



Roj: **SJSO 1542/2020** - ECLI: **ES:JSO:2020:1542**

Id Cendoj: **01059440022020100001**

Órgano: **Juzgado de lo Social**

Sede: **Vitoria-Gasteiz**

Sección: **2**

Fecha: **27/05/2020**

Nº de Recurso: **187/2020**

Nº de Resolución: **63/2020**

Procedimiento: **Conflicto colectivo**

Ponente: **MARIA ROMERO-VALDESPINO JIMENEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

En Vitoria-Gasteiz, a 27 de mayo de 2020.

Vistos por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de lo Social n.º 2 D.ª MARIA ROMERO-VALDESPINO JIMENEZ los presentes autos número 187/2020, seguidos a instancia de COMITE DE EMPRESA DE TUVISA contra TRANSPORTES URBANOS DE VITORIA S.A., SINDICATO CCOO, SINDICATO UGT, SINDICATO LAB, SINDICATO USO, SINDICATO ESK y SINDICATO ELA sobre MATERIAS LABORALES COLECTIVAS.

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A N.º 63/2020

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 19/05/2020 tuvo entrada en este Juzgado la demanda formulada por la parte actora, por la que en base a los hechos y fundamentos en ella expuestos suplica se dicte sentencia conforme a sus intereses.

SEGUNDO.- Por Auto de 11/5/2020 se ha denegado la acumulación de acciones solicitada en la demanda del presente conflicto colectivo a de Impugnación de acto administrativo.

TERCERO.- La parte actora desistió de los sindicatos codemandados.

CUARTO.- Con fecha 14/5/2020 se personó en el procedimiento el SEPE como interesado.

QUINTO.- Admitida a trámite la demanda, se señaló para la celebración del acto de conciliación y en su caso juicio, en única convocatoria, la audiencia del día 19/5/2020, en cuyo acto comparecieron quienes así figuran en el acta, haciendo alegaciones y proponiendo pruebas, practicándose las declaradas pertinentes y útiles, y tras formular sus conclusiones definitivas solicitando una sentencia conforme a sus intereses, se dio el acto por terminado, quedando los autos vistos para sentencia.

SEXTO.- En la fecha del juicio se remitió al juzgado el informe complementario de la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Álava (recabado de oficio), dándose traslado a las partes para su examen.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- La demandada Transportes Urbanos de Vitoria SA (en adelante TUVISA) creada el 1 de enero de 1967, es una sociedad mercantil con forma jurídica de sociedad anónima, cuyo capital es 100% municipal.

Su objeto social es el de gestionar y explotar el servicio de transporte urbano de viajeros de Vitoria-Gasteiz.

La actividad de la empresa se focaliza en tres actividades diferentes:

* La gestión directa de la actividad propia del servicio de transporte colectivo de viajeros en autobús.



* La gestión a través de una encomienda realizada por el Ayuntamiento, propietario de 4 aparcamientos subterráneos.

* Y la gestión funcional de servicio de grúas municipales. (No controvertido)

SEGUNDO.- El 23/3/2020 la empresa demandada presenta ante la autoridad laboral la solicitud de autorización por constatación de existencia de fuerza mayor para la suspensión temporal de contratos, basada en el estado de alarma debido a la pandemia por coronavirus.

Con anterioridad se había comunicado al comité de empresa; habiéndose reunido las partes el 17/3/2020 a efectos de debatir sobre la situación provocada por el covid-19, entre otras, la necesidad de adecuar un porcentaje de reducción de servicios. No se alcanzó el acuerdo. (Documentos 7 y 8 de empresa)

Comunicándose por mail a los trabajadores afectados el 20/3/2020, así como al comité de empresa de la solicitud de ERTE que se iba a presentar el día 23, acompañando la comunicación enviada a los afectados. (documento 9 y 10 de empresa)

En la fecha de presentación del ERTE el 23/3/2020 la empresa informó al comité de la solicitud y le dio traslado de la Memoria y documentación presentada. (Documento 11 de la prueba TUVISA)

El comité remitió el 24/3/2020 mail a la Delegación de Trabajo de Álava haciendo alegaciones sobre el ERTE presentado por la empresa el día anterior. (Informe obrante en el expediente administrativo)

TERCERO.- Con la solicitud a la autoridad laboral la empresa acompaña Memoria Explicativa sobre las causas y la documentación consistente en: Relación de los trabajadores de la empresa, Criterios de designación de los trabajadores afectados, Acuerdo Mesa de Coordinación de Transporte de la ATE, Resolución del Ayuntamiento del vitoria-Gasteiz de reducción del transporte público urbano, Informe sobre viajeros y calendario orientativo de la reducción.

