



Roj: **STSJ PV 881/2017 - ECLI:ES:TSJPV:2017:881**

Id Cendoj: **48020340012017100595**

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

Sede: **Bilbao**

Sección: **1**

Fecha: **14/03/2017**

Nº de Recurso: **393/2017**

Nº de Resolución: **632/2017**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **MODESTO IRURETAGOYENA ITURRI**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

RECURSO Nº: Suplicación / E_Suplicación 393/2017

N.I.G. P.V. 48.04.4-14/010292

N.I.G. CGPJ 48020.44.4-2014/0010292

SENTENCIA Nº: **632/2017**

SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO

En la Villa de Bilbao, a 14 de marzo de 2017.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, formada por los/as Iltmos/as. Sres/as. D. PABLO SESMA DE LUIS, Presidente en funciones, D. MODESTO IRURETAGOYENA ITURRI y D^a ANA ISABEL MOLINA CASTIELLA, Magistrados/as, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

S E N T E N C I A

En el Recurso de Suplicación interpuesto por AQUARBE S.A.U. y CONSORCIO DE AGUAS DE BUSTURIALDEA contra la sentencia del Juzgado de lo Social num. Cuatro de los de BILBAO (BIZKAIA) de fecha 6 de octubre de 2016, dictada en proceso sobre DSP, y entablado por Felipe frente a **AQUARBE S.A.U., CONSORCIO DE AGUAS DE BUSTURIALDEA y FONDO DE GARANTIA SALARIAL**.

Es Ponente el Iltmo. Sr. Magistrado D. MODESTO IRURETAGOYENA ITURRI, 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.- El demandante Felipe ha venido prestando servicios por cuenta y órdenes de AQUARBE S.A.U., con antigüedad de 1-7-1991, categoría profesional de 2P1 y salario mensual con inclusión de parte proporcional de pagas extra de 2.275,94 euros. Se tiene por reproducido el informe de vida laboral del trabajador (documento nº 1 de su ramo de prueba).

SEGUNDO.- El Consorcio de Aguas de Busturialdea (a partir de ahora el CONSORCIO) es el propietario de todas las instalaciones allí existentes, de las estaciones de tratamiento de agua potable de Burgoa, Bermeo, Busturia, Forua, Mendata y Ea; de las estaciones depuradoras de aguas residuales de Gernika, Elantxobe, Ibarrangelu, Ea, Laida y Laga; y de los bombeos de Larrazabale, Burgoa y Busturia.



Se rige por unos Estatutos, publicados en el BOB de 26 de agosto de 2004, y redactados de conformidad a lo establecido en la Norma Foral 3/1995, de 30 de marzo.

TERCERO.- Desde su constitución ha licitado mediante el correspondiente concurso público la adjudicación del servicio de explotación, mantenimiento y conservación de las unidades antes referidas, así como las unidades de control y vigilancia de todos los municipios dependientes de tal CONSORCIO.

Fue AQUARBE S.A.U. (AQUARBE en adelante), antes AGUAS DEL NORTE y AQUAGEST, la adjudicataria de todas las contrata, incluida la de 2008 y que es la correspondiente a la última licitación. La ahora afectada fue objeto de varias prórrogas, venciendo la última el 3 de septiembre de 2014.

CUARTO.- El Consejo General del CONSORCIO decidió asumir la gestión integral de la explotación de las instalaciones referidas el primer ordinal, en reuniones celebradas el 12 de noviembre de 2013 y 4 de agosto de 2014. En esta última acordó, entre otras cuestiones que se dan por reproducidas, que para el mantenimiento de las susodichas estaciones, se contrataría personal propio acudiendo a la modalidad de "*contrato laboral deduración determinada interino*".

QUINTO.- El 6 de febrero de 2014 se publicó en el BOB las bases generales y específicas para la creación de una Bolsa de trabajo por parte del CONSORCIO. Dicha convocatoria ha sido impugnada por AQUARBE, estando al momento de celebrarse la vista oral pendiente de dilucidarse dicha impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

A dicha Bolsa se apuntaron trabajadores de esta última empresa ya en el mes de Marzo y al ser conocedores de la decisión relacionada en el ordinal que precede.

