

Roj: **STS 5397/2011** - ECLI: **ES:TS:2011:5397**Id Cendoj: **28079140012011100459**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **30/05/2011**Nº de Recurso: **2192/2010**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**Ponente: **LUIS FERNANDO DE CASTRO FERNANDEZ**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a treinta de Mayo de dos mil once.

Vistos los autos pendientes ante la Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación procesal de D. Laureano , D. Rosendo , D. Luis Pedro , D. Aureliano y D^a Milagrosa , contra la sentencia dictada el 15 de junio de 2.010 por la Sala de lo Social de Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el recurso de suplicación núm. 3329/08 , formalizado por la misma parte y SETEX APARKI, S.A., contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 6 de Sevilla, de fecha 14 de diciembre 2007 , recaída en los autos núm. 318/04, seguidos a instancia de D. Laureano , D. Rosendo , D. Luis Pedro , D. Aureliano y D^a Milagrosa frente a TRANSPORTES URBANOS DE SEVILLA, SAM [TUSSAM], SETEX APARKI, S.L., APARCAMIENTOS URBANOS DE SEVILLA, S.A. [AUSSA] y el EXCMO. AYUNTAMIENTO DE SEVILLA, sobre RECLAMACION DE CANTIDAD.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. **LUIS FERNANDO DE CASTRO FERNÁNDEZ** ,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 14 de diciembre de 2.007 el Juzgado de lo Social de Sevilla nº 6 dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que estimando parcialmente la demanda formulada por D. Rosendo D. Luis Pedro , D. Aureliano D. Laureano y D^a Milagrosa contra SETEX APARKI, S.A., SERVICLEOPS, S.L. TUSSAM AUSSA AYUNTAMIENTO DE SEVILLA debo condenar y condeno a la empresa demandada SETEX APARKI S.A. a abonar a los actores las siguientes cantidades: A D. Rosendo las suma de 2.451,47€.- A D^a Milagrosa la suma de 3.691,67€.- A D. Aureliano la suma de 2.926,49 €.- A D. Luis Pedro la suma de 2.888.13 €.- A D. Laureano la suma de 3.095,95€.- Que debo absolver y absuelvo a SERVICLEOPS S.L., TUSSAM AUSSA, y Ayuntamiento de Sevilla de las pretensiones contenidas en el suplico de la demanda".

SEGUNDO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: "PRIMERO: D. Rosendo con DNI NUM000 , D. Luis Pedro con DNI NUM001 , D. Aureliano con DNI NUM002 , D. Laureano con DNI NUM003 , y D^a. Milagrosa con DNI NUM004 prestaban servicios para la empresa SETEX APARKI, S.A., en la categoría profesional de encargado, conductor/a, y secretaria respectivamente desde el 5/4/94, 13/1/94, 1/2/94 1/2/94 y 24/2/95, sin ostentar cargo sindical alguno.- SEGUNDO: Los actores prestaron servicios para SETEX APARKI, SA. desde el 5.4.94, al 31.1.99, desde el 1.2.99 al 14.3.02 para SERVICLEOPS, S.L. y desde el 15.3.02 al 19.2.04 para SETEX APARKI, SA.; desde el 8.3.04 prestan servicios para AUSSA.- TERCERO: El servicio de retiradas de vehículos de la vía pública de esta ciudad ha sido adjudicado por el Ayuntamiento de Sevilla, en los distintos períodos, del modo siguiente: - Contrato de fecha 10-01-94. adjudica el servicio a SETEX APARKI, para su gestión con sus medios propios; - Contrato de fecha 19-01-99 con la empresa SERVICLEOPS, S.L., en iguales términos.- Acuerdo de 27-02-02 de pleno del Ayuntamiento por el que se declara la caducidad de la concesión del servicio en "SERVICLEOPS, S.L." y se le incautan los elementos materiales, adjudicándose el servicio y dichos medios materiales para su explotación, a la empresa "SETEX APARK, S.A.".- Cese de "SETEX APARKI" y acuerdo del pleno del Ayuntamiento de fecha 15-01-04 por el que se resuelve expresamente que la prestación del servicio de Grúa Municipal se lleva a cabo de forma directa por el Excmo. Ayuntamiento, que lo gestionará



