



Roj: **STSJ AND 5764/2011 - ECLI: ES:TSJAND:2011:5764**

Id Cendoj: **18087340012011101008**

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

Sede: **Granada**

Sección: **1**

Fecha: **06/07/2011**

Nº de Recurso: **1401/2011**

Nº de Resolución: **1760/2011**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **FERNANDO OLIET PALA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA

CON SEDE EN GRANADA

SALA DE LO SOCIAL

M.D.

SENTENCIA NÚM. 1760/2011

ILTMO. SR. D. JULIO ENRÍQUEZ BRONCANO

ILTMO. SR. D. FERNANDO OLIET PALÁ

ILTMO. SR. D. FRANCISCO JOSÉ VILLAR DEL MORAL

MAGISTRADOS

En la ciudad de Granada, a seis de julio de dos mil once.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Granada, compuesta por los Iltmos. Sres. Magistrados que al margen se indican, han pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

S E N T E N C I A

En el recurso de Suplicación núm. 1401/11, interpuesto por EXCMO. AYUNTAMIENTO DE LOS OGIJARES contra Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. UNO de GRANADA en fecha 31 de marzo de 2.011 ha sido ponente el Iltmo. Sr. D. FERNANDO OLIET PALÁ.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- En el Juzgado de referencia tuvo entrada demanda interpuesta por D. Leonardo , D. Marcelino , D. Maximo , D. Octavio y D. Porfirio en reclamación sobre DESPIDO contra COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE SERVICIOS AUXILIARES, S.A. (CÉSPA, S.A.) y contra el EXCMO. AYUNTAMIENTO DE LOS OGIJARES y habiendo sido parte el MINISTERIO FISCAL y admitida a trámite y celebrado juicio se dictó sentencia en fecha 31 de marzo de 2.011, por la que estimando parcialmente la demanda interpuesta por D. Leonardo , D. Marcelino , D. Maximo , D. Octavio , y D. Porfirio , contra CÉSPA S.A. y Ayuntamiento de Ogiñares, se declara la improcedencia del despido realizado por el Ayuntamiento de Ogiñares, y se le condena a que dentro del plazo de 5 días a contar desde la notificación de la presente Sentencia, opte entre la readmisión de los trabajadores en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido, o les abone en concepto de indemnización la suma de 27.41850 euros para D. Leonardo , 72.25755 euros para D. Marcelino , 26.30430 para D. Maximo , 35.178 euros para D. Octavio , y 47.07405 euros para D. Porfirio (entendiéndose que en el supuesto de no optar expresamente el empresario por la readmisión o la indemnización, se entiende que procede la primera), y en todo caso los



salarios dejados de percibir desde el 18-11-2010 hasta la notificación de la sentencia a la empresa a razón del salario día que a cada uno corresponde, salvo en el caso de D. Leonardo a quien le corresponde optar entre la indemnización o la readmisión. Se absuelve a CESPA S.A.

Segundo.- En la sentencia aludida se declararon como hechos probados los siguientes:

1.- D. Leonardo con DNI NUM000 , comenzó a prestar servicios el día 15-11-2004 para la empresa CESPA S.A. La categoría del demandante es de conductor, y su salario día de 10155 euros.

D. Marcelino con DNI NUM001 , comenzó a prestar servicios el día 1-04-1993 para la empresa CESPA S.A. La categoría del demandante es de peón, y su salario día de 9089 euros.

D. Maximo con DNI NUM002 , comenzó a prestar servicios el día 16-08-2002 para la empresa CESPA S.A. La categoría del demandante es de peón, y su salario día de 7971 euros.

D. Octavio con DNI NUM003 , comenzó a prestar servicios el día 5-08-2002 para la empresa CESPA S.A. La categoría del demandante es de conductor, y su salario día de 10660 euros.

D. Porfirio con DNI NUM004 , comenzó a prestar servicios el día 29-10-1998 para la empresa CESPA S.A. La categoría del demandante es de peón, y su salario día de 8598 euros.

2.- La empresa CESPA S.A. tenía concertada la realización de la recogida de residuos sólidos y limpieza viaria para el Ayuntamiento de Ogíjares, en virtud de contrato administrativo de fecha 30-07-2002, para la gestión del servicio de recogida y transporte de residuos sólidos urbanos y limpieza viaria del municipio. Conforme al pliego de prescripciones técnicas, el Ayuntamiento adquiriría los contenedores de basura, y la empresa dos vehículos recolectores y una barredora. Uno de estos vehículos de carga trasera, fue sustituido en el año 2008 por otro de carga lateral, quedando el sustituido en las dependencias de la empresa en previsión de averías del otro vehículo de carga trasera. Además se empleaba para la limpieza una máquina barredora. La plantilla era de ocho trabajadores. El personal representa el 70% del coste de la contrata, los elementos materiales el 17%, y gastos varios el 13%.