SEXTO.- El siguiente 20 de marzo, AQUARBE comunicó al Sr. Felipe , representante de los trabajadores y afiliado a su vez al Sindicato ELA, también a la plantilla en su conjunto, así como al CONSORCIO, que los trabajadores debían pasar subrogados a este último, en base a lo expuesto en el art. 44 del E.T . y art. 53, del Convenio Colectivo Estatal de las Industrias de Captación , Elevación, Conducción, Tratamiento, Distribución, Saneamiento y Depuración de Aguas Potables y Residuales (CC en adelante).

SÉPTIMO.- Tras la negativa del CONSORCIO a subrogar al personal adscrito a la contrata, AQUARBE decidió el 26 de agosto, también de 2014, iniciar los trámites de despido colectivo para 17 personas, de un total de 88 trabajadores que tenía en su plantilla e incardinados en los 12 centros de trabajo que a su vez dispone en toda España.

No obstante, el Sr. Sabino , uno de los involucrados, causó baja voluntaria con posterioridad.

OCTAVO.- El periodo de consultas finalizó el 3 de septiembre de 2014, con el resultado de sin acuerdo. A tal efecto se celebraron hasta cuatro reuniones previas.

Al día siguiente dejaron de prestar servicios efectivos. No obstante, en la carta de despido individualizado que con esa finalidad se les entregó el 11 de ese mismo mes, les indicaron que tendría efectos del siguiente 29; señalando, igualmente, que hasta esa fecha permanecerían en situación de licencia retribuida y permitiéndoles compatibilizar esa situación con cualquier otro trabajo con empresa distinta

La Inspección de Trabajo y Seguridad ha elaborado el correspondiente informe el 23 de septiembre. Su contenido se tiene por reproducido y a estos solos efectos.

NOVENO.- Con anterioridad al 15 de septiembre de 2014, la plantilla del CONSORCIO estaba compuesta por 29 trabajadores. Eran 50 al momento del juicio, puesto que habían contratado a otros 21, para ejecutar las labores que antes desarrollaba AQUARBE. Estos últimos y previamente a ser contratados, tuvieron que superar una prueba teórica y otra práctica

De la plantilla que de AQUARBE fueron incluidos en el despido colectivo, son 9 los que actualmente trabajan en el CONSORCIO, habiendo sido rechazados otros 7 y por diversos motivos. Los citados 9 han firmado un nuevo contrato con el CONSORCIO. Ocupan el mismo puesto de trabajo y realizan las mismas funciones que venían ejecutando con anterioridad.

DÉCIMO.- Con independencia de las instalaciones reseñadas en el primer hecho probado, AQUARBE era propietaria de siete vehículos, de un camión cisterna y EPIs para todos los trabajadores; elementos todos ellos destinados a la ejecución de la contrata. Finalizada que fue, ha procedido a retirar todo ese material, ya que fue rechazado su ofrecimiento por el CONSORCIO.

UNDÉCIMO.- AQUARBE aplicaba a sus trabajadores el IV Convenio Colectivo Estatal de referencia, para el periodo 2011-2014.



A su vez, el CONSORCIO se viene rigiendo por el Convenio Colectivo de Udalhitz, que es el que regula las relaciones laborales de las entidades locales en esta Comunidad Autónoma.

DUODÉCIMO.- Presentada demanda de impugnación de despido colectivo por la Confederación sindical ELA y D. Felipe, este último en calidad de delegado de personal, por Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 22/03/2016 se falló "Que estimamos parcialmente la demanda de despido colectivo formulada por la Confederación Sindical ELA y D. Felipe, este último en su calidad de delegado de personal, y declaramos como no ajustado a derecho el despido colectivo que tuvo lugar con efectos de 26 de septiembre de 2014, condenando en consecuencia a Aquarbe S.A.U y al Consorcio de Aguas de Busturialdea, a estar y pasar por esta declaración."

DECIMOTERCERO.- El trabajador recibió comunicación individual de despido fechada a 11/09/2014 y con efectos al 26/09/2014 conforme al documento anexo con la demanda.

