

AS 2010\1416

**Sentencia Tribunal Superior de Justicia Comunidad Autónoma del País Vasco (Sala de lo Social, Sección 1), de 16 febrero 2010**

Jurisdicción: Social

Recurso de Suplicación núm. 3184/2009.

**Ponente:** Ilmo. Sr. D. Emilio Palomo Balda.

GARANTIAS POR CAMBIO DE EMPRESARIO: sucesión empresarial: contrata: efectos: despido por falta de adscripción del personal.

*El TSJ estima el recurso de suplicación interpuesto por la parte actora contra Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 6 de Bilbao, de fecha 23-07-2009, en autos promovidos sobre despido, que es revocada en el sentido que se indica en la fundamentación jurídica.*

RECURSO Nº: 3184/09

N.I.G. 48.04.4-09/004495

**SENTENCIA Nº:**

SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

DE LA COMUNIDAD AUTONOMA DEL PAIS VASCO

En la Villa de Bilbao, a dieciséis de febrero de dos mil diez.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, formada por los/as Ilmos/as. Sres/as. D. PABLO SESMA DE LUIS, Presidente en funciones, D. EMILIO PALOMO BALDA 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 D<sup>a</sup>Violeta , contra la sentencia del Juzgado de lo Social número 6 de Bilbao, de fecha veintitrés de julio de dos mil nueve, dictada en los autos núm. 452/09, seguidos a su instancia, frente a EMTESPORT S L, KAROBI LIMPIEZAS S.L., LAUGERNAK S.L., UTE LABEGANE, el AYUNTAMIENTO DE ORTUUELLA, y el FONDO DE GARANTIA SALARIAL, sobre Despido (DSP).

Es Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. EMILIO PALOMO BALDA, 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:

1).- La demandante ha venido prestando sus servicios para la UTE codemandada, que integraba las empresas Karobi SL y Laugernak SL con la categoría profesional de monitora , antigüedad desde el 27-01-2004 y salario de 1.426,87 euros incluida la prorrata de pagas extras, aunque en los últimos tiempos venía percibiendo un salario reducido en virtud de reducción de jornada a la amparo delart. 37.5 del Estatuto de los Trabajadores de 990,81 euros .

2).- Las codemandadas s encuentran dentro del ámbito de aplicación del convenio colectivo para el sector locales y Campos Deportivos de Bizkaia publicado en el BOB el día 24-05-06 y posteriores revisiones , que remite subsidiariamente alaConvenio Colectivo Estatal de Instalaciones Deportivas, y subsidiariamente el Udalhitz 2008 -2010.

3).- Desde el día 27-1-2004 ha trabajado sin solución de continuidad por cuenta y órdenes de Laugernak SL y luego de Ute Labegane de la cual era intregante dicha empresa.

El 27-01-2004 suscribió un contrato de trabajo indefinido a tiempo completo con Laugernak SL habiendo sido accionista de la misma hasta el 7-10-2008 , además de ostentar el cargo de administradora. Con fecha 7-10-2008

vende sus acciones a un tercero , que abona por las mismas 34.000 euros continuando con su cargo de administradora de dicha mercantil .

Con fecha 1-3-2007 pasó a trabajar por cuenta y órdenes de la Ute Labegane integrada por Laugernak SL y Limpiezas Karobi, con respeto a la totalidad de las condiciones de trabajo que venía ostentando, firmando el siguiente acuerdo a fecha 1 de marzo del 2007:

"Comparecen:

Por una parte D.Avelino , con D.N.I.NUM000 , en su calidad de Gerente de la empresa UTE Labegane, con domicilio social en Ortuella A, calle Mendialde 28-Lonja y número patronal

Y de la otra, la trabajadora Dña.Violeta , con NIFNUM001 y NASSNUM002

Acuerdan:

Primero.- Que desde fecha de efectos del día 01-03-2007 la empresa UTE Labegane, mantiene intactas las condiciones establecidas en el contrato de trabajo indefinido, así como el posterior anexo modificativo de fecha 01-10-2006, de la trabajadora Dña.Violeta , con todos los derechos inherentes al puesto de trabajo que mantenía hasta fecha 28/02/2007 en la mercantil LAUGERNAK, S.L.