La Inspección de Trabajo y Seguridad Social emitió informe de 27/3/2020 en el que aprecia la existencia de fuerza mayor que justifica la suspensión temporal solicitada por la empresa.

Por resolución de la Delegación Territorial de Trabajo y Seguridad Social del Álava del Gobierno Vasco de fecha 30/3/2020 se ACUERDA: Estimar la solicitud presentada por la empresa al haberse constatado la existencia de la fuerza mayor alegada. (No controvertido)

CUARTO.- En la actualidad la empresa cuenta con una plantilla que asciende a 386 empleados.

Los criterios de designación de los trabajadores se concretan en que dentro del colectivo de conductores perceptores, quedan excluidos aquellos que tienen un porcentaje de jornada inferior al 100% bien por contar con un contrato laboral a tiempo parcial o bien por tener una reducción de jornada por guarda legal o interés particular. En concreto este colectivo cuenta con 313 trabajadores de los cuales no estarán afectados 37, debido a lo especificado anteriormente.

Para determinar la reducción de jornadas se seguirá un sistema rotativo para el que se irán elaborando unos calendarios. (No controvertido)

QUINTO.- La empresa en la comunicación por escrito a los trabajadores afectados (276 conductores/cobradores) de la suspensión de sus contratos por fuerza mayor, al amparo del art 47.3 ET, les adjunta el calendario concreto (suspensión de 9 días al mes por empleado que supone una reducción del 33% aproximadamente).

Comunicándose la decisión a la autoridad laboral y a la representación de los trabajadores.

La fecha de efectos es de 21 de marzo de 2020 y hasta la finalización de la causa que motivó la fuerza mayor en relación con la reducción de los servicios de transporte público fijada por el Ayuntamiento.

Carta que se tiene por reproducida en su contenido.

SEXTO.- El Gobierno Vasco acordó el 14/3/2020 a través de la Mesa de Coordinación de Transporte ante el Covid-19 de la Autoridad de Transporte de Euskadi (ATE) la reducción de la oferta total de servicios de transporte público entre un 40% y un 60% en función de la demanda estimada en cada operador.

Por el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz de 20/3/2020 se fijó el porcentaje de reducción de los servicios totales de transporte público de autobús urbano en Vitoria en un 50% de media, en cumplimiento de lo acordado en la referida resolución de la ATE.

Esta reducción del transporte público ha ido acompañada de la reducción superior al 80% de los usuarios de autobuses urbanos. ((No controvertido)



SÉPTIMO.- En la empresa demandada hay un calendario anual confeccionado conforme a los criterios fijados en el convenio colectivo con una distribución de jornada irregular a lo largo del año. En cada calendario se señalan los días de trabajo, descanso semanal y de libranzas y vacaciones. (No controvertido)

OCTAVO.- TUVISA se encuadra en el Inventario de Entes del Sector Público Local con el código 15-01-059-A-P-005 desde el 1/2/2015 como Administración pública. El presupuesto consta en el portal de transparencia de la web del Ayuntamiento (documentos nº 1,2 y 3 parte actora)

NOVENO.- La presente demanda de impugnación de la resolución de la autoridad laboral se presenta por el sindicato ELA en representación del comité de empresa de TIVISA, tras acuerdo de todos los sindicatos que constituyen el mismo, de proceder a la impugnación y designar a ELA para llevarlo a cabo. (No controvertido)

DECIMO.- Por la parte demandante se ha presentado RECURSO DE ALZADA frente a la resolución de la autoridad laboral; habiéndose dictado Resolución de 4/5/2020 desestimándolo.

Asimismo, se ha presentado en la misma fecha demanda de Impugnación de Acto Administrativo en materia laboral frente a la resolución de la Delegación Territorial de Trabajo y Seguridad Social del Álava del Gobierno Vasco de fecha 30/3/2020; estando pendiente de su señalamiento por el procedimiento especial de impugnación de acto administrativo.

