



Roj: **STSJ CANT 32/2015 - ECLI:ES:Tsjcant:2015:32**

Id Cendoj: **39075340012015100008**

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

Sede: **Santander**

Sección: **1**

Fecha: **05/01/2015**

Nº de Recurso: **843/2014**

Nº de Resolución: **6/2015**

Procedimiento: **Recursos de Suplicación**

Ponente: **MARIA DE LAS MERCEDES SANCHA SAIZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA n° 000006/2015

En Santander, a 5 de enero de 2015.

PRESIDENTE

Ilmo. Sr. D. Rubén López Tamés Iglesias

MAGISTRADAS

Ilma. Sra. D^a. MERCEDES SANCHA SAIZ (Ponente)

Ilma. Sra. D^a. M^a Jesús Fernández García

EN NOMBRE DE SU MAJESTAD EL REY, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria compuesta por los Ilmos. Sres. citados al margen, ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A

En el recurso de suplicación interpuesto por Oxital España, S.L., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. Cuatro de Santander, ha sido Ponente la Ilma. Sra. D^a. MERCEDES SANCHA SAIZ, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Según consta en autos se presentó demanda por D. Calixto , siendo demandados Oxital España, S.L. y otros, sobre despido, y en su día se celebró el acto de la vista, habiéndose dictado sentencia por el Juzgado de referencia en fecha 14 de julio de 2014 , en los términos que se recogen en su parte dispositiva.

SEGUNDO .- Como hechos probados se declararon los siguientes:

1º.- El demandante ha venido prestando servicios para la codemandada SERVIBOL SERVICIOS GENERALES, S.L.U., con la categoría de encargado de obra, antigüedad de 22 de julio de 1985, a jornada completa, y con salario de 61'92 euros al día con prorrata de pagas.

2º.- En los últimos años, el demandante ha venido prestando sus servicios en el ayuntamiento de Argoños en su condición de encargado del servicio de mantenimiento de aguas de este ayuntamiento.

3º.- La co-demandada Servibol (antes Emilio Bolado, S.L.) ha venido siendo la adjudicataria del servicio de mantenimiento de aguas de los ayuntamientos de Argoños y Liérganes.

El 10-5-13, la demandada cedió a la también demandada Oxital España, S.L., el servicio referido de Argoños.

El 25-6-13, el ayuntamiento de Liérganes comunicó a Servibol que desde el 21 de agosto realizaría su servicio de mantenimiento de aguas con personal propio.

El 5-7-13, la demandada Servibol comunicó al demandante que desde el 4-7-13 prestaría sus funciones en el servicio de aguas de Liérganes.



El 20-8-13, el ayuntamiento de Argoños contrató a Oxital para el servicio de aguas de dicha corporación local.

4º.- El jefe de servicio de la demandada Servibol, Francisco , presta sus servicios en Argoños. Tiene una antigüedad inferior a la del demandante.

5º.- En fecha cinco de junio de 2014 se ha dictado sentencia por el Juzgado de lo Social nº3 de Santander declarando no ajustada a derecho la decisión de cambio de puesto de trabajo adoptada por SERVIBOL en fecha 4 de julio de 2.013 .

6º.- Con fecha 20 de Agosto de 2013 la empresa Oxital España, S.L., se subroga en los servicios de gestión y mantenimiento del servicio de aguas que la empresa Servibol prestaba en el Ayuntamiento de Argoños, subrogando esta empresa la totalidad de la plantilla que presta servicios en el Ayuntamiento de Argoños salvo al demandante.

7º.- Mediante escrito de 28 de Agosto de 2013, Servibol, notifica al trabajador que desde el citado día 28 de Agosto de 2013, en virtud de lo previsto en el art. 44 del Estatuto de los Trabajadores , pasa a formar parte del Ayuntamiento de Liérganes.

8º.- Desde el día 28 de Agosto la situación administrativa en la Seguridad Social es la de vacaciones retribuidas y no disfrutadas, fecha de baja 21 de septiembre de 2013.

Por su parte, con fecha 21 de Septiembre Servibol entrega al trabajador certificado donde se recoge la baja en la empresa con fecha 27 de Agosto de 2013 y causa de baja: Despido por causas objetivas, amortización por causa económica, técnicas organizativas y de producción.

