



Roj: STSJ PV 2478/2014 - ECLI:ES:TSJPV:2014:2478  
Id Cendoj: 48020340012014101202

Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social

Sede: Bilbao

Sección: 1

Nº de Recurso: 1277/2014

Nº de Resolución: 1407/2014

Procedimiento: Recurso de suplicación

Ponente: JUAN CARLOS BENITO-BUTRON OCHOA

Tipo de Resolución: Sentencia

**RECURSO Nº:** Suplicación / E\_Suplicación 1277/2014

**N.I.G. P.V. 48.04.4-13/013220**

**N.I.G. CGPJ 48.020.44.4-2013/0013220**

SENTENCIA Nº: 1407/2014

**SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA  
DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO**

En la Villa de Bilbao, a 8/7/2014.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, formada por los Ilmos. Sres. D. MANUEL DIAZ DE RÁBAGO VILLAR, Presidente en funciones, D. JUAN CARLOS ITURRI GARATE y D. JUAN CARLOS BENITO BUTRON OCHOA, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

**SENTENCIA**

En el Recurso de Suplicación interpuesto por Bárbara y DELTA CONTROL Y SERVICIOS S.L. contra la sentencia del Juzgado de lo Social num. 6 de los de BILBAO (BIZKAIA) de fecha 25 de febrero de 2014 , dictada en proceso sobre DSP, y entablado por Bárbara frente a Celia , GURBISA SERVICIOS AUXILIARES S.L., DELTA CONTROL Y SERVICIOS S.L. y FOGASA.

Es Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. JUAN CARLOS BENITO BUTRON 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.- Dña. Bárbara ha venido prestando sus servicios para la empresa GURBISA SERVICIOS AUXILIARES S.L. (GURBISA), con una antigüedad referida al 20-4- 2010, jornada del 80,25%, y salario mes de 717,51 euros con prorrateo de pagas extras. Su categoría formal era la de ayudante de oficio.

SEGUNDO.- Las tareas de la demandante consistían en atender al cliente desde una recepción, ello en el contexto de una contrata concertada entre su empleadora y el Ayto. de ERMUA y cuyo objeto era la atención del Polideportivo de esa localidad (IMDERMUA).

TERCERO.- Por el IMDERMUA sacó, de nuevo a concurso la adjudicación del servicio de recepción y control de accesos de los edificios e instalaciones deportivas municipales, adjudicándosele a la empresa DELTA CONTROL Y SERVICIOS S.L.

Se da por reproducido el pliego de condiciones y contrato administrativo suscrito entre DELTA CONTROL Y SERVICIOS SL e IMD ERMUA, toda vez obrante en la prueba documental.

CUARTO.- La empresa DELTA CONTROL Y SERVICIOS S.L. (DELTA) inicio su prestación de servicios en el IMD ERMUA en fecha 1-9-13.

QUINTO.- La empresa GURBISA remitió email a la demandante manifestándole que a fecha de 31-8-2013 finalizaba la contrata mantenida por la citada y el Ayto. de ERMUA, significándole que desde el 1-8-2013 pasaría a depender de la nueva adjudicataria.

SEXTO.- La demandante con fecha 1-9-13 intentó incorporarse a la prestación de servicios que venía realizando no siendo autorizado por la empresa DELTA CONTROL Y SERVICIOS S.L.

SEPTIMO.- DELTA CONTROL Y SERVICIOS SL queda sometida a un Convenio de empresa de tipo estatutario.

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

NOVENO.- Que con fecha 10 de octubre de 2013 se celebró el preceptivo acto de conciliación con el resultado de sin avenencia con respecto a DELTA y sin efecto con relación a GURBISA."

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

"Que estimando en parte la demanda formulada por Dña. Bárbara frente a GURBISA SERVICIOS AUXILIARES S.L., DELTA CONTROL Y SERVICIOS S.L., debo declarar y declaro el despido causado a la demandante por la empresa DELTA CONTROL Y SERVICIOS S.L., como improcedente y en su consecuencia debo condenar y condeno a la DELTA CONTROL Y SERVICIOS S.L., a que en el plazo de cinco días siguientes a la notificación de esta sentencia opte entre la readmisión de la trabajadora o el abono de la indemnización de 4782,28 euros; y sin que procedan salarios de tramitación salvo que la empresa opte por la readmisión de la trabajadora que lo serán desde el despido hasta la notificación de esta sentencia conforme al salario día de 35,49 euros, quedando obligado el FGS a estar y pasar por la presente declaración, y con expresa absolución de GURBISA SERVICIOS AUXILIARES S.L.."