(No controvertido)

DÉCIMOPRIMERO.- Por la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Álava se emitió informe complementario (recabado de oficio) y remitido a este juzgado el 19/5/2020, en el que se concluye que "Consultado el inventario de entes públicos del Ministerio de Hacienda se constata que Transportes Urbanos de Vitoria (TUVISA) figura como Sociedad Mercantil y entidad pública empresarial sectorizada por la Intervención General de la Administración del Estado como administración pública desde el 1/2/ 2015.

Por tanto aplicando el criterio de la Dirección General de Trabajo la mercantil TUVISA TRANSPORTES URBANOS VITORIA, CIF A01005230 NO puede acudir a los mecanismos de suspensión o reducción de jornada previstos en el artículo 47 ET". (Obrante en autos)

DÉCILOSEGUNDO.- El 16 de abril de 2020 se publica en el portal de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social consulta de la Dirección General de Trabajo sobre los ERTES aplicados por sociedades mercantiles municipales de transporte urbano.

En el mismo se señala que "*...tratándose de sociedades mercantiles municipales y de decidir sobre su naturaleza a los efectos de aplicar o no la Disposición Adicional 17 del Estatuto de los Trabajadores es necesario traer aquí el criterio de la Abogacía General del Estado del Ministerio de Justicia de fecha 19 de marzo de 2020 que se extiende sobre la concreta aplicación de las medidas previstas en el RD 8/2020 de 17 de marzo en el sector público, tanto respecto de los empleados públicos como respecto de las entidades y organismos que forman parte del sector público estatal autonómico o local incluidas las sociedades mercantiles(...)*

*Y las conclusiones son las siguientes: En el caso de que se incluya o esté clasificada como **entidad del sector público**, entre las cuales se encuentran determinadas sociedades mercantiles estatales, no se podrá acudir a los mecanismos de suspensión o reducción de jornada previstos en el artículo 47 ET .*

*Si la entidad pública **no figura** en el correspondiente inventario por entender que se trata de una sociedad mercantil que se financia de manera mayoritaria con ingresos obtenidos como contrapartida de operaciones realizadas en el mercado se podrá acudir a la aplicación de tal mecanismo.*

Así pues queda claro a juicio de la mencionada Abogacía que a los efectos previstos y para las sociedades mercantiles para las estatales, pero también para cualesquiera otras que formen parte del sector público, incluido el sector público local, el criterio definitivo es la naturaleza de los ingresos si de carácter público por proceder directa o indirectamente del Presupuesto de la Administración Pública o de carácter privado por proceder de ingresos comerciales.

En definitiva, se trata de un criterio que se hace extensivo a las sociedades mercantiles en la medida en que forman parte del sector público descrito de conformidad con el artículo 2 de la Ley 40/2015 de 1 de octubre .

Por tanto, siguiendo lo dispuesto en la mencionada disposición adicional tercera del Real Decreto 1483/2012 se trata de determinar si la entidad se financia o no con ingresos públicos o, lo que es lo mismo, cualquiera que sea su naturaleza si figura o no en el correspondiente inventario de entes públicos del sector público estatal autonómico o local de conformidad con los criterios de contabilidad nacional.

El criterio utilizado a efectos de elaborar la contabilidad nacional por parte de todos los Estados miembros utilizado por Eurostat es el siguiente: cuando una entidad se financian mayoritariamente con ingresos de



mercado no se incluye en el sector Administraciones Públicas a efectos de contabilidad nacional y, a sensu contrario, cuando no se financia mayoritariamente con ingresos de mercado se computa en el sector Administraciones Públicas a efectos de contabilidad nacional.

Por tanto, una vez se elabora el inventario de entes dependientes tanto de la AGE como de la Administración autonómica, como de la Administración local, se procede a su clasificación a efectos de contabilidad nacional de acuerdo con el criterio descrito, lo que permite comprobar de una forma accesible, pública y objetiva si un determinado organismo o entidad - incluidas las sociedades mercantiles- se encuentran o no financiados mayoritariamente por ingresos de mercado. (informe ITSS)

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En cumplimiento de lo establecido en el art. 97.2 de la LRJS, los hechos que se han declarado probados en la presente resolución se deducen de la valoración conjunta de la prueba practicada, de la documental de las partes y principalmente del expediente administrativo obrante en autos así como del informe complementario de la Inspección Provincial de Trabajo.