3.- Debido a desavenencias económicas surgidas entre la empresa y el Ayuntamiento, mediante escrito de 4-10-2010, CESPA S.A. solicita la resolución del contrato, con reversión al Ayuntamiento de los bienes adscritos al servicio y subrogación del personal existente. Debido a la falta de pago de las nóminas, los trabajadores del servicio de limpieza inician una huelga el 5 de octubre, en el transcurso de la cual existen conversaciones entre empresa y Ayuntamiento para alcanzar una solución amistosa, llegando este último a ofrecer hacerse cargo del pago de las nóminas. Entre tanto el Ayuntamiento en fecha 4 de noviembre hace pública la creación de una bolsa de trabajo para la contratación de personal del servicio de recogida de residuos sólidos urbanos, convocatoria que fue dejada sin efecto el 8 de noviembre ante una eventual solución del conflicto. En fecha 12 de noviembre la Comisión Mixta paritaria del convenio municipal acuerda incluir al personal de recogida en categorías y retribuciones de personal. El día 12 de noviembre se llevó a cabo la recogida de basura por personal adscrito al Ayuntamiento, cuando continuaba el desarrollo de la huelga. El día 18 de noviembre por el SAS se informa de la existencia de problemas de salubridad a consecuencia de la falta de recogida de la basura. El día 19 de noviembre por el Ayuntamiento se acuerda aceptar la petición de resolución del contrato con CESPA, desestimando la petición de subrogación de personal y reversión de bienes adscritos al servicio, vehículos y contenedores. Los demandantes son dados de baja en la Seguridad Social con fecha 18-11- 2010.

4.- El día 19 de noviembre de 2010, se publican las bases para la convocatoria de una nueva bolsa de empleo para contratación de personal para la recogida de basura, y se contrata a seis trabajadores, de los cuales cinco prestaban servicios para CESPA. D. Marcelino y D. Porfirio son contratados el 3-12-2010 por el Ayuntamiento de Ogíjares. Los dos trabajadores son contratados en virtud de contrato temporal por obra o servicio, en el que se hace constar que si alguno de los trabajadores de CESPA por decisión judicial obtuviese alguna mejora en las condiciones de trabajo, automáticamente se le reconocería la mejora obtenida judicialmente por aquellos. El Ayuntamiento ha rechazado hacerse cargo de los camiones de recogida de carga trasera, que estaban prácticamente amortizados, y tiene en sus dependencias la máquina barredora y ha comprado un camión de carga trasera de segunda mano.

5.- D. Leonardo , D. Marcelino , D. Maximo , D. Octavio , y D. Porfirio promovieron conciliación en fecha 20-12-2010, que se celebró ante el CEMAC con el resultado de "intentado sin efecto" el día 10-01-2011, interponiendo posteriormente demanda con fecha.

6.- D. Leonardo es miembro del Comité de empresa. D. Marcelino , D. Maximo , D. Octavio , y D. Porfirio no ostentan la condición de delegado de personal, miembro del Comité de empresa, ni la han ostentado en el último año.



Tercero.- Notificada la sentencia a las partes, se anunció recurso de suplicación contra la misma por Excmo. Ayuntamiento de Los Ogíjares, recurso que posteriormente formalizó, siendo en su momento impugnado por el contrario. Recibidos los Autos en este Tribunal, se acordó el pase de los mismos al Ponente, para su examen y resolución.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO. - Contra la sentencia de instancia, que ha estimado en parte las demandas interpuesta por los cinco actores contra el Ayuntamiento de los Ogíjares, al declarar que la decisión de darles de baja en la Seguridad Social en 18 de noviembre de 2010, como consecuencia de la resolución del contrato administrativo que dicha Corporación tenía suscrito con la codemandada CESPAS, S.A. para la realización de la recogida de residuos sólidos y limpieza viaria, al no haber sido subrogados por el Ayuntamiento constituye un despido improcedente, de cuyos efectos determinados en el fallo responde exclusivamente dicho Ayuntamiento al ser absuelta expresamente CESPAS, S.A., interpone dicho Ayuntamiento recurso de suplicación, que ha sido impugnado tanto por los trabajadores como por la empresa CESPAS, S.A.

El primer motivo está dedicado a la revisión de los hechos probados al amparo del apartado b) del artículo 191 de la LPL, solicitando a través del mismo la modificación de los hechos probados primero, segundo, tercero y cuarto, así como la introducción de un nuevo hecho probado:

1º que se de la siguiente redacción alternativa al hecho probado primero:

"PRIMERO: D. Leonardo , con DNI NUM000 , comenzó a prestar sus servicios el día 03/10/2005 para la empresa CESPAS SA, mediante contrato indefinido a tiempo parcial, cuyo objeto era sustituir a los trabajadores de la empresa en sus descansos establecidos según acuerdo entre la Dirección de la misma y el Comité de Empresa sobre reducción de jornada y vacaciones anuales. La jornada de trabajo representaba un 97,73% de la jornada habitual en la empresa y prestaba el 75% de sus servicios en la localidad de Ogíjares y el 25% restante en diferentes municipios como conductor de barredora. La categoría del demandante es de conductor y su salario día de 101,55 euros.

D. Marcelino , con DNI NUM001 , comenzó a prestar sus servicios el día 01/04/1993 para la empresa CESPAS SA. La categoría del demandante es de peón, y su salario día de 90,89.

D. Maximo , con DNI NUM002 , comenzó a prestar sus servicios el día 03/10/2005 para la empresa CESPAS SA, mediante contrato indefinido a tiempo parcial, cuyo objeto era sustituir a los trabajadores de la empresa en sus descansos establecidos según acuerdo entre la Dirección de la misma y el Comité de Empresa sobre reducción de jornada y vacaciones anuales. La jornada de trabajo representaba un 97,73% de la jornada habitual en la empresa. Prestaba sus servicios en la localidad de Ogíjares. La categoría del demandante era de peón conductor y su salario día de 106,60 euros (aunque en realidad existe un error en la propuesta pues el Magistrado lo fija en 79,71 euros).