Segundo.- Que la trabajadora ostentará la categoría de monitora, desempeñando sus tareas en el Polideportivo, Piscinas, Gimnasio de Barrio, así como en el Gimnasio del Módulo de Atletismo.

Tercero.- La empresa respeta la antigüedad de la trabajadora que data de fecha 27/01/2004.

Cuarto.- La trabajadora prestará sus servicios a jornada completa, es decir, 1710 horas anuales distribuidas de lunes a domingo.

Se adjunta al presente documento de subrogación, el acuerdo de distribución de dichas horas por ambas partes, empresa y trabajadora. En función de sucesivas publicaciones del convenio de referencia, dichas horas irán siendo modificadas y realizados los ajustes oportunos.

Quinto.- La empresa Laugernak, S.L. con CIF B95283503, empresa de origen de Dña.Violeta , se compromete a subrogar a la citada trabajadora una vez extinguida la concesión administrativa de UTE Labegane para la gestión del polideportivo, con todos los derechos inherentes a su puesto de trabajo que venía desempeñando desde la fecha indicada en el párrafo tercero.

Sexto.- La relación laboral se regirá por el Convenio Colectivo de Locales y Campos Deportivos de Bizkaia.

Y con la firma de la trabajadora afecta, y el visto legal de UTE Labegane, se cierra el presunto acuerdo en el lugar y fecha indicados."

4).- Las funciones las ejercía la demandante en el Polideportivo Municipal de Ortuella.

Recientemente el ayuntamiento de Ortuella ha procedido a adjudicar el servicio a la empresa Emtesport SL con fecha 18 de marzo del 2009.

5).- Con fecha 18-03-2009 la Ute Labegane ha procedido a finalizar la relación laboral que les unía, sin comunicarle escrito de ningún tipo, aportándole únicamente el documento certificado de empresa, en el cual consta el motivo de extinción de la relación laboral : Fin de contrato de trabajo temporal, indicándole verbalmente que debía dirigirse a Laugernak SL quién debería proceder su subrogación en virtud de la cláusula quinta del acuerdo suscrito con fecha 1-3-2007 .

La trabajadora intentó ponerse en comunicación con Laugernak SL para interesarse por su subrogación sin que se le haya indicado nada en tal sentido.

Ha procedido a poner en conocimiento de la nueva adjudicataria Emtesport SL que debía proceder a su subrogación, negándose la misma a efectuarla por no encontrarse en la relación de trabajadores efectuada por el Ayuntamiento de Ortuella que debían ser subrogados por la nueva adjudicataria.

6).- En el pliego de condiciones para la nueva adjudicataria Emtesport no se encuentra incluida la trabajadora.

7).- El art. 175 del acuerdo regulador de las condiciones de trabajo del personal de las instituciones locales vascas Udalhitz 2008-2010 dispone lo siguiente:

"Artículo 175 .- Subrogación de trabajadores y trabajadoras de las empresas adjudicatarias

1. En las sucesivas adjudicaciones de contratos públicos respecto de un mismo servicio, y a fin de hacer posible la estabilidad de las plantillas, se garantizará por parte de las empresas adjudicatarias, independientemente de lo que al respecto señalen los convenios del sector, la subrogación de los trabajadores y las trabajadoras existentes al momento de cada adjudicación; para ello se incorporará la cláusula de subrogación en los pliegos de condiciones de

los nuevos expedientes que se tramiten, condicionado al cumplimiento de requisitos de transparencia y buena fe.

2. En todo caso, las previsiones de este artículo serán de aplicación solamente bajo los siguientes supuestos:

a) La subrogación afectará únicamente al personal que posea un contrato laboral y haya trabajado en el marco de la institución contratante al menos durante los últimos 6 meses, incluyendo las sustituciones hasta su propia finalización.

b) En ningún caso afectará la subrogación a los propietarios, accionistas, directivos y mandos intermedios de la empresa contratistas cesante, ni a los familiares hasta el segundo grado inclusive de dichos propietarios, accionistas, directivos y mandos intermedios de la empresa cesante.

En caso de discrepancia la interpretación de este apartado se solventará en la Comisión de Seguimiento de cada Institución. Si persistiera la discrepancia ésta se elevará a la Comisión Paritaria".

