



Roj: **STSJ CLM 31/2016 - ECLI:ES:TSJCLM:2016:31**

Id Cendoj: **02003340022016100005**

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

Sede: **Albacete**

Sección: **2**

Fecha: **14/01/2016**

Nº de Recurso: **1457/2015**

Nº de Resolución: **42/2016**

Procedimiento: **RECURSO SUPPLICACION**

Ponente: **MARIA DEL CARMEN PIQUERAS PIQUERAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

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

ALBACETE

SENTENCIA: 00042/2016

-

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

Tfno: 967 596 714

Fax: 967 596 569

NIG: 02003 34 4 2015 0106378

402250

RSU RECURSO SUPPLICACION 0001457 /2015

Procedimiento origen: DEMANDA 0000158 /2015

Sobre: DESPIDO DISCIPLINARIO

RECURRENTE/S D/ña CLECE S.A.

ABOGADO/A:

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

RECURRIDO/S D/ña: Susana , SERVICIOS ASISTENCIALES A LA COMUNIDAD DE ESPAÑA S.L.

ABOGADO/A:

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

Magistrada Ponente: Ilma. Sra. D^a. CARMEN PIQUERAS PIQUERAS

ILMOS/AS. SRES/AS. MAGISTRADOS/AS

Ilmo. Sr. D. Pedro Libran Sainz de Baranda

Ilmo. Sr. D. Jesús Rentero Jover

Ilma. Sr^a. D^a. CARMEN PIQUERAS PIQUERAS

En Albacete, a catorce de enero de dos mil dieciséis.



Vistas las presentes actuaciones por la Sección Segunda de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha en Albacete, compuesta por los/las Ilmos/as. Sres/as. Magistrados/as anteriormente citados/as, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española ,

EN NOMBRE DE S. M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

- **SENTENCIA Nº 42/16** -

en el RECURSO DE SUPPLICACION número 1457/15, sobre DESPIDO , formalizado por la representación de CLECE S.A. , contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Albacete, de fecha 25-5-2015 , en los autos número 158/15, siendo recurrido Susana , SERVICIOS ASISTENCIALES A LA COMUNIDAD DE ESPAÑA S.L. y en el que ha actuado como Magistrado Ponente la Ilma. Sra. D^a. CARMEN PIQUERAS PIQUERAS, deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Que la Sentencia recurrida dice en su parte dispositiva: "FALLO: Que estimo la demanda formulada por Doña Susana frente a SERVICIOS ASISTENCIALES A LA COMUNIDAD DE ESPAÑA SL y CLECE SA, en materia de despido. En consecuencia, debo declarar y declaro improcedente el despido de la actora realizado por Clece SA con fecha de efectos el 27-1-15, condenando a la misma a que a su elección -que ejercerá en el plazo de cinco días desde la notificación de esta sentencia- opte: bien por la readmisión de la Sra. Susana , con el abono de los salarios devengados desde la fecha del despido hasta la efectiva readmisión, a razón de 25,07 € diarios; bien por indemnizarle en la cantidad de 8.022,4 €. Se advierte a la parte condenada que la indicada opción deberá ser realizada por escrito ante la Secretaría de este Juzgado y que en el caso de no hacerlo en la forma indicada se entenderá que opta por la readmisión de la trabajadora.

Asimismo, debo absolver y absuelvo a SAC España SL de la pretensión deducida."

SEGUNDO: Que en dicha Sentencia se establecen los siguientes Hechos Probados:

PRIMERO.- Susana prestó servicios como cocinera en la cafetería del Centro Día de Almagro por cuenta de SAC desde el 2-5-07, ante su gestión contratada por la Consejería de Salud y Bienestar Social de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, en virtud de contratos temporales suscritos a tiempo parcial en las fechas que se señalan: desde el 2-5-07 hasta el 31-12-07, contrato eventual por circunstancias de la producción; desde el 1-1-08 hasta el 3-12-08, contrato por obra o servicio determinado; desde el 2-1-09 hasta el 31-12-09, contrato por obra o servicio determinado; desde el 1-1-10 hasta el 27-6-10, contrato por obra o servicio determinado; el 28-6-10, contrato de conversión a tiempo indefinido.

(Docs. 1 a 26 del ramo probatorio de SAC).

SEGUNDO.- La Consejería de Bienestar Social adjudicó a SAC el Servicio de Cafetería-Comedor del Centro de Mayores de Almagro en dos ocasiones, mediante contrato de arrendamiento: por un lado, desde el 21-11-02 hasta el 2.006 (docs. 24 y 24 del ramo probatorio de SAC); por otro, desde el 22-11-10 hasta el 21-11-14 (docs. 30 a 37 del mismo ramo y doc. 1 aportado por la Consejería).

