



Roj: **STSJ PV 1009/2017 - ECLI:ES:TSJPV:2017:1009**

Id Cendoj: **48020340012017100723**

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

Sede: **Bilbao**

Sección: **1**

Fecha: **28/03/2017**

Nº de Recurso: **591/2017**

Nº de Resolución: **753/2017**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **ELENA LUMBRERAS LACARRA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

RECURSO Nº: Suplicación / E_Suplicación 591/2017

N.I.G. P.V. 48.04.4-14/010296

N.I.G. CGPJ 48020.44.4-2014/0010296

SENTENCIA Nº: 753/2017

SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO

En la Villa de Bilbao, a 28 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. MODESTO IRURETAGOYENA ITURRI, Presidente en funciones, D. JOSE LUIS ASENJO PINILLA y D^a. ELENA LUMBRERAS LACARRA, 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. 10 de los de BILBAO (BIZKAIA) de fecha 25 de octubre de 2016, dictada en proceso sobre DSP, y entablado por Baldomero frente a **AQUARBE S.A.U., CONSORCIO DE AGUAS DE BUSTURIALDEA y FOGASA**.

Es Ponente la Iltmo/a. Sr/a. Magistrado/a D./ña. ELENA LUMBRERAS LACARRA, 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 D. Baldomero ha venido prestando servicios para la empresa AQUARBE S.A., con una antigüedad de 15/04/1994, categoría profesional de 4-2, y salario mensual de 4.212,62 euros mensuales con p/p de pagas extras.

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, Ibbarrangelu, 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 de duración 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.- Con fecha 20 de marzo 2014, AQUARBE comunicó al Sr. Marcos , 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).

SEPTIMO.- Tras la negativa del CONSORCIO a subrogar al personal adscrito a la contrata, AQUARBE decidió el 26 de agosto 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. Luis Carlos , 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.

DECIMO.- 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.

UNDECIMO.- 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.- Presentadas demanda de impugnación de despido colectivo por la Confederación sindical ELA y D. Dimas , 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. Dimas , 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.". Se da por reproducida la misma al obrar en la prueba documental.

DÉCIMOTERCERO.- El demandante recibió comunicación individual de despido fechada a 11/09/2014 y con efectos al 26/09/2014. Habiéndosele abonado una indemnización de 50.159,63 euros por el despido colectivo. Se da por reproducida la comunicación de extinción toda vez obrante junto con la demanda

DECIMOCUARTO.- El demandante no ostenta ni han ostentado cargo de representación legal ni sindical alguno.

DECIMOQUINTO.- Se ha celebrado el preceptivo acto de conciliación con el resultado de sin avenencia."

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

"Que estimando la demanda formulada por D. Baldomero frente a AQUARBE S.A. y CONSORCIO DE AGUAS DE BUSTURIALDEA, debo declarar y declaro el despido objetivo causado al actor como improcedente y en su consecuencia debo condenar y condeno solidariamente a las empresas AQUARBE S.A. y CONSORCIO DE AGUAS DE BUSTURIALDEA a que en el plazo de cinco días siguientes a la notificación de esta sentencia opten entre la readmisión del trabajador o el abono de la indemnización de 111.143,92 euros, de las que se deberán deducir la indemnización entregada de 50.159,63 euros; Y asimismo, en el supuesto de la opción por la readmisión, además de proceder a la devolución de la suma indemnizatoria entregada al trabajador, a los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido (26/09/2014) hasta la notificación de esta sentencia a razón de 138,50 euros al día."

TERCERO .- Frente a dicha resolución se interpusieron Recursos de Suplicación por las dos empresas demandadas, que fueron impugnados de contrario .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .-La sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 10 de Bilbao estima la demanda interpuesta por D. Baldomero y declara la improcedencia del despido individual de que fue objeto con fecha de efectos del día 26 de septiembre de 2014 condenando de forma solidaria al CONSORCIO DE AGUAS DE BUSTURIALDEA y a AQUARBE, SAU a las consecuencias legales de dicha declaración.

Recurren en suplicación ambas codemandadas con base en el motivo de revisión jurídica previsto en el artículo 193 c) de la LRJS , recurso que es impugnado por la contraparte.