8).- El Convenio Colectivo para el Sector Locales y Campos Deportivos de Bizkaia en su artículo 21 dispone que a los efectos legales que procedan se tendrá en cuenta el Iº Convenio colectivo estatal de Instalaciones Deportivas.

En la actualidad dicho convenio no se encuentra en vigor, por lo que hemos de acudir al II Convenio Colectivo Estatal de Instalaciones Deportivas, publicado en el BOE el día 06/09/2006, en cuyo art. 25 se prevé la subrogación del personal en casos como el presente al objeto de garantizar y contribuir al principio de estabilidad en el empleo.

9).- Desde el día 8-7-2008 hasta el 7-7-2009, la demandante está disfrutando de una reducción de jornada por cuidado de su hijo menor de 8 años en un 33% de la jornada habiendo reducido su jornada a 25 horas semanales durante un año.

10).- El ayuntamiento de Ortuella inició expediente sancionador con fecha 5 de septiembre del 2008 a la UTE Labegane por incumplimientos graves y leves de las funciones a realizar. Documento nº 6 del ramo de prueba de la codemandada Emtesport.

11).- El pliego de cláusulas administrativas para la contratación por concurso en procedimiento abierto y tramitación ordinaria de la gestión deportiva limpieza y mantenimiento del polideportivo modulo de atletismo y piscinas municipales más cafetería de Ortuella establece en el punto 24 referente al personal del servicio las posibilidades de subrogación de los trabajadores, siempre que el contratista indique en su oferta los puestos de trabajo de esta naturaleza que propone para garantizar la realización de todos los servicios exigidos al adjudicatario en este pliego".

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

13).- Con fecha 5 de mayo del 2009 se celebró el preceptivo acto de conciliación con el resultado de sin avenencia y sin efecto.

SEGUNDO.- La parte dispositiva de la sentencia de instancia dice: Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por Dña. Violeta frente a Ayuntamiento de Ortuella, Emtesport, S.L., Kairobi Limpiezas, S.L., Laugernak, S.L., UTE Labegane y Fogasa, en materia de despido, debo declarar y declaro el mismo NULO, y en su consecuencia debo condenar y condeno a la UTE Labegane compuesta por Laugernak, S.L y Kairobi Limpiezas, S.L., a que proceda a la readmisión inmediata de la trabajadora en las mismas condiciones que tenía antes del despido y le abonen salarios de tramitación desde la fecha del mismo esto es 18-3-2009 hasta la fecha de la definitiva reincorporación de la trabajadora. Debe absolverse del presente procedimiento a la mercantil Emtesport y al Ayuntamiento de Ortuella y al Fondo de Garantía Salarial.

TERCERO.- Contra dicha sentencia, la demandante interpuso recurso de suplicación, que fue impugnado por Emtesport, S.L. y Ayuntamiento de Ortuella.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** La cuestión central que se plantea en el presente recurso de suplicación consiste en determinar si la nueva empresa adjudicataria del Servicio de gestión deportiva, limpieza y mantenimiento del polideportivo y módulo de atletismo de Ortuella estaba obligada a subrogarse en los derechos y obligaciones del contrato que la monitora que ahora es parte recurrente tenía concertado con la anterior concesionaria del mencionado servicio.

A esta cuestión ha dado respuesta negativa la sentencia de instancia. En apoyo de la decisión adoptada argumenta que la demandante ostentaba la doble condición de accionista y administradora de una de las dos sociedades mercantiles integrantes de la UTE que venía gestionando tal servicio, y que aunque el 7 de octubre de 2008 - cinco meses antes de producirse el cambio de contrata - vendió todas las participaciones que tenía en su capital, tal operación se llevó a cabo después de que la Corporación municipal hubiese abierto un expediente sancionador por incumplimientos graves a la UTE, con la finalidad de asegurarse la subrogación, y conservando su cargo societario. No obstante, el Juzgado de lo Social estima la demanda de despido instada contra la UTE y declara su nulidad por carecer de causa legal y haberse acordado cuando la trabajadora se encontraba en situación de reducción de jornada por guarda legal.

Frente a ese pronunciamiento el recurso de suplicación sometido a la consideración de la Sala propone dos motivos, uno para revisar los hechos y otro para la censura del derecho aplicado.

