



Roj: **STSJ PV 3316/2016 - ECLI: ES:TSJPV:2016:3316**

Id Cendoj: **48020340012016101947**

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

Sede: **Bilbao**

Sección: **1**

Fecha: **18/10/2016**

Nº de Recurso: **1788/2016**

Nº de Resolución: **2030/2016**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **MANUEL DIAZ DE RABAGO VILLAR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

RECURSO Nº: Suplicación / E_Suplicación 1788/2016

N.I.G. P.V. 48.04.4-15/001274

N.I.G. CGPJ 48020.44.4-2015/0001274

SENTENCIA Nº: 2030/2016

SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO

En la Villa de Bilbao, a 18 de octubre de 2016.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, formada por los Ilmos. Sres. D. MANUEL DIAZ DE RABAGO VILLAR, Presidente en funciones, D. FLORENTINO EGUARAS MENDIRI y D. EMILIO PALOMO BALDA 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 D^a Justa contra la sentencia del Juzgado de lo Social num. 8 de los de BILBAO (BIZKAIA) de fecha 3 de noviembre de 2015, dictada en proceso sobre DSP, y entablado por **Justa** frente a AISILAN XXI S.L., AYUNTAMIENTO DE ONDARROA, FOGASA, MANCOMUNIDAD DE LEA ARTIBAI - LEA ARTIBAICO AMANKOMUNAZGOA y Amalia .

Es Ponente el Ilmo Sr. Magistrado D. MANUEL DIAZ DE RABAGO VILLAR, 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:

"PRIMERO.- La actora D^{ña}. Justa, prestó servicios para la empleadora D^{ña} Amalia, con una antigüedad desde el 15/03/2002, categoría profesional de oficial 1^a, y salario bruto mensual de 1.229,68 euros, incluida la parte proporcional de las pagas extras.

SEGUNDO.- La empresa demandada se encuentra dentro del ámbito de aplicación del Convenio Colectivo de Oficinas y Despachos de Bizkaia.

TERCERO.- La empresa ha comunicado a la actora su despido disciplinario, con efectos de 22/12/2014, mediante comunicación escrita que damos por reproducida por obrar al folio 5 de los autos (unido al escrito de demanda).

La empresa ha reconocido en el acto del juicio la improcedencia del despido.



CUARTO.- La actora ha prestado servicios en la oficina de turismo de Ondarroa sin solución de continuidad desde el 15/03/2002.

QUINTO. - La primera empleadora de la actora fue MANCOMUNIDAD DE LEA ARTIBAI, que gestionaba los servicios de turismo de Ondarroa, Markina-Xemein y Lekeitio. Se tiene por reproducidos los contratos de trabajo suscritos por la actora con dicha entidad (doc. nº 4 actora), que finalizó la relación laboral el 31/05/2006.

Desde el 1/06/2006, el Ayuntamiento de Ondarroa se hizo cargo de la gestión de la oficina de turismo, adjudicando el servicio a AISILAN XXI, S.L., con la que la actora suscribió contrato de trabajo de la misma fecha, que damos por reproducido (doc. nº 3 actora). Se tienen por reproducidos los pliegos de cláusulas administrativas particulares que va a regir la contratación del servicio de gestión de la oficina de turismo de Ondarroa de los años 2010 y 2014, y los contratos de servicio de gestión de dicha oficina suscritos entre AISILAN XXI, S.L. y el Ayuntamiento de Ondarroa (aportados por AISILAN XXI, S.L.).

El 1/06/2014 el Ayuntamiento de Ondarroa adjudicó el servicio a la demandada DÑA. Amalia , con la que la actora suscribió contrato de trabajo. Se tiene por reproducido el pliego de condiciones de la adjudicación de la gestión de la oficina de turismo de Ondarroa en el año 2014, el proyecto presentado por la demandada Sra. Amalia y las memorias correspondientes al periodo comprendido entre los años 2007-2014 (folios 183 a 379 autos).

SEXTO.-Se tiene por reproducida la descripción técnica de la oficina de turismo de Ondarroa confeccionada por el Ayuntamiento de Ondarroa, de fechas 10/03/2010 y 18/03/2014. En ellas se describe que la prestación del servicio consiste en la gestión de la oficina de turismo de Ondarroa, la sala de exposiciones de la Antigua Cofradía, la sala de usos polivalente y su equipamiento audiovisual. En cuanto a los medios materiales, el Ayuntamiento de Ondarroa se ocupa del mantenimiento de la oficina así como de su equipo, de los materiales de oficina y de los consumibles. En cuanto a medios humanos, se precisan dos personas para la gestión (doc. nº 9 y 10 actora).

SEPTIMO.- La demandante no ha ostentado cargo de representación legal durante el tiempo de la relación laboral con la demandada.

