



Roj: **STSJ PV 1352/2016 - ECLI: ES:TSJPV:2016:1352**

Id Cendoj: **48020340012016100949**

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

Sede: **Bilbao**

Sección: **1**

Fecha: **17/05/2016**

Nº de Recurso: **790/2016**

Nº de Resolución: **970/2016**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **FLORENTINO EGUARAS MENDIRI**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**RECURSO Nº:** Suplicación / E\_Suplicación **790/2016**

**N.I.G. P.V. 48.04.4-15/005122**

**N.I.G. CGPJ 48020.44.4-2015/0005122**

**SENTENCIA Nº: 970/2016**

**SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA**

**DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO**

En la Villa de Bilbao, a 17 de mayo de 2016.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, formada por los Iltmos. 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

### **S E N T E N C I A**

En el Recurso de Suplicación interpuesto por Enriqueta contra la sentencia del Juzgado de lo Social num. 2 de los de BILBAO (BIZKAIA) de fecha 9 de noviembre de 2015, dictada en proceso sobre DSP, y entablado por Enriqueta frente a **AZATRES S.L., FOGASA y UKE-IMD BARAKALDO**.

Es Ponente el Iltmo. Sr. Magistrado D. FLORENTINO EGUARAS MENDIRI, 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:

" **1º**. La demandante ha venido prestando servicios por cuenta y órdenes de la empresa AZATRSL SL con una antigüedad de 12 de diciembre de 2007, categoría profesional de grupo 4 nivel 1 y salario bruto mensual de 894,99 euros incluida la prorrata de pagas extras, correspondiente a una jornada parcial de 73,19 por ciento.

Es de aplicación el Convenio Colectivo Estatal de Instalaciones Deportivas y Gimnasios.

**2º**: La actora presta servicios en el Polideportivo de Lasasarre de Barakaldo.

**3º**: El 28 de noviembre de 2002 se suscribe contrato administrativo entre el IMD de Barakaldo y la empresa AZATRES SL, cuyo tenor se da por reproducido y cuyo objeto es la concesión del servicio de Balneario, Gimnasio y Sala de Musculación del Polideportivo Municipal de lasasarre.

El contrato no prevé el número de trabajadores necesarios para prestar el servicio.



**4º:** El referido contrato se resuelve por incumplimiento imputado por el IMD a la empresa AZATRES SL tras acuerdo de 27 de marzo de 2015 que se notifica a la empresa el 30 de marzo de 2015.

**5º:** Con fecha de 15 de abril de 2015 la empresa notifica a la trabajadora comunicación del siguiente tenor literal:

"D<sup>a</sup>. Enriqueta E.P.M.

Bilbao, 15 de abril de 2015.

Muy señor mío:

Cumplo 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,

P/p AZATRES, SL

Melisa

Recibí original 15/04/2015

Fdo. D<sup>a</sup> Enriqueta

DNI n° NUM000 "

**6º:** En la misma fecha AZATRES SL presenta ante el IMD un inventario de materiales y herramientas afectas a la actividad, propiedad del IMD.

Estos se entregan el 5 de mayo de 2015, se da por reproducido el tenor literal del acta.

Las máquinas propiedad del gimnasio eran propiedad del IMD; la empresa AZATRES SL retira del establecimiento 20 bicis de spinning, las televisiones de la sala de musculación, mancuernas, barras y pesas y una máquina de remo.

**7º:** En el mes de mayo personal del IMD mantuvo conversaciones con los trabajadores afectados de AZATRES SL en orden a la continuidad de sus contratos tras la adjudicación a una nueva empresa.

El IMD emitió una nota de prensa haciendo referencia a una eventual continuidad de la actividad.

Las instalaciones quedaron cerradas a partir del 1 de mayo de 2015, y se reabrieron el 7 de septiembre de 2015, siendo la apertura del gimnasio sin monitores que vigilen las salas, sin adquirir nuevo material para sustituir el retirado y con libre acceso de usuarios que no deben abonar cuota alguna por el uso del gimnasio, asumiendo la limpieza y los consumos el IMD.

El IMD está elaborando los pliegos para una futura adjudicación del servicio.

**8º:** La actora presenta reclamación previa por DESPIDO frente al IMD en fecha de 10 de junio de 2015.



9º: La actora no ostenta ni ha ostentado la condición de representante legal de los trabajadores.

