



Roj: **STSJ PV 1075/2016 - ECLI: ES:TSJPV:2016:1075**

Id Cendoj: **48020340012016100715**

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

Sede: **Bilbao**

Sección: **1**

Fecha: **12/04/2016**

Nº de Recurso: **567/2016**

Nº de Resolución: **680/2016**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **EMILIO PALOMO BALDA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

RECURSO Nº: Suplicación / E_Suplicación **567/2016**

N.I.G. P.V. 48.04.4-15/005123

N.I.G. CGPJ 48020.44.4-2015/0005123

SENTENCIA Nº: 680/2016

SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO

En la Villa de Bilbao, a doce de abril de dos mil dieciséis.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, formada por los Ilmos. Sres. D. JUAN CARLOS ITURRI GARATE, Presidente en funciones, 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 D^a Josefina , contra la sentencia del Juzgado de lo Social número siete de los de Bilbao, de fecha veinticuatro de noviembre de dos mil quince, dictada en los autos núm. 518/15, seguidos a su instancia frente a **AZATRES S.L., el INSTITUTO MUNICIPAL DE DEPORTES DE BARAKALDOY 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).- La actora Dña Josefina mayor de edad con DNI N° NUM000 ha venido prestando servicios por cuenta y cargo de la empresa Azatres SL con categoría de Grupo 4 nivel 1 en labores de recepcionista con antigüedad de 3-5-2006 y salario de 736,85 euros mensuales para una jornada habitual de 67,02 % si bien a la fecha de la extinción la actora disfrutaba de una reducción de jornada por cuidado de hijo menor desde el 1-3-2015 manteniendo un 43% de jornada. El centro de trabajo radicaba en las instalaciones del gimnasio del Polideportivo Lasasarre de Barakaldo.

2).- El 28-11-2002 el Instituto Municipal de Deportes de Barakaldo y Azatres SL suscribieron contrato administrativo para la gestión del servicio de Balneario, Gimnasio y Sala de musculación del Polideportivo. Dicho contrato comprometía además a Azatres SL a ejecutar la obra menor e instalaciones necesarias para adecuar los locales destinados a balneario y gimnasio-sala de musculación. Además del espacio físico, el IMD



puso a disposición de AzatreS SL de una serie de material y equipamiento, comprometiéndose Azatres SL a invertir en otra serie de equipamiento, y máquinas de ejercicio y musculación y cardiomuscular.

3).- Por acuerdo de Dirección del IMD de 27-3-2015 se decide la Resolución del contrato administrativo de concesión de la gestión del servicio de balneario y gimnasio sala de musculación por incumplimiento del contratista.

Una vez notificada a la empresa Azatres SL la resolución del contrato y tras concederse las partes un periodo transitorio para el cese de la actividad y la entrega de instalaciones y servicios, el 5 de mayo de 2015, se firma el acta de recepción de las instalaciones y material propiedad del IMD que en su día fue entregado a Azatres SL que a su vez procede a retirar el mobiliario, útiles, máquinas y otros enseres cuya relación consta en el acta de entrega que se da por reproducida (informe anexo doc 4 IMD).

4).- Por su parte la empresa Azatres SL por escrito fechado el 15-4-2015 comunica a la actora lo siguiente:

"Muy señor Mío: Cumpló en dirigirme a Ud. en su condición de trabajador de AZATRES, SL afecto al Servicio de Gimnasio y Sala de Musculación del Polideportivo de Lasasarre en Barakaldo, dependiente del Instituto Municipal de Deportes de Barakaldo, con el objeto de comunicarle las siguientes circunstancias:

1) Por Acuerdo del Consejo de Dirección del IMD de Barakaldo de 27 de marzo de 2015, notificado a AZATRES, SL el 30 de ese mes, el Contrato de Gestión del Servicio de Balneario ¿ Gimnasio y Sala de Musculación del Polideportivo de Lasasarre del que era adjudicataria AZATRES, SL, ha sido declarado RESUELTO.

2) Independientemente de los recursos que pudiera tener y ejercer AZATRES, SL contra dicha decisión, lo cierto es que la Resolución es ejecutiva y en los próximos días se procederá, por parte de UKE-IMD de Barakaldo a levantar acta de entrega del servicio y de la gestión del mismo a la Administración concedente, levantándose inventario de instalaciones y bienes existentes. Dicha actuación se llevará a cabo, en todo caso, no después del día 30 de este mes.