OCTAVO.- Se ha intentado conciliación previa en vía administrativa".

SEGUNDO .- La parte dispositiva de la Sentencia de instancia dice:

"Que estimando en lo sustancial la demanda formulada por DÑA. Justa contra AISILAN XXI S.L., MANCOMUNIDAD DE LEA ARTIBAI - LEA ARTIBAICO AMANKOMUNAZGOA, AYUNTAMIENTO DE ONDARROA, Amalia y FOGASA, declaro improcedente el despido operado el día 22/12/2014, condenando a la empleadora demandada DÑA. Amalia a que en el plazo de CINCO días a contar desde la notificación de esta resolución opten entre readmitir a la demandante en su puesto de trabajo en las mismas condiciones y efectos que tenía o a indemnizarle por la extinción de la relación laboral con la cantidad de 21.932,10 euros.

Para el caso de optarse por la readmisión, la empresa deberá abonar a la trabajadora los salarios de tramitación dejados de percibir a razón de 40,43 euros/día desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia o hasta que la actora encontrara otro empleo si dicha colocación fuera anterior a esta sentencia y se acreditara por el empleador lo percibido para su descuento de los salarios de tramitación. La condenada deberá poner en conocimiento del Juzgado en el plazo antes expresado de CINCO DÍAS si optan o no por la readmisión, entendiéndose que optan por la readmisión en el caso de no verificarlo.

Todo ello sin perjuicio de la responsabilidad que pudiera corresponder al FOGASA.

Se absuelve a los demandados AISILAN XXI S.L., MANCOMUNIDAD DE LEA ARTIBAI - LEA ARTIBAICO AMANKOMUNAZGOA, AYUNTAMIENTO DE ONDARROA, de las pretensiones formuladas en su contra"

TERCERO .-Tras optar por la indemnización y anunciar recurso de suplicación, consignando el importe de aquélla y el depósito de trescientos euros, la condenada lo formalizó, oponiéndose al mismo la demandante, en tanto que Aisilan XXI SL lo consideró inadmisibile, aunque luego pedía su estimación, oponiéndose la recurrente a la no admisión en trámite de alegaciones.

CUARTO .- El 20 de septiembre de 2016 se recibieron las actuaciones en esta Sala, deliberándose el recurso el 11 de octubre siguiente, interviniendo el magistrado Sr. EMILIO PALOMO BALDA en vez del Sr. Iturri por la ausencia justificada de éste.

FUNDAMENTOS DE DERECHO



PRIMERO. - D^a Amalia recurre en suplicación, ante esta Sala, la sentencia del Juzgado de lo Social nº 8 de Bilbao, de 3 de noviembre de 2015, que ha declarado improcedente el despido disciplinario de que hizo objeto a D^a Justa el 22 de diciembre de 2014, condenándola a readmitirla y pagarla los salarios dejados de percibir, a razón de 40,43 euros/día, o, si así lo elige la recurrente (como hizo), indemnizarla con 21.932,10 euros.

Su recurso cuestiona ese pronunciamiento únicamente en cuanto a la cuantía de la indemnización, que considera debió calcularse en función de una antigüedad de 1 de junio de 2014 en lugar de la que ha tenido en cuenta (15 de marzo de 2002) por considerar el Juzgado, a su juicio indebidamente, que ha habido sucesión empresarial desde que en la fecha últimamente citada inició la prestación de sus servicios en la oficina de turismo de Ondarroa, siendo empleadora la Mancomunidad de Lea Artibai, pasando a tener esta condición desde el 1 de junio de 2006 Aisilan XXI SL como contratista del servicio de gestión de dicha oficina, adjudicada por el Ayuntamiento de Ondarroa que pasó a ser entonces el titular del servicios, manteniéndose en la contrata de 2010 y pasando a adjudicarse a la recurrente con efectos del 1 de junio de 2014.

Consta acreditado, junto a lo ya expuesto, que es el Ayuntamiento de Ondarroa quien se encarga del mantenimiento de la oficina y de su equipamiento, materiales de oficina y consumibles, precisándose dos personas para la gestión. Los pliegos de cláusulas de las contratas no establecen deber de subrogación, suscribiendo la demandante contrato de trabajo con cada una de las dos contratistas del servicio, tras el inicial concertado con la Mancomunidad, todos ellos por obra o servicio determinado vinculados a esa oficina de turismo. Con inequívoco valor fáctico, se dice en el fundamento de derecho tercero, que la demandante era la única trabajadora de la oficina bajo la Mancomunidad, mientras que con Aisilan XXI SL había un trabajador de apoyo los fines de semana hasta el 1 de junio de 2010, en que pasó a trabajar de manera ordinaria la hoy recurrente también como trabajadora de esa contratista, sin que los pliegos de condiciones ni el convenio de aplicación dispusieran el deber de subrogación. Para el Juzgado lo que ha habido es un supuesto de sucesión de plantillas.