Octavio , con DNI NUM003 comenzó a prestar sus servicios el día 05/08/2002 para la empresa CESPAS SA. La categoría del demandante es de conductor y su salario día de 106,60 euros. Al día de la fecha de la resolución del contrato administrativo entre el Ayuntamiento y Cespas, el trabajador se encontraba en situación de IT, siendo sustituido por Don Gonzalo .

D. Porfirio con DNI NUM004 , comenzó a prestar sus servicios el día 29-10-1998 para la empresa CESPAS SA mediante contrato de trabajo de duración determinada de interinidad por sustitución. La categoría del demandante era de peón, y su salario día de 85,98 euros. En el momento de la Resolución del contrato administrativo entre el Ayuntamiento y CESPAS el trabajador se encontraba en situación de excedencia voluntaria al amparo de lo dispuesto en el artículo 11 del Convenio Colectivo de la empresa y del Sector, con efectos 9 de agosto de 2011, sin que hubiera solicitado su reincorporación a su puesto de trabajo."

Invoca para ello los folios 392 a 419 que consisten en las nominas de siete trabajadores, entre ellos de cuatro que en este procedimiento son actores, correspondientes a los meses de junio a septiembre de 2010 y que fueron aportadas por CESPAS, S.A. entre la relación de documentos presentados ante el Ayuntamiento para la subrogación de dicho personal. Los folios 426 a 460 que corresponden a recibos de liquidaciones y TC 2 de CESPAS, S.A. comprensivos del período junio a septiembre de 2010. Folios 461 y 462 en el que consta petición de excedencia voluntaria del actor Porfirio efectuada el 20 de julio de 2010 y concesión de la misma por parte de CESPAS con efectos del 9 de agosto de 2010 por un período de seis meses prorrogables por otros seis meses y en las condiciones pactadas en el artículo 11 del convenio provincial, así como en el convenio del sector y estatuto de los trabajadores. Y los folios 463 a 481 que consisten en diversos contratos de ocho trabajadores, entre ellos de los cinco que en este procedimiento son actores y que fueron aportadas por CESPAS, S.A. entre la relación de documentos presentados ante el Ayuntamiento para la subrogación de dicho personal. Pues



bien, la confrontación con el hecho probado primero que se pretende cambiar revela como modificaciones las referentes de un lado a la antigüedad y jornada de los actores D. Leonardo y Maximo, debiendo estar a la antigüedad consignada por el Magistrado de Instancia al existir prueba documental que contradice la invocada, como son los informes de vida laboral obrante a los folios 146 y 147 y 128 y ss, de cuya lectura se extrae como razona el Magistrado de Instancia en el fundamento de derecho sexto la existencia de una sucesión de contratos temporales entre los que no existe interrupción relevante, con lo que se puede remontar la antigüedad a la primera de las contrataciones con independencia de la existencia o no de fraude de ley. Y en cuanto a la jornada por revelar, los informes de vida laboral, documentos de cotización y sobre todo las nóminas obrantes en autos de dichos trabajadores que constan en la documentación aportada por CESPAS, S.A., que con posterioridad a la contratación a tiempo parcial, dichos actores prestaron servicios a jornada completa, situación persistente al tiempo del despido que se impugna. También se pretende adicionar en relación con el actor Octavio la existencia de un proceso de incapacidad temporal al momento de la resolución del contrato administrativo entre el Ayuntamiento y CESPAS, S.A., acontecida el 19 de noviembre de 2010, lo que además de constituir un hecho nuevo no resulta de la documental invocada. Y tampoco puede recogerse en relación con el trabajador Porfirio la situación de excedencia voluntaria con efectos del 9 de agosto de 2010, al incurrir en la prohibición de introducir cuestiones fácticas nuevas, por cuanto como señala el trabajador recurrido tal aspecto como resulta de la lectura del acta del juicio obrante a los folios 178 y ss no fue planteado en instancia, ni por el Ayuntamiento ni por la empresa CESPAS, S.A., con lo que no pudo ser resuelto en la Sentencia recurrida.

2º Para que el hecho probado segundo quede redactado en los siguientes términos:

"SEGUNDO: La empresa CESPAS SA tenía concertada en virtud de contrato administrativo de fecha 30/07/2002, la prestación del servicio recogida de residuos sólidos y un aspecto específico de la limpieza viaria del Municipio de Oyjares, concretado en el barrido mecánico y recogida de residuos procedentes de la limpieza viaria (Punto III del Pliego de Prescripciones Técnicas del Proyecto de limpieza Viaria). Conforme al pliego de prescripciones técnicas, el Ayuntamiento adquiriría los contenedores de basura, y la empresa dos vehículos recolectores y una máquina barredora. Uno de estos vehículos de carga trasera, fue sustituido en el año 2008 por otro de carga lateral. Además se empleaba para la limpieza una maquina barredora.

El numero efectivo de puestos de trabajo en el momento de la resolución del contrato entre el Ayuntamiento y CESPAS era de 6 trabajadores:

3 conductores de camión de RSU:

Teofilo

Octavio (en situación de IT, sustituido por Don Gonzalo)

Leonardo al 75% del 97,73 de la jornada.

1 conductor de barredora mecánica: Jose Pablo

2 peones:

Marcelino

Maximo al 97,73% de la jornada.

El Ayuntamiento cuenta con un Área de Limpieza y Mantenimiento de Vías Publicas con 35 puestos de trabajo, de los cuales específicamente adscritos a la limpieza viaria hay: 1 Oficial Encargado de Limpieza, 1 Oficial 1º maquinista y 6 peones de limpieza viaria".