**TERCERO** .- Frente a dicha resolución se interpuso el Recurso de Suplicación por Bárbara y por DELTA CONTROL Y SERVICIOS S.L., que fueron impugnados por DELTA CONTROL Y SERVICIOS S.L. y Bárbara respectivamente.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO**.- La resolución judicial de instancia ha estimado parcialmente la demanda de la trabajadora demandante con categoría profesional inicial de auxiliar de oficios, que trabaja en el Instituto Municipal de Deportes y solicita la declaración y calificación de la extinción fechada el 1 de septiembre del 2013 como despido improcedente, por cuanto manifiesta que hay una sucesión empresarial donde la entrante (DELTA CONTROL Y SERVICIOS S.L.) no se ha hecho cargo de la subrogación contractual, merced a la aplicación ya sea de la sucesión empresarial ( artículo 44 del ET ) o ya sea la subrogación convencional ( artículo 25 del Convenio Colectivo a discutir). Y así, el Juzgador de Instancia, aun cuando no considera de aplicación el Convenio Colectivo de locales y campos, y se aparta voluntariamente de la STSJPV de 18 de junio del 2013 ¿Rec. 1004/13 -, al aplicar el artículo 44 del ET (tampoco considera aplicable el Convenio Colectivo de seguridad privada), llega a reconocer una antigüedad de 20 de abril del 2010 (la empresarial solo reconoce una antigüedad de 23 de septiembre del 2010) y un salario de 717,51 €, aplicando la doctrina de transferencia de mera actividad (mano de obra) y por ello condenando tan solo a la empresarial entrante.

Disconformes con tal resolución de instancia, plantean recurso de suplicación no solo la empresarial entrante condenada, sino también la misma trabajadora demandante. La empresarial peticona cuatro revisiones fácticas y tres jurídicas y la trabajadora una fáctica y también dos jurídicas, siguiendo los párrafos b ) y c) del artículo 193 de la LRJS , que pasamos a analizar de manera conjunta.

Idéntica pretensión ha sido resuelta por esta Sala en STSJPV de 17 de junio del 2014 -Rec. 1150/14 -, a la que habremos de estar por razones de seguridad y justicia.

**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 del recurso entablado por la empresarial recurrente que induce en su cuarto motivo a la modificación fáctica del Hecho Probado 11<sup>a</sup>, para dar entrada al objeto social y trabajo realizado por la empresarial entrante DELTA CONTROL Y SERVICIOS S.L., pero pretendiendo hacer un juicio de valor sobre la utilización única y exclusivamente de mano de obra, a criterio de la Sala no podrá tener cumplida cuenta en tanto en cuanto pretende hacer la empresarial recurrente una predeterminación de asertos fácticos con resultancia jurídica para posteriormente aplicar lo que considera una doctrina jurisprudencial exigible a su caso, según nuestro Recurso 30/12 y Sentencia de 24 de enero. Por ello solo aceptamos que para las funciones de control a los accesos y utilización de las instalaciones lo determinante sea la mano de obra, pero en referencia a un objeto social dedicado a la supervisión y control de tales objetos y acondicionamientos.

La segunda revisión fáctica propone incorporar al Hecho Probado 7<sup>o</sup>, la existencia de un determinado Convenio Colectivo para con la empresarial entrante DELTA CONTROL SERVICIOS S.L. sin pormenorizar las funciones y objeto social, queriendo con ello llegar a la conclusión de que son diferentes respecto de la empresa saliente, pero lo importante no deja de ser sino la existencia de una sucesión de contratación del servicio de recepción y control de los accesos al edificio y a la instalación deportiva gestionada, por lo que tan solo podemos hacer menciones a referencias que ya constan en el Hecho Probado 7<sup>o</sup> y que no necesitan ser nuevamente reproducidas.

La primera revisión fáctica propone incorporar al Hecho Probado 1<sup>o</sup>, una antigüedad de 3 de septiembre del 2010, que atienda a la contratación, vida laboral, conciliación en otra reclamación de cantidades, nóminas y otros, y nuevamente como se trata de la materia objeto de discusión y referencia respecto de los argumentos de la empresarial, podemos advenir que la opción respecto de la antigüedad sigue siendo la ya otorgada por la instancia de 20 de abril del 2010 o la propuesta por la empresarial de 23 de septiembre de 2010.

La tercera revisión fáctica solo pretende incorporar sus propios contratos laborales, que son innecesarios.

Con ello hemos admitido parcialmente la revisión fáctica postulada por la empresa según los asertos ya explicados.