9º.- En fecha 27 de noviembre de 2013 por este Juzgado se dictó sentencia de despido, cuyo contenido se tiene por reproducido, - documento nº 24 del ramo de prueba de la parte actora-

10º.- El actor es representante de los trabajadores, - indiscutido-

11º.- Se celebró el acto de conciliación, que resultó intentada sin avenencia.

TERCERO .- En dicha sentencia se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

"Que, ESTIMANDO la demanda formulada por D/Dª. Calixto DEBO DECLARAR Y DECLARO el DESPIDO causado al actor el día 27 de agosto de 2.013 como IMPROCEDENTE, y, en consecuencia, DEBO CONDENAR Y CONDENO a SERVIBOL CANTABRIA SERVICIOS GENERALES S.L.U., EMILIO BOLADO S.L., EMILIO BOLADO E HIJOS S.L., AGLOMERADOS CANTABRIA S.L. y OXITAL ESPAÑA S.L., a que, a elección del trabajador, le abonen solidariamente la suma de 75.232'80 euros en concepto de indemnización, o la empresa OXITAL ESPAÑA S.L. readmita en su puesto de trabajo al demandante; opción que deberá ejercitarse por el actor en el plazo de cinco días, desde la notificación de esta sentencia, por escrito o comparecencia en la Secretaría de este Juzgado de lo Social, entendiéndose que de no hacerlo opta por la readmisión; condenando asimismo solidariamente a todas las codemandadas a pagar al actor los salarios dejados de percibir desde el despido hasta la notificación de la sentencia, a razón de 61'92 euros diarios; y DEBO ABSOLVER Y ABSUELVO al AYUNTAMIENTO DE LIERGANES y al AYUNTAMIENTO DE ARGOÑOS de las pretensiones contra ellos deducidas.

La opción prevista en el párrafo anterior deberá ejercitarse mediante escrito o comparecencia ante esta Oficina Judicial en el plazo de cinco días a partir de la notificación de esta sentencia, sin perjuicio del recurso que contra ésta se pueda interponer. Caso de no ejercitar la misma, se entenderá que el demandado opta por la readmisión."

CUARTO .- Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la empresa demandada Oxital España, S.L., siendo impugnado por las partes contrarias, pasándose los autos al Ponente para su examen y resolución por la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Cuestión objeto de debate.

La sentencia del Juzgado de lo Social número Cuatro de Santander de 14 de julio de 2014 , estima la demanda de D. Calixto y califica de improcedente su despido, acaecido el día 27 de agosto de 2013, condenando a las empresas Oxital España, S.L., Servibol Cantabria Servicios Generales, S.L.U. (en adelante Servibol), Emilio Bolado, S.L., Emilio Bolado e Hijos, S.L., y Aglomerados Cantabria, S.L., absolviendo a las entidades locales codemandadas.

Disconforme con dicha resolución judicial, recurre en suplicación exclusivamente la empresa condenada Oxital España, S.L. (en adelante Oxital), por medio de ocho motivos y con correcto encaje procesal en los apartados



b) y c) del art. 193 de la LRJS, con el objetivo último de que se condene a la empresa saliente Servibol; habiendo sido objeto de impugnación por el actor y las codemandadas.

En definitiva, se plantea quién es la empresa o entidad responsable de hacer frente a las consecuencias legales de la declaración de improcedencia del despido del actor, en un supuesto de un trabajador afectado por la sucesión de empresas encargadas del servicio público de mantenimiento de aguas, en el municipio de Argoños, y el alcance de dicha responsabilidad.

SEGUNDO .- Revisión de hechos probados.

En los cinco primeros motivos del recurso se interesa la revisión de los hechos probados; en concreto, la adición de tres nuevos ordinales: el decimosegundo, el decimotercero y el decimocuarto, y la modificación del tercero y el quinto, en los siguientes términos:

a) Solicita introducir un nuevo ordinal, el decimosegundo, con el tenor siguiente: "El 7 de febrero de 2013 el demandante fue subrogado por la empresa Servibol Cantabria Servicios Generales, S.L.U., de la empresa Emilio Bolado, S.L., modificando desde la referida fecha la denominación de su puesto a la de encargado servicio de aguas."

Pretende amparar dicha adición en el acuerdo de subrogación (folios 245 y 246 de los autos), el informe de vida laboral del actor (folio 409) y la escritura de escisión parcial de Servibol de la empresa Emilio Bolado, de 14-07-2012 (folios 141 y siguientes).