3) Lo expuesto lleva a que, a los fines de lo dispuesto en el 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 presentará ante el Registro de UKE-IMD de Barakaldo un escrito acompañando copia de esta comunicación, de la relación de los trabajadores afectados y de los datos necesarios para su subrogación bajo la dependencia del Instituto Municipal de Deportes de Barakaldo.

Le comunicamos, por lo expuesto anteriormente, que, con fecha 30 de abril de 2015 se le dará de baja en la Empresa AZATRES, SL, practicándose la liquidación de haberes que procedan a esa fecha. Se le hace saber que con esta misma fecha se ha cursado escrito a UKE-IMD de Barakaldo comunicando los datos necesarios para que curse, *el mismo día de la baja en AZATRES, SL, su alta sucesiva en aquél, a los fines dispuestos por el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores .*

Atentamente,"

5).- Por escrito de fecha 28-4-2015 se remite a la Dirección del IMD carta en nombre de dos trabajadoras de Azatres SL, entre las que se incluía la actora, con el siguiente contenido: *"Represento los intereses de las trabajadoras de AZATRES S.L. Dña. Josefina y Dña. María Milagros y por medio de la empresa hemos tenido conocimiento de la finalización de la concesión a fa misma de la gestión del servicio de gimnasio-sala de musculación en el Polideportivo Lasasarre del IMDIUKE BARAKALDO. Igualmente, la empresa nos ha comunicado que con fecha 30 de abril de 2015 nos dará de baja en la Seguridad Social y que, de conformidad con el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores y el 25 del Convenio Colectivo de aplicación se producirá la subrogación del personal de la empresa, debiendo hacerse cargo del mismo ese Instituto- Ayuntamiento. De conformidad con la conversación telefónica mantenida esta misma mañana, mediante la presente leago a interesar de ese Instituto y del Ayuntamiento de Barakaldo toda la información que posean sobre el particular. Además, interesamos también de Uds. nos den las oportunas instrucciones-recomendaciones para que ni el servicio municipal ni los derechos de las trabajadoras se vean perjudicados por esta situación. Aprovecho para informarles de que la empresa, aunque nos a comunicado que realizará la oportuna liquidación de haberes a la fecha de la finalización de la concesión, a fecha de hoy adeuda a las trabajadoras las mensualidades de marzo y abril de 2015 y el correspondiente finiquito. Atentamente,"*

Con fecha 10-6-2015 se presenta por la actora ante el IMD escrito de reclamación previa.

6).- EL 30-4-2015 el IMD emite una nota de prensa en la que se refleja la intención de que una nueva empresa asumiera la gestión del gimnasio del Polideportivo después de dar por finalizada la relación con la actual compañía adjudicataria.



También se colocó en la puerta del Polideportivo, un anuncio en el que se señalaba que el servicio se seguiría prestando, y el 30 de abril, se coloca un aviso en las instalaciones anunciando la expectativa de cambio de empresa gestora del servicio (entre una semana y diez).

7).- La actora es dada de baja por la empresa Azatres SL con fecha 30-4-2015.

8).- Se produjeron conversaciones en el mes de mayo entre el personal del IMD y los trabajadores afectados en orden a la continuidad de sus contratos tras la adjudicación a una nueva empresa.

Las instalaciones del gimnasio y la sala de musculación se han reabierto el 7-9-2015 sin monitores que vigilen la sala o den clases, sin servicio de recepción, y sin compra de nuevos materiales para sustituir el retirado, siendo el acceso a las instalaciones libre para los usuarios a diferencia de lo que ocurrida anteriormente.

9).- La actora no ha ostentado cargo representativo de los trabajadores.

10).- Con fecha 15-5-2015 se interpuso por la demandante papeleta de conciliación previa frente a Azatres SL celebrándose el acto de conciliación sin efecto el 28-5-2015

SEGUNDO .- La parte dispositiva de la sentencia de instancia dice: Estimando parcialmente la demanda interpuesta por Dña Josefina frente a la empresa Azatres SL, UKE¿Instituto Municipal de Deportes de Barakaldo, y Fogasa sobre despido declaro la nulidad del mismo condenando a la empresa Azatres SL a su inmediata readmisión y al abono de los salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la de la efectiva readmisión absolviendo a UKE¿Instituto Municipal de Deportes de Barakaldo, de las pretensiones deducidas en su contra en el presente procedimiento.

TERCERO .- Contra dicha sentencia la actora formalizó recurso de suplicación, que fue impugnado de contrario.

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 15 de marzo de 2016, emitiéndose en esa misma fecha diligencia de ordenación en la que se acordó la formación de las actuaciones del recurso y la designación de Magistrado-Ponente.