a través de la empresa TUSSAM, tras dar por resuelto el contrato con SETEX APARKI.- TUSSAM, accionista mayoritaria de AUSSA, cede la explotación del servicio a AUSSA en documento de fecha efectos 19-02-04.- CUARTO: Los actores reciben carta de SETEX APARKI el 18-02-04 del tenor siguiente: 'Muy Señor mío: Como Vd. sabe la concesión del Servicio de Grúa Municipal concluye el próximo día 19 del corriente mes, habiéndose concedido el mismo a la Sociedad TUSSAM.- En razón del contrato en el que esta empresa se subrogó, al concluir la concesión se extingue el mismo en virtud de lo establecido en el artículo 49.1 del Estatuto de los Trabajadores.- Por todo lo anterior le comunico que el próximo día 19 le daremos de baja en la Seguridad Social y pondremos a su disposición el importe de la indemnización y de la liquidación de partes proporcionales de sus haberes.- No obstante lo anterior, esta Empresa considera que la Sociedad TUSSAN debería subrogarse en su contrato de trabajo, y éste no quedaría extinguido el próximo día 19.- Hemos hecho gestiones para que tal suceda y hasta ahora la respuesta ha sido negativa, a pesar de lo cual continuaremos luchando para lo que consideramos su legítimo derecho y también el legítimo derecho de nuestra Empresa.- Dicho lo anterior actúe usted como considere más oportuno a sus propios intereses.- Sea cual fuere el resultado, le agradecemos su dedicación y buen hacer durante el tiempo que prestó usted sus servicios con nosotros.'- QUINTO: AUSSA inicia la prestación del servicio con sus propios medios personales y el 8-03-04 inicia la contratación de los trabajadores de SETEX APARKI. A los actores les suscribe contratos en fecha 5-03-04, reconociendo a efectos de despido, la antigüedad inicial.- SEXTO: El 30-04-00 se suscribió acuerdo entre las partes, suscrito por el entonces delegado de seguridad ciudadana, con el compromiso de desconvocar la huelga que se mantenía desde el día 28-04, cuyo apartado 5 establece un incremento salarial del 30% más la revisión salarial sobre el PC real en el año 2000 y en el año 2001 el IPC previsto más un 1% sobre el IPC real. Dicho acuerdo tiene una vigencia de dos años.- SEPTIMO: El 14-03-02 se extingue la relación de los actores con SERVICLEOPS suscribiendo documento de liquidación- finiquito.- OCTAVO: El 27-05-02 se suscribe acuerdo entre SETEX APARKI, SA. y las representaciones sindicales de UGT y delegados de personal, en el que se reconoce una deuda a los trabajadores, que para los actores se cifra en 2.911 euros, estableciendo como forma de pago tres plazos que los actores perciben en Julio de 2002, octubre de 2002 y Febrero de 2003. El tenor literal de dicho documento establece: 1.- Se reconocen las cantidades recogidas en el anexo, como deuda los trabajadores. En algunos ejemplares del documento, aparece tachada la palabra "deuda" y es sustituida por "anticipo".- NOVENO.- En la nómina de Noviembre de 2003 la empresa descuenta al actor D. Rosendo la suma de 500 € y en el llamado finiquito le descuentan la suma de 1.951,47€ en concepto de anticipo. A D. Luis Pedro se le descuentan 500 € en la nómina del mes de noviembre de 2003 y 1.585,63 € en la hoja de salarios del mes de febrero de 2004 y finiquito bajo el concepto de anticipo. A D. Aureliano la suma de 500 € en la nómina de 2003 y 1.655 (en la hoja de salario del mes de febrero de 2004 y finiquito. A D. Laureano , la suma de 500 € en noviembre de 2003 y la de 1.678,52 € en la nómina de febrero de 2004 y finiquito. A D^a. Milagrosa se le descuentan 500 € en la nómina de noviembre de 2003 y 1.530,09 € en la del mes de febrero 2004 y finiquito.- DECIMO: D^a Milagrosa , ha venido desempeñando funciones de secretaría, percibiendo en el periodo de marzo a diciembre de 2003 cantidades inferiores a las previstas en convenio colectivo, por los conceptos de salario base, antigüedad, plus de actividad, plus de uniforme, y plus de formación, cifrando las diferencias en 227,63 €.- Igualmente, ha percibido las pagas extraordinarias en cuantía inferior a lo previsto en el convenio colectivo, cifrando las diferencias por las pagas de primavera, verano y Navidad en 873,18 €.- La actora recibió a la fecha de la extinción de su contrato el 19.2.04 la suma de 180,78 €, siendo el devengo de 564,21 € no percibió el pago de la paga extraordinaria de Navidad cifrada en 177,34 €, reclamando en tales conceptos un total de 560,776 €.- UNDECIMO: D. Luis Pedro , ha venido desempeñando funciones de conductor, percibiendo en el período de marzo a diciembre de 2003 cantidades inferiores a las previstas en convenio colectivo, por los conceptos de salario basa, antigüedad, plus de actividad, plus de uniforme, y plus de formación, plus de asistencia y plus de lavado cifrando las diferencias en 242.01 €.- Igualmente, ha percibido las pagas extraordinarias en cuantía inferior a lo previsto en el convenio colectivo, cifrando las diferencias por las pagas de primavera, verano y Navidad en 224,40 €.- El actor recibió a la fecha de la extinción de su contrato el 19.2.04 la suma de 263,87€, siendo el devengo de 520,49 € no percibió el pago de la paga extraordinaria de Navidad cifrada en 79,47 €, reclamando en tales conceptos un total de 336.09 €.- DUODECIMO: D. Aureliano , ha venido desempeñando funciones de conductor, percibiendo en el periodo de marzo a diciembre de 2003 cantidades inferiores a las previstas en convenio colectivo, por los conceptos de salario base, antigüedad, plus de actividad, plus de uniforme, y plus de formación, plus de asistencia y plus de lavado, cifrando las diferencias en 108,48 €.- Igualmente, ha percibido las pagas extraordinarias en cuantía inferior a lo previsto en el convenio colectivo, cifrando las diferencias por las pagas de primavera, verano y Navidad en 310,34€.- El actor recibió a la fecha de la extinción de su contrato el 19.2.04 la suma de 221,02€, siendo el devengo de 520,49€ no percibió el pago de la paga extraordinaria de Navidad cifrada en 52,75€, reclamando en tales conceptos un total de 352,22€.- DECIMOTERCERO: D. Laureano , ha venido desempeñando funciones de conductor, percibiendo en el período de marzo a diciembre de 2003 cantidades inferiores a las previstas en convenio colectivo, por los conceptos de salario base, antigüedad, plus de actividad, plus de uniforme, y plus de formación, plus de asistencia y plus de lavado, cifrando las diferencias en 270,50€.- Igualmente, ha percibido las pagas extraordinarias en cuantía