SEGUNDO.- El artículo 193-c) de la LRJS recoge, como motivo para la interposición del Recurso de Suplicación, el examen de las 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 de autoridad legítima dentro del Estado (incluyendo la costumbre acreditada, las normas convencionales y 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 de la ley procesal laboral , 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 remarcarse 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 Jurídica, 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 conculcado se recoge en norma distinta de la alegada, la Sala no podrá entrar en su examen, salvo error evidente, ya que su objeto queda limitado al estudio y resolución de los temas planteados.

TERCERO.-- Con amparo en el precitado artículo 193-c) de la LRJS , impugna el Consorcio la Sentencia de instancia, alegando la infracción de los artículos 56.1 y 44 del Estatuto de los Trabajadores . Por su parte Aquarbe denuncia la infracción de los artículos 44 del ET , 24 de la CE , artículos 207 , 222 y 218 de la LEC



y sentencias que cita del Tribunal Supremo así como la sentencia de esta Sala de 8 de noviembre de 2016 (recurso 2168/2016).

La sentencia recurrida condena de forma solidaria a ambas empresas por el efecto positivo de la cosa juzgada de la sentencia de la Sala de fecha 22 de marzo de 2016 (recurso 39/2014) que declaró no ajustado a derecho el despido colectivo de fecha 26 de septiembre de 2014.

Aquarbe entiende que las consecuencias del despido del trabajador Sr. Baldomero deben ser imputadas al Consorcio, por ser la empresa continuadora del servicio que antes prestaba Aquarbe. Y ello porque entiende que el despido colectivo llevado a cabo por Aquarbe el 26 de septiembre de 2014, y que afectó al trabajador demandante, en realidad carecía de objeto pues en el momento de producirse los ceses Aquarbe no disponía del servicio al que se encontraban adscritos los trabajadores afectados.

Por su parte, el Consorcio sostiene que es Aquarbe quien debe asumir las consecuencias legales del despido, al ser la empleadora del trabajador, quien llevó a cabo efectivamente la extinción contractual y por tanto no puede operar el artículo 44 del ET por haberlo impedido el despido adoptado por Aquarbe.

Del inmodificado relato de hechos probados se desprende que por sentencia de esta Sala de 22 de marzo de 2016 (recurso 39/2014) se declaró no ajustado a derecho el despido colectivo que tuvo lugar con efectos del 26 de septiembre de 2014, condenando a Aquarbe, y al Consorcio a estar y pasar por esta declaración.

Debemos hacer mención a nuestra sentencia de fecha 8 de noviembre de 2016 (recurso 2168/2016), en la que analizábamos el supuesto que ahora nos ocupa y en la que dijimos: "Dijimos al respecto que la existencia de un despido por parte de Aquarbe, no era obstáculo para: "debatir si existe sucesión empresarial en el marco de una acción por despido, incluyendo también uno de naturaleza colectiva en ese concepto y que se pretende disociar con dicha interpretación. A tal efecto, si finalmente asumiéramos que el CONSORCIO tendría que haberse hecho cargo de los trabajadores en su momento adscritos a AQUARBE, no existirían las causas organizativas y productivas invocadas por esta última para extinguir los contratos de los trabajadores que fueron destinatarios de esa decisión, lo que a su vez sería congruente con lo establecido en el citado art. 124.2.a) e incluso el apartado c), en la vertiente de fraude y/o abuso de derecho". Por tanto, concluíamos que: "el procedimiento elegido no solo ampara el debate en curso y por ello es adecuado; sino que a la vez hace inevitable el que se convocara al CONSORCIO a este litigio y con el fin de que pudiera defender sus intereses". Siempre sin olvidar que tal como consignábamos en el este caso quinto fundamento de derecho, cuando: " AQUARBE decide finalmente despedir a los trabajadores adscritos a esa contrata, aunque subrayando el carácter cautelar por la incidencia de una posible subrogación, lo hace en base a la pérdida de la misma, y al haber asumido el CONSORCIO, paralelamente, la directa explotación, mantenimiento y conservación".