**SEGUNDO** .- La parte dispositiva de la Sentencia de instancia dice:

"**ESTIMANDO** la demanda presentada por Enriqueta frente a AZATRES SL y FOGASA debo declarar y declaro la IMPROCEDENCIA DEL DESPIDO de que ha sido objeto la demandante, condenando a la demandada a que a su elección, opte en el plazo de cinco días, por indemnizar a la actora en la suma de 8.671,54 euros; o por la inmediata readmisión de la trabajadora en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido, con satisfacción, si opta por la readmisión, de los salarios dejados de percibir, a razón de un salario diario de 29,42 euros, a contar desde la fecha del despido de 30 de abril de 2015 hasta la notificación de la presente sentencia o hasta que hubiere encontrado otro empleo, si tal colocación fuese anterior a la sentencia y el empresario acreditase lo percibido para su descuento de los salarios de tramitación; todo ello sin perjuicio de la responsabilidad subsidiaria del Fogasa dentro de los límites legales; y

**DESESTIMANDO** la demanda presentada frente a UKE-IMD BARAKALDO, con estimación de las excepciones de caducidad de la acción frente al IMD BARAKALDO y de falta de legitimación pasiva, debo absolver y absuelvo a UKE- IMD BARAKALDO de todas las pretensiones formuladas en su contra."

**TERCERO** .- Frente a dicha resolución se interpuso el Recurso de Suplicación, que fue impugnado de contrario .

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El Juzgado de lo Social nº 2 de Bilbao dictó sentencia el 9-11-15 en la que estimó la demanda interpuesta por la trabajadora y declaró improcedente el cese acontecido con efectos del 30-4-15, condenando a la empresa a las consecuencias de dicha declaración, absolviendo a la Administración demandada, y ello por entender: que concurría, inicialmente la caducidad; y, en segundo término que, no era aplicable el art. 44 ET , por lo que la reversión de la explotación y servicio del centro donde se prestaban servicios no implicaba ninguna continuidad en el contrato de la actora.

**SEGUNDO.-** Frente a la anterior sentencia se interponen dos recursos de suplicación: lo hace la empresa y también la trabajadora.

Comenzaremos por el recurso de aquélla, que pide dos revisiones en un primer motivo amparado en la vía del apdo. b) del art. 193 LRJS . La primera revisión es estimable, porque ciertamente se remitió por la entidad recurrente a la demandada pública una comunicación en la que expresaba la presunta subrogación de su personal en la Administración demandada. Reúne la revisión los elementos propios de la misma, y se desprende del documento de forma clara, patente y directa lo que se pide, siendo relevante para la recurrente este extremo, porque si se prospera una subrogación empresarial, se habrían cumplido los requisitos de la misma, al menos desde la proyección formal. De aquí el que, siguiendo constante doctrina ( TS 3-2-16, recurso 143/15 ), se estime que concurren los requisitos para esta revisión.

La segunda, no la consideramos necesaria, y ello porque no es sino una especulación que se desprende de una determinada manifestación, sin que, posteriormente, se incida sobre tal extremo, por lo que la relevancia tampoco figura. En este sentido, tengamos presente que el recurrente quiere que a través de una comunicación se consolide el derecho, y el mismo no consta, pues es una materia jurídica que habrá que analizar, precisamente, en el segundo motivo.

Como decíamos, el segundo motivo, dedicado, por la vía del apdo. c) del art. 193 LRJS , a la denuncia jurídica, pide que se aplique una sucesión empresarial, y al efecto se citan como infringidos los arts. 44 ET y 25 del Convenio Colectivo . En cuanto a éste, no se hace una reflexión ni argumentación específica, siendo que la base de la desestimación de su aplicación no ha sido controvertida. La sentencia recurrida indica que el Convenio Colectivo no es aplicable a la Administración demandada, porque su ámbito no la incluye. No olvidemos que los Convenios Colectivos tienen la eficacia que los legitimados para negociarlos han establecido, art.85, nº 3 ET , con eficacia dentro de su ámbito de aplicación ( art. 82,3 ET ). Desde esta perspectiva es constante la doctrina que establece dicha delimitación de eficacia del Convenio ( TS 3-11-08, recurso 1697/07 ). Por ello, se hubiese necesitado una concreta y específica denuncia sobre los argumentos que en la instancia han servido de apoyatura para desestimar la aplicación del Convenio, y sobre ello no existe suficiente material en el recurso.

