsabilidad por subrogación de Galicia Saudade SL no es apreciable, una vez indiscutida su sucesión por Bogar Asistencia SL.

2ª.- En virtud del artículo 15 del Convenio de aplicación, Bogar Asistencia SL debió asumir -y no lo hizo- a la demandante, una vez que ésta puso fin (12-11-2012) al ejercicio del derecho fundamental de huelga [art. 28 Constitución], que hasta entonces había determinado la suspensión de la relación de trabajo [art. 45.1.I ET].

No obstante otros pronunciamientos de la Sala sobre el particular, se fija el principio [TSJ Galicia ss. 11-6 , 9-10-2014] según el que las peculiares circunstancias del "encargo" de la contrata por el Concello de Sada a Bogar Asistencia SL [inexistencia de procedimiento administrativo, designación en procedimiento de urgencia, condiciones pactadas verbalmente], no desvirtúan la eficacia del artículo 15 del Convenio aplicable, porque esta esta norma no distingue objetivamente los supuestos de concesión que pudiera abarcar ni deja lugar a dudas sobre el deber de subrogación de la nueva empresa contratista del servicio de ayuda a domicilio, sin que pueda verse afectada por los diferentes pactos entre la empresa principal y contratista, puesto que en otro caso incidirían en fraude de ley; además, Bogar Asistencia SL desempeñó una actividad concedida por el Concello a ejecutar mediante tareas propias de una concesión administrativa y durante un largo período de tiempo.

3ª.- La responsabilidad por esa no subrogación de personal, constitutiva de "despido tácito" según la decisión judicial impugnada, no es exclusiva de Bogar Asistencia SL sino que se amplía de forma conjunta y solidaria a Centro Clínico Ribadeo SL, posterior y última concesionaria del servicio, ponderando el carácter convencional de la normativa que reglamenta el contexto sucesorio, al haber asumido Centro Clínico Ribadeo SL la asistencia domiciliar del Concello de Sada, apareciendo de tal forma como nueva adjudicataria del servicio mediante oportuno contrato [TSJ Galicia s. 9-10-2014]; además:

a] La demanda de 12-4-2013, en impugnación del "despido tácito" de 12-11-2012 contra Bogar Asistencia SL, fue ampliada contra Centro Clínico Ribadeo SL -parte en el proceso-, lógicamente para obtener su condena, lo que pone de manifiesto la existencia de una sólo acción de despido y de condena, de forma tal que el objeto litigioso, si bien proyectado a aquel despido, también persiguió eventuales y mayores responsabilidades subjetivas.

b] Entre ambos actos procesales de parte [demanda y ampliación], medió la adjudicación municipal del servicio a dicha empresa y la firma del oportuno contrato (10 y 23-10-2013).

c] El juicio se celebró el 26-3-2014, sin que Centro Clínico Ribadeo SL asumiera en ningún momento a la trabajadora cuando, al igual que Bogar Asistencia SL, venía obligada a ello por normativa convencional.

d] Aunque el "despido tácito" produjera el efecto extintivo de la relación de trabajo entre la demandante y Bogar Asistencia SL, lo cierto es, junto a la inmediatez entre aquel despido y la incoación de nuevo expediente [12-11 y 27-11-2012], que el servicio pendía de nueva adjudicación, sin que sobre el particular Centro Clínico Ribadeo SL pueda alegar desconocimiento o ignorancia, en cuanto el respectivo pliego de condiciones administrativas incluía a la demandante entre el personal a subrogar.

e] En cualquier caso, de no producirse el despido operaría la subrogación y de ser calificado como improcedente, habría que estar a las previsiones del artículo 56 ET , ahora desconocidas, pues si bien es cierto que la opción por la indemnización a cargo de Bogar Asistencia SL determina la extinción del contrato, también es verdad que si elige la readmisión, surge el derecho de la trabajadora no sólo a percibir salarios de tramitación sino, además y en virtud de la norma paccionada de aplicación, a ser subrogada por Centro Clínico Ribadeo SL.

QUINTO.- De acuerdo con el artículo 204 LRJS , ha de darse el destino legal a los depósitos efectuados por la empresa recurrente que, conforme al artículo 235 LRJS , ha de abonar los honorarios de letrado de la actora-impugnante de la suplicación por importe de quinientos cincuenta euros [550].

Por todo ello,

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de Bogar Asistencia SL y estimamos en parte el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de D^a. Adelaida contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de A Coruña, de 18 de noviembre de 2013 en autos nº 426/2013, que revocamos en el sentido de declarar la responsabilidad solidaria de Centro Clínico de Ribadeo SL con la ya condenada Bogar Asistencia SL a las consecuencias del despido improcedente fijado en la instancia, y la confirmamos en sus demás términos.



Dése el destino legal a los depósitos efectuados por la empresa recurrente, a la que condenamos a abonar los honorarios de letrado de la actora- impugnante de la suplicación por importe de quinientos cincuenta euros [550].

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL

MODO DE IMPUGNACIÓN : Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de Casación para Unificación de Doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala dentro del improrrogable plazo de diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la sentencia. Si el recurrente no tuviera la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de seguridad social deberá efectuar:

- El depósito de 600 en la cuenta de 16 dígitos de esta Sala, abierta en el Banco de SANTANDER (BANESTO) con el nº **1552 0000 37 seguida del cuatro dígitos correspondientes al nº del recurso y dos dígitos del año del mismo** .

- Asimismo si hay cantidad de condena deberá consignarla en la misma cuenta, pero con el código **80** en vez del 37 ó bien presentar aval bancario solidario en forma.

- Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria desde una cuenta abierta en cualquier entidad bancaria distinta, habrá que emitirla a la cuenta de veinte dígitos **0049 3569 92 0005001274** y hacer constar en el campo "Observaciones ó Concepto de la transferencia" los 16 dígitos que corresponden al procedimiento (**1552 0000 80 ó 37 **** ++**).

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

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día de su fecha, por el Ilmo. Sr. Magistrado-Ponente que le suscribe, en la Sala de Audiencia de este Tribunal. Doy fe.