

**BASE DE DATOS DE Norma DEF.-****TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAÍS VASCO**

*Sentencia 423/2017, de 21 de febrero de 2017*

*Sala de lo Social*

*Rec. n.º 227/2017*

**SUMARIO:**

**Sucesión de empresa. Sucesión de contratistas. Subrogación legal y convencional.** *Convenio Colectivo de Centros de Tercera Edad de Vizcaya. Empresa cesionaria que se niega a dar de alta a una trabajadora de la contratista anterior alegando falta de información. No puede ser tomada en consideración cualquier justificación empresarial de que no se han cumplido los deberes informativos establecidos convencionalmente para la sucesión empresarial. En el caso, la sucesión no estaba condicionada a suministro de información por el convenio colectivo de aplicación, pero aun cuando lo estuviera el artículo 44 del ET es contrario a ese entendimiento. Deber de subrogación que no dejó de nacer por el hecho de que el anterior titular diera de baja a la trabajadora en la Seguridad Social una vez finalizado el encargo, ya que esta baja en modo alguno tiene el significado de extinción del contrato de trabajo, sino únicamente de no ser ya trabajadora de ese concreto empresario aunque sí lo sea de la contratista entrante.*

**PRECEPTOS:**

RDLeg. 2/2015 (TRET), art. 44.10.

Resolución de 22 de mayo de 2014 (Convenio colectivo para los centros de la Tercera Edad de Vizcaya), art. 30.

**PONENTE:**

*Don Manuel Díaz de Rabago Villar*

Magistrados:

Don MANUEL DIAZ DE RABAGO VILLAR

Don FLORENTINO EGUARAS MENDIRI

Don EMILIO PALOMO BALDA

**RECURSO N.º: Suplicación / E\_Suplicación 227/2017**

N.I.G. P.V. 48.04.4-16/001960

N.I.G. CGPJ 48020.44.4-2016/0001960

SENTENCIA N.º: 423/2017

SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO

En la Villa de Bilbao, a 21 de febrero 2017.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, formada por los Illos. Sres. D. MANUEL DIAZ DE RABAGO VILLAR, Presidente en funciones, D. FLORENTINO EGUARAS MENDIRI y D. EMILIO PALOMO BALDA, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

### SENTENCIA

En el Recurso de Suplicación interpuesto por Emilia contra la sentencia del Juzgado de lo Social num. 8 de los de BILBAO (BIZKAIA) de fecha 19 de agosto de 2016, dictada en proceso sobre DSP, y entablado por Ramona frente a Emilia, FOGASA y VIVIENDA COMUNITARIA BERANGO S.L.

Es Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. MANUEL DIAZ DE RABAGO VILLAR, 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. DOÑA Ramona, prestó servicios para la empresa VIVIENDA COMUNITARIA BERANGO SL desde 4-9-2015, categoría profesional de gerocultora, con una remuneración bruta mensual incluido la prorrata de pagas extraordinarias de 1.351,4 euros, realizando una jornada completa cualquier día de la semana en turnos de mañana, tarde y noche.

SEGUNDO. Las empresas MIREN NEREA ALVARADO MENCHACA y VIVIENDAS COMUNITARIAS BERANGO SL se han venido sucediendo en la explotación de una residencia geriátrica sita en Berango, subrogándose en los trabajadores.

TERCERO. Por la empresa VIVIENDA COMUNITARIA BERANGO SL se suscribe contrato de arrendamiento de local de negocio con Emilia, empezando a explotar la residencia esta última empresa con efectos de 1-11-14.

La empresa Miren Nerea Alvarado Menchaca retoma la explotación de la residencia el 12-2-16 subrogándose de nuevo en los trabajadores.

CUARTO. A la relación laboral le es de aplicación el IV convenio colectivo de Centros de la tercera edad de Bizkaia para los años 2013-2015 publicado en el BOB de 13-6-2014

QUINTO. La actora pasa a situación de IT el 8-2-2016 hasta el 22-2-2016, yendo a la empresa el día 23-2-2016, sin que fuera admitida a trabajar por la empresa DOÑA MIREN NEREA ALVARADO MENCHACA que ya explotaba el negocio desde el 12-2-2016.