CUARTO.- El 1-1-09 Clece SA y SAC expusieron:

Por un lado, << que en virtud de contrato administrativo de gestión firmado en Ciudad Real, la mercantil Clece SA es adjudicataria del "contrato de gestión, por la modalidad de concesión, del servicio de estancias diurnas del centro de día para personas mayores situado en la C/ Maestre, nº 4 de Almagro", que incluye la prestación del servicio de mantenimiento de usuarios >>.

Por otro lado, << que Clece como adjudicataria de la gestión del Completo, está interesada en la contratación de un Servicio de Suministro de Comidas, y a su vez el subcontratista está interesado en la prestación del citado servicio >>.

Por todo ello, ambas empresas otorgaron un contrato para la ejecución del servicio, a cuyo tenor literal nos remitimos.

(Doc. 2 del ramo probatorio de Clece).

QUINTO.- El 12-3-14 SAC comunicó a la Consejería -en calidad de Entidad titular de la gestión directa de aquel Centro- su interés de prorrogar la gestión del servicio de comedor-cafetería (doc. 40 del ramo probatorio de SAC).



SEXTO.- El 14-5-14 la Coordinadora Provincial de la Consejería dictó Resolución aprobando el pliego de cláusulas y el expediente de la nueva contratación del servicio (doc. 43 del ramo probatorio de SAC).

(El pliego de cláusulas particulares y el pliego de prescripciones técnicas se recogen en los docs. 2 y 3 aportados por la Consejería, respectivamente, así como en el doc. 6 del ramo probatorio de Clece).

SÉPTIMO.- El 16-5-14 la Coordinadora Provincial de la Consejería comunicó a SAC que no procedía a la prórroga del contrato interesada y que se iniciaban los trámites de licitación de la concesión del servicio (docs. 41 y 42 del ramo probatorio de SAC y doc. 9 aportado por la Consejería).

OCTAVO.- Mediante Resolución de 26-6-14 la Consejería adjudicó por un período de 4 años -prorrogable por otros 2- a Delia , el arrendamiento del Servicio de cafetería-comedor en el Centro de Mayores de Almagro (docs. 44 y 45 del ramo probatorio de SAC y doc. 4 aportado por la Consejería).

NOVENO.- El 31-10-14 SAC envió a la Consejería la documentación relativa a las trabajadoras Flora y Susana , a efectos de la subrogación: identificación de ambas, contratos de trabajo, nóminas y certificado de estar al corriente en las obligaciones de la Seguridad Social (docs. 48 a 64 del ramo probatorio de SAC y doc. 10 aportado por la Consejería).

DÉCIMO.- El 2-11-14 Delia presentó su renuncia a la concesión realizada según el Hecho Probado 8º (doc. 5 aportado por la Consejería).

UNDÉCIMO.- El 5-11-14 SAC comunicó a la Sra. Susana los extremos recogidos en los Hechos Probados 7º y 8º. Y la informó que de acuerdo al art. 44 ET y al art. 70 del VI Convenio colectivo marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal, << el próximo 21-11-14 será el último día que preste servicios para SAC España SL, siendo obligación de la nueva adjudicataria su subrogación, según legislación vigente, o lo que es lo mismo, pasará a ser parte de su personal desde el 22-11-14, siendo las condiciones que usted tiene en SAC España SL las siguientes y las que así se han comunicado: contrato indefinido de 1-1-10, a jornada parcial de 25,50 horas semanales (63,80% jornada completa) y su categoría de cocinero del Convenio Nacional de Dependencia citado anteriormente >>.

(Docs. 17 y 18 del ramo probatorio de SAC).

DUODÉCIMO.- El 21-11-14 SAC puso en conocimiento de la Sra. Susana la finalización del contrato mantenido para la gestión de la cafetería y comedor de dicho Centro de día. Se resolvía la relación laboral con efectos de ese mismo día y se acordaba que la indemnización pactada fuese abonada en el plazo de 3 meses siguientes al cese, dada la falta de liquidez de la empresa en ese momento.

(Docs. 19 a 23 del ramo probatorio de SAC, doc. 3 del ramo de prueba de la actora e interrogatorio de la actora).

