



Roj: **STSJ PV 1036/2017 - ECLI:ES:TSJPV:2017:1036**

Id Cendoj: **48020340012017100750**

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

Sede: **Bilbao**

Sección: **1**

Fecha: **28/03/2017**

Nº de Recurso: **585/2017**

Nº de Resolución: **778/2017**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **JUAN CARLOS BENITO-BUTRON OCHOA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

RECURSO Nº: Suplicación / E_Suplicación 585/2017

N.I.G. P.V. 20.05.4-16/002085

N.I.G. CGPJ 20069.34.4-2016/0002085

SENTENCIA Nº: 778/2017

SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO

En la Villa de Bilbao, a 28/3/2017.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, formada por los Iltmos. Sres. D. PABLO SESMA DE LUIS, Presidente en funciones, D. MODESTO IRURETAGOYENA ITURRI y D. JUAN CARLOS BENITO BUTRÓN OCHOA, 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 INGENIERIA DE LA CALIDAD DE VIDA S.L. y Luisa contra la sentencia del Juzgado de lo Social num. 4 de los de DONOSTIA / SAN SEBASTIAN de fecha 22-9-16, dictada en proceso sobre DSP, y entablado por Luisa frente a **DIPUTACION FORAL DE GIPUZKOA, FONDO DE GARANTIA SALARIAL, INGENIERIA DE LA CALIDAD DE VIDA S.L. y SERVICIOS SOCIALES AITA MENNI S.L.**

Es Ponente el Iltmo. Sr. Magistrado D. JUAN CARLOS BENITO BUTRÓN OCHOA, 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.- D^a Luisa venía prestando sus servicios para la empresa "Ingeniería de la Calidad de Vida, S.L." desde el 1 de Mayo del 2.014, con la categoría profesional de técnico terapeuta, realizando una jornada de trabajo de seiscientos setenta y nueve horas anuales, y con un salario mensual de 618,44 euros, incluidas las proratas de las pagas extraordinarias.

SEGUNDO.- La Diputación Foral de Gipuzkoa promueve el programa denominado "Etxetek", que tiene por objeto la habilitación de las viviendas de los ciudadanos de Gipuzkoa que tengan reconocida una minusvalía, y que requieran realizar adaptaciones en sus domicilios para cubrir las carencias derivadas de su minusvalía, y proporcionarles los medios necesarios para hacer frente a esas minusvalías.



TERCERO.- Para cumplir con el programa "Etxetek", la Diputación Foral de Gipuzkoa cuenta con tres inmuebles, dos de ellos dedicados a oficinas y atención al público, uno situado en la localidad de Eibar, y otro situado en el paseo de Ondarreta, número 7, bajo, de la localidad de Donostia, y un local dedicado a almacén, situado en la calle Iribar número 6, pabellón 10, del barrio de Igara, de la localidad de Donostia.

CUARTO.- Periódicamente el Departamento de Políticas Sociales de la Diputación Foral de Gipuzkoa realiza convocatorias públicas para adjudicar el servicio de apoyo técnico para la gestión del programa "Etxetek", concurso al que se pueden presentar todas las empresas interesadas en asumir ese servicio, y que se adjudica a aquella empresa que cumpliendo las condiciones o requisitos que fija el Departamento de Políticas Sociales de la Diputación Foral de Gipuzkoa, realiza una mejor oferta.

QUINTO.- Cuando como consecuencia de una de estas convocatorias se produce un cambio de empresa adjudicataria del servicio, la empresa que se hace cargo del servicio asume en su plantilla a los trabajadores que ya venían prestando sus servicios en ese servicio a través del mecanismo de la subrogación, y que figuran como personal subrogable en el pliego de condiciones técnicas del concurso.

SEXTO.- A comienzos del año 2.014, el Departamento de Políticas Sociales de la Diputación Foral de Gipuzkoa realizó una convocatoria pública para una nueva adjudicación del servicio de apoyo técnico para la gestión del programa "Etxetek", servicio que fue adjudicado a la empresa "Ingeniería de la Calidad de Vida, S.L.", la cual se hizo cargo de dicho servicio a partir del 1 de Mayo del 2.014.

Al hacerse cargo de dicho servicio, la empresa "Ingeniería de la Calidad de Vida, S.L." asumió en su plantilla los diez trabajadores que constaban como subrogables en el pliego de condiciones técnicas del concurso público.

SEPTIMO.- Tras hacerse cargo de la gestión del servicio "Etxetek", la Dirección de la empresa "Ingeniería de la Calidad de Vida, S.L." consideró que la plantilla que había asumido de la anterior adjudicataria del servicio era insuficiente para hacer frente a la carga de trabajo derivada de la asunción de ese contrato público, por lo que procedió a realizar dos contratos de arrendamiento de servicios con D^a Luisa y D^a Candida, contratos que se firmaron el 1 de Mayo del 2.014, y que produjeron efectos desde esa misma fecha.