**SEGUNDO** El primer motivo interesa la modificación del hecho probado cuarto de la resolución recurrida, en tanto afirma que la actora, tras transmitir sus participaciones en la sociedad de responsabilidad limitada Laugernak, continuó en su cargo de administradora, a fin de que en su lugar se diga que cesó en el mismo en el curso del año 2005, lo que se hizo público en el Boletín Oficial del Registro Mercantil de 27 de diciembre de ese mismo año.

El motivo debe prosperar, pues, por un lado, el dato alegado se desprende del informe aportado por Entesport SL, que no resulta desvirtuado por prueba en contrario, y, por otro, el órgano de instancia ha concedido relevancia a un hecho que no es cierto.

**TERCERO** En el segundo de los motivos de impugnación se aduce por la recurrente infracción del artículo 25 del Convenio Colectivo estatal de instalaciones deportivas y gimnasios (RCL 2006\1674), al que remite el artículo 21 del Convenio Colectivo para el sector Locales y Campos Deportivos de Bizkaia, así como del artículo 176 (sic) del Acuerdo Regulador de las Condiciones de trabajo del personal de las instituciones locales vascas (Udalhitz). Sostiene al efecto que en el momento en que se produjo el cambio de la empresa adjudicataria, la demandante no era accionista ni administradora de la mercantil Laugernak, SL, por lo que la entidad local codemandada, al elaborar el pliego de condiciones administrativas del concurso para la adjudicación del servicio, debió incluirle dentro de la relación de personal a subrogar en cumplimiento de lo dispuesto en el referido convenio.

La Administración Local y la actual adjudicataria se oponen al motivo, alegando que la primera no estaba obligada a incluir a la actora en dicha relación y que la segunda no estaba obligada a hacerse cargo de su situación, toda vez que la venta de las participaciones sociales suponía un claro fraude de ley al tratar de burlar la aplicación del artículo 175.2 del Udalhitz, a tenor del cual las previsiones que contiene en materia de subrogación no afectan a los accionistas de la empresa cesante.

Planteado el debate en la forma expuesta es necesario, ante todo, hacer dos puntualizaciones en lo que se refiere tanto a la naturaleza de la relación de servicios enjuiciada como a la norma convencional por la que se rige.

Aunque ni en la sentencia de instancia ni en los escritos de impugnación se cuestione, interesa resaltar que el vínculo que ha unido a la actora con la UTE codemandada en razón de su actividad como monitora ha sido en todo momento de carácter laboral, a lo que no es óbice que la demandante, hasta octubre de 2008, fuese titular del 20 % de las participaciones de una de las dos sociedades mercantiles que la conformaban, pues la ajenidad no desaparece como consecuencia de la participación minoritaria en el capital social, y entre el trabajo de carácter ordinario y la condición de socio existía una completa independencia funcional.

En lo que respecta a la disposición convencional aplicable, es claro que la relación de trabajo se somete a lo dispuesto en el Convenio Colectivo sectorial de Locales y Campos Deportivos de Bizkaia, como se establece en su contrato de trabajo, y, en lo no previsto en el mismo, al Convenio Colectivo estatal de instalaciones deportivas y gimnasios, sin que sea de aplicación lo establecido en el Udalhitz, cuyo ámbito, tal como prescribe su artículo 3, se circunscribe al personal de las entidades locales, sin comprender a los trabajadores de las empresas contratistas.

Aclarados estos puntos cumple señalar que el artículo 25 del convenio colectivo estatal aplicable obliga a la nueva adjudicataria de un servicio a absorber a todo el personal en activo de la empresa saliente que realice su trabajo en la contrata y tenga una antigüedad mínima de los cinco últimos meses anteriores a la finalización efectiva del servicio, excepcionando tan sólo a los socios cooperativistas y a los trabajadores autónomos, aun cuando vinieran prestando servicios directa y personalmente en el centro en el que se produjese el cambio de contratista.

Por consiguiente, de acuerdo a lo dispuesto en el mencionado precepto, que es de obligado cumplimiento para las partes a las que vincula (empresa cesante, nueva adjudicataria y trabajador), Entesport SL estaba obligada a subrogarse en el contrato de la demandante aun en el supuesto hipotético de que en la fecha de la asunción de la contrata hubiese seguido siendo socio minoritario de la UTE codemandada.