DECIMOTERCERO.- Ese mismo 21 de noviembre SAC y la trabajadora alcanzaron un acuerdo en virtud del cual la rescisión contractual y el retraso en el abono de la indemnización en los términos recogidos en el Hecho Probado anterior serían válidos, siempre y cuando la trabajadora no fuera subrogada por la nueva adjudicataria en la forma y plazos que la ley prevé.

(Doc. 4 del ramo de prueba de la actora e interrogatorio de la parte actora).

DECIMOCUARTO.- El 3-12-14, a la vista de la renuncia de la Sra. Delia , la Consejería adjudicó por un período de 4 años -prorrogable por otros 2- a Narciso el arrendamiento del Servicio de cafetería-comedor en el Centro de Mayores de Almagro (doc. 6 aportado por la Consejería).

DECIMOQUINTO.- El 4-12-14 Clece SA y Piedad suscribieron un contrato de trabajo temporal para obra o servicio determinado. Doña Piedad prestaría sus servicios como cocinera, incluida en el grupo profesional de cocineros, para la realización de las funciones de cocinero, en el Centro de Día de Almagro.

(Doc. 4 del ramo probatorio de Clece).

DECIMOSEXTO.- El 5-1-15 la Coordinadora Provincial de la Consejería declaró desierta la contratación relativa al arrendamiento del servicio de cafetería-comedor en el Centro de Mayores de Almagro, por retiro de la oferta de Narciso , al no cumplimentar el requerimiento en plazo de la documentación preceptiva para la contratación. (Doc. 7 del ramo probatorio de Clece y doc. 8 aportado por la Consejería).

DECIMOSÉPTIMO.- A mediados de enero de 2.015 la Sra. Susana tuvo conocimiento -a través de la visita al centro de su compañera Victoria - de que el servicio de comidas se estaba prestando, así como de que la empresa Clece SA había procedido a la contratación de Piedad en calidad de cocinera, a fin de garantizar dicho servicio. La Sra. Susana se personó en el centro y comprobó los hechos anteriores.

(Interrogatorio de la parte actora y testifical de Victoria).



DECIMOCTAVO.- Mediante burofax de 20-1-15 la Sra. Susana dio traslado a Clece SA de informe de vida laboral y solicitó su reincorporación como cocinera del Centro de Día de Almagro, << señalando que de no recibir respuesta a dicha solicitud de reingreso antes del próximo día 27-1-15 entenderé su rechazo respecto de la subrogación de contrato que procede e iniciando las reclamaciones judiciales pertinentes >>.

(Doc. 5 del ramo probatorio de la actora).

DECIMONOVENO.- El 12-2-15 SAC solicitó a la Consejería que le informara << del porqué de no subrogación del personal en la sucesión del servicio de nuestra empresa a la nueva adjudicataria, cuando entre la sucesión entre entidades gestoras apenas han transcurrido días y se ha continuado gestionando el mismo servicio, no siendo esta causa que anule el proceso de subrogación, y las posibles consecuencias de no haber realizado dicho procedimiento >> (docs. 46 y 47 del ramo probatorio de SAC y doc. 12 aportado por la Consejería).

VIGÉSIMO.- El 4-3-15 la Consejería informó a SAC que no procedía la subrogación pretendida con base en los siete motivos indicados en la carta, a cuyo tenor literal nos remitimos (docs. 65 y 66 del ramo probatorio de SAC y doc. 13 aportado por la Consejería).

VIGESIMOPRIMERO.- A la fecha de su cese la Sra. Susana ha venido percibiendo la cantidad de 752,18 €, incluida la prorrata de pagas extraordinarias.

(Docs. 1 a 16 del ramo probatorio de SAC y doc. 2 del ramo de prueba de la actora).

VIGESIMOSEGUNDO.- La relación laboral se regulaba por el Convenio colectivo marco estatal de servicios de atención a personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal. Su art. 70 se refiere a la "adscripción del personal en las empresas, centros y servicios afectados por el ámbito funcional de presente convenio" y reza lo siguiente:

<< Con el fin de mantener la estabilidad del personal 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, el personal adscrito a la empresa saliente, de manera exclusiva en dicha contrata, pasará a estar adscrito a la nueva empresa titular de la contrata, quien se subrogará en todos los derechos y obligaciones que tuvieran reconocidos en su anterior empresa, debiendo entregar al personal un documento en el que se refleje el reconocimiento de los derechos de su anterior empresa, con mención expresa al menos a la antigüedad y categoría, dentro de los 30 días siguientes a la subrogación.