inferior a lo previsto en el convenio colectivo, cifrando las diferencias por las pagas de primavera, verano y Navidad en 294,71 €. El actor recibió a la fecha de la extinción de su contrato el 19.2.04 la suma de 221,02 €, siendo el devengo de 520,49 € no percibió el pago de la paga extraordinaria de Navidad cifrada en 52,75 €, reclamando en tales conceptos un total de 352,22€. DECIMOCUARTO.- Los actores interponen papeleta de conciliación ante el CEMAC 2.4.04 e intentada sin efecto el 20.4.04 formulan demanda el 21.4.04".

TERCERO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por las representaciones procesales de D. Rosendo Y OTROS y SETEX APARKI, S.A., ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sevilla, la cual dictó sentencia con fecha 9 de marzo de 2010, en la que dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consta la siguiente parte dispositiva: "Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por "SETEX APARKI S.A." contra la sentencia dictada el día 14 de diciembre de 2.007, en el Juzgado de lo Social nº 6 de Sevilla, en el procedimiento seguido por la demanda interpuesta en reclamación de cantidad a instancias de D. Rosendo, D. Luis Pedro, D. Aureliano, D. Laureano y D. Milagrosa, contra las empresas 4 APARKI SA., "TRANSPORTES URBANOS DE SEVILLA S.A.M (TUSSAM)", "APARCAMIENTOS URBANOS DE SEVILLA, SA. (AUSSA)" y EL EXCMO. AYUNTAMIENTO DE SEVILLA, y confirmamos la condena a la empresa "SETEX APARKI S.A." que contiene la sentencia.- Estimamos parcialmente el recurso de suplicación interpuesto por D. Rosendo, D. Luis Pedro, D. Aureliano, D. Laureano y D. Milagrosa contra esta sentencia condenando solidariamente a la empresa 'APARCAMIENTOS URBANOS DE SEVILLA S.A. (AUSSA)' con "SETEX APARKI SA.' para que abone a D. Rosendo la cantidad de 2.451,47 euros, a D. Luis Pedro la cantidad de 2.888,13 euros, a D. Aureliano la cantidad de 2.926,49 euros, a D. Laureano la cantidad de 3.095,95 euros y a D. Milagrosa la cantidad de 3.691,67 euros, condenando a la empresa "SETEX APARKI SA." al pago de las costas causadas al abono de honorarios del Letrado impugnante de su recurso, por ser preceptivos, en cuantía de 400 euros, que en caso de no satisfacerse voluntariamente, podrán interesarse ante el Juzgado de lo Social de instancia, por ser el único competente para la ejecución de sentencias, según el art. 235.2 de la Ley de Procedimiento Laboral".