Las pretensiones modificativas solicitada se concretan en:

Incluir: "Uno de estos vehículos de carga trasera, fue sustituido en el año 2008 por otro de carga lateral".

Incluir: "El numero efectivo de puestos de trabajo en el momento de la resolución del contrato entre el Ayuntamiento y CESPAS era de 6 trabajadores:

3 conductores de camión de RSU:

Teofilo

Octavio (en situación de IT, sustituido por Don Gonzalo)

Leonardo al 75% del 97,73 de la jornada.

1 conductor de barredora mecánica: Jose Pablo

2 peones:



Marcelino

Maximo al 97,73% de la jornada".

C) Eliminar "El personal representa el 70% del conste de la contrata estando constituida la plantilla por ocho trabajadores, los elementos materiales el 17%, y gastos varios el 13%".

D) Incluir: "El Ayuntamiento cuenta con un Área de Limpieza y Mantenimiento de Vías Publicas con 35 puestos de trabajo, de los cuales específicamente adscritos a la limpieza viaria hay: 1 Oficial Encargado de Limpieza, 1 Oficial 1º maquinista y 6 peones de limpieza viaria".

E) Incluir: "En el referido listado se incluyen entre la plantilla no solo los trabajadores que prestaban trabajo efectivo, sino también aquellos que los sustituían en su periodos de descanso. También se incluye un trabajador contratado en sustitución de D. Octavio de baja por IT

Visto el numero de documentos que fundamenta la revisión del presente hecho probado, con remisión a los documentos 637 a 661, 662 a 690, 469, 472, 476, 408 a 411, 433 a 436, y 904 a 916, debe recordarse sobre todo a la vista de los primeros, que como establece la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 2001 que la "cita global y genérica de documentos carece de valor y operatividad a los efectos del recurso de casación" (sentencias de 14 de julio de 1995, 23 de junio de 1988 y 16 de mayo de 1986, entre otras); que "el recurrente está obligado a determinar con exactitud y precisión el documento o documentos concretos y particularizados en que se apoya su pretensión revisora", añadiéndose además que "en los motivos en que se denuncia error en la apreciación de la prueba, a quien los formula no le basta con aludir al documento o documentos en que se basa tal error, sino que además ha de exponer en forma adecuada las razones por las que esos documentos acreditan o evidencian la existencia de ese error que se denuncia", siendo por consiguiente necesario "que el recurrente explique suficientemente los motivos o argumentos por los que esos documentos conducen a la convicción de que el Juzgador "a quo" ha incurrido en ese específico error, siendo totalmente inaceptable, y por tanto ineficaz, la mera enumeración o cita de tales documentos" (sentencia de 15 de julio de 1995); que la parte recurrente debe "señalar de modo preciso la evidencia del error en cada uno de los documentos sin referencias genéricas" (sentencias de 26 de septiembre de 1995, 27 de febrero de 1989 y 19 de diciembre de 1998); esto es, la parte recurrente debe señalar el punto específico del contenido de cada documento que pone de relieve el error alegado, razonando así la pertinencia del motivo, mediante un análisis que muestre la correspondencia entre la declaración contenida en el documento y la rectificación que se propone (sentencia de 23 de septiembre de 1998).

Es manifiesto que en el presente caso no se cumplen las exigencias que se acaban de consignar, y así la parte se limita a hacer una nueva relación del acontecer en relación con la contrata que une a la empresa y el Ayuntamiento, haciéndose una mayor especificación sobre el numero efectivo de puestos de trabajo en el momento de la resolución del contrato, lo que se pretende acreditar con la genérica alegación de que ello encuentra apoyo en "la documentación aportada por CEPESA relativa a los trabajadores que prestaban servicios en la localidad (en concreto los contratos de trabajo y nominas)", sin mayor especificación, o en base a documentos sin relación con el hecho alegado, todo lo cual impide el acogimiento del presente motivo.

3º Para que el hecho probado tercero quede redactado en los siguientes términos:

TERCERO.- "Debido a desavenencias económicas surgidas entre la empresa CESPASA SA solicita la resolución del contrato, con reversión al Ayuntamiento de los bienes adscritos al servicio y subrogación del personal existente. Debido a la falta del pago de las nominas, los trabajadores del servicio de limpieza inician una huelga el 5 de octubre, en el transcurso de la cual existen conversaciones entre empresa y Ayuntamiento para alcanzar una solución amistosa, llegando este último a ofrecer hacerse cargo del pago de las nominas. Entre tanto el Ayuntamiento en fecha 4 de noviembre hace publica la creación de una bolsa de trabajo para la contratación de personal del servicio de recogida de residuos sólidos urbanos, convocatoria que fue dejada sin efecto el 8 de noviembre ante una eventual solución del conflicto.

En 12 de noviembre de 2010, la Comisión Mixta paritaria establece la asimilación salarial del personal para el caso de "el Ayuntamiento asuma la gestión directa del servicio de recogida de residuos sólidos urbanos, y una vez realizada la selección en los términos exigidos en la normativa de función publica y en el convenio colectivo.". El día 12 de noviembre se llevo a cabo la recogida de basuras por personal adscrito al Ayuntamiento, cuando continuaba el desarrollo de la huelga. El 18 de noviembre por el SAS se informa de la existencia de problema de salubridad a consecuencia de la falta de recogida de basuras.