En este sentido, y de conformidad con lo dispuesto en el párrafo precedente, para que el personal adscrito a la empresa saliente sea subrogado, deberá concurrir alguno de los siguientes supuestos:

a) Personal en activo que vengan prestando sus servicios para la empresa saliente con una antigüedad mínima de 3 meses, sea cual fuere la naturaleza o modalidad de su contrato de trabajo.

b) Personal que, en el momento del cambio de titularidad de la contrata, se encuentren en suspensión del contrato con derecho de reincorporación (con enfermedad, accidentados/as, en excedencia, baja maternal, etc.) y que reúna con anterioridad a la suspensión de su contrato de trabajo la antigüedad mínima establecida en el apartado a).

c) Personal que con contrato de sustitución, supla a alguno del personal mencionado en los apartados a) y b).

d) Personal de nuevo ingreso que, por exigencias de la empresa o entidad contratante, se haya incorporado al centro, como consecuencia de la ampliación del contrato dentro de los últimos 90 días.

La empresa cesante deberá comunicar al personal afectado la pérdida de la adjudicación de los servicios, así como el nombre de la nueva empresa adjudicataria, tan pronto tenga conocimiento de dichas circunstancias.

2. Todos los supuestos anteriormente contemplados se deberán acreditar fehaciente y documentalmente por la empresa saliente a la empresa entrante, con una antelación mínima de 15 días naturales antes de la fecha del término de su contrata o en el plazo de los 3 días hábiles siguientes a la fecha desde que tuviese conocimiento expreso formal de la adjudicación, si ésta fuera posterior, la documentación siguiente:

a) Certificado del organismo competente de estar al corriente de pago de las cuotas de la Seguridad Social, así como una declaración jurada de la empresa saliente en este sentido.

b) Certificación en la que se haga constar, en relación a la totalidad del personal de plantilla a subrogar, lo siguiente: apellidos y nombre; D.N.I.; domicilio; número de la seguridad social; tipo de contrato; antigüedad; jornada y horario; fecha de disfrute de las vacaciones; conceptos retributivos no incluidos en convenio; otras



condiciones y pactos; fotocopias de las nóminas, TC1 y TC2, de los últimos siete meses de la totalidad del personal a subrogar.

c) Fotocopia de los contratos de trabajo.

d) Documentación acreditativa de la situación de excedencias, incapacidad temporal, baja maternal y paternal, interinidad o sustitución análoga del personal que, encontrándose en tal situación, deben de ser adscritos a la nueva adjudicataria del servicio.

e) En cualquier caso, el contrato de trabajo entre la empresa saliente y el personal sólo se extingue en el momento que se produzca de derecho la subrogación del mismo a la nueva adjudicataria.

f) En caso de subrogación de representantes del personal durante su mandato (tanto del comité de empresa, como delegados/as de personal o de la sección sindical), la empresa entrante respetará las garantías sindicales establecidas en el presente convenio y demás legislación vigente.

Las personas que hubieran sido elegidas en proceso electoral referido al centro objeto de subrogación, mantendrán su condición de representantes del personal a todos los efectos en la nueva empresa concesionaria, siempre que el número total de representantes del personal no exceda del que pudiera corresponder por la plantilla.

No desaparece el carácter vinculante de este artículo en el caso de que la empresa adjudicataria del servicio suspendiese el mismo por un período inferior a los 2 meses; dicho personal con todos sus derechos se adscribirá a la nueva empresa.

Tampoco desaparece el carácter vinculante de la subrogación en el caso de que el arrendatario del servicio suspendiese el mismo por un período no superior a 6 meses, siempre que se acredite que el servicio se hubiese reiniciado con la misma u otra empresa.

Las empresas entrante y saliente respetarán siempre el calendario vacacional, concediéndose el disfrute total del período de vacaciones tal y como esté asignado en dicho calendario y con independencia de la parte proporcional de vacaciones que se haya devengado en cada empresa.

En el supuesto de que se produzca la subrogación una vez comenzado el año natural, la empresa entrante y la saliente realizarán las compensaciones económicas necesarias para el cumplimiento de lo anterior.

Caso de que no se produjera acuerdo entre ambas empresas en la compensación económica, la empresa en cuyo seno se haya disfrutado el período vacacional completo descontará en la nómina de trabajador o trabajadora o, en su caso, en la liquidación la cantidad correspondiente al período devengado en la otra empresa; la empresa en cuyo seno no se disfrutaron vacaciones abonará al personal la parte proporcional de vacaciones que le corresponda junto con la liquidación o en la primera nómina, según el caso.