QUINTO.- Por providencia de 17 de marzo de 2016 se señaló, para la deliberación y fallo del asunto, la audiencia del día 5 del siguiente mes, en que tuvo lugar, encontrándose el Magistrado Sr. Manuel Diaz de Rábago, de permiso oficial y siendo sustituido por el Magistrado Sr. FLORENTINO EGUARAS MENDIRI.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso de suplicación la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 7 de los de Bilbao, de fecha 24 de noviembre de 2015 , que, estimando en parte la demanda formulada por la actora, condena a la empresa Azatres S.L. a hacer frente a las consecuencias derivadas de la declaración de improcedencia del despido impuesto el 30 de abril de ese mismo año, y absuelve al Organismo codemandado de los pedimentos deducidos en su contra.

Para la trabajadora que lo interpone, en contra de lo apreciado por la juez "a quo", lo que se produjo en la fecha señalada fue una sucesión de empresa de las reguladas en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores , cuya infracción denuncia en el primer y único motivo de impugnación que articula, de forma que el Instituto Municipal de Deportes de Barakaldo, una vez resuelto el contrato administrativo para la gestión del servicio de balneario y gimnasio-sala de musculación del Polideportivo Lasasarre suscrito con Azatres SL el 28 de noviembre de 2002, estaba obligado a subrogarse en su relación laboral, lo que no hizo.

SEGUNDO.- Los términos en los que se formula el recurso inmediatamente nos recuerdan que esta misma cuestión la hemos abordado conociendo de procedimientos instados por compañeros de trabajo de la demandante, en concreto en nuestras sentencias de 26 de enero y 2 de febrero de 2016 (Rec. 2476/15 y 68/16), rechazando la tesis defendida por la actora, solución que hemos de mantener en ésta por elementales razones de congruencia y seguridad jurídica e igualdad en la aplicación de la Ley.

En primer lugar, conviene comenzar señalando que según doctrina jurisprudencial constante que reitera y recoge la sentencia de 9 de febrero de 2016 (Rec. 400/14), de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo , la reversión de un servicio público desde una empresa concesionaria a una entidad pública, esto es, la mera devolución de las instalaciones de propiedad pública por parte del concesionario, al que le fueron cedidas para la prestación del servicio, 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 y/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 de ellos, que la entidad contratante continúe la actividad, pues lo decisivo es que esté en condiciones de hacerlo, sin perjuicio de que una vez subrogado el personal de la 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) y 26 de enero de 2012 (Rec. 917/11).

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 cinco trabajadores de la contrata que nos ocupa, tampoco podemos apreciar la restante, pues lo que hizo Azatres S.L. tras la rescisión del 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 retirar el mobiliario y los aparatos de su propiedad.

Las precedentes consideraciones nos llevan a concluir que lo acaecido el 30 de abril de 2015 fue el cese de la empresa Azatres SL en la prestación de los servicios contratados, por incumplimiento de sus obligaciones, y la recuperación de las instalaciones y de los medios materiales que sustentaban esa actividad - que no la transmisión de los mismos ¿ por parte del IMD, no determinante de un fenómeno de sucesión empresarial, sin que dicho Organismo continuase tan siquiera prestando directamente los servicios propios de la contrata y sin que mediase un nuevo concurso ni una nueva adjudicación.

No puede llevar a conclusión distinta el hecho de que cuatro meses después de la reversión, el IMD decidiese reabrir el gimnasio y la sala de musculación sin nuevos aparatos y sin personal, dando acceso libre a los usuarios, a diferencia de lo que sucedía anteriormente, circunstancias que no comportan obligación subrogatoria alguna para la referida entidad.

En definitiva, la condena de la empresa Azatres SL y la absolución del IMD que se contiene en la sentencia de instancia resulta ajustada a derecho, lo que ha de suponer la desestimación del recurso sin que a tenor de lo previsto en el artículo 235.1 de la Ley Reguladora de esta Jurisdicción proceda pronunciamiento sobre costas al no apreciarse temeridad, o mala fe, en su interposición.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación,

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por D^a Josefina , frente a la sentencia del Juzgado de lo Social número 7 de los de Bilbao, de fecha 24 de noviembre de 2015 , dictada en proceso sobre Despido, confirmando lo resuelto en la misma. Sin costas.

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, 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/

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- 66-567-16.

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 4699-0000-66-567-16.

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.

FONDO DOCUMENTAL CEJ 03