SEGUNDO.- Se alegó por la empresa demandada en primer lugar las excepciones de Inadecuación de Procedimiento, en relación con la de Falta de Agotamiento de la Vía Previa, al no estar resuelto el recurso de alzada en la fecha de la presentación de la demanda y la de Falta de Litisconsorcio Pasivo Necesario de la Delegación Territorial de Trabajo y Seguridad Social de Álava del Gobierno Vasco como autoridad laboral que dictó la resolución.

Entrando en el análisis previo de las excepciones de manera conjunta al estar necesariamente interrelacionadas, se ha de rechazar por cuanto el hecho de que por la parte actora se presentara en la misma fecha demanda de Impugnación de Acto administrativo en materia laboral frente a la resolución de la Delegación Territorial de Trabajo y Seguridad Social del Álava del Gobierno Vasco de fecha 30/3/2020 no puede condicionar este procedimiento de conflicto colectivo para la impugnación colectiva de la decisión empresarial en un ERTE previsto en el artículo 153 LRJS en relación con el art 138 del mismo texto legal. Procedimiento que es de carácter urgente y preferente (salvo tutela derechos fundamentales) conforme a lo previsto en el artículo 159 del mismo texto legal. Por consiguiente, no tiene sentido alguno que se pretenda condicionar este procedimiento urgente y preferente al procedimiento de impugnación de acto administrativo pendiente de señalar precisamente por su falta de urgencia, consecuente con la necesidad en este procedimiento de agotar la vía previa que puede extenderse al menos a los tres meses de plazo para resolver la alzada. Por todo ello se desestima la Inadecuación de procedimiento al ser éste el procedimiento que se previene en la ley para impugnación colectiva de un ERTE; se desestima también la falta de agotamiento de la vía previa al no estar prevista en este procedimiento en relación con lo previsto en el art.138 LRJS y la falta de litisconsorcio pasivo necesario de la Delegación Territorial de Trabajo y Seguridad Social de Álava del Gobierno Vasco, como autoridad administrativa laboral que resuelve el ERTE, pues en el procedimiento que nos ocupa lo que se impugna es la decisión de la empresa aunque la misma tenga su fundamento principal en la autorización de la referida autoridad laboral al ser por fuerza mayor, pero no es necesario su llamamiento a este proceso.

TERCERO.- En el artículo 47 del ET que regula la suspensión del contrato o reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor se previene en su apartado 3º que: (...) *"Igualmente, el contrato de trabajo podrá ser suspendido por causa derivada de fuerza mayor con arreglo al procedimiento establecido en el artículo 51.7 y normas reglamentarias de desarrollo"*.

En el art. 51.7 se establece que: *" La existencia de fuerza mayor, como causa motivadora de la extinción de los contratos de trabajo, deberá ser constatada por la autoridad laboral, cualquiera que sea el número de los trabajadores afectados, previo procedimiento tramitado conforme a lo dispuesto en este apartado y en sus disposiciones de desarrollo reglamentario."*

El procedimiento es el previsto en el RD 1483/2012 de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada. Y en el mismo para los casos de existencia de fuerza mayor (Título II), como causa motivadora de la extinción y suspensión de los contratos de trabajo o de la reducción de jornada, se previene que deberá ser constatada por la autoridad laboral, cualquiera que sea el número de trabajadores afectados, previo procedimiento tramitado conforme a lo dispuesto en este Título II (artículos 31 y siguientes).

Por su parte, en el art 33.3 del Reglamento se establece que la resolución de la autoridad laboral deberá limitarse, en su caso, a constatar la existencia de la fuerza mayor alegada por la empresa, correspondiendo a la empresa la decisión sobre la suspensión de los contratos o reducción de jornada, que surtirán efectos



desde la fecha del hecho causante de la fuerza mayor. La empresa deberá dar traslado de dicha decisión a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral.

Asimismo, cuando sí se autorice al empresario a la suspensión por fuerza mayor constatada por la autoridad laboral, por los trabajadores se podrá impugnar la decisión empresarial sobre la suspensión de contratos o reducción de jornada ante la jurisdicción social.

