



Roj: **STSJ PV 2895/2015 - ECLI: ES:TSJPV:2015:2895**

Id Cendoj: **48020340012015101567**

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

Sede: **Bilbao**

Sección: **1**

Fecha: **15/09/2015**

Nº de Recurso: **1350/2015**

Nº de Resolución: **1620/2015**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **EMILIO PALOMO BALDA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

RECURSO Nº: Suplicación / E_Suplicación **1350/2015**

N.I.G. P.V. 48.04.4-14/009969

N.I.G. CGPJ 48.020.44.4-2014/0009969

SENTENCIA Nº: 1620/2015

SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO

En la Villa de Bilbao, a quince de septiembre de dos mil quince.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, formada por la/os Iltma/os. Sra./es D^a/D. GARBIÑE BIURRUN MANCISIDOR, Presidenta, D. FLORENTINO EGUARAS MENDIRI y D. EMILIO PALOMO BALDA, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

S E N T E N C I A

En el recurso de suplicación interpuesto por **AZATRES S.L.**, contra la sentencia del Juzgado de lo Social número nueve de los de Bilbao, de fecha veintitrés de marzo de dos mil quince, dictada en los autos núm. 986/14, seguidos a instancia de D. Cornelio frente a la hora recurrente, el **AYUNTAMIENTO DE BARACALDO, el INSTITUTO MUNICIPAL DE DEPORTES DE BARACALDO, y el FONDO DE GARANTIA SALARIAL**, sobre Despido (DSP).

Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. EMILIO PALOMO BALDA, que 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). - El demandante Don Cornelio ha venido prestando servicios para la empresa Azatres S.L., con una antigüedad de 20/03/06, categoría profesional camarero (calificación tercera) y salario de 927,20 euros, con parte proporcional de pagas extraordinarias.
- 2). - A la relación laboral le es de aplicación el Convenio Colectivo del Sector de la Hostelería de Bizkaia.
- 3). - El 19/09/14 la empresa Azatres S.L. comunicó por escrito al trabajador el siguiente tenor literal:

"Muy señor mío:



Cumplo en dirigirme a Ud. en su condición de trabajador de AZATRES S.L. afecto al Servicio de Cafetería-Restaurante-Hostelería del Polideportivo de la Lasasarre en Barakaldo, con el objeto de comunicarle las siguientes circunstancias:

Por Acuerdo del Consejo de dirección del IMD de Barakaldo de 26 de agosto pasado, el Contrato de Gestión del Servicio de Cafetería- Restaurante-Hostelería del Polideportivo de Lasasarre del que era adjudicataria AZATRES S.L. ha sido declarado RESUELTO.

Independientemente de los recursos que pudiera tener o ejercer AZATRES S.L. contra dicha decisión, lo cierto es que la Resolución es ejecutiva y, con fecha 19 de septiembre de 2014 se ha levantado Acta con presente de representantes de AZATRES S.L. y del IMD de Barakaldo, por la que se ha procedido por parte de la primera a hacer entrega del servicio y de la gestión del mismo a la Administración concedente, levantándose inventario de instalaciones y bienes existentes.

Lo expuesto lleva que, a los fines del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores , y con el objeto de que sus derechos laborales no se vean perjudicados por la resolución del contrato, se presenta ante el Registro del IMD de Barakaldo un escrito acompañando copia de esta comunicación y la relación de trabajadores afectados.

Le comunicamos por lo expuesto anteriormente, que con esta misma fecha, 19 de septiembre de 2014 se le dará de baja en la empresa AZATRES S.L. Junto con su nómina del mes de septiembre se procederá a ingresar el importe que por liquidación le corresponda. Oportunamente se comunicarán sus datos al IMD de Barakaldo, a efectos del art. 44 del Estatuto de los Trabajadores " .

4). - En fecha 28/11/02 la empresa Azatres S.L. y el Instituto Municipal de Deportes de Barakaldo suscribieron contrato administrativo para la gestión del servicio de bar-cafetería-restaurante en el polideportivo Lasasarre en Barakaldo. El contrato se da por reproducido al obrar en prueba documental (documento nº 3 del ramo de la demandada Azatres S.L.).

5). - El Consejo de Dirección del Instituto Municipal del Deporte de Barakaldo, en sesión celebrada el día 26 de agosto de 2014 adoptó el acuerdo de resolver el contrato administrativo de "concesión de la gestión del servicio de bar-cafetería-restaurante en el polideportivo Lasasarre del IMD Barakaldo" por incumplimiento del contratista al amparo de la letra del art. 111 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio , h) aquellas que se establezcan expresamente en el contrato en relación al incumplimiento de la explotación del servicio. Se da por reproducido el acuerdo al obrar en prueba documental (documento nº 4 del ramo de prueba de la demandada Azatres S.L.).

6). - El 22 de septiembre de 2014 la empresa Azatres S.L. remitió comunicación al Instituto Municipal de Deportes de Barakaldo informándole de la baja de los trabajadores con efectos el 19/09/14, con el fin de que procediera a cursar alta sucesiva de los mismos en atención a lo que dispone la normativa laboral sobre subrogación de empresa contenida, especialmente, en el art. 44 del ET . La comunicación se da por reproducida al obrar en prueba documental (documento nº 5 del ramo de prueba de la demandada Azatres S.L.).