Y sobre el alcance y sentido del fallo de la sentencia de fecha 22 de marzo de 2016 , decíamos en nuestra sentencia de 8 de noviembre de 2016 : "Es decir, si los términos empleados en la parte dispositiva de nuestra sentencia podían suscitar dudas a Aquarbe, era porque la Ley no nos permitía ir más lejos de lo allí reseñado. Clarificación en cuanto a la condena que de ser necesaria en algún aspecto, solo podía darse en el procedimiento individual y en orden a delimitar la concreta responsabilidad de las condenadas y frente al trabajador afectado. Recuérdese, en cualquier caso, que la condena se limitaba y respecto a ambas empresas, a estar y pasar por lo declarado; ningún efecto más ligábamos a nuestra decisión, para evitar lo que podría considerarse como una extralimitación".

Y finalmente, dijimos en la citada sentencia de 8 de noviembre de 2016 : "es evidente que Busturialdea ha de considerarse como sucesora legal de Aquarbe, en base a los argumentos allí expuestos y que damos por reproducidos para evitar reiteraciones. Por tanto, ha de aplicársele a la entrante lo establecido en el num. 1, del art. 44, del ET .

Sin embargo, la solidaridad entre la empresa anterior y la nueva titular que impone el num. 3, del art. 44 ET , en los casos de sucesión de empresa, se limita a las deudas anteriores a la transmisión, alcanzando a las posteriores únicamente cuando la cesión fuese delictiva. Volviendo a la sentencia de instancia y recordando que estamos en un procedimiento de despido, tanto la readmisión del Sr. Luis Antonio con las particularidades que a aquí se dan, visto que ya está trabajando para la sucesora desde el 10 de septiembre de 2014, y, sobre todo, la indemnización por la que puede optarse en su caso, son todos parámetros que surgen tras el cese del actor en Aquarbe; por tanto, no puede extenderse la solidaridad a esta última empresa, ya que son obligaciones exclusivas de Busturialdea por imperativo legal.

Un último apunte. No se nos escapa que la absolución de Aquarbe plantea un segundo problema de naturaleza procesal y sobre el que debemos pronunciarnos, ya que fue objeto de expreso debate en la instancia. Nos estamos refiriendo a la devolución de la indemnización en su momento abonada al actor y que la Juzgadora le ordena retornar. No obstante, entendemos que a la vista de los imperativos términos del num. 3, del art. 123,



de la LRJS , al que a su vez remite el art. 124.13, de ese mismo Texto, habremos de mantener esa solución devolutiva, una vez "readmitido" el mencionado y aunque sea por la empresa que ocupa el mismo lugar que la anterior".

Por evidentes razones de coherencia y seguridad jurídica seguimos esa solución en este procedimiento, al tratarse de supuesto idéntico, pues en éste como en aquél, el trabajador demandante está trabajando para el Consorcio. En igual sentido nos hemos pronunciado en idéntico supuesto en la sentencia de 21 de febrero de 2017 (recurso de suplicación 296/2017) y en el recurso 333/2017, entre otras.

Por todo lo expuesto procede la desestimación del recurso interpuesto por el Consorcio y la estimación del recurso de suplicación interpuesto por Aquarbe, con la consiguiente obligación del trabajador de devolver a ésta la indemnización recibida, al resultar absuelta.

CUARTO.- La desestimación del recurso de suplicación interpuesto por el Consorcio supone la imposición de las costas a la empresa recurrente (artículo 235 LRJS) incluidos los honorarios del letrado de la parte impugnante en cuantía de 500 euros, así como la pérdida del depósito necesario para recurrir, al que se dará el destino legalmente previsto.

No procede la imposición de costas por el recurso interpuesto por Aquarbe.

FALLAMOS

Debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por CONSORCIO DE AGUAS DE BUSTURIALDEA y estimamos el recurso interpuesto por AQUARBE, SA contra la sentencia dictada el día 25 de octubre de 2016 por el Juzgado de lo Social nº 10 de Bilbao en autos 1012/2014 a instancia de D. Baldomero , revocando la misma en lo que a Aquarbe, SA se refiere, y declaramos en consecuencia que el Consorcio de Aguas de Busturialdea es el único responsable de lo declarado y condenado en la misma; todo ello sin perjuicio de la también obligación de D. Baldomero de devolver la indemnización en su momento abonada por la recurrente.

Procede la imposición de las costas de su recurso al Consorcio de Aguas de Busturialdea incluidos los honorarios del letrado de la parte impugnante en cuantía de 500 euros, así como la pérdida del depósito necesario para recurrir, al que se dará el destino legalmente previsto.

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 Iltmo/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 4699-0000-66-0591/17.



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- 66-0591/17.

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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