Al tratarse de un caso de ERTE en el marco de la pandemia por COVID-19 se ha de aplicar el Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 (BOE del 18 de marzo) que establece un conjunto de medidas de carácter laboral que tratan de dar una respuesta temporal e inmediata a la situación de emergencia y excepcionalidad provocada por el COVID-19.

Este Real Decreto-Ley especifica en qué consiste la fuerza mayor temporal derivada del Covid-19 en el sentido de que debe ser un acontecimiento ajeno al círculo de decisión empresarial.

CUARTO.- Entrando en el análisis del caso que nos ocupa, en primer lugar se ha de rechazar la concurrencia de defectos de forma en la comunicación, pues se acredita que la empresa comunicó en la misma fecha que se presentó ante la autoridad laboral la solicitud de ERTE, a los representantes de los trabajadores pues de hecho al día siguiente, estos presentaron alegaciones ante la autoridad administrativa como consta en el Expediente administrativo. Asimismo, la representación de los trabajadores no solo tuvo conocimiento simultáneo a la presentación de la solicitud sino que incluso días antes hubo una reunión en la que ambas partes debatieron sobre la situación que había creado la COVID-19, entre otras cuestiones, la propuesta de la empresa de ajuste de plantilla por reducción de servicios.

QUINTO.- Sentado lo anterior, se ha de señalar que la existencia de fuerza mayor que, como se ha dicho, ha sido constatada por la autoridad laboral, previo informe de la ITSS, en base a la documentación presentada por la empresa y las alegaciones en la memoria explicativa sobre las causas, presentada en relación a la vinculación de la pérdida de actividad (reducción de servicios y reducción de viajeros) por la incidencia del Covid-19. De lo que cabe deducir que las causas que provocan las medidas adoptadas por la empresa traen su origen en un acontecimiento totalmente ajeno al ámbito de decisión empresarial, al concurrir al menos una de las causas que se relacionan en el RD 8/2020. Concretamente, al haberse fijado por el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz el porcentaje de reducción de los servicios totales de transporte público de autobús urbano en un 50% de media en cumplimiento de lo acordado en la Mesa de Coordinación de Transporte ante el COvis-19 de la Autoridad de Transporte de Euskadi (ATE). Y que esta reducción del transporte público ha ido acompañada de la reducción superior al 80% de los usuarios de autobuses urbanos. Lo que conllevaba la necesidad de ajustar la prestación de servicios del colectivo de conductores/perceptores. A mayor abundamiento, se ha de tener en cuenta que en Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 y en el RD ley 8/2020 de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 y concretamente en el capítulo II donde se establece las medidas de flexibilización de los mecanismos de ajuste temporal de actividad para evitar despidos, no se establece restricción o especificación alguna para acudir al ERTE por fuerza mayor.

Si bien, lo que se plantea por la parte demandante y constituye el fundamento principal de la demanda es el hecho de que no es de aplicación el art. 47 del ET para la suspensión temporal de contratos, en virtud de lo dispuesto en la DA 17ª ET y lo establecido en la DA 3ª del RD 1483/2012. Argumenta que la empresa no puede acudir a aquellas medidas de flexibilidad del art 47 ET al tratarse de un entidad vinculada a la Administración, en la que más del 50% de su ingresos no se obtienen de sus operaciones en el mercado, porque mantiene que TUVISA es una empresa pública de titularidad municipal al ser su capital social 100% del Ayuntamiento de Vitoria y que su financiación viene dada en un 70% del presupuesto del capital aportado por el Ayuntamiento.

Conforme a lo previsto en el artículo 2 de la ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público. En el *artículo 2 se previene que:* "1. La presente Ley se aplica al sector público que comprende:

a) La Administración General del Estado. b) Las Administraciones de las Comunidades Autónomas. c) Las Entidades que integran la Administración Local. d) El sector público institucional.

2. El sector público institucional se integra por: (...)

a) Cualesquiera organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes de las Administraciones Públicas.

b) Las entidades de derecho privado vinculadas o dependientes de las Administraciones Públicas que quedarán sujetas a lo dispuesto en las normas de esta Ley que específicamente se refieran a las mismas, en particular a los principios previstos en el artículo 3, y en todo caso, cuando ejerzan potestades administrativas.



c) Las Universidades públicas que se registrarán por su normativa específica y supletoriamente por las previsiones de la presente Ley.