En los casos de falta de acuerdo, la empresa que no haya cotizado a la seguridad social el período correspondiente a las vacaciones devengadas vendrá obligada a abonar a la otra empresa la cantidad correspondiente a dichas cotizaciones.

De la efectiva compensación económica entre las empresas se entregará copia a la representación unitaria o sindical del personal, a la asociación empresarial y a la comisión paritaria del convenio.

El personal percibirá de la empresa cesante la liquidación de los haberes y partes proporcionales de gratificaciones que le pudieran corresponder.

El mecanismo de subrogación, definido en el presente artículo operará automáticamente con independencia del tipo de personalidad de la empresa de que se trate, ya sea física, jurídica o de cualquier clase.

La aplicación de este artículo será de obligado cumplimiento para las partes que vincula: empresa o entidad pública cesante y nueva adjudicataria.

g) La adjudicataria saliente tendrá la facultad de acordar libremente con las personas afectadas por la subrogación la permanencia en su plantilla, sin que ello genere a la adjudicataria entrante la obligación de asumir el vínculo con un personal diferente >>.

VIGESIMOTERCERO.- La Sra. Susana no ha ostentado cargo sindical alguno en el período de su permanencia en la empresa.

VIGESIMOCUARTO.- El 19-2-15 se celebró ante el SMAC acto de conciliación entre la trabajadora y las dos empresas (saliente y entrante), que concluyó sin avenencia.

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



Dicho Recurso ha sido impugnado de contrario.

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

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Frente a la sentencia de instancia que, estimando la demanda formulada por la actora sobre despido contra las empresas SERVICIOS ASISTENCIALES A LA COMUNIDAD DE ESPAÑA SL (SAC) y CLECE SA, declaró improcedente el despido y condenó a esta última empresa a estar y pasar por las consecuencias legales de tal declaración, se alza en suplicación CLECE SA mediante el presente recurso que articula a través de dos motivos. El primero, al amparo del apartado b) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, para revisar los hechos declarados probados; y el segundo, bajo cobijo procesal en el apartado c) del referido precepto, para examinar la infracción de normas sustantivas o de la jurisprudencia.

SEGUNDO .- En el primer motivo la parte recurrente, tras manifestar no comprender las referencias que hace la sentencia a la documentación aportada por la Consejería cuando resulta que esta no compareció al acto de juicio, lo que -afirma- le ha generado indefensión, solicita la modificación del ordinal decimonoveno para el que propone un texto alternativo de cuya comparación con el original la Sala deduce que lo pretendido es que se añada a dicho ordinal el siguiente párrafo: "Informando la Consejería que no existía una nueva adjudicataria al estar el concurso desierto", manifestando así mismo que no es cierto que se trate del mismo servicio como se indica en tal ordinal, pero no expresa si lo que quiere es que se suprima la expresión "gestionando el mismo servicio", o que se sustituya por otra que no dice cuál sería.

En todo caso, sea como sea, el motivo debe ser desestimado, porque la recurrente no señala documento o pericia del que se desprenda de forma clara e indubitada el error del Juzgador de Instancia en la valoración de la prueba, debiendo hacerse ver que a los efectos de modificar el fallo de la resolución recurrida, carece de trascendencia la modificación fáctica solicitada, porque se trata de hechos que la Sala considera probados a la vista del conjunto de los que la sentencia recurrida declara como tal, tal como explicaremos más adelante.

Y sobre aquella queja o manifestación, no debe extrañar a la empresa recurrente las referencias en la sentencia a documentos aportados por la Consejería aunque dicho organismo no compareciese al acto de juicio, pues como alega la actora en su escrito de impugnación del recurso, la Consejería de Salud y Bienestar Social de la Junta de Castilla-La Mancha no compareció porque no fue parte en el procedimiento, sin que ello impida la aportación de documentos al haber sido requeridos por el Juzgado a instancia de la actora, según consta en las actuaciones, por lo que no cabe admitir la alegación de indefensión que manifiesta la recurrente, lo que en todo caso, tratándose de una hipotética vulneración de una garantía procesal, debería haber conducido a través del motivo a) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, no a través del apartado b) del citado precepto.