De dichos documentos únicamente cabe inferir el hecho y fecha de la subrogación, así como su condición de encargado de obra, datos irrelevantes a los efectos de modificar el signo del fallo, no así la modificación de la denominación del puesto. En todo caso, de dicha subrogación en modo alguno cabe deducir la connivencia entre ambas empresas para el traspaso del actor.

b) Se interesa incluir otro ordinal, el decimotercero, que diga: "Desde el mes de junio de 2013 las nóminas del personal de aguas que presta servicios en el Ayuntamiento de Argoños ha sido abonadas por la empresa Oxital, salvo la del compareciente que ha sido abonada por Emilio Bolado, S.L."

La modificación propuesta tiene su cobertura en la demanda y en los extractos bancarios (folios 361 a 373).

Se rechaza la revisión pedida por carecer del necesario sustento probatorio, al tratarse de meras fotocopias no averdadas.

c) Pretende adicionar otro nuevo hecho probado, el decimocuarto, que literalmente señale: "En virtud de contrato de cesión de servicios de abastecimiento y saneamiento del municipio de Argoños de 10 de mayo de 2013, Servibol transfiere a Oxital España a 4 trabajadores por cuenta ajena con los datos y ocupaciones que constan en el Anexo III del referido contrato."

La modificación propuesta tiene su cobertura en el contrato de cesión de 10 de mayo de 2013 (obrante a los folios 203 a 210).

La existencia de dicho contrato es un dato irrelevante para mutar el signo del fallo, toda vez que no desvirtúa que el trabajador fuese ilegalmente trasladado desde el Ayuntamiento de Argoños al de Liérganes.

d) Nuevamente se interesa modificar el último párrafo del tercer hecho probado, proponiendo el tenor que sigue: "El 20-8-13, el Pleno del ayuntamiento de Argoños aprueba la cesión del contrató a la empresa Oxital para el servicio de aguas de dicha corporación local."

Justifica dicha modificación en el contrato de cesión de 10 de mayo de 2013 (obrante a los folios 203 a 210).

De nuevo rechazamos dicha adición por su intrascendencia.

e) Finalmente se quiere añadir al ordinal quinto, respecto a la resolución del Juzgado de lo Social núm. Tres de Santander de 5 de junio de 2014 (Proceso 570/2013), que "la referida sentencia no es firme al haber sido recurrida en suplicación por el propio actor".

No cabe acceder a dicha adición toda vez que, como queda reflejado en el Decreto 10/2014 de este TSJ de Cantabria, de 5 de noviembre de 2014, se tuvo por desistido al actor en el recurso y se declaró la firmeza de la referida sentencia.

TERCERO .- Cosa juzgada.

Entrando a examinar los motivos destinados a evidenciar errores in iudicando, se denuncia en primer lugar la vulneración del art. 222 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y los arts. 86, 87 y 92 de la LRJS.



Sostiene a tal efecto que como la sentencia del Juzgado de lo Social núm. Tres de Santander de 5 de junio de 2014 no es firme, no puede producir efectos de cosa juzgada; y, además, que no cabe introducir en la sentencia la sana crítica de otro juzgador por cuanto vulnera la esencia del principio interpretativo.

El invocado art. 222.4 LEC dice que: "Lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en la sentencia firme que haya puesto fin a un proceso, vinculará al Tribunal de un proceso posterior cuando en éste aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal".

Conviene recordar lo manifestado por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo sobre el efecto positivo de la cosa juzgada, al afirmar que "se configura como una especial vinculación que, en determinadas condiciones, se produce entre dos sentencias, en virtud de la cual lo decidido por la resolución dictada con carácter firme en el primer proceso vincula la decisión que ha de adoptarse en el segundo cuando la primera decisión actúa como elemento condicionante de carácter lógico o prejudicial en la segunda. Los elementos necesarios para el efecto positivo de la cosa juzgada son la identidad subjetiva entre las partes de los dos procesos y la conexión existente entre los pronunciamientos" (STS 25-5-2011, rec. 1582/2010).

En el supuesto actual, siendo firme la citada sentencia del Juzgado de lo Social núm. Tres, enunciada en el quinto hecho probado, el motivo debe decaer sin más precisiones.

CUARTO .- Sucesión empresarial.

En el siguiente motivo de infracción jurídica se denuncia la del art. 53 del Convenio Colectivo estatal de las Industrias de Captación, Elevación, Conducción, Tratamiento, Distribución, Saneamiento y Depuración de Aguas Potables y Residuales, y la doctrina unificada con cita de la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2014 (rec. 646/2013).

Admite la empresa recurrente que en el presente caso nos encontramos ante un supuesto claro de sucesión de una contrata de gestión de un servicio público, y que por tanto, la subrogación se ampara no en el art. 44 del Estatuto de los Trabajadores sino en la invocada norma convencional. Ahora bien, opone que como la empresa saliente (Servibol) no ha cumplido los deberes que impone el convenio relativa a la documentación, al hacer constar en el contrato de cesión de 10/05/2013 la existencia de cuatro trabajadores asignados al servicio, aportando la documentación laboral requerida únicamente de esos cuatro, entre los que no se encontraba el actor, no se ha producido transferencia alguna a la empresa entrante, siendo la empresa incumplidora de esa obligación la única responsable de las consecuencias perjudiciales del despido. En todo caso, considera que dicha conclusión no puede quedar desvirtuada por la presunción judicial relativa a la existencia de fraude en el traslado del actor del servicio de Argoños al servicio de Liérganes.

Ciertamente el art. 53 IV Convenio Colectivo Estatal de Industrias de Captación , Elevación, Conducción, Tratamiento, Distribución, Saneamiento y Depuración de Aguas Potables y Residuales (BOE de 21 de octubre de 2013) establece una "cláusula de subrogación empresarial" para "las empresas o entidades públicas afectadas por el presente convenio colectivo, cuando la actividad en centro de trabajo cese, por finalización o modificación total o parcial del contrato de explotación, arrendamiento, gestión, etc. y sea adjudicataria o nueva prestataria de dicha explotación o servicio otra empresa o entidad pública...", relacionando hasta nueve documentos que "la empresa sustituida debe facilitar y acreditar ante la nueva empresa adjudicataria".

También lo es que reiteradamente ha señalado la jurisprudencia, como señala la STS/IV de 12 de febrero de 2014 (rec. 2028/2012) que si la empresa saliente no hubiera cumplimentado de manera suficiente «los deberes que le impone el convenio colectivo no se produce transferencia alguna hacia la empresa entrante», siendo la empresa incumplidora de esa obligación la responsable de las consecuencias perjudiciales que sobrevengan al trabajador afectado y más en concreto del despido en el caso de que se haya producido, y no cabe invocar en contra de ello la vulneración del derecho del trabajador a la estabilidad en el empleo, porque «dicho derecho está asegurado en cuanto persiste, en estos supuestos, la vigencia del contrato de trabajo con la empresa saliente».

Sin embargo, para la resolución de la cuestión litigiosa debemos partir necesariamente del inalterado relato fáctico de la sentencia, del que se desprende que: a) el demandante prestó sus servicios para Servibol como encargado del servicio de mantenimiento de agua en el Ayuntamiento de Argoños en los últimos años, siendo su antigüedad de 22 de julio de 1985 y la jornada completa; b) la empleadora Servibol (antes Emilio Bolado, S.L.), que era al adjudicataria del servicio tanto en el referido Ayuntamiento de Argoños como en de Liérganes, suscribió con Oxital un contrato de cesión de servicios el 10 de mayo de 2013 y con efectos al 20 de agosto de ese año se subroga en todos los contratos de trabajo (4) salvo el del demandante; c) el Ayuntamiento de Liérganes comunicó a Servibol que desde el 21 de agosto realizaría el mantenimiento del servicio de agua con personal propio; d) el 28 de agosto de 2013 Servibol notifica al actor que pasa a prestar servicios en Liérganes,



siendo baja en la empresa con efectos al día 27; y f) por sentencia firme del Juzgado núm. Tres de Santander de 5 de junio de 2014 (Proc. 570/2013), se declara no ajustado a derecho el cambio de puesto de Argoños a Liérganes.

Con estos antecedentes y partiendo de una presunción judicial, según concluye la resolución recurrida, ambas mercantiles se pusieron de acuerdo para consumir un fraude de ley ("arbitrario cambio de puesto de trabajo e intento ulterior de endoso del trabajador al Ayuntamiento de Liérganes"), a fin de evitar el efecto de la subrogación de la nueva contratista del servicio de mantenimiento de agua ("con la finalidad de beneficiar a Oxital"), que establece el art. 53 del Convenio Colectivo de aplicación.