3. Tienen la consideración de Administraciones Públicas la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas, las Entidades que integran la Administración Local, así como los organismos públicos y entidades de derecho público previstos en la letra a) del apartado 2."

Por consiguiente, TUVISA forma parte del sector público institucional conforme a lo previsto en el art 2 de la ley 40/2015 y como tal, forma parte del sector público conforme al art. 2.1 de la ley.

En el mismo sentido, TUVISA formaría parte del Sector Público al quedar integrada en el art 3.1,h) de la Ley 9/2017 de CONTRATOS del SECTOR PÚBLICO: h) Las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de entidades de las mencionadas en las letras a), b), c), d), e), g) y h) del presente apartado sea superior al 50 por 100, o en los casos en que sin superar ese porcentaje, se encuentre respecto de las referidas entidades en el supuesto previsto en el artículo 5 del texto refundido de la Ley del Mercado de Valores, aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre.

Dentro del Sector público, se considera Administraciones Públicas que según al artículo 3.2 sería las mencionadas en las letras a), b), c), y l) y los consorcios y otras entidades de derecho público, en las que dándose las circunstancias establecidas en la letra d) del apartado siguiente para poder ser considerados poder adjudicador y estando vinculados a una o varias Administraciones Públicas o dependientes de las mismas, no se financien mayoritariamente con ingresos de mercado. Se entiende que se financian mayoritariamente con ingresos de mercado cuando tengan la consideración de productor de mercado de conformidad con el Sistema Europeo de Cuentas.

Por lo que sería una sociedad mercantil publica al pertenecer más del 50% de su capital social a una Administración, en este caso, local.

En cuanto a si le es de aplicación la exclusión de la posibilidad de acudir a la vía del art 47 ET hay que estar a lo previsto en la *Disposición Adicional 17ª del ET* "Suspensión del contrato de trabajo y reducción de jornada en las Administraciones Públicas. Lo previsto en el artículo 47 no será de aplicación a las Administraciones Públicas y a las entidades de derecho público vinculadas o dependientes de una o varias de ellas y de otros organismos públicos, salvo a aquellas que se financien mayoritariamente con ingresos obtenidos como contrapartida de operaciones realizadas en el mercado. Y a la *Disposición Adicional 3ª del RD 1483/2012* que previene: "Suspensión del contrato de trabajo y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción en el sector público".- De conformidad con lo establecido en la *disposición adicional vigésimo primera del Estatuto de los Trabajadores*, lo previsto en el *Título I, Capítulo II* de este Reglamento será de aplicación a las entidades de derecho público vinculadas o dependientes de una o varias Administraciones Públicas y otros organismos públicos, siempre y cuando se financien mayoritariamente con ingresos obtenidos como contrapartida de operaciones realizadas en el mercado. A efectos de determinar si una entidad se financia mayoritariamente con ingresos, cualquiera que sea su naturaleza, obtenidos como contrapartida a la entrega de bienes o a la prestación de servicios, se tendrá en cuenta que la entidad no esté clasificada como Administración Pública en el inventario de entes del sector público estatal, autonómico o local, de conformidad con los criterios de contabilidad nacional, de acuerdo con la información disponible en el portal web del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.

En caso de que la entidad no figure en el correspondiente inventario, deberá justificarse por la entidad la presentación ante el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas de la solicitud de inclusión en el mismo".

En este extremo, como se señala en el *informe complementario de la ITSS emitido a instanciadel juzgado el 19/5/2020*, se ha de estar a la resolución de la consulta por la *Dirección General de Trabajo publicado el 16/4/2020* sobre los ERTES aplicados por sociedades mercantiles municipales de transporte urbano. En la misma se señala que "...tratándose de sociedades mercantiles municipales y de decidir sobre su naturaleza a los efectos de aplicar o no la Disposición Adicional 17 del Estatuto de los Trabajadores es necesario traer aquí el criterio de la *Abogacía General del Estado del Ministerio de Justicia de fecha 19 de marzo de 2020* que se extiende sobre la concreta aplicación de las medidas previstas en el RD 8/2020 de 17 de marzo en el sector público, tanto respecto de los empleados públicos como respecto de las entidades y organismos que forman parte del sector público estatal autonómico o local incluidas las sociedades mercantiles.

Y las conclusiones son las siguientes: En el caso de que se incluya o este clasificada como **entidad del sector público**, entre las cuales se encuentran determinadas sociedades mercantiles estatales, no se podrá acudir a los mecanismos de suspensión o reducción de jornada previstos en el artículo 47 ET.



Si la entidad pública **no figura** en el correspondiente inventario por entender que se trata de una sociedad mercantil que se financia de manera mayoritaria con ingresos obtenidos como contrapartida de operaciones realizadas en el mercado se podrá acudir a la aplicación de tal mecanismo.

Así pues queda claro a juicio de la mencionada Abogacía que a los efectos previstos y para las sociedades mercantiles para las estatales, pero también para cualesquiera otras que formen parte del sector público, incluido el sector público local, el criterio definitivo es la naturaleza de los ingresos si de carácter público por proceder directa o indirectamente del Presupuesto de la Administración Pública o de carácter privado por proceder de ingresos comerciales.

En definitiva, se trata de un criterio que se hace extensivo a las sociedades mercantiles en la medida en que forman parte del sector público descrito de conformidad con el artículo 2 de la Ley 40/2015 de 1 de octubre.

Por tanto, siguiendo lo dispuesto en la mencionada disposición adicional tercera del Real Decreto 1483/2012 se trata de determinar si la entidad se financia o no con ingresos públicos o, lo que es lo mismo, cualquiera que sea su naturaleza si figura o no en el correspondiente inventario de entes públicos del sector público estatal autonómico o local de conformidad con los criterios de contabilidad nacional.

El criterio utilizado a efectos de elaborar la contabilidad nacional por parte de todos los Estados miembros utilizado por Eurostat es el siguiente: cuando una entidad se financian mayoritariamente con ingresos de mercado no se incluye en el sector Administraciones Públicas a efectos de contabilidad nacional y, a sensu contrario, cuando no se financia mayoritariamente con ingresos de mercado se computa en el sector Administraciones Públicas a efectos de contabilidad nacional.

Por tanto una vez se elabora el inventario de entes dependientes tanto de la AGE como de la Administración autonómica, como de la Administración local, se procede a su clasificación a efectos de contabilidad nacional de acuerdo con el criterio descrito, lo que permite comprobar de una forma accesible, pública y objetiva si un determinado organismo o entidad - incluidas las sociedades mercantiles- se encuentran o no financiados mayoritariamente por ingresos de mercado".

Así pues, en el caso que nos ocupa, partiendo de que TUVISA es una sociedad mercantil pública al pertenecer más del 50% de su capital social al Ayuntamiento. Y al estar TUVISA encuadrada en el Inventario de entes del Sector Público Local como sociedad mercantil y entidad pública empresarial, con el código 15-01-059-A-P-005, sectorizada por la Intervención General de la Administración del Estado como Administración pública desde el 1/2/2015, se considera que su financiación es pública, no obteniéndose en más del 50% por ingresos del mercado, por lo que no le es de aplicación las medidas flexibilizadoras del art 47 ET.

En consecuencia, se ha de estimar la demanda concluyendo que TUVISA no podía acudir a la suspensión/reducción de contratos al amparo de lo establecido en el art 47 ET en virtud de lo previsto en la DA 17ª ET en relación con la DA 3ª del RD 1483/2012.

SEXTO.- En cuanto a pretensión de la aplicación analógica de lo establecido en el art 34 del RD-ley 8/2020, al entender que se trata de la prestación de un servicio público y como tal se le ha de aplicar por analogía lo previsto en el referido precepto para los contratos públicos de servicios públicos, que ante la situación de tener que suspenderse el servicio, la adjudicataria vendrá obligada a indemnizar, entre otras, con la cuantía de los salarios que hubiera tenido que abonar de no haberse suspendido el servicio por el estado de alarma. Entendiendo que con la solicitud del ERTE la empresa está actuando fraudulentamente repercutiendo el coste de la suspensión de actividad por el estado de alarma, de manera indebida, en otra Administración pública y en los trabajadores al minorar sus salarios.

Es de señalar que no nos encontramos en el supuesto previsto en esta normativa específica pues no se trata de un contrato público de un servicio público o de suministros, que es para el que está previsto, no siendo procedente la aplicación analógica que se postula, conforme al artículo 4 del código civil, al tener su propia regulación en los preceptos antes mencionados.

SÉPTIMO.- Respecto a que se produce una actuación fraudulenta por haberse suspendido días que los trabajadores estaban de libranza o descanso semanal. Hay que partir de lo previsto en el art. 6 Código Civil que los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que hubieren tratado de eludir. El objetivo de esta figura es garantizar que las leyes cumplan la finalidad para la que fueron dictadas, salvando posibles lagunas, incompatibilidades o incongruencias del sistema de normas en donde se aplique. Si bien, es de tener en cuenta que el fraude de ley no se presume sino que tiene que probarlo el que lo denuncia.



No siendo así en el caso de autos, en el que no se discute que en la empresa demandada hay un calendario anual confeccionado conforme a los criterios fijados en el art. 22 del convenio colectivo, con una distribución de jornada irregular a lo largo del año y que se señala en cada calendario los días de trabajo, descanso semanal y de libranzas y vacaciones. Por tanto, el fraude de ley que se denuncia es una mera alegación que se hace en la demanda sin más especificación y que tampoco se prueba de manera concreta, no siendo admisible que se intente aclarar en el juicio pues lo mismo produciría indefensión a la otra parte.

OCTAVO.- Contra la presente Resolución cabe interponer Recurso de SUPPLICACIÓN conforme a lo establecido en el art. 191 en relación con el art 138.6 de la LRJS

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

FALLO

En las presentes actuaciones sobre **CONFLICTO COLECTIVO a instancia de COMITÉ DE EMPRESA DE TUVISA frente a Transportes Urbanos de Vitoria SA (TUVISA) y SERVICIO ESTATAL DE EMPLEO que se personó como interesado:**

Con carácter previo se rechazan las excepciones de inadecuación de procedimiento; falta de agotamiento de la vía previa y falta de litisconsorcio pasivo necesario de la Delegación Territorial de Trabajo y Seguridad Social de Álava del Gobierno Vasco.

Estimando la demanda se declara INJUSTIFICADA la decisión empresarial de suspensión temporal de los contratos de trabajo por fuerza mayor con efectos de 21/3/2020.

Declarando la inmediata reanudación de los contratos suspendidos parcialmente y la obligación de la empresa demandada de abonar las diferencias que procedan respecto del importe recibido en concepto de prestaciones por desempleo durante el período de suspensión. Sin perjuicio del reintegro que proceda realizar por el empresario del importe de dichas prestaciones a la entidad gestora del pago de las mismas.

Contra esta sentencia cabe recurso de suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, debiendo ser anunciado tal propósito mediante comparecencia o por escrito ante este Juzgado en el plazo de cinco días a contar desde su notificación, debiendo designar letrado/a o graduado/a social para su formalización.

Para recurrir la demandada deberá ingresar en la cuenta n.º 0049-3569-92-0005001274, expediente judicial n.º 0018 0000 65 0187 20 del Banco Santander, con el código 65, la cantidad líquida importe de la condena, sin cuyo requisito no podrá tenerse por anunciado el recurso. Dicha consignación puede sustituirse por aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por entidad de crédito, en la forma dispuesta en el artículo 230 de la LJS.

Asimismo, el que sin tener la condición de trabajador, causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de Seguridad Social, anuncie recurso de suplicación deberá ingresar en la misma cuenta corriente, con el código 69, la cantidad de 300 euros en concepto de depósito para recurso de suplicación, debiendo presentar el correspondiente resguardo en la Oficina judicial de este Juzgado al tiempo de anunciar el recurso.

Están exentos de constituir el depósito y la consignación indicada las personas y entidades comprendidas en el apartado 4 del artículo 229 de la LJS.

De conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional segunda del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, **los plazos** establecidos en esta resolución **NO se encuentran suspendidos** al tratarse este de un supuesto considerado urgente o esencial.

Así por esta mi sentencia, definitivamente juzgando, lo pronuncio, mando y firmo.