En lo que se refiere a la revisión fáctica que propone la trabajadora recurrente en su único motivo al pretender incorporar en el Hecho Probado 1<sup>o</sup> el salario, concierne a la aplicación del Convenio Colectivo defendido en su postura argumental y que también mantiene esta Sala en el Recurso 1004/13, correspondiente a 1.345,57 # y por ello también la categoría profesional de auxiliar administrativo, entendemos que en aplicación de dicho convenio colectivo, nuevamente esta Sala podrá dar entrada a tales exigencias que se corresponden con las pretensiones de las contrapartes y que adveran la discusión respecto de una parte a la aplicación del Convenio colectivo y de otra a la categoría profesional y salario discutidos.

Por ello también admitimos la revisión fáctica propuesta por la trabajadora recurrente para dar entrada a su salario y categoría propuestas.

**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.

Ambas recurrentes incorporan en sus infracciones jurídicas no solo la doctrina de la sucesión empresarial propia del artículo 44 del ET siguiendo la doctrina comunitaria (se cita la Sentencia del TS de 15 de julio del 2013 ¿Rec. 1377/12 -) respecto de la existencia de elementos patrimoniales o sucesión de plantillas alternativamente, intentando también en proposición recalcar la antigüedad y su indemnización (que no sean 4.782,28 # sino 3.090,30 #) y tratar el tema del Convenio Colectivo aplicable. Y también la trabajadora recurrente invoca para la subrogación convencional los artículos 21 y 25 del Convenio colectivo que considera aplicable o en su caso incluso subsidiariamente el artículo 44 del ET , para calcular una indemnización de 7.630,34 #, que atienda a su categoría profesional y salario, según el Convenio colectivo aplicable. Analizaremos tanto la temática propia de dicha aplicación convencional, como en su caso, la existencia o no de la sucesión y/o subrogación exigible, y sus consecuencias.

Y es que esta Sala no puede sino atender a su criterio o precedente (ahora también la STSJPV de 17-6-2014 -Rec. 1150/14 -), del que no se exige separación por razones jurídicas que lo merezcan, debiendo atender también 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 accesorio". 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 accesorio. 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 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 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, Watron, 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 afectara 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 7.630,34 # (no solo los 5.343,83 # reconocidos en la instancia), que deberá confirmar esta Sala.

Por ello, en virtud de los argumentos expuestos ut supra, procederá la desestimación íntegra del recurso de suplicación interpuesto por la empresarial recurrente, pero por otro lado deberá aceptarse el recurso de suplicación de la trabajadora, con un recalcu indemnizatorio de 7.630,34 # en aplicación del Convenio colectivo de locales y campos deportivos de Bizkaia, que lleva a una reconsideración del salario y de la categoría profesional respectivamente.

**CUARTO.-** Como quiera que la empresarial recurrente no goza del beneficio de justicia gratuita y ve desestimado su recurso de suplicación, en atención al artículo 235.1 de la LRJS habrá condena en costas, pérdida del depósito y aplicación de consignaciones. Por contra, como la trabajadora recurrente no solo goza del beneficio de justicia gratuita sino que además ve estimado su recurso de suplicación, no habrá condena en costas.

## FALLAMOS

Que **DESESTIMANDO** el recurso de suplicación interpuesto por la empresarial DELTA CONTROL Y SERVICIOS S.L. y **ESTIMANDO** el recurso de suplicación interpuesto por la trabajadora Bárbara contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº6 de Bilbao el 25 de febrero de 2014 en autos nº 1303/13, seguidos a instancia de Bárbara frente a DELTA CONTROL Y SERVICIOS S.L., GURBISA SERVICIOS AUXILIARES S.L., Celia y FOGASA, se revoca la resolución de instancia en el único y exclusivo pronunciamiento de que declarando el despido improcedente con las consecuencias regladas, se recalcula



el abono de la indemnización en 7.630,34# en virtud de un salario y categoría de 1.345,57 # mensuales, manteniendo el resto de pronunciamientos de empresas condenadas y exigencias legales.

Se condena en costas a la empresarial recurrente, que deberá hacer frente a los honorarios del Letrado impugnante en cuantía de 400 #, con pérdida de depósito y aplicación de consignaciones.

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 Iltrmo/ 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 4699-0000-66-1277-14.

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 4699-0000-66-1277-14.

Están exceptuados de hacer todos estos ingresos las Entidades Públicas, quienes ya tengan expresamente reconocido el beneficio de justicia gratuita o litigasen en razón a su condición de trabajador o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social (o como sucesores suyos), aunque si la recurrente fuese una Entidad Gestora y hubiese sido condenada al abono de una prestación de Seguridad Social de pago periódico, al anunciar el recurso deberá acompañar certificación acreditativa de que comienza el abono de la misma y que lo proseguirá puntualmente mientras dure su tramitación.