No puede llevar a otra conclusión lo reglado en el artículo 175.2 de Udalhitz. En primer lugar, porque dicho precepto no resulta de aplicación a la actora. En segundo lugar, porque las previsiones que contiene - la obligación de las empresas adjudicatarias de garantizar la subrogación de los trabajadores existentes al momento de cada adjudicación, a cuyo fin las entidades locales deben incorporar la cláusula de subrogación en los pliegos de condiciones de los nuevos expedientes que se tramiten, con las salvedades que establece (antigüedad mínima en la contrata de 6 meses y exclusión de propietarios, accionistas, directivos y mandos intermedios y familiares de los mismos hasta el segundo grado - lo es con independencia de lo que al respecto señalen los convenios del sector. Ello quiere decir que la obligación de subrogación que se establece en el convenio colectivo de rama opera y es exigible en sus propios términos, que no pueden quedar limitados por las condiciones menos favorables para los trabajadores establecidas en un acuerdo colectivo que no les resulta aplicable.

Significa lo expuesto que la nueva adjudicataria no puede oponer a la aplicación del artículo 25 del convenio colectivo de ámbito estatal, y en consecuencia a la subrogación, lo dispuesto en el artículo 175.2 de Udalhitz, y tampoco que el Ayuntamiento demandado no incluyó a la demandante en la relación de personal a absorber, pues su obligación de hacerse cargo de su situación deriva y viene impuesta por el mencionado artículo 25. Y ello, sin perjuicio de la indemnización que pudiera exigir a la citada Corporación por los daños y perjuicios que con su conducta le haya podido irrogar.

Dadas las anteriores razones, puede concluirse que la sentencia de instancia, al absolver a la empresa Emtesport, SL vulneró lo dispuesto en el citado artículo 25, y aplicó indebidamente el artículo 175.2 de Udalhitz, lo que haría innecesarias más argumentaciones para su revocación. No obstante, y a mayor abundamiento, esta Sala no aprecia fraude de ley en la operación de venta de las participaciones sociales, pues frente al dato cronológico valorado en la resolución recurrida, hay que tener en cuenta que la demandante puso a la venta sus participaciones en la mercantil en el mismo mes en que cesó en el cargo de administradora mancomunada, mediante comunicación escrita notificada a otro de los socios y administradores (folio 331), reiterando su disposición a su transmisión mediante carta fechada el 22 de marzo de 2006 (folio 334), notificada en la misma forma, lo que aleja las sospechas de fraude.

Cuanto ha quedado argumentado determina la estimación del recurso y la revocación de la sentencia de instancia en el sentido de declarar la responsabilidad de la empresa Emtesport SL en las consecuencias derivadas de la nulidad del despido, manteniendo el pronunciamiento relativo al Ayuntamiento de Ortuella y al Fondo de Garantía Salarial y absolviendo a las restantes empresas codemandadas.

**CUARTO** De conformidad con lo dispuesto en el artículo 233.1 de la Ley de Procedimiento Laboral (RCL 1995\1144, 1563) la estimación del recurso conlleva que no proceda a efectuar pronunciamiento sobre costas.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación,

### **FALLAMOS**

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por D<sup>a</sup>. Violeta, frente a la sentencia de 23 de julio de 2009, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 6 de Bilbao, que se revoca en parte. En su lugar, manteniendo la declaración de nulidad del despido impugnado en el proceso, condenamos a Emtesport SL a la readmisión de la actora y al abono de los salarios de tramitación desde esa fecha hasta la de reincorporación al trabajo, con deducción de los que hubiera percibido en ese período de las empresas condenadas en la instancia, a las que se absuelve de los pedimentos deducidos en su contra, manteniendo el pronunciamiento relativo al Ayuntamiento de Ortuella y al Fondo de Garantía Salarial. Sin costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal.

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 juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

E/

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el Ilmo. Sr. Magistrado 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 la cuenta de Depósitos y Consignaciones abierta en el grupo Banesto (Banco Español de Crédito) cta. Número 4699-000-66-3184/09 a nombre de 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 y una vez se determine por éstos su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

El recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregado en la secretaría de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo al tiempo de la personación, la consignación de un depósito de 300,51 euros en la entidad de crédito grupo Banesto (Banco Español de Crédito) c/c. 2410-000-66-3184/09 Madrid, Sala Social del Tribunal Supremo.

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.