TERCERO .- El segundo motivo tiene por objeto la denuncia de infracción de lo dispuesto en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, al entender -en síntesis- que no existe sucesión de empresas entre SAC y CLECE, porque ambas son adjudicatarias de servicios diferentes. La primera lo es del servicio de cafetería-comedor del Centro de Mayores de Almagro y la segunda del servicio de gestión del mismo Centro, de manera tal -alega- que la finalización de la adjudicación de aquel servicio determinó la extinción del contrato de trabajo de la actora que prestaba servicios como cocinera en la cafetería-comedor por cuenta y orden de SAC, sin que CLECE deba asumir a dicha trabajadora, porque esta empresa no es adjudicataria del servicio de cafetería-comedor, resultando irrelevante -afirma- el hecho de que las dos mercantiles mantuvieran a su vez una relación de prestación de servicios en virtud de un contrato mercantil mediante el cual SAC proporcionaba a CLECE el suministro de comidas a los usuarios.

Para una mejor comprensión de presente supuesto conviene reseñar los aspectos fácticos más relevantes, según se desprende de los hechos probados y de lo actuado.

La actora venía prestando servicios como cocinera en la cafetería-comedor del Centro de Mayores de Almagro sito en la calle Gran Maestre, 4 de Almagro desde 2 de mayo de 2007, por cuenta y orden de las diversas empresas que se habían sucedido en la gestión por concesión de la Consejería de Salud y Bienestar Social de la Junta de Castilla-La Mancha; con la empresa SAC desde 22 de noviembre de 2010. Por otra parte, la gestión completa del mismo Centro (que incluye también la prestación del servicio de manutención a los usuarios) era gestionada igualmente por concesión administrativa por la empresa CLECE SA, desde 30 de diciembre de 2008. En fecha 1 de enero de 2009, ambas empresas (SAC y CLECE SA) celebran un contrato mercantil de ejecución de servicio cuyo objeto era el suministro de comidas para el Centro de Día para personas mayores sito en la calle Gran Maestre, 4 de Almagro, mediante la elaboración de menús de comida para usuarios del servicio de



estancias diurnas y trabajadores del Centro, obligándose SAC a prestar el servicio con su propio personal y con sus propios medios de trabajo, instalaciones y enseres a cambio CLECE SA abonaba una contraprestación económica variable conforme al precio pactado de los menús. El contrato de concesión administrativa del servicio de cafetería-comedor con adjudicado a la empresa SAC finalizó en la fecha prevista (21 noviembre 2014), por lo que SAC comunica a la actora la extinción del contrato de trabajo, pactando una indemnización cuyo pago quedaba condicionado a que esta no fuera subrogada por la nueva adjudicataria. A partir de esa fecha acaecen una serie de hechos referidos a la licitación y adjudicación de este servicio que finalmente concluyen con ausencia de adjudicatario del citado servicio al declararse desierto el concurso (5 enero 2015). Para poder seguir dando el servicio de manutención a los usuarios del Centro de Mayores, la empresa CLECE contrata como cocinera a otra trabajadora el 4 de diciembre de 2014, hecho del que tiene conocimiento la actora a mediados de enero de 2015, solicitando la reincorporación en CLECE el día 20 del mismo mes y año. El Convenio Colectivo Estatal de Servicios de Atención a Personas Dependientes y Desarrollo de la Promoción de la Autonomía Personal, en su artículo 70 prevé la subrogación de la nueva empresa titular de la contrata en todos los derechos y obligaciones de la anterior.

CUARTO .- Por otra parte, respecto de la sucesión de plantilla debemos recordar que la versión actual (desde la reforma del 2001) del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores , tomando la fórmula de la Directiva 2001/23/CE, describe la sucesión de empresa como la transmisión de una "entidad económica que mantenga su identidad", esto es, de "un conjunto de medios organizados" susceptibles de llevar a cabo "una actividad económica, esencial o accesoria". Constituye jurisprudencia consolidada que, para que resulte de aplicación el citado precepto han de concurrir dos elementos o requisitos, uno subjetivo y otro objetivo, consistentes, respectivamente, en la sustitución de un empresario por otro en una misma actividad empresarial y en la transmisión del primero al segundo por cualquiera de los medios admitidos en derecho de los elementos patrimoniales necesarios para continuar la actividad empresarial.

Ocurre sin embargo que en determinados sectores productivos en los que es habitual la prestación de servicios en régimen de contrata -tales como limpieza de edificios y locales, empresas de seguridad, hostelería, etc...- la sucesión de contrata no constituyen, en principio, sucesión empresarial y, por tanto, se trata de supuestos en los que no operan las garantías de conservación de los contratos previstas en el artículo 44 ET . Son los convenios colectivos o los pliegos de condiciones en casos de concesiones administrativas los que incorporan con frecuencia cláusulas de subrogación conforme a las cuales el nuevo contratista asume la obligación de subrogarse como empleador de los trabajadores que prestan servicios en la contrata, imponiéndose así una subrogación convencional y no legal a la que se aplican, por tanto, las condiciones y los efectos previstos en el propio convenio colectivo o pliego de condiciones y no los establecidos en el art. 44 ET .