Así, el fraude de ley en la actuación a que se ha hecho referencia anteriormente -que constituye una cuestión de hecho, apreciable por el juzgador de instancia (STS de 27-3-1989 , EDJ 1989/3369)- conlleva la falta de eficacia de los actos contrarios a la finalidad práctica de la ley defraudada, con la consecuencia obligada de que se habrá de aplicar la norma que se hubiera tratado de eludir, por imperativo del artículo 6.4 del Código Civil .

El art. 386.2 LEC permite al litigante perjudicado por la presunción judicial oponerse a ella bien combatiendo los hechos base en que se apoya el "hecho presunto", bien cuestionando el enlace lógico ("reglas del criterio humano") que conduce al hecho presunto a partir de los hechos base admitidos o probados. En el supuesto actual, dicha presunción judicial no ha sido desvirtuada en legal forma.

Lo que determina que la decisión extintiva de la relación laboral del actor por parte de la nueva empresa adjudicataria del servicio, sea injustificada y el despido correctamente calificado de improcedente, siendo responsable del mismo tanto Servibol como la recurrente, dada la connivencia que se da por probada; lo que conduce a la desestimación del motivo.

QUINTO .- Mantenimiento del mandato de representante de los trabajadores.

Como última infracción jurídica se denuncia la de los arts. 44.5 y 56.4 ET . Cuestiona la recurrente si el mandato como representante de los trabajadores que el actor tiene con Emilio Bolado, S.L., y, por tanto, con Servibol, se mantiene o no en el caso de operar la subrogación; a su entender, al no mantenerse el mandato la opción entre indemnización o reincorporación no le corresponde al trabajador sino a la recurrente.

El derecho de opción, en caso de despido improcedente, atribuido por el art 56.4 ET a los trabajadores que tienen la condición de miembros del comité de empresa, delegados de personal o delegados sindicales, es una "medida de protección", expresamente protegida y amparada "siempre", como afirma dicho precepto por el art 6.2 de la Directiva 2001/23 /CE .

En todo caso, la cuestión relativa a las consecuencias que en la condición de representante de los trabajadores pueda producir el hecho de la subrogación derivado del cambio de la contratista ha sido analizado por la STS/IV de 10 de diciembre de 2013 (rec. 635/2012), en la que con invocación del art. 44.5 ET , en relación con la Directiva 2001/23 CE, artículo 6 , que señala lo siguiente "2. Los representantes de los trabajadores continuarán beneficiándose de las medidas de protección previstas en las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas o la práctica de los Estados miembros."

En consecuencia, al ser el derecho de opción una de las medidas de protección prevista en las citadas disposición normativas, conserva el aludido derecho, como acertadamente entendió la resolución de instancia. Todo ello conduce a la desestimación de motivo y del recurso planteado.

SEXTO .- Costas.

En materia de costas, no gozando la parte vencida del beneficio de justicia gratuita, procede condenarle a las causadas en esta fase del proceso, con inclusión de los honorarios de Letrado de las partes impugnantes del recurso. Igualmente, procede el mantenimiento de los aseguramientos prestados y la pérdida del depósito constituido para recurrir al que se dará el destino que corresponda.

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente aplicación.

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la empresa Oxital España, S.L., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número Cuatro de Santander (Proc. 729/2013), con fecha 14 de julio de 2014 , en virtud de demanda de despido formulada por D. Calixto , contra la empresa recurrente y contra Servibol Cantabria Servicios Generales, S.L.U., Emilio Bolado, S.L., Emilio Bolado e Hijos, S.L., y Aglomerados Cantabria, S.L., y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida.



Condenamos a la empresa recurrente, a abonar al Letrado de las impugnantes, honorarios por importe de 650 € a cada uno de ellos.

Dese a los depósitos constituidos el destino legal.

Notifíquese esta sentencia a las partes y a la Fiscalía de la Comunidad Autónoma, previniéndoles de su derecho a interponer contra la misma, recurso de casación para la unificación de doctrina, que podrá prepararse ante esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, dentro de los diez días hábiles contados a partir del siguiente a su notificación. La recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregado en la secretaría de la Sala de este Tribunal Superior al tiempo de la preparación del recurso, la consignación de un depósito de 600 Euros en la cuenta nº 3874/0000/66/0843/14, abierta en la entidad de crédito SANTANDER, Código identidad 0030, Código oficina 7001.

Devuélvanse, una vez firme la sentencia, los autos al Juzgado de procedencia, con certificación de esta resolución, y déjese otra certificación en el rollo a archivar en este Tribunal.

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

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