



Roj: **STSJ AND 6546/2014 - ECLI: ES:TSJAND:2014:6546**

Id Cendoj: **18087340012014101239**

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

Sede: **Granada**

Sección: **1**

Fecha: **16/07/2014**

Nº de Recurso: **1134/2014**

Nº de Resolución: **1467/2014**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **JOSE MANUEL GONZALEZ VIÑAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA

CON SEDE EN GRANADA

SALA DE LO SOCIAL

J.G.

Sent. núm. 1.467/2014

Ilmo. Sr. D. José Manuel González Viñas

Presidente

Ilmo. Sr. D. Jorge Luis Ferrer González

Ilmo. Sr. D. Francisco José Villar del Moral

Magistrados

En la Ciudad de Granada, a dieciséis de Julio de dos mil catorce.

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

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

S E N T E N C I A

En el recurso de Suplicación núm. 1.134/2014, interpuesto por D. Martín contra Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. Dos de los de Almería de fecha 24 de Octubre de 2.013 en Autos núm. 1.114/2012, ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado **D. José Manuel González Viñas**.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- En el Juzgado de referencia tuvo entrada demanda interpuesta por D. Martín sobre Despido contra AYUNTAMIENTO DE GARRUCHA, SANIASTUR, S.L., UTE GARRUCHA PLAYAS, URBASER, S.A., STV GESTIÓN, S.L. Y LIMPIEZAS MAR-SUR, S.L. y admitida a trámite y celebrado juicio se dictó Sentencia el 24 de Octubre de 2.013, por la que desestimando la demanda interpuesta por el actor, declaraba procedente el despido del mismo.

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

1º.- El actor ha venido prestando sus servicios para la empresa UTE Garrucha Playas, integrada por las empresas Urbaser, S. A. y Saniastur, S. A., dedicada a la actividad de Limpieza viaria, limpieza de playas, mantenimiento y cuidado de jardines y limpieza de interiores de edificios e instalaciones municipales de la



localidad de Garrucha (Almería), desde el día 5-X-06, con la categoría profesional de Conductor y percibiendo un salario mensual de 1789,55 , incluida la parte proporcional de pagas extraordinarias.

El trabajador ostenta la condición de Delegado de Personal.

2º.- El cese de la relación laboral entre el actor y la codemandada UTE Garrucha Playas tuvo lugar mediante carta, cuyo contenido se da por reproducido, el día 27-VI-12.

En dicha carta se hace constar que la UTE Garrucha Playas y el Excmo Ayuntamiento de Garrucha firmaron contrato de ejecución de prestación de los servicios de limpieza viaria, limpieza de playas, mantenimiento y cuidado de jardines y limpieza de interiores de edificios e instalaciones municipales, tras la pertinente adjudicación por pleno, por parte del Excmo. Ayuntamiento de Garrucha, celebrado el día cinco de mayo de dos mil cinco.

Se manifiesta también que la adjudicación y ejecución del señalado contrato es la causa y origen única de la creación de la Unión Temporal de Empresas UTE Garrucha Playas, y que la misma, por tanto, depende totalmente de la evolución de este contrato.

También se manifiesta que el contrato se resolvió por mutuo acuerdo, por lo que se firmó el día 21-VI-12 acuerdo administrativo. El motivo de la resolución de dicho contrato fue la imposibilidad de la regulación del equilibrio económico financiero de este contrato a lo largo de su duración.

Dentro de la resolución del contrato, se acuerda, la resolución anticipadamente y de mutuo acuerdo del contrato suscrito en relación con los servicios de limpieza viaria, limpieza de playas, mantenimiento y cuidado de jardines y limpieza de interiores de edificios e instalaciones municipales, con fecha 30-VI-12.

En las cláusulas primera y segunda del citado acuerdo, se contempló la dejación de los servicios objetos del contrato administrativo de UTE Garrucha Playas, donde prestaba sus servicios el actor.

En la carta de despido también se hace constar que se pone a disposición del actor, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 53.1.b ET la cantidad de 6232,25 , así como que disfrutará de las vacaciones correspondientes entre los días uno de julio y diecisiete de julio de dos mil doce.

Esta cantidad fue efectivamente puesta a disposición del trabajador.

3º.- La empresa UTE Garrucha Playas y el Ayuntamiento de Garrucha suscribieron el día 22-VI-05 un contrato administrativo para la gestión de los servicios municipales de limpieza viaria, limpieza de playas, mantenimiento y cuidado de jardines y limpieza de interiores de edificios e instalaciones municipales de la localidad de Garrucha en los lugares que se especificaban en el pliego de prescripciones técnicas y por un período de diez años.

4º.- El día 21-VI-12 el Ayuntamiento de Garrucha y la empresa UTE Garrucha Playas decidieron resolver de mutuo acuerdo el contrato administrativo de 22-VI-05 referido con efectos del día 30-VI-12, reconociendo el Ayuntamiento, en la cláusula cuarta del documento suscrito por ambas partes, adeudar a la empresa una cantidad de 529.876,82 por la totalidad de los derechos y obligaciones económicas derivadas de la gestión del contrato, incluido tanto el lucro cesante como los importes pendientes de amortizar por la reversión de la nave sita en la Finca UR 3, del término municipal de Mojácar, estableciéndose un calendario de pago de dicha deuda en la cláusula quinta.

En la cláusula sexta de dicho documento se establecía que la razón por la cual el contrato administrativa quedaba extinguida era por la imposibilidad de la empresa de continuar realizando el servicio por la falta de pago por el Ayuntamiento. Se indicaba a continuación que el Ayuntamiento se comprometía a abonar las indemnizaciones que pudiera corresponder a aquellos trabajadores cuya relación laboral quedaría extinguida como consecuencia de la resolución del contrato administrativo, y según los cálculos iniciales que figuraban en el Anexo III de dicho documento, quedando exceptuado del deber de indemnización asumido por el Ayuntamiento de Garrucha el personal de que se subrogó la UTE Garrucha como consecuencia de la adjudicación del contrato, que quedaría incorporado a la plantilla del personal laboral del Ayuntamiento en la misma fecha en la que por el Pleno Municipal quedase extinguido por mutuo acuerdo el contrato administrativo entre la UTE Garrucha y el Ayuntamiento de Garrucha.

En el Anexo III de dicho documento figuraba un listado de veintiséis trabajadores, de los cuales ocho volvían al Ayuntamiento de Garrucha como personal laboral y los dieciocho restantes, incluido el demandante, se le reconocía el derecho a una indemnización.

En la cláusula séptima se establecía que los bienes afectos al contrato, relacionados en el Anexo III no revertían al Ayuntamiento de Garrucha, quedando la UTE Garrucha a todos los efectos como propietaria de los mismos que tuviera que abonar al Ayuntamiento cantidad alguna derivada de los mismos.



5º.- A partir del día 1-VII-12 el Ayuntamiento de Garrucha ha procedido a realizar el servicio municipal de limpieza viaria, limpieza de playas, mantenimiento y cuidado de jardines y limpieza de interiores de edificios e instalaciones municipales con personal laboral propio del ayuntamiento, incluido el personal que retornó después de extinguido el contrato administrativo con la empresa UTE Garrucha, así como medios materiales propios, puesto que toda la maquinaria y herramientas propiedad de la UTE Garrucha Playas se las llevó dicha empresa una vez extinguido el contrato administrativo.

6º.- Posteriormente, el día 20-XI-12, el Ayuntamiento de Garrucha formalizó con la empresa codemandada STV Gestión, S. L. un contrato administrativo que tenía por objeto la limpieza de infraestructuras municipales y jardinería en Garrucha como refuerzo de los medios propios del Ayuntamiento por un período inicial de tres meses prorrogable por otros tres meses, estado adscrito a este servicio tres trabajadores de dicha empresa.

Igualmente dicho ayuntamiento también ha contratado con otra empresa, Limpiezas Mar-Sur, S. L., la limpieza interior de edificios e instalaciones municipales como refuerzo de los medios propios del ayuntamiento.

7º.- Se celebró acto de conciliación el día 27-VII-12, con el resultado de intentada sin efecto.

Tercero.- Notificada la Sentencia a las partes, se anunció recurso de suplicación contra la misma por la parte actora, recurso que posteriormente formalizó, siendo en su momento impugnado de 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 que desestima la demanda del actor de litis, conductor al servicio de la codemandada UTE Garrucha Playas en que impugnaba el despido objetivo de que había sido objeto el 27/6/2012 se alza en suplicación dicha parte litigante, tanto con motivos de revisión fáctica como de censura jurídica y previo al examen de los mismos, se hace preciso dejar constancia de que esta Sala se ha pronunciado ya al menos en dos ocasiones, sobre ceses de otros compañeros del hoy recurrente que traen causa también, de la resolución de la contrata en su día adjudicada a dicha UTE por parte del Ayuntamiento de Garrucha, en sus Sentencias de 9 enero y 9 de abril pasados al resolver recursos interpuestos por los actores 2109- 13 y 457-14 ambas firmes, este último con planteamientos fácticos y jurídicos además coincidentes en esencia con los hoy articulados y entrando en el examen de aquellos, postula en primer lugar la adición de un nuevo ordinal con el siguiente tenor: **"El objeto de la contratación consiste en la gestión de los servicios municipales de limpieza viaria, limpieza de playas, mantenimiento y cuidado de jardines y limpieza de edificios e instalaciones municipales, que se desarrollan en el artículo 1 del Pliego de Condiciones Técnica, desglosados en: Limpieza urbana, limpieza de playas del término municipal, gestión integral de la jardinería y limpieza y conservación de interiores en edificios municipales"**.

Basa su petición en el pliego de prescripciones técnicas de los folios 134 a 152 y efectivamente en dichos folios constan el pliego de prescripciones técnicas de un concurso público convocado por el Ayuntamiento de Garrucha para la contratación de los servicios de limpieza urbana, limpieza de playas, jardinería y limpieza de interiores de los edificios municipales del referido término municipal debiendo se referir que lo era por un plazo de 10 años prorrogable, extremos que ya constaban en el ordinal 2º, respecto de la UTE demandada, por lo que su reiteración resulta intrascendente.

En segundo lugar, también pide que se adicione como nuevo ordinal un extracto del texto del art. 15 de tal pliego con siguiente texto:

"En el Pliego de Condiciones Técnicas se establece que el adjudicatario dispondrá del personal necesario para satisfacer las exigencias del contrato.

Y con respecto a la subrogación del personal indica que el licitador en su oferta presentará un organigrama del servicio especificando claramente su plantilla incluyendo la totalidad del personal obtenido a partir del proyecto de organización de los servicios que no podrá modificar sin solicitar autorización a la Administración, estableciendo que si durante la ejecución de la contrata se comprobare por los Servicios Técnicos Municipales la necesidad de aumento de plantillas para la extensión o mejora del servicio, tendrá derecho al aumento del precio correspondiente a la ampliación.

Así se establece que toda variación en la plantilla del personal deberá de comunicarse al Ayuntamiento, siendo necesaria la aprobación expresa del mismo".

Basa tal petición en el folio 149, vto, en relación al anterior folio, y a dicha adición puede accederse, en los estrictos términos propuestos y sin perjuicio de la trascendencia que la misma pueda surtir en el resultado del recurso.



Prosigue interesando que se añada un nuevo ordinal para el que propone la siguiente redacción relativa al art. 29 del pliego de condiciones administrativas:

" Una vez finalizada la concesión pasará al Ayuntamiento todo el material móvil utilizado a lo largo de la concesión. También pasarán las instalaciones fijas con todo su mobiliario y maquinaria de conservación existente".

Lo hace invocando el folio 131, reverso. A dicha adición también puede accederse, en los estrictos términos propuestos y sin perjuicio de la trascendencia que la misma pueda surtir en el resultado del recurso.

Insta que se sustituya el ordinal 5º, cuya redacción actual es: "A partir del día 1 de Julio de 2.012 el Ayuntamiento de Garrucha procedió a realizar el servicio municipal de limpieza viaria, limpieza de playas, mantenimiento y cuidado de jardines y limpieza de interiores de edificios e instalaciones municipales con personal laboral propio del ayuntamiento, incluido el personal que retornó después de extinguido el contrato administrativo con la empresa UTE Garrucha, así como medios materiales propios puesto que toda la maquinaria y herramientas propiedad de la UTE Garrucha Playas se las llevó dicha empresa una vez extinguido el contrato administrativo", proponiendo como redacción alternativa la siguiente:... **"A partir del 1 de julio de 2012 el Ayuntamiento de Garrucha ha procedido a realizar el servicio municipal de limpieza viaria, limpieza de playas, mantenimiento y cuidado de jardines y limpieza de interiores de edificios e instalaciones municipales"**. Cita a tal efecto el acuerdo de resolución del contrato de los folios 107 a 116, y si bien efectivamente en dicho documento de resolución no se indica que el servicio iba a ser asumido directamente por el Ayuntamiento con su personal, si bien se establecía la obligación del Ayuntamiento de asumir a los 8 trabajadores que asumió en su día del mismo por la concesión otorgada la referida UTE. No obstante, tal conclusión la obtiene el juzgador de instancia de la de la valoración conjunta de la prueba practicada, tanto documental como declaración de parte y testifical lo que unido a que la insuficiencia de prueba al respecto, que en definitiva es lo aducido por la recurrente, es ineficaz a tales fines revisorios, abocan al fracaso de la revisión interesada.

También interesa revisión del ordinal sexto, para su sustitución por otro con el siguiente tenor:

"Tras la resolución de la concesión administrativa, el Ayuntamiento de Garrucha formalizó con la empresa codemandada STV Gestión S.L. un contrato administrativo que tenía. por objeto la limpieza de infraestructuras municipales y jardinería en Garrucha.

Igualmente dicho Ayuntamiento desde agosto de 2012 también ha contratado con otra empresa denominada Limpiezas Mar, la limpieza interior de edificios e instalaciones municipales, a partir de octubre de 2012 se contrata dicho servicio con la mercantil Limpiezas Mar Sur SL cuya prestación se ha ido sucediendo a lo largo de todos los meses,

La mercantil TRANSPORTES Y ARIDOS EL CANO, SL, también ha sido contratada por el Ayuntamiento de Garrucha para realizar diversas labores entre las que se encuentra la limpieza de playas"

Cita a tal efecto decreto de la Alcaldía del folio 184 y declaraciones de su titular folios 153 y 154 así como relación de facturas del folio 174, ambos inclusive, lo que debe ser admitido parcialmente respecto al tercer párrafo, coincidiendo en esencia los anteriores con el contenido del ordinal sometido a revisión y no ser hábil a tal fin como se ha dejado expuesto, la insuficiencia de prueba en que en definitiva se viene a sustentar sin perjuicio todo ello, de la trascendencia que puedan surtir en el resultado del recurso.

De igual manera, interesa se adicione un nuevo párrafo para el que propone el siguiente texto:... **"La demandada UTE Playas basa su despido en causas productivas, no habiendo acreditado las mismas al tiempo de que la resolución del contrato de la concesión se produce de mutuo acuerdo"** , pero a dicha adición no puede accederse, pues contiene calificaciones jurídicas predeterminantes del fallo, constando ya las causas objetivas esgrimidas por la empresa para extinguir el contrato y juicios de valor inapropiados para que consten en la resultancia fáctica de la sentencia relativos a la ponderación y carga de la prueba. No ha lugar a lo solicitado.

Culmina en el motivo 4º con la petición de que se adicione al hecho probado cuarto de lo siguiente: "Dicho acuerdo fue comunicado al Delegado de Personal de la UTE GARRUCHA PLAYAS con fecha 27 de Junio de 2.012, poniendo en su conocimiento la incidencia que el mismo produciría en la plantilla de la empresa, así como que el mismo llevaría como consecuencia la extinción del contrato de trabajo por circunstancias objetivas de 9 trabajadores, 8 trabajadores volverían a la plantilla del Ayuntamiento, al ser personal subrogado en su día y 6 trabajadores, se integrarían en la plantilla de Urbaser, S.A. Los folios correspondientes al documento 8 del ramo de prueba de Urbaser, S.A., se da por reproducido", proponiendo como redacción alternativa la siguiente:

"Dicho acuerdo fue comunicado al Delegado de Personal de la UTE GARRUCHA PLAYAS con fecha 27 de junio de 2012, poniendo en la extinción del contrato de limpieza viaria limpieza de playas, mantenimiento



y cuidado de jardines y limpieza interiores de edificios e instalaciones municipales, y que dicha extinción motivará la extinción por causas objetivas de 9 trabajadores de la actual plantilla, 8 trabajadores pasarían a integrar la plantilla del Ayuntamiento al ser trabajadores que al inicio del contrato fueron subrogados del citado Ayuntamiento y 6 trabajadores se subrogan a la empresa Urbaser, comunicando a éstos últimos que dicha subrogación operaría con fecha 1 de julio de 2012, en virtud de lo establecido en el artículo 44 del ET y del artículo 49 del Convenio Colectivo del Sector de Limpieza pública, viaria, riegos, recogida, tratamiento y eliminación de residuos y limpieza y conservación de alcantarillado.

El trabajador como delegado de personal ostenta prioridad de permanencia según el artículo 52 c) del Estatuto de los Trabajadores ".

Cita a tal efecto los documentos obrantes a los folios 180, 181 y 182 así como los folios 187 a 189 de las actuaciones, y a dicha adición ha de accederse, por así constar en los referidos documentos, sin perjuicio de la trascendencia que pueda surtir en el resultado del recurso.

SEGUNDO.- Ya en sede de censura jurídica y comenzando por tanto, con los motivos amparados en letra c del art. 193 de la LRJS , presuponiendo el total éxito de las revisiones fácticas interesadas en los motivos precedentes, para lograr la revocación de la sentencia y declaración de improcedencia del despido respecto del Ayuntamiento de Garrucha con las consecuencias legales inherentes, o subsidiariamente respecto de la UTE Garrucha Playa, se censura por la actora que el magistrado ha infringido el art. 44 y 55 del ET , en relación a la Directiva 2001/23/CE de 12/3/2001, sobre transmisión intervivos de empresa, entendida como un conjunto organizado y autónomo funcionalmente de elementos productivos, y un continuidad en la prestación de la actividad o servicio, de una entidad económica que se entiende como un conjunto organizado de personas y elementos que permiten el ejercicio de una actividad que persigue un objetivo propio, en los términos plasmados en la STS de 23/10/2009 en RCU 2684/2008 que siguió la tesis de la STSJA de Granada de 5/12/2007 en rec. suplic 3183/2007.

Cita también la STJCE de 29/7/2010 en el caso del rescate de una concesión administrativa por parte de un Ayuntamiento, ya que la Directiva antes calendada tiene por objeto la protección de la continuidad de las relaciones laborales de los trabajadores en caso en el marco de una entidad económica. Que no es tan decisivo la transmisión de elementos patrimoniales o personales concretos, sino que se deben de ponderar todas las circunstancias en su conjunto para concluir que se ha producido una continuidad en la explotación de la entidad económica y empresarial, que en este caso se ha producido.

Que la actividad se sigue prestando por el mismo Ayuntamiento - y luego por el resto de las empresas- con parte de la plantilla, en instalaciones -las calles, playas y el interior de las dependencias municipales del ayuntamiento- y con sus medios.

Que así mismo se infringe el art. 6, 4º del C Civil , pues existe subrogación en parte de la plantilla y no en la totalidad de la misma, dejando fuera entre otros al actor, que es despedido por causas objetivas, se pacta entre entrante y saliente que las indemnizaciones extintivas se pagarían por la empresa entrante, y que los materiales y todo el activo patrimonial a pesar de que debería regresar al Ayuntamiento se le adjudica a la empresa saliente, en perjuicio de los derechos de los trabajadores y para eludir el cumplimiento del art. 44 del ET .

Que así mismo se habrían infringido los arts 51 y 52 del ET , puesto que no se cumplen los requisitos de fondo en tanto en cuanto la codemandada ha pactado con la administración por mutuo acuerdo, la rescisión del contrato por cese de actividad y no por las causas productivas por la misma esgrimidas, sin que existan en definitiva causas productivas, pues no existen "cambios en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado".

Y por último, considerar que se ha infringido el art. 44 y 52 ET en relación con el art. 49 del Convenio colectivo del sector de limpieza pública, viaria, riegos, recogida, tratamiento y eliminación de residuos y limpieza y conservación de alcantarillado, cuyo texto regula los supuestos de subrogación de personal convencional, aduciendo en síntesis, que resulta contradictorio que 6 trabajadores pasen a Urbaser, empresa integrante de la UTE y no lo hayan efectuado los restantes, existiendo un trato discriminatorio no justificado, más dada su condición de representante de los trabajadores, con lo que postula la revocación de la sentencia, la declaración de improcedencia del despido y la condena con carácter principal al Ayuntamiento a las consecuencias legales inherentes a tal declaración, y subsidiariamente a la UTE Garruchas playa.

El recurso ha sido impugnado de contrario por las codemandadas.

No se suscita ya en esta alzada la cuestión de nulidad del despido objetivo al entender que era un despido colectivo por el número de trabajadores afectados, habiendo consentido la actora el pronunciamiento desestimatorio de tal pretensión que contiene la sentencia de instancia en el fundamento jurídico 4º, párrafo



tercero, pronunciamiento que esta Sala por un principio de congruencia ha de respetar, y tal como se deduce de la doctrina contenida en la sentencia nº 169/2013 del T Co de 7/10/2013 , recaída en rec. de amparo 1088/11.

TERCERO.- Entrando ya en el examen de las infracciones referidas, es de recordar nuevamente que esta Sala, se ha pronunciado ya al respecto en las Sentencias inicialmente referidas, a cuyos razonamientos ha de estarse por evidentes razones de seguridad jurídica al traer causa el cese ahora enjuiciado como se dijo, igualmente de la resolución de la contrata que venía vinculando a ambas codemandas, sin que sea óbice para ello, la condición de representante legal de los trabajadores del ahora recurrente, además de por lo que se razonará, por cuanto como opone una de las recurridas y resultando evidente la extinción de la contrata con el Ayuntamiento codemandado, la contratación de 6 trabajadores por Urbaser se habría producido por necesidades de la misma en atención a otras adjudicaciones de servicios distintas, por lo que su pretendida permanencia en atención a su condición de representante legal de los trabajadores de aquella no vendría ya en modo alguno justificada.

Y así se ha considerado ya por esta Sala, que en cuanto a que no se han observado las garantías y prescripciones previstas en el art. 49 del convenio colectivo del sector de limpieza pública, viaria, riegos, recogida, tratamiento y eliminación de residuos y limpieza y conservación de alcantarillado, cuyo texto regula los supuestos de subrogación de personal convencional, y al entender que resulta contradictorio que 6 trabajadores pasen a Urbaser, empresa integrante de la UTE y no lo hayan efectuado los restantes, existiendo un trato discriminatorio no justificado, dicho argumento no puede ser acogido, pues se trata de distintos convenios colectivos de aplicación, y no consta es de añadir, que se trate en el caso de los mismos puestos de trabajo, comprendiendo el complejo contrato administrativo de concesión de servicio actividades múltiples tanto la limpieza viaria como la limpieza del interior de edificios y dependencias, por más que Urbaser se haya subrogado en la continuidad de los contratos de otros trabajadores, aunque después no exista vinculación con el Ayuntamiento con nueva contrato administrativo, para prestar servicios en otros lugares.

No resultando ocioso recordar, que la finalización de una contrata administrativa de servicio de limpieza es causa organizativa y productiva para sustentar el despido objetivo, cuando la entidad local recupera el servicio para prestarlo con medios propios, como se establece en STS de 12/12/2008- rcud 4555/2007 -; no siéndole de aplicación el art. 49 del convenio pretendido a la entidad local, extremo que ha sido resuelto por STS de 26/7/2012, recaída en rcud 3627/2012 , determinando la siguiente doctrina: "...Las demandantes han venido prestando servicios por cuenta de una empresa dedicada a la actividad de limpieza y recogida de basuras, a la que es de aplicación el Convenio Colectivo estatal de Limpieza viaria, Recogida y Tratamiento y Eliminación de Residuos, Limpieza y Conservación de Alcantarillado, que asumía dichas tareas en virtud de la **contrata** concertada con el Excmº **Ayuntamiento** de La Roda. El 3 de noviembre de 2010 la principal comunica a la contratista que con efectos del 31 de diciembre de 2010 deben dejar de prestar el servicio, el 4 de enero de 2011, la empleadora comunica a las trabajadoras su **despido** motivado por la decisión adoptada por el **Ayuntamiento** de la Roda, previamente, el 9 de diciembre de 2010 facilita al **Ayuntamiento** documentación relativa a las trabajadoras. El 14 de diciembre de 2010, la principal comunica a la codemandada que la relación habida no da lugar a la sucesión empresarial entre ambas, que no le es de aplicación el art. 49 del Convenio antes citado, que la infraestructura, medios personales y materiales los ha puesto la codemandada y que no se hará cargo de las dos trabajadoras. Para la prestación del servicio de punto limpio el **Ayuntamiento** había creado la infraestructura necesaria, acondicionado el lugar y dispuesto de contenedores de recogida selectiva y caseta para operarios, así como el horario de apertura y cierre de dichas instalaciones y control de las actividades desarrolladas de punto limpio. Deducida demanda frente a ambas, el Juzgado de lo Social desestimó la demanda, sentencia que fue revocada en suplicación, con resultado condenatorio para el EXCMO. **Ayuntamiento** de la Roda. Recurre la codemandada en casación para la unificación de doctrina y ofrece como sentencia de contraste la dictada el 17 de junio de 2011 por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo (R.C.U.D. 2855/2010).

En la sentencia de comparación se debate acerca de la asunción por un **Ayuntamiento** del personal de la empresa codemandada con la que había mantenido la **contrata** de limpieza viaria, una vez que el **Ayuntamiento** pasase a prestar el servicio directamente, dando por finalizada la relación si bien se acordó que el servicio de limpieza seguiría prestándose por la concesionaria mientras durase el proceso de adjudicación.

La trabajadora dedujo demanda frente a la principal y la contratista resolviendo el Juzgado de lo Social a favor de la declaración de **despido** improcedente a cuyas consecuencias condena a la empleadora absolviendo al **Ayuntamiento** . En Suplicación, tras admitir la revisión fáctica, consistente en hacer constar que, "la Comisión mixta Paritaria consideró que el XII capítulo referente a la subrogación del personal es de estricta aplicación a la totalidad de las empresas, avocaciones y entidades tanto públicas como privadas; acuerdos que - según el artículo 14 del Convenio- tendrán la misma eficacia que la norma convencional que haya sido interpretada "y que" el 24 de marzo de 2009 la empleadora entregó al **Ayuntamiento** la documentación



recogida en el artículo 49 del Convenio", estima el recurso de la empleadora, a la que absuelve, condenando al **Ayuntamiento** codemandado. La sentencia referencial estima el recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por el **Ayuntamiento**, absolviéndole y condenando a la codemandada. La sentencia funda las razones de su decisión en que aun siendo la limpieza viaria una competencia municipal, el ser asumida por el **Ayuntamiento** y por sus propios medios no le convierte en una empresa dedicada a la actividad de limpieza pública, viaria, etc, como ocurriría con la contratista a lo que añade, en todo caso no puede estimarse aplicable la subrogación al personal que regula el artículo 49 del Convenio General del Sector de Limpieza Pública Viaria, etc, a efectos de contribuir y garantizar el principio de estabilidad en el empleo.

Concurre entre ambas resoluciones la necesaria contradicción en los términos exigidos por el artículo 217 de la LPL.

SEGUNDO.- El **Ayuntamiento** recurrente alega, al amparo del artículo 222 de la L.P.L. la infracción del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con la Directiva Comunitaria 2011/23/CE del Consejo y los artículos 2, 6, 7, 49, 52 y 53 del Convenio Colectivo General del Sector de limpieza Pública Viaria, Riesgos, Recogida Tratamiento y Eliminación de Residuos y Conservación de Alcantarillado.

La cuestión que se plantea versa sobre la posibilidad de aplicación a una entidad pública, en este caso un **Ayuntamiento**, de una norma convencional elaborada en el seno de un sector, el que da nombre al Convenio y negociada por quienes cuentan con legitimación en dicho sector. Al respecto, la sentencia invocada de contraste contiene la doctrina a la que parcialmente se ha hecho mención en el anterior fundamento y que íntegramente reproducimos a continuación:

a) *La sentencia de esta Sala de 10/12/08 (rcud. 2731/07), con cita de la de 28/10/96 (rcud. 566/96), señaló que "el convenio colectivo no puede (...) en su contenido normativo, establecer condiciones de trabajo que hubieran de asumir empresas que no estuvieran incluidas en su ámbito de aplicación. Así lo deja precisado el invocado art. 82.3 del citado Estatuto de los Trabajadores al disponer que los convenios colectivos regulados por su Título III obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos en su ámbito de aplicación en el que solo pueden estar comprendidos quienes, formal o institucionalmente, estuvieron representados por las partes intervinientes en la negociación del convenio" pues "la empresa que asume la limpieza de sus propios centros de trabajo (...) no desnaturaliza ni amplía el ámbito funcional de la empresa que asume tal actividad (...) y de ahí que el mero hecho de que una empresa decida realizar la limpieza de sus propios locales o centros de trabajo directamente y con su propio personal, aunque éste sea de nueva contratación, no la convierte en modo alguno en una empresa dedicada a la actividad de limpieza de edificios y locales ajenos".*

b) *De acuerdo con el criterio que se acaba de expresar, aunque la limpieza viaria sea una competencia municipal conforme a los arts. 25 y 26 de la Ley 7/85, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local, tampoco el hecho de que el Ayuntamiento asuma esta limpieza viaria con sus propios medios convierte a la entidad local en una empresa dedicada a la actividad de limpieza pública, viaria etc., como ocurre con la empresa contratista Urbaser, S.A. que cesó en la contrata de ejecución del servicio que le había adjudicado el Ayuntamiento, entre otras razones porque tal asunción del servicio podría realizarse con personal no laboral (art. 6 del repetido Convenio General del Sector).*

c) *En todo caso, lo que no puede estimarse aplicable en el caso que nos ocupa es la subrogación del personal que regula el art. 49 del Convenio General del Sector de Limpieza Pública Viaria etc., a efectos de contribuir y garantizar el principio de estabilidad en el empleo, porque, acorde con el criterio que expusimos anteriormente, la absorción del personal se prevé solamente "entre quienes se sucedan, mediante cualquiera de las modalidades de contratación de gestión de servicios públicos, contratos de arrendamiento de servicios o, de otro tipo, en una concreta actividad de las reguladas en el ámbito funcional del presente convenio", precisando en el art. 52 que la subrogación de personal "operará en todos los supuestos de sustitución de **contratas** ...", siendo evidente que el Ayuntamiento que tenía adjudicado el servicio de limpieza viaria a una empresa del sector, cuando rescinde dicha adjudicación y asume directamente la ejecución del servicio público, no actúa como otro contratista del sector que obtenga una nueva adjudicación ni que suceda en la **contrata** a otro contratista anterior.*

La anterior doctrina deberá ser de aplicación en aras de la necesaria homogeneidad y seguridad jurídicas al no existir otras consideraciones que justifiquen su modificación.

También deberá ser aceptada la censura jurídica dirigida frente a la segunda argumentación empleada por la sentencia en relación con la Directiva Comunitaria 2001/23/CE, que en realidad no constituye respuesta a ninguna denuncia de infracción formulada por la parte actora en suplicación la cual se concretó en la cita de la infracción de los artículos 2, 6, 7, 49, 52 y 53 del Convenio Colectivo estatal ya citado y los artículos 52-c) y 53 del Estatuto de los Trabajadores, por lo que debía entenderse que esta era la única línea de defensa frente al **Ayuntamiento** codemandado, y si bien subsidiariamente se solicita la condena de la adjudicataria,



es lo cierto que la misma se articula bajo el mismo amparo normativo que la censura jurídica dirigida frente a la entidad pública codemandada.

La Sentencia 463/2009 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en respuesta a la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha acerca de la aplicación de la Directiva 2001/23/CE al supuesto del **Ayuntamiento** que da por terminada una **contrata** de limpieza, asumiendo la limpieza con su propio personal, formula los siguientes razonamientos en sentido desfavorable a la subrogación por el **Ayuntamiento** : - 24 Mediante su cuestión el órgano jurisdiccional nacional pregunta fundamentalmente 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. - 25 En primer lugar, procede señalar que, en virtud de su artículo 1, apartado 1, letra c), la Directiva 2001/23 es aplicable a empresas públicas que ejerzan una actividad económica, con o sin ánimo de lucro. - 26 Así, el Tribunal de justicia ha declarado que el mero hecho de que el cese 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). - 27 Por consiguiente, el hecho de que, como sucede en el procedimiento principal, uno de los sujetos interesados sea un **ayuntamiento** no se opone, por sí solo, a la aplicación de la Directiva 2001/23. - 28 A tenor de su artículo 1 apartado 1, letra a), la Directiva 2001/23 se aplica a las transmisiones de empresas, de centros de actividad o de centros de actividad a otro empresario como resultado de una cesión contractual o de una fusión. - 29 A este respecto, según reiterada jurisprudencia el alcance de la citada disposición no puede determinarse basándose exclusivamente en la interpretación literal. Habida cuenta de las diferencias entre las versiones lingüísticas de esta Directiva y de las divergencias entre las legislaciones nacionales sobre el concepto de cesión contractual, el Tribunal de Justicia ha dado a este concepto una interpretación suficientemente flexible para responder al **objetivo** de la Directiva consistente en proteger a los trabajadores por cuenta ajena en caso de transmisión de su empresa (en este sentido, véase la sentencia de 13 de septiembre de 2007,) Jouini y otros, C-458/05 , Rec. p. I-7301, apartado 24 y jurisprudencia citada). - 30 Por ello 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 la sentencias de 7 de marzo de 1996, Merckx y Neuhuys, C-17 y C-172194, 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-4179, apartado 23). - 31 El Tribunal de justicia ha considerado asimismo que puede estar comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 77/187 una situación en la que una empresa que se sirve de otra empresa para la limpieza de sus locales o de una parte de éstos, decide poner fin al contrato que la vincula a ésta y, en adelante, ejecutar por sí misma esas tareas (véase la sentencia Hernández Vidal y otros, antes citada, apartado 25). - 32 De ello se desprende que no puede excluirse de entrada que a Directiva 2001/23 se aplique en circunstancias como las del asunto principal, en las que un **ayuntamiento** decide unilateralmente poner fin al contrato que lo vinculaba a una empresa privada y hacerse cargo directamente de las actividades de limpieza que había encargado a ésta. - 33 Sin embargo conforme al artículo 1, apartado 2 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. - 34 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-3169, apartado 24; de 11 de marzo de 1997, Súzen , C-13/95, Rec. p. I- 1259, apartado 14 , y de 20 de noviembre de 2003, Ablér y otros, C-340/01 , Rec. p. I-14023, apartado 33). - 35 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, Súzen, apartado 18; Hernández vidal y otros, apartado 31, y UGT-FSP, apartado 28). - 36 Así, el Tribunal de Justicia la 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 este supuesto, el nuevo empresario adquiere en efecto el conjunto organizado de elementos que le permitirá continuar las actividades o algunas actividades de la empresa cedente de forma estable (véanse las sentencias Süzen, antes citada, apartado 21 Hernández Vidal y otros, antes citada, apartado 32; de 10 de C173/96 y C-247/96, Rec. p. I-8237, apartado 32 de 24 de enero de 2002, Temco, C-51/00, Rec. p. I-969, apartado 33, y UGT- FSP antes citada, apartado 29). A este respecto, como se desprende del apartado 31 de la presente sentencia, 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 tareas. - 38 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. - 39 Es preciso reconocer, como se desprende de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que una actividad de limpieza, como la del procedimiento principal 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 Vital y otros, antes citada, apartado 27). No obstante en este supuesto es preciso además que dicha entidad mantenga su identidad aun después de la operación de que se trate. - 40. A este respecto, del auto de remisión se desprende 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 el objeto de la actividad de que se trata, esto es, la limpieza de locales. - 41 Ahora bien, la mera circunstancia de que la actividad ejercida por CLECE y la ejercida por el **Ayuntamiento** de Cobisa sean similares o incluso idénticas no es suficiente para afirmar que se ha mantenido la identidad de una entidad económica. En efecto, tal entidad no puede reducirse a la actividad que se le ha encomendado. Su identidad resulta también de otros elementos, como el personal que la integra, sus directivos, la organización de su trabajo, sus métodos de explotación o, en su caso, los medios de explotación de que dispone (véanse, en este sentido, las sentencias, antes citadas, Süzen, apartado 15; Hernández Vidal y otros, apartado 30, e Hidalgo y otros, apartado 30) En particular, la identidad de una entidad económica como la controvertida en el asunto principal, que descansa esencialmente en la mano de obra, no puede mantenerse si el supuesto cesionario no se hace cargo de la mayor parte de su plantilla. - 42 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. - 43 Por consiguiente, procede responder a la cuestión planteada que el artículo 1, apartado 1, letras a) y b), de la Directiva 2001/23 debe interpretarse en el 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."

A la luz de la anterior resolución, cabe señalar que no consta transmisión alguna de elementos patrimoniales o estructura organizativa ni tampoco la asunción por el Ayuntamiento codemandado de una parte sustancial de la plantilla, con arreglo a los parámetros que cita la sentencia de mérito y que ya sirvieron como criterio definidor positivo para la subrogación en las Sentencias del Tribunal Supremo de 27-10-2004 (R.C.U.D. 899/2002) en relación a una empresa privada. Asimismo y en relación a entidades de Derecho Público, las Sentencias del Tribunal Supremo de 10-12-2008 (R.C.U.D 2731/2007 y de 11-7-2001 (R.C.U.D. 2861/2010 y en sentido contrario, la Sentencia del Tribunal Supremo de 30-5-2011 (R.C.U.D. 2192/2010) al concurrir en la revisión, la transmisión de medios materiales o pueda darse la sucesión de plantillas, ninguna de cuyas condiciones se acredita en la presente reclamación..."

El motivo por tanto como se dijo no puede ser estimado.



CUARTO.- Continúa razonando referida Sentencia de 9 de abril pasado al resolver el resto de infracciones denuncias, que "...Los argumentos del magistrado para desestimar la pretendida operabilidad del art. 44 del ET , en lo atinente al deber de subrogarse en el contrato de la actora, son los siguientes: "...La actora basa su pretensión oponiéndose al despido objetivo producido por la UTE GARRUCHA PLAYAS SANIARTUR, S.L., URBASER, S.A., motivado por causas productivas, no oponiéndose al mismo impugnando la causa, sino en base a considerar que ha existido una sucesión de empresas, al asumir el servicio el ayuntamiento demandado y formalizar con las mercantiles codemandadas diferentes contratos para realizar los trabajos que venía ejecutando la empresa para la que trabajaba, por lo que la cuestión queda limitada a determinar si en el asunto enjuiciado se ha producido la sucesión de empresas y consecuente subrogación empresarial del Art. 44 del Estatuto de los Trabajadores , que en su apartado primero dispone que el cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente; añadiendo en su apartado segundo, que a los efectos de lo previsto en el presente artículo, se considerará que existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria.

El Tribunal Supremo tiene declarado en reiteradas sentencias, tales como las de 5 de Abril de 1.993 , 23 de Febrero de 1.994 , 12 de Marzo de 1.996 y 1 de Diciembre de 1.999 , que es requisito esencial en la sucesión de empresas que regula el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores , la transmisión al cesionario de los elementos patrimoniales que configuran la infraestructura u organización empresarial básica de la explotación. Transmisión que puede afectar a la empresa, centro de trabajo o unidad productiva y en la que es cedente el empleador del trabajador cuyos derechos se discuten a la de la que se pretende sea su nuevo empleador.

La jurisprudencia viene declarando, que la subrogación en las obligaciones del empresario exige que se produzca un cambio en la titularidad de la empresa, centro de trabajo o unidad productiva y tiene por finalidad salvaguardar los derechos de los trabajadores que no pueden verse afectados en tal cambio de titularidad. En este mismo sentido se pronuncia la sentencia de Tribunal Supremo de 18 de Enero de 2.002 , manteniendo que "es requisito esencial en la sucesión de empresas que regula el artículo 44.1 del Estatuto de los Trabajadores , la transmisión al cesionario de los elementos patrimoniales que configuran la infraestructura u organización empresarial básica de la explotación. Transmisión que puede afectar a la empresa, centro de trabajo o unidad productiva y en la que es cedente el empleador del trabajador cuyos derechos se discuten a la de la que se pretende sea su nuevo empleador". La Directiva 2001/23/ CE del Consejo, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad, en cuyos arts. 3 , 4 , 5 y 6 se regulan los derechos de los trabajadores en estos supuestos.

En el supuesto enjuiciado se ha de analizar la relación mercantil mantenida entre el Ayuntamiento de Garrucha y la UTE Garrucha Playa.

Se ha de partir del hecho admitido de que ambas entidades suscribieron con fecha 22 de Junio de 2005 un contrato administrativo para la gestión de los servicios municipales de limpieza viaria, limpieza de playas, mantenimiento y cuidado de jardines y limpieza de interiores de edificios e instalaciones municipales de la localidad de Garrucha en los lugares que se especificaban en el pliego de prescripciones técnicas y por un periodo de 10 años y que con fecha 21 de Junio de 2.012, el Ayuntamiento de Garrucha y la empresa UTE Garrucha Playas decidieron resolver de mutuo acuerdo el contrato administrativo reseñado con efectos del 30 junio de 2.012, reconociendo el Ayuntamiento en la cláusula cuarta del documento suscrito por ambas partes, adeudar a la empresa una cantidad de 529.876,82 , por la totalidad de los derechos y obligaciones económicas derivadas de la gestión del contrato, incluido tanto el lucro cesante como los importe pendientes de amortizar por la reversión de la nave sita en la Finca UR 3, del término municipal de Mojácar; estableciéndose un calendario de pago de dicha deuda en su cláusula quinta.

En la cláusula sexta de dicho documento se establecía que la razón por la cual el contrato administrativo quedaba extinguido era por la imposibilidad de la empresa de continuar realizando el servicio por la falta de pago por el Ayuntamiento, indicándose a continuación que el Ayuntamiento se comprometía a abonar las indemnizaciones que pudieran corresponder a aquellos trabajadores cuya relación laboral quedaría extinguida como consecuencia de la resolución del contrato administrativo y según los cálculos iniciales que figuraban en el Anexo III de dicho documento, quedando exceptuado del deber de indemnización asumido por el Ayuntamiento de Garrucha el personal del que se subrogó la UTE Garrucha como consecuencia de la adjudicación del contrato, que quedaría incorporado a la plantilla de personal laboral del Ayuntamiento en la



misma fecha en la que por el Pleno Municipal quede extinguido por mutuo acuerdo el contrato administrativo entre la UTE Garrucha y el Ayuntamiento de Garrucha.

En el Anexo III de dicho documento figuraba un listado de 26 trabajadores, de los cuales 8 volvían al Ayuntamiento de Garrucha como personal laboral y los 18 restantes, incluida la demandante, se le reconocía el derecho a una indemnización que en el caso de la actora ascendía según un cálculo inicial a la cuantía 2.632,59 .

En la cláusula séptima de dicho documento se establecía que los bienes afectos al contrato, relacionado en el Anexo III no revertían al Ayuntamiento de Garrucha, quedando la UTE Garrucha a todos los efectos como propietaria y poseedora de los mismos que tuviera que abonar al Ayuntamiento cantidad alguna derivada de los mismos.

Del anterior relato de hechos se desprende que el caso que nos ocupa no ha existido transmisión patrimonial alguna y no solo eso sino que tampoco se puede hablar de sucesión de plantillas, puesto que el único personal que ha vuelto al Ayuntamiento codemandado, cuando este ha asumido directamente el servicio de limpieza municipal, ha sido el personal que ya trabajaba con anterioridad para dicho Ayuntamiento (8 trabajadores) y que al suscribir el 22-6-05 el contrato administrativo para la gestión de tal servicio con la UTE Garrucha Playas se obligó a subrogarse en tal personal por exigirlo así el pliego de condiciones jurídicas y administrativas particulares de la concesión administrativa.

Por todo ello se ha de hacer constar, que en el presente supuesto no es de aplicación ni el Art. 44 del E.T . ni la Directiva 2001/23/ CE del Consejo por lo que al no existir sucesión de empresas el Ayuntamiento de Garrucha no venía obligado a subrogarse en los derechos y obligaciones que tenía la actora con la empresa para la que prestaba sus servicios (UTE Garrucha Playas).

En cuanto a que el Ayuntamiento ha asumido el servicio, para prestarlo con su propio personal o mediante la contratación de otros trabajadores o empresas que lo apoyen, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fechas 10 de Diciembre de 2.008 y 17 de Junio de 2.011 que "el mero hecho de que una empresa decida realizar la limpieza de sus propio locales o centros de trabajo directamente y con su propio personal, aunque éste sea de nueva contratación, no la convierte en modo alguno en una empresa dedicada a la actividad de limpieza de edificios y locales ajenos, ni le obliga a asumir trabajadores de la contratista de limpieza que hasta entonces desempeñaba esa actividad, pues no le vinculan las previsiones del convenio colectivo de dicho sector, y es libre, por tanto, de contratar a los trabajadores que estime convenientes". En base a la anterior doctrina se ha de concluir rechazando la solicitud de sucesión de empresas, así como la pretendida subrogación empresarial, por lo que procede la absolución del AYUNTAMIENTO DE GARRUCHA demandado.

En cuanto a la mercantiles codemandadas, a tenor de los hechos declarados probados las misma comenzaron su relación de servicio con el Ayuntamiento de Garrucha, mediante la formalización de distintos contratos de apoyo, la sociedad STV GESTION, S.L. cinco meses después de extinguirse la relaciones entre dicho Ayuntamiento y la UTE GARRUCHA PLAYAS, LIMPIEZAS MAR SUR, S.L., tres meses después, de producirse la resolución de aquel contrato y la sociedad TRANSPORTES Y ARIDOS EL CANO, S.L., se ha probado con la documental aportada que la misma venía y viene prestando servicios para dicho ayuntamiento realizando los trabajos que se le encargan de transporte, áridos, asfaltado limpieza de playas, debiéndose rechazar el testimonio del testigo que depuso en el juicio, D. Luis Enrique , del equipo de la oposición en el Ayuntamiento, quien reconoció que dicha empresa estaba realizando la limpieza de la playa con una maquinaria, actividad distinta a las de limpieza que realizaba la actora, por lo que se ha de concluir que las misma no han mantenido relación de trabajo con la actora y que sus relaciones con el Ayuntamiento son muy posteriores en el tiempo, a la extinción de contrato administrativo suscrito por el AYUNTAMIENTO DE GARRUCHA y UTE GARRUCHA PLAYAS, que motiva el despido de la actora".

QUINTO.- Dejaba constancia igualmente referido pronunciamiento, que en el recurso y al igual que ahora es de añadir, en realidad por congruencia y atendido su suplico, no se solicita la revocación de la sentencia en relación a la absolución de las empresas codemandadas STV GESTION, S.L. LIMPIEZAS MAR SUR, S.L. TRANSPORTES Y ARIDOS EL CANO, S.L. habiéndose desistido de estas dos últimas no obstante en la presente litis, frente a las que en cualquier caso y respecto de las restantes al igual que entonces no se dirige la pretensión de declaración de despido improcedente en esta alzada, pese a la revisión fáctica interesada en su momento, quedando por la primera censura legal plasmada ya en demanda y resolver y a fin de delimitar, si el pacto suscrito entre la referida UTE en su día y el Ayuntamiento para saldar las diferencias económicas surgidas en ejecución del contrato de concesión administrativa se realizó en fraude de ley para defraudar los derechos de los trabajadores conculcando los arts 44 del ET y 6, 4º del Civil.

Esta Sala recordaba, ya se pronunció al respecto en sentencia firme de 9/1/2014, en el recurso de suplicación 2109/13 , en la que se mantenía al respecto, que :"... Pues bien, 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.

Además debe tenerse en cuenta que la Sentencia del Tribunal de Justicia (CE) dictada con fecha 20 de enero de 2011, en la que resuelve una cuestión prejudicial planteada 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 desestimación del motivo, pues el presente y el examinado por dicha resolución son claramente semejantes, 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. I-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 tareas. 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, el motivo segundo del recurso debe ser desestimado pues el Ayuntamiento retoma la actividad de la limpieza, pero sin que exista transmisión de medios materiales (maquinaria y herramientas) conforme se expone en los incómunos hecho probado cuarto y séptimo. Ni puede entenderse que exista transmisión de personal. Y a lo anterior no obsta que 8 trabajadores que antes prestaban servicios para la UTE codemandada hayan vuelto al Ayuntamiento codemandado cuando este ha asumido a partir del mes de julio de 2012 dicho servicio municipal de limpieza, pues no puede hablarse de sucesión de plantilla, sino de cumplimiento de la cláusula de reversión de los ocho trabajadores que prestaban servicios con anterioridad al 22 de junio de 2005 para el Ayuntamiento (prevista en el pliego de condiciones jurídicas y administrativas particulares de la concesión administrativa suscrita el 22 de junio de 2005), condición que no reúne el actor que empezó a prestar servicios para la UTE en 27 de junio de 2005 precisamente a raíz de la suscripción de dicho contrato administrativo de 22 de junio de 2005".



En la misma añadíamos a continuación:

"...El último motivo del recurso del trabajador, esta dedicado al amparo del artículo 193 c) de la LRJS a denunciar la infracción del artículo 6.4 del C. Civil, regulador del fraude de ley en el sentido de que un pacto entre las partes no puede dejar de aplicar el precepto de una norma como es el artículo 44 del ET, lo que entiende el trabajador recurrente que es aplicable del pacto extintivo al que se hace referencia al principio del hecho probado cuarto, ya que con dicho acuerdo se persigue de un lado que el Ayuntamiento pague la deuda a la UTE y de otro intentar que el Ayuntamiento quede favorecido y no tenga que hacerse cargo de la totalidad de la plantilla, pues al no cumplirse con los antiguos requisitos que exigía la jurisprudencia, esto es sucesión de personas y de patrimonio, no se puede dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 44 del ET, en el sentido de garantizar la continuidad de los trabajadores en un servicio que sigue vivo y ello al margen, siempre según lo que afirma el trabajador recurrente, de que en el caso se han dado alguno de dichos elementos, puesto que el Ayuntamiento se ha hecho cargo de los 8 trabajadores de la antigua plantilla y los medios productivos en este servicio son las propias instalaciones municipales. Y el motivo debe ofrecer igual suerte desestimatoria pues en relación con lo últimamente alegado a los efectos de evitar una suerte de reiteración, cabe remitirse a lo decidido al resolver el segundo motivo del recurso del trabajador y en cuanto al alegato del fraude de ley que no se planteó en la instancia, y en consecuencia nada se trató acerca del mismo en la resolución impugnada, por lo que cabe considerarlo una cuestión jurídica novedosa, siendo lo adecuado haber planteado la incongruencia omisiva de la sentencia, es reiterada la jurisprudencia la que en relación al mismo afirma que no se presume y que hay que probarlo, siendo lo único que está acreditado en el hecho probado cuarto es que se ha producido una resolución anticipada de la concesión administrativa al no poder hacer frente a la deuda existente con la UTE, dada la situación de falta de liquidez que atraviesa el Ayuntamiento, estableciéndose entre otros pactos, cuya ilicitud conforme a lo establecido en el art. 1255 del C.C no se demuestra, que los elementos materiales no se transmitiesen de la UTE al Ayuntamiento por las razones económicas que se contemplan en dicho acuerdo de 21 de junio de 2012. Por todo lo anteriormente expuesto debe ser desestimado el recurso del trabajador".

Se añadía además a mayor abundamiento, que dicho pacto se efectúa para saldar los débitos con la UTE contratista, ante los sistemáticos impagos del precio de los servicios objeto de la concesión, con lo que el hecho de que el Ayuntamiento asuma el pago de ciertas indemnizaciones por despido objetivo no le convierte en sí en empresario, pues en nuestro ordenamiento es válido el pago efectuado por tercero en lugar del verdadero deudor, ex art 1158, 1º del C civil, máxime cuando es el Ayuntamiento en definitiva el causante de dicha resolución. La retirada de vehículos y herramientas por la UTE de los bienes a que se refiere el anexo II-folio 172-, estipulación séptima del contrato de resolución no supone por sí transmisión organizada de una empresa, sino la consecuencia lógica de las prescripciones técnicas y administrativas del contrato que imponía al contratista aportarlos a su inicio para el desarrollo del objeto de contrato de concesión, siendo facultativa su adquisición por el Ayuntamiento a la finalización del mismo- folios 127 y ss. No se puede aplicar por otra parte el art. 44 del ET a la UTE, pues no se transmiten las instalaciones municipales objeto de limpieza, que constituyen el centro de trabajo en las que la actora prestó sus servicios y sobre las que tras la resolución persista ya la posibilidad de limpiar. Los medios propios puestos por el Ayuntamiento para asumir esa limpieza desde la resolución pactada estriban precisamente en la subrogación de los contratos de trabajo del personal de limpieza inicialmente dependiente del mismo y que desde la corporación municipal pasaron fruto del contrato administrativo a prestar servicios después para la UTE, lo que es compatible con la eventual contratación posterior de empresas de limpieza especializadas para completar tareas de limpieza interior, extremo que acontece ya en octubre de 2012, transcurridos tres meses desde el despido de la actora, y aunque en agosto de 2012 se liquidase una factura de servicios puntuales anteriores, cuyo contrato no figura en las actuaciones.

Y acabándose por concluir, que en cualquier caso, la asunción por Urbaser SA de 6 trabajadores de los 23 existentes no supone per se el deber de subrogarse en toda la plantilla no asumida por el Ayuntamiento, para emplearlos en otras concesiones diferenciadas que pueda tener y en las que como se dijo, no tendría justificación por tanto la permanencia del ahora recurrente en su condición de representante de los trabajadores de la contrata fenecida, sino una medida para paliar en parte la destrucción de empleo que el despido objetivo conllevaba.

Con lo que en definitiva, procede ahora al igual que entonces desestimar el recurso y confirmar la sentencia combatida.

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por D. Martín contra Sentencia dictada el día 24 de Octubre de 2013 por el Juzgado de lo Social núm. Dos de los de Almería, en autos en reclamación por despido seguidos a instancia del recurrente frente a AYUNTAMIENTO DE GARRUCHA, SANIASTUR, S.L., UTE



GARRUCHA PLAYAS, URBASER, S.A., STV GESTIÓN, S.L. Y LIMPIEZAS MAR-SUR, S.L., debemos confirmar y confirmamos la Sentencia recurrida.

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. 218 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social y que habrá de prepararse ante esta Sala dentro de los **DIEZ DÍAS** siguientes al de su notificación.

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