7). - El 24 de septiembre de 2014 se levantó acta de recepción por la Administración Instituto Municipal de Deportes de Barakaldo de los bienes que en su día fueron entregados al adjudicatario Azatres S.L., como otros que se reflejan en el listado (documento nº 6 del ramo de prueba de la demandada Azatres S.L.).

8). - Se da por reproducido el pliego de cláusulas administrativas particulares y prescripciones técnicas que rigieron el concurso tramitado para la adjudicación, por procedimiento abierto, la concesión de la gestión del servicio de bar-cafetería-restaurante en el polideportivo Lasasarre del Instituto Municipal de Deportes de Barakaldo (documento único del ramo de prueba del Ayuntamiento de Barakaldo y del Instituto Municipal de Deportes de Barakaldo).

En todo caso, destacar que en la cláusula 9 apartado j) se recoge que es obligación del concesionario "mantener, con respecto a la plantilla laboral que contrate, una situación jurídica-laboral regularizada u ajustada al derecho laboral vigente y que en ningún caso generará vinculación laboral con el IMD de Barakaldo".

9). - El demandante no ostenta ni ha ostentado cargo de representación legal ni sindical.

10).- En fecha 21/10/14 se celebró el preceptivo acto de conciliación con resultado sin avenencia y sin efecto.

SEGUNDO .- La parte dispositiva de la sentencia de instancia dice: Que estimando la demanda formulada por Don Cornelio contra la empresa Azatres S.L., el Instituto Municipal de Deportes de Barakaldo, el Ayuntamiento de Barakaldo y Fogasa, debo declarar y declaro la improcedencia del despido de que fuera objeto el actor, y condeno a la empresa Azatres S.L. a que en el plazo de los cinco días siguientes a la notificación de esta Sentencia opte entre la readmisión del trabajador o el abono de la indemnización de 10.797,54 euros, y sin que procedan salarios de trámite salvo que dicha empresa opte por la readmisión, que lo serán desde la



fecha del despido (19/09/14) hasta la notificación de esta Sentencia a razón de 30,48 euros al día. Y debo absolver y absuelvo a los codemandados el Instituto Municipal de Deportes de Barakaldo y el Ayuntamiento de Barakaldo, de cuanto se les reclama en la demanda. Por último, procede absolver al Fondo de Garantía Salarial, sin perjuicio de la responsabilidad subsidiaria en fase de ejecución de Sentencia.

TERCERO .- Frente a dicha sentencia, la empresa condenada interpuso recurso de suplicación, que fue impugnado por el actor y por el organismo codemandado.

CUARTO.- Elevados, por el Juzgado de lo Social de referencia, los autos principales, en unión de la pieza separada del recurso de suplicación, los mismos tuvieron entrada en esta Sala el 10 de julio de 2015, emitiéndose en esa misma fecha diligencia de ordenación en la que se acordó la formación del rollo correspondiente y la designación de Magistrado-Ponente.

QUINTO.- Por providencia dictada al efecto se señaló, para la deliberación y fallo del asunto, la audiencia del día 8 de septiembre de 2015, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La única cuestión que plantea el recurso de suplicación que ha interpuesto la empresa Azatres S.L. contra la sentencia que le condena a hacer frente a las consecuencias derivadas de la declaración de improcedencia del despido del trabajador demandante, es qué entidad debe asumir la responsabilidad consiguiente a tal calificación - que no se discute ¿, en cuanto que para la mercantil vencida en la instancia, en contra de lo apreciado por la juez "a quo", el 19 de septiembre de 2014 se produjo una sucesión de empresa, en los términos previstos en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores , lo que acarrea que sea el Instituto Municipal de Deportes de Barakaldo quien deba soportar en exclusiva la condena, pues estando obligado a subrogarse en la relación laboral del actor a partir de la fecha señalada, después de haber resuelto el contrato administrativo para la gestión del servicio de bar-cafetería-restaurante del Polideportivo Lasasarre suscrito el 28 de noviembre de 2002, no lo hizo.

El Letrado de la mercantil funda su pretensión revisora del fallo de instancia en la consideración de que la naturaleza del contrato que unía a su patrocinada con el Instituto codemandado era la propia de un contrato de gestión de servicios públicos, al que se refería el artículo 154 y siguientes del derogado Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio , por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones públicas, aplicable por razones cronológicas ¿ lo que resulta pacífico y hace innecesarias mayores disquisiciones al respecto -, por lo que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 164 de esa misma norma , la finalización de la contrata determinó la reversión de los servicios al Instituto, lo que constituye una auténtica sucesión empresarial, independientemente de la causa por la que el citado Organismo resolvió el contrato y de su decisión de no proseguir con la prestación del servicio. Puntualiza, además, que el supuesto enjuiciado difiere sustancialmente de los resueltos en las sentencias a los que se acoge la impugnada, referidas a contratos de servicios y no a contratos de gestión de servicio público en los que concurren las circunstancias presentes en el que es objeto de estudio.