El 19 de noviembre por el Ayuntamiento se acuerda aceptar la petición de resolución del contrato con CESPASA SA, desestimando la petición de subrogación del personal y reversión de bienes adscritos al servicio, vehículos y contenedores.



Los demandantes son dados de baja en la Seguridad (quiere decir Seguridad Social) con fecha 18 de noviembre de 2010".

La confrontación con el hecho probado originario, revela como único cambio el que en relación con el acuerdo adoptado el 12 de noviembre de 2010 por la Comisión Mixta Paritaria del convenio municipal se especifique que estableció la asimilación salarial del personal para el caso de que el Ayuntamiento asuma la gestión directa del servicio de recogida de residuos sólidos urbanos, y una vez realizada la selección en los términos exigidos en la normativa de función pública y en el convenio colectivo, lo que no puede ser acogido pues además de resultar casi una modificación irrelevante, no resulta de la documental invocada a los folios 629 a 636, 637 a 661 y 662 a 690.

4º Para que el hecho probado cuarto quede redactado en los siguientes términos:

CUARTO.- "El 17 de noviembre de 2010, se publican las bases para la convocatoria de una nueva bolsa de empleo para la contratación de personal para la recogida de basura y, con arreglo a los criterios de dicha bolsa, se selecciona y contrata en un primer lugar, de acuerdo con la base 6.1, solo a 2 conductores, D. Teofilo y D. Gonzalo, prestándose el servicio durante ese tiempo con trabajadores del Ayuntamiento. Con posterioridad, y de acuerdo con las bases de la bolsa de trabajo, se contrata a cuatro peones D. Jose Pablo, D. Marcelino, Porfirio y a D. Carlos. Los trabajadores son contratados en virtud de contrato temporal por obra o servicio, en el que se hace constar que si alguno de los trabajadores de CESPAs por decisión judicial obtuviese alguna mejora en las condiciones de trabajo, automáticamente se le reconocería la mejora obtenida judicialmente por aquellos. Asimismo, el Ayuntamiento "desestima la solicitud de reversión de los bienes propiedad de la empresa CESPAs adscritos al servicio, al ser los vehículos de su propiedad, debiendo proceder a retirar los contenedores y demás bienes auxiliares propiedad. En caso de incumplimiento por parte de la empresa, se depositarán en un local adecuado y a disposición de CESPAs, siendo el coste de la custodia a su costa" (Resolución de la Junta de Gobierno Local de 19-11-2010).

Debe recordarse que la petición de revisión debe estar amparada por una prueba pericial o documental que tenga carácter revisorio, que obren en autos y que demuestren el error del Magistrado "a quo" de una manera clara, contundente e incuestionable, de tal forma que el error denunciado emane por sí mismo de los elementos probatorios invocados de forma directa y patente, y en todo caso sin necesidad de argumentos, deducciones, conjeturas o interpretaciones valorativas. En el presente caso, pese a la alegación de un amplísimo número de documentos, nada se dice en cual de ellos se apoya dicha revisión.

Y 5º se propone la adición de un nuevo hecho probado para la que se propone la siguiente redacción:

"El Ayuntamiento de Ogijares mediante acuerdo de Pleno del Ayuntamiento de fecha 17 de febrero de 2011 aprobó conjuntamente con presupuesto, la plantilla de personal correspondiente al año 2011. En dicha plantilla se crean los nuevos puestos de trabajo, que de acuerdo con su potestad de autoorganización, corresponden al área de los Residuos Sólidos urbanos, y que son los siguientes:

Conductores de Residuos Sólidos Urbanos.

- Denominación del puesto: Conductor de Residuos Sólidos Urbanos.
- Número de puestos: 2.
- Carácter de la relación laboral: fijo de plantilla.
- Grupo profesional: 4
- Nivel de Complemento de Destino: 16.
- El sistema de selección a utilizar: conforme determina el artículo 61.7 de Estatuto Básico del Empleado Público y en concordancia con lo establecido en el Capítulo II del Convenio Colectivo (BOP. número 82) de 2 de mayo de 2008, el sistema de selección será la oposición, el concurso-oposición o el concurso.
- Requisitos: los que determinen las Bases que rijan la convocatoria.

Peones-conductores de Recogida de Residuos Sólidos Urbanos, Limpieza viaria.

- Denominación del puesto: Peón-conductor de Recogida de Residuos Sólidos Urbanos y limpieza viaria.
- *Justificación: se necesitan dos puestos versátiles estos trabajadores que desempeñen ordinariamente tareas de recogida de residuos sólidos urbanos o de limpieza viaria y que además puedan sustituir en momentos determinados (descansos, vacaciones, bajas, laborales etc.) a los conductores.*
- Número de puestos: 2.
- Carácter de la relación laboral: fijo de plantilla.



- Grupo profesional: 4
- Nivel de Complemento de Destino: 14.
- El sistema de selección a utilizar: conforme determina el artículo 61.7 de Estatuto Básico del Empleado Público y en concordancia con lo establecido en el Capítulo II del Convenio Colectivo (BOP. número 82), de 2 de mayo de 2008, el sistema de selección será la oposición, el concurso- oposición o el concurso.
- Requisitos: los que determinen las Bases que rijan la convocatoria.

Peones de Recogida de Residuos Sólidos Urbanos.

- Denominación del puesto: Peón de Recogida de Residuos Sólidos Urbanos.
- Número de puestos: 2.
- Carácter de la relación laboral: fijo de plantilla.
- Grupo profesional: 5
- Nivel de Complemento de Destino: 10.
- El sistema de selección a utilizar: conforme determina el artículo 61.7 de Estatuto Básico del Empleado Público y en concordancia con lo establecido en el Capítulo II del Convenio Colectivo (BOP. número 82, de 2 de mayo de 2008, el sistema de selección será la oposición, el concurso-oposición o el concurso."