SEXTO. Que cuando intentó volver a trabajar una vez dada de alta médica, no se le dio trabajo alguno. Fue dada de baja en la Seguridad Social 11-2-2016.

SÉPTIMO. La actora no es miembro del comité de empresa ni ha ostentado representación sindical.

OCTAVO. Se dan íntegramente por reproducidas las sentencias dictadas por esta juzgadora en los autos 938/2015, sentencia que ha sido declarada firme, y en los autos 937/2015.

NOVENO. Se presentó papeleta de conciliación ante el DEPS del Gobierno Vasco/EJ en fecha 3-3-2016, celebrándose el acto de conciliación el 31-3-2016."

#### Segundo.

La parte dispositiva de la Sentencia de instancia dice:

"Que estimando la demanda presentada por doña Ramona frente a VIVIENDA COMUNITARIA BERANGO SL y DOÑA Emilia y FOGASA, en proceso de despido, autos 200/2016, debo declarar y declaro improcedente el despido de la actora realizado con efectos al 12/02/16, condenando exclusivamente a DOÑA Emilia 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 610,91 euros.

Para el caso de optarse por la readmisión, la empresa deberá abonar a la trabajadora los salarios de tramitación dejados de percibir a razón de 44,43 euros/día desde la fecha del despido 12-2-2016 hasta la notificación de la sentencia o hasta que la actora 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.

La empresa condenada 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.

Quedando obligado el FOGASA a estar y pasar por esta declaración.

Todo ello, acordando la libre absolución VIVIENDA COMUNITARIA BERANGO SL de todos los pedimentos que contra ella se pedían en esta demanda."

### **Tercero.**

Frente a dicha resolución se interpuso el Recurso de Suplicación por Emilia, que fue impugnado por la demandante.

### **Cuarto.**

El 31 de enero de 2017 se recibieron las actuaciones en esta Sala, deliberándose finalmente el recurso el 21 de febrero siguiente por necesidades del servicio, interviniendo el Magistrado Sr. EMILIO PALOMO BALDA, en lugar del inicialmente designado, Sr. Iturri, por enfermedad de éste.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **Primero.**

D<sup>a</sup> Emilia recurre en suplicación, ante esta Sala, la sentencia del Juzgado de lo Social n.º 8 de Bilbao, de 19 de agosto de 2016, que estimando la pretensión subsidiaria de la demanda interpuesta por D<sup>a</sup> Ramona el 10 de marzo de ese año, ha declarado que constituye un despido improcedente, a cargo de la hoy recurrente, su decisión de no subrogarse en el vínculo laboral que la demandante mantenía con la codemandada, Vivienda Comunitaria Berango SL, a partir del 12 de febrero de ese año, en que retomó la explotación de la residencia geriátrica en la que aquélla prestaba servicios desde el 4 de septiembre de 2015 como gerocultora. Sentencia que la condena, tras la opción ejercitada por ella, a indemnizar a D<sup>a</sup> Ramona con 610,91 euros.

El Juzgado sustenta su decisión en que estamos ante un supuesto de sucesión de empresa del art. 44 del texto refundido del Estatuto de los Trabajadores (ET), tal y como ya lo había resuelto ese Juzgado en dos sentencias dictadas el 15 de abril de 2016 por ese órgano judicial, en relación a otros trabajadores de esas empresas que habían demandado por extinción de su contrato de trabajo por incumplimiento empresarial y salarios. Declara probado, como hechos relevantes: 1) que la demandante empezó a trabajar para Vivienda Comunitaria Berango SL el 4 de septiembre de 2015, con categoría de gerocultora, a jornada completa de tres turnos y salario último de 1.351,40 euros/mes; 2) que D<sup>a</sup> Emilia y dicha sociedad venían sucediéndose en la explotación de la residencia geriátrica en la que la demandante prestaba sus servicios, subrogándose en sus trabajadores, retomando D<sup>a</sup> Emilia esa explotación a partir del 12 de febrero de 2016; 3) la demandante ha estado en incapacidad temporal entre el 8 y el 22 de febrero de 2016, yendo a la empresa el 23 de ese mes, sin que la admitiera D<sup>a</sup> Emilia; 4) el día 11 del mismo mes había sido dada de baja en la seguridad social; 5) la relación laboral queda sujeta al IV convenio colectivo para centros de la tercera edad de Bizkaia 2013/2015 (BOB 13-Jn-14).