El recurso empresarial considera que se ha aplicado indebidamente el art. 44 del Estatuto de los Trabajadores (ET) y se han infringido los arts. 120 y 145.1 del Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), ya que la contratista saliente no le ha transmitido nada, siendo los bienes materiales de la oficina bien de la Mancomunidad o, luego, del Ayuntamiento, que son indisponibles. Con carácter previo quiere revisar el hecho probado primero en el extremo referido a la antigüedad de la demandante, a fin de que conste que era la de 1 de junio de 2014, con base en el contrato de trabajo suscrito entonces y nómina de ese mes.

Se ha opuesto al recurso la demandante, mientras que Aisilan XXI SL se ha adherido al mismo para el caso en que se admita a trámite, a lo que se opone por considerar que se articula defectuosamente, lo que ha motivado su impugnación por la recurrente.

SEGUNDO. - Ninguna tacha jurídica hay que oponer al recurso empresarial, cuyo escrito de formalización cumple satisfactoriamente con las cargas que le exige el art. 196.2 y 3 LJS, al proponer una revisión de hechos probados con texto alternativo, invocación de prueba documental en que se basa y explicación de su relevancia jurídica, en tanto que el motivo destinado a denunciar las infracciones jurídicas precisa las concretas normas que estima vulneradas, con la debida fundamentación y claridad.

TERCERO. - La Sala admite el motivo inicial del recurso, únicamente como expresión de la antigüedad que la recurrente reconoce a D^a Justa, sin prejuzgar con ello si se está o no ante un supuesto de sucesión de empresa cada vez que cambiaba el empleador de ésta con los sucesivos contratistas de la gestión de la oficina de turismo de Ondarroa.

CUARTO. - A) En nuestra legislación, a efectos laborales, existe sucesión de empresa cuando exista una transmisión de una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, sea esencial o accesorio (art. 44.2 ET).

El siguiente paso a considerar radica en advertir que el requisito de "transmisión" no está sujeto, legalmente, a unos determinados negocios jurídicos ni se exige que sea directa entre el anterior y el nuevo titular de la entidad económica, por lo que concurre siempre que se advierta que ésta subsiste, en su identidad (entendida como el precepto lo dice), bajo un titular distinto al anterior, debiendo resaltar que cuando se quiere eludir las consecuencias jurídicas que lleva consigo, suele resultar habitual que se oculte la transmisión de la misma como un todo.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea tiene dicho (fundamento de derecho 39 de su sentencia de 26-Nv-15, asunto C-509/2014) que ya *"¿ha declarado que la circunstancia de que los elementos materiales asumidos por el nuevo empresario no pertenecieran a su antecesor, sino que simplemente fueran puestos a su disposición por la entidad contratante, no puede excluir la existencia de una transmisión de empresa en el sentido de esa Directiva (véase, en este sentido, la sentencia Abler y otros, C-340/01, EU:C:2003:629, apartado 42)."*



La sucesión, según el art. 44.1 ET, no tiene por qué ser de la totalidad de una empresa, pudiendo ser de parte de ella, entendiendo por tal tanto alguno de sus centros de trabajo o incluso de otros elementos de la misma susceptibles de explotación propia (= unidad productiva autónoma).

La transmisión ¿directa, indirecta o disimulada, sea de la empresa en su conjunto, de alguno de sus centros o unidades productivas autónomas- ha de ser, sin embargo, del conjunto de medios organizados con que se lleva a cabo una determinada actividad económica, lo que excluye la concurrencia del supuesto si únicamente lo es de una parte de esos medios, salvo que los no asumidos sean elementos accesorios para su desarrollo, por lo que en los casos de actividades económicas en las que los medios patrimoniales carecen de relevancia, siendo lo esencial, los medios humanos (caso, por ejemplo, de contratos de limpieza, vigilancia, etc), bastará con que el nuevo titular la lleve a cabo con el núcleo esencial de la plantilla del titular anterior, bien por obligación convencional o por mera asunción voluntaria de sus trabajadores, en criterio sentado por la jurisprudencia comunitaria (sentencias de 20 de noviembre de 2003, asunto C- 340/2001 - y 20 de enero de 2011, asunto C-463/2009, entre otras). Doctrina comunitaria que nuestro Tribunal Supremo ha hecho suya a partir de sus sentencias de 20 y 27 de octubre de 2004 (RCUD 4424/2003 y 899/2002). Cambio de doctrina expresamente reconocido por la propia Sala en la segunda de esas sentencias (que tiene el valor añadido de estar dictada en Sala General) y reiterado en su sentencia de 4 de abril de 2005 (RCUD 2423/2003), o, entre otras muchas, las 29 de mayo de 2008 (RCUD 3617/2006, también de Sala General), 27 de junio de 2008 (RCUD 4773/2006), 28 de abril de 2009 (RCUD 2614/2007) y 23 de octubre de 2009 (RCUD 2684/2008), que se mantiene en sus pronunciamientos de la década actual.