El Motivo debe ser rechazado, ya que la documentación alegada responde a la Memoria relativa al anexo del personal y a la plantilla de personal del Ayuntamiento de los Ogjares, llevada a cabo por su asesor jurídico, pero no se señala el documento que recoge el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento aprobando la misma.

SEGUNDO.- En lo que hace al derecho aplicado se alega la infracción de lo dispuesto en el art. 44 del Estatuto de los Trabajadores y del art. 1, a) y b) de la Directiva Comunitaria num. 2001/23 del Consejo de 12 de marzo de 2001, tal como es interpretado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 20 de enero de 2011.

La sentencia de instancia, tras excluir la aplicación de la subrogación convencional, hace un amplio estudio del alcance del art. 44 del ET, sobre sucesión de empresa, para concluir que nos encontramos ante un supuesto de subrogación legal del Art. 44 del Estatuto de los Trabajadores y en tal supuesto el Ayuntamiento que viene a asumir la gestión debió respetar las condiciones laborales de los actores en la empresa saliente y no siendo así al ser contratados dos actores mediante contratos temporales (D. Marcelino y D. Porfirio), con distintas categorías y antigüedad a las que tenían en CEPESA, S.A., y dejar de contratar a otros tres actores (D. Leonardo, D. Maximo y Octavio) que habían trabajado en dicho servicio de recogida y transportes de residuos sólidos urbanos y limpieza viaria que el Ayuntamiento de Ogjares tenía contratado administrativamente con dicha empresa hasta que en 19 de noviembre de 2010 se resolvió, debemos estimar que nos encontramos ante un cese de carácter improcedente de cuyas consecuencias, previstas en el Art. 56 del Estatuto de los Trabajadores, debe responder el Ayuntamiento de Ogjares".

La interpretación de la norma ha de realizarse, tal como retiradamente ha venido señalando la jurisprudencia de esta Sala, a la luz de la normativa Comunitaria Europea -Directiva 77/187 CEE, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspaso de empresas, de centros de actividad o de parte de empresas o de centros de actividad, sustituida por la Directiva 98/50 CE de 29 de junio de 1998 y por la actualmente vigente Directiva 2001/23 CE, del Consejo de 12 de marzo de 2001 - y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

La sentencia que se alega como infringida, por la parte recurrente, fue dictada por el Tribunal de Justicia (CE) con fecha 20 de enero de 2011, con la que resuelve una cuestión prejudicial plantada por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, sobre si debe interpretarse el artículo 1, apartado 1, letras a) y b), de la Directiva 2001/23 en el sentido de que ésta se aplica a una situación en la que un ayuntamiento, que había encargado la limpieza de sus dependencias a una empresa privada, decide poner fin al contrato celebrado con ésta y realizar por sí mismo los trabajos de limpieza, contratando para ello nuevo personal.

La incardinación del supuesto que nos ocupa en la doctrina recogida por dicha sentencia, comporta necesariamente la estimación del recurso, pues el presente y el examinado por dicha resolución son claramente semejante, ya que en ambos casos y como recuerda el párrafo 40 de la Sentencia del Tribunal de Justicia (CE) de fecha 20 de enero de 2011, lo acontecido es que, "con objeto de realizar directamente las actividades de limpieza... antes confiadas a (la empresa), el Ayuntamiento... contrató personal nuevo, sin hacerse cargo de los trabajadores anteriormente destinados a estas actividades por (aquella) ni de ninguno de los activos materiales o inmateriales de esta empresa. En estas circunstancias, el único vínculo



entre las actividades ejercidas por (la empresa) y las asumidas por el Ayuntamiento... es el objeto de la actividad de que se trata, esto es, la limpieza de locales". Lo que hace concluir que, la mera asunción, en el procedimiento principal, por el Ayuntamiento, de la actividad de limpieza encargada anteriormente a la empresa codemandada, no basta, por sí sola, para poner de manifiesto la existencia de una transmisión en el sentido de la Directiva 2001/23.

Ahora bien, dicho pronunciamiento requiere un examen más detallado de la mencionada doctrina, que debe iniciarse poniendo de manifiesto, que la Directiva 2001/23 es aplicable a empresas públicas que ejerzan una actividad económica, con o sin ánimo de lucro. Así, el Tribunal de Justicia ha declarado que el mero hecho de que el cesionario de la actividad sea un organismo de Derecho Público, en el caso de autos un ayuntamiento, no permite excluir la existencia de una transmisión comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2001/23 (véanse las sentencias de 26 de septiembre de 2000, *Mayeur*, C 175/99, Rec. p. I 7755, apartados 29, 33 y 34, y de 29 de julio de 2010, *UGT FSP*, C 151/09, Rec. p. I-0000, apartado 23). Por ello el Tribunal de Justicia ha considerado que la Directiva 77/187, codificada por la Directiva 2001/23, era aplicable a todos los supuestos de cambio, en el marco de relaciones contractuales, de la persona física o jurídica responsable de la explotación de la empresa, que asume las obligaciones de empresario frente a los empleados de la empresa (véanse las sentencias de 7 de marzo de 1996, *Merckx y Neuhuys*, C 171/94 y C 172/94, Rec. p. I 1253, apartado 28, y de 10 de diciembre de 1998, *Hernández Vidal y otros*, C 127/96, C 229/96 y C 74/97, Rec. p. I 8179, apartado 23).