DECIMOCUARTO.- Con fecha 11-9-2014 el actor ha pasado a incorporarse a la empresa CONSORCIO DE AGUAS BUSTURIALDEA.

DECIMOQUINTO.- El actor ostenta la condición de delegado de personal.

DECIMOSEXTO.- Se ha celebrado el preceptivo acto de conciliación."

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

"**ESTIMO** la demanda formulada por Felipe frente a AQUARBE S.A.U. y CONSORCIO DE AGUAS DE BUSTURIALDEA, declaro el despido causado al actor como improcedente y, en su consecuencia, condeno solidariamente a las citadas empresas, a que en el plazo de cinco días siguientes a la notificación de esta sentencia procedan a la readmisión del trabajador en las mismas condiciones de que disponía antes del despido, con devolución por éste de la indemnización percibida, o al abono de la indemnización de 69.587,64 euros, de la que deberá deducirse lo recibido en concepto de indemnización, correspondiendo al actor la opción entre la readmisión o la indemnización, y, tanto si opta por la indemnización como si lo hace por la readmisión, el trabajador tendrá derecho a los salarios de tramitación, que equivaldrán a una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir, a razón de 74,83 euros al día, desde la fecha de despido (26-9-2014) hasta la notificación de esta sentencia o hasta que hubiere encontrado otro empleo, si tal colocación fuese anterior a la sentencia y el empresario acreditase lo percibido para su descuento de los salarios de tramitación."

TERCERO .- Frente a dicha resolución se interpuso el Recurso de Suplicación, que fue impugnado por las partes contrarias.

CUARTO.- El Magistrado Sr. D. JUAN CARLOS BENITO-BUTRON OCHOA encontrándose de permiso oficial en la jornada de la deliberación y fallo del presente recurso ha sido sustituido por el Magistrado Sr. D. PABLO SESMA DE LUIS.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Estimada por la sentencia de instancia la demanda por despido presentada por D. Felipe frente a Aquarbe SAU y Consorcio de Aguas de Busturialdea a raíz de la comunicación individual de despido fechada el 11.9.2014 y con efectos desde el 26.9.2014 que le hizo la primera de las citadas como consecuencia del despido colectivo seguido -que afectó a 17 trabajadores- tras la negativa del Consorcio a subrogarles cuando asumió, con reversión del servicio, la gestión integral de la explotación de las estaciones de tratamiento de aguas que anteriormente había adjudicado a Aquarbe, de tal forma que el Juzgado, interpretando la sentencia dictada por esta Sala el 22.3.2016 en los autos nº 39/2014 que dio respuesta a la impugnación del despido colectivo, estima la pretensión del Sr. Felipe declarando la improcedencia de su despido y condena solidariamente a las dos codemandadas, por las representaciones letradas de las dos se interponen sendos recursos de suplicación dirigidos al examen del derecho aplicado, de forma que el Consorcio pide su absolución con condena exclusiva de Aquarbe, mientras que ésta mercantil pide la declaración contraria, es decir, que la única condenada sea el Consorcio. Cada uno de los recursos es impugnado por la otra codemandada.

SEGUNDO.- Los motivos únicos de ambos recursos, por el cauce procesal previsto en el art. 193 c) de la LRJS, denuncian lo siguiente:

-El Consorcio considera infringidos el art. 53.5 del Estatuto de los Trabajadores en relación con los arts. 56.1 y 44 del mismo texto legal y con la jurisprudencia que impide operar la garantía del art. 44 del ET cuando el contrato se ha extinguido por la anterior empleadora (STS de 27.4.2016, rec. 336/2015). Sostiene que la decisión de despido colectivo llevada a cabo por Aquarbe y su consideración judicial (por esta Sala) de



que no fue ajustado a derecho no permiten que el Juzgado, al amparo de la sentencia ya dictada, condene solidariamente al Consorcio, puesto que los efectos derivados del despido llevado a cabo por la empresa saliente solo le pueden afectar a ella sin que entre en juego el art. 44 del ET . Considera que no puede extraerse lo contrario de la posterior sentencia dictada por esta Sala el 8.11.2016 (rec. 2168/2016) al resolverse sobre la demanda por despido presentada por otro de los trabajadores afectados por el despido colectivo.