CUARTO.- Por la representación procesal de D. Rosendo, D. Luis Pedro, D. Aureliano, D. Laureano y D^a. Milagrosa, se formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sevilla, de 14 de marzo de 2007 (Rec. 4497/07). El motivo de casación alegaba la infracción del art. 44 ET.

QUINTO.- Por providencia de esta Sala, se procedió admitir a trámite el citado recurso, y habiéndose impugnado, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de considerar procedente el recurso. E instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 24 de mayo de 2011, en el que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- La solidaridad en materia de responsabilidad salarial que en autos se pretende y que está referida a trabajadores encargados de la retirada de vehículos de la vía pública en Sevilla, se ha de decidir sobre la base de los siguientes hechos declarados probados: a) el servicio es adjudicado en 10/01/94 a «Setex Aparki, S.L.», para su gestión con medios propios; b) en los mismos términos le fue adjudicado en 19/01/99 a la empresa «Servicleops, S.L.»; c) en 27/02/02, el pleno del Ayuntamiento declara la caducidad de la concesión a «Servicleops, S.L.», se le incautan los medios materiales y se le adjudican -nuevamente- el servicio y tales medios a «Setex Aparki, S.L.»; d) en 10/01/04 se produce nuevo acuerdo del pleno del Ayuntamiento, dando por resuelto el contrato con entonces concesionaria a 19/02/04 [fecha prevista en la concesión] y resolviendo atribuir la gestión directa del servicio a la empresa municipal «Transportes Urbanos de Sevilla, SAM» [«Tussam»]; e) en 19/02/04, esta empresa cede la explotación del servicio a «Aparcamientos Urbanos de Sevilla, S.A.» [«Aussa»], sociedad de la que aquélla es accionista mayoritaria; y f) en 19/02/04 los trabajadores fueron dados de baja en «Setex Aparki, S.L.», si bien en 05/03/04 fueron contratados por «Aussa», que a efectos de despido les reconoció la antigüedad inicial, y que en 19/02/04 ya había iniciado la prestación del servicio de grúa con sus propios medios personales.

2.- La recurrida STSJ Andalucía /Sevilla 09/03/2010 [rec. 3329/08] estimó en parte el recurso de Suplicación interpuesto frente a la sentencia que en 14/12/2007 [autos 318/04] había pronunciado el Juzgado de lo Social nº Seis de los de Sevilla, y que en reclamación de cantidad por diferencias salariales únicamente había condenado a la primigenia deudora «Setex Aparki, S.L.», y amplió la condena -por solidaridad- a «Aussa», manteniendo la absolución de «Tussam», por entender que la reversión del servicio a una empresa municipal excluía la sucesión de empresas.

3.- En el recurso de casación para la unificación de doctrina que formulan los trabajadores, se denuncia la infracción del art. 44 ET y se aduce como decisión de contraste la STSJ Andalucía/Sevilla 14/03/2007 [rec.



4497/05], que en reclamación salarial idéntica a la de autos, promovida frente a las mismas empresas y por trabajador que se hallaba en situación pareja a la de los actores en las presentes actuaciones, acogió la solidaridad pretendida, por considerar que la cesión de la gestión del servicio de grúa llevado a cabo por «Tussam» en favor de «Aussa», era ilícita [por falta de título] y fraudulenta [por desligarse de la aplicación del art. 44 ET]. Como es fácilmente observable se trata de un pronunciamiento opuesto al de autos llevado a cabo en supuesto de no sólo identidad sustancial en hechos y pretensiones, tal como la Sala requiere para la admisibilidad del recurso en interpretación del art. 217 LPL (recientes, SSTS 17/01/11 -rcud 4468/09 -; 21/01/11 -rcud 855/09 -; y 08/02/11 -rcud 2179/10 -), sino que incluso cumple el requisito de la contradicción en términos de inexigible identidad absoluta.