No obstante, aunque en tales o similares sectores o actividades no esté prevista la subrogación empresarial en convenio colectivo o en el pliego de condiciones, es posible que opere dicha obligación cuando se produzca lo que se ha dado en llamar "sucesión de plantillas", sobre lo que no es preciso detenernos, pues en el caso que nos ocupa la subrogación esta prevista en el artículo 70 del Convenio Colectivo aplicable.

QUINTO .- Aplicando lo anteriormente expuesto al presente supuesto, la cuestión -ciertamente compleja- a la que la Sala ha de dar respuesta consiste en determinar si la empresa CLECE SA debe subrogarse en la posición jurídica de SAC respecto de la actora.

De los hechos probados se desprende con claridad que, en efecto como alega la parte recurrente, por una parte, el servicio de cafetería-comedor que era gestionado por SAC mediante concesión administrativa, una vez extinguida esta no fue adjudicado a la CLECE SA sino que tras diversos avatares quedó desierto -así lo declaró la Coordinadora Provincial de la Consejería de Salud y Bienestar Social el 5 de enero de 2015, según se declara probado en el ordinal decimosexto-; y por otra parte, que en el Centro de Mayores de Almagro existían dos servicios objeto de concesiones administrativas independientes: el de cafetería- comedor explotado por la empresa adjudicataria SAC y el de gestión del propio Centro de Mayores que ofrecía a los usuarios entre otros servicios, los de terapia ocupacional, seguimiento de los tratamientos médicos prescritos, cuidados e higiene personal, atención geriátrica, rehabilitadora y social, y por lo que ahora interesa, también ofrecía servicio de restauración, que según el pliego de condiciones podía ser prestado por la propia empresa adjudicataria con medios propios o ajenos o bien concertar el servicio de comidas con la empresa adjudicataria del servicio de comedor, lo que así hizo CLECE celebrando un contrato de ejecución de servicio con SAC (1 enero 2009) cuyo objeto era el suministro de comidas a los usuarios del centro. También cabe reseñar que en fecha 21 de noviembre de 2014 SAC extinguió el contrato de trabajo de la actora que prestaba servicios como cocinera en el comedor-cafetería que prestaba servicios a los usuarios y público en general y también suministraba las comidas a CLECE SA; y que el 5 de diciembre esta última empresa contrata a otra trabajadora para realizar las mismas funciones que venía desarrollando aquella.



Esta es la peculiaridad que presenta el caso que nos ocupa, y lo que dificulta la solución. No cabe duda de que sin este elemento fáctico, no habría problema. Ninguna obligación tendría CLECE SA respecto de una concesión distinta de la que ella no era adjudicataria. Ahora bien, el hecho de que ante la falta de empresa concesionaria al haber quedado desierto el concurso, la contratación por CLECE de una trabajadora para prestar los mismos servicios que venía desarrollando la actora por cuenta y orden de SAC, de los que se beneficiaba también, pero no solo, CLECE, obliga a plantearse si esta última viene obligada a subrogarse en la posición jurídica de SAC respecto de la actora.

La Sala estima que en el presente supuesto no procede la aplicación de la obligación de subrogación prevista en los artículos 44 del Estatuto de los Trabajadores y 70 del Convenio Colectivo Marco Estatal de Servicios de Atención a Personas Dependientes y Desarrollo de la Promoción de la Autonomía Personal, en primer lugar porque al término de la concesión de la contrata del servicio de cafetería-comedor que gestionaba SAC, la empresa CLECE SL no es la "nueva" adjudicataria de dicho servicio cuyo concurso quedó desierto, según certifica la Coordinadora de la Consejería de Salud y Bienestar Social (hecho probado 16º). En segundo lugar, porque el hecho de que CLECE SL utilizase los servicios de comidas en cuya elaboración participaba la actora, no constituye razón suficiente para imponer a esta empresa la obligación de subrogación discutida, en tanto en cuanto la utilización de los servicios de comedor estaba cubierta jurídicamente por la existencia de un contrato mercantil entre ambas empresas, en virtud del cual SAC se comprometía a suministrar, con su propio personal y con sus propios medios de trabajo, instalaciones y enseres, las comidas para los usuarios y personal del Centro de Día para personas mayores sito en la calle Gran Maestre, 4 de Almagro, a cambio CLECE SA abonaba una contraprestación económica variable conforme al precio pactado de los menús, al que daba cobertura legal el propio pliego de condiciones en el que se preveía que el servicio de manutención de los usuarios del Centro podía ser prestado por la propia empresa adjudicataria con medios propios o ajenos o bien concertar el servicio de comidas con la empresa adjudicataria del servicio de comedor. Y en tercer lugar, porque el beneficio o "aprovechamiento" por parte de CLECE SL del trabajo que realizaba la actora como cocinera no es suficiente para afirmar que esta empresa era la receptora de los frutos del trabajo de aquella, teniendo en cuenta que no prestaba dichos servicios de manera exclusiva para CLECE SL, sino que tratándose de un servicio más amplio de cafetería-comedor, dicho servicio también podía ser utilizado por terceras personas distintas a los internos y trabajadores del Centro de Mayores. Por todas las razones expuestas, a juicio de la Sala no existe razón jurídica suficiente para sostener la obligación de subrogación de la empresa CLECE SA respecto de la actora, sino que la responsable de las consecuencias de la extinción del contrato de trabajo de aquella es la empresa SAC, sin perjuicio de la responsabilidad entre las empresas implicadas que, en su caso, pudiera derivarse del contrato mercantil existente entre ellas.

Por todas las razones expuestas, procede la estimación del segundo motivo del recurso y con ello, del recurso mismo, y en consecuencia, manteniendo la calificación de la extinción contractual de la que fue objeto la actora como despido improcedente, así como los efectos legales inherentes a dicha calificación, revocamos la resolución recurrida en cuanto a la condena a la empresa SAC a estar y pasar por dichos efectos.

Vistos además de los citados los demás preceptos de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que estimando el recurso de suplicación formulado por la representación letrada de la empresa CLECE SA contra la sentencia de fecha 25 de mayo de 2015, dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Albacete, en autos 158/15 sobre despido, siendo partes recurridas D. Susana y la empresa SERVICIOS ASISTENCIALES A LA COMUNIDAD DE ESPAÑA SL, debemos **revocar y revocamos** la citada resolución, para condenar a la empresa SERVICIOS ASISTENCIALES A LA COMUNIDAD DE ESPAÑA SL a estar y pasar por los efectos del despido improcedente de la actora señalados en el fallo de la resolución recurrida. Sin costas.

Notifíquese la presente resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha en Albacete, haciéndoles saber que contra la misma únicamente cabe **RECURSO DE CASACION PARA LA UNIFICACION DE DOCTRINA**, que se preparará por escrito dirigido a esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha en Albacete, dentro de los **DIEZ DIAS** siguientes a su notificación, durante dicho plazo, las partes, el Ministerio Fiscal o el letrado designado a tal fin, tendrán a su disposición en la oficina judicial los autos para su examen, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 220 de la Ley reguladora de la jurisdicción social. La **consignación del importe de la condena**, cuando proceda, deberá acreditarse por la parte recurrente, que no goce del beneficio de justicia gratuita, ante esta Sala al tiempo de preparar el Recurso, presentando resguardo acreditativo de haberla efectuado en la Cuenta Corriente número **ES55 00493569 9200 0500 1274** que esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, Albacete, tiene abierta en el BANCO SANTANDER, sita en Albacete, C/ Marqués de Molíns nº 13, indicando: **1) Nombre o razón**



social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y, si es posible, el NIF/CIF ; 2) Beneficiario: SALA DE LO SOCIAL ; y

3) Concepto (la cuenta del expediente): 0044 0000 66 1457 15 , pudiéndose sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario en el que se hará constar la responsabilidad solidaria del avalista. Debiendo igualmente la parte recurrente, que no ostente la condición de trabajador, causahabiente suyo, o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, o se trate del Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las Entidades Locales, los Organismos dependientes de todas ellas y quienes tuvieren reconocido el beneficio de justicia gratuita, consignar como **depósito** la cantidad de **SEISCIENTOS EUROS (600,00 €)**, conforme al artículo 229 de citada Ley , que deberá ingresar en la Cuenta Corriente anteriormente indicada, debiendo hacer entrega del resguardo acreditativo de haberlo efectuado en la Secretaría de esta Sala al tiempo de preparar el Recurso. Quedan exentos los trabajadores, Sindicatos y beneficiarios del régimen público de la Seguridad Social.

Expídanse las certificaciones oportunas para su unión a los autos y al rollo de su razón, incorporándose el original al correspondiente Libro de Sentencias.

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

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado/a Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal el día diecinueve de enero de dos mil dieciséis. Doy fe.