SEGUNDO .- En respuesta a la argumentación que acabamos de resumir cabe señalar que el simple hecho de que una vez finalizado el plazo estipulado en el contrato, el servicio objeto de concesión revierta a la Administración, como establecía el artículo 164 del Real Decreto Legislativo 2/2000 , y que tal previsión se entienda extensible a supuestos, como el de autos, de resolución del contrato por incumplimiento del adjudicatario, no encuentra encaje, por regla general, en la situación contemplada en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores , pues la mera devolución por el concesionario de las instalaciones de propiedad pública que le fueron cedidas para la prestación del servicio, a las que se refiere el citado artículo 164, no puede considerarse como una transmisión de un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica.

No obstante, esa regla sufre una excepción cuando la reversión va acompañada de la transferencia de activos significativos propiedad de la contratista, o de la asunción del servicio por la Administración con la totalidad o con una parte relevante del personal adscrito al mismo. En cualquiera de esos supuestos se produce la transmisión de una entidad económica que mantiene su identidad, sin que a ello sea óbice tratándose del primero que la entidad contratante continué la actividad, pues lo decisivo es que esté en condiciones de hacerlo, sin perjuicio de que una vez subrogado el personal de la empresa adjudicataria adopte las medidas oportunas respecto del mismo, siguiendo los cauces legalmente previstos, en el caso de que decida suprimir el servicio por concurrir causas económicas, técnicas, organizativas o de producción que lo justifiquen. En tal sentido se ha pronunciado la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en sentencias, entre otras, de 30 de mayo y 11 de julio de 2011 (Rec. 2192/10 y 2861/10).



Descartada la posible concurrencia en el caso de la figura de la "sucesión de plantilla", pues el IMD no se hizo cargo de ninguno de los dos trabajadores de la contrata, tampoco podemos apreciar la otra hipótesis, pues lo que hizo Azatres S.L. una vez resuelto el contrato fue devolver a la comitente las instalaciones que fueron puestas a su disposición, incluidas las mejoras realizadas a su costa para adaptar los locales destinados en el Polideportivo a los servicios adjudicados, y los equipamientos de cocina, cafetería y comedor precisos a tal fin, adquiridos a su cargo, conforme a la relación que figura en Anexo I del Pliego de condiciones técnicas, cuya financiación por la concesionaria era condición sine qua non para la adjudicación del contrato, pasando a ser de propiedad municipal y revirtiendo al IMD al término del plazo contractual tal como se estipulaba en el apartado 23 de las citadas cláusulas, y confirma que la contratista las pusiese a su disposición sin exigir contraprestación alguna.

Las precedentes consideraciones nos llevan a concluir que lo acaecido el 19 de septiembre de 2014 fue el cese de la empresa Azatres SL en la prestación de los servicios contratados, por incumplimiento de sus obligaciones, y la reversión o recuperación de las instalaciones y de los medios materiales que sustentaban esa actividad - que no la transmisión de los mismos -, no determinante de un fenómeno de sucesión empresarial, sin que el IMD haya seguido prestando directamente los servicios y sin que haya mediado un nuevo concurso ni una nueva adjudicación.

A lo anterior ha de unirse que en el pliego de condiciones de la concesión no se hacía constar obligación alguna de subrogación del IMD respecto del personal empleado en el supuesto de finalización de la contrata, y la ausencia de normativa sectorial alguna aplicable que la impusiera, como razona la sentencia de instancia en términos que no han sido cuestionados en el recurso y que la Sala comparte por ajustarse a la doctrina jurisprudencial en la materia.

En definitiva, la condena a la empresa Azatres SL que se contiene en la sentencia de instancia resulta ajustada a derecho, lo que ha de suponer la desestimación del recurso, la condena en costas de la sociedad recurrente, la pérdida del depósito constituido para recurrir, y la aplicación de la cantidad consignada al cumplimiento de la sentencia, todo ello a tenor de lo prevenido en los artículos 204, apartados 1 y 4, y 235.1 de la Ley Reguladora de esta Jurisdicción.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por Azatres S.L. frente a la sentencia del Juzgado de lo Social número 9 de los de Bilbao, de fecha 17 de marzo de 2015, dictada en proceso sobre Despido confirmando lo resuelto en la misma.

Se decreta la pérdida del depósito de 300 euros constituido por la sociedad demandada para recurrir, en beneficio del Tesoro Público, en donde se ingresara una vez sea firme esta resolución. Aplíquese, entonces, al cumplimiento de la sentencia la cantidad de condena consignada.

Se impone a la citada empresa la obligación de abonar al Letrado Sr. López García la suma de 200 euros como honorarios profesionales por la redacción del escrito de impugnación del recurso, e igual cantidad a la Letrada Sra. Divar Pérez-Iñigo, por ese mismo concepto.

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 juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

E/

PUBLICACIÓN.- 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 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- 66-1350-15.

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 4699-0000-66-1350-15.

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.