D<sup>a</sup> Emilia pretende con su recurso, según su petición final, que la demanda se desestime, articulándolo en dos motivos, respectivamente dirigidos a revisar los hechos probados y a examinar el derecho aplicado en la sentencia.

Recurso impugnado por la demandante, que asume las razones del Juzgado y hace ver que la petición del recurso no guarda relación con el contenido de los motivos del mismo.

## Segundo.

A) Se denuncia, en el motivo inicial del recurso, que el Juzgado no debió declarar probado que la demandante fue a la empresa el 23 de febrero sin que la nueva titular desde el 12 de ese mes la admitiese. Lo sustenta en que el Juzgado no explica qué prueba le ha llevado a esa convicción y en lo declarado por la demandante en su interrogatorio en juicio.

B) La Sala lo desestima por razones diversas.

Punto de partida lo constituye que un motivo destinado a revisar los hechos probados al amparo del art. 193.b) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social (LJS), como es el que ahora analizamos, tiene que fundar la revisión que propone en prueba documental o pericial, lo que no concurre en ninguno de los medios en que la recurrente lo basa.

Si lo anterior es suficiente, resulta que no se ajusta a nuestro ordenamiento jurídico que una falta de explicación de la convicción determine la eliminación del hecho probado carente de la misma, ya que son deberes distintos: a) el silencio sobre las razones de la convicción afecta a un deber del órgano judicial diferente (el de motivar la sentencia, conforme al art. 97.2 LJS), que puede llegar a determinar su nulidad si generase indefensión, pero siempre que se pida formalmente y se denuncie la infracción de ese concreto deber, lo que aquí no acontece; b) la formación de convicción sobre un hecho controvertido sin sustento en pruebas válidamente practicadas en el litigio vulnera un deber de otro tipo, como es el de formar convicción con ese sustento, que también contempla el mismo precepto, que sí puede justificar la eliminación del hecho probado pero alegándose la infracción de esa concreta norma, lo que no es el caso.

## Tercero.

A) Se denuncia, desde la vertiente jurídica, que la sentencia ha infringido lo dispuesto en los artículos 49, 56 y 44 ET, ya que la empresa recurrente no despidió a D<sup>a</sup> Ramona, siendo la sociedad codemandada la que lo hizo, al darla de baja en la seguridad social y en fecha 11 de febrero de 2012, día anterior al de asumir ella la explotación de la residencia, por lo que considera que no se la puede condenar en exclusiva a soportar los efectos del despido improcedente, existiendo una responsabilidad solidaria de la empresa saliente que dura tres años.

B) Su denuncia carece de apoyo jurídico.

Conviene resaltar, con carácter previo, la incongruencia que advertimos entre la petición del recurso y lo que en este motivo se denuncia, pero en cualquier caso daremos respuesta a las dos cuestiones.

Quien ha despedido a la demandante ha sido únicamente D<sup>a</sup> Emilia y ello en razón a que, como nueva titular de la empresa, estaba obligada a subrogarse en el vínculo laboral de la demandante desde el 12 de febrero de 2016, en que asumió esa titularidad (extremo, este último, pacíficamente admitido por ella en el litigio), conforme a lo dispuesto tanto en el art. 44 ET como en el art. 30 del convenio colectivo para los centros de la tercera edad de Bizkaia 2013/2015, aplicable a esa relación contractual. Deber que no estaba condicionado a que la titular saliente le informara de la condición de trabajadora suya de D<sup>a</sup> Ramona, ya que no lo impone ninguno de esos preceptos. Aún más, aunque lo hubiera, de manera expresa se indica en el apartado 10 del art. 44 ET que no puede ser tomada en consideración cualquier justificación empresarial de que no se han cumplido los deberes informativos establecidos para la sucesión empresarial. Por otra parte, mantenidos los hechos probados quinto y sexto, resulta indiscutible que D<sup>a</sup> Emilia supo de la existencia de D<sup>a</sup> Ramona, al menos desde el 23 de febrero de 2016, y de que ésta alegaba su condición de trabajadora de esa residencia, lo que bien pudo comprobar aquélla a partir de ese momento, como nueva titular, examinando toda la documentación laboral de la empresa que, lógicamente, le habría transmitido la sociedad saliente. Recordemos que D<sup>a</sup> Ramona no es una trabajadora "clandestina", sino que estaba perfectamente dada de alta como empleada de la codemandada en ese centro. En suma, su negativa a darla de alta, asumiéndola como trabajadora suya desde el 12 de febrero de 2016, constituyó un despido producido en esta fecha.