OCTAVO.- D^a Luisa se dio de alta en el régimen especial de trabajadores autónomos de la Seguridad Social, y en el impuesto municipal de actividades económicas al inicio de su relación con la empresa "Ingeniería de la Calidad de Vida, S.L.", y las tareas que realizaba consistían en visitar los domicilios de las personas solicitantes de las ayudas de adaptación domiciliaria del Departamento de Políticas Sociales de la Diputación Foral de Gipuzkoa, evaluar las necesidades de la vivienda en relación a la ayuda solicitada y emitir un informe.

Cada una de estas visitas solía tener una duración de una hora, y por cada visita realizada, y mensualmente emitía facturas por las visitas realizadas cada mes, facturas que incluían el impuesto sobre el valor añadido correspondiente.

DECIMO.- Durante el año 2.014 D^a Luisa facturó a la empresa "Ingeniería de la Calidad de Vida, S.L." 341 horas, durante el año 2.015 679,75 horas, y durante el año 2.016 65 horas hasta el 31 de Marzo del 2.016.

DECIMOPRIMERO.- El 10 de Agosto del 2.015, la Inspección de Trabajo de Gipuzkoa giró visita de inspección al centro de trabajo de la empresa "Ingeniería de la Calidad de Vida, S.L." situado en la calle Iribar número 6, pabellón 10, del barrio de Igara, de la localidad de Donostia, y tras ello inició una serie de actuaciones, que por lo que interesa a este procedimiento, iban dirigidas a establecer la naturaleza del vínculo laboral existente entre D^a Luisa y la empresa "Ingeniería de la Calidad de Vida, S.L.", llegando a la conclusión que el vínculo existente entre D^a Luisa y la empresa "Ingeniería de la Calidad de Vida, S.L." era de naturaleza laboral, y levantó actas por falta de alta y cotización de D^a Luisa en el periodo comprendido entre el 1 de Mayo del 2.014 y el 31 de Diciembre del 2.015, contra la empresa "Ingeniería de la Calidad de Vida, S.L.", siendo el importe de estas actas de liquidación de 27.035,04 euros.

La empresa "Ingeniería de la Calidad de Vida, S.L." ha abonado las actas de liquidación que practicó la Inspección de Trabajo de Gipuzkoa.

DECIMOSEGUNDO.- A la vez que procedía a levantar las actas por falta de alta y cotización, la Tesorería General de la Seguridad Social presentó una demanda ante los Juzgados de lo Social de Gipuzkoa, a fin de que se estableciera la naturaleza del vínculo que existía entre D^a Luisa y D^a Candida, y la empresa "Ingeniería de la Calidad de Vida, S.L.", siendo repartida esta demanda al Juzgado de lo Social número Dos, el cual resolvió el expediente por sentencia de 14 de Julio del 2.016, en la que se declaró que el vínculo laboral existente entre D^a Luisa y D^a Candida, y la empresa "Ingeniería de la Calidad de Vida, S.L.", entre el 1 de Mayo del 2.014 y el 31 de Diciembre del 2.015, era de naturaleza laboral.

Esta sentencia es firme, pues notificada a las partes no fue recurrida por ninguna de ellas.



DECIMOTERCERO.- El 22 de Junio del 2.015, la Diputación Foral de Gipuzkoa incoó un expediente de declaración de incumplimiento de las obligaciones contractuales contra la empresa "Ingeniería de la Calidad de Vida, S.L.", al considerar que esta empresa había subcontratado parte del contrato con terceros, siendo resuelto este expediente mediante resolución de la Diputación Foral de Gipuzkoa de 13 de Octubre del 2.015, en la que se acordó incautar a a empresa "Ingeniería de la Calidad de Vida, S.L." la cantidad de 13.155,33 euros de la garantía que había constituido en forma de aval.

Esta resolución es firme, pues notificada a la empresa "Ingeniería de la Calidad de Vida, S.L.", ésta no la recurrió.

DECIMOCUARTO.- El 19 de Enero del 2.016, la Diputación Foral de Gipuzkoa realizó una nueva convocatoria para adjudicar el servicio de apoyo técnico para la gestión del programa "Etxetek", esta convocatoria fue recurrida por la empresa "Ingeniería de la Calidad de Vida, S.L.", así como por cinco trabajadores de la empresa "Ingeniería de la Calidad de Vida, S.L.", recursos que fueron resueltos por el Tribunal Administrativo Foral de Recursos Contractuales de la Diputación Foral de Gipuzkoa, que desestimó estos recursos mediante dos resoluciones diferentes de la misma fecha, 29 de Abril del 2.016.

DECIMOQUINTO.- Mientras se tramitaban los recursos interpuestos ante el Tribunal Administrativo Foral de Recursos Contractuales de la Diputación Foral de Gipuzkoa, el 26 de Febrero del 2.016 la empresa "Ingeniería de la Calidad de Vida, S.L." presentó una lista de trabajadores subrogables a la Diputación Foral de Gipuzkoa, lista en que estaba incluida D^a Luisa .

La Diputación Foral de Gipuzkoa no aceptó la inclusión de D^a Luisa en la lista de personal subrogable.

DECIMOSEXTO.- El 21 de Abril del 2.016, la empresa "Ingeniería de la Calidad de Vida, S.L." remitió una carta a las empresas que tomaban parte en el concurso para la adjudicación del servicio de apoyo técnico para la gestión del programa "Etxetek", informándoles que había que añadir varias personas a la lista del personal subrogable publicada en el pliego de condiciones técnicas del concurso.

DECIMOSEPTIMO.- El 20 de Mayo del 2.016, la Diputación Foral de Gipuzkoa resolvió el concurso público convocado para adjudicar la gestión del servicio de apoyo técnico para la gestión del programa "Etxetek", y adjudicó ese servicio a la empresa "Servicios Sociales Aita Menni, S.L.", la cual se hizo cargo del servicio el 1 de Junio del 2.016, y con esa fecha asumió en su plantilla a diez trabajadores que habían prestado sus servicios con la empresa "Ingeniería de la Calidad de Vida, S.L.", pero no asumió en su plantilla a D^a Luisa .

DECIMOCTAVO.- El 31 de Mayo del 2.016, la empresa "Ingeniería de la Calidad de Vida, S.L." dio de baja en la Seguridad Social a D^a Luisa , y el 1 de Junio del 2.016 D^a Luisa acudió al centro de trabajo de la empresa "Servicios Sociales Aita Menni, S.L." situado en el paseo de Ondarreta, número 7, bajo, de la localidad de Donostia, pero la empresa "Servicios Sociales Aita Menni, S.L." no le admitió en ese centro de trabajo, alegando que no era trabajadora suya.

DECIMONOVENO.- Tras hacerse cargo del servicio de apoyo técnico para la gestión del programa "Etxetek", la empresa "Servicios Sociales Aita Menni, S.L." ha contratado a un trabajador para hacer trabajos de tipo administrativo, y a un trabajador y medio para realizar tareas de terapeuta, situación que se mantenía en el momento de celebrarse el acto de la vista oral.

VIGESIMO.- El salario que establece el convenio colectivo de empresas de ingeniería y oficinas de estudios técnicos para el nivel salarial II es el de 17.544,24 euros en cómputo anual, y la jornada de trabajo es la de 1.800 horas en cómputo anual.

VIGESIMOPRIMERO.- D^a Luisa no es, ni ha sido durante el año anterior a los hechos representante de los trabajadores.

VIGESIMOSEGUNDO.- Se ha intentado la conciliación entre las partes ante la Sección de Conciliación de la Delegación Territorial de Trabajo de Gipuzkoa del Gobierno Vasco el 5 de Julio del 2.016, no llegándose a ningún acuerdo entre las partes, terminando el acto sin avenencia."

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

"Que estimo la demanda, declaro la improcedencia del despido que la empresa "Ingeniería de la Calidad de Vida, S.L." realizó en la persona de D^a Luisa el 31 de Mayo del 2.016, debiendo las partes pasar por esta declaración, condeno a la empresa "Ingeniería de la Calidad de Vida, S.L.", a su opción, o a la inmediata readmisión de D^a Luisa en las mismas condiciones que regían su relación laboral con anterioridad al 31 de Mayo del 2.016, y a abonarle los salarios dejados de percibir desde el 1 de Junio del 2.016 hasta que la readmisión tenga lugar, o a abonarle una indemnización de 1.417,26 euros, y absuelvo a la empresa "Servicios Sociales Aita Menni, S.L.", a la Diputación Foral de Gipuzkoa y al Fondo de Garantía Salarial, de los pedimentos de la demanda."



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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La resolución judicial de instancia ha estimado (parcialmente) la pretensión de la trabajadora demandante que solicita la declaración y calificación de la extinción contractual, que fecha el 31-5-16, como despido nulo (aunque desiste) y, subsidiariamente, improcedente, en una prestación de servicios con categoría profesional de técnica terapeuta, en la que se va a discutir la jornada de trabajo (679 horas anuales da por probado) y el salario mensual de 618,44 euros (la trabajadora pide 818,91 euros/mes por una jornada del 50%), en lo que se refiere a la sucesión y adjudicación del Servicio de Apoyo Técnico para la Gestión del Programa "Etxetek", interesando la declaración de la existencia de una sucesión al amparo del art. 44 del ET o, en su caso, del pliego de condiciones técnicas, por cuanto las partes coinciden en que no existe un Convenio Colectivo que obligue a la subrogación. La especificidad del caso de autos se determina porque la trabajadora demandante obtuvo sentencia de 14-7-16 por el Juzgado de lo Social nº 2 de Gipuzkoa en el que se declaró la existencia de una relación laboral para con la empresarial saliente, al menos desde el 1-5-14 cuando había constado como trabajadora autónoma. El juzgador de instancia concluye que no existe responsabilidad de la empresarial entrante por cuanto no estaba adscrita dicha trabajadora, inicialmente autónoma, a un servicio específico, siendo que la relación laboral se declaró una vez extinguida la adjudicación de la contrata, por lo que hace responsable a la empresarial saliente de las consecuencias del despido.

Disconformes con tal resolución de instancia, plantean Recurso de Suplicación tanto la trabajadora demandante como la empresarial condenada, articulando la primera un motivo de revisión fáctica al amparo del párrafo b) del art. 193 de la LRJS y un motivo jurídico según el párrafo c) del mismo artículo y texto, y por otro lado la empresarial, tres motivos fácticos y uno jurídico, siguiendo los mismos dictados y artículos que pasamos a analizar.

Los Recursos han sido impugnados de contrario, incluso por la Diputación Foral de Gipuzkoa.

SEGUNDO .- Los motivos de revisión fáctica esgrimidos al amparo del artículo 193 b) de la LRJS exigen recordar que el proceso laboral delimita, desde la Ley de Bases 7/89, la exigencia de un Recurso de Suplicación como medio de impugnación extraordinario propio de una única instancia con cierta naturaleza casacional que solo puede interponerse por motivos tasados, expresos y circunstanciados sin que el Tribunal pueda acceder al examen, con modificación de la resolución de instancia, mas que cuando exista un error en la apreciación de los medios de prueba que consten en el procedimiento, ya sea positivamente, por recoger hechos contrarios a los que se desprenden de la actividad probatoria, o negativamente, por omisión de tales que del mismo modo se desprenden de dichas pruebas. Además el padecimiento del error debe ser palpable y evidente, con trascendencia en el Fallo y variación del procedimiento, y por lo mismo con independencia de su certeza o veracidad.

La revisión fáctica exige determinar el hecho que se impugna y la concreta redacción que se quiere recoger, ofreciendo un texto alternativo, ya sea por omisión, adición, modificación o rectificación pero, en todo caso, evidenciándose las pruebas documentales o periciales que obrando en autos, y siendo concretamente citadas por el recurrente, son base para descubrir, al margen de cualesquiera otros medios probatorios, la infracción normativa de que deriva.

Así respecto de la prueba documental el éxito de la motivación fáctica del recurso extraordinario exige que los documentos alegados sean concluyentes, decisivos y con poder de convicción o fuerza suficiente para dejar de manifiesto el error del Magistrado de instancia, sin lugar a dudas.

En lo que respecta a la prueba pericial, y al margen de la discrecionalidad o apreciación libre del Magistrado de instancia, tan sólo el desconocimiento o ignorancia de su existencia, o la contradicción por emisión de variados informes o dictámenes, hacen que el sentido de la apreciación pueda ser contradictorio permitiendo a la Sala la valoración en conjunto que concuerde con la de instancia o concluya de manera diferente.

En lo que respecta al caso concreto de la presente pretensión de la trabajadora recurrente que induce inicialmente a la modificación fáctica del hecho probado 1 al objeto de incluir lo que entiende ser su percepción salarial y jornada de 818,91 euros al 50% y no los 638,72 euros mensuales y el 39% de la jornada que ha aceptado la instancia, a criterio de la Sala no podrá tener éxito en tanto en cuanto no habiéndose revisado el hecho probado 10 que contiene las horas efectivamente trabajadas y facturadas, unido a que la recurrente no cita documental hábil, trascendente o advertencias de consideración jurídica sobre tiempo de trabajo, de desplazamientos u otros, la conclusión no podrá ser sino que, al margen de posibles hechos específicos para algunas de las empresariales, lo evidente es que hay una empresarial que se opuso a tal cuantificación y razonó



su disconformidad, con lo que estamos ante un hecho controvertido y la prueba practicada ha sido ya valorada por la juzgadora de instancia sin que se observe ningún tipo de error judicial que pueda reconducirse.

En lo que concierne a la revisión fáctica propuesta por la empresarial recurrente, y comenzando por la modificación del hecho probado 11 y/o 12, al objeto de dejar constancia de que, a pesar de la resolución judicial de declaración de la relación laboral, hay ya unas resoluciones administrativas que proceden a dar de alta a la trabajadora en el RETA con efectos 1-5-14, a criterio de la Sala podrá ser objeto de especificación por cuanto se infiere de las documentales obrantes en autos y es un dato que reconoce la realidad de la discusión respecto de la naturaleza de la relación laboral, las constataciones y el procedimiento de oficio, con la impugnación de las resoluciones administrativas que se invocan. Pero siendo que la trascendencia evidencia el error al considerar tan solo los efectos de la resolución que reconoce la relación laboral, no impide que esta Sala, en virtud de la documental invocada, observe que el alta de oficio de la Tesorería, en unos términos de asimilación de relación laboral previa.

Del mismo modo debe aceptarse la ampliación del hecho probado 14 que recoge el reconocimiento por las contrapartes, en concreto por las empresariales, de la existencia del recurso y de las alegaciones de las trabajadoras con anterioridad a la adjudicación de la licitación, la resolución y adjudicación posterior, máxime cuando se infiere no solo de la propia resolución judicial de instancia en su fundamentación jurídica sino también de las documentales obrantes (folio 601).

Finalmente la modificación del hecho probado 13, deviene inicialmente intrascendente en tanto en cuanto se quiere plasmar la existencia de unos expedientes de incumplimiento en la contratación personal que ha seguido el procedimiento establecido por la Diputación Foral en la tramitación de una garantía y otras representaciones que devienen en abundancia y que no suponen una exigencia novedosa que tenga repercusión en el fallo judicial, mas allá de las pautas reconocidas respecto de la formulación en la discusión de las relaciones laborales y su subrogación.

Por lo mencionado procede la estimación parcial de la revisión fáctica que propone la empresarial recurrente, en el sentido manifestado.

TERCERO.- En lo que se refiere a las revisiones jurídicas, al amparo del artículo 193 c) de la LRJS, motivando la interposición del recurso extraordinario en el examen de la infracción de las normas sustantivas o de la jurisprudencia, debe recordarse que el término norma recoge un ámbito amplio jurídico y general que incluye las disposiciones legislativas, la costumbre acreditada, las normas convencionales y hasta los Tratados Internacionales ratificados y publicados. Pero además la remisión a la idea de normas sustantivas no impide igualmente que las normas procesales que determinen el fallo de la resolución deban ser también esgrimidas y alegadas como infracción que se viene a producir en supuestos adjetivos, cuales son entre otros los propios de excepciones de cosa juzgada incongruencia u otros. Y es que la infracción jurídica denunciada debe atenerse al contenido del fallo de la resolución, por lo que en modo alguno la argumentación de la suplicación se produce frente a las Fundamentaciones Jurídicas, sino solo contra la parte dispositiva, con cita de las normas infringidas y sin que pueda admitirse una alegación genérica de normas sin concretar el precepto vulnerado u omisión de la conculcación referida, que impediría en todo caso a la Sala entrar en el examen salvo error evidente iura novit curia o vulneración de derecho fundamental, y en todo caso según el estudio y resolución del tema planteado.

Como quiera que ambas recurrentes denuncian la infracción del art. 44 del ET y citan clausulados de los pliegos 25 y 29, con alguna resolución judicial del TS (12-7-10), insistiendo en la existencia de una sucesión de plantillas, contratas, que hacía exigible a la adjudicataria las consecuencias de la extinción contractual, analizaremos la doctrina comunitaria en la temática propia y conocida de la sucesión, plantilla y responsabilidad, citando y comentando dichas resoluciones judiciales de manera general y específica.

El art. 44 ET regula la sucesión de empresa. Precepto que, desde la promulgación del Estatuto no había tenido cambios, hasta que la Ley 12/2001, de 9 de julio, introdujo novedades en su contenido (vigentes desde el 11 de ese mes), sustancialmente debidas a la necesidad de adaptar nuestro derecho interno a la normativa comunitaria, no sólo a causa de la modificación operada en ésta por la Directiva 98/50/CE del Consejo, de 29 de junio de 1998, sino por la falta de incorporación a nuestro ordenamiento de determinados mandatos de la Directiva 77/187/CEE del Consejo, de 14 de febrero de 1977. Normativa comunitaria constituida, al tiempo de promulgarse la Ley 12/2001, por la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001.

Uno de los efectos de la sucesión de empresa que dispone el art. 44 ET en su apartado 1, mantenido tras la Ley 12/2001, es el efecto subrogatorio en la posición de empresario de la relación laboral.

Norma de rango legal que no deja margen alguno a la negociación colectiva o a la autonomía de la voluntad para poder disponer de ese concreto efecto en el caso de que concurra el supuesto de sucesión de empresa



ahí previsto, por lo que cualquier convenio colectivo o pacto (individual o colectivo) que lo niegue, lo condicione o limite su ámbito de aplicación resulta nulo de pleno derecho (inciso inicial del art. 85.1 ET y art. 3.1.c ET).

Ahora bien, entre los cambios introducidos en el art. 44 ET por la Ley 12/2001 se incluye la noción misma de sucesión de empresa, al establecerse en el apartado 2 del precepto que, "a efectos de lo previsto en el presente artículo, se considerará que existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria". Descripción del fenómeno regulado que supone una evidente innovación respecto a la noción anterior, al alterar de manera esencial la descripción del objeto de la transmisión, que ya no se define como una empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma (pese a lo que parece del inicio del apartado 1), sino en los concretos términos del apartado 2, dadas las taxativas palabras con que éste se inicia y hemos dejado remarcadas.

Variación de suma trascendencia cuando se advierte que esa nueva descripción de la transmisión de empresa en nuestro derecho interno resulta ser copia literal de un precepto de la Directiva 1998/50/CE (art. 1.1.b), mantenido en la Directiva 2001/23/CE (art. 1.1.b), cuando señala que se considerará traspaso, a efectos de esas Directivas, el de una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesoria. Definición cuyo origen radica, a su vez, en la jurisprudencia comunitaria sentada en interpretación del art. 1 de la Directiva 1977/187/CEE , cuando señala que el concepto de entidad objeto de la transmisión remite a un conjunto organizado de personas y elementos que permiten el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio (sentencias Süzen, de 11 de marzo de 1997 , Hernández Vidal, de 10 de diciembre de 1998, Sánchez Hidalgo, de la misma fecha , y Allen, de 2 de diciembre de 1999).

No cabe duda, vista esa identidad en la descripción, que nuestro legislador ha querido que, a partir de la vigencia de la Ley 12/2001, la noción de sucesión de empresa, en nuestro derecho interno, sea la comunitaria a la sazón vigente, abandonando la que hasta ahora teníamos. Resulta obvio que, de ser la misma, no habría sido necesario cambio alguno de regulación.

Pues bien, al identificarse ahora nuestra noción del objeto de la transmisión con la comunitaria se ha producido un efecto singular, como es la relevancia de la jurisprudencia comunitaria, en la medida en que pasa a ser la autorizada intérprete de nuestra propia norma.

Con anterioridad a esa reforma legal, una doctrina consolidada del Tribunal Supremo excluía del supuesto regulado en el art. 44 ET los casos de cambio de contratista de un servicio si no llevaba aparejado la transmisión de los elementos patrimoniales precisos para ejecutarlo, por lo que el nuevo contratista no quedaba sujeto a un deber de subrogación en el vínculo laboral de los trabajadores empleados por el contratista saliente al amparo de lo dispuesto en dicho precepto, sin perjuicio de que esa obligación pudiera surgir por disposición del convenio colectivo o por exigencia del titular del servicio (sentencias de 5 de abril de 1993, RCU 702/1992 , 14 de diciembre de 1994, RCU 469/1994 , 23 de enero y 9 de febrero de 1995 , RCU 2155/1994 y 3754/1993 , 29 de diciembre de 1997, RCU 1745/1997 , 29 de abril de 1998, RCU 1696/1997 , y 18 de marzo de 2002, RCU 1990/2001), como tampoco se da si, llegado un determinado momento, éste decide asumir directamente su gestión (sentencias de 3 de octubre de 1998, RCU 5067/1997 , y 19 de marzo de 2002, RCU 4216/2000). Aún más, cuando el convenio colectivo o el titular del servicio imponen ese deber, queda sujeto a los términos y condiciones impuestos por la fuente que fija la obligación de subrogación (sentencias de 10 de diciembre de 1997, RCU 164/1997 , 9 de febrero , 31 de marzo y 8 de junio de 1998 , RCU 167/1997 , 1744/1997 y 2178/1997 , 26 de abril y 30 de septiembre de 1999 , RCU 1490/1998 y 3983/1998 , y 29 de enero de 2002, RCU 4749/2000).

Sin embargo, tras la reforma mencionada, a la luz de la sentencia dictada por el TJUE el 24 de enero de 2002 en el caso TEMCO , también se engloban en el supuesto de sucesión de empresa tipificado en el art. 44 ET los casos de cambio de contratista de un servicio en cuya ejecución el elemento trascendental lo constituyen los trabajadores que lo desempeñan, siempre que el nuevo contratista esté obligado a asumirlos en su totalidad o en su parte esencial, sea por convenio o por imposición del titular del servicio, y aunque no lleve aparejada transmisión de los elementos patrimoniales precisos para su ejecución.

Por otra parte, esa sentencia dictada por el TJUE en el caso TEMCO va aún más allá, ya que la doctrina que sienta es que ese efecto subrogatorio se produce incluso si, de hecho, el nuevo contratista de un servicio sin elementos patrimoniales significativos asume a una parte relevante de la plantilla que anteriormente lo atendía por cuenta del contratista precedente. Doctrina comunitaria no novedosa, que se inscribe en la línea de lo resuelto por dicho Tribunal en sus sentencias de 11 de marzo de 1997 (caso SÜZEN), 10 de diciembre de 1998 (caso HERNANDEZ VIDAL), 10 de diciembre de 1998 (caso SANCHEZ HIDALGO), 2 de diciembre de 1999



(caso GC ALLEN), 26 de septiembre de 2000 (caso DIDIER MAYEUR), 25 de enero de 2001 (caso LIIKENE) y 20 de noviembre de 2003 (caso CARLITO ABLER).

Doctrina comunitaria que nuestro Tribunal Supremo ha hecho suya en sus sentencias de 20 y 27 de octubre de 2004 (RCU 4424/2003 y 899/2002), estimando que "constituye un supuesto de traspaso o sucesión la transferencia de la mera actividad cuando la misma va acompañada de la asunción de relaciones laborales con un núcleo considerable de la plantilla anterior, al poder valorarse ese conjunto como una entidad económica". Concretamente, en la última de ellas enjuicia el cese, por fin de contrato, de quien fue contratado inicialmente para prestar servicios durante la vigencia del servicio de mantenimiento de unas instalaciones deportivas municipales concertada por su primer empleador, habiéndose subrogado en esa relación los sucesivos contratistas del servicio, lo que no hizo el nuevo que lo asume al tiempo del cese, pese a que sí lo había hecho con el resto de los trabajadores dedicados a ese servicio por cuenta del anterior contratista (salvo con otro), confirmando el Tribunal la calificación del cese como despido improcedente efectuado por el nuevo contratista, al no hacerse cargo del mismo, a lo que estaba obligado conforme al art. 44 ET , a la luz de la nueva doctrina, que revisa la anterior mantenida por la Sala. 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), que no se ha abandonado en la de 23 de mayo de 2005 (RCUD 1674/2004), pese a la confusión que puede generar algunos de sus razonamientos, debiendo recalcar que en ella se confirma la condena solidaria de la nueva contratista del servicio de limpieza al pago de una deuda contraída por el anterior, aunque le basta para hacerlo con el propio tenor del convenio, en cuanto impone al nuevo un deber de subrogación en los derechos y obligaciones del anterior. Nada mejor para comprobar que la Sala, con esta sentencia, no abandona el nuevo criterio que leer sus posteriores sentencias de 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).

Como conclusión, cabe sostener que la sucesión de contratos puede constituir un supuesto de sucesión de empresa, pero ello no significa que toda sucesión de contratos lo sea, sino únicamente cuando la nueva contratista deba hacerlo o lo haga, de hecho, con los medios materiales y personales con que lo hacía la anterior, ya que será entonces cuando concurra el requisito de identidad de la entidad económica transmitida.

Merece la pena destacar, no obstante, que en lo que atañe a la utilización de los medios materiales y/o exigencia de transmisión directa, también constituye doctrina comunitaria la que establece que no obsta a la existencia de una transmisión de una entidad económica que mantiene su identidad que una parte relevante de los medios materiales con que se lleva a cabo sean los que la empresa adjudicataria del servicio pone a disposición de sus sucesivos contratistas. Criterio que también ha hecho suyo nuestro Tribunal Supremo, como lo revela el texto parcial de su sentencia de 28 de abril de 2009 (RCUD 4614/2007), reproducido en la de 23 de octubre de 2009 (RCUD 2684/2008), que ahora reproducimos: "3.- Una segunda cuestión se plantea respecto a si el concepto de "transmisión de un conjunto de medios organizados", necesarios para llevar a cabo su actividad, requiere que haya transmisión de la propiedad del cedente al cesionario, o no es necesario que el cesionario adquiera la propiedad de tales elementos para que exista sucesión empresarial. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se ha pronunciado de forma reiterada en las sentencias de 17 de diciembre de 1987, My Molle Kiro, 287/86, 12 de noviembre de 1992, 1992/84, Watrson, Risk y Christensen 209/91, y 20 de noviembre de 2003 Abler y otros, C-340/01 , señalando que el ámbito de aplicación de la Directiva abarca todos los supuestos de un cambio, en el marco de las relaciones contractuales, de la persona física o jurídica que sea responsable de la explotación de la empresa que, por ello, contraiga las obligaciones del empresario frente a los empleados de la empresa, sin que importe si se ha transmitido la propiedad de los elementos materiales concluyendo, la última de las sentencias citadas, que "la circunstancia de que los elementos materiales asumidos por el nuevo empresario no pertenezcan a su antecesor, sino que fueron puestos a su disposición por el primer empresario no puede excluir la existencia de una transmisión de empresa en el sentido de la Directiva 77/187 ". Por su parte esta Sala, en la ya citada sentencia de 11 de diciembre de 2002, (Rec. 764/02), entendió que en un supuesto en que se cedió por una empresa a otra un local, con entrada desde el patio central del colegio, dentro del cual estaba ubicada una cocina industrial completamente equipada y apta para elaborar comidas, una nevera industrial etc..., además de útiles de limpieza, un local anexo destinado a office y otro destinado a almacén, estando formado el local principal por un comedor escolar y dos servicios, es claro que lo cedido fue una unidad productiva autónoma, sin que represente obstáculo alguno que el título sea un contrato de arrendamiento, pues para ser empresario no es necesario ser propietario de los bienes de la empresa, sino poseer la titularidad del negocio, constituyendo la cesión de bienes, antes relacionados, un negocio cuya titularidad se cede, en palabras del Estatuto y de la Directiva una entidad económica con propia identidad. En el mismo sentido se ha pronunciado la sentencia de 12 de diciembre de 2007, (Rec. 3994/06). 4.- La tercera cuestión se plantea respecto a si es o no exigible una vinculación contractual directa entre cedente y cesionario, para apreciar la existencia de sucesión de empresa



en los términos examinados. Tal como ha señalado el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la sentencia Süzen anteriormente citada, la inexistencia de vínculo contractual entre el cedente y el cesionario no puede revestir una importancia decisiva a este respecto, a pesar de que puede constituir un indicio de que no se ha producido ninguna transmisión en el sentido de la Directiva. También puede producirse la cesión en dos etapas, a través de un tercero, como el propietario o el arrendador (sentencia de 7 de marzo de 1996 Mercks y Neuhyus, asuntos acumulados C- 171/94 y C72/94). Tampoco excluye la aplicación de la Directiva la circunstancia de que el servicio o contrata de que se trate haya sido concedido o adjudicado por un organismo de Derecho público (sentencia de 15 de octubre de 1996, Merke, 298/94)".

A la luz de lo expuesto hemos de determinar si, en el caso de autos, concurre o no un supuesto de sucesión de empresa y, por tanto, si el Juzgado ha aplicado indebidamente o no el art. 44 ET , para lo que debemos partir, necesariamente, de los hechos declarados probados, parcialmente revisados.

Tal es así que en el supuesto de autos, aun cuando modifiquemos parte del relato fáctico en lo que se ha estimado, se podrá observar que no podemos hablar de la existencia de una sucesión empresarial clásica, pero deviene evidente que subsidiariamente hay una singularidad de sucesión de actividad o plantilla, por cuanto, como ya hemos observado, la actividad empresarial y objeto de la prestación de servicios propia de la gestión del programa "Etxetek", representa una evidencia de funcionamiento empresarial en un sector productivo que no necesita elementos significativos de actividad material o inmaterial, siendo la mano de obra la que constituye elemento esencial en término de número y calidad, donde la fuente de la obligación de la subrogación, que no viene impuesta por el Convenio Colectivo, pero sí se recoge en las cláusulas o pliegos administrativos, permite asumir a la nueva adjudicataria del concreto servicio, la obligación de la subrogación que ya hemos observado en otras situaciones (sentencia del TSJPV de 28-6-11).

Y es que cuando la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, y existe además un conjunto de trabajadores que de forma duradera han realizado la actividad común y se han subrogado en el quehacer de la nueva entidad empresarial, cuya transmisión no hace sino continuar la actividad con un cargo de parte esencial del personal del anterior empresario, no siendo de importancia el material o las instalaciones (informáticas u otras), la exigencia de sucesión empresarial no solo se efectúa por la continuidad de la actividad o la propiedad o no de los elementos patrimoniales, sino que el cambio de titularidad supone una asunción parcial de trabajadores (se dice 10 de los 16 adscritos a "Etxetek"), donde los medios materiales de inmovilizado (locales, adscripciones, equipo de carretilla elevadora retráctil, las papeletas, entramados metálicos o estanterías), con independencia de su titularidad, asumen un articulado de pliego de condiciones que dicen relación a una concesión de ayudas que comprenden una gestión de solicitudes efectuadas a través de servicios de aplicación informática que el Departamento de la Diputación Foral pone a disposición de la empresa adjudicataria y ésta presta servicios de orientación y cesión de productos de apoyo a esas personas discapacitadas o en dependencia, sea domiciliaria o no, y con atención telefónica.

Es por ello que esta Sala, en aplicación de la doctrina comunitaria y nacional, entiende que la subrogación en supuestos de sucesión de contratos o concesiones administrativas, en los que se produce la asunción del nuevo adjudicatario de la mayor parte de los trabajadores y de ciertos activos materiales o inmateriales, en actividades en las que la mano de obra resulta importante, y existiendo en el supuesto de autos además un clausulado administrativo que no debe prevalecer frente al art. 44 del ET y esa doctrina comunitaria, con transmisión de determinados locales, bases de datos, clientes o una maquinaria necesaria, pero no los muebles de los locales, la asistencia a los teléfonos y material informático, provoca que, en conclusión, entendamos que la actividad transmitida descansa eminentemente sobre la mano de obra, en una prestación de servicios eminentemente personal, donde no se entendería la prestación de servicios a personas con discapacidad o dependencia, de otra manera, debiendo por ello concluirse que la adjudicataria final debe ser responsable de la subrogación contractual.

En lo que concierne al posible incumplimiento de la empresa saliente para con la obligación de comunicar a la empresa entrante o, en su caso, a la propia Administración Foral, aquella contratación, sus sustituciones o sus naturalezas jurídicas, la evidencia de la adscripción de la demandante al programa "Etxetek", ya fuese inicialmente bajo una naturaleza jurídica de relación por cuenta propia, pero en una manifestación conocida por las contrapartes de la discusión en procedimiento de oficio e impugnación de resoluciones por parte de la TGSS para con lo que se afirma ser un encuadramiento de oficio en el Régimen General al menos desde el año 2014, supone a todas luces una exigencia legal y jurisprudencial de que la transmisión o sucesión de plantillas provoca que la empresa entrante deba subrogarse también en la relación laboral declarada para la trabajadora demandante. Y por ello la ausencia de tal subrogación constituye el acto de despido que si bien ha sido declarado por el juzgador de instancia deberá ser a cargo y responsabilidad de la empresarial entrante en las condiciones y circunstancias ya señaladas por la instancia, donde solo se altera el régimen de responsabilidad empresarial para con la empresarial entrante y no la saliente.



Por todo lo manifestado procede la estimación del Recurso de Suplicación de la empresarial recurrente, e igualmente la estimación parcial del Recurso de Suplicación de la trabajadora.

CUARTO.- Como quiera que los recurrentes ven estimados sus Recursos de Suplicación, en atención al art. 235.1 de la LRJS no habrá condena en costas, con devolución de depósito y aplicación de consignaciones para la empresarial.

FALLAMOS

Que ESTIMAMOS los Recursos de Suplicación interpuestos por INGENIERÍA DE LA CALIDAD DE VIDA S.L. Y Luisa contra la sentencia dictada en fecha 22-9-16 por el Juzgado de lo Social nº 4 de Donostia en autos nº 417/16 seguidos a instancia de Luisa frente a INGENIERÍA DE LA CALIDAD DE VIDA S.L., SERVICIOS SOCIALES AITA MENNI S.L., DIPUTACIÓN FORAL DE GIPUZKOA Y FOGASA, revocando la resolución de instancia en el sentido único de declarar que la responsabilidad y condena respecto de la declaración de despido improcedente fechado el 31-5-16 y con las repercusiones de opción indemnizatoria (1.417,26 euros) o de readmisión, se hace con condena de la empresarial Servicios Sociales Aita Menni S.L., absolviendo a la empresarial Ingeniería de la Calidad de Vida S.L., así como a la Diputación Foral de Gipuzkoa.

Sin costas, con devolución de depósito y aplicación de consignaciones para con la empresarial recurrente.

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/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 4699-0000-66-0585-17.

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- 66-0585-17.

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.