Ahora bien, como recuerda la sentencia de esta Sala dictada en el Rollo nº. 431/11, de fecha 6 de abril de 2011, que "como se desprende del artículo 1, apartado 1, de la Directiva 2001/23, su aplicación esta supeditada a la concurrencia de tres requisitos: 1.- La transmisión debe ir acompañada de un cambio de empresario. 2. Debe referirse a una empresa, a un centro de actividad o de una parte de una empresa o de un centro de actividad. 3. Debe ser resultado de un contrato (Sentencia TJUE de 24 de enero de 2002, *Temco* (C 51/00, Rep. P. 1-969), apartado 21). Por tanto, el primer elemento a examinar es el alcance de que dicha cesión sea el resultado de un contrato, y sobre ello, debe señalarse, que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha interpretado de manera amplia el concepto de "cesión contractual" con el fin de atender debidamente el objeto de la Directiva... Conforme a ello ha declarado que la Directiva es aplicable a todos los supuestos de cambio, en el marco de relaciones contractuales, de la persona física o jurídica que asume las obligaciones de empresario frente a los empleados de la empresa (Sentencias TJUE de 7 de marzo de 1996, *Merckx y Neuhuys* (C- 171/94 y C-172/94, Rec. P. I-1253), apartado 28, y *Hernández Vidal y otros* (C-127/96, C-299/96 y C-74/94, Rec p. I- 8179), apartado 23). Sobre ello dice igualmente la Sentencia del Tribunal de Justicia (CE) de fecha 20 de enero de 2011, como se desprende de su apartado 31, que poco importa que la asunción de una parte esencial del personal se realice en el marco de la cesión convencional negociada entre el cedente y el cesionario o que resulte de una decisión unilateral del antiguo empresario de rescindir los contratos de trabajo del personal cedido, seguida de una decisión unilateral del nuevo empresario de contratar a la mayor parte de la plantilla para cumplir las mismas tarea. En efecto, si, en caso de asumir una parte esencial de la plantilla, la existencia de una transmisión en el sentido de la Directiva 2001/23 se supeditara a que tal asunción tenga un origen puramente contractual, la protección de los trabajadores que constituye el objetivo de esta Directiva quedaría en manos del empresario, el cual, absteniéndose de celebrar tal contrato, podría eludir la aplicación de dicha Directiva, en perjuicio de los derechos de los trabajadores cedidos que, sin embargo, están garantizados por el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/23.

Ahora bien, conforme al artículo 1, apartado 1, letra b), de la Directiva 2001/23, para que ésta resulte aplicable, la transmisión debe tener por objeto una entidad económica que mantenga su identidad tras el cambio de titular. Para determinar si tal entidad mantiene su identidad, han de tomarse en consideración todas las circunstancias de hecho que caracterizan a la operación de que se trata, entre las cuales figuran, en particular, el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate, el hecho de que se hayan transmitido o no elementos materiales como los edificios y bienes muebles, 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. Sin embargo, estos elementos son únicamente aspectos parciales de la evaluación de conjunto que debe hacerse y no pueden, por tanto, apreciarse aisladamente (véanse, en particular, las sentencias de 18 de marzo de 1986, *Spijkers*, 24/85, Rec. p. 1119, apartado 13; de 19 de mayo de 1992, *Redmond Stichting*, C 29/91, Rec. p. I 3189, apartado 24; de 11 de marzo de 1997, *Süzen*, C 13/95, Rec. p. I 1259, apartado 14, y de 20 de noviembre de 2003, *Abler y otros*, C 340/01, Rec. p. I 14023, apartado 33). El Tribunal de Justicia ha señalado anteriormente que una entidad económica puede funcionar, en determinados sectores, sin elementos significativos de activo material o inmaterial, de modo que el mantenimiento de la identidad de dicha entidad independientemente de la operación de que es objeto no puede, por definición, depender de la cesión de tales elementos (véanse las



sentencias antes citadas, Süzen, apartado 18; Hernández Vidal y otros, apartado 31, y UGT FSP, apartado 28). Así, el Tribunal de Justicia ha declarado que, en la medida en que, en determinados sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una entidad económica, ha de admitirse que dicha entidad puede mantener su identidad aun después de su transmisión cuando el nuevo empresario no se limita a continuar con la actividad de que se trata, sino que además se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencias, del personal que su antecesor destinaba especialmente a dicha tarea.

En principio, es preciso reconocer, como se desprende de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que una actividad de limpieza, puede considerarse una actividad que descansa fundamentalmente en la mano de obra (véase, en este sentido, las sentencias, antes citadas, Hernández Vidal y otros, apartado 27; Hidalgo y otros, apartado 26, y Jouini y otros, apartado 32), y, por consiguiente, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común de limpieza puede, a falta de otros factores de producción, constituir una entidad económica (en este sentido, véase la sentencia Hernández Vidal y otros, antes citada, apartado 27).