Sucesión de empresa que causa diversos efectos jurídicos, entre los que ahora interesa destacar los siguientes: 1) el deber de subrogación del nuevo titular en los contratos de trabajo del empresario anterior, asumiendo sus derechos y obligaciones laborales y de seguridad social, incluyendo los compromisos de pensiones en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente (art. 44.1 ET); 2) en las transmisiones por actos entre personas vivas, la responsabilidad solidaria de ambos, durante los tres años siguientes a la transmisión, en las obligaciones laborales nacidas antes de la transmisión y pendientes de satisfacer (art. 44.3 ET); 3) la responsabilidad solidaria de ambos en las obligaciones nacidas después de la transmisión, cuando ésta fuese declarada delictiva (art. 44.3 ET).

B) Si, a la luz de lo expuesto, analizamos el caso de autos, hemos de concluir en que existe un supuesto sucesivo de sucesión de empresa del art. 44 ET, en su vertiente de sucesión patrimonial (que no de plantillas), desde la Mancomunidad de Lea Atibai a Aisilan XXI SL y de ésta a la recurrente, dado que la gestión de la oficina de turismo de Ondarroa ha sido objeto de sucesivas transmisiones, disponiendo los dos últimos contratistas del servicio de los mismos y relevantes medios materiales con que se realiza esa gestión (el local y el equipo de la oficina, esencialmente), siendo irrelevante que los usen por puesta a disposición de su propietario, el Ayuntamiento de Ondarroa, sin que obste a ello que en los pliegos de condiciones no se impusiera el deber de subrogación, ya que éste nace, en este caso, del propio art. 44 ET, mientras que el deber informativo que impone el art. 120 TRLCSP se extiende sólo a los casos en que la fuente del deber de subrogación contractual es el propio pliego de condiciones y no, como aquí sucede, lo dispuesto en el art. 44 ET. D^a Amalia atiende esa contrata con los mismos medios con que lo hacía Aisilan XXI SL y antes lo hizo la Mancomunidad de Lea Artibai integrada por el Ayuntamiento de Ondarroa junto a otros, debiendo resaltar que también se vale de los mismos medios personales, por lo que debió subrogarse en el vínculo laboral que D^a Justa mantenía (en lugar de asumir sus servicios como nueva contratación), como antes debió hacerlo Aisilan XXI respecto a la iniciada con la Mancomunidad, sin que esa falta de reconocimiento por dichos empleadores obste a que podamos mantener la unidad del vínculo contractual, ya que la prestación de servicios ha mantenido una continuidad ininterrumpida desde que empezó a trabajar para éste en marzo de 2002, razón por la que no le era exigible impugnar por despido una situación que, de hecho, se revelaba como de continuidad contractual y que en modo alguno habría podido prosperar por cuanto que los nuevos contratistas habían asumido su contratación, sin que la mera circunstancia de que no la reconocieran como continuación del vínculo previo sea un hecho determinante de despido.

El recurso, en consecuencia, se desestima.

QUINTO.- Dicho resultado lleva consigo, como pronunciamientos accesorios: a) la pérdida del depósito de trescientos euros y del importe de condena consignados, que deberán ingresarse en el Tesoro Público y aplicarse al cumplimiento de la sentencia respectivamente, una vez sea firme ésta (art. 204.1 y 4 LJS); b) la condena al pago de las costas causadas por el recurso, incluidos cuatrocientos euros como honorarios de cada letrado devengados en su impugnación (art. 235.1 LJS)



FALLAMOS

1º) Se desestima el recurso de suplicación interpuesto por la representación legal de D^a Amalia contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 8 de Bilbao, de 3 de noviembre de 2015, dictada en sus autos nº 132/2015), seguidos a instancias de D^a Justa, frente a la hoy recurrente, Aisilan XXI SL, Ayuntamiento de Ondarroa, Mancomunidad de Lea Artibai y el Fondo de Garantía Salarial, sobre despido, confirmando su pronunciamiento.

2º) Una vez firme esta resolución, ingrédese en el Tesoro Público el depósito de trescientos euros y aplíquese al cumplimiento de la sentencia el importe de condena consignado.

3º) Se condena a la recurrente al pago de las costas causadas por su recurso, incluidos cuatrocientos euros como honorarios de cada letrado devengados en su impugnación.

Notifíquese esta sentencia a las partes 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, devuélvanse las actuaciones al Juzgado de lo Social de origen para el oportuno cumplimiento.

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

E/

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

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 4699-0000-66-1788-16.

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 4699-0000-66-1788-16.

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 régimen 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.