Respecto a la aplicación del art. 44 ET , y con ello enlazamos y agrupamos el tercer motivo de la trabajadora, que también aludía el art. 44 ET ; respecto a éste, decimos, en ambos recursos se está estableciendo que la Administración ha revertido el servicio y que debe llevarlo a cabo. La empresa, además, nos introduce en la diferencia entre contratos de concesión de gestión de Servicios Públicos y los denominados contratos de servicios, remitiéndonos a la vieja forma de gestión de los servicios públicos y la teoría de las formas de gestión u organización (las conocidas directa, indirecta y mixta con sus conocidas subespecies). El concierto o



contrato respecto a la materia que analizamos queda indiferente, pese al esfuerzo argumentativo que realiza el recurso, y ello porque doctrinalmente así se ha establecido. Tengamos en cuenta que para nuestro alto Tribunal ( TS 17-11-14, recurso 79/2014 ), una gestión de Servicio Público no implica cuando revierte nuevamente en la Administración una aplicación del art. 44 ET , salvo que vaya solapada de una continuidad en las plantillas. En términos generales ( TS 7-2-16, recurso 400/14 ), la reversión a la Administración Territorial, o mejor Institucional al tratarse de un Instituto Municipal, no implica, por sí misma, la continuidad de plantillas, salvo que fuese acompañada de la infraestructura material o en su caso los trabajadores que venían prestando servicios. Como nada de ello acontece, debemos descartar que exista una sucesión empresarial. Desde esta perspectiva alcanzamos la misma solución que en los recursos anteriores que cita la Administración en las impugnaciones que ha llevado a cabo. Así, recordamos nuestras sentencias del TSJPV de 20-10-15, recurso 1792/2015 y 12-4-16, recurso 567/16 .

**TERCERO.-** La trabajadora argumenta en su recurso en sus dos primeros motivos la indebida aplicación de la figura de la caducidad. Admitimos su primera revisión, aunque cierto es que el Juzgado se hace eco de ella, y lo hacemos porque también reúne los requisitos de la revisión, deduciéndose expresamente del documento la comunicación remitida a la Administración demandada. De ella se desprende, consta en el documento, que se interesaba que se diesen las oportunas instrucciones- recomendaciones para que ni el servicio municipal ni los derechos de los trabajadores se viesan perjudicados por la situación acontecida.

La caducidad se interpreta restrictivamente por tratarse de un instrumento de seguridad jurídica ( TC 4-3-04, 30/2004 y TS 10-4- 00, 3523). A esta naturaleza debemos añadir la valoración de la reclamación previa cuya finalidad es evitar un proceso, y evitarlo por el conocimiento que la Administración tiene de la situación conflictiva. Desde esta perspectiva la interpretación que se efectúa del agotamiento de la reclamación previa es amplia ( TC 23-7-07, sentencia 172), con una añadida finalidad de facultar y poder resolver la cuestión previamente por la Administración al proceso judicial ( TS 3-3-15, recurso 1677/14 ). Si tenemos en cuenta el primer escrito que hemos admitido, y a su vez, la misma reclamación previa que se formuló tardíamente, hemos de concluir con una reclamación formulada a la Administración sobre una pretensión de despido, y por ello es admisible el motivo jurídico que se esgrimía en el recurso de la trabajadora, motivo segundo. Ahora bien, ello no va a tener trascendencia alguna, porque no es admisible la sucesión o continuidad que se pretendía por la recurrente. Como ya hemos explicado en el anterior fundamento no concurre un supuesto de subrogación empresarial, y ello implica el que se confirme la sentencia recurrida, pues no se cuestiona la improcedencia del despido ni la causa vertida en la misma para ello. Solamente reiterar, ya lo hemos indicado anteriormente, que esta solución es la que se está adoptando en esta Sala respecto al colectivo de trabajadores afectados.

La desestimación del recurso de la empresa implica la imposición de costas.

Vistos: los artículos citados y los demás que son de general y pertinente aplicación

## FALLAMOS

Se desestiman los recursos de suplicación interpuestos frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Bilbao de 9-11-15 , procedimiento 495/15, por don Luis María Pagano Fernández, abogado que actúa en nombre y representación de la Mercantil Azatres, S.L., y por don Kaiet Oribe Garcia, graduado social que actúa en nombre y representación de doña Enriqueta , la que se confirma en su integridad, imponiendo las costas del recurso de la empresa a ella misma, cifrándose en 1000 euros los honorarios de letrado de la parte impugnante, y pérdida de depósitos y consignaciones, a los que se les dará el destino legal; sin costas para el recurso de la trabajadora.

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 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 Ilmo/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 4699-0000-66-0790-16.

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 4699-0000-66-0790-16.

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 regimen 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.