-Auarbe denuncia la infracción de los arts. 44 del Estatuto de los Trabajadores , 24 de la Constitución Española , 207 , 222 y 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la jurisprudencia que resulta de aplicación, con mención de la sentencia de esta Sala de 8.11.2016 (rec. 2168/2016) que se pronuncia en su supuesto idéntico al presente. Dice que, partiendo de la sentencia de esta Sala de fecha 22.3.2016 que declaró no ajustada a derecho la decisión extintiva colectiva de Auarbe porque lo procedente hubiera sido la sucesión empresarial con el Consorcio, y dado que ese pronunciamiento declarativo exigía acudir posteriormente a la vía individual, por el efecto de cosa juzgada derivado de aquél pronunciamiento (art. 124.13.b.2º de la LRJS), no cabe la condena solidaria establecida en la sentencia recurrida sino únicamente la de la empresa entrante (el Consorcio) en virtud del art. 44 del ET .

Pues bien, precisando en primer lugar que la sentencia de fecha 8.11.2016 (recurso 2168/2016) invocada por las dos recurrentes resuelve un supuesto asimilable al presente, y que ha sido ponente de la misma el mismo Magistrado que lo fue en la sentencia de fecha 22.3.2016 que resolvió sobre la demanda de impugnación del despido colectivo, quedando concretada así de la mejor forma -con corrección de lo resuelto en la instancia- el alcance derivado del pronunciamiento inicial de la Sala, lo que ha motivado que en recursos posteriores derivados de demandas individuales presentadas por otros trabajadores afectados se haya compartido la misma interpretación (así, en sentencias de 21.2.2017 y 28.2.2017 , recursos 305/2017 y 296/2017), en este caso hacemos igual pronunciamiento señalando, como se dice en la última de las ahora referidas, que:

<< En efecto, en la sentencia 8 de noviembre de 2016 (rec. 2168/16), recaída en los autos de despido seguidos a instancia de un compañero del actor, que a diferencia de él fue contratado posteriormente por el ente público, se hace una exégesis de la resolución objeto de polémica desde una perspectiva sistemática, llegando a la conclusión de que lo que en ella se decidió es que el Consorcio había sucedido a Auarbe en la gestión del servicio en términos que resultaban subsumibles en los contemplados en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores , lo que es tanto como decir que el citado Organismo estaba legalmente obligado a subrogarse en los contratos de los trabajadores afectos a la contrata y que no concurrían las causas organizativas y productivas alegadas por la adjudicataria para proceder cautelarmente a la extinción de aquellos, que es lo que se deduce de la lectura completa de la sentencia.

Lo dicho es razón suficiente para estimar el recurso interpuesto por Auarbe y rechazar el entablado por el Consorcio al haber dado el órgano de instancia recta aplicación al artículo 124.13.b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social .

Sin embargo, y saliendo al paso de los argumentos que esgrime el Letrado del mencionado Organismo, resulta conveniente añadir tres consideraciones de interés.

I.- La primera gira en torno a la pretendida inadecuación del procedimiento de despido colectivo para pronunciarse sobre la sucesión empresarial; al respecto, hay que recordar que esa temática ya fue abordada y resuelta en la sentencia de despido colectivo en sentido contrario al postulado por el Consorcio, que se aquietó a la misma, por lo que dicho pronunciamiento devino firme, no pudiendo ser revisado en el presente litigio. No obstante, y a mayor abundamiento, cabe señalar que la Sala de lo Social del Tribunal Supremo se ha manifestado reiteradamente sobre la temática de la sucesión empresarial en pleitos sobre despido colectivo, sin cuestionarse la idoneidad de ese cauce, como en las sentencias de 18 de febrero y 23 de septiembre y 17 de noviembre de 2014 (Rec. 108/13 , 231/13 y 79/14); 27 de enero , 21 de abril y 19 de mayo de 2015 (Rec. 15/14 , 91/14 y 358/14).