Deber de subrogación que, en contra de lo que defiende, no dejó de nacer por el hecho de que el anterior titular la diera de baja en la Seguridad Social el 11 de febrero de 2016, ya que esta baja en modo alguno tiene el

significado de extinción del contrato de trabajo que la recurrente le da, sino únicamente de no ser ya trabajadora de ese concreto empresario pero no de D<sup>a</sup> Emilia.

C) Esa circunstancia de que el despido se haya producido por la negativa de D<sup>a</sup> Emilia a asumirla en su plantilla, el 12 de febrero de 2016, y no con la baja en la seguridad social cursada por la codemandada, el día anterior, resulta relevante para que los efectos del mismo sean de responsabilidad exclusiva de la recurrente, ya que no estamos ante un acto del empresario saliente sino del entrante y, por tanto, no pone en juego la responsabilidad que el art. 44.3 ET impone a éste respecto a los actos del saliente anteriores a la transmisión.

Cierto es que también contempla ese apartado, en un último párrafo, una responsabilidad solidaria del saliente respecto a actos del entrante, pero la limita a los casos en que la cesión hubiera sido declarada delictiva, lo que no es el caso.

En definitiva, se ajusta a derecho que se haya declarado que la demandante fue objeto de un despido improcedente el 12 de febrero de 2016 y a cargo exclusivo de D<sup>a</sup> Emilia, sin que ninguno de esos pronunciamientos incurra en la infracción de los preceptos denunciados.

Su recurso, por lo expuesto, debe desestimarse.

#### **Cuarto.**

Dicho resultado lleva consigo, como pronunciamientos accesorios: a) la pérdida del depósito de trescientos euros, en beneficio del Tesoro Público, en donde se ingresará una vez sea firme esta resolución (art. 204.4 LJS); b) que, llegado ese momento, debamos aplicar al cumplimiento de la sentencia la cantidad de condena consignada (art. 204.1 LJS); c) la condena de la recurrente al pago de las costas causadas por su recurso, incluidos doscientos euros como honorarios de letrado devengados en su impugnación (art. 235.1 LJS).

### **FALLAMOS**

**1.º** Se desestima el recurso de suplicación interpuesto por la representación legal de D<sup>a</sup> Emilia contra la sentencia del Juzgado de lo Social n.º 8 de Bilbao, de 19 de agosto de 2016, dictada en sus autos n.º 200/2016, seguidos a instancias de D<sup>a</sup> Ramona, frente a la hoy recurrente, Vivienda Comunitaria Berango SL y el Fondo de Garantía Salarial, sobre despido, confirmando lo resuelto en la misma.

**2.º** Una vez firme esta resolución, ingrédese en el Tesoro Público el depósito de trescientos euros y aplíquese al cumplimiento de sentencia el importe de condena consignado.

**3.º** Se condena a la recurrente al pago de las costas causadas por su recurso, incluidos doscientos euros como honorarios de la letrada Sra. Olaskoaga devengados en su impugnación.

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 4699-0000-66-0227-17.

B) Si se efectúan a través de transferencia o por procedimientos telemáticos, se hará en la cuenta número ES55 0049 3569 9200 0500 1274, haciendo constar en el campo reservado al beneficiario el nombre de esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, y en el campo reservado al concepto el número de cuenta 4699-0000-66-0227-17.

Están exceptuados de hacer todos estos ingresos las Entidades Públicas, quienes ya tengan expresamente reconocido el beneficio de justicia gratuita o litigasen en razón a su condición de trabajador o beneficiario del 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.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.