Ante todo lo expuesto, concluye la sentencia del Tribunal de Justicia (CE) de fecha 20 de enero de 2011, a este respecto, "del auto de remisión se desprende que, con objeto de realizar directamente las actividades de limpieza de colegios y dependencias antes confiadas a CLECE, el Ayuntamiento de Cobisa contrató personal nuevo, sin hacerse cargo de los trabajadores anteriormente destinados a estas actividades por CLECE ni de ninguno de los activos materiales o inmateriales de esta empresa. En estas circunstancias, el único vínculo entre las actividades ejercidas por CLECE y las asumidas por el Ayuntamiento de Cobisa es el objeto de la actividad de que se trata, esto es, la limpieza de locales. De ello se desprende que, sin perjuicio de la eventual aplicación de normas de protección nacionales, la mera asunción, en el procedimiento principal, por el Ayuntamiento de Cobisa, de la actividad de limpieza encargada anteriormente a CLECE, no basta, por sí sola, para poner de manifiesto la existencia de una transmisión en el sentido de la Directiva 2001/23. Por consiguiente, procede responder a la cuestión planteada que el artículo sentido de que ésta no se aplica a una situación en la que un ayuntamiento, que había encargado la limpieza de sus dependencias a una empresa privada, decide poner fin al contrato celebrado con ésta y realizar por sí mismo los trabajos de limpieza de dichas dependencias, contratando para ello nuevo personal".

Aplicando dicha doctrina al presente caso, donde el Ayuntamiento retoma la actividad de la limpieza, pero sin que exista transmisión de medios materiales -en el supuesto que se trata, donde la limpieza es mecánica será requisito la transmisión de los medios materiales para llevar a cabo la misma- ni personales, obteniendo estos de la bolsa de trabajo, sin que ello pueda verse alterado por la existencia de coincidencias respecto a algunos trabajadores que prestaban servicio para la empresa CESPAS, S.A. y los contratados por el Ayuntamiento, pero sin que, en todo caso, ello constituya una verdadera unidad empresarial, lo que comporta que el motivo segundo y con ello el recurso deba ser estimado, con lo que se sigue la misma solución que la adoptada por esta Sala en la Sentencia de 29 de junio de 2011, recaída en el Recurso núm. 1320/11 interpuesto igualmente por el Ayuntamiento en relación con la extinción de los contratos de otros dos trabajadores que al igual que los cinco actores de los presentes autos habían trabajado para CESPAS, S.A. en dicho servicio de limpieza hasta que se aceptó la resolución del contrato administrativo. En cualquier caso no puede afirmarse que exista la infracción de los preceptos aludidos en el motivo tercero al no entrar en conflicto la ratio decidendi de esta Sentencia con la desestimación del Ayuntamiento de la petición efectuada por CESPAS, S.A. de reversión de los vehículos y contenedores. Y debe afirmarse que no se ha producido la infracción de la jurisprudencia que se aduce en el motivo cuarto relacionada con el fraude de ley, ya que el hecho de remontarse a la antigüedad de los primeros contratos en el caso de los actores D. Leonardo y D. Maximo, a la vista de los informes de vida laboral, tal y como hace el Magistrado de Instancia, con independencia de la existencia o no de la existencia del fraude de ley es ajustado, a la jurisprudencia del Tribunal Supremo (entre otras STS de 8 de marzo de 2007), I desprenderse de la lectura de dicha vida laboral la existencia de una sucesión de contratos temporales entre los que no existe interrupción relevante. Y por último que respecto del trabajador Porfirio no cabe que esta Sala analice el motivo de censura jurídica que se contiene al final del mencionado motivo cuarto en relación con la aludida situación de excedencia voluntaria con efectos del 9 de agosto de 2010 y la viabilidad de la acción de despido, al tratarse como ya se dijo al analizar la censura del hecho probado primero, de una cuestión nueva, cuya prohibición de introducción elimina la posibilidad de examinar el aspecto jurídico al faltar el necesario sustrato fáctico.

FALLAMOS

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por EXCMO. AYUNTAMIENTO DE LOS OGÍJARES contra la Sentencia dictada por el Juzgado nº UNO de GRANADA con fecha 31 de marzo de 2.011, en Autos núm. 33 y 34 a 37/2011 acumulados seguidos a instancia de D. Leonardo, D. Marcelino, D. Maximo, D. Octavio



y D. Porfirio contra el Ayuntamiento recurrente y contra COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE SERVICIO AUXILIARES, S.A. (CESPA, S.A.) habiendo sido parte el MINISTERIO FISCAL sobre despido, debemos revocar la misma a los únicos efectos de declarar como único responsable del despido de los actores a la empresa CESPA, S.A., condenándola a los efectos que se recogen en el fallo de la misma y confirmándola en el resto de sus pronunciamientos, lo que conlleva la absolución de Ayuntamiento recurrente. Sin costas.

Notifíquese la presente Sentencia a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia, con advertencia de que contra la misma puede interponerse Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina que previene el art. 216 de la Ley de Procedimiento Laboral y que habrá de prepararse ante esta Sala dentro de los **DIEZ DÍAS** siguientes al de su notificación, debiendo el recurrente que no ostente la condición de trabajador, causahabiente suyo o no tenga reconocido el beneficio de justicia gratuita efectuar el depósito de 300 , en impreso individualizado en la cuenta corriente que más abajo se indica, así como que deberá consignar la cantidad objeto de condena si no estuviera ya constituida en la instancia, en la cuenta de "Depósitos y Consignaciones" de esta Sala abierta con el núm. 1758.0000.80.1401.11 Grupo Banesto, en el Banco Español de Crédito S.A., Oficina Principal (Código 4052), c/ Reyes Católicos, 36 de esta Capital y pudiendo sustituir tal ingreso por aval bancario con responsabilidad solidaria del avalista, sin cuyos requisitos se tendrá por no preparado el recurso.

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CEJ