II.- La segunda puntualización que debe hacerse es que la tramitación, por la empresa adjudicataria, del despido colectivo de los trabajadores adscritos a la contrata, ante la oposición expresa de la entidad comitente a hacerse cargo de su situación laboral , no puede valorarse como un reconocimiento tácito de que no procedía la subrogación, o como una aceptación de las responsabilidades derivadas de su calificación como no ajustado a derecho precisamente por la ilegalidad de la negativa del Consorcio, sino que se configura como una medida preventiva para el supuesto de que no se apreciase judicialmente la sucesión de empresa. Una vez ganada firmeza la sentencia colectiva que declaró su existencia, la decisión del mencionado Organismo de no incorporar a los afectados despliega su eficacia como causa real de la extinción contractual operada, con los efectos fijados en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores .

Y es que si la finalización de la contrata determinó la extinción de la relación laboral del actor con Auarbe, siendo el Consorcio quien decidió no incorporarlo a su plantilla pese a estar obligado a ello, las consecuencias de su



actuación debe soportarlas dicho Organismo, que es el verdadero y exclusivo responsable de su cese, y el único que como encargado directo de la gestión del ciclo del agua, podría readmitirle en su puesto de trabajo.

III.- La última observación que procede efectuar es que los contratos del personal de la contrata no habían quedado resueltos en fecha anterior a la asunción del servicio por parte del Consorcio, sino que se extinguieron varios días después.

Por lo demás, la doctrina que invoca el Letrado del ente público debe matizarse a la luz de lo dispuesto en el artículo 4.1 de la Directiva 2001/23/CE, en tanto dispone que el traspaso de una empresa no puede suponer, en sí mismo, un motivo de despido para el cedente o para el cesionario, precepto cuya infracción conlleva que los afectados por el despido deban considerarse empleados de la empresa en la fecha de la transmisión, con la consecuencia de que las obligaciones en tanto que empresario respecto a ellos, se transfieren en pleno derecho del cedente al cesionario (sentencia de 15 de junio de 1998, asunto C-101/87; y auto de 15 de septiembre de 2010, asunto C-368/09, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea . >>

En consecuencia, debemos desestimar el recurso del Consorcio de Aguas de Busturialdea con su condena exclusiva sobre los efectos derivados del despido improcedente del actor ya declarado, y estimar el de Aquarbe SAU con su absolucón, a la que deberá reintegrar el Sr. Felipe la indemnización que le fue abonada.

TERCERO.- Estimado el recurso de suplicación interpuesto por Aquarbe SAU, que, no gozando del beneficio de justicia gratuita, se ha visto obligada a asegurar el importe de la condena y a constituir el depósito necesario para recurrir, procede la devolución del depósito y la cancelación del aseguramiento prestado una vez firme la sentencia (art.203-1 LRJS).

Por el contrario, aunque la recurrente Consorcio de Aguas de Busturialdea está exenta de la obligación de constituir el depósito y las consignaciones para poder recurrir en suplicación (art. 229.4 de la LRJS), procede imponer a la misma, como pronunciamiento accesorio, las costas del recurso, incluidos los honorarios del letrado impugnante por importe de 400 euros (art. 235.1 LRJS).

FALLAMOS

Que **desestimando** el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada del Consorcio de Aguas de Busturialdea y **estimando** el interpuesto por la representación letrada de Aquarbe SAU, ambos frente a la sentencia del Juzgado de lo Social nº 4 de Bilbao, dictada el 6 de octubre de 2016 en los autos nº 990/2014 sobre despido, seguidos a instancia de D. Felipe contra las dos partes recurrentes, **revocamos en parte** la sentencia recurrida declarando la responsabilidad exclusiva del Consorcio de Aguas de Busturialdea sobre los efectos del despido improcedente del actor declarado y absolviendo a Aquarbe SAU, con la obligación del Sr. Felipe de reintegrar a Aquarbe SAU la indemnización que le fue abonada.

Si imponen las costas al Consorcio de Aguas de Busturialdea incluidos los honorarios del letrado impugnante por importe de 400 euros. Procede la devolución a Aquarbe SAU del depósito y la cancelación del aseguramiento prestado para recurrir una vez firme la sentencia.

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, devuélvase 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/la Ilmo/a. Sr/ a. Magistrado/a 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 4699-0000-66-0393-17.

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- 66-0393-17.

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.