



Roj: **STSJ PV 3162/2016 - ECLI: ES:TSJPV:2016:3162**

Id Cendoj: **48020340012016101919**

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

Sede: **Bilbao**

Sección: **1**

Fecha: **04/10/2016**

Nº de Recurso: **1745/2016**

Nº de Resolución: **1894/2016**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **GARBIÑE BIURRUN MANCISIDOR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

RECURSO DE SUPLICACION Nº : 1745/2016

N.I.G. P.V. 48.04.4-15/008156

N.I.G. CGPJ 48044.44.2-0150/008156

SENTENCIA Nº: 1894/2016

SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO

En la Villa de Bilbao, a cuatro de octubre de dos mil dieciseis.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, formada por los lltmos. Sres. **DOÑA GARBIÑE BIURRUN MANCISIDOR, Presidenta, DON JOSE LUIS ASENJO PINILLA y DOÑA ELENA LUMBRERAS LACARRA, Magistrados, ha pronunciado,**

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente,

S E N T E N C I A

En el *Recurso de Suplicación* interpuesto por UTE SAD GETXO (*ASOCIACION ASISTENCIA INTEGRAL LAGUNDUZ - FUNDACION SALUD Y COMUNIDAD*), contra la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 5 de los de *Bilbao*, de fecha 18 de Mayo de 2016, dictada en proceso que versa sobre materia de **DESPIDO (DSP)**, y entablado por DOÑA Virginia, frente a "**ASOCIACION ASISTENCIA INTEGRAL LAGUNDUZ ADMINISTRACION**", "**LAGUNDUZ 2, S.L.**", "**GRUPO LAGUNDUZ**", "**UTE SAD GETXO** (constituída por "**ASOCIACION ASISTENCIA INTEGRAL LAGUNDUZ**" y por "**FUNDACION SALUD Y COMUNIDAD**") y "**URGATZI, S.L.**", respectivamente, es Ponente la lltma. Sra. Magistrada **DOÑA GARBIÑE BIURRUN MANCISIDOR**, quien expresa el criterio de la - SALA -.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- La única instancia del proceso en curso se inició por *Demanda* y terminó por *Sentencia*, cuya relación de *Hechos Probados*, es la siguiente:

1º.-) "La actora, D^a Virginia, ha venido prestando servicios para UTE SAD GETXO (conformada por ASOCIACION ASISTENCIA INTEGRAL LAGUNDUZ y FUNDACION SALUD Y COMUNIDAD) con una antigüedad de 1/11/2008, categoría profesional de auxiliar administrativo y salario mensual con inclusión de parte proporcional de pagas extra de 1.064,39 euros para una jornada a tiempo parcial de 20 horas semanales.

2º.-) La trabajadora suscribió: contrato de trabajo el 13/10/2008 con ASOCIACIÓN ASISTENCIA INTEGRAL LAGUNDUZ, eventual por circunstancias de la producción con objeto "atender un exceso de pedidos a realizar en el grupo lagunduz", previsto inicialmente hasta el 31/12/2008 que se prorrogó hasta el 31/03/2009; contrato de 1/04/2009 con ASOCIACIÓN ASISTENCIA INTEGRAL LAGUNDUZ, por obra o servicio con objeto



"realizar tareas de auxiliar administrativo engrupo lagunduz"; contrato de 9/11/2009 con ASOCIACIÓN ASISTENCIA INTEGRAL LAGUNDUZ, por obra o servicio con objeto "realizar tareas de auxiliar administrativo engrupo lagunduz"; contrato de 23/11/2009 con ASOCIACIÓN ASISTENCIA INTEGRAL LAGUNDUZ, por obra o servicio con objeto "realizar tareas de auxiliar administrativo engrupo lagunduz"; contrato de 3/12/2009 con ASOCIACIÓN ASISTENCIA INTEGRAL LAGUNDUZ, por obra o servicio con objeto "realizar tareas de auxiliar administrativo engrupo lagunduz"; contrato de 1/04/2011 con ASOCIACIÓN ASISTENCIA INTEGRAL LAGUNDUZ, por obra o servicio con objeto "realizar tareas de auxiliar administrativo engrupo lagunduz"; contrato de 26/09/2011 con ASOCIACIÓN ASISTENCIA INTEGRAL LAGUNDUZ, de interinidad a tiempo parcial con objeto "sustituir a la trabajadora Marí Trini durante IT"; contrato de 16/12/2011 con ASOCIACIÓN ASISTENCIA INTEGRAL LAGUNDUZ, interinidad a tiempo parcial con objeto "sustituir a la trabajadora Marí Trini durante su período de baja por maternidad"; contrato de 19/09/2012 con ASOCIACIÓN ASISTENCIA INTEGRAL LAGUNDUZ, de interinidad a tiempo parcial con objeto sustituir a la misma trabajadora durante su reducción de jornada por guarda legal (15 horas semanales); contrato de 18/02/2013 con LAGUNDUZ 2, S.L. de interinidad a tiempo parcial siendo su objeto sustituir a D^a Elisabeth durante su IT (20 horas semanales).

3º.-) UTE LAGUNDUZ tenía adjudicado el contrato para la gestión del Servicio de Ayuda a Domicilio en el municipio de Getxo acordándose la adjudicación a URGATZI, S.L. del servicio de ayuda a domicilio del Ayuntamiento de Getxo, por la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento en sesión celebrada el 19/05/05, dándose por reproducido el acuerdo obrante dentro del bloque documental nº 2 de URGATZI, S.L. El Pliego de Condiciones Técnicas, que aportado por Urgatzi como documento número 1 se da por reproducido, en su cláusula 13º bajo la rúbrica "cláusula de subrogación empresarial", se recoge que la entidad adjudicataria deberá subrogar en las obligaciones y responsabilidades a las personas que prestan servicio en la actualidad, dando cumplimiento a la legislación y al convenio colectivo laboral vigente", recogándose en el Anexo III del Pliego la relación de personas adscritas al SAD.

En dicho Anexo III figuran 50 auxiliares domiciliarias y 11 eventuales, sin que se incluya a la demandante.

4º.-) UTE SAD GETXO entregó a la trabajadora el 30/05/2014 comunicación de que reiteró en similares términos posteriormente con el siguiente texto (documento 5 de la actora):

"Estimada Trabajadora:

Como Ud. ya conoce, esta empresa finaliza el próximo 31 de agosto el contrato para la gestión del Servicio de Ayuda a Domicilio, en el municipio de Getxo.

A partir del 01 de Septiembre de 2.015 la nueva empresa adjudicataria del Servicio será Urgatzi S.L.

Dado que está Ud. adscrita a este servicio, le comunicamos que hemos trasladado sus datos laborales a la nueva adjudicataria del Servicio con el fin de que procedan a su subrogación con fecha 01 de Septiembre de 2.015.

Siendo esto así, procederemos a cursar su baja en la empresa Asociación de Asistencia Integral Lagunduz-Fundación Salud y Comunidad "UTE SAD Getxo" con fecha 31 de Agosto de 2.015.

Sin más asuntos que tratar y agradeciéndole los servicios prestados, le saludamos atentamente".

5º.-) URGATZI, S.L. requirió a UTE SAD GETXO la remisión e la documentación correspondiente a los trabajadores cuya subrogación resultaba procedente el 5/08/2015, entregándose la misma el 27/08/2015. Ante la falta de cierta documentación, no contenido la entregada ninguna referente a nuestra trabajadora, remitió el 28/08/2015 fax poniendo de manifiesto tal circunstancia, remitiendo la UTE el listado el 31/08/2015 sin otra documentación. URGATZI S.L. no procedió a la subrogación de la trabajadora.

6º.-) Resulta de aplicación el Convenio Colectivo del sector Ayuda a domicilio de Bizkaia publicado en el B.O.B. 20/05/14 cuyo contenido se tiene por expresa e íntegramente reproducido si bien, a los efectos de interés actual, su artículo 47 -bajo la rúbrica "cláusula de subrogación empresarial"- establece las condiciones de adscripción de las auxiliares domiciliarias a la nueva empresa titular de una contrata al término de la concesión previa.

7º.-) La actora no ha ostentado durante el año anterior al despido la condición de delegado de personal, miembro del comité de empresa o delegado sindical.

8º.-) Se celebró acto de conciliación con el resultado que consta en autos".

SEGUNDO .- La Parte Dispositiva de la Sentencia de Instancia, dice :

"Que estimando la demanda interpuesta por D^a Virginia frente a ASOCIACION ASISTENCIA INTEGRAL LAGUNDUZ ADMINISTRACIÓN, LAGUNDUZ 2, SOCIEDAD LIMITADA, GRUPO LAGUNDUZ, - UTE SAD GETXO conformada por ASOCIACIÓN DE ASISTENCIA INTEGRAL LAGUNDUZ - FUNDACIÓN SALUD Y COMUNIDAD



y URGATZI SOCIEDAD LIMITADA, debo declarar y declaro la improcedencia de la decisión empresarial de ASOCIACION ASISTENCIA INTEGRAL LAGUNDUZ ADMINISTRACIÓN, UTE SAD GETXO conformada por ASOCIACIÓN DE ASISTENCIA INTEGRAL LAGUNDUZ - FUNDACIÓN SALUD Y COMUNIDAD de extinción de la relación laboral de la actora con efectos al 31/08/2015, condenando a estas a que, en el plazo de cinco días, a partir de la notificación de esta resolución, opte entre la readmisión de la trabajadora o el abono de la indemnización de 9.387,04 euros y, en caso de optar la mercantil por la readmisión, a una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido, 31 de agosto de 2.015, hasta la notificación de esta sentencia a razón de 34,99 euros/ día, absolviendo al resto de las codemandadas LAGUNDUZ 2 SOCIEDAD LIMITADA, GRUPO LAGUNDUZ y URGATZI SOCIEDAD LIMITADA de las pretensiones vertidas en su contra".

TERCERO .- Frente a dicha *Resolución* se interpuso el *Recurso de Suplicación* anteriormente reseñado, que fue impugnado por la - *parte actora* -, DOÑA Virginia y por la - *codemandada* -, "URGATZI, S.L.", respectivamente.

CUARTO.- Elevados, por el Juzgado de lo Social de referencia, los autos principales, en unión de la pieza separada de *Recurso de Suplicación*, los mismos tuvieron entrada en esta Sala el 14 de Septiembre de 2016, fecha en la que se emitió *Diligencia de Ordenación*, acordando la formación del *Rollo* correspondiente y la designación de Magistrada-Ponente.

QUINTO.- Mediante *Providencia* fechada el 20 de Septiembre de 2016, se acordó, -entre otros extremos- que la *Votación y Fallo* del *Recurso* se deliberara el siguiente 4 de Octubre; lo que se ha llevado a cabo, dictándose Sentencia seguidamente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La instancia ha dictado sentencia en la que ha estimado la demanda interpuesta por D^a Virginia frente a ASOCIACION ASISTENCIA INTEGRAL LAGUNDUZ ADMINISTRACIÓN, LAGUNDUZ 2, SOCIEDAD LIMITADA, GRUPO LAGUNDUZ, - UTE SAD GETXO conformada por ASOCIACIÓN DE ASISTENCIA INTEGRAL LAGUNDUZ - FUNDACIÓN SALUD Y COMUNIDAD y URGATZI SOCIEDAD LIMITADA, declarando la improcedencia de la decisión empresarial de ASOCIACION ASISTENCIA INTEGRAL LAGUNDUZ ADMINISTRACIÓN, UTE SAD GETXO conformada por ASOCIACIÓN DE ASISTENCIA INTEGRAL LAGUNDUZ - FUNDACIÓN SALUD Y COMUNIDAD de extinción de la relación laboral de la actora con efectos al 31 de agosto de 2015, condenando a éstas en las consecuencias legales de tal declaración, absolviendo al resto de las codemandadas LAGUNDUZ 2 SOCIEDAD LIMITADA, GRUPO LAGUNDUZ y URGATZI SOCIEDAD LIMITADA.

Frente a esta sentencia se alza en suplicación la empresa UTE SAD GETXO - ASOCIACIÓN DE ASISTENCIA INTEGRAL LAGUNDUZ ¿ FUNDACIÓN SALUD Y COMUNIDAD -.

Lo hace con base, en primer lugar, en el motivo previsto en el artículo 193. b) de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social ¿ en adelante, LRJS - esto es, solicitando la revisión del relato de Hechos Probados contenido en aquélla.

Sabido es que el legislador ha configurado el proceso laboral como un proceso al que es consustancial la regla de la única instancia, lo que significa la inexistencia del doble grado de jurisdicción, y ha construido el *Recurso de Suplicación* como un recurso extraordinario, que no constituye una segunda instancia, y que participa de una cierta naturaleza casacional (Sentencia del Tribunal Constitucional 3/1983, de 25 de Enero), sin que la nueva LRJS haya alterado su naturaleza.

Ello significa que este recurso puede interponerse sólo para la denuncia de determinados motivos tasados y expresados en el precitado artículo 193 de la Ley de Procedimiento Laboral, entre los que se encuentra el de la revisión de los Hechos Probados.

De ahí que el Tribunal no pueda examinar ni modificar la relación fáctica de la Sentencia de instancia si ésta no ha sido impugnada por el recurrente, precisamente a través de este motivo, que exige, para su estimación:

a.-) Que se haya padecido error en la apreciación de los medios de prueba obrantes en el proceso, tanto positivo, esto es, consistente en que el Magistrado declare probados hechos contrarios a los que se desprenden de los medios probatorios; como negativo, es decir, que se hayan negado u omitido hechos que se desprenden de las pruebas;

b.-) Que el error sea evidente;

c.-) Que los errores denunciados tengan trascendencia en el Fallo, de modo que si la rectificación de los hechos no determina variación en el pronunciamiento, el *Recurso* no puede estimarse, aunque el error sea cierto;



d.-) Que el recurrente no se limite a expresar qué hechos impugna, sino que debe concretar qué versión debe ser recogida, precisando cómo debiera quedar redactado el hecho, ofreciendo un texto alternativo; y,

e.-) Que el error se evidencie mediante las pruebas documental o pericial obrantes en autos, concretamente citadas por el recurrente, excluyendo todos los demás medios de prueba, salvo que una norma atribuya a algún elemento probatorio un determinado efecto vinculante de la convicción del Juez, en cuyo caso, la infracción de dicha norma habría de ser denunciada.

Lo dicho hasta ahora ha sido explicitado por constante doctrina de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, en un buen número de sentencias, de entre las que cabe citar las de 18 de febrero de 2014 ¿ Rec. 108/2013 -, 14 mayo de 2013 ¿Rec. 285/2011 -, y 17 de enero de 2011 - Rec. 75/2010 -.

En cuanto a los documentos que pueden servir de base para el éxito de este motivo del Recurso, ha de señalarse que no basta cualquiera de ellos, sino que se exige ¿como la Jurisprudencia ha resaltado- que los alegados tengan "*concluyente poder de convicción*" o "*decisivo valor probatorio*" y gocen de fuerza suficiente para poner de manifiesto al Tribunal el error del Magistrado de instancia, sin dejar resquicio alguno a la duda.

Respecto a la prueba pericial, cuando en el proceso se ha emitido un único Dictamen, el Magistrado lo aprecia libremente (artículo 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), pero aquél puede servir de base para el Recurso de Suplicación cuando el Juzgador lo desconoció o ignoró su existencia, y lo mismo puede predicarse del caso en que, habiéndose emitido varios Dictámenes, todos ellos lo hayan sido en el mismo sentido.

En el presente caso, pretende la parte recurrente se revise el relato de Hechos Probados de la Sentencia de instancia, concretamente para modificar el hecho probado primero en el sentido de añadir un párrafo del siguiente tenor: "*Cuando se adjudica a URGATZI, S.L. el servicio de ayuda domiciliaria de Getxo, la actora, Dña. Virginia , prestaba sus servicios, en exclusiva, para la UTE SAD GETXO* ". Pretensión que basa en los contratos de trabajo de la trabajadora demandante con la entonces adjudicataria del servicio, LAGUNDUZ ¿ folios 72 a 74 -, servicio que fue adjudicado a UTE SAD GETXO el 3 de junio de 2014, subrogando a la demandante; también se basa en los documentos 80 a 96 de los autos ¿ nóminas -. Pretensión que no va a estimarse, toda vez que lo que trata de tener por acreditado no es sino una conclusión a modo de presunción, pues la propia empresa recurrente ya expresa en su recurso que le resulta imposible probar que la demandante trabajaba en exclusiva par la UTE SAD GETXO, por lo que tocaba a la contraparte probar lo contrario, cosa que entiende no ha hecho. En definitiva, es claro que esta pretensión de revisión fáctica ha de ser desestimada.

SEGUNDO.- El artículo 193-c) de la LRJS recoge, como otro motivo para la interposición del Recurso de Suplicación, "*examinar las infracciones de normas sustantivas o de la Jurisprudencia* ", debiendo entenderse el término "*norma*" en sentido amplio, esto es, como toda norma jurídica general que traiga su origen en autoridad legítima dentro del Estado (incluyendo la costumbre acreditada, las normas convencionales y, naturalmente, los Tratados Internacionales ratificados y publicados en el Boletín Oficial del Estado).

Debe matizarse, por otra parte, la referencia legal a las "*normas sustantivas*" , en el sentido de que existen supuestos en los que la norma procesal determina el Fallo de la Sentencia de instancia, sin que pueda alegarse su infracción por la vía de la letra a) del ya precitado artículo 193 LRJS , lo que ocurre en los casos de cosa juzgada, incongruencia, contradicción en el Fallo y error de derecho en la apreciación de la prueba.

Ha de remarcar también que la infracción ha de cometerse en el Fallo de la Sentencia, lo que significa que la Suplicación no se da contra las argumentaciones empleadas en su Fundamentación, sino contra la Parte Dispositiva que, al entender del recurrente, ha sido dictada infringiendo determinadas normas sustantivas, que deben ser citadas, por lo que no cabe admitir la alegación genérica de una norma, sino que debe citarse el concreto precepto vulnerado, de manera que si el derecho subjetivo contrariado se recoge en norma distinta de la alegada, la Sala no podrá entrar en su examen, cuyo objeto queda limitado al estudio y resolución de los temas planteados.

TERCERO.- Con amparo en el precitado artículo 193-c) LRJS , impugna la recurrente la Sentencia de instancia, alegando la infracción de lo dispuesto en el artículo 44 ET y jurisprudencia. Argumenta la recurrente, en esencia, que la nueva adjudicataria subrogó a una parte significativa de la plantilla ¿ 73 de 77 personas -, pero no a la demandante, siendo así que no hay ruptura temporal entre el trabajo realizado antes para la recurrente y ahora para URGATZI; que se ha producido, pues, una sucesión de plantilla; que un Convenio Colectivo no puede vulnerar el art. 44 ET , siendo éste el que debe prevalecer.

Recordemos ahora los hechos enjuiciados, tal como nos los proporciona la instancia, en relato que la Sala no ha alterado, pese a la pretensión de la demandante. Son los siguientes: la trabajadora demandante ha venido prestando servicios para UTE SAD GETXO (conformada por ASOCIACION ASISTENCIA INTEGRAL LAGUNDUZ y FUNDACION SALUD Y COMUNIDAD) con antigüedad de 1/11/2008 y categoría profesional de auxiliar administrativo, en jornada a tiempo parcial de 20 horas semanales; la actora suscribió diversos



contratos de trabajo - contrato de trabajo el 13/10/2008 con ASOCIACIÓN ASISTENCIA INTEGRAL LAGUNDUZ, eventual por circunstancias de la producción con objeto "atender un exceso de pedidos a realizar en el grupo lagunduz", previsto inicialmente hasta el 31/12/2008 que se prorrogó hasta el 31/03/2009; contrato de 1/04/2009 con ASOCIACIÓN ASISTENCIA INTEGRAL LAGUNDUZ, por obra o servicio con objeto "realizar tareas de auxiliar administrativo en grupo lagunduz"; contrato de 9/11/2009 con ASOCIACIÓN ASISTENCIA INTEGRAL LAGUNDUZ, por obra o servicio con objeto "realizar tareas de auxiliar administrativo en grupo lagunduz"; contrato de 23/11/2009 con ASOCIACIÓN ASISTENCIA INTEGRAL LAGUNDUZ, por obra o servicio con objeto "realizar tareas de auxiliar administrativo engrupo lagunduz"; contrato de 3/12/2009 con ASOCIACIÓN ASISTENCIA INTEGRAL LAGUNDUZ, por obra o servicio con objeto "realizar tareas de auxiliar administrativo engrupo lagunduz"; contrato de 1/04/2011 con ASOCIACIÓN ASISTENCIA INTEGRAL LAGUNDUZ, por obra o servicio con objeto "realizar tareas de auxiliar administrativo en grupo lagunduz"; contrato de 26/09/2011 con ASOCIACIÓN ASISTENCIA INTEGRAL LAGUNDUZ, de interinidad a tiempo parcial con objeto "sustituir a la trabajadora Marí Trini durante IT"; contrato de 16/12/2011 con ASOCIACIÓN ASISTENCIA INTEGRAL LAGUNDUZ, interinidad a tiempo parcial con objeto "sustituir a la trabajadora Marí Trini durante su período de baja por maternidad"; contrato de 19/09/2012 con ASOCIACIÓN ASISTENCIA INTEGRAL LAGUNDUZ, de interinidad a tiempo parcial con objeto sustituir a la misma trabajadora durante su reducción de jornada por guarda legal (15 horas semanales); contrato de 18/02/2013 con LAGUNDUZ 2, S.L. de interinidad a tiempo parcial siendo su objeto sustituir a D^a Elisabeth durante su IT (20 horas semanales); UTE LAGUNDUZ tenía adjudicado el contrato para la gestión del Servicio de Ayuda a Domicilio de Getxo, acordándose la adjudicación a URGATZI, S.L. el 19/05/05; el Pliego de Condiciones Técnicas, en su cláusula 13^o bajo la rúbrica "cláusula de subrogación empresarial", recoge que la entidad adjudicataria deberá subrogar en las obligaciones y responsabilidades a las personas que prestan servicio en la actualidad, figurando en el Anexo III a 50 auxiliares domiciliarias y 11 eventuales, sin que se incluya a la demandante; UTE SAD GETXO entregó a la trabajadora el 30/05/2014 comunicación según la cual se remitían sus datos a la nueva adjudicataria; URGATZI requirió a UTE SAD GETXO la remisión e la documentación correspondiente a los trabajadores cuya subrogación resultaba procedente el 5/08/2015, entregándose la misma el 27/08/2015, pero, ante la falta de cierta documentación, no contenido la entregada ninguna referente a la demandante, remitió el 28/08/2015 fax poniendo de manifiesto tal circunstancia, remitiendo la UTE el listado el 31/08/2015 sin otra documentación; URGATZI no procedió a la subrogación de la trabajadora; es de aplicación el Convenio Colectivo del sector Ayuda a domicilio de Bizkaia - B.O.B. 20/05/14 -, cuyo artículo 47 - bajo la rúbrica "cláusula de subrogación empresarial" - establece las condiciones de adscripción de las auxiliares domiciliarias a la nueva empresa titular de una contrata al término de la concesión previa.

El recurso ha de desestimarse por las razones que ahora se dirán.

Según el artículo 44 ET, existe sucesión de empresa cuando la transmisión de la misma afecta a una entidad económica que mantiene su identidad, entendida ésta última como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria. Según dicho precepto, y en buena lógica, el cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo, o de una unidad productiva autónoma, no extingue por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos por pensiones y, en general, las obligaciones que hubiera adquirido el cedente en materia de protección social complementaria.

La transmisión puede producirse por « *actos inter vivos* » o « *mortis causa* », esto es, por cualquier negocio jurídico capaz de producir la continuación de la actividad, a salvo las particularidades que jurisprudencialmente se han establecido para las sociedades anónimas laborales que continúan actividad de empresas anteriores.

Con carácter general, hay que recordar que se produce la sucesión de empresa y, por tanto, el cambio de titularidad, cuando concurren, según la jurisprudencia, (TS 19-3-02, Rec 4216/00 ; 19-6-02, Rec 4225/00 ; 12-12-02, RJ 1962/03 ; 14-4-03, RJ 5194) dos elementos: uno subjetivo, que consiste en la sustitución de un empresario por otro, sin que sea necesaria la existencia de relaciones contractuales entre ambos, ya que la cesión puede tener lugar a través de un tercero (TJCE 7-3-96, asuntos C-171/94 y C-172/94 ; 11-3-97, asunto C-13/95 ; 24-1-02, asunto C-51/00 ; 20-11-03, asunto C-340/01); y otro elemento objetivo, que supone la entrega real de todos los factores esenciales de la empresa y capaces de asegurar la continuidad del conjunto de sus elementos, tanto el técnico como el organizativo y patrimonial, o, cuando menos, conlleve el traspaso de elementos patrimoniales susceptibles de constituir un soporte productivo dotado de autonomía funcional ¿ STS de 4 de abril de 2005, Rcd. 2423/03 -.

La diversidad de supuestos ha hecho que la jurisprudencia haya introducido importantes matices en orden a la exigencia de este segundo elemento de transmisión de los elementos esenciales de la actividad. Así, se ha declarado que, en supuestos en que, aun no existiendo transmisión de elementos del activo, materiales y/o inmateriales, la denominada mano de obra se constituye en esencial, en términos de número y competencia,



como sucede, por ejemplo, en las contrataciones de limpieza y de vigilancia y seguridad (TJCE 14-4-94, asunto C-392/92; 11-3-97, asunto C-13/95; 10-12-98, asuntos C-173/96 y C-247/96; más claramente 24-1-02, asunto C-51/00; TS 27-10-04, Rec 899/02). En esta misma línea se ha determinado que no es necesario que la transmisión de los elementos materiales se produzca por la empresa originaria, sino que puede efectuarse por el tercero propietario de los mismos, que ni tan siquiera tiene que ceder tal propiedad al sucesor (TJCE 17-12-87, asunto 287/86; 12-11-92, asunto C-209/91; 20-11-03, asunto C-340/01). Por otra parte, en este mismo sentido, hay que recordar también que empieza a cobrar especial importancia la transferencia de otros elementos inmateriales, cual es la clientela en supuestos que ha de considerarse cautiva, como en la cafetería de un hospital; o la analogía de las actividades a desarrollar (TJCE 20-11-03, asunto C-340/01); o la apreciación de que existe una transmisión de los elementos de la adjudicataria inicial a la nueva adjudicataria, supuesto en el que hay que valorar conjuntamente todos los elementos que se transmiten y no sólo los patrimoniales (TJCE 15-12-05, asunto Güney-Görres, C-232/04 y C-233/04).

Doctrina que ha sido expuesta y sistematizada por el Tribunal Supremo, siendo de destacar en este sentido la STS de 5 de marzo de 2013 y Rcd. 3984/11 -, en la que se ha razonado como sigue: "(¿)

TERCERO.- El precepto de derecho interno cuya aplicación o inaplicación determina la decisión del caso es, como ya se ha dicho, el artículo 44 ET, cuya redacción vigente data de la Ley 12/2001, de 9 de julio.

El supuesto de hecho legal, descrito de forma bastante abstracta, es en los términos del apartado 1 de esta disposición el "cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma". La consecuencia jurídica imputada a este supuesto de hecho legal es que "el nuevo empresario" queda en principio "subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior", sin que por tanto el referido cambio de titularidad genere "por sí mismo" la extinción de la relación laboral; el propio título o rúbrica del artículo 44 ET ("Sucesión de empresa") se refiere con una fórmula ya tradicional a este supuesto de hecho y a este efecto de subrogación en las relaciones de trabajo.

El apartado 2 del artículo 44 ET ha procurado aclarar el genérico supuesto de hecho de la norma mediante dos precisiones, una relativa al acto o hecho en que consiste (y que genera) la sucesión de empresa, y otra relativa al objeto de la misma. El cambio de titularidad de la empresa, centro de trabajo o unidad productiva consiste en el hecho o acto de "transmisión" de "una entidad económica que mantenga su identidad". La entidad económica objeto de transmisión ha de ser "entendida como un conjunto de bienes organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria".

La redacción actual (del año 2001) del artículo 44 ET tiene su principal razón de ser en los cambios normativos derivados de las Directivas europeas en esta materia. Estas disposiciones de Derecho comunitario han sido tres; la primera es la Directiva 77/187 CEE, la segunda la Directiva 98/50 CE, y la tercera actualmente en vigor la Directiva CE 2001/23. Tales cambios normativos en el Derecho comunitario, determinantes a su vez de la modificación del artículo 44 ET acaecida en julio de 2001, se han debido en buena medida a la evolución de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, contenida en una multitud de sentencias procedentes algunas de ellas de cuestiones prejudiciales planteadas por tribunales de justicia españoles.

La jurisprudencia de esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo establecida para la anterior redacción del artículo 44 ET había mantenido que para que existiera transmisión de empresa era necesario que se hubiera producido una transmisión al cesionario de los elementos patrimoniales que configuran la infraestructura u organización empresarial básica de la explotación. Pero esta doctrina jurisprudencial ha sido modificada en parte, a raíz de la entrada en vigor de la nueva redacción del repetidamente citado artículo 44 ET, para adaptarse a la ampliación del supuesto de hecho legal que dicha redacción ha traído consigo.

Exponentes recientes de esta línea jurisprudencial, cuyo arranque se remonta a varias sentencias del año 2004, son entre otras las sentencias de 28 de abril de 2009 (rcud 4614/2007) y de 7 de diciembre de 2011 (rcud 4665/2010), en las que se citan abundantes precedentes tanto de la jurisprudencia comunitaria como de nuestra jurisprudencia.

En estas dos sentencias de la Sala se ha inspirado el resumen de la doctrina jurisprudencial comunitaria y española que se expone a continuación, resumen en el que, en aras a la claridad de una exposición ya de por sí bastante compleja, se omiten las referencias a las sentencias precedentes.

CUARTO.- La doctrina general sobre la subrogación en las relaciones de trabajo establecida en el artículo 44 ET se puede resumir distinguiendo de un lado los puntos que se refieren al hecho o acto de la transmisión de empresa y de otro lado los relativos al objeto de dicha transmisión.

En cuanto al objeto de la transmisión en los supuestos de sucesión de empresa, deben destacarse aquí los siguientes puntos de nuestra doctrina jurisprudencial:



- 1) el objeto de la transmisión ha de ser "un conjunto organizado de personas y elementos que permita el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio";
- 2) dicho objeto "no entraña necesariamente elementos significativos de activo material o inmaterial" reduciéndose "en determinados sectores económicos como los de limpieza y vigilancia" "a su mínima expresión", en tanto en cuanto "la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra";
- 3) de lo anterior se desprende que "un conjunto organizado de trabajadores que se hallan específicamente destinados de forma duradera a una actividad común puede constituir una entidad económica [objeto de la transmisión determinante de la sucesión de empresa] cuando no existen otros factores de producción";
- 4) por el contrario, no se considera que hay sucesión de empresa "si la actividad de que se trata no descansa fundamentalmente en la mano de obra, sino que exige material e instalaciones importantes, aunque se produzca la continuidad de la actividad por un nuevo empresario y éste asuma un número importante de trabajadores del anterior";
- 5) el mantenimiento de la identidad del objeto de la transmisión supone que la explotación o actividad transmitida "continúe efectivamente" o que luego "se reanude".

En cuanto a los hechos o actos de transmisión los puntos doctrinales a destacar para la decisión del caso son los siguientes:

- 6) La expresión del artículo 44.1 ET "transmisión de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva" es equivalente a la expresión del artículo 1 a) de la Directiva comunitaria vigente "traspaso de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o centros de actividad";
- 7) el acto o hecho de "transmisión de un conjunto de medios organizados" no requiere necesariamente que haya transmisión de elementos patrimoniales del cedente al cesionario;
- 8) tampoco es imprescindible que exista en la transmisión de empresas o unidades productivas una vinculación contractual directa entre cedente y cesionario, vinculación o tracto directo que tiene un mero valor indiciario de la existencia de sucesión de empresa;
- 9) puede producirse, por tanto, la cesión o transmisión de empresas o unidades productivas a través o por mediación de un tercero propietario, arrendador, o dueño de la obra.

Dos puntos doctrinales más de carácter general conviene reseñar de la jurisprudencia en la materia, que se desprenden en realidad de los anteriores, pero que no está de más resaltar para la solución del caso controvertido o de otros semejantes:

- 10) para determinar en un supuesto concreto si se reúnen los requisitos necesarios para la transmisión de una empresa o unidad productiva "han de tomarse en consideración todas las circunstancias de hecho características de la operación de que se trate", entre ellos "el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate", "el que se hayan transmitido o no elementos materiales como edificios o bienes muebles", "el valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión", "el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores", "el que se haya transmitido o no la clientela", "el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión" y "la duración de una eventual suspensión de dichas actividades";
- 11) la obligación de subrogación en las relaciones de trabajo ("sucesión de empresa") generada en los supuestos normativos reseñados de la normativa comunitaria y del artículo 44 ET opera por imperativo de la ley (*ope legis*), sin requerir la existencia de un acuerdo expreso entre las partes del contrato de trabajo. (¿)".

Pues bien, la aplicación de esta doctrina al caso que nos ocupa nos lleva a la desestimación del recurso. En efecto, basa la empresa UTE SAD GETXO este único motivo de infracción jurídica en el hecho de que la demandante estaba adscrita en exclusiva al Servicio de Ayuda Domiciliaria de Getxo, por lo que debió ser subrogada por URGATZI ex lege por aplicación del precitado artículo 44 ET . Sin embargo, lo que no concurre es, precisamente, el hecho básico del que parte la empresa recurrente, toda vez que la instancia no ha considerado acreditado que Dña. Virginia prestara servicios para el servicio contratado por el Ayuntamiento de Getxo, cuestión a la que dedica el fundamento de derecho quinto de la Sentencia, en el que aborda esta cuestión con un detallado análisis de la prueba practicada y concluyendo que " lo que no puede admitirse con una mínima seguridad es que la trabajadora demandante estuviera adscrita al servicio de ayuda a domicilio del Ayuntamiento de Getxo ", recordando que sus funciones eran de carácter administrativo. De este modo, como la instancia concluye, la empresa URGATZI, que se adjudicó tal servicio, no venía obligada a subrogar en su plantilla a la demandante, por lo que debió seguir prestando sus servicios para la ahora recurrente y que al haber decidido ésta la extinción del contrato, ello constituyó un despido improcedente.



Pronunciamiento que, como se ha dicho, debemos confirmar. A ello no obstan otras decisiones de esta Sala como la plasmada en Sentencia de 20 de septiembre de 2016 ¿ Rec. 1606/16 -, en la que se partía de la prestación de servicios de la entonces demandante para el servicio de atención domiciliaria para el Ayuntamiento de Getxo.

CUARTO.- Procede condenar en costas a la recurrente UTE SAD GETXO - ASOCIACIÓN DE ASISTENCIA INTEGRAL LAGUNDUZ ¿ FUNDACIÓN SALUD Y COMUNIDAD - por no gozar del beneficio de justicia gratuita (art. 235-1 Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social), costas en las que se incluirán los honorarios del Letrado de la parte que ha impugnado el recurso, lo que se fija en 100 euros para la parte demandante y en 700 euros para la empresa URGATZI, estando fijado en la norma antedicha el límite máximo en la suma de 1.200 euros en el recurso de suplicación.

FALLAMOS

Que desestimamos el Recurso de Suplicación interpuesto por UTE SAD GETXO - ASOCIACIÓN DE ASISTENCIA INTEGRAL LAGUNDUZ ¿ FUNDACIÓN SALUD Y COMUNIDAD - ,frente a la Sentencia de 18 de Mayo de 2016 del Juzgado de lo Social nº 5 de Bilbao , en autos nº 809/15, confirmando la misma en su integridad.

Se condena en costas a la parte recurrente, incluyendo los honorarios del letrado de la parte impugnante del recurso, que se fijan en 100 euros para la parte demandante y en 700 euros para la empresa URGATZI.

Se decreta la pérdida de las cantidades objeto de depósito y consignación, a las que se dará legal destino.

Notifíquese esta Sentencia a las partes litigantes y al Ministerio Fiscal, informándoles de que no es firme, pudiendo interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina en los términos y con los requisitos que se detallan en las advertencias legales que se adjuntan.

Una vez firme lo acordado, devuélvase las actuaciones al Juzgado de lo Social de origen para el oportuno cumplimiento.

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

E/

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia en el mismo día de su fecha por la lltma. Sra. Magistrada-Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fé.

ADVERTENCIAS LEGALES .-

Contra esta sentencia cabe recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que necesariamente deberá prepararse por escrito firmado por **Letrado** dirigido a esta Sala de lo Social y presentado dentro de los **10 días hábiles** siguientes al de su notificación.

Además, **si el recurrente hubiere sido condenado en la sentencia, deberá acompañar** , al *preparar* el recurso, el justificante de haber ingresado en esta Sala el importe de la condena; o bien aval bancario en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista. Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social, una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

El recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregado en la secretaría de esta Sala de lo Social al tiempo de *preparar* el recurso, la consignación de un depósito de 600 euros.

Los **ingresos** a que se refieren los párrafos anteriores se deberán efectuar, o bien en entidad bancaria del Banco Santander, o bien mediante transferencia o por procedimientos telemáticos de la forma siguiente:

A) Si se efectúan en una oficina del Banco Santander, se hará en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de dicho grupo número 4699-0000-66-1745-16.

B) Si se efectúan a través de transferencia o por procedimientos telemáticos, se hará en la cuenta número ES55 0049 3569 9200 0500 1274, haciendo constar en el campo reservado al beneficiario el nombre de esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, y en el campo reservado al concepto el número de cuenta 4699-0000-66-1745-16.

Están exceptuados de hacer todos estos ingresos las Entidades Públicas, quienes ya tengan expresamente reconocido el beneficio de justicia gratuita o litigasen en razón a su condición de trabajador o beneficiario del regimen público de la Seguridad Social (o como sucesores suyos), aunque si la recurrente fuese una Entidad Gestora y hubiese sido condenada al abono de una prestación de Seguridad Social de pago periódico, al



anunciar el recurso deberá acompañar certificación acreditativa de que comienza el abono de la misma y que lo proseguirá puntualmente mientras dure su tramitación.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