4.- En todo caso queremos resaltar que no concurre la diferencia que la impugnación del recurso señala, al afirmar que en tanto la sentencia de contraste sostiene que la transmisión decidida por el Acuerdo plenario del Ayuntamiento se extendía a todos los elementos patrimoniales y a la misma plantilla [fundamento quinto], en la recurrida se parte de la base de que lo transmitido se limitaba a los elementos patrimoniales [ordinal tercero de los HP, en relación con el segundo de los fundamentos de Derecho].

Y no admitimos la pretendida diferencia, porque: a) en el recurso de Suplicación interpuesto contra la recurrida, la Sala rechaza añadir al relato de hechos que el Acuerdo -de fecha 15/01/04- disponía que al personal de la concesionaria caducada «le sería de aplicación la legislación vigente», porque -se razona en la decisión judicial- era «innecesario que el Ayuntamiento declare la aplicación a los trabajadores de la legislación vigente para reconocer eficacia a las normas legales»; b) es doctrina consolidada de la Sala que si una corrección de los HP se rechaza en suplicación únicamente porque el Tribunal considera que la revisión es intrascendente a efectos decisorios, ese rechazo no debe impedir que tales datos de hecho, cuando su contenido resulta incuestionable, se tengan en cuenta por esta Sala (SSTS 27/07/92 -rcud 762/91 -; ... 24/07/08 -rcud 456/07 -; y 30/06/10 -rcud 4123/08 -); y c) la afirmación que se hace en la decisión de contraste sobre la transmisión de plantilla no es fáctica, sino una conclusión jurídica derivada -precisamente- de aquella precisión de hecho cuya incorporación rechazó -por innecesaria- la recurrida y que ahora aceptamos.

SEGUNDO.- 1.- No compartimos la argumentación que es base de la sentencia recurrida para excluir la responsabilidad solidaria de «Tussam», pues si bien parte de una premisa correcta, cual es la de que el art. 41 del RSCP [Decreto 17/Junio/55] dispone como gestión directa de los servicios de su competencia la que «realicen las Corporaciones Locales por sí mismas o mediante organismos exclusivamente dependientes de ellas», añade el erróneo aserto de que no había mediado transmisión patrimonial de «Setex Aparki S.A.» a «Tussam» y precisamente sobre esta base llega a la incorrecta conclusión de que la asunción del servicio de grúa -cuando menos formal- por parte de la entidad citada en último término no significa sucesión alguna en el sentido del art. 44 ET , sino la gestión de un servicio por su titular el Ayuntamiento a través de una empresa municipal.

2.- Ciertamente que con carácter general, la doctrina de la Sala es constante al afirmar que la extinción de la contrata y asunción con trabajadores propios de la actividad antes descentralizada no constituye, por sí misma, un supuesto de subrogación empresarial; y que los trabajadores que dejen de prestar su actividad por tal hecho han de considerarse despedidos por la empresa contratista, sin que posea responsabilidad alguna la principal (en este sentido, por ejemplo, las SSTS 06/02/97 -rec. 1886/96 -; 17/06/97 -rec. 1553/96 -; y 27/12/97 -rec. 1727/97 -).

Pero no es menos veraz que tal criterio general resulta inaplicable cuando la empresa que venía llevando a cabo la actividad mediante sucesivas contratas con diferentes empresas, decide asumir aquella y realizarla por sí misma, pero haciéndose cargo del personal de la empresa contratista, supuesto en el cual puede decirse que se ha producido una sucesión de empresa encuadrable jurídicamente en el referida art. 44 ET y en las diversas Directivas de la que aquél es transposición [77/1987 ; 98/50; y 2001/23] (así, la STS 27/06/08 -rcud 4773/06 -, a *contrario sensu*) . Como es también inatendible el criterio general cuando -así se ha dicho interpretando esa Directivas comunitarias- la transmisión vaya referida a cualquier "entidad económica que mantenga su identidad" después de la transmisión o traspaso, entendiéndose por tal "un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesorias"; o el "conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio". Y para cuya determinación - transmisión de la entidad que mantiene su identidad- han considerarse todas las circunstancias de hecho características de la operación de que se trata, entre las cuales figuran, en particular, el tipo de empresa de que se trate, el que se hayan transmitido o no elementos materiales, el valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión, el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores, el que se haya transmitido o no la clientela, así como el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión y la duración de una eventual suspensión de dichas actividades (SSTJCE 65/1986, de 18/Marzo, Asunto Spijkers ; 22/2001, de 25/Enero, Asunto Oy



Liikenne; 45/1997, de 11/Marzo, Asunto Sützen; 286/2003, de 20/Noviembre, Asunto Abler; 406/2005, de 15/Diciembre, Asunto Güney-Görres; y 241/2010, de 29/Julio, Asunto C-151/09. Y, reproduciendo tales criterios, entre otras las SSTs 12/12/02 -rcud 764/02 -; 29/05/08 -rcud 3617/06 -; 27/06/08 -rcud 4773/06 -; 28/04/09 -rcud 4614/07 -; y 23/10/09 -rcud 2684/08 -).

3.- De otra parte no cabe desconocer que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea declaró, mientras estaba en vigor la Directiva 77/1987 [modificada por la Directiva 98/50], que el mero hecho de que el cesionario de la actividad sea un organismo de Derecho público, no permite excluir la existencia de una transmisión comprendida en el ámbito de aplicación de dicha Directiva (STJCE 212/2000, de 26/Septiembre, Asunto Mayeur , apartado 33); y que la misma conclusión se impone en el caso de la vigente Directiva 2001/23 [codificación de aquéllas], puesto que la circunstancia de que la transmisión se derive de decisiones unilaterales de los poderes públicos y no de un acuerdo de voluntades no excluye la aplicación de la Directiva (SSTJCE 99/1992, de 19 /Mayo, Asunto Redmond Stichting ; 195/2000, de 14/Septiembre, Asunto Collino y Chiappero; y 241/2010, de 29/Julio, Asunto C-151/09, apartado 25, que en cuestión prejudicial planteada por Juzgado de España, precisamente enjuicia -y declara- la sucesión empresarial de un Ayuntamiento por la asunción directa de la gestión del servicio público de mantenimiento de parques y jardines).

4.- En el caso de que tratamos, el Acuerdo adoptado por el Pleno del Ayuntamiento de Sevilla en 14/01/04, resolviendo que el servicio de grúa municipal habría de ser llevado de forma directa por la Corporación a través de la empresa «Tussam», con todos los medios materiales que en su día habían sido incautados [esta es la expresión que utiliza la sentencia recurrida] a «Setex Aparki, S.L.», y que al personal de la empresa concesionaria caducada «le sería de aplicación la legislación vigente», configura la transmisión de empresa cuyos contornos hemos perfilado someramente en los precedentes apartados.

Y no porque se hubiese acordado expresamente -que no fue así, como más arriba hemos indicado- la «asunción de plantilla» que entendió concurrente la sentencia de contraste y que configura por sí misma sucesión empresarial en ciertos sectores en los que prima la actividad personal y la organización (SSTJCE 45/1997, Asunto Sützen; 308/1998, de 10/Diciembre, Asunto Hernández Vidal; 309/1998 , Asunto Hidalgo; 29/2002, de 24/Enero, Asunto Temco Service Industries; y 241/2010, de 29/Julio, Asunto C-151/09. Ya en nuestra jurisprudencia, entre otras, SSTs 20/10/04 -rcud 4424/03 -; 07/11/05 -rec. 3515/04 -; y 27/06/08 -rcud 4773/06 -). Sino básicamente porque se trata de la transmisión de «un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica» [art. 1 b) de la Directiva 2001/23], la «unidad patrimonial susceptible de ser inmediatamente explotada» de que habla -desde siempre- nuestra doctrina jurisprudencial (valgan de ejemplo las SSTs 23/09/97 -rec. 300/97 -; Sala General 15/04/99 -rcud 734/98 -; 17/05/00 -rec. 2953/99 ; y 25/02/02 -rcud 4293/00 -). Sin que pueda argumentarse -en contra de esta conclusión- que los elementos patrimoniales ya eran propiedad municipal y que ello nos sitúa frente a una simple reversión de medios [no determinante de sucesión empresarial], que no transmisión de los mismos, puesto que el argumento únicamente sería válido si se tratase de una propiedad municipal originaria, y no es viable cuando - como en autos- los citados componentes materiales habían sido previamente «incautados» a «Servicleops, S.L.» y su utilización pasó sin solución de continuidad a las nuevas concesionarias [primero «Setex Aparki S.A.», posteriormente -aunque sin ejercicio efectivo de la gestión transmitida a la entidad municipal- a «Tussam» y en último término a «Aussa»].

TERCERO.- 1.- Una vez justificada la cualidad -al menos formal- de empresa sucesora por parte de «Tussam», resta por dilucidar la posible responsabilidad solidaria que pueda corresponder a la misma por deudas salariales de los trabajadores frente a la previa concesionaria «Setex Aparki S.A.», pese a que -como acabamos de indicar- aquélla no hubiese llegado a realizar la gestión del servicio de grúa que le había encomendado el Acuerdo municipal de 15/01/04 y hubiese optado por «ceder la explotación del servicio» [palabras textuales del fundamento jurídico número tercero] a la empresa «Aussa», en la que aquélla es accionista mayoritaria.

2.- Nuestra conclusión, favorable a la cuestionada responsabilidad y -por tanto- a la estimación del recurso interpuesto, trae causa en razones de Derecho Administrativo que hemos de examinar con carácter prejudicial [art. 4.1 LPL] y cuya sucinta exposición ha de limitarse a expresar que:

a).- Es innegable que la gestión directa de los servicios públicos puede ser llevada a cabo directamente por la Administración Pública, por sus propios medios o a través de entidades instrumentalizadas exclusivamente dependientes de ellas [art. 41 RSCL , aprobado por Decreto de 17/Junio/55], en tanto que su capital social sea de exclusiva propiedad de la Administración Pública [art. 89.2 del RSCL]. Pero también puede la Administración atender la gestión de ese servicio público de forma indirecta, utilizando como modalidades de contratación la concesión, la gestión interesada, el concierto con persona natural o jurídica y la sociedad de economía mixta [art. 156 del TRLCAP, aprobado por RD Legislativo 2/2000, de 16 /Junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, vigente hasta el 30/04/08 ; art. 253 de la LCSP, Ley 30/2007, de 30 /Octubre, aunque inaplicable al presente caso por obvias razones temporales; y en términos similares, los arts. 67 y 113 del RSCP].



b).- Pero en el bien entendido de que en tanto que para la gestión directa -tratándose de Administración Local- bastará el acuerdo de la Corporación en pleno (art. 42 del RSCL), para acordar la gestión indirecta necesariamente ha de seguirse un procedimiento de adjudicación minuciosamente precisado por las disposiciones legales (arts. 154 y siguientes del TRLCAP; y arts. -entre otros- 121 y 122 LCSP), con los que se pretende garantizar la primacía de los principios de publicidad, concurrencia , igualdad y transparencia (arts. 11 TRLCAP y 123 LCSP). Y tal es la relevancia que ha ido adquiriendo progresivamente esta necesidad de cumplir con dichos principios, que a medida que se han buscado en la práctica grietas en el ordenamiento jurídico por las que eludir su aplicación, la normativa de contratos públicos ha endurecido sus previsiones y extendido su ámbito de forma más intensa no sólo a Administraciones sino también a otras entidades consideradas poder adjudicador [término empleado por las Directivas 2004/18/ CE y 2004/17 e incorporado a la LCSP], así como a otros entes pertenecientes al sector público. No obstante, ya con la normativa anterior, es decir, el citado TRLCAP [art. 2 y Disposición Adicional Sexta], se somete a los citados principios la contratación realizada por ciertas sociedades de Derecho Privado.

c).- Finalmente, es principio del Derecho Administrativo la general indelegabilidad de las competencias atribuidas ya por delegación [art. 13.5 LRJAP y PAC], lo que en orden a la gestión de servicios públicos de que tratamos supone tanto como afirmar que la persona jurídica -municipalizada, de economía mixta o privada- a la que le ha sido encomendada tal gestión por el titular, no puede a su vez -ni por propia iniciativa ni con la mera anuencia del delegante- encomendarla a tercera persona [diferente solución corresponde a la subcontratación en la concesión de obra pública: arts. 236 y sgs. Ley 13/2003, de 23 /Mayo, Reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas], y menos si se tiene en cuenta que con ello se burlan los estrictos procedimientos que el propio titular del servicio hubiera tenido que seguir para atribuirlo a esa tercera persona.

Precisamente cuando se trata de contratos de gestión de servicio público, por la relevancia de esta tipología para los usuarios y administrados en general, la cesión y la subcontratación se ve considerablemente más limitada que en otras categorías contractuales; es decir, para el caso en que el Ayuntamiento hubiese optado por la gestión indirecta y adjudicase mediante el correspondiente procedimiento selectivo el contrato a una empresa, ésta sólo podría subcontratar prestaciones accesorias, nunca la principal (art. 170 TRLCAP); y en cuanto a la cesión, ésta sólo cabe en los contratos de gestión de servicio público cumpliendo las rigurosas exigencias que impone el art. 114 TRLCAP, singularmente que el cedente tenga ejecutado al menos un 20 por 100 del importe del contrato, o realizada la explotación al menos durante el plazo de una quinta parte del tiempo de duración del contrato, así como la autorización expresa de la Administración; y sobre todo ha de tenerse en cuenta que sólo pueden ser cedidos a un tercero siempre que las cualidades técnicas o personales del cedente no hayan sido razón determinante de la adjudicación del contrato, y que en los contratos de gestión de servicios públicos la adjudicación es siempre por concurso (Art. 159.1). En todo caso, el supuesto debatido en autos todavía incurre en una mayor infracción, desde el punto y hora en que lo cedido no es un contrato sino una competencia, tratando de eludir por completo la normativa -ya referida- de los contratos.

3.- Aplicadas al caso enjuiciado las precedentes consideraciones se traducen en que la «cesión» de la gestión del servicio de grúa llevada a cabo por la empresa municipal «Tussam» a favor de empresa de economía mixta «Aussa» fue contraria a la normativa administrativa que previamente hemos citado [RSCL; TRLCAP; y LRJAP y PAC] y a los intereses públicos que la misma defiende; burló -con o sin anuencia municipal, que en todo caso sería jurídicamente ineficaz- el Acuerdo del Pleno del Excmo. Ayuntamiento de Sevilla que había acordado atribuirle la gestión empresarial del servicio de grúa; y -finalmente- defraudó posibles derechos de los trabajadores [a quienes pudiera interesar más la dependencia laboral de la primera que de la segunda]. Y sobre la base de esta actuación, defraudatoria de intereses públicos y privados, no resta sino declarar -conforme a los arts. 6.4 CC y 44. 3 ET- la responsabilidad solidaria que se pretende y que por fuerza ha de alcanzar a quien eludió el ejercicio de la cualidad empresarial que válidamente se le había adjudicado por quien tenía potestad para ello y la cedió de forma indebida a otra persona jurídica.

CUARTO.- Las precedentes consideraciones nos llevan a afirmar -con el Ministerio Fiscal- que la doctrina ajustada a Derecho es la mantenida por la sentencia de contraste y que -en consecuencia- la decisión recurrida ha de ser casada y anulada. Sin imposición de costas [art. 233.1 LPL].

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación de Don Rosendo , Don Luis Pedro , Don Aureliano , Don Laureano y Doña Milagrosa , revocamos en parte la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/Sevilla en fecha 09/Marzo/2010 [recurso de Suplicación nº 3329/08], que a su vez había revocado en parte la resolución -parcialmente



estimatoria de la demanda- que en 14/Diciembre/2007 pronunciara el Juzgado de lo Social núm. Seis de los de Sevilla [autos 318/04], y resolviendo el debate en Suplicación estimamos el de tal clase formulado por los trabajadores, declarando la responsabilidad solidaria de «TRANSPORTES URBANOS DE SEVILLA, SAM» [«TUSSAM»], manteniendo los restantes pronunciamientos frente a los codemandados «SETEX APARKI, S.L.», «APARCAMIENTOS URBANOS DE SEVILLA, S.A.» [«AUSSA»] y el EXCMO. AYUNTAMIENTO DE SEVILLA.

Sin imposición de costas.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social de procedencia ,con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. LUIS FERNANDO DE CASTRO FERNÁNDEZ hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENJOS