



Roj: **STSJ PV 3422/2014 - ECLI:ES:TSJPV:2014:3422**

Id Cendoj: **48020340012014101753**

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

Sede: **Bilbao**

Sección: **1**

Fecha: **28/10/2014**

Nº de Recurso: **1926/2014**

Nº de Resolución: **1982/2014**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **MODESTO IRURETAGOYENA ITURRI**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**RECURSO Nº:** Suplicación / E\_Suplicación **1926/2014**

**N.I.G. P.V. 48.04.4-13/013240**

**N.I.G. CGPJ 48.020.44.4-2013/0013240**

**SENTENCIA Nº: 1982/2014**

**SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA**

**DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO**

En la Villa de Bilbao, a 28 de octubre de 2014.

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<sup>a</sup> 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 DELTA CONTROL Y SERVICIOS S.L. contra la sentencia del Juzgado de lo Social num. 9 de los de BILBAO (BIZKAIA) de fecha 3 de abril de 2014, dictada en proceso sobre DSP, y entablado por Concepción frente a **DELTA CONTROL Y SERVICIOS S.L., FOGASA y GURBISA SERVICIOS AUXILIARES SL**.

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. La actora Doña Concepción, con DNI NUM000, ha venido prestando sus servicios por cuenta y a las órdenes de la empresa codemandada GURBISA SERVICIOS AUXILIARES, S.L. en concurso (en adelante GURBISA), con antigüedad desde el 6/02/12 y categoría profesional reconocida en nómina de ayudante de oficio, cubriendo una jornada del 80,25% y recibiendo un salario bruto mensual de 779,08 euros, con inclusión de parte proporcional de pagas extras.

SEGUNDO. Las tareas de la demandante consistían en atender a los usuarios desde una recepción, realizando -sin ánimo de exhaustividad- labores como el control de accesos y salidas, atención presencial a usuarios, expedición de tickets o reserva de instalaciones, en el contexto de una contrata concertada entre GURBISA y el Ayuntamiento de ERMUA y cuyo objeto era la atención del Polideportivo de esa localidad (Instituto Municipal de Deportes de Ermua, IMD de ERMUA).



TERCERO. Por el Instituto Municipal de Deportes de Ermua, y previo el correspondiente concurso, se otorgó el 31/08/13 contrato administrativo con la codemandada DELTA CONTROL Y SERVICIOS S.L., siendo su objeto el servicio de recepción y control de accesos de los edificios e instalaciones deportivas municipales directamente gestionados por el Instituto y con una duración pactada entre el 1/09/13 y el 31/08/15, dándose por reproducido el expresado contrato junto al Pliego de Bases Técnicas, que obran como documento nº 2 del ramo de DELTA CONTROL Y SERVICIOS S.L.

CUARTO. Se tiene por expresamente reproducido el documento nº 5 presentado por la parte actora y consistente en correo electrónico remitido a la trabajadora por GURBISA si bien, a los efectos de interés actual, en el mismo se indicaba en síntesis que, con fecha de efectos 31/08/13, quedaba rescindido el contrato con el IMD de Ermua, debiendo subrogar a los trabajadores la empresa entrante.

QUINTO. El 1/09/13 la trabajadora intentó incorporarse al puesto de trabajo, sin poder acceder al mismo.

SEXTO. DELTA CONTROL Y SERVICIOS S.L. asumió la prestación de servicios para el IMD de Ermua a partir del 1/09/13, contratando a 4 trabajadores, dándose por expresamente reproducidos los contratos de obra o servicio otorgados, que se presentan como bloque documental nº 6 del ramo de prueba de la empresa.

SÉPTIMO. Se tiene por íntegramente reproducido el Convenio Colectivo de la empresa DELTA CONTROL Y SERVICIOS, S.L. publicado en el BOPV 1/08/08 y presentado como documento nº 4 de su ramo.

OCTAVO. La actora no ostenta ni ha ostentado en el año anterior al despido la condición de delegada de personal o miembro del comité de empresa o delegada sindical.

NOVENO. El 10/10/13 se celebró acto de conciliación, con el resultado de intentado sin efecto respecto a GURBISA y terminado sin avenencia respecto a DELTA, habiéndose presentado la papeleta el 23/09/13."

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

"Que estimando en lo sustancial la demanda deducida por Concepción frente a GURBISA SERVICIOS AUXILIARES, S.L. en concurso, figurando como administradora concursal Doña Matilde y DELTA CONTROL Y SERVICIOS S.L. y frente a FOGASA, debo declarar y declaro procedente el despido de la actora realizado con efectos al 1/09/13 condenando exclusivamente a DELTA CONTROL Y SERVICIOS S.L. a que en el plazo de CINCO días a contar desde la notificación de esta resolución opte 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 2.120,20 euros,

Para el caso de optarse por la readmisión, DELTA CONTROL Y SERVICIOS S.L. deberá abonar al trabajador los salarios de tramitación dejados de percibir a razón de 38,56 euros/día desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia o hasta que el actor 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.

DELTA CONTROL Y SERVICIOS S.L. deberá poner en conocimiento del Juzgado en el plazo antes expresado de CINCO DÍAS si opta o no por la readmisión, entendiéndose que opta por la readmisión en el caso de no verificarlo.

Todo ello acordando la libre absolución de GURBISA SERVICIOS AUXILIARES, S.L. en concurso y sin perjuicio de la responsabilidad que pudiera corresponder al FOGASA."

**TERCERO** .- Frente a dicha resolución se interpuso el Recurso de Suplicación, que fue impugnado por la parte contraria.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO**.- Estimada por la sentencia de instancia la demanda por despido presentada por D<sup>a</sup> Concepción frente a las mercantiles Gurbisa Servicios Auxiliares SL (en concurso) y Delta Control y Servicios SL a raíz de que no ha sido incorporada el 1.9.2013 a su anterior puesto de trabajo, desarrollado en el polideportivo de Ermua con Gurbisa, cuando a esa fecha Delta ha pasado a ser la nueva adjudicataria del servicio, siendo declarada su improcedencia con condena exclusiva de Delta a responder de las consecuencias derivadas de ese pronunciamiento, por las representaciones letradas de la empresa condenada y de la demandante se interponen sendos recursos de suplicación dirigidos a la revisión de los hechos declarados probados y al examen del derecho aplicado. En recurso de la empresa es impugnado por la trabajadora.

**SEGUNDO**.- Comenzaremos con el análisis de revisiones fácticas solicitadas al amparo del art. 193 b) de la LRJS para fijar el relato de hechos probados sobre los que deberán dilucidarse las denuncias jurídicas planteadas.



Con carácter previo hemos de recordar que la prosperabilidad del recurso de suplicación por dicho cauce procesal exige: a) que la equivocación que se imputa al juzgador en los hechos probados, resulte del todo patente y sin necesidad de realizar conjeturas o razonamientos, más o menos fundados, de documentos o pericias obrantes en autos que así lo evidencien; b) que se señalen los párrafos a modificar, ofreciendo redacción alternativa que delimite el contenido de la pretensión revisoria; c) que los resultados postulados, aún deduciéndose de aquellos medios de prueba, no queden desvirtuados por otras pruebas practicadas en autos, pues en caso de contradicción entre ellas debe prevalecer el criterio del juzgador "a quo", a quien le está reservada la función de valoración de las pruebas aportadas por las partes; d) finalmente, que las modificaciones solicitadas sean relevantes y trascendentes para la resolución de las cuestiones planteadas. Sin la conjunta concurrencia de estos requisitos, no puede prosperar la revisión fáctica en el recurso de suplicación, de naturaleza extraordinaria, que a diferencia de la apelación civil, no faculta a la Sala para la revisión de lo actuado.

A) En el primer motivo del recurso de Delta se pide la incorporación de un nuevo hecho probado décimo en el que, con remisión a los documentos obrantes a los folios 1253 a 1313 de los autos (más concretamente, a los obrantes a los folios 1279 a 1281), recoja en qué consiste su actividad económica. Formula dicha petición para demostrar que nada tiene que ver con la definida en el art. 1.1 del Convenio Colectivo de Locales y Campos Deportivos de Bizkaia (folios 1143 a 1149).

Se acoge lo solicitado por resultar de la prueba invocada y guardar relación con la posterior denuncia jurídica.

B) El motivo segundo del mismo recurso postula la adición de otro nuevo hecho probado (undécimo) que disponga que, según el pliego de bases técnicas por el que se hizo la adjudicación del servicio a Delta, dicha empresa es la responsable de dotar siempre al personal de recepción del material necesario para el cumplimiento del objeto y las finalidades del contrato, siendo el número orientativo de horas contratadas por el IMD de Ermua con Delta de 7000 horas anuales. Para ello se remite a la documentación incorporada a los folios 1188 a 1192 de las actuaciones (concretamente a los folios 1189 y 1190).

No se accede a esta adición por ser irrelevante para la resolución de cuestión planteada (si se ha producido una sucesión empresarial entre Gurbisa y Delta que obliga a la segundo a subrogar a la demandante), como luego se verá.

C) El primer motivo del recurso de la trabajadora pide la modificación del hecho probado primero, interesando el cambio de la antigüedad, categoría y salario pero no en relación a la aquí demandante, sino de la trabajadora D<sup>a</sup> Adela , y con la adición de que la relación laboral se rige por lo establecido en el Convenio de Locales y Campos Deportivos de Bizkaia.

Lógicamente no puede prosperar por tratarse de una modificación relativa a otra trabajadora. Por otra parte, el hecho probado primero no hace sino recoger las condiciones laborales que le fueron reconocidos a la actora por Gurbisa, por lo que no cabe la admisión de revisión alguna al respecto sin perjuicio de que, al amparo de las denuncias jurídicas formuladas, luego pueda entenderse que la categoría profesional y el salario que le vincula a Delta son distintos a los fijados por el Juzgador a quo en el fundamento de derecho cuarto de su sentencia.

**TERCERO.-** Entrando sobre las denuncias jurídicas que se formulan por el cauce procesal previsto en el art. 193 c) de la LRJS , la empresa Delta plantea las siguientes en los tres últimos motivos de su recurso: a) Infracción de los arts. 83.1 y 82.3 del Estatuto de los Trabajadores , así como del art. 1.1 del Convenio Colectivo de Locales y Campos Deportivos de Bizkaia y de doctrina jurisprudencial (discrepa con que le sea de aplicación el citado Convenio -tampoco a la anterior adjudicataria Gurbisa- al entender que su objeto social no se encuentra encuadrado en su ámbito de aplicación, ni tampoco en el del Convenio Colectivo Nacional para las Empresas de Seguridad Privada); b) Aplicación indebida del art. 44 (apartados 1 y 2) del ET , de los arts. 1.1 y 4.1 de la Directiva 2001/23/CE y de la doctrina sentada por la STS de 15.7.2013 (sostiene que no se produce la sucesión prevista en las normas invocadas cuando, pese a que la fuerza productiva recaiga principalmente en la mano de obra, ni el pliego de bases técnicas ni el convenio colectivo de empresa recoge la figura de la subrogación, siendo insuficiente para que opere aquella la mera continuidad de la actividad por la nueva adjudicataria del servicio sin asunción de ningún trabajador de la anterior); y c) Infracción del art. 56.1 del ET en relación con la Disposición Transitoria Quinta de la Ley 3/2012 (considera que, en caso de mantenerse en pronunciamiento de la sentencia recurrida, la indemnización aplicable será la que resulte del salario previsto en el hecho probado primero de la sentencia recurrida).

Por su parte, el recurso de la demandante en sus dos últimos motivos denuncia: a) Infracción del art. 56.1 del ET (pide se calcule la indemnización, con aplicación del Convenio de Locales y Campos Deportivos de Bizkaia, sobre el salario de 1345,57 euros correspondiente a la categoría de auxiliar administrativo); y b) Infracción de art. 25 del Convenio Estatal de Instalaciones Deportivas al que se remite el art. 21 del Convenio de Locales y Campos Deportivos de Bizkaia (sostiene en virtud de los mismos también opera la subrogación reconocida en



la instancia al amparo del art. 44 del ET , siendo también motivo de la declaración de improcedencia contenida en el fallo).

Pues bien, todas las cuestiones que se suscitan ya han obtenido respuesta de esta Sala en sentencias previas.

En lo que respecta a la determinación del convenio colectivo que resulta de aplicación, sin necesidad de repetir lo que ya ha sido razonado en el fundamento de derecho tercero de la sentencia recurrida, nos limitaremos a indicar que, respecto de quien desarrollaba la misma actividad que la aquí demandante para la empresa Gurbisa, en sentencia de 18.6.2013 (rec. 1004/2013 ) se dijo que "concurren elementos suficientes para estimar que el vínculo laboral mantenido entre las partes tuvo correcto encaje en el Convenio Colectivo de Locales y Campos Deportivos de Bizkaia", por lo que, prestando la nueva adjudicataria Delta el mismo servicio, por el efecto de la cosa juzgada ( art. 222.4 de la LEC ), será ese el convenio rector de las circunstancias laborales concurrentes en este caso.

En cuanto a la operatividad de la sucesión empresarial y la obligación de la subrogación de la nueva adjudicataria del servicio respecto del personal, también se ha dado respuesta a peticiones similares a la presente respecto de otras trabajadoras que se han visto en igual situación a la de la demandante, pronunciándose las sentencias de 17 de junio , 8 de julio y 14 de octubre de 2014 ( recursos 1150/2014 , 1277/2014 y 1828/2014 ) en el siguiente sentido:

< < Y es que esta Sala no puede sino atender a su criterio o precedente, del que no se exige separación por razones jurídicas que lo merezcan, debiendo atender al criterio de seguridad y justicia para confirmar que nuestra sentencia de 18 de junio del 2013 ,Rec.1004/13 - viene a ser un precedente en la interpretación del Convenio colectivo aplicable para un supuesto en el que, aun cuando en reclamación de cantidad, exigía el pronunciamiento respecto del Convenio colectivo aplicable, concluyendo que en la interpretación y enfrentamiento del Convenio colectivo de locales y campos de deporte de Bizkaia respecto del estatal de empresas de seguridad, para el mismo Instituto Municipal discutido, se debe concluir que en las funciones de encargo de servicios de atención a personas usuarias, control de acceso, utilización de instalaciones, peticiones, prestaciones de jornada y servicios auxiliares, el Convenio colectivo de aplicación deberá ser el ya citado de locales y campos de deporte de Bizkaia. Por lo que estaremos a sus exigencias y lecturas de subrogación convencional que predicen los artículos 21 y 25, que hacen inexigible la aplicación subsidiaria del artículo 44 del ET respecto de la doctrina que impera en la temática propia de sucesión, ya sea de plantilla o de elementos patrimoniales, para con la responsabilidad de las empresariales, donde la doctrina comunitaria a los supuestos de sucesión empresarial de actividades o plantillas, o subrogación convencional, exige el comentario de las resoluciones judiciales que de manera general y específica han tratado este tema y que las partes conocen.

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 LIKENE ) 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 contratistas puede constituir un supuesto de sucesión de empresa, pero ello no significa que toda sucesión de contratistas 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 concorra 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, Watson, 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)".

Con todo, en el supuesto de autos, entendemos aplicable el Convenio colectivo de locales y campos de Bizkaia, en consecuencia también será de aplicación la cláusula convencional de subrogación que contiene su referencia en los artículos 21 y 25, que como veremos con posterioridad también afectará a la categoría, salario, y por ello también a la indemnización de la trabajadora recurrente.



Y es que como bien conocemos estamos ante una figura que con forma de sucesión viene reflejada en las normas sectoriales o Convenios colectivos (no solo en vigilancia o seguridad, sino también en servicios de limpieza y otros), que tiene por exigencia y finalidad legal reflejar la obligación al objeto de conservar los puestos de trabajo y evitar la proliferación de contenciosos en los que los trabajadores de una empresa pasan automáticamente a la siguiente empresa adjudicataria en el momento de cambio y titularidad de las contrata y siempre cuando esos trabajadores cesantes lleven al menos un tiempo de prestación de servicios, normalmente con independencia absoluta de la modalidad del contrato que se tenga. Son supuestos de sucesión empresarial por subrogación convencional inter-vivos en los que la empresa saliente normalmente acredita una relación de personal, antigüedad, jornada, horarios, condiciones y otros, así como las liquidaciones abonadas, y la empresa entrante debe incorporar a su plantilla el personal afectado por este cambio de titularidad con los mismos derechos obligaciones salariales contractuales que tuviere en la empresa cesante.

Es por ello que en el supuesto de autos, dicha subrogación convencional, que exige la aplicación del Convenio colectivo, hace inexigible la aplicación directa y subsidiaria del artículo 44 del ET y la doctrina propia de sucesión, de transmisión de elementos patrimoniales o en su caso de plantilla, insistiendo en el criterio de esta Sala, que corrobora la clara extinción contractual en forma de despido improcedente, confirmando en este sentido la resolución de instancia, por cuanto la empresa saliente ha comunicado la extinción contractual al haber una nueva empresarial entrante que, con la obligación propia del articulado del Convenio colectivo sobre tal subrogación, provoca la inexistencia de una finalización de la contrata y el deber de mantener su prestación de servicios inicial, donde la proposición de la empresarial entrante provoca la calificación del despido improcedente con las condiciones y requisitos que se postulan en aplicación también de dicho Convenio colectivo y que lo son respecto de una categoría profesional de auxiliar administrativo y un salario de 1.345,57 € que corroboran un cálculo indemnizatorio que se eleva a — € (no solo los — € reconocidos en la instancia), que deberá confirmar esta Sala. > > .

Sin que existan motivos que permitan variar los anteriores razonamientos, debemos rechazar el recurso interpuesto por Delta y estimar el presentado por la demandante acogiendo la categoría profesional y salario que postula (44,85 euros diarios o 1345,57 euros mensuales), de tal forma que la indemnización correspondiente al despido improcedente declarado ascenderá a 2510,43 euros.

CUARTO.- Desestimado el recurso de suplicación de Delta Control y Servicios SL, que no goza del beneficio de justicia gratuita y ha constituido para recurrir el depósito y el aseguramiento de la cantidad objeto de condena, procede imponer a la misma las costas (art. 235-1 LJS), incluidos los honorarios del letrado impugnante en la cantidad de 400 euros, con pérdida del depósito y mantenimiento del aseguramiento prestado, a las que se dará el destino que corresponda cuando la sentencia sea firme (art. 204 LJS).

## FALLAMOS

Que **desestimando** el recurso de suplicación interpuesto por la representación de Delta Control y Servicios SL y **estimando** el interpuesto por la representación de D<sup>a</sup> Concepción , ambos frente a la sentencia del Juzgado de lo Social nº 9 de los de Bilbao, dictada el 3 de abril de 2014 en los autos nº 1324/2013 sobre despido, seguidos a instancia de D<sup>a</sup> Concepción contra Gurbisa Servicios Auxiliares SL, Delta Control y Servicios SL y el Fondo de Garantía Salarial, **revocamos parcialmente** la sentencia recurrida señalando que, con mantenimiento del resto de los pronunciamientos, el salario diario de la trabajadora asciende a 44,85 euros, lo que determina que la indemnización derivada del despido improcedente declarado ascienda a 2.510,43 euros.

Procede imponer a la empresa recurrente las costas, incluidos los honorarios del letrado impugnante en la cantidad de 400 euros, con pérdida del depósito y mantenimiento del aseguramiento prestados para recurrir, a los que se dará el destino que corresponda cuando la sentencia sea firme.

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-**1926/2014**.

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-**